

Revista de
Jurisprudencia
Revista de
Jurisprudencia

Revista de
Jurisprudencia
Revista de
Jurisprudencia

Revista de **Jurisprudencia**



- **Uso y aplicación de las cartas de crédito: modificación y nuevo criterio.**
- **Readecuación de varia jurisprudencia en compra de vehículos.**
- **Compra de tecnología superior a la dicha en el cartel.**
- **Subsanación de ofertas; planteamiento general.**
- **Certificación de la CCSS: cumplimiento.**

PRESENTACIÓN

La Contraloría General de la República pone a disposición la jurisprudencia emitida en materia de contratación administrativa durante los meses de enero a setiembre del año 2006, en espera de que ésta sea de utilidad en la toma de decisiones de los distintos actores de sistema de compras públicas.

El conocimiento de los criterios jurisprudenciales se consolida gracias al esfuerzo y dedicación de los funcionarios y las funcionarias de la División de Contratación Administrativa. Particular mención debe hacerse de la participación de los funcionarios Jesús Mora Calderón, Marco V. Alvarado Quesada, Christian Campos y Victoria Araya, que trabajaron en la coordinación, depuración y formato final del digesto. Asimismo, nuestro reconocimiento se dirige a la Unidad de Publicaciones por toda la colaboración prestada.

Este digesto 2006 se irá actualizando con la jurisprudencia relevante que se vaya emitiendo día a día, hasta concluir el año. La versión completa estará disponible al inicio del 2007 en nuestro sitio web.

Por otro lado, en el índice se podrá notar en color diferente al negro aquellos criterios que modifican, modulan o amplían temas tratados en años anteriores, así como la jurisprudencia sobre temas novedosos.

Es importante advertir al lector que los extractos tienen por objetivo facilitar la investigación de temas concretos, por lo que deben ser desarrollados y profundizados en la fuente primaria misma que es la resolución respectiva. El uso fácil de dichos textos como apoyo de puntos de vista muy concretos, sin mayor estudio, puede significar la cita de una idea que dentro del contexto del cual fue extraída, más bien significa la tesis contraria de la que se pretende sostener.

Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas
Gerente de División
División de Contratación Administrativa

ÍNDICE

ACTO DE ADJUDICACIÓN.....	13
Acto de adjudicación. Precalificación. Preclusión.	13
2. Acto de adjudicación. Adjudicación parcial. Discrecionalidad.	13
ADICIÓN Y ACLARACIÓN.	13
3. Adición y aclaración. Admisibilidad.	13
AUTORIZACIONES.	13
4. Autorizaciones. Art. 8 LCA. Aprobación Presupuestaria.	13
5. Contratación Directa. Comités Cantonales de Deportes no pueden solicitarla.	14
APLICACIÓN DE LA LEY.	14
6. Aplicación de la ley. Ente público no estatal.	14
7. Aplicación de Ley. Marinas turísticas.	15
CARTEL.	15
8. Cartel. Aclaración después de apertura. Mejora tecnológica.	15
9. Cartel. Concepto.	10
10. Cartel. Modificación. Inconsistencias. Consentimiento.	11
11. Cartel. Obra pública. Especificar alcances del proyecto.	11
12. Cartel. Elaboración. No es labor de Concejos Municipales.	12
13. Cartel. Mejoras tecnológicas.	12
14. Cartel. Arrendamiento de impresoras. Si oferente cubre costo de partes y suministros, el cartel debe indicar consumo estimado.	12
15. Cartel. "Aproximadamente". Inseguridad jurídica.	13
16. Cartel. No procede modificación solo para incluir lo dicho por un objetante.	13
17. Cartel. Modificación. Falta de publicación. Conservación de la oferta.	13
18. Cartel. Criterios de desempate.	14
19. Cartel. Multas. Fórmula de cálculo.	14
CERTIFICACIONES.	14
20. Certificaciones. Metro Ethernet Forum. No es requisito obligatorio.	14
21. Certificaciones. Normas ISO. Requisito de admisibilidad.	15
22. Certificaciones. ISO 9001. Alcance.	15
23. Certificación. Norma ISO 9001:2000. Análisis del Laboratorio de Productos Forestales de la UCR.	16
24. Certificaciones de calidad.	16
25. Certificaciones. CCSS. Requisito obligatorio.	16
26. Certificaciones. CCSS. Obligatorio estar al día.	17
27. Certificaciones. CCSS. No inscripción como patrono. Actividad que requiere esa condición.	19
28. Certificaciones. Posibilidad de pedir a la vez garantías de fabricante y distribuidor o representante local.	20

CONTRATACIÓN DIRECTA.....	20
29. Contratación directa. Actividad ordinaria. Efecto.	20
30. Contratación directa. Presupuesto de derecho. Excepción del inciso d).	20
31. Contratación directa. Sujetos de derecho público. Procedencia.	21
32. Contratación directa. Razones de procedencia. Urgencia. Derechos humanos.....	22
33. Contratación directa. Función facultativa o imperativa. Derechos humanos.	23
34. Contratación directa. Servicio de transporte estudiantil. Obligación estatal.....	24
 CLÁUSULA PENAL	 25
35. Cláusula penal. No hay debido proceso.....	25
 ESTADOS FINANCIEROS.....	 25
36. Estados financieros. Presentación de estados contradictorios dictaminados en la misma fecha.....	25
 EXPERIENCIA.....	 25
37. Experiencia. Grado académico. Agentes de seguridad.....	25
38. Experiencia. Pericia personal o a nombre de la empresa.....	25
39. Experiencia. Requisito de admisibilidad o de evaluación. Personas físicas o jurídicas.	26
40. Experiencia. Requisito de admisibilidad. Factor de evaluación o mezcla de ambas.....	26
41. Experiencia. Servicios de vigilancia y seguridad. Contratos por montos.	27
42. Experiencia. Sistema de evaluación. Requisito de admisibilidad.	27
 GARANTÍAS.....	 28
43. Garantía de participación. Solo supuestos del RGCA.....	28
44. Garantía de participación. Monto insuficiente.	28
45. Garantía de Participación. Validez. Cierre del acto de apertura de ofertas.	28
 MEDIOS DE PAGO.....	 29
46. Crédito documentario. Documento de embarque. Pago por adelantado. Garantía Colateral.....	29
47. Forma de pago. Financiamiento.	31
 MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	 31
48. Modificación contractual. Contratos de suministros y servicios; no los de obra.	31
49. Modificación contractual. Ampliación de negocios llave en mano.....	31
 MUESTRAS.	 32
50. Muestras. Características del producto deben ser las mismas que el ofrecido.....	32
 OFERTA.	 32
51. Oferta. Integralidad.....	32
52. Oferta. Arrendamiento de maquinaria. Operarios. Licencia.....	32
53. Oferta Tipo de moneda.	33
54. Oferta. Precio ofertado. Mínimos. CFIA.....	33
55. Oferta. Costo cero. Mantenimiento. Desglose.	33
56. Oferta. Clasificación presupuestaria no puede utilizarse para excluir.	34
57. Oferta. Ofertas parciales. No deben aceptarse cuando se trata de arrendamiento de equipo.	34

58. Oferta. Límite por tipo de procedimiento.....	34
59. Oferta. Precio. Razonabilidad. Información confidencial.....	35
60. Oferta. Servicios de vigilancia y seguridad. Requisitos del personal.....	35
61. Oferta. Tipo de moneda. Cláusula de admisibilidad.....	35
62. Oferta. Asegurar precios razonables. Exclusión de ofertas.....	36
OTROS.....	36
63. Aplicación de principios. Centros Agrícolas Cantonales.....	36
64. Arrendamiento. Aulas. Importancia del avalúo.....	37
65. Proveeduría Institucional. Competencia de un banco sobre las sociedades de su propiedad.....	37
66. Resoluciones y oficios de CGR. Vinculancia.....	37
67. Ley de Contratación Administrativa. Laguna de ley. Fax.....	38
68. Servicios. Publicidad. Exclusividad dentro la categoría financiera del banco.....	38
PRERREQUISITOS.....	39
69. Prerrequisitos. Contenido presupuestario. Plurianual. Esquemas de endeudamiento.....	39
PRINCIPIOS.....	41
70. Principios. Principio de buena fe en los negocios.....	41
PLAZO DE ENTREGA.....	41
71. Plazo de entrega. Plazo de imposible cumplimiento. Deber de probar su cumplimiento.....	41
72. Plazo de entrega. Subsanación de su desglose aunque sea evaluable.....	42
PROHIBICIONES.....	42
73. Prohibiciones. Naturaleza.....	42
74. Prohibiciones. Regidora suplente.....	43
75. Prohibiciones. Miembro de Junta Directiva.....	43
76. Prohibiciones. Artículo 22 bis.....	43
RECURSO DE APELACIÓN.....	44
77. Recurso de apelación. Actos preparatorios.....	44
78. Recurso de apelación. Legitimación. Mejor derecho.....	44
79. Recurso de apelación. Admisibilidad.....	45
80. Recurso de apelación. Concesión de instalaciones.....	45
81. Recurso de apelación. Criterio técnico de parte. Requisitos.....	46
82. Recurso de apelación. Elegibilidad. Puntaje mínimo.....	47
83. Recurso de apelación. Inelegibilidad. Autorización para financiamiento externo.....	47
84. Recurso de apelación. Precio ruinoso.....	47
85. Recurso de apelación. Plazo para interposición debe cumplirse.....	47
86. Recurso de apelación. Carga de la prueba.....	48
87. Recurso de apelación. No adjudicación a oferta mejor calificada por falta de contenido presupuestario.....	49
88. Recurso de apelación. Ofertas bases y ofertas alternativas.....	49
89. Recurso de apelación. Permiso de funcionamiento. Rellenos Sanitarios.....	50
90. Recurso de Apelación. No existe subcontratación sino arrendamiento de bienes.....	50

91. Recurso de Apelación. Relleno Sanitario La Uruca. Uso prioritario pero no excluyente de la Municipalidad de San José.	50
92. Recurso de apelación. Interposición íntegra en plazo y horario hábil.....	51
93. Recurso de apelación. Carga de la prueba. Subsanación.....	51
94. Recurso de apelación. Audiencia final es de carácter conclusivo.....	51
95. Recurso de apelación. Audiencia inicial no otorgada a adjudicatarios. Aclaración.	52
96. Recurso de Apelación. Permisos de funcionamiento. Rellenos Sanitarios.....	52
RECURSO DE OBJECCIÓN.....	53
97. Recurso de objeción. Legitimación.....	53
98. Recurso de objeción. Exigencia de pólizas de seguro.	53
99. Recurso de objeción. Experiencia.	53
100. Recurso de objeción. Pago.	54
101. Recurso de objeción. Servicios profesionales. Precio. Colegios profesionales.....	54
102. Recurso de objeción. Sistema de evaluación. Requisitos de admisibilidad nopueden ser ponderados... 54	54
103. Recurso de objeción. Extemporánea nota adicional. Se recurre algo no impugnado originariamente. ... 55	55
104. Recurso de objeción. Factor precio debe ser trascendente.....	55
105. Recurso de objeción. No se puede puntuar el solicitar un solo taller, es requisito de admisibilidad. 55	55
106. Recurso de objeción. Plazo para objetar. Conteo del plazo cuando el último día es inhábil.....	56
107. Recurso de objeción. Respaldo técnico del fabricante. Procede en casos excepcionales.....	56
108. Recurso de objeción. No aplica en procedimientos de emergencia.	57
109. Recurso de objeción. Legitimación. Giro comercial.....	57
110. Recurso de objeción. Modificaciones sustanciales y sistema de evaluación.....	58
111. Recurso de objeción. Contrato de servicios. Días feriados, asuetos o feriados.	58
112. Recurso de objeción. Falta de competencia.	59
REAJUSTE DE PRECIOS.....	59
113. Reajuste de precios. Improcedencia. Cotizaciones en dólares.	59
114. Reajuste de precios. Método sintético alterno. Derogación.....	59
115. Reajuste de precios. Condiciones.	59
REFRENDO.....	60
116. Refrendo. Actividad ordinaria.	60
117. Refrendo. Actividad ordinaria. Venta de bienes transferidos a un banco en pago de obligaciones. 60	60
118. Refrendo. Addenda. Modificación sustancial.....	61
119. Refrendo. Ámbito de aplicación. Compromiso fondos públicos.....	61
120. Refrendo. Bienes públicos. Permiso de uso gratuito.	61
121. Refrendo. Concepto.....	62
122. Refrendo. Concepto. Fondos públicos.....	62
123. Refrendo. Contratación directa. Debe haber resolución motivada.	62
124. Refrendo. Contrato. Inscripción. Cámara Costarricense de la Construcción.	63
125. Refrendo. Convenios de cooperación. Impedimento de lucrar.	63
126. Refrendo. Cláusula Penal. Cobro. Reajustes.....	63
127. Refrendo. Exclusión de ciertos contratos por adhesión.....	63
128. Refrendo. Forma de pago. Moneda ofertada debe prevalecer en el contrato.....	63
129. Refrendo. Garantía de cumplimiento. Certificados de depósito a plazo.	64
130. Refrendo. Oferente único. Ciclo de vida en proyectos de TI y Telecomunicaciones.	64

131. Refrendo. Plazo debe ser razonable. Donación encubierta.	64
132. Refrendo. Tipos abiertos. Comodato.	65
133. Refrendo. Relleno sanitario. Permiso de ubicación. Previo al refrendo.	65
134. Refrendo. No lo requiere simples correcciones de “error material”.	65
135. Refrendo. Convenio marco. No erogación de fondos.	65
136. Refrendo. Modificación de elementos no esenciales.	65
137. Refrendo. Supuesto de urgencia.	66
138. Arbitraje. Supuestos. Sala Primera.	66
REMATE.	66
139. Remate. Adjudicación a la administración. Remates judiciales. Autorización de la CGR.	66
SISTEMA DE EVALUACIÓN.	67
140. Sistema de evaluación. Precio único factor a evaluar.	67
141. Sistema de evaluación. Selección por precio.	67
142. Sistema de evaluación. Preferible. Tope máximo es de diez puntos.	67
SUBSANACIÓN.	67
143. Subsanación. Garantía de participación.	67
144. Subsanación. Principio de eficiencia. Hecho histórico. Referencia.	67
145. Subsanación. Forma de pago.	71
146. Subsanación. Precio. Detalle y porcentajes de presupuesto. Etapa en que importa.	72
147. Subsanación. Plazo de entrega y período de estabilidad. Principio de eficiencia.	73
148. Subsanación. Poderes.	74
PROHIBICIONES.	74
149. Régimen de prohibiciones. Hijastra.	74
VEHÍCULOS.	75
150. Vehículos. Motor diesel se puede puntuar.	75
151. Vehículos. Talleres.	75
152. Vehículos. Modelo.	75
153. Vehículos. Barras protectoras en las puertas laterales. Obligatoriedad.	76
154. Vehículos. Mayor rendimiento.	76
155. Vehículos. Requerimientos.	76
156. Vehículos. Valoración de la experiencia.	76
157. Vehículos. Garantía.	76
158. Vehículos. Parámetros de análisis. Discrecionalidad administrativa.	77
159. Vehículos. Carga total. Soporte en cada eje. Decisión del fabricante.	77
160. Vehículos. Potencia del motor. Eficiencia.	78
161. Vehículos. Fines y discreción del sistema de calificación. Preferibles. Modulación de la jurisprudencia.	78
162. Vehículos. Año siguiente al concurso.	80
163. Vehículos. Barras de protección en las puertas.	80
164. Vehículos. Doble bolsa de aire.	81
165. Vehículos. Calificación del combustible diesel.	81
166. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.	81

167. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.	81
168. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.	82
169. Vehículos. Sistema de frenos ABS.....	82
170. Vehículos. Garantía del representante con respaldo del fabricante.	82
171. Vehículos. Garantía del representante con respaldo del fabricante.	82
172. Vehículos. Motor. Vida útil es ponderable en el sistema de evaluación.	82
173. Vehículos. Protección del motor.	83
174. Vehículos. Preferibles. Concepto.	83
175. Vehículos. Preferibles. Ponderación podría exceder el 10% del sistema de evaluación.....	83
176. Vehículos. Taller de servicio.	84
177. Vehículos. Vagonetas. Fabricante y ensamblador.	84
178. Vehículos. Experiencia. Ventas de vehículos. Ventas de marca y modelo.....	84
179. Vehículos. Cilindrada y potencia. Requisitos de admisibilidad. Número de válvulas. Preferible.....	85
180. Vehículos. Rangos de dimensiones del vehículo. No pueden ser definidos como preferibles.	85
181. Vehículos. Carga de la prueba. Potencia de vehículos.	85



Contraloría General de la República

División de Contratación Administrativa

Revista de
Jurisprudencia
Revista de
Jurisprudencia

Revista de
Jurisprudencia
Revista de
Jurisprudencia

Revista de
Jurisprudencia

Revista de **Jurisprudencia**

Coordinación General

Lic. Jesús Mora Calderón
Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Lic. Carlos Andrés Arguedas Vargas
Lic. Christian Campos Monge

Coordinación Administrativa

Licda. Victoria Araya Herrera

Compilado por:

Lic. German Brenes Roselló
Ing. Carlos Gutiérrez Schwanhauser
Licda. Laura María Chinchilla Araya
Lic. Oscar Castro Ulloa
Lic. Adrián Leitón Zúñiga
Lic. Alberto Franco Narvaéz
Lic. Alejandro Herrera López
Licda. Carolina Cubero Fernández
Licda. Elena Benavides Santos
Lic. Elías Delgado Aiza
Lic. Gerardo Villalobos Guillén
Licda. Lucía Gólcher Beirute
Licda. Marcela Palma Segura
Licda. Rosita Conejo Fernández
Lic. Elard Ortega Pérez
Lic. Luis Fernando Jara Villalobos
Licda. Maritza Chacón Arias
Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Licda. Marta Isabel Porras Vargas
Lic. Adolfo Johanning Pérez
Licda. Berta María Chaves Abarca
Licda. Celina Mejía Chavarría
Licda. Jeanine Herrera Arias
Licda. María de los Ángeles Calderón Ferrey

ACTO DE ADJUDICACIÓN.

1. Acto de adjudicación. Precalificación. Preclusión.

“En el caso bajo examen, este Despacho considera que el alegato referido a un supuesto incumplimiento en la etapa de precalificación -la cual tuvo su propio recurso-, a la luz del numeral 65.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, se encuentra precluido. Cabe señalar enfáticamente que la apelación en contra de ese acto no fue interpuesta en su momento, con lo cual se confirmó el acuerdo de adjudicación de precalificación y resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 65.7 del citado cuerpo reglamentario, el cual señala que una vez firme el acto de precalificación se iniciará la tramitología del procedimiento licitatorio “...sin que sea dable a la Administración modificar en modo alguno el resultado de la precalificación”. Entre la adjudicación en firme de la precalificación y la impugnación del acto de adjudicación, la ahora recurrente presentó una denuncia que, la entidad valoró a la luz de las reglas cartelarias de la precalificación, en lo cual, es concluyente el Instituto en afirmar que, a la luz de esas normas, no sería dable la exclusión de la oferta ya precalificada. En consecuencia, resulta claro que la etapa de revisión del acto de precalificación ya tuvo su momento y adquirió firmeza y, la impugnación del acto de adjudicación no sería la vía por la que sería anulable ese primer acto de selección de los precalificados” (R-DCA-358-2006 de las 08:00 horas del 18 de julio del 2006).

2. Acto de adjudicación. Adjudicación parcial. Discrecionalidad.

“En otras palabras, resulta totalmente válido adjudicar parcialmente una licitación, siempre y cuando esa facultad esté prevista por el cartel, y se haga a favor del oferente que haya obtenido la mayor calificación, una vez aplicada la Tabla de Evaluación correspondiente. Por ende, en aras del interés público es la propia Administración la que debe decidir si adjudica o no parcialmente, en caso de que decida lo segundo, también es de su competencia exclusiva decidir cuáles obras realiza y cuáles no, en el entendido de que la adjudicación parcial debe necesariamente recaer sobre la mejor oferta calificada.”(R-DCA-392-2006 de las 8:15 horas del 3 de agosto del 2006).

ADICIÓN Y ACLARACIÓN.

3. Adición y aclaración. Admisibilidad.

“En materia de gestiones de adición en relación con resoluciones que dicta esta Contraloría General en contratación administrativa, cabe reseñar el principio de que “...los jueces pueden incurrir en error material, no ser suficientemente explícitos o dejar de pronunciarse sobre algún punto objeto del conflicto, la ley le otorga a los jueces y tribunales la posibilidad de corregir su error, precise (sic) los términos de su pronunciamiento o subsane (sic) su omisión” (Vid, voto n.º 0032-95, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 16:33 horas del 3 de enero de 1995). Sin embargo, lo dicho no conlleva a que se pueda modificar la parte sustantiva de la resolución dictada en aras de evitar crear una situación de incerteza jurídica en clara violación, por lo tanto, del dictado de la justicia pronta y cumplida. El recurso de adición (que típicamente se acompaña del de aclaración) se dirige contra una resolución determinada por distintos motivos, por ejemplo, porque alguna de sus líneas es oscura o ambigua. Así, es posible ampliar o aclarar lo que hubiese omitido considerar, teniéndose en cuenta que las aclaraciones, ampliaciones o corrección de errores materiales, deben ser de tal naturaleza que no alteren lo sustancial de la decisión, pues lo contrario implicaría admitir que el juez puede variar las conclusiones de litigio sometido a su conocimiento. Por otro lado, el artículo 101 del Reglamento General de Contratación Administrativa, que es norma especial, dispone que la adición o aclaración se puede solicitar para la correcta comprensión de lo dispuesto por la Contraloría General...”. (R-DCA-027-2006, de las 9:00 horas del 14 de febrero del 2006).

AUTORIZACIONES.

4. Autorizaciones. Art. 8 LCA. Aprobación Presupuestaria.

“Es sabido que las normas de los artículos 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 10.3 de su Reglamento, constituyen una herramienta importante para que la Administración pueda obtener la solución a una necesidad en particular de manera oportuna al permitírsele que pueda iniciar el proceso de compra, aun cuando no se

cumpla con la regla jurídica que ordena iniciar procedimientos de contratación únicamente cuando se tenga la totalidad de los recursos. / Siendo que los artículos mencionados constituyen una excepción a una regla básica en la materia, su aplicación demanda sumo cuidado, aunque por supuesto debe mantenerse un equilibrio que favorezca el principio de eficiencia que debe regir en las contrataciones. / En este tipo de supuestos, es decir cuando se inician compras sin contar con el contenido presupuestario suficiente para respaldarlas, siempre existe el riesgo de que llegado el momento de la ejecución, dicho contenido se torne en inexistente. / Por esa razón, para evitar que se den situaciones en donde existan adjudicaciones en firme que luego no puedan formalizarse ni adquirir eficacia, a falta de contenido presupuestario y siendo que el contenido presupuestario es un requisito asociado a la validez de la contratación, se ha estimado necesario condicionar las adjudicaciones de concursos iniciados con este tipo de autorizaciones, a la existencia del contenido presupuestario. / Sin embargo, de igual forma debemos clarificar que esa adjudicación, en el caso de las entidades del gobierno central, podría darse una vez que se cuente con la aprobación (y no necesariamente la publicación) de la respectiva ley de presupuesto —en la que se encuentren incluidos esos fondos—, que según el artículo 178 de la Constitución Política debe estar definitivamente aprobada antes del 30 de noviembre de cada año. / Este criterio ha sido seguido para efectos del refrendo contralor, según lo señalado en el oficio 14027 (DAGJ-1848-2002) del 8 de noviembre de 2002...”. (Oficio 16282 (DAGJ-3661-2005) del 5 de diciembre del 2005).

5. Contratación Directa. Comités Cantonales de Deportes no pueden solicitarla.

“Como se desprende de la cita, los Comité Cantonales de Deportes no podrían utilizar su personalidad jurídica instrumental para llevar adelante contrataciones para objetos diferentes a los señalados en el artículo 164 del Código Municipal y conforme ha delimitado la Procuraduría General de la República, tesis que comparte esta Contraloría General. De esa forma el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Belén, no cuenta con competencia para realizar las contrataciones de servicios profesionales que en forma general plantea, por ende, tampoco puede requerir la autorización de este órgano contralor para contratar en forma directa con oferentes específicos; por lo que su gestión debe rechazarse. Correspondería entonces a la Municipalidad de Belén, la promoción de los procedimientos licitatorios para objetos diferentes a los ya referidos y eventualmente, presentar cualquier gestión relativa a una contratación directa conforme establecen los artículos 2, inciso h), de la Ley de Contratación Administrativa y 83 del Reglamento General de Contratación Administrativa”. (Oficio No. 13140 del 13 de setiembre del 2006).

APLICACIÓN DE LA LEY.

6. Aplicación de la ley. Ente público no estatal.

“Como fue dicho en el anterior oficio, es criterio de esta Contraloría General que la Ley de Contratación Administrativa (LCA) aplica en su totalidad a la Corporación Ganadera si los supuestos del numeral 7 de su Ley de creación, -donde se ubica la contribución parafiscal que tiene como hecho generador el sacrificio de cada semoviente así como la exportación de cada ganado bovino en pie-, superen el 50% de su patrimonio. / Resulta propicio resaltar que esta contribución parafiscal es cancelada no por el hecho de ser “agremiado” a dicha Corporación, sino por una causa diferente, a saber, el hecho generador previsto en la ley. Por ende, obsérvese que aquí existe una diferencia esencial en cuanto a las cuotas que, como en los colegios profesionales, cancelan sus agremiados. / En estos casos, el pago se genera precisamente para ser miembro del ente de que se trate, “... la afiliación obligatoria es un instrumento para lograr el sometimiento al control del Colegio y para poder financiar al ente, mediante el pago de cuotas periódicas” (MURILLO ARIAS, Mauro, Ensayos de Derecho Público, Volumen III, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2001, p.32), en cambio, en el supuesto que se analiza, el pago se origina por el sacrificio o exportación de un animal, hechos a los cuales la ley le confiere relevancia jurídica a los efectos tributarios. / La figura que dentro de los colegios profesionales adquiere mayor semejanza con la contribución parafiscal, es la cancelación de los timbres que se realiza a su favor y no la cuota de los agremiados. Al respecto, la Procuraduría General de la República, expuso: / “Con vista de las anteriores fuentes de recursos, puede apreciarse que algunos de los fondos del Colegio son de naturaleza privada, como las contribuciones de sus miembros (a las que están obligados en virtud de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la misma Ley Orgánica) (...) / A la luz de lo expuesto, se concluye que el Colegio de Abogados de Costa Rica es un ente público no estatal; que sus fondos tienen un origen tanto público como privado; y, finalmente, que la obligación de adherir y

cancelar el timbre del Colegio de Abogados, tiene una evidente connotación tributaria y, específicamente, constituye una contribución especial de naturaleza parafiscal, legalmente establecida en favor del Colegio y a cargo de sus agremiados.” (Dictamen C-198-96, de 5 de diciembre de 1996)” (Oficio 04336 -DCA-0736- de 24 de marzo del 2006).

7. Aplicación de Ley. Marinas turísticas.

“La ley #7744 “Concesión y operación de Marinas Turísticas” remite en el artículo 26.-Normas Supletorias, de la siguiente manera: “Para los aspectos no regulados propiamente por esta ley, se aplicarán supletoriamente, la Ley sobre la Zona Marítimo- Terrestre y sus reglamentos, la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. En todo caso, se respetarán los principios establecidos en el presente texto legal”. Por lo tanto, al ser tanto la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público y la Ley de Contratación Administrativa, leyes específicas, y remitir la normativa de la Ley que nos ocupa, en caso de laguna, a la Ley de Contratación Administrativa, bien hace la Administración Municipal en aplicar dicha normativa. (R-DCA-236-2006 de las 8:30 horas del 23 de mayo del 2006).

CARTEL.

8. Cartel. Aclaración después de apertura. Mejora tecnológica.

“El derecho constituye, entre otras cosas, una técnica para la solución de conflictos, ajustada a normas y principios con el objeto de que esa solución sea justa. En el derecho administrativo, la aplicación de los principios es sustantiva y, debe hacerse de modo armónico, de modo que no siempre es pacífica sino que, en ocasiones, hay que resolver la prevalencia de unos sobre otros, justamente para alcanzar esa justa solución del caso. Así, enseña Cassagne que “el derecho no es sólo un catálogo de normas positivas, desprendidas de la justicia y de la realidad natural y que el juez (o en su caso, el operador de las normas) no se limita a aplicar como un autómatas esas normas con el sólo auxilio de la lógica formal y el método deductivo, sino que es necesario que en cada caso, quien aplica las normas, valore una serie de principios y valores fundamentales, que justamente le permitan brindar una solución ajustada al fin servicial que el Estado debe cumplir, en procura del bien común. Para cumplir con ese objetivo, los principios son postulados de primer orden a los cuales debe acudir, como normas orientadoras del actuar administrativo.” (Cassagne, Juan Carlos. Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, pp. 7-10, 103-108, lo escrito entre paréntesis fue agregado) De este modo, los principios imprimen al sistema jurídico dinamicidad y, además, le permiten al operador, vistas las circunstancias que rodean el caso concreto, darle una solución justa. En ese orden de ideas, expone Cassagne que “mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas ‘con similar propósito de precisión’, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto...A su vez, el dinamismo potencial que caracteriza a los principios generales del derecho es por demás evidente y esto es lo que hace que se conviertan en la principal fuente de un derecho que, como el administrativo, se encuentra en un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora sus soluciones. Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero entiéndase bien que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de la permanencia de los principios e instituciones fundamentales no obstante su adaptación a una realidad en continuo movimiento. (Cassagne, J.C. Los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo, pp.27-30). Así, para la resolución del presente caso tenemos un aparente conflicto entre el principio de igualdad y de eficiencia, que debe ser resuelto, en criterio de mayoría, acudiendo a una interpretación integral de los principios, normas y disposiciones del propio cartel. Al respecto, tenemos que el cartel, en la descripción del bien licitado que pretende arrendar el Banco licitante, entre otras características, solicitó: “Mínimo 725 GB de almacenamiento en discos disponibles, distribuidos entre las cuatro particiones de la siguiente manera: Producción con 375 GB mínimo, Pruebas con 140 GB mínimo, Desarrollo con 175 GB mínimo y Administración con 35 Gb mínimo. Todas las particiones con RAID-5 y la de Administración con mirroring. –Soporte a consola PC y PC configurado como consola ” ... De frente a este requerimiento, la recurrente ofreció:

“... de 35.6 GB, lo que asegura un mínimo de 725 GB de almacenamiento en discos disponibles, distribuidos entre las cuatro particiones de la siguiente manera: Producción con 375 GB, Pruebas con 140 GB, Desarrollo con 175 GB y Administración con 35 GB. Todas las particiones con Raid y la de Administración con Mirroring. Esta nueva tecnología permite que la Administración se haga desde un servidor externo, otorgando mayor estabilidad al servidor, ya que cualquier falla en esta partición no afecta la operabilidad del resto de las particiones del servidor”... Ahora bien, una vez analizados los alegatos de las partes y el expediente administrativo, hemos podido corroborar que durante el análisis de las ofertas, la recurrente, a solicitud de la Administración, informó que tal como lo previó en su oferta, para cumplir con la capacidad de almacenamiento y distribución de las particiones requeridas en el cartel, su equipo ofrece la partición de administración en forma externa, lo cual consiste en una mejora tecnológica no cuestionada por el Banco... En el caso bajo examen, si tomamos en cuenta que el cartel requirió el arrendamiento de un computador iSeries Tipo 9406 Modelo 810 o superior, de tal forma que permitió que se ofreciera equipo de superior tecnología, como el ofrecido por la recurrente, no entendemos cómo la Administración le acusa un incumplimiento a su oferta por el hecho de haber ofrecido lo licitado, toda vez que el mismo pliego de condiciones dio la posibilidad de que se ofreciera un modelo superior al 810 y además dispuso que el Banco estaba facultado para aceptar las mejoras y cambios e innovaciones tecnológicas en los equipos, suministros o servicios que le proponga el contratista a su ofrecimiento y que se planteen con posterioridad a la apertura de las ofertas y, aún, en la fase de ejecución contractual, siempre que no le representen ningún costo adicional y que se reviertan a favor del mejor beneficio para el Banco medido en función de incrementos en la capacidad, calidad o potencialidad del objeto contratado... En doctrina se indica que “todo comportamiento o toda decisión de la Administración Pública efectuado o dispuesto en beneficio de un licitador, que simultáneamente no haya sido efectuado o realizado en beneficio de otros licitadores u oferentes, quiebra la igualdad que debe regir la licitación. [] Las meras aclaraciones de conceptos, realizadas a pedido de quien resultó adjudicatario, no implicarán quebramiento de la igualdad, si la interpretación o aclaración que así se haga no resulte perjudicial para los demás licitadores.” (Marienhoff, Miguel Op.cit., pp.205-206). Consideramos que esa posibilidad de mejora tecnológica, en relación con el propio bien licitado y para el que fueron concebidas las especificaciones técnicas del arrendamiento, quedó prevista para los potenciales oferentes, es decir, la Administración expresamente habilitó para aceptar mejoras del modelo 810. En este caso se interpretó, con una posición formal que, con la información brindada por la recurrente a sus solicitudes de aclaración, lo que hizo la recurrente fue modificar la oferta, razón por la cual, en criterio del Banco se incumplió con lo requerido en el cartel. Sin embargo, no se tomó nota que desde el principio de la cotización, el modelo ofrecido (520) por... fue superior al de base (810) ni se desvirtuó que la información suministrada para aclarar como funcionará esa solución no fuera técnicamente aceptable para cumplir con los objetivos propuestos, sino que simplemente se limitó a señalar que la recurrente completó su oferta durante la fase de estudio y, por ende, se la excluyó del concurso, cuando que, en lo sustancial, el modelo superior sí fue cotizado desde el principio con arreglo al mismo cartel. Además, la oferente excluida también indicó en su plica original que su modelo permitía que la administración se hiciera desde un servidor externo... En cuanto a este último comentario, llama la atención que entre las diferentes Áreas del Banco licitante que han tenido que ver con el análisis de las ofertas, en cuanto a la forma como cotizó la recurrente, mantienen diversos criterios pues, por un lado, observamos que el Subproceso de Sorporte Técnico indicó que la recurrente no trasgredió jurídicamente con sus aclaraciones lo estipulado en el cartel y, por otro, la Asesoría de Contratación... fue del criterio que la recurrente con las aclaraciones que hizo de su oferta infringió el ordenamiento jurídico, motivo por el que se excluyó su oferta. / De lo anterior, tenemos que el Banco licitante, no desvirtuó en forma categórica, mediante un análisis técnico que la solución ofrecida se apartara de lo originalmente cotizado y, que además, se impidiera la satisfacción del fin público, pues del expediente resulta más bien todo lo contrario. La Administración reconoce que es una oferta que satisface en mejor forma sus necesidades en relación con la ofrecida por la adjudicataria, toda vez que se trata de un equipo de tecnología superior al equipo 810 y con un precio muy inferior al cotizado por la adjudicataria... / En el caso, estimamos que no se está modificando el modelo a entregar, ni se está afectando la capacidad de almacenamiento y funcionalidades que pretende cumplir la entidad con el equipo arrendado y más bien, se superan las expectativas de la entidad. Así las cosas, luego de este análisis, estimamos que con las aclaraciones realizadas por la recurrente de su oferta, no se modifican en lo sustancial el objeto ofrecido y, además, desde un inicio se cotizó en su oferta un equipo superior al 810, y el precio cotizado no sufrió alteración alguna, razones por las cuales se tiene que la oferta de la recurrente fue indebidamente excluida. En ese sentido, no podemos dejar de señalar que para este

Despacho no resulta razonable descalificar una propuesta que ofrece el alquiler de un equipo con condiciones técnicas superiores y a un menor precio, sobre la base de una supuesta modificación del objeto, si en todo caso, se trata de resolver la necesidad por la vía del arrendamiento del equipo, no de su adquisición, figura en la cual el énfasis del análisis debería dirigirse a asegurar que la oferta escogida cumpla con los estándares de desempeño y objetivos finales fijados en el cartel.”. (R-DCA-036-2006 de las 8:00 horas del 21 de febrero del 2006).

9. Cartel. Concepto.

“El cartel debe ser un instrumento idóneo, dirigido a dejar claramente establecidas las obligaciones y los derechos de las partes; precisa este reglamento las reglas bajo las cuales se desarrollará el concurso, no pudiendo ser ambiguo u oscuro. Sus normas, todas, deben poseer sobrado sustento técnico y legal. Un buen cartel potencia, precisamente, la presentación de buenas ofertas a su vez; en cambio, aquel cartel que se consolide con problemas de redacción, incongruencia, desproporcionalidades en su sistema de calificación, entre otras debilidades posibles de citar, lo que provocaría, más bien, es la imposibilidad de concluir felizmente un proceso de contratación” . (R-DCA-036-2006, de las 8:00 horas del 21 de febrero del 2006).

10. Cartel. Modificación. Inconsistencias. Consentimiento.

“No obstante este órgano contralor considera que la actuación de la Administración no es la más adecuada en el marco de una contratación tan relevante como la que aquí se estudia, pues más que aclarar modificó el listado de precios unitarios, elemento que no solo tenía un carácter referencial sino que incluso incidía en la mecánica de evaluación de las ofertas, lo cierto es que esa actuación no fue cuestionada de manera oportuna por parte de los participantes en el concurso, salvedad hecha de dos adjudicatarios, según se menciona más adelante. En este contexto, tampoco consta en el expediente, ni en el administrativo ni en el de apelación, que la recurrente emitiera oportunamente cuestionamiento alguno a la medida administrativa, por lo que se entiende que con su participación activa en el concurso aceptó los términos de la invitación girada por la Administración. Se está ante un concurso en el que la Administración recibió pluralidad de ofertas en todos los renglones licitados, lo que permite concluir que la intempestiva modificación de los precios unitarios referenciales no cercenó de manera definitiva la posibilidad de concurrencia al concurso por parte de los interesados, ni tampoco impidió la satisfacción del principio de eficiencia, en el tanto la Administración pudo finalmente adjudicar los renglones licitados. Además, no se ha demostrado en el expediente que la actuación administrativa haya violentado el principio de igualdad de trato, pues la modificación repentina tuvo la misma incidencia en los potenciales oferentes, y en lo que al sistema de evaluación de las ofertas se refiere, los parámetros fueron aplicados de manera uniforme. Llama la atención que la apelante se limita a afirmar que la modificación de precios unitarios referenciales le causó perjuicio, pero no explica en qué consistió la afectación concreta. Es reprochable que un oferente considere que se han alterado las reglas de procedimiento de manera ilegal, pero no obstante las asuma sin reserva y espere hasta la emisión del resultado final del concurso, para cuestionar los términos a los que tuvo que sujetarse para ofertar [...]Es claro que la apelante no mostró una iniciativa, como sí la tuvieron otros dos oferentes (que a su vez también participaron e incluso resultaron adjudicatarios), de gestionar ante la propia Administración algún tipo de prórroga al plazo de apertura por cuanto esa actuación le dificultaba cotizar todas las líneas tal y como dice la apelante haberlo considerado desde el inicio. Es de esperar que, si dicha variación de precios afectaba sus posibilidades reales de cotizar todas las líneas por ser “materialmente imposible” ajustar su oferta, mostrara una actitud de rechazo a dicha actuación en su momento procesal oportuno (el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa establece el deber de verificación de procedimientos, deber vinculado a su vez a al principio de buena fe), pero por el contrario, lo que operó por parte de la apelante fue una actitud de tolerancia, llegando incluso como se ha dicho y se reitera a presentar su oferta sin reserva alguna manifestando en la formulación de su oferta, que todas las condiciones del cartel, aclaraciones y enmiendas, las había examinado cuidadosamente (hecho probado 9), por lo que, según el artículo 10 de la Ley de Contratación Administrativa, se sujetó al procedimiento incluyendo la variación de precios que ahora acusa como escollo de su infructuosa participación en el presente concurso. De ahí que, ahora no se puede pretender una anulación del acto cuando éste fue consentido abiertamente.” (R-DCA-229-2006 de las 08:30 horas del 18 de mayo del 2006).

11. Cartel. Obra pública. Especificar alcances del proyecto.

“...como en cualquier procedimiento de contratación administrativa, en un concurso de obra, la delimitación del objeto contractual que la Administración debe hacer es esencial para establecer con certeza no solo las condiciones del negocio, sino los alcances mismos del proyecto en función de la necesidad que se intenta satisfacer. Al conceptualizarse una obra que pretende ser contratada por la vía del concurso público, necesariamente debe haber un análisis pormenorizado de lo que técnicamente se necesita. En esa etapa previa, obviamente deben resguardarse otros requisitos colaterales como lo pueden ser permisos constructivos, visado de planos, permisos ambientales..., urbanísticos o como en este caso la revisión técnica y las recomendaciones emitidas por el Instituto Nacional de Seguros, al tratarse de la rehabilitación de un sistema fijo contra incendios. Esas previsiones y consideraciones preliminares, que desde el punto de vista técnico hacen viable el proyecto, deben además quedar adecuadamente materializadas en el pliego de especificaciones que regirá como reglamento específico del concurso, en resguardo del principio de legalidad aplicable a la materia.... Pero también, la pre-definición de las reglas concursales y, agregamos nosotros, de las especificaciones del objeto contractual, se vincula al principio de seguridad jurídica que se ve como un derivado del principio anterior, y que supone que al sujetar el procedimiento a las reglas contenidas en las disposiciones normativas o cartelarias, da seguridad y garantía a los oferentes en su participación... En un proyecto de obra pública, lo debido es que sea la propia Administración la que defina lo que se conoce como los renglones de pago y las cantidades de insumos requeridos en cada uno de ellos. Esto es una derivación lógica del conocimiento que se tenga del alcance del proyecto y de las dimensiones de las obras por realizar. Con esta medida, también la Administración puede monitorear y comparar los precios unitarios para el estudio de razonabilidad de costos que debe darse en todo concurso público y puede tener seguridad del monto que deberá pagar si en la ejecución se llegara a requerir insumos adicionales. Con una tabla de pagos debidamente estructurada y plasmada de antemano en el cartel, se logra un propósito esencial que persigue cualquier pliego de condiciones como lo es la comparación en igualdad de condiciones de las ofertas porque todas ellas están obligadas a cotizar en los mismos términos (entiéndase las mismas actividades constructivas y/o materiales) y por las cantidades ya de previo fijadas por la Administración.” (R-DCA-048-2006 de las 9:00 horas del 24 de febrero del 2006).

12. Cartel. Elaboración. No es labor de Concejos Municipales.

“En conclusión... debemos señalar que la elaboración y aprobación del cartel, incluyendo el sistema de calificación, no son funciones propias del Concejo Municipal, sino más bien de la Proveeduría o, en su defecto, del Alcalde Municipal, según el régimen de organización interna aprobado por el Concejo, mediante el respectivo reglamento de organización de esas funciones. Ello tampoco priva al Concejo a reglamentar aquellos aspectos que en esta materia no esté reservado al Reglamento General de Contratación Administrativa que emite, conforme a sus facultades constitucionales, el Poder Ejecutivo, todo de acuerdo con los artículos 1 y 109, de la Ley de Contratación Administrativa”. (Oficio 369-2006 -DAGJ-0059-2006- del 6 de enero del 2006).

13. Cartel. Mejoras tecnológicas.

“...las mejoras tecnológicas no son elementos que define el oferente, sino que constituyen características que debe definir e incluir la Administración, **en forma expresa**, dentro del sistema de evaluación confiriendo un puntaje razonable a lo que previamente se valore como tal. Caso contrario, en la fase de estudio y selección, cualquier oferente podría alegar que “x” o “y” característica de su equipo constituye una mejora de esa naturaleza y entrar en contención con la Administración, si disiente de su punto de vista...” (R-DCA-011-2006 de las 14:00 del 7 de febrero del 2006).

14. Cartel. Arrendamiento de impresoras. Si oferente cubre costo de partes y suministros, el cartel debe indicar consumo estimado.

“El objeto de esta contratación es el alquiler de tres tipos de equipos multifuncionales: el primero con capacidad mensual mínima de 100.000 documentos (Línea A.1), el segundo de 20.000 documentos (Línea A.2) y el tercero de 10.000 documentos (Línea A.3). En el punto 1° del apartado del cartel titulado “*Mantenimiento requerido para el equipo multifuncional*” se dispone, entre otras cosas, que el oferente debe cubrir las partes y suministros para todos los multifuncionales que serán rentados; asimismo, se advierte que el oferente debe indicar un cargo fijo mensual por línea y por la totalidad del equipo. Igualmente en el punto 2 de ese apartado del cartel, se reitera

que la empresa adjudicataria debe suplir durante el periodo contractual los suministros consumibles. Sin embargo, en su respuesta a la audiencia conferida..., la Administración ofrece una estimación del consumo por área (oficinas) de la institución licitante (en cada oficina se ubicarán dos o tres de las líneas de equipos requeridas); sin embargo, no se detalla el consumo estimado por cada línea de producto, es decir, el consumo estimado para cada uno de los grupos de equipos con capacidad de 100.000, de 20.000 o de 10.000 documentos, respectivamente. En criterio de este Despacho, lleva razón el recurrente en cuanto la necesidad de que esa Administración elabore una estimación de consumo por línea de equipo, pues ese es un dato relevante para poder ofertar un determinado cargo fijo mensual por línea...". (R-DCA-463-2006 de las 8:00 horas del 12 de septiembre del 2006).

15. Cartel. "Aproximadamente". Inseguridad jurídica.

"[...] La petición del oferente de elevar el mínimo de 38 copias por minuto a 45 copias por minuto aproximadamente, es omisa de toda argumentación técnica que justifique la necesidad de elevar ese mínimo y, por el contrario, podría generar que se limiten las posibilidades de concurrencia de eventuales participantes, sin que ello sea técnicamente indispensable, contrariando lo dispuesto sobre el particular por el artículo 45.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa... / Más aún, la incorporación del término "aproximadamente" generaría inseguridad jurídica en el cartel, al no tenerse claridad de qué se entendería por una velocidad de copia aproximada a las 45 copias por minuto: ¿sería 40 copias por minuto aproximado a 45 copias por minuto pero no así 38 copias por minuto?, o, por el contrario ¿sí sería posible estimar que 38 copias por minuto es aproximado a 45 copias por minuto? Es claro que la incorporación del término aproximado vendría a generar subjetividad a la hora de evaluar la admisibilidad de las ofertas, cuando en realidad el cartel debe contener parámetros claros que permitan una comparación objetiva de las plicas". (R-DCA-463-2006 de las 8:00 horas del 12 de septiembre del 2006).

16. Cartel. No procede modificación solo para incluir lo dicho por un objetante.

"Este Despacho ha reiterado en múltiples oportunidades que, siendo la Administración la que conoce la finalidad pública que persigue satisfacer con determinado procedimiento de contratación, es responsable entonces de establecer las especificaciones técnicas del cartel en función de esa finalidad, con fundamento en las razones técnicas, jurídicas y económicas que las justifiquen... / De ahí que, si la Administración ha establecido una condición técnica en el cartel..., la modificación de tales requerimientos no se justifica simplemente bajo la premisa de incluir un equipo ofrecido por un objetante, sino que ese interesado debe demostrar que esas condiciones cartelarias resultan arbitrarias y violentan tanto la libre concurrencia como el principio de eficiencia..." (R-DCA-463-2006 de las 8:00 horas del 12 de septiembre del 2006).

17. Cartel. Modificación. Falta de publicación. Conservación de la oferta.

"No obstante, la Administración sí consideró la inconsistencia del plazo como irregular, y no publicó, sino que aclaró por notificación a los posibles oferentes... que se debía leer en ambos numerales "días naturales"; no obstante según quedó constatado en el acta de apertura de ofertas, punto que la Administración no desvirtúa, la aclaración de marras no le fue notificada al Consorcio hoy adjudicatario... Sumado a lo anterior, y aún cuando el expediente es público, no es mandatorio su revisión, y además esta notificación se dio solo dos días antes de la apertura de ofertas. En todo caso, si bien el Consorcio adjudicatario ofertó en días hábiles y naturales, hemos de reconocer como punto medular no solo su desconocimiento de la modificación, sino también que dicho Consorcio hizo una conversión de tal forma que su oferta cumpliera con los dos plazos sin salirse de los límites máximos, y en este sentido más bien sus plazos están en un margen de unos pocos días antes del máximo". (R-DAGJ-070-2006 de las 9:30 horas del 9 de marzo del 2006).

18. Cartel. Criterios de desempate.

"En relación con el punto objetado, este Órgano Contralor no estima existe limitación alguna de la participación, pues se trata de las reglas aplicables en caso de empate en las calificaciones de los oferentes. En ese sentido, debe considerar la recurrente que a ese momento ya se han superado tanto los requisitos de admisibilidad como realizado las evaluaciones, de tal forma que se estima que cualquier oferta en ese momento es lo suficientemente idónea como para satisfacer el servicio que se pretende contratar, de manera que establecer un criterio objetivo

como el que se ha fijado en nada limita la participación”. (R-DCA-188-2006 de las 8:00 horas del 3 de mayo del 2006).

19. Cartel. Multas. Fórmula de cálculo.

“En el caso bajo examen, este Despacho tiene clara la importancia para la Administración de establecer multas en caso de que el equipo arrendado no sea reparado en el tiempo previsto; sin embargo, resultan atendibles los argumentos dados por la objetante en el sentido de que la fórmula establecida para aplicar las multas es totalmente desproporcionada, lo cual roza con el principio de equilibrio de intereses que rige la contratación administrativa, en el tanto la fórmula establecida para calcular la multa afecta directamente uno de los elementos fundamentales del contrato que es el precio, y que es de donde el contratista obtiene su utilidad. En consecuencia, lo procedente es declarar con lugar el recurso en este extremo a fin de que la Administración establezca una fórmula de valoración de la multa que sea razonable, de forma tal que la multa no vacíe el contenido del factor precio.” (R-DCA-424-2006 de las 9:30 horas del 10 de agosto del 2006).

CERTIFICACIONES.

20. Certificaciones. Metro Ethernet Forum. No es requisito obligatorio.

“...el recurrente solicita que el cartel incorpore una certificación de conformidad con parámetros establecidos por un organismo internacional, que en su criterio sería la garantía idónea para asegurar que se oferten plataformas de acceso de banda ancha estandarizada, basada en la tecnología Ethernet como la pide el cartel. Ciertamente sus planteamientos son interesantes, sin embargo han sido rebatidos uno a uno por la Administración licitante, la que no considera necesario incorporar este requisito para garantizar el producto que recibirá. Bien apunta la institución, que aquí no se ha puesto de manifiesto un problema que obstaculice al recurrente sus posibilidades de participación, sino que por el contrario de atender a su solicitud, podría establecerse un impedimento injustificado técnicamente hacia otros posibles concursantes. La Administración reconoce la importancia de garantizar servicios estandarizados por las regulaciones internacionales, pero señala que para ello incorporó en el pliego el parámetro MEF 9, norma que considera suficiente para ese propósito. Desde la perspectiva con (sic; “que”) el ICE analizó el punto, nos queda claro que la certificación que pide el recurrente dejaría por fuera a otros potenciales interesados a través de un requisito que no se considera técnicamente indispensable como para exigirse como requisito obligatorio. A partir de esto, en criterio de este Órgano Contralor el interés público se vería lesionado en tanto impediría el propósito ulterior que persigue el principio de libre competencia sin algún sustento técnico para imponer requisitos que, en este caso, sesgan el mercado de manera injustificada. Apoyados en el criterio técnico de la institución que licita, que conoce la tecnología que requiere y que conoce su propia necesidad, para esta Contraloría... no hay elementos técnicos para sustentar la posición en el sentido de que el certificado emitido por el Metro Ethernet Forum, deba ser un requisito de acatamiento obligatorio para garantizar la idoneidad técnica de los equipos que se le ofertarán al ICE. Partimos de que en el pliego, se incorporan los parámetros suficientes y necesarios para garantizar la estandarización de productos, su calidad y su funcionalidad respecto a lo que la institución requiere y por ello la pretensión del recurrente no procede... Aun cuando el recurrente plantee que por el principio de igualdad de trato debe reconocerse en el cartel la diferenciación que puede haber, desde el punto de vista técnico, entre una oferta con la certificación mencionada y otra que no la posea, lo cierto es que en esta materia no puede perderse de vista que todas las cláusulas cartelarias deben tener un sustento jurídico o técnico, pero también deben responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como a las características de completez, pertinencia, aplicabilidad y trascendencia....”. (R-DCA-010-2006 de las 15:00 horas del 7 de febrero del 2006).

21. Certificaciones. Normas ISO. Requisito de admisibilidad.

“Considera este Despacho que el requerimiento de certificar el sistema de calidad de servicio al cliente, por la importancia que reviste de frente al objeto de la presente contratación, debió exigirse como requisito indispensable de admisibilidad. En ese sentido, esta División estima que debe modificarse la jurisprudencia anterior y así expresamente se hace saber, en el sentido de que una entidad esté inhibida de solicitar el certificado de calidad como una condición de admisibilidad de la oferta, puesto que ese certificado podría ser necesario para asegurar las condiciones de ejecución del contrato en ciertos objetos muy sensibles y cuantiosos como el presente. Es decir, no es procedente que, ante un objeto como el licitado, donde participan únicamente ciertos actores de un cierto

nivel empresarial, no se solicite el certificado de calidad, en lo que al servicio al cliente se refiere si la entidad licitante es la primera prestadora de servicios salud a la población en general. Si se mantiene la tesis de que únicamente el certificado de calidad sea dable puntuarlo, la única sanción para quien no lo tenga es la pérdida de puntos, con lo cual el mismo sistema de selección no empuja a las empresas hacia un mejoramiento cualitativo de sus servicios. La adquisición de ciertos equipos, con el componente de suministros y asesoría y soporte incluido –como en el caso presente– hacen necesario que ese tipo de previsión sea exigido como condición de admisibilidad de la propuesta, pues la no acreditación de un sistema de calidad podría conllevar a resultados no satisfactorios en la fase de ejecución, sin mayor consecuencia para el contratista y, en cambio, con una seria lesión a la continuidad de un servicio esencial que preste la entidad. Así, es menester analizar el objeto licitado y el impacto que tendría su funcionamiento normal, a fin de que la institución licitante valore a la luz de lo indicado aquí, la exigencia de cumplimiento de un sistema de calidad como un requisito de admisibilidad.” (R-DCA-121-2006 de las 08:00 horas del 27 de marzo del 2006).

22. Certificaciones. ISO 9001. Alcance.

“No se acepta el argumento del aquí apelante en relación con que los quince puntos de la calificación que recibieron el primer y segundo lugar por la certificación ISO deba ser excluyente; ya que el mismo producto puede ser certificado por dos certificadores distintos, manufacturado por diferentes fabricantes en diferentes países y esto no anula la validez de la certificación... Ante este nuevo argumento, este Despacho considera que en primer lugar, no hay certificaciones ISO de marca y de fábrica, sino de procesos y productos. En este sentido, todas las certificaciones ISO presentadas por los actores de este proceso, incluyendo a..., son certificaciones del proceso y no del producto, pues si bien en el caso de este último el fabricante coincide con la marca de su producto DAP, y en los otros dos casos no por ser el producto de ambos los equipos Recon, en realidad todos certifican “el proceso”, tan es así que el caso de... se certifica a “DAP Technologies Ltée” y no al producto que es Dap Technologies modelo Microflex 2240, porque lo que se certifica como el mismo recurrente lo dice en su oferta... “es que son fabricados bajo ISO 9001:2000”. (R-DCA-070-2006 de las 9:30 horas del 9 de marzo del 2006).

23. Certificación. Norma ISO 9001:2000. Análisis del Laboratorio de Productos Forestales de la UCR.

“Respecto a la petición de la objetante para que, en lugar del estudio técnico del Laboratorio de Productos Forestales de la UCR se exija la norma de calidad ISO 9001:2000, se debe considerar que el solicitar este tipo de certificaciones internacionales como un requisito de admisibilidad del cartel es una decisión que debe tomar la Administración en función del tipo de bien que piensa adquirir y las condiciones de mercado de dicho producto... / Sin embargo, en este caso la Administración ha estimado que exigir un análisis del Laboratorio de Productos Forestales de la UCR es un método apropiado para evaluar la calidad del bien a adquirir... / Por ello, de establecer la certificación ISO como un requisito de admisibilidad podría constituirse, en el caso *sub examine*, en un factor injustificado de exclusión de otros oferentes que no puedan cubrir el costo de dicha certificación pero sí el del análisis del Laboratorio de Productos Forestales de la UCR. Por otra parte, el análisis de Laboratorio de la UCR es una herramienta que —como lo afirma la Administración— permite analizar las características puntuales del producto específico que requiere esa Institución... / En relación con (sic) antes señalado, debe tomarse en cuenta que la certificación ISO 9001:2000, lo que especifica son estándares para sistemas de gestión de calidad para aquellas organizaciones que necesitan demostrar su habilidad para proveer productos que cumplan con los requerimientos del consumidor y de las regulaciones aplicables; estos estándares de la certificación ISO son genéricos y procuran ser aplicables a toda organización, sin importar el tipo, tamaño o producto, de manera que se logre ese fin... / Es decir, la certificación ISO 9001:2000 no certifica que un producto cumple con determinadas características específicas..., lo cual es propio de un análisis de laboratorio; sino que lo certificado bajo esa norma ISO es que una empresa cuenta con los procesos y sistemas de gestión de calidad para que, dadas y comprobadas determinadas especificaciones, puede ofrecer un producto que se ajusta a esas especificaciones. Por ello, tal certificación resulta un buen complemento del análisis de laboratorio requerido por la Administración, mas no lo sustituye.” (R-DCA-366-2006 de las 8:00 horas del 24 de julio del 2006).

24. Certificaciones de calidad.

“... se aceptaría la certificación UL, siempre y cuando el oferente indique el nivel de equivalencia con las solicitadas en el cartel, por lo que deberá esa Administración incorporar al pliego de condiciones las definiciones de las distintas certificaciones que estaría dispuesta a homologar como equivalente a esa, a fin de no provocar una contención innecesaria ante un vacío o incompletitud del factor de evaluación, punto 3.2.1 “certificación de calidad 10%” de la metodología de evaluación. En cuanto a los aspectos a los que se concede puntuación, si bien hemos indicado que constituye parte de la actividad discrecional de la entidad, es necesario que el pliego discrimine entre aquéllas que agregan valor y aquéllas que ya este Despacho ha dispuesto que pueden solicitarse como requisitos de admisibilidad y, por ende, de cumplimiento obligatorio, vinculadas fundamentalmente con aspectos de compatibilidad y de resguardo a la salud humana (ver **RC-328-2002** de 11:00 horas del 27 de mayo de 2002).” (R-DCA-437-2006 de las 9:00 horas del 29 de agosto del 2006).

25. Certificaciones. CCSS. Requisito obligatorio.

“Respecto de los cuestionamientos, debe indicarse al recurrente que mediante la Ley de Protección al Trabajador (Ley No. 7983), se modificó el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social estableciendo nuevamente el requisito que alega como inconstitucional. Sobre esa modificación ya se pronunció la Sala Constitucional mediante el voto 8583-2002, indicando que: “III. *Acerca de los diversos criterios que la Sala ha tenido en esta materia. La jurisdicción constitucional costarricense, es de tipo concentrado en un órgano especializado, el que por ley, otorga a sus sentencias efectos erga omnes, carácter vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). De esta disposición se exige a la propia Sala, que puede revisar sus criterios. Partiendo de ello, no obstante que en la sentencia N° 1994-00787 se hubiera declarado la inconstitucionalidad del contenido anterior del artículo 74 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social, ahora, sustentado en la jurisprudencia mayoritaria de la Sala, debe analizarse de nuevo el contenido similar del mismo artículo, lo que se realiza ponderando el valor constitucional entre el régimen de Seguridad Social con el de la Contratación Administrativa. Sustentado en la jurisprudencia indicada en el considerando primero de esta sentencia y de la cual se deriva la protección que se ha dado del régimen de seguridad social, debe confirmarse el criterio alegado por la parte accionante en la acción que nos ocupa, ya que en interpretación conforme al Derecho de la Constitución y como resultado de la valoración de dos regímenes en pugna, en cuanto a los bienes tutelados en ambos, en el primero la generalidad de los habitantes del país en protección de los derechos a la salud y la vida humana, derechos fundamentales de primordial jerarquía; y el segundo, referido a la posibilidad de contratar con la administración, la Sala, aplicando una ponderación de esos valores y derechos, opta por dar prioridad a la necesidad de mantener un sistema universal de seguridad social que depende para sus subsistencia de aportes tripartitos (patrono-trabajadores y Estado), siendo una necesidad básica que las diferentes partes cumplen con su obligación de cotización, de lo cual es bien sabido que existe una gran morosidad, situación que, entre otras, generó que el legislador promulgara la Ley de Protección al Trabajador, con el fin de proteger el régimen de seguridad social, principalmente tendiente a que las pensiones sean sostenibles a futuro, pues del análisis mencionado, se concluye que una de las formas mediante las cuales se evita la morosidad, es la prevista en el párrafo segundo del artículo 74 bajo examen, mediante el cual se obliga – como que es un deber constitucional-, estar al día en las cotizaciones al régimen de seguridad social, por lo que, reafirmar aquella obligación fundamental en una ley ordinaria que persigue el mismo fin constitucional, no resulta violatorio a los derechos de las empresas, que ante la posibilidad de contratar con la administración, se les exija, como requisito previo, que se encuentren al día en sus obligaciones para con la Caja Costarricense de Seguro Social. De este análisis, por la jerarquía establecida en líneas anteriores, también concluye la Sala en que no se da una violación del principio de razonabilidad. Por el contrario, el criterio aquí sentado, se inscribe dentro de la consideración especial que la Sala le ha otorgado a la seguridad social que se protege por el artículo 73 de la Constitución Política.” De esa forma, se tiene que el requisito legal no solo se encuentra vigente sino que es considerado como ajustado a nuestra Constitución Política, por lo que debe declararse sin lugar el recurso en este extremo”. (R-DCA-188-2006 de las 8:00 horas del 3 de mayo del 2006).*

26. Certificaciones. CCSS. Obligatorio estar al día.

“Mediante el oficio. GDF-29-125-2006 del 4 de agosto de 2006, la Gerencia División Financiera le comunicó a esta Contraloría General que [...] tiene una situación de patrono al día, a la vez que indicó que el 3 de abril de 2006 se adeudaba a la Institución un monto total de ₡68.698.00 por concepto de planilla ordinaria del mes de febrero, la cual fue cancelada el día 23 de junio de 2006 (hecho probado 7). Ahora bien, consta en el expediente que la fecha de la apertura de las ofertas fue el día 3 de abril (hecho probado 6), por lo de lo indicado por la Caja Costarricense

del Seguro Social, [...]no se encontraba al día con el pago de las cuotas obrero-patronales, lo cual acarrea consecuencias conforme a lo dispuesto cartelariamente (hecho probado 4.2) y en el ordenamiento vigente, que procede analizar de seguido. La Ley de Protección al Trabajador (Ley 7983), artículo 85, modificó el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social indicando que: “Los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas, deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social, conforme a la ley. Para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar al día en el pago de las obligaciones de conformidad con el artículo 31 de esta ley. (...) 3.- Participar en cualquier proceso de contratación pública regulado por la Ley de Contratación Administrativa o por la Ley de Concesión de Obra Pública. En todo contrato administrativo, deberá incluirse una cláusula que establezca como incumplimiento contractual, el no pago de las obligaciones con la seguridad social.” (el subrayado no es del original). A su vez, los alcances de esta reforma fueron analizados por la Sala Constitucional, que indicó sobre el tema: (...) (voto 8583-2002, subrayado no es del original). Como puede verse el pago de las cuotas obrero-patronales no resulta ser un simple requisito de forma o de carácter intrascendente como pretende hacer ver la Administración licitante y la adjudicataria, sino que, por el contrario, deriva de un deber constitucional que por lo demás resulta sustancial para efectos de la participación en los procesos de contratación administrativa. Se convierte este requisito en un presupuesto para participar, el cual debe tenerse no solo ante la posibilidad efectiva en la etapa de suscripción del contrato o momentos posteriores -como dice la adjudicataria, sino que requerimiento desde el momento en que se pretende someter la oferta a consideración de la Administración. En este sentido, la norma legal es clara en indicar que el requisito debe cumplirse para efectos de participar y esto debe cumplirse no en cualquier etapa del procedimiento sino en un momento cierto, como es la apertura de ofertas. Es en ese momento en el que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas, jurídicas o económicas; de tal suerte que no pueden ser susceptibles de modificación, por lo que el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento también debe tenerlo el oferente al momento de someter su plica a conocimiento de la Administración. Un requisito sustancial como este, no puede dejarse librado a la voluntad del contratista, para que con posterioridad y en “algún momento” de la contratación decida cumplirlo; pues bien podría llegarse al absurdo de que la Administración llegara a adjudicar a una oferta y que no se encuentra al día con las cuotas, con el consecuente incumplimiento del deber constitucional, aunque se trate de una oferta de excesivas bondades técnicas y económicas. Por esas mismas razones y dejando claro que el requisito resulta absolutamente sustancial al momento de la apertura, tampoco es posible compartir la posición del adjudicatario, respecto que el requisito debería verificarse al momento de la suscripción del contrato o incluso en momentos posteriores, porque ello sería caer en interpretaciones subjetivas de la norma, a gusto de quien aplique la norma. Así las cosas, ante la simple posibilidad de contratar con la Administración, el eventual oferente debe regularizar su situación, para que desde el momento de apertura de las ofertas su oferta se ajuste al ordenamiento, ya sea porque ha cancelado puntualmente sus obligaciones obrero-patronales, ya por que ha llegado a un arreglo y está siendo cumplido, primero por una razón de orden práctico en el sentido de evitar análisis innecesarios ante una oferta que incumple el ordenamiento y más que eso, porque al Estado no le puede interesar contratar con un proveedor que no contribuye con la seguridad social. Es justamente esa la diferencia que existe entre el patrono moroso y el patrono con arreglo de pago y por lo cual no puede entenderse que ambas circunstancias resulten similares, pues en el caso del patrono con arreglo de pago se ha reconocido no solo el incumplimiento de los deberes de pago sino adicionalmente, se ha regularizado la situación con la entidad con el compromiso de cancelar los montos adeudados y ponerse en regla a futuro (sobre los arreglos de pago y encontrarse al día con este tipo de obligaciones, puede verse la resolución R-DAGJ-278-2005 de las 12:00 horas del 20 de mayo de 2005); lo cual dista mucho de ser la situación de un patrono que lisa y llanamente se encuentre en estado de morosidad. Así las cosas, siendo que la firma adjudicataria no se encontraba al día en el pago de las cuotas obrero-patronales al momento de la apertura (hecho probado 7), no se cumplió con el requisito desarrollado por el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense del Seguro Social, incumplimiento que - como ha afirmado la firma recurrente-, resulta de una gravedad tal, que amerita la exclusión de la oferta adjudicataria”. (R-DCA-425-2006 de las 8:00 horas del 22 de agosto del 2006).

27. Certificaciones. CCSS. No inscripción como patrono. Actividad que requiere esa condición.

“En el caso de esta empresa se ha cuestionado que no se encuentre inscrita como patrono y, por ende, no cumpla sus obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social. La Municipalidad considera que si la firma no es

patrono no tiene por qué encontrarse al día con el pago, lo cual también reiteran la adjudicataria y la propia [...]. Al respecto, estima este Despacho que, de una lectura del pliego de condiciones se desprende que se requirió un taller de servicio para los trabajos de mantenimiento y reparación del equipo ofrecido, el cual, entre otras cosas, debía contar con el personal técnico capacitado, necesario y suficiente (hecho probado 4.1); lo cual fue aceptado por [...] en su oferta (hecho probado 5), sin que indicara ninguna otra relación contractual, autorizada por el cartel u otra forma de participación (como el Consorcio) para efectos de cumplir con un extremo de suyo trascendente en esta contratación. De esa forma, necesariamente debe concluir este Despacho que quién debía cumplir este requisito por obligarse en su oferta, era [...] y no ningún miembro de la Corporación [...], que para todos los efectos es un tercero en este expediente. No obstante esta situación, la entidad rectora en la materia ha indicado que [...] no se encuentra inscrita como patrono (hecho probado 8), lo cual desde luego parece contrario a los alcances de la oferta y esencialmente al objeto que se está contratando mediante esta licitación. En ese orden de ideas, resulta contrario a la propia manifestación de ese oferente el señalar que no está inscrito como patrono, pues desde luego que para brindar servicios de taller requiere personal así como para la atención de todo el complejo que la empresa representa, para lo cual debería contarse con al menos personal administrativo suficiente para la realización de las ventas o incluso realizar labores de recepción. No puede entender este Despacho como una empresa que manifiesta haber vendido casi veinte camiones del tipo requerido cartelariamente, no cuenta siquiera con el personal administrativo para estas labores, lo cual en todo caso no se explicó en su respuesta a la audiencia inicial. Ya sobre el particular ha resuelto este Despacho, en posición que se reafirma que: *“Es decir, su propio dicho acredita que actualmente su negocio cuenta con personal actualmente capacitado, lo cual es lógico y, además, necesario para desarrollar la amplia experiencia que dice tener y la prestación actual de servicios, como empresa y, sin embargo, aporta certificación en su oferta en la que expresamente se indica que no está registrado como patrono. (ver hecho probado ocho) Sobre el particular, tenemos que señalar que por mandato constitucional y legal todo patrono que tenga a cargo trabajadores para el desarrollo de su actividad comercial deberá contribuir con el régimen de seguridad social. Concretamente sobre la contratación administrativa, el artículo 74 de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense de Seguro Social, dispone: (...) Esa disposición de evidente acatamiento, por lo que si no se cumple, la consecuencia lógica, a contrario sensu de lo dispuesto en dicha norma, es la imposibilidad de participar en procesos de contratación, es decir, que si no se está al día en el pago de las cuotas o bien, siendo patrono no se está inscrito, lo procedente es declarar la nulidad de la oferta por incumplimiento de un requisito legal. Y es que ambas situaciones, aunque de alguna manera diversas, ha de brindarse la misma solución, ya que no sería equitativo excluir a una oferta que se encuentra morosa y no a otra que debiendo estar inscrita como patrono no lo está. De tal suerte que, en abono a los serios problemas de indefinición sobre el aporte de mano de obra que tiene la propuesta de la adjudicataria tenemos que siendo una actividad comercial vigente con requerimiento de mano de obra su obligación es cotizar al régimen de seguridad social y al no hacerlo su oferta es legalmente inadmisibles, de lo cual deberá ponerse en conocimiento a las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social.”* (R-DAGJ-497-2005 de las 9:00 horas del 10 de agosto de 2005). Siendo entonces, que [...] no ha aclarado cómo cumpliría el taller de servicio -que necesariamente requiere la mano de obra- sin ser patrono según las condiciones de su propia oferta, resulta necesario presumir su obligación de encontrarse inscrito como patrono para los efectos de este concurso, lo cual no se ha hecho como bien se desprende de la certificación incorporada a los autos. Así las cosas, en el caso no basta que la Asesoría Jurídica de la Municipalidad se conforme con indicar simplemente que, el hecho de que esta empresa no esté inscrita como patrono implica que no incumplió formalmente con los términos cartelarios de estar al día con las cuotas, pues es claro que la lectura que se hace de este requisito es abiertamente formalista”. (R-DCA-425-2006 de las 8:00 horas del 22 de agosto del 2006).

28. Certificaciones. Posibilidad de pedir a la vez garantías de fabricante y distribuidor o representante local. “En la R-DAGJ-585-2005..., esta Contraloría General resolvió el tema en debate merced a una objeción al cartel...; por ello, y conforme a lo resuelto en esa oportunidad, se declara sin lugar este primer alegato, debiendo estarse la parte a lo que otrora se señaló: “Es lo cierto que este Despacho ha admitido que la denominada “garantía de fábrica” puede ser emitida directamente por el fabricante de las unidades que se ofertan o por su distribuidor autorizado en el país, quien se hace responsable —en ese caso— de los términos de dicha garantía (véase la resolución R-DAGJ-363-2005 de las 9:00 horas del 22 de junio de 2005). Sin embargo en el cartel de este concurso, se ha constatado que la decisión discrecional de la Administración va en el sentido de exigir dos tipos de garantía diferentes. Por un lado, la garantía que da el fabricante, que como hemos visto podría ser emitida también por su distribuidor autorizado y que se refiere a aquellos aspectos propios sobre los que la fábrica —o su distribuidor

autorizado— otorga respaldando a su producto. Por otro lado, el pliego también solicita una garantía del propio representante como tal, quien es el que asume una buena parte del compromiso contractual ante la Administración y a quien se le está solicitando que —con independencia de aquello a lo que el fabricante o su distribuidor autorizado está en capacidad y disponibilidad de obligarse— manifieste a qué se obliga como una garantía adicional en condición de representante. Considera este Despacho que es dable que la Administración diferencie el papel que cada parte asume en este tipo de relación contractual. Como sabemos en el negocio de venta de vehículos, en nuestro país no son los fabricantes mismos quienes asumen la labor de “colocación” directa ante los compradores de cada vehículo o unidad. Por el contrario son sus distribuidores quienes asumen esa labor. Es por ello que no se encuentra excesivo ni arbitrario que la Administración busque el respaldo tanto de quien produce y manufactura los vehículos en los que invertirá los recursos públicos, como de parte de quien se obliga frente a ella, aun cuando en muchos términos actué en representación del fabricante. Lo cierto es que la Administración busca una garantía adicional que motive al oferente a cotizar un respaldo que le de mayores seguridades. En consecuencia se declara sin lugar el recurso en este extremo”. (R-DAGJ-585-2005...)”. (R-DCA-246-2006, de las 8:30 horas del 25 de mayo del 2006).

CONTRATACIÓN DIRECTA.

29. Contratación directa. Actividad ordinaria. Efecto.

“Tenemos entonces que la consecuencia de la determinación de la actividad ordinaria de una institución, resulta ser la posibilidad de comprar o vender sin sujeción a los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa y la posibilidad de que las personas sujetas a prohibición de contratar puedan hacerlo”. (Oficio 01216 (DAGJ-0177-2006) de 18 de enero del 2006).

30. Contratación directa. Presupuesto de derecho. Excepción del inciso d).

“Recuérdese que el inciso d) del artículo 2° de la cita Ley refiere a excepciones de los procedimientos ordinarios de contratación cuya aplicación es de exclusiva responsabilidad de la Administración, en los términos en que lo disponen los artículos 75 y 79 del Reglamento General... y en donde, de tener por certero el acaecimiento de las circunstancias que acrediten esa causal..., las mismas deben quedar claramente justificadas en el expediente administrativo, bajo exclusiva responsabilidad de la funcionarios de la Administración que así lo acrediten. / En todo caso, valga observar que si esa Administración pretende sustentarse en el artículo 2° inciso d) para excepcionar estos “contratos marco” de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa, es conveniente recordar que los jefes y titulares subordinados de ese Ministerio son responsables de que la aplicación de esas excepciones se realice en los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en el presente caso, ese Ministerio señala que los concursos que se han promovido han sido infructuosos y que estas obras deben ser realizadas por personas físicas o jurídicas con conocimiento y experiencia apropiada, y que son necesarias para atender emergencias que se presentan por casos fortuitos o fuerza mayor. Sin embargo, de su oficio no se desprende que ese Ministerio haya determinado las causales jurídicas que considera de aplicación en este caso y que le permitan excepcionar estas contrataciones... / Así, por ejemplo, no queda claro que sus razones se fundamenten en una situación de proveedor único, de seguridades calificadas, o de situaciones imprevisibles, según lo dispuesto por el citado artículo 2° inciso d)...”. (Oficio 12441 -DCA-2616-2006- del 29 de agosto del 2006).

31. Contratación directa. Sujetos de derecho público. Procedencia.

“Efectivamente el artículo 2, inciso b) de la Ley de contratación administrativa posibilita que las administraciones públicas puedan celebrar contrataciones directas con otros estados -supuesto de estado con estado- u sujetos de derecho público internacional. Sin embargo, tal posibilidad -nos referimos específicamente al supuesto de que la contraparte sea un sujeto de derecho público internacional- solo será viable si la contraparte nacional está actuando bajo un radio de acción afín a su génesis, funciones o marco de competencias. Al ser los supuestos de la norma 2 de la Ley de interés “excepciones”, es bajo ese carácter que debe analizarse la invocación a la vía de negociación o relación directa. / De lo que consta a esta sede, se sabe que la Municipalidad de... tiene un “Convenio Macro de Cooperación” ... con el ICAP. De éste se desprende, según se indica, que en cláusula cuarta se establece que “las partes podrán concertar convenios específicos, que si implican compromisos de tipo económico, según la oferta metodológica

y económica que se aporte al tenor de la cláusula tercera del citado convenio, requerirá, además de la aprobación del Concejo..., de la autorización o refrendo de parte de la Contraloría...”... / En la especie pareciera que lo propuesto por el ICAP, a partir de ese convenio macro, es un documento denominado “Proceso de Mejoramiento de Calidad del Servicio al Cliente de la Municipalidad de Curridabat”; se trata de una oferta metodológica y económica para desarrollar una primera fase que comprende la etapa de sensibilización y la etapa de rediseños de procesos, cuyo costo asciende a cinco millones de colones, quedando pendiente una segunda fase sobre implementación del sistema de mejoramiento del servicio y el control y seguimiento de éste, por un costo adicional de dos millones de colones... / Ahora, para posibilitar un criterio positivo de que procede una contratación directa al amparo de esa norma 2, inciso b), es requisito analizar previamente las competencias —posibilidades válidas— de los sujetos contratantes. En el caso de la corporación no se tiene duda con respecto a la intención de mejorar la calidad del servicio a los munícipes; ello sería parte de sus labores; en el caso del ICAP, debemos obligatoriamente remitirnos a su rol de funciones o fines para poder actuar en el país como sujeto de derecho público internacional... / Es decir, el sujeto público nacional solo podría pactar directamente objetos contractuales establecidos expresamente para el ICAP... / En otro orden de cosas, aunque en el caso de marras aplicase el supuesto de contratación directa referido, ello no obsta para que se deje de determinar la razonabilidad del monto cotizado por la consultora, de modo que si el precio por pagar es excesivo o ruinoso, no cabría sustento para, aún así, pactar directamente al amparo de la norma 2, inciso b). Esto otro tampoco es posible de determinar en la especie, siendo la administración responsable de tal garantía. / De lo que viene, y como criterio general, esta División advierte la necesaria presencia de tres elementos objetivos para proceder con la aplicación del supuesto de contratación directa regulado en el artículo 2, inciso b) de la Ley de contratación administrativa: 1) *sujeto legitimado*: en el tanto la contraparte nacional solo puede ser un estado —relación de estado con estado por las vías diplomáticas y de derecho público internacional preestablecidas— o un sujeto de derecho público internacional; 2) *objeto prestacional con sustento normativo*: es decir, la contraparte nacional que pretende brindar o convenir un bien o servicio debe tener respaldo normativo; normativa que debe hallar asidero dentro del derecho público internacional en aras de que se pueda actuar válidamente en punto al ofrecimiento del bien o servicio en sí mismo —es decir, debe haber fuente de derecho público internacional: convenio, tratado, etc., que así lo permita—; 3) *precio o costo razonable*: aunque se cumplan los dos requisitos anteriores, necesariamente debe darse suficiente motivación de que el costo del bien o servicio que se adquiriría es razonable; sea que no es excesivo ni ruinoso”. (Oficio 5120, del 19 de abril del 2006, -DCA-947-).

32. Contratación directa. Razones de procedencia. Urgencia. Derechos humanos.

“El régimen de contratación directa en lo que respecta a dos de los supuestos que autoriza la Contraloría General, nos referimos a los regulados en los artículos 2, incisos h) y d) en relación con la norma 80 de la Ley de contratación administrativa, parte del deber contralor de dar su venia a todas aquellas gestiones encaminadas a garantizar, en términos de eficiencia y eficacia, un mejor uso de los fondos públicos, el resguardo de la hacienda pública y hasta la protección de la vida misma de las personas. Esta respuesta excepcional del marco legal surge ante la potencial realidad de que, en aplicación del procedimiento regla, más bien su uso causaría una afectación real, por ello se evita. Sea, esta institución está ordenada, y no facultada como podría entenderse al menos del ordinal 83 del reglamento de la Ley, a autorizar las gestiones, por ende, procedentes. La Sala Constitucional ha señalado lo siguiente en su sentencia 13910-2005, de las 15:04 horas del 11 de octubre del 2005: / “...el régimen constitucional establece como regla de principio el procedimiento de concurso, es decir, la licitación en sus diferentes formas, como el mecanismo idóneo para garantizar la participación de los proveedores en condiciones que permitan a la Administración seleccionar la mejor oferta del mercado, en aras de la más sana administración de los fondos públicos y el principio de eficiencia. En segundo término, que es constitucionalmente válido que se establezcan en el ordenamiento calificadas excepciones a este régimen, que por sus especiales condiciones hacen que la realización de concursos sea abiertamente incompatible con la consecución del fin público; y es precisamente de esta forma como la llamada contratación directa viene definida en el artículo 2 de la Ley de la Contratación Administrativa, que señala en lo concerniente... / Este texto (se refiere la Sala a los supuestos del artículo 2, inciso d de la Ley de la materia), a juicio de la Sala, contiene un mecanismo de selección de contratista cualitativamente diferente de cualquiera de los mecanismos ordinarios, precisamente por la ausencia de un concurso, de sus reglas y principios, y porque —de manera inversa al sistema ordinario de contratación— estos últimos principios solo son aplicables y deben respetarse únicamente cuando no generen una obstaculización al logro de la contratación requerida... La razón de ser de esta excepción y su particular caracterización tiene como se indicó un fundamento sistémico

constituido por el hecho de ser una válvula de escape exigida por el carácter instrumental que tiene el concurso para la contratación administrativa y que hace que se le deba conceptualizar como un medio para el logro de un fin, mas no el fin en sí mismo. Aun cuando no se diga expresamente, lo que se logra con esta disposición legal es que el mecanismo de la contratación directa se constituya en una salida jurídica válida cuando las modalidades de concurso ordinario se tornan en un obstáculo insalvable para el logro del fin perseguido...” / Y en el caso del supuesto de urgencia, expone: / “...resulta oportuno señalar que la idea de un tratamiento distinto del ordinario frente a situaciones excepcionales, no tiene nada de novedoso ni extraño y que aparece incluso recogido (aunque para otros supuestos) en nuestra Constitución Política, la cual en el numeral 180 señala... / Se trataría entonces de situaciones claramente excepcionales que la sentencia número 3410-1992 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diez de noviembre de mil novecientos noventa y dos, tuvo ocasión de definir como: / “...manifestaciones de lo que se conoce en la doctrina del Derecho Público como “estado de necesidad y urgencia”, en virtud del principio “salus populi suprema lex est”, entendiéndose que el bien jurídico más débil (la conservación del orden normal de competencias legislativas) debe ceder ante el bien jurídico más fuerte (la conservación del orden jurídico y social, que, en ocasiones, no permite esperar a que se tramite y apruebe una ley); y en el Derecho Penal, como “estado de necesidad”, o sea, “una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”. Y es este el mismo sentido del texto del artículo 180 constitucional.” / Ambos imperativos legales, sea el dicho en esa norma 2, inciso h) o el dispuesto en los artículos 2, inciso d) en relación con el 80 de la Ley de marras, cobran especial relevancia cuando se está de frente a materias que, además de lo adjetivo, sea determinar el mejor remedio procedimental para adquirir bienes o servicios, nos hallamos de frente a objetos relacionados con servicios públicos, cuyo mandato al Estado es el de brindarlos oportunamente y con calidad —esto es de por sí un derecho humano que deriva asimismo del pensamiento de ser un Estado social—, y, por otro lado, con contenidos de derechos humanos, sea en la especie la salud pública por lo esencial del servicio de recolección de los desechos y la tutela efectiva de la vida humana. / Efectivamente, si el contenido de la gestión administrativa se enlaza evidentemente con tópicos considerados particularmente por el texto constitucional, y más que ello, por principios de orden superior enraizados en ese cúmulo de derechos —no debidos por el Estado sino exigidos como su primer guardián y prestador de servicios ciudadanos—, entonces, en ese tanto, merecen obligatoriamente un estudio primordial, buscando una respuesta adecuada y que halle lógico sustento en la eficiencia, eficacia y en el respeto y materialidad real de lo debido, sea en el servicio de recolección de desechos, como en otras funciones públicas, cuyo estrato y motivación proceda de orden suprema, y esté afín con el ser humano, y su dignidad: razón última de las sociedades. Pero esto, y así se advierte, no exime la recta aplicación de la legislación, es decir, que en tesis de principio lo ordenado es aplicar el tipo de procedimiento que en razón del monto sea procedente, salvo que medie lo excepcional, como en la especie”. (Oficio 6220 -DCA-1287- del 16 de mayo del 2006).

33. Contratación directa. Función facultativa o imperativa. Derechos humanos.

“De las normas 2, inciso h) de la Ley de contratación administrativa en relación con la 83 del reglamento a la citada ley, se desprende el deber contralor de autorizar todas aquellas gestiones encaminadas a garantizar, en términos de eficiencia y eficacia, un mejor uso de los fondos públicos propios de los procesos de compras, cuando la aplicación regular de los procedimientos regla más bien potencian una afectación directa a la satisfacción más completa y oportuna del interés general. Así, esta institución está ordenada, y no facultada como podría entenderse del marco legal señalado, a autorizar las gestiones que, bajo argumentativa y prueba procedente, le sean presentadas y que, en suma, se dirigen a salvaguardar la hacienda pública y el correcto actuar de la función estatal. / Este imperativo legal cobra especial relevancia cuando se está de frente a materias que, además de lo adjetivo, sea determinar el mejor remedio procedimental para adquirir bienes o servicios, nos hallamos de frente a objetos relacionados con servicios públicos, cuyo mandato al Estado es el de brindarlos oportunamente y con calidad —esto es de por sí un derecho humano que deriva asimismo del pensamiento de ser un Estado social—, y, por otro lado, con contenidos de derechos humanos, sea en la especie la salud pública, y la tutela efectiva de la vida humana; amén de que ello es un imperativo, fin en sí mismo, del régimen de seguridad social instaurado en la Constitución Política. / En efecto, si el contenido de la gestión administrativa se enlaza evidentemente con tópicos considerados particularmente por el texto constitucional, y más que ello, por principios de orden superior enraizados en ese cúmulo de derechos —no debidos por el Estado sino exigidos como su primer guardián y prestador de servicios ciudadanos—, entonces, en ese tanto, merecen obligatoriamente un estudio primordial, buscando una respuesta adecuada y que halle lógico sustento en la eficiencia, eficacia y en el respeto y materialidad real de lo

debido, sea en los servicios de salud, como en otras funciones públicas, cuyo estrato y motivación proceda de orden suprema, y esté afín con el ser humano, y su dignidad: razón última de las sociedades. / Pero claro, la materia de autorizaciones como la que nos ocupa no puede, como parece suceder en el caso, justificar de ninguna manera el actuar negligente de las administraciones, sea no planificar con prontitud la materia de compras; no asignar el presupuesto dado que no se determinan prioridades o, al menos, están no sin claramente conocidas por el órgano contralor; no dar inicio a tiempo con los procedimientos u otros motivos. Mas la negligencia de los funcionarios, que se investiga y puede y debe reprenderse por otras vías, no puede estimarse como elemento sustantivo para proceder conforme lo indica el ordenamiento, sea analizar sin con la posible venia contralora, se garantiza de mejor manera la satisfacción plena del interés general, o se evitan daños eventuales. / Es decir, lo primero, sea la carencia de una mística pública para gestionar los procedimientos de compras, no debe incidir en lo segundo, ergo en dar o no una autorización, porque en este escenario se debe superar la falta administrativa, y se resguarda la hacienda pública y, como es en el caso de marras, el amparo de derechos humanos en la prestación de servicios afincados en la vida humana y, por ella, en la prestación de un servicio de salud bajo parámetros de calidad". (Oficio 6020, del 5 de mayo del 2006 -DCA-1218-).

34. Contratación directa. Servicio de transporte estudiantil. Obligación estatal.

"El oficio del Ministro claramente presenta un interés final que, conforme a las funciones de carácter servicial y sustantivas del Estado costarricense, no puede ser mal atendido: nos referimos al derecho a la educación y la exigencia constitucional de que ésta se garantice bajo parámetros de calidad, igualdad, inclusión social, entre otros. El Estado está compelido a apoyar al estudiantado para que éste halle un resorte real del derecho dispuesto, y los medios e instrumentos para que se cumpla. Más allá de tener centros educativos, un panel idóneo de profesores, materiales para el estudio u otros, que son importantes, es lo cierto que la visión de un estado social vincula a que se faciliten las condiciones para que la educación, que se debe garantizar por el momento en primaria y secundaria, sea un derecho de aspiración cierta y concreta. De allí la lógica explicación de que existan los programas de asistencia a los estudiantes, que el sistema, en menor o mayor grado en los diversos centros educativos, posee. Y esto, en suma, no puede asimilarse como una graciosa concesión pública sino en una obligación que deriva del fin supremo consagrado en la letra expresa de la Constitución Política. / Bajo este escenario es que el transporte estudiantil no puede concebirse como una actividad que presta el Estado de manera simple o temporal, o sin mayor respaldo en ese cuadro de tareas ejecutivas afines al precepto superior dicho. Se trata, entonces, de una actividad esencial para que el mandato constitucional de garantizar la educación sea real en los cientos de estudiantes que se ven beneficiados. De no ser así, el derecho humano referido puede quedar en una simple enunciación, sin mayor grado operativo o de funcionalidad y esto, para un país como el nuestro, que es un Estado social de derecho, basado en la Constitución Política ante todo, y la serie de instrumentos de derechos humanos con peso superior a la misma norma suprema dicha en el tanta garantice de mejor manera los derechos fundamentales, no le es viable permitirlo, ni por conducta activa ni por conducta omisiva". (Oficio 13109 -DCA-2793, del 11 de setiembre del 2006).

CLÁUSULA PENAL

35. Cláusula penal. No hay debido proceso.

"Tal como bien lo apunta la Administración, una vez establecida la cláusula penal y cómo va a implementarse, la Administración la aplicará contra inobservancia de las condiciones, sin tener que demostrar el daño causado (artículo 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa), toda vez que en la especie, la aplicación de la sanción es una consecuencia directa de un incumplimiento en la ejecución del contrato, por lo que se produce una simple constatación del mismo y se aplica una medida que expresamente es aceptada por la parte al presentar ofertas y posteriormente al suscribir el contrato. (En este sentido ver el oficio # 13793-99). (R-DCA-240-2006 de las 9:00 horas del 24 de mayo del 2006).

ESTADOS FINANCIEROS.

36. Estados financieros. Presentación de estados contradictorios dictaminados en la misma fecha.

“...estamos en presencia de información financiera correspondiente a un mismo periodo, de una misma empresa y dictaminados en la misma fecha por el mismo Contador Público pero con evidentes y notables diferencias entre una y otra (ver hechos probados cinco y seis), sin que, en las respectivas informaciones, se hubiera hecho referencia alguna a la razón y procedencia de los cambios. Lo anterior, en criterio de esta División atenta contra el principio de buena fe e implica una clara y grave incerteza acerca de la real situación financiera de esta empresa y, además, involucra una actuación contraria a las normas de la técnica, todo lo cual fue evidenciado en el dictamen CCP-FIS 13-2006 del 26 de enero de 2006 emitido por el Colegio de Contadores Públicos e implica que no es posible, en esas condiciones, adjudicar el concurso a un consorcio del que esa empresa forme parte. Se procederá a detallar cada uno de los aspectos puntuales...”. (R-DCA-14-2006 de las 13:30 horas del 8 de febrero del 2006).

EXPERIENCIA.

37. Experiencia. Grado académico. Agentes de seguridad.

“... Este Despacho en otra ocasión, al conocer este mismo alegato, expresó que lo requerido en la precitada Ley es un grado académico mínimo, por ende, es posible que la Administración requiera un nivel académico superior, con el objeto de que los agentes de seguridad tengan un nivel de educación más alto y de conocimientos para realizar las funciones que deben cumplir, lo cual no torna la cláusula en ilegal y menos aún irrazonable, pues a la entidad licitante le interesa asegurarse que se le va a brindar un servicio eficiente y esa responsabilidad corre a su cuenta al disponer las cláusulas del pliego. Así las cosas, estimamos que resulta válido que la Administración requiera un mayor nivel educativo en función de las condiciones del servicio y esto en nada se opone a la legislación vigente en la materia y en consecuencia, se declara sin lugar el recurso en este extremo.” (R-DCA-033-2006 de las 8:00 horas del 20 de febrero del 2006).

38. Experiencia. Pericia personal o a nombre de la empresa.

“...esta División debe establecer una diferencia elemental en el caso de marras: una cosa es evaluar la pericia de la empresa oferente y otra la que el ingeniero presidente de esa empresa haya alcanzado a título profesional y personal. El cartel valora la experiencia de los oferentes (personas físicas o jurídicas), siendo que en el caso de la apelante, ésta presentó plica a nombre de la empresa, no a título personal (hecho probado 5). De la letra del cartel no es factible desprender que las ofertas firmadas y presentadas a nombre de una empresa, pudiesen acreditar pericia a nombre de una determinada persona; lo que se evalúa es la experiencia de la empresa, claro misma que se alcanza a través de personas físicas, **pero que actúan a nombre y por cuenta de la firma**. Sobre el tema, esta Contraloría General ha resuelto: / (RC-152-2000 de las 9:30 horas del 2 de mayo de 2000). / Ahora, analizando la carta que indica la apelante, misma que cursa a folio A 37 de expediente de apelación, y consta igualmente a folio 003391 en expediente administrativo, denotamos que esta acredita una serie de avalúos hechos por el ingeniero (hecho probado 4), mas no por la empresa oferente (no es posible desprender otro dato).” (R-DCA-071-2006, de las 10:00 horas del 9 de marzo del 2006).

39. Experiencia. Requisito de admisibilidad o de evaluación. Personas físicas o jurídicas.

“En la especie esta División no cuestiona lo esencial que resulta ser la valoración de la experiencia en los proponentes de la administración, y esto validamente puede darse como requisitos de admisibilidad y/o de calificación, ello depende del interés administrativo y de la necesidad y lo especial que pueda ser el objeto licitado. La objetante discute la valoración de la experiencia en personas jurídicas y no en sujetos, sea profesionales a título personal; la administración explica que la experiencia se calificará al coordinador de la oferente persona jurídica, y que ello no incluye al equipo de profesional que se conforme, labor que será del adjudicatario. En esto esta División observa un sinsentido de frente al supuesto interés del IMAS de asegurarse un buen contratista, y lo que está haciendo en la práctica. Se dice valorar la experiencia del coordinador del oferente, pero no lo referido a lo del equipo técnico de profesionales; sea, se califica experiencia de un sujeto, pero no se califica la pericia del equipo técnico que finalmente desarrollará la tarea objeto del contrato. En ese sentido, de frente al norte de los

procedimiento de contratación pública, la administración debe definir qué experiencia es la realmente importante para este caso, y a partir de lo que determine, decidir si incorpora el requisito como un mínimo en cláusula admisibilidad y/o lo deja como aspecto de evaluación. Igual debe definir si la pericia es la lograda solo por medio de la persona jurídica, o si se reconocerá experiencia que a título personal logren los miembros de un posible equipo técnico. Y es que en esto llevaría razón la objetante porque mientras se premia con puntaje en etapa de estudios de ofertas la experiencia que el coordinador propuesto tenga con el oferente persona jurídica, ya en etapa de adjudicatario, resulta que la firma seleccionada podría conformar el equipo de profesionales con sujetos que no necesariamente han logrado su pericia con la oferente adjudicataria; esto hace ver como desmedido o improcedente medir experiencia del coordinador en etapa de estudio de ofertas, pero ya no en punto al equipo, el mismo que ejecutará en sí el contrato; sea a ese equipo no se le valoraría lo mismo, pese a que la administración pueda exigir requisitos mínimos a observa en el anexo al que hace referencia. Por lo demás, el caso requiere, conforme a lo que señala la objetante, una serie de aclaraciones, pero ello es un asunto que escapa al objetivo del recurso de objeción al cartel". (R-DCA-131-2006, de las 9:30 horas del 3 de abril del 2006).

40. Experiencia. Requisito de admisibilidad. Factor de evaluación o mezcla de ambas.

"Según lo ha externado este Despacho en reiteradas oportunidades, es responsabilidad de la Administración elaborar el cartel con fundamento en las razones técnicas, jurídicas y económicas que justifiquen las condiciones que allí se incorporen, las cuales deben provenir del conocimiento que ostenta la Administración de la necesidad pública que persigue satisfacer con determinado procedimiento de contratación. Por tal razón, es la Administración la llamada a definir qué entiende por experiencia y los aspectos que requiere para evaluarla, la cual puede ser incluida en el cartel como un requisito de admisibilidad (cuando en virtud de razones suficientes cuando sea conveniente fijar un mínimo razonable de experiencia a cumplir por todos los oferentes); como una ventaja comparativa al calificar las ofertas; o como una mezcla de ambos (otorgando puntos a los que tengan mayor experiencia con respecto al mínimo que se establezca para la admisibilidad de la oferta) (en este sentido, véase las resoluciones N° R-DCA-329-2006 de las 9:30 hrs. del 5 de julio y N° R-DCA-410-2006 de las 8:00 hrs. del 16 de agosto, ambas del 2006)." (R-DCA-429-2006 de las 8:00 horas del 25 de agosto del 2006).

41. Experiencia. Servicios de vigilancia y seguridad. Contratos por montos.

"... si el contrato que tiene en ciernes es de una cuantía considerable, es obvio que le interese puntuar contrataciones que se asemejen a la de este concurso. Pero además tome nota la objetante que la entidad ofrece puntuación hasta por contrataciones que representen un 50% del monto que pretende adjudicar en esta licitación, con lo cual no observa este Despacho que haya un uso discrecional abusivo, sino que todo lo contrario, ajustado a la razonabilidad... En cuanto a esta última disposición, sí nos preocupa que para efectos de una evaluación objetiva, se deba aclarar qué entiende la entidad por un 50% de la ejecución del contrato, pues de todos es sabido que las prórrogas a los contratos de servicios de prestación sucesiva, como los de vigilancia, limpieza, mantenimiento de equipo, por ejemplo, son facultativas para la entidad y se acuerdan de ordinario por un año, con posibilidades de ejercicio de prórrogas hasta completar los cinco años. Entonces, es preciso aclarar ¿a qué 50% se refiere la cláusula?, para tener derecho a puntuación. Así las cosas, estimamos al que al no establecerse una limitación arbitraria a la participación en el presente concurso por la forma de evaluar la experiencia se rechaza la objeción (ver en ese sentido nuestra Resolución R-DAGJ-284-2005 de 24 de mayo de 2005). Por otra lado, en vista de que en la primera etapa de evaluación se contempló sólo la experiencia, estimamos que en la segunda etapa debe contemplarse el precio, tal como esa Administración en otros concursos que ha promovido (caso de la Licitación Pública 2005-04 para contratar los servicios de vigilancia), señaló, es decir, que entre las ofertas que resulten elegibles, por haber cumplido con la nota mínima establecida en el cartel, se seleccionará la de menor precio. Lo anterior, por cuanto la forma propuesta en el cartel, en la que se indica que se adjudicará a la oferta que se ajuste al estudio de costos realizado por la Institución, no resulta procedente, toda vez que ese estudio debe aplicarse en la etapa de evaluación de ofertas, una vez que el oferente ha indicado su precio en su oferta, tal como lo dispone el numeral 56.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa. El precio en un caso como el presente está sujeto a competencia y la referencia de que dispone la entidad podría ser útil en la fase de estudio y selección de ofertas." (R-DAGJ-058-2006 de las 9:00 horas del 18 de enero de 2006).

42. Experiencia. Sistema de evaluación. Requisito de admisibilidad.

“El sistema de evaluación de ofertas contempla en los puntos B. “Experiencia activa del personal técnico o asistente y profesional del oferente (25 puntos máximo)” y el punto C. “Capacitación y actualización del personal profesional (10 puntos máximo)”, extremos que estima este Despacho se deben de revisar con el propósito de requerir aspectos que se están puntuando como requisitos de admisibilidad. Por sólo citar un ejemplo, qué valor agregado da el conferir 2,5 puntos al profesional que posea una experiencia de 1 a menos de 2 años, ¿no es esta una experiencia básica que justifique solicitarla como requisito de admisibilidad? Se parte de que los factores de evaluación son elementos trascendentes, que agregan valor, de manera que lleva razón el objetante visto que se reserva un amplio puntaje para comprobar una experiencia que, hasta podría solicitarse como un requisito básico de admisibilidad, sin que ello descarte la posibilidad que tiene la Administración una vez dispuesta la experiencia obligatoria a puntuar, más razonablemente a profesionales que rebasen esa experiencia mínima. En principio, por la cotización del servicio de un profesional en microbiología que cumpla con los requisitos de la experiencia básica no debe conferirse puntuación alguna. Por ello, deberá esa Administración revisar estos dos rubros con la finalidad de determinar qué tipo de experiencia básica va a requerir como requisito de admisibilidad, la cual debe ser en forma razonada y si decide solicitar la experiencia como solo requisito de admisibilidad. Asegurada que fuera una experiencia mínima de los profesionales, se debe justificar si existe razón para puntuar excesos con un porcentaje muy razonable y cualquier modificación que se adopte en este tipo de cláusulas debe estar precedida de una amplia y pertinente justificación....” **R-DCA-364-2006 de las 8:00 del 21 de julio del 2006.**

GARANTÍAS.

43. Garantía de participación. Solo supuestos del RGCA.

“La recurrente expone que el cheque dado como garantía no puede ser ubicado dentro de los documentos que taxativamente enumera el artículo 37.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa (RGCA). [...] De lo anterior se concluye que el citado cheque no reúne las condiciones exigidas por el Ordenamiento Jurídico para servir válidamente como instrumento garante de una oferta. [...] Al aplicar esta disposición al caso concreto, se tiene que el vicio apuntado resulta insubsanable por cuanto se dio un incumplimiento al ordenamiento jurídico y por ello la oferta ganadora del concurso no ha estado debidamente garantizada. Acceder a la posición de la adjudicataria donde acredita que la cuenta contra la que se giró el cheque objetado ha tenido fondos suficientes y, por otra parte, permitir la subsanación de la garantía al presentar un cheque certificado, sería desconocer tanto la norma reglamentaria que en forma expresa establece el tipo de cheque a utilizar para rendir la garantía de participación (artículo 37.2 del RGCA). Es claro que para efectos de concurso, con el cheque inicialmente presentado no se garantizó adecuadamente la plica de la adjudicataria y, en consecuencia, ésta no quedó debidamente afianzada.” **(R-DAGJ-077-2006 de las 8:00 horas del 26 de enero del 2006).**

44. Garantía de participación. Monto insuficiente.

“Delimitado lo anterior, tenemos que el pliego de condiciones determinaba que debía rendirse una garantía de participación equivalente como mínimo al 1% del total anual cotizado..., lo que claramente significa que si la apelante cotizó un precio total anual de US\$275.958.64..., debió de rendir una garantía de participación (1%) de al menos US\$2.759.58. No obstante, su garantía de participación ascendió a la suma de US\$2.758.13..., toda vez que por error estimaron que el monto anual total lo era de US\$275.813, lo cual no es cierto por cuanto revisados los precios unitarios de la oferta se concluye claramente que el monto total anual era de US\$275.958.64, sea se presentó una diferencia inferior de US\$145.64, y obviamente debido a esa diferencia, la garantía de participación aportada resulta insuficiente..., lo que constituye un vicio insubsanable...” **(R-DCA-007-2006 de las 13 horas del 6 de febrero del 2006).**

45. Garantía de Participación. Validez. Cierre del acto de apertura de ofertas.

“...ante la circunstancia de que la referida garantía de participación fue presentada siete minutos después de la hora fijada para la apertura de las ofertas... se estima que el acto de apertura de ofertas no se agota a la hora de la apertura de las ofertas, por el contrario estamos en presencia de un acto continuado, es decir, el acto de apertura de ofertas es uno solo, que va desde su inicio, a la hora de apertura fijada hasta la hora de su cierre

formal, con la invitación a firmar de los presentes del acta labrada por los funcionarios competentes quienes también concurren con su firma. En el caso presente, el inicio se dio a las 10:00 y el cierre a las 21 horas del 24 de noviembre de 2005... en lo que luce como un acto de apertura inusual, en cuanto a larga duración, pero que es necesario conceptuar como un acto único. Ello implica que la garantía de participación de marras no fue presentada después del acto de apertura de ofertas, por el contrario al presentarse a las 10:07 horas del 24 de noviembre del año pasado, se hizo precisamente durante la apertura de ofertas, por cuanto como vimos, se extendió hasta las 21:00 horas de ese día...". (R-DCA-031-2006 de las 9:30 horas del 16 de febrero del 2006).

MEDIOS DE PAGO.

46. Crédito documentario. Documento de embarque. Pago por adelantado. Garantía Colateral.

“...la posición de la Contraloría General se ha perfilado en punto a la aceptación de la carta de crédito (pero sin detallar los tipos de éstas ni asumir correctamente que su nombre es crédito documentario) como una especie de excepción a la regla de pagar con lo “Usual de Gobierno” o recibiendo, de previo, el bien en sus bodegas. Tal reconocimiento se presenta porque lo cierto del caso es que las administraciones públicas no pueden desconocer el avance del mercado en relación con las nuevas formas de garantizar el pago al vendedor, mucho menos en materia de comercio internacional, en donde los usos, costumbres y las reglas de organizaciones vinculadas con la materia, resultan de referencia obligatoria, en ocasiones con características de coercitividad plena. / Antes del 2002, la Contraloría General no aceptaba las cartas de crédito local o domésticas, por estimar que éstas eran exclusivamente para negocios internacionales, pero lo anterior se rectifica en la R-DAGJ-626-2002. / Por otro lado, la consideración de que hay pagos por adelantado o anticipos cuando se usa la carta de crédito, se mantiene a la fecha, siendo ésta la oportunidad para corregir, en lo procedente, de igual manera; lo mismo que referirnos a la garantía colateral que se exige a los oferentes si optan por requerir crédito documentario... / III) CRÉDITO DOCUMENTARIO: USO Y CONSIDERACIONES PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. / Es necesario recordar que con el crédito documentario se está ante una figura primordialmente del derecho comercial internacional, por lo que pensar en normas públicas patrias podría carecer de sentido por la sencilla razón de que en la práctica se utilizan más los usos y costumbres internacionales que trata de recoger, ordenar y poner por escrito la Cámara de Comercio Internacional, aunque adviértase que no por ello se puede restar mérito a las potestades de imperio dictadas en beneficio del Estado; tales potestades deben privar en salvaguarda del interés público, de frente a intereses de cualquier otra índole. Este parecer quedó ampliamente expuesto en la R-DAGJ-636-2002 citada... / En ese sentido, con una carta de crédito irrevocable, confirmada y a la vista (que es la recomendable), las partes pueden estar seguras de que habrá una realidad tal de pactar objeto, entregarlo, y recibir el precio, como si estuviesen en una relación “cara a cara”; sea, se configura perfectamente una relación de compraventa. Igual puede ser que las partes negocien otras condiciones a las antes dichas, pero la regla internacional yace en la seguridad de que la carta o el crédito documentario no se revocará, que ha sido confirmada y que el pago se hace contra la vista de los documentos... / El solo ejercicio de revisar los documentos por parte de los bancos cuando se usa el crédito documentario no puede asumirse como un control débil de cumplimiento por parte del vendedor. Tal vendedor se entiende obligado a embarcar el bien, el mismo que fue pactado, y solo después de cumplir con esto, podría pretender recibir el pago total o parcial por parte del banco. Eso sí, los documentos por presentar, el modo de darlos al banco, entre otros, son aspectos que escapan de la responsabilidad bancaria; es decir, en la práctica es el cliente del banco que ordena la apertura del crédito documentario el que dice qué, cuáles y cómo, deben ser los documentos por revisar, así, el banco emisor se restringe a revisar a partir de las reglas que le impone el cliente en la solicitud de crédito documentario. En esa definición de documentos, la práctica internacional ya establece ordinariamente qué documentos se solicitan, lo que no obsta el acuerdo previo de las partes... / Detener el pago hasta que físicamente esté la mercadería visible al adquirien final, no sería procedente ya que a la administración le debe bastar con saber que con el documento de embarque (que siempre es regla de presentar por parte del vendedor ante el banco que le pagará y en donde se consigna al destinatario de la mercadería), ya la administración pública se entiende jurídicamente dueña de la mercancía y una vez que reciba en sus bodegas el bien o los bienes, de no cumplir estos con lo pactado puede, desde no autorizar el giro de la resto del pago aún debido, aplicar multas o cláusulas penales, ejecutar la garantía de cumplimiento o, incluso, sancionar; esto sin dejar de lado la posibilidad de reclamar daños y perjuicios en sede judicial. / Es aquí donde cabe advertir que la exigencia de las denominadas garantías colaterales no hace más que distorsionar el uso que

pueden hacer las administraciones públicas del crédito documentario. En el mercado nacional e internacional, este tipo de instrumentos de pago proporcionan una seguridad al contratista de poder recibir parcial o totalmente, en un pago o rubros diferidos (a tractos), el monto de su venta. Exigir, pues, garantías como las señaladas tornarían en irreal la prontitud del pago dicho, y la garantía que se requiere. De hecho, se convertirían en una situación en las que, partiendo de una relación en donde la seguridad y la confianza entre los participantes de la operación bancaria, esa garantía duplicaría la intención de asegurar un pago. / Ahora, si se trata de generar respaldo para la administración pública, el ordenamiento ya estatuye otras vías o remedios para ello, amén de que lógicamente el comprador (llámese ICE, INS o cualquier otro ente público) no negociará un crédito documentario con porcentajes de pago más allá de los razonables, al emitirse el BL. / El documento de embarque o BL. / Cuando se indica que la administración se entiende dueña del bien con solo tener ya el conocimiento de embarque o el documento de embarque (que lo puede tener en cuestión de segundos ya que se puede fácilmente enviar en forma digital haciendo uso de la Internet), es porque en la realidad legal la compradora tiene un título de propiedad, que a su vez es prueba fidedigna de que el vendedor ha procedido con el embarque de la mercadería. El BL, como se conoce de igual manera, es un título representativo de la mercancía que sirve de prueba del contrato de transporte que nace entre el embarcador, la compañía transportista y el destinatario, sirviendo de instrumento para transferir los derechos sobre la mercadería... / Así las cosas, con el “*Bill of lading*” la contraparte administrativa cumple al embarcar la mercadería objeto del contrato y consignarla a nombre de comprador; solo hasta que se verifique este momento es que esa parte podría gestionar ante el banco seleccionado, el pago (parcial o total, esto depende de cómo se negoció) de lo ofrecido. Este mismo documento, entonces, es suficiente para comprender que la administración a la que se le consigna la mercancía es dueña de ésta sin que, aún, haya ingresado físicamente en sus instalaciones.... / **IV) CONCLUSIONES.** / (...) b) La regulación en los pliegos de condiciones de las denominadas garantías colaterales, cuando se introduce en el cartel y contrato como medio de pago el crédito documentario, desnaturaliza precisamente el uso de esta figura del comercio nacional e internacional. / c) Analizando diferentes tipos de crédito documentario, técnicamente pagos por adelantado se estarían dando en la figura del crédito documentario con cláusula roja y en el de cláusula verde. Los tipos existentes, los recibe positivamente este órgano contralor, por la dinámica propia del mercado nacional e internacional, mismo en el que se desenvuelven las administraciones públicas. / d) Las administraciones públicas tienen por regla de principio girar la orden de pago una vez que la mercancía que se adquiere haya ingresado en su bodega o almacén, sin embargo ello no obsta o impide la consideración del uso del crédito documentario en donde lo anterior no necesariamente se cumple, pero no por tal motivo se deja de pagar total o parcialmente. / e) El BL o conocimiento de embarque, consignado a nombre de la administración pública adquirente, ya es título de propiedad en beneficio del comprador; con tal documento en su poder ya la administración se entiende dueña jurídica del bien y puede ejercer todas las prerrogativas de cumplimiento exigidas y aceptadas por el vendedor. / f) Los pagos de seguros, comisiones, entre otros, son aspectos que la administración pública podría incorporar en los costos a pagar por parte del empresario vendedor, pero sin llegar a exigencias que podrían desnaturalizar el uso de la figura de que se trate. Esto se relaciona con el uso de los Incoterms, que de modo responsable y en resguardo del interés público debe escoger la administración pública...”. (**Oficio 01731 (DCA-068-2006) del 22 de febrero del 2006**).

47. Forma de pago. Financiamiento.

“Vista la cláusula 2.7.1 del pliego de condiciones que contiene las reglas relativas a la forma de pago de los servicios se advierte que, efectivamente, el presente cartel se configura como una licitación con financiamiento, no obstante la negativa de la Administración, la cual se empeña en indicar que tan solo se trata de una “*forma de pago, diluida en el tiempo*”. La Administración no ha sido convincente en los argumentos que expresó en apoyo de mantener invariable el cartel, por lo que creemos que es prudente y por ende se recomienda, revisar esa forma de pago y definir claramente si se trata de una contratación financiada y ajustar el cartel a tal modalidad prevista en el artículo 52, de la Ley de Contratación Administrativa. Por otra parte, este Despacho coincide en que el pago en tractos de 36 meses obliga al oferente a hacer frente a un financiamiento para enfrentar a la contratación, siempre y cuando ese pago se conciba como una recepción ya del producto y el pago se genere en cuotas, no así si se restringiera a un pago contra avance, en cuyo caso estaríamos en el supuesto que se indicó en el apartado anterior de una contratación plurianual, contra avance, previa definición de las etapas y actividades que contemple, a fin de que la entidad disponga de fondos suficientes para cubrir el avance. Así las cosas, en el cartel

bajo examine pretender pagar los productos que se vayan generando a través de treinta y seis cuotas una vez que éstos hayan sido recibidos a satisfacción, obliga necesariamente al oferente a acudir a un financiamiento que no ha sido contemplado manifiestamente en este cartel, de manera que se advierte un grave yerro en el cartel de licitación que debe ser enmendado por la Administración. Sobre esta base, tenemos que la Administración interesada deberá ajustar el cartel, como ya lo dijimos, para definir la figura que en definitiva utilizará a resumidas cuentas. Si se adopta un proyecto definido por módulos, pagado mediante etapas recibidas a satisfacción y cargado presupuestariamente a varios ejercicios, conforme al artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 10.2. de su Reglamento, o bien, se define por la licitación con financiamiento, artículo 52 de la ley indicada; o bien, decidirse por un arrendamiento con opción de compra, artículo 78 de la Ley de cita y 74 de su Reglamento. Si se decidiera por la segunda opción, deberá necesariamente procurar los permisos o autorizaciones de endeudamiento que prevé nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, necesariamente debemos declarar con lugar el recurso de objeción que se conoce en cuanto a este punto” (R-DCA-113-2006 de las 09:00 horas del 24 de marzo del 2006).

MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

48. **Modificación contractual. Contratos de suministros y servicios; no los de obra.**

“Podemos así entender que la facultad de ampliación, la cual cuenta con su fundamento el artículo 14.5 del Reglamento de Contratación Administrativa, normativa que permite que una vez ejecutado un contrato, la Administración pueda adquirir con el mismo contratista suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, siempre y cuando el nuevo contrato se pacte sobre las mismas bases del anterior. No obstante, ha sido criterio reiterado de este Órgano Contralor que dicha norma es una disposición de aplicación exclusiva a los contratos de suministros y servicios, pero no para los contratos de obra. Siendo el caso concreto un contrato llave en mano, trasciende a las simples contrataciones de suministros o servicios ya que por su propia definición el mismo resulta un contrato sumamente complejo por el cual el contratista se obliga frente al cliente o contratante, a cambio de un precio, generalmente alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contrato el énfasis ha de ponerse en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente”. (Oficio 11906 de 23 de agosto del 2006).

49. **Modificación contractual. Ampliación de negocios llave en mano.**

“Concretamente, el contrato que se pretende ampliar tenía como objetivo la adquisición de un sistema de enrutadores para el Proyecto de Red IP, en la modalidad de llave en mano que permita ofrecer una solución integral de acceso, cobertura nacional y servicios de transporte mediante los puntos de presencia interconectados a alta velocidad, propuestos en el diseño, igualmente se describe el alcance del proyecto en el cual la red deberá quedar preparada para poder brindar en forma inmediata los servicios iniciales de acceso de banda ancha masivo a Internet con diferentes niveles de calidad de servicio y se debe brindar la facilidad de proporcionar redes privadas virtuales. Brindar servicios de IP avanzados como voz sobre IP y video sobre IP. Por otra parte se le responsabiliza de la ejecución del diseño del sistema planteado por el ICE, de la instalación, puesta en operación, integración con la Red Actual IP, mantenimiento correctivo y preventivo durante todo el periodo del contrato por lo este contrato no puede considerarse un simple contrato de suministro y servicios, sino una figura compleja de contratación que si bien incluye suministro y servicios no se limita a ellos y trasciende así el esquema de responsabilidad y las condiciones del mismo. Así pues, esta Contraloría General no ve la posibilidad de ampliar un contrato de llave en mano en el cual el precio es normalmente alzado por el esquema de responsabilidad que entraña”. (Oficio 11906 de 23 de agosto del 2006).

MUESTRAS.

50. **Muestras. Características del producto deben ser las mismas que el ofrecido.**

“Ante el argumento de la objetante respecto de que no se garantiza que la partida que se vaya a entregar corresponda a la misma de la muestra que fue analizada, valga observar que, independientemente de la partida o del contenedor del que provengan, las características y condiciones del producto entregado deben ser las mismas que las del ofrecido...”. (R-DCA-366-2006 de las 8:00 horas del 24 de julio del 2006).

OFERTA.

51. Oferta. Integralidad.

“...la oferta debe entenderse de forma integral, en la cual se puede incluir una carta de presentación y un texto anexo con toda la información requerida de frente al pliego de condiciones, como sucede en el caso de marras (hecho probado 9); o bien, un solo documento donde se recoja toda la información y al final se firme, pero nunca debe dejarse de lado la integralidad de la propuesta que, no sólo se compone del texto “principal”, sino también de otra información complementaria como lo es la literatura técnica, anexos, muestras, propuesta económica, certificaciones, declaraciones juradas e incluso, la garantía de participación podemos contemplarla dentro de esta integralidad. Dentro de este orden de ideas y de frente a la situación que se nos presenta en este caso, tenemos que dentro de toda la información presentada puede colegirse con toda claridad que la propuesta viene rubricada por quien tiene poder para comprometer lo que se ofrece de frente a la Administración licitante indistintamente que la firma esté contenida sólo en la carta de presentación” (R-DCA-121-2006 de las 08:00 horas del 27 de marzo del 2006).

52. Oferta. Arrendamiento de maquinaria. Operarios. Licencia.

“Ninguno de los operarios ofrecidos por el adjudicatario cuentan con licencias tipo D o E. En virtud de lo anterior, valga observar que el artículo 68 de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres..., y los artículos 4 y 13 de la resolución N° 01 de las 8:00 hrs. del 2 de septiembre de 2003, publicada en La Gaceta N° 189 del 2 de octubre de 2003, instituyen la licencia D3 como aquella que autoriza operar maquinaria (además de los tractores de llanta y de oruga que se autorizan con la D1 y D2, respectivamente); y la licencia E2 como la requerida para conducir tractores y vehículos de dos, tres, cuatro o más ejes, además de la maquinaria que se autoriza con la licencia D3. De ahí que, en virtud del tipo de maquinaria que se arrienda en esta licitación, se requiere que al menos los operarios asignados a estas maquinas posean licencias D ó E, y no solamente B3 ó B4.” (R-DCA-361-2006 de las 10:00 horas del 19 de julio del 2006).

53. Oferta Tipo de moneda.

“Tomando en consideración lo anterior, es claro que el cartel dispuso que los precios tenían que ser en moneda nacional, en tanto que la recurrente ofertó en dólares, por un monto total de US \$118.900,00 (hecho probado 8). [...] Al caso que se analiza aplica lo dicho en las resoluciones de cita, lo que lleva a concluir que existe un incumplimiento de parte de la recurrente que comporta un vicio grave a las reglas del concurso y, en consecuencia, ésta no cuenta con la legitimación necesaria para apelar, toda vez que su plica no debió ser considera en razón de haber ofertado en una forma diversa a la establecida en el pliego de condiciones. En el presente caso, la violación al cartel provoca una ventaja a favor de la propuesta formulada en dólares, ya que de ese modo se evade la devaluación de nuestra moneda, situación que riñe abiertamente con el principio de igualdad y trae como consecuencia que la recurrente no cuente con legitimación para apelar.” (R-DAGJ-077-2006 de las 8:00 horas del 26 de enero del 2006). *(Complementarse con R-DCA-051-2006, de las 9:00 horas del 28 de febrero del 2006).*

54. Oferta. Precio ofertado. Mínimos. CFIA.

“La Administración debe tomar en cuenta que las empresas y profesionales interesados en este concurso no podrían participar en competencia desleal sobre la base de un precio inferior al mínimo establecido por las tarifas del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos, toda vez que se encuentran sometidos a lo dispuesto por los artículo 4 inciso b) y 23 inciso g) de la Ley Orgánica del CFIA...; los artículos 37 y 42 del Código de Ética Profesional del CFIA...; el Reglamento para la contratación de servicios de asesoría consultoría en ingeniería y arquitectura..., y demás normas conexas y concordantes.” (R-DCA-410-2006 de las 8:00 horas del 16 de agosto del 2006).

55. Oferta. Costo cero. Mantenimiento. Desglose.

“En el primer recurso de objeción que se interpuso al cartel..., este Despacho dispuso en lo que nos interesa: “En el caso de esta licitación, deberá incorporarse al cartel la obligación de realizar un desglose de precios o costos en cuanto al equipo, la tira reactiva, la capacitación y el mantenimiento, a efectos de garantizar una mayor transparencia en relación con los costos, sobre todo de frente a nuevas compras o en aplicación del 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, en las cuales por ejemplo no podría reflejarse en esas nuevas compras, el costo de glucómetros, capacitación o mantenimiento que ya hubiese sido pagado por la Institución con el contrato principal”. En el caso del mantenimiento preventivo y correctivo, las firmas... cotizaron cero costo. Ahora bien el cartel, en este aspecto dice que dicho mantenimiento debe ser gratuito, lo cual no implica que no tenga un costo... dice el cartel: 3.6 “El oferente deberá comprometerse en su oferta a que brindará el mantenimiento preventivo de los instrumentos sin costo para la Institución, durante la vigencia del contrato.” Siguiendo este requerimiento se debía ofertar esto sin costo. No obstante el punto 3.9 del cartel disponía: 3.9 “En concordancia con el Dictamen R-DAGJ-23-2005 de la Contraloría General de la República el precio de la oferta por prueba, debe desglosarse, porcentualmente, en los siguientes parámetros: 3.9.1 Precio de los reactivos, 3.9.2 Precio de los equipos 3.9.3 Precio de la capacitación 3.9.4 Precio del mantenimiento preventivo y correctivo” Es en este aparte donde se debió de establecer un precio para el mantenimiento preventivo y correctivo para cumplir con la resolución de esta Contraloría. Dar aquí un precio de cero es improcedente por las razones que apuntó la resolución de cita, aún cuando no se cobrara según el punto 3.6, pero sí debía desglosarse el costo que esto tiene para la compañía... Debemos recordar que, salvo que lo comprobara fehacientemente el oferente, este Despacho no ha aceptado, en principio, y aún cuando no apliquen aquí los postulados de competencia desleal (RC-624-2002 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos, R-DAGJ-399-2003 de las once horas del tres de octubre del dos mil tres), que el mantenimiento preventivo y correctivo pueda ser de cero costo, aún cuando como en este caso, el costo que tenga no se le debe cobrar a la Institución... capacitación y el mantenimiento, a efectos de garantizar una mayor transparencia en relación con los costos, sobre todo de frente a nuevas compras o en aplicación del 14.5 del Reglamento General de Contratación Administrativa, en las cuales por ejemplo no podría reflejarse en esas nuevas compras, el costo de glucómetros, capacitación o mantenimiento que ya hubiese sido pagado por la Institución con el contrato principal”... (R-DCA-103-2006 de las 10:30 horas del 22 de marzo del 2006).

56. Oferta. Clasificación presupuestaria no puede utilizarse para excluir.

“La aprobación presupuestaria externa efectuada por esta Contraloría General se realiza en el nivel de partida de los programas presupuestarios y del resumen institucional, por lo que es entera responsabilidad de esa Administración la clasificación de los egresos ya sea en la subpartida 2.03.03 “*Materiales y productos minerales y asfálticos*”, o en la subpartida 2.03.06 “*Materiales y productos de plástico*”. El hecho de que los recursos fueran presupuestados por esa Administración en la subpartida 2.03.02 y no en la subpartida 2.03.06, no podría ser un argumento válido para excluir un potencial oferente de un concurso”. (R-DCA-422-2006 de las 9:00 horas del 8 de agosto del 2006).

57. Oferta. Ofertas parciales. No deben aceptarse cuando se trata de arrendamiento de equipo.

“A partir de lo anterior, estima esta Contraloría General que no lleva razón la objetante en cuanto a su pretensión de que se permita la cotización parcial. Por el contrario, somos del criterio que, tratándose de una solución es lo procedente que el concurso contemple un solo ítem y adjudicarlo de esa forma a un solo oferente el cual desarrolla la solución y al cual la entidad requiere los resultados esperados en los plazos previamente pactados, sin que se parte o diluya la responsabilidad entre varios contratistas. De aceptarse cotizaciones parciales de la solución integral podría darse que a fin de cuentas que no se lleguen a ofrecer todos los diez ítems que conforman la solución de modo integral, lo cual haría improductivo el concurso y obligaría a la Administración a tener que acudir a otro procedimiento para adquirir los ítems no cotizados, todo lo cual incide en el costo administrativo y en el tiempo tan valioso que se perdería al tener que realizar varios procedimientos pudiendo, como sucede en la especie, en uno sólo dar solución al equipo integral que se necesita. Incluso, para efectos del mantenimiento de los equipos, es de preferencia, desde todo punto de vista, que el mismo sea brindado por una sola empresa la cual se haga cargo de la atención de todos los equipos que conforman el sistema integral. Distinto sería el caso

en que se adjudicara a varias empresas distintos ítems, toda vez que de presentarse fallas en alguno de los equipos se podría alegar, por parte del respectivo arrendador, que el problema surge por causa de otro equipo que no le pertenece y así recíprocamente, lo cual haría difícil para la Administración poder mantener activo el sistema en todo momento con las consecuencias que ello traería por tratarse de una materia tan cardinal como es la tributaria.” (R-DCA-503-2006 de las 08:30 horas del 29 de setiembre del 2006).

58. Oferta. Límite por tipo de procedimiento.

“Sobre las previsiones del artículo 28.4 del Reglamento General de Contratación Administrativa, debemos indicar que por sí solas no amparan la exclusión de un oferente pues la finalidad como tal es fijar límites máximos para la adjudicación en un determinado procedimiento y a la luz de ciertas formalidades; pero de una integración con el artículo 56.3 del Reglamento General..., amparan la exclusión de la oferta en el tanto una oferta cuyo monto cotizado exceda el límite para adjudicar en un determinado procedimiento (en este caso una licitación por registro), no es susceptible de adjudicación. En ese sentido, conviene agregar que las previsiones del artículo 28.4 del Reglamento General... se refieren a la anulación en aquellos supuestos en que todas las ofertas superan el diez por ciento fijado en ese artículo, por lo que mientras exista al menos una oferta que se encuentre de los márgenes de la estimación realizada por la Administración y del procedimiento como tal, es posible para la Administración adjudicar el concurso; toda vez que una interpretación diferente sería contraria a los principios de eficiencia y al interés público inmerso en el cada procedimiento”. (R-DAGJ-031-2006 de las 12:30 horas del 10 de enero de 2006).

59. Oferta. Precio. Razonabilidad. Información confidencial.

“G) Mantenimiento de los equipos cotizados se establece: *“Se deberá adjuntar la cotización de mantenimiento bajo esta modalidad por parte del fabricante Cisco”* Esto conllevaría a hacer públicos los acuerdos con el fabricante, lo que es una violación a la confidencialidad de la información propia de las empresas....Consideramos que efectivamente hay una relación privada entre el fabricante y su representante, y deben buscarse otras maneras de detectar la razonabilidad de precios; en el margen de utilidad precisamente reside cuál puede ofrecer el mejor precio, y no consideramos que pueda la Administración obligar a bajar la utilidad, sino que cada cual la propone y será la Administración de acuerdo a parámetros de mercado y otros factores, la que determinará cual es la oferta más conveniente; teniendo presente que el precio será valorado en la tabla de evaluación”. (R-DCA-218-2006 de las 10:30 horas del 15 de mayo del 2006).

60. Oferta. Servicios de vigilancia y seguridad. Requisitos del personal.

“Al respecto, se debe señalar que como bien expresa la recurrente, en la actualidad se encuentra vigente la Ley de Regulación de Servicios de Seguridad Privados (Ley 8395), cuyo artículo 14 inciso b) establece que: *“Artículo 14. – Requisitos del personal de seguridad. Los agentes de seguridad sujetos a la aplicación de la presente Ley, deberán cumplir los siguientes requisitos: (...) b) Haber aprobado, al menos, el Segundo Ciclo de Enseñanza General Básica”*. Este Despacho en otra ocasión, al conocer este mismo alegato, expresó que lo requerido en la precitada Ley es un grado académico *mínimo*, por ende, es posible que la Administración requiera un nivel académico superior, con el objeto de que los agentes de seguridad tengan un nivel de educación más alto y de conocimientos para realizar las funciones que deben cumplir, lo cual no torna la cláusula en ilegal y menos aún irrazonable, pues a la entidad licitante le interesa asegurarse que se le va a brindar un servicio eficiente y esa responsabilidad corre a su cuenta al disponer las cláusulas del pliego. Así las cosas, estimamos que resulta válido que la Administración requiera un mayor nivel educativo en función de las condiciones del servicio y esto en nada se opone a la legislación vigente en la materia y en consecuencia, se declara sin lugar el recurso en este extremo. Finalmente, merece señalar que si ese mayor nivel de escolaridad, que debe ser verificado que se mantenga a lo largo de toda la ejecución contractual, se traduce en un mayor precio, ya tal extremo debió haber sido contemplado por la entidad al hacer su separación presupuestaria (ver en este sentido nuestras resoluciones DAGJ-566-1005 de las 11:00 horas del 2 de setiembre de 2005 y R-DAGJ-730-2005 de las 10:00 horas del 28 de octubre de 2005).” (R-DAGJ-058-2006 de las 9:00 horas del 18 de enero de 2006).

61. Oferta. Tipo de moneda. Cláusula de admisibilidad.

“El tipo de moneda bajo el cual se cotiza no es un aspecto a incorporar en el sistema de calificación; esto es propio de los alcances legales del cartel al que deben someterse los proponentes; sea es un aspecto de admisibilidad. Por otro lado, cursa con razón la objetante al fundamentar una limitación a la libre competencia porque, de modo incorrecto como lo hemos dicho, el cartel premia con puntaje cotizar en moneda nacional en detrimento de otros tipos posibles. Esta Contraloría General reiteradamente ha indicado que los oferentes tienen libertad en cuanto el tipo de moneda bajo el cual desean hacer sus plicas y que limitar a solo aceptar el colón, es una decisión administrativa que debe motivarse ampliamente; en ese sentido se ha señalado: *“...la Administración podrá válidamente señalar el tipo de moneda en el cual deberán ser sometidas las ofertas al concurso, pero para restringir su uso a un determinado tipo (moneda nacional, por ejemplo) deberá exponer las razones lógicas y técnicas que justifiquen una actuación de esa naturaleza... y a la vez deberá fijar en el cartel, reglas claras que le permita llevar a cabo una comparación objetiva de los distintos precios que se le presenten, independientemente del tipo de moneda en que se coticen...”* (Vid, RC-417-2001 de 14:30 horas del 3 de agosto del 2001). Ante la falta del Consejo de fundamentar la limitación introducida en el cartel, proceda con su modificación permitiendo la cotización de otros tipos de moneda de curso internacional; igual, debe incorporarse este tipo de alcances del cartel, en el aparte de admisibilidad”. (R-DCA-051-2006, de las 9:00 horas del 28 de febrero del 2006).

62. Oferta. Asegurar precios razonables. Exclusión de ofertas.

“El artículo 56.3 del Reglamento general a la Ley de contratación administrativa establece que cuando una oferta presente un precio inaceptable, la administración “podrá” rechazarla; ese “podrá” de la norma hace ver la exclusión final de ciertas plicas que coticen precios “ruinosos” o “excesivos”; en el primer caso porque se estaría contratando con ofertas que arrojan una utilidad negativa, lo que presupone, por ejemplo, la evasión de cargas sociales, entre otros, mientras que en el segundo caso se está ante montos cotizados que superan lo razonable del mercado como justa remuneración o, por otro lado, que superan el tope presupuestario administrativo. Así, ni en uno ni en otro caso la administración puede considerar tales plicas, por lo que el “podrá” no es facultativo si no un imperativo; por ende, tal “podrá” realmente debería leerse o entenderse como una obligación administrativa *per se*, sea en ese caso que siempre **la administración deberá rechazar o excluir, y declarar inelegible, aquella plica que coticen un precio ruinoso o excesivo**. Esto que comentamos halla refuerzo cuando en la Ley anticorrupción se reguló en su ordinal 49 el delito de sobreprecio irregular que a la letra dice: *“Será penado con prisión de tres a diez años, quien, por el pago de precios superiores o inferiores —según el caso— al valor real o corriente y según la calidad o especialidad del servicio o producto, obtenga una ventaja o un beneficio de cualquier índole para sí o para un tercero en la adquisición, enajenación, la concesión, o el gravamen de bienes, obras o servicios en los que estén interesados el Estado, los demás entes y las empresas públicas, las municipalidades y los sujetos de derecho privado que administren, exploten o custodien, fondos o bienes públicos por cualquier título o modalidad de gestión”*; pero igual los principios rectores de la contratación pública, eficiencia y eficacia, propios del genérico de la legalidad constitucional, presuponen que el Estado compra con precios justos o lo que podría ser lo mismo, razonables. Tal imperativo de verificación debe constar en todo procedimiento de compra, de lo contrario se hace nugatorio el marco legal de la materia, y se infringen principios como los de igualdad y seguridad jurídica. En ese sentido es que en todo expediente de compra debe constar un estudio técnico que garantice, en todo lo posible, que se ha adjudicado a una oferta con precio razonable; tal estudio, lo que éste debe considerar, entre otros aspectos, lo determina cada administración, siendo posible su revisión por parte de este órgano contralor en razón de un recurso de apelación o de la fiscalización facultativa a posteriori”. (R-DCA-334-2006 de las 9:30 horas del 10 de julio del 2006).

OTROS.

63. Aplicación de principios. Centros Agrícolas Cantonales.

“... en cuanto a las naturaleza jurídica de los Centros Agrícolas Cantonales, efectivamente, de conformidad con la Ley 7932, dichos Centros son ‘organizaciones de productores, sujetos al Derecho Privado, sin fines de lucro, con personalidad jurídica y patrimonios propios.’ / Sin embargo, en el caso en comentario, resulta de especial importancia el origen de los recursos con los cuales se pretende cubrir el gasto que demanda la compra del inmueble en cuestión. (...) Como puede observarse, los recursos para la compra del inmueble provienen de un

impuesto a la palma producida en el cantón y establecido en la Ley 7139, normativa que dispone expresamente dicho impuesto lo recauda la Municipalidad de Corredores y se lo debe trasladar a ese Centro Agrícola Cantonal, el cual a su vez debe utilizarlo para el establecimiento de un almacén de insumos. De ahí que es claro que los recursos a utilizar para la compra del inmueble son de naturaleza pública. / Entonces, tratándose de entidades privadas que administran fondos públicos, ya este Órgano Contralor en forma reiterada ha indicado que la actividad que realicen en materia de contrataciones está regulada por los principios de la contratación administrativa...". (Oficio 00334 -DAGJ-0046-2006- del 05 de enero del 2006).

64. Arrendamiento. Aulas. Importancia del avalúo.

"Sobre los aspectos que nos pone en conocimiento, debemos indicarle que los términos de nuestro oficio 9156 del 29 de julio de 2005 se mantienen, de manera que no podrá contratarse por un monto menor al avalúo realizado, es decir, \$ 2400,00 dólares mensuales. De manera que, en caso de que no se respete tal condición, la contratación directa quedará sin efecto. / Como cuestión aparte, si esa Junta alberga dudas acerca de la razonabilidad del monto arrojado en el avalúo realizado, a lo sumo podría solicitar un segundo avalúo a la Dirección General de Tributación Directa, en la oficina regional; pero resulta improcedente simplemente alegando los motivos ya indicados, apartarse del estudio realizado por...". (Oficio 17098 -DAGJ-3757-2005- del 13 de diciembre del 2005).

65. Proveeduría Institucional. Competencia de un banco sobre las sociedades de su propiedad.

"Así las cosas, este Despacho estima que el Banco... en su condición de único accionista, tiene sin lugar a dudas la posibilidad de controlar las decisiones de la sociedad, pero en principio no puede afectarse aquellas competencias que legal y reglamentariamente posee para la intervención en el mercado bursátil, ni desde luego tampoco desconocer las competencias asignadas respecto de la posibilidad de administrar su propio patrimonio que tiene (...) S.A. / No obstante lo anterior, esta Contraloría General no ve impedimento alguno en que el Banco... en su condición de único socio de (...) S.A., decida unificar los procesos de compras realizados por esa sociedad bajo una gerencia –podría decirse– con cierto carácter corporativo. Esto por cuanto, el Banco en principio está en posibilidad tomar las decisiones que mejor convengan al manejo de sus sociedades, pero sobretodo porque en modo alguno estaría tomando para sí las competencias sustanciales que en materia bursátil la ley le ha posibilitado únicamente a través de la sociedad anónima. Respecto de la posibilidad de que otras Proveedurías realicen los procesos de compras de órganos adscritos, ya hemos indicado en no pocas oportunidades que... En el caso particular, se trata de una sociedad anónima que como ya se dijo es independiente del Banco, pero este Órgano Contralor estima que el Banco estaría en posibilidad de tramitar aquellas compras que el puesto de bolsa le requiera formalmente y desde luego, no podría adjudicarlas pues la única que puede comprometer los recursos económicos es (...) S.A., de manera que el Banco se convertiría en un "simple tramitador" de procesos de compras; pero aprovechando la estructura y experiencia que el Banco ha acumulado, así como también las ventajas de una economía de escala. Por otro lado, una decisión de ese tipo, demandaría de la esa sociedad una mayor planificación de los procesos de compras, pero también una respuesta ágil y oportuna del Banco pues no puede olvidarse que el puesto de bolsa participa del mercado bursátil en una relación de competencia con otros puestos". (Oficio 1426 -DAGJ-207-2006- del 27 de enero del 2006).

66. Resoluciones y oficios de CGR. Vinculancia.

"...las resoluciones emitidas en materia de contratación administrativa —nos referimos en este caso a una que se dictó en virtud de dos recursos de apelación otrora incoados—, al amparo de lo señalado en el ordinal 12 de la Ley Orgánica de esta institución, son vinculantes para los sujetos administración pública pasiva que promueven las licitaciones, así como para los apelantes y los adjudicatarios; ello es, además, una consecuencia propia del examen de legalidad superior que realiza este órgano en razón del ejercicio de la jerarquía impropia. / En refuerzo de lo señalado, el numeral 90 de la Ley de contratación administrativa instruye que la resolución final en una apelación dará por agotada la vía administrativa; es decir, tal decisión será la determinación última en esta instancia, quedando lo que la sede de lo contencioso administrativo pueda señalar de ser accionada en plazo legal. En el caso del ordinal 12 citado infra, es su segundo párrafo el que dictamina la regla de que todo acto, disposición, norma, política, directrices, entre otros, que alcance la Contraloría General, dentro del ámbito de su competencia, "son de acatamiento obligatorios y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos

que se le opongán". Además, bajo la excepcionalidad de la materia, el artículo 34 de la misma Ley Orgánica dicha establece que los actos que se dicten en materia de procedimientos de contratación pública, no son recurribles administrativamente, lo que refuerza lo indicado de que una resolución acaecida en conocimiento de un recurso de apelación da por agotado, en esta sede, su discusión debiendo las partes atender lo que se llegase a disponer. / En suma, y reiterando, todo acto, acuerdo, directriz, informe, resolución, entre otros, que realice o emita este órgano contralor, al amparo de sus funciones, es vinculante y de acatamiento obligatorio para los sujetos que de una u otra forma administran, explotan, custodian o se relacionan con el manejo de fondos o recursos públicos. En razón de lo indicado, la vinculación de lo señalado a página 98 de la resolución de mérito, debe necesariamente interpretarse de conformidad con las condiciones, deberes, obligaciones y derechos que informan la relación contractual en su integralidad, sea según los términos establecidos en el cartel de la licitación, la oferta, el contrato y sus addenda respectivos". (Oficio 7863 -DCA-1657, del 14 de junio del 2006).

67. Ley de Contratación Administrativa. Laguna de ley. Fax.

"En primer término, de toda gestión que se formula por fax, debe remitirse el original en los tres días siguientes a su recibo, esto según disposición contenida en la resolución R-DAGJ-019-2000...; la cual en términos generales, y haciendo uso de la integración del ordenamiento jurídico, pues la ley de Contratación Administrativa no dispone nada al efecto, estimó que de la normativa aplicable al caso de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Reorganización Judicial N° 7728-77, se desprende tal interpretación; por lo tanto dado que ese Comité Cantonal no envió el original del documento, el mismo no puede ser tramitado..."(Oficio 12200 -DCA-2566- del 29 de agosto del 2006).

68. Servicios. Publicidad. Exclusividad dentro la categoría financiera del banco.

"Ahora bien, el Banco en el Informe de adjudicación 142-2006 excluyó como elegible a esta oferta..., de frente a lo cual este Despacho considera que ha quedado debidamente acreditado la existencia de un incumplimiento sustancial en la oferta de la recurrente, al no ofrecer la exclusividad de sus servicios dentro de la categoría área financiera. Así pues, podemos entender que dentro de esta categoría financiera a que se refiere la cláusula cartelaria 2.3.2, se encierra todo servicio financiero, concepto que la Organización Mundial del Comercio ha definido como sigue: "*Por servicio financiero se entiende todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro. Los servicios financieros comprenden todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y todos los servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros). Los servicios financieros incluyen las siguientes actividades:... viii) Todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito, de pago y similares, cheques de viajeros y giros bancarios...*". De lo transcrito, podemos señalar que ha quedado establecido que los servicios de pago, incluyendo las tarjetas de crédito y de pago y similares son considerados dentro de la categoría de servicios financieros y como bien se puede visualizar en la página WEB de Master Card, ellos se definen como "*Master Card Worldwide es una compañía de soluciones de pagos principal global que proporciona una familia de marcas de tarjetas de pago muy conocidas y ampliamente aceptadas incluyendo MasterCard®, Maestro® y Cirrus® y le sirve a instituciones financieras, consumidores, y negocios en más de 210 países y territorios mundialmente*", definición que claramente la enmarca dentro de una compañía que presta un servicio de carácter financiero, dejando en evidencia que McCan Ericsson, sí mantiene en estos momentos negocios con otros clientes del área financiera asignada al país y, por ende, sí incumple la cláusula de exclusividad incluida en el cartel de licitación y que para el Banco es importante de cumplir, más aún si se considera que con la empresa con la que mantiene relación de negocios es Master Card, competidor directo de la marca de tarjetas de crédito que ofrece el Banco Popular, la cual es VISA. Si la empresa recurrente no estaba de acuerdo con lo requerido en el punto 2.3.2, por considerar que se limitaba la libre participación al concurso, por requerirse la exclusividad de los servicios licitados, en los términos que se planteó, pudo haber objetado el cartel en el momento procesal oportuno, mediante el recurso de objeción al cartel de la licitación, pero si no lo hizo, dio por aceptada tal condición, por que se consolidó el cartel después de la fecha de apertura de ofertas, debiéndose ajustar a lo estipulado en el pliego de condiciones. En relación con este aspecto de exclusividad, merece señalar que si bien, la recurrente alega que su representada participó en la licitación pública 06-2001, la cual fue promovida por este mismo Banco, para el mismo servicio objeto de la presente licitación, cuyo cartel incluyó la misma cláusula aquí cuestionada, sin embargo, no se le imputó el incumplimiento que ahora se le achaca, por el hecho de que el concurso se promovió y adjudicó en el año 2001 y se ha tenido por demostrado que no fue sino hasta el año 2004

que tuvo como cliente a MasterCard..., situación que tal como lo señala el Banco licitante al atender la audiencia inicial, desconocía. Así las cosas, recomendamos al Banco analice la situación planteada y adopte todas las medidas legales pertinentes en contra de lo actuado por MacCann, en términos de su cumplimiento de la cláusula de exclusividad del contrato en ejecución, puesto que ningún sentido tendría colocar una cláusula de esa naturaleza, con las consecuencias objetivas que ella tienen para la libre participación, si enterado de su incumplimiento no se adoptan medidas contra la incumplí ente. Lo anterior, no implica en absoluto un juicio acerca de la conveniencia de la cláusula o no, vista la materia sobre la que versa, sino un llamado a hacer cumplir lo que se estipula en la fase de ejecución. Así, si el Banco estimó procedente la inclusión de una cláusula de exclusividad como la de marras y si el banco la considera indispensable, es válida, en la medida en que le dé seguridad en el servicio a contratar; el único riesgo que podría correr el Banco sería que no se presente ningún oferente a la licitación y deba declararla desierta, situación que no se dio en este caso y, por el contrario, al final, existe una empresa, Publimark S.A., que sí está dispuesta a someterse a esa cláusula de exclusividad, exclusividad que debe estarse monitoreando en la ejecución contractual. Por lo expuesto, estimamos que resulta válida la exclusión realizada por la Administración de su plica". (R-DCA-493-2006 de las 8:15 horas del 26 de setiembre del 2006).

PRERREQUISITOS.

69. Prerrequisitos. Contenido presupuestario. Plurianual. Esquemas de endeudamiento.

"a) Sobre el particular es menester advertir que como lo manifiesta la recurrente, la Administración como tesis de principio está obligada a disponer de contenido presupuestario, suficiente y disponible para atender la erogación que se origine de una adjudicación, pero igualmente hay que advertir que ese principio admite modalizaciones que la misma Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento contemplan. Así, el numeral 10.2. del Reglamento General de Contratación Administrativa prevé... En consecuencia, no resulta procedente indicar que no sea factible una contratación "plurianual", si así fue advertido por la entidad en su decisión inicial y, quien cotiza así está entendido, desde el inicio. Además, la disposición tiene una racionalidad y está asociada a proyectos que, por su desarrollo natural, requieren de la ejecución de tareas en "ruta crítica", de modo que, si no se ejecutan las predecesoras, no es factible llevar a cabo las siguientes. Además, esa ejecución de actividades está asociada a un cronograma, de modo que no es procedente efectuar un solo pago porque el contrato no sería atractivo desde el punto de vista financiero ni para la Administración ni para el contratista, de manera que el sistema de pago *contra avance* o recibo satisfactorio de ciertas etapas permite cargar a varios ejercicios presupuestarios el objeto contractual. Esa opción, en principio, no habría que descartarla de un proyecto como el presente, sobre todo si la entidad ha cumplido con una serie de requisitos previos mínimos como la concepción y formulación del proyecto a nivel general, ha dispuesto qué flujo de fondos será necesario en cada etapa, ha previsto los recursos humanos y técnicos necesarios que serán necesarios para fiscalizar el contratista y, sobre todo, si el proyecto se ha segmentado en "módulos" que aseguran la operación y el logro de objetivos propuestos, de modo que pueda asegurarse razonablemente que la entidad se encamina no sólo al cumplimiento de sus objetivos sino a logro de estos en forma eficiente y económica... En conclusión reiteramos que, por la magnitud de la contratación que se trata en la cual está incluido el diseño, desarrollo e implementación de una solución integral digital y por el monto que podría abarcar el proyecto total, es de suponer que el tiempo que esto conlleve haga necesario que se ejecute en varios periodos presupuestarios, por lo que desde el punto de vista presupuestario no es necesario –ni nunca razonablemente debe ser así– que la entidad disponga de la totalidad de fondos que haya estimado cuesta el proyecto. Ello podría llevar a la Administración a una subejecución presupuestaria innecesaria. Efectivamente, por tratarse de una solución que se irá desarrollando por etapas, éstas serán sufragadas en su momento de conformidad con el recibo a satisfacción de cada una, para lo cual es cuestión del compromiso adquirido por la Administración de dar el contenido presupuestario necesario según las etapas que se desarrollarán por año, asegurando con ello el pago debido según el producto entregado, situación que no causa perjuicio alguno al contratista por cuanto el pago siempre estará asegurado. En cuanto al préstamo con el BCIE que actualmente se tramita en la Asamblea Legislativa, coincidimos con la Administración en cuanto a que dichos fondos son complementarios, pero en modo alguno el Ministerio de Hacienda condiciona que el flujo de fondos del proyecto dependa del empréstito, es decir, no se condiciona en nada la presente contratación a los fondos del préstamo, dado que existe un compromiso de la Administración en tomar las previsiones necesarias

para garantizar el pago de la obligación tal y como lo indica el propio artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa. Así las cosas, no existiendo motivos que limiten o impidan de alguna forma la participación de posibles oferentes, es lo procedente declarar sin lugar el recurso en cuanto a este extremo se refiere. **b)** Si la Administración no va a hacer frente a la contratación con sus recursos presupuestarios, ya sea que se trate de una contratación anual o plurianual, podrá acudir a otros esquemas de endeudamiento. En tal supuesto, están tanto la suscripción de empréstitos negociados por la Administración misma, como el supuesto de la licitación con financiamiento, supuesto en el cual se debe atener a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa, artículo 52, y a los precedentes de este órgano contralor, a saber, la resolución **RC-260-2001** de las nueve horas del veintitrés de mayo del dos mil uno y más recientemente, en la resolución **R-DCA-053-2006** de las trece horas del dos de marzo de dos mil seis. **c)** Otro supuesto en el cual la Administración lleva a cabo proyectos sin que sea requerida la totalidad del financiamiento es la del arrendamiento con o sin opción de compra, supuesto que se regula en el artículo 78 de la Ley de Contratación Administrativa y 74 de su Reglamento, de modo que no es una única opción la que dispone la entidad para llevar a cabo la ejecución de proyectos de esta magnitud siempre que tenga definido adecuadamente, de acuerdo con la inversión a realizar, los ciclos del proyecto y su viabilidad. Para ello debe poner también especial énfasis en la contraparte técnica de que debe disponer para brindar una adecuada fiscalización y cumplir con sus cometidos, sin poner en riesgo la inversión realizada.” (**R-DCA-113-2006 de las 09:00 horas del 24 de marzo del 2006**).

PRINCIPIOS.

70. Principios. Principio de buena fe en los negocios.

“En el presente caso, se ha evidenciado que la oferta que resultó adjudicada no cumplió con los requisitos dispuestos en el punto 4.1 y 4.2.2 del cartel, en cuanto a la comprobación de la experiencia de sus operarios y del coordinador de la maquinaria, los cuales constituían condición indispensable para que la oferta fuera considerada admisible. [...] No es posible obviar las confusas constancias que emitió el adjudicatario... acerca de la experiencia de sus operarios. Obsérvese que en un primer momento el señor ... manifestó que era “*casi imposible*” contar con tales constancias pues era personal de alta rotación y ninguna empresa se arriesgaría a emitir tales constancias “*para no así tener competencia*”... / Poco después presentó una lista de siete operarios... e indicó que la lista presentada de los choferes “*tiene más de CINCO AÑOS de laborar para mi persona*” ... / Sin embargo, al contestar la audiencia inicial conferida por este órgano contralor en virtud de la apelación interpuesta, el señor... “*dando fe bajo juramento a sabiendas de lo que esto implica en las leyes judiciales de nuestro Ordenamiento Jurídico*”... declaró que esos mismos siete operarios tenían de laborar para su persona no más de dos años, y otros apenas unos pocos meses..., tal y como ha quedado evidenciado en el cuadro que se presentó *supra*. Al respecto, es importante recordar que, bajo el principio de la buena fe en los negocios, la Administración confía en la información que le puedan brindar los oferentes, la cual debe ser ajustada a la realidad de las cosas; por ello, ante la información que con las características antes dichas se ha venido aportando al expediente, es necesario que ese Ministerio realice a la mayor brevedad una investigación preliminar con el fin de valorar la procedencia de abrir un procedimiento respecto de la eventual imposición de la sanción dispuesta en el artículo 99 inciso d) de la Ley de la Contratación Administrativa, sin perjuicio de otras sanciones de otra índole que eventualmente se determinen en dicha investigación.” (**R-DCA-361-2006 de las 10:00 horas del 19 de julio del 2006**).

PLAZO DE ENTREGA.

71. Plazo de entrega. Plazo de imposible cumplimiento. Deber de probar su cumplimiento.

“Vistos los argumentos de las partes, esta División debe detenerse puntualmente en un alegato dicho por la adjudicataria no rebatido por las otras dos partes acreditadas en expediente. En efecto, con el objeto de que se declare improcedente el recurso en estudio, la adjudicataria señala que el ofrecimiento de un día hábil como plazo de entrega es de imposible cumplimiento y que ello, conforme a la normativa y jurisprudencia aplicable, resta legitimación. Analizando el objeto del concurso, se tiene que éste fue establecido por la administración en un renglón que a su vez se descompuso en 7 líneas... / En lo referido al plazo de entrega, el cartel dispuso claramente que éste “...*deberá incluir el proceso de instalación, implantación y pruebas del equipo que sean necesarias para garantizar la calidad del producto entregado*”, y que “*Este plazo corre a partir del día que se notifique al proveedor que*

*la Orden de Compra está lista para ser retirada” ... / El plazo de entrega, aunque se impuso como regla que no fuese superior a 15 días hábiles..., aún así no tuvo impedimento la administración en redactar una fórmula mixta, sea exigir un máximo de plazo de entrega, pero premiar a la vez el ofrecimiento de plazos menores a ese máximo permitido..., salvedad hecha de que no se aceptaban los denominados plazos de “entrega inmediata”..., de esta manera los oferentes debían indicar expresa y claramente un plazo en días determinado. La aquí apelante cotizó, no solo para la línea 4, sino originariamente para todo los renglones en concurso, un plazo de entrega de un día hábil... / Sobre el plazo de entrega, la jurisprudencia de este órgano contralor ha sido profusa y de línea consecuyente; en efecto, se ha indicado... (RC-191-2001 de las 15:30 del 5 de abril del 2001). Asimismo, se ha enfatizado que... (R-DAGJ-119-2004 de las 13:00 horas del 8 de marzo del 2004). Nótese, pues, lo esencial que resulta ser el plazo de entrega en beneficio de la administración y el interés público, y la consecuencia de ofrecerse, eventualmente, plazos de imposible cumplimiento, incluso en las reseñas realizada se ha resuelto puntualmente sobre plazos de entrega de un día hábil, mismos que se han declarado como irreales o de imposible cumplimiento. Ahora, es evidente —por la claridad del argumento de la adjudicataria en contra de la apelante— que la aseveración de un día hábil como plazo de entrega irreal no sido rebatido en lo más mínimo por... / Así, si bien se presume un cumplimiento, lo cierto del caso es que este órgano contralor esperaba de parte de la apelante, ya en su contestación de la audiencia especial ya en la audiencia final (*porque en su oferta y demás documentos “no ahonda en detalles” como dice expresamente el Informe*), alguna indicación tendiente a confirmar, validar y hasta probar que, en efecto, el plazo de entrega de un (1) día hábil sí es posible, a partir de los recursos humanos y técnicos con que cuenta...; nótese, entonces, que tal Unidad adujo un escenario de eventual cumplimiento, quedando a la espera este órgano contralor de la información mínima, al menos, que validara la presunción. Sin embargo, el silencio sobre este aspecto esencial del concurso imperó de parte de la aquí apelante sin que sea factible, por carga de la prueba y principio de buena fe, presumir que solo a partir de lo señalado por... la USTI ya hay suficiente información para desdecir a la adjudicataria, y dar la razón a la apelante en algo en lo que ella, como era de esperar, debió haberse defendido. Así las cosas, por la ausencia en expediente de apelación y administrativo de cómo sí es real el plazo de entrega ofrecido por..., corre con suerte el argumento de la adjudicataria y, conforme al cuadro de calificación..., el total de puntaje y la fórmula de asignación de éste, la aquí apelante no podría superar a la actual adjudicataria ya que, para todas las líneas incoadas ella pierde los cinco puntos de plazo de entrega, pasando el de la adjudicataria de tres días hábiles como el referente para asignar el puntaje por ser el menor ofrecido; por ende, la apelante carece de legitimación...”. (R-DCA-500-2006, de las 8:30 horas del 28 de setiembre del 2006).*

72. Plazo de entrega. Subsanación de su desglose aunque sea evaluable.

“... quedó debidamente referenciado en la oferta de... que su plazo de entrega era de 75 días naturales, y la circunstancia de que la Administración le haya tenido que prevenir que desglosara tal plazo en dos, uno para la entrega de los documentos de exoneración y otro para la entrega de los vehículos, no le ha concedido ninguna ventaja indebida a este oferente con respecto a los demás, ni con su respuesta ha variado su plazo de entrega originario, el cual es de 75 días naturales, siendo los primeros 15 días naturales para la entrega de los documentos para la exoneración, y los restantes 60 días naturales para la entrega de los vehículos. Bajo ese orden de ideas, podemos afirmar que en el presente caso el desglose del plazo de entrega sí era subsanable, aunque el mismo estuviese sujeto a evaluación, ya que el plazo de entrega estaba debidamente referenciado en la oferta, por ende, se trataba ya de un hecho inmodificable por parte del oferente.”(R-DCA-471-2006 de las 8:45 horas del 13 de setiembre del 2006).

PROHIBICIONES.

73. Prohibiciones. Naturaleza.

“El régimen de prohibiciones en contratación administrativa se erige bajo una premisa preventiva de que ciertos funcionarios públicos, que se desempeñan en cargos si se quiere estratégicos o relevantes del Estado o de las administraciones públicas, no puedan tener negocios remunerados con fondos pertenecientes a la hacienda pública. Hay servidores que mientras estén a las órdenes del Estado no podrán pactar con éste, mientras que existen otras personas (básicamente familiares por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive de la persona inhibida) a las que, teniendo una prohibición indirecta, se les podría levantar la prohibición siempre

y cuando se acredite ante el órgano contralor algunos supuestos fácticos. Igual existe impedimento indirecto en personas jurídicas en donde personas que directa o indirectamente estén limitadas, ostenten algún capital accionario, una representación legal o sean parte del cuerpo directivo". (Oficio 02815 (DCA-0308-2006) del 22 de febrero del 2006).

74. Prohibiciones. Regidora suplente.

"Que en el caso que nos ocupa, la señora..., es regidora suplente, por lo que no le alcanza la prohibición del inciso b) artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa. En este escenario, al señor..., no le cubre el inciso h) del artículo 22 bis, y por lo tanto no es procedente el levantamiento de prohibición. Así el señor... puede contratar con la Municipalidad de Golfito. No obstante respondiendo a los principios que informan la contratación administrativa, y al principio de probidad en la función pública contemplado en el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, debe la regidora suplente..., abstenerse de votar en caso de que esté de suplente cuando se discuta alguna contratación administrativa en que se vea involucrado el señor... (Oficio 9628 -Lev. Proh. N° 011-2006- de las 8:45 horas del 12 de julio del 2006).

75. Prohibiciones. Miembro de Junta Directiva.

"Que el señor... fue nombrado en la sesión número cuatro del Consejo de Gobierno, el 31 de mayo del 2006 en la Junta Directa (Consejo Directivo) del ICE (Certificación 032-06 adjunta)... Según lo acreditado ante este Despacho, el señor... se ha dedicado, en forma habitual, al ejercicio de su actividad profesional, con antelación suficiente al plazo mínimo establecido, de un año antes del surgimiento de los supuestos de inhabilitación. No obstante lo anterior, tal como lo dispone el artículo 23 de la Ley de Contratación Administrativa, la gestión de levantamiento de prohibición rige solo en los casos previstos por los incisos h) e i) del artículo 22 bis; casos que no son los que nos ocupan. Por lo tanto, el inciso b) que es en el que se enmarca la situación del señor... que lo cubre la prohibición para contratar con la institución a la que sirve, en este caso el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) no es objeto de levantamiento de prohibición. En relación con las otras instituciones públicas, al señor... Castro, no le cubre prohibición para contratar, al menos dentro del análisis del caso expuesto, y en consecuencia no es procedente establecer un levantamiento de prohibición en relación con estas entidades, al no contar con prohibición. Por lo tanto, el señor... no puede contratar con el ICE en procedimientos de contratación administrativa sea cobro judicial o notariado, ni tampoco asesorar a este Instituto mediante asesorías externas; ni participar en ningún procedimiento concursal con esta Institución; por el contrario, tal como se apuntó, con las otras instituciones del Estado no le cubre la prohibición, de acuerdo a la situación analizada y por ello, y al tenor de la información suministrada, puede realizar esas actividades profesionales sin ningún inconveniente. (Oficio 9579 -Lev. Proh. 010-2006- de las 13:00 horas del 10 de julio de 2006).

76. Prohibiciones. Artículo 22 bis.

"a) **Prohibiciones. Artículo 22 bis.** En el caso del régimen de prohibiciones de contratación administrativa, es necesario distinguir el tipo de funcionario —por el puesto o cargo en sí mismo— para poder determinar la existencia de un impedimento directo, donde no cabe el levantamiento para participar en procedimientos de compras; o indirecto, en tanto se esté ante lo regulado en los incisos h e i de la norma 22 bis de la Ley de contratación administrativa, en donde sí cabe levantar la prohibición, de acuerdo al artículo 23 del mismo cuerpo normativo. Contemplamos también el caso del inciso f) del artículo 22 bis, en donde como se expuso, debe considerarse que si la persona física que causa el impedimento a la persona jurídica, sea por formar parte del capital accionario o por ostentar un puesto directivo o de representación, renuncia a la causa del impedimento, con solo transcurrir seis meses desde la renuncia, la persona jurídica puede continuar contratando con el Estado, en consecuencia, no corresponde conocer de un caso como este a la Contraloría General. La verificación de la renuncia, correspondería en cada caso a cada proveeduría o encargado del procedimiento administrativo de contratación, sea, es una simple situación de constatación.

b) El grado o nivel de prohibición que poseen sujetos directos o indirectos —sea lo enunciado en los incisos c) al i) —, lo es con respecto a la administración pública para la cual labora el funcionario que directamente causa el impedimento. Salvedad hecha de algunos cargos donde opera un radio de prohibición absoluta (presidente, vicepresidentes, entre otros).

c) De acuerdo a lo expuesto, un regidor propietario tendría impedimento de acuerdo al artículo 22 bis de la ley de Contratación Administrativa, de negociar con la Municipalidad a la que sirve. En las sociedades en que el regidor tuviere participación, pueden negociar con las instituciones del Estado, excepto con la Municipalidad en donde fue electo regidor. Ahora bien, de acuerdo a lo que aquí se expuesto, y dado que “nadie está obligado a lo imposible”, es nuestro criterio que para cumplir con el corolario de que habla el inciso f) del artículo 22, de que para poder participar en procedimientos de contratación, las personas jurídicas en cuyo capital participe un funcionario con impedimento, debe haber renunciado, seis meses antes del nombramiento, esto es a todas luces apartado de la realidad, y en este supuesto, al tenor de una interpretación lógica y racional, lo procedente es encontrar una solución que dé respuesta efectiva y práctica. Por lo anterior, es que debe ser entendido de acuerdo a la hermenéutica legal del ordenamiento jurídico, y tal como aquí se ha expuesto, sea que una vez que se haya dado por parte de la persona física que causa el impedimento la renuncia al puesto de dirección o representación, o la venta o traspaso de la participación accionaria, debe esperarse seis meses para que la persona jurídica retome la actividad comercial con el Estado, incluyendo de ser el caso, con la institución a la que sirve la persona física que generaba la prohibición”. (Oficio 9187 -DCA-1864-de 30 de junio del 2006).

RECURSO DE APELACIÓN.

77. Recurso de apelación. Actos preparatorios.

“En primer orden, merece señalar algunas consideraciones respecto del concepto de actos preparatorios (sic) (sobre los cuales ya nos hemos referido en otras oportunidades), que son aquellos actos que dentro del procedimiento concursal son presupuestos para la adopción del acto final de adjudicación, como es el caso de los dictámenes técnicos, legales y financieros que muchas veces sustenta los análisis de admisibilidad y elegibilidad de las ofertas... o simplemente determinan la puntuación correspondiente para cada una de las ofertas según la correcta aplicación de los factores de calificación previstos con antelación en el cartel. Este tipo de actos preparatorios pueden ser revisados por esta Contraloría General siempre y cuando se interponga oportunamente un recurso en contra del acto final del procedimiento concursal, es decir, el acto de adjudicación, de tal forma que es hasta en ese momento en que el oferente debe esgrimir todos y cada uno de sus alegatos en contra de las valoraciones técnicas, económicas, financieras, legales, etc; que sirven de apoyo al acto de adjudicación...”. (R-DAGJ-080-2006 de las 13:00 horas del 27 de enero de 2006).

78. Recurso de apelación. Legitimación. Mejor derecho.

“Para la interposición de un recurso de apelación debe demostrar la firma recurrente que si eventualmente el acto de adjudicación fuera anulado por esta Contraloría General, le correspondería a ella la readjudicación, por haberse acreditado que su oferta no presenta incumplimiento grave alguno con respecto al pliego y que su puntuación aventajaría la obtenida por la adjudicataria o alguna otra oferta también elegible, lo que confirmaría que resultaría la única ganadora del concurso. Por otro lado, el artículo 95 del Reglamento General de Contratación Administrativa dispone que el recurrente debe acreditar su legitimación para apelar, de lo contrario, este Despacho se vería imposibilitado, en el examen que obligatoriamente debe realizar, para no incurrir en una nulidad por la nulidad misma cuando en realidad la recurrente no contaba con posibilidad de resultar readjudicataria, con las consecuencias que ello conllevaría para el interés público al dilatarse la ejecución de contratos de gran envergadura como el de la especie (ver RSL 409-99 de las 15:30 horas del 21 de setiembre de 1999). En el caso particular, la recurrente no cumplió el requerimiento en comentario, pues no realizó un ejercicio tendiente a demostrar que su oferta no solo cumplía a satisfacción con todos los requerimientos cartelarios, sino que también su puntuación sería superior a la que obtuvo el adjudicatario; o sea, en este momento no se ha demostrado si la apelante podría ganar la línea nueve recurrida, ya que no consta en su recurso el ejercicio referido; antes bien, en su petitoria la apelante solicita que se ordene al CONAVI valorar su oferta, que es precisamente lo que la apelante omitió y que estaba obligada a hacer con el fin de demostrar su legitimación en este proceso...” (R-DCA-229-2006 de las 08:30 horas del 18 de mayo del 2006).

79. Recurso de apelación. Admisibilidad.

“Este órgano contralor, obligado por los principios de legalidad y de eficiencia a evitar el entorpecimiento indebido de la actividad administrativa relacionada con la contratación pública, misma que debe encaminarse a

atender y satisfacer de manera oportuna el interés general, debe verificar en cada recurso incoado "...con todo detenimiento, dentro del plazo de los diez días hábiles posteriores al vencimiento del plazo para apelar, su admisibilidad y procedencia general, procurando detectar en esta etapa las gestiones manifiestamente improcedentes...", lo anterior con el objeto de rechazar ad portas la acción de que se trate... / Lo mencionado lo regula el numeral 86 del Ley de Contratación Administrativa así: "La Contraloría... dispondrá en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos"... / De esta manera se ha enfatizado...que no es procedente aquella acción recursiva que sea interpuesta por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo. Estando la posibilidad de declarar inadmisibile en cualquier etapa del procedimiento el recurso del que se trate...". (R-DCA-025-2006, de las 14:00 del 13 de febrero del 2006).

80. Recurso de apelación. Concesión de instalaciones.

"Así entonces, en la concesión de instalaciones el pago que se hace obedece a un canon que cubre el concesionario por la explotación de las instalaciones (sobre el concepto de canon, puede verse a Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Tomo V, pp. 469-473 y el dictamen de la Procuraduría General de la República, C-094-2000 del 11 de mayo de 2000), no por el ingreso que percibe por las actividades complementarias que se brindan. En este caso, tendríamos que el canon fijado es de ¢225.000,00 (hecho probado 3). De esa forma, la Junta ha alegado que el monto a contratar es de ¢2.150.000,00 y siendo que su presupuesto ordinario es de ¢13.439.460,00, no corresponde conocer de la apelación en esta Contraloría General. Sobre el punto, debemos indicar que de una verificación realizada en el Ministerio de Educación Pública el presupuesto promedio de la Junta de Educación para los años 2003, 2004 y 2005 fue de ¢7.943.355.33 (¢9.794.436.00 para el año 2005, ¢7.877.150.00 para el año 2004 y ¢6.158.453.00 para el año 2003), por lo que coincidimos con la Junta en el sentido de que se ubicaría en el estrato J a que hace referencia la resolución R-CO-09-2005 de las 12:00 horas del 8 de febrero de 2005 vigente al momento de interponer el recurso, de tal suerte que el monto a partir del cual procedería el recurso de apelación a partir de una adjudicación que alcance la suma de ¢ 4.250.000.00. (R-DCA-80-2006 de las 10:00 horas del 13 de de marzo del 2006).

81. Recurso de apelación. Criterio técnico de parte. Requisitos.

"En primer lugar y en refuerzo de la argumentación que de seguido se hará, entendiendo no ocioso recordar que la Ley de Contratación Administrativa impone, en su artículo 88, que un recurso de apelación, sobre todo cuando se trata de impugnaciones de tipo técnico, debe necesariamente privar un estricto criterio técnico calificado que desvirtúe o cuestione, de alguna manera, el estudio técnico hecho por la Administración al momento de evaluar las ofertas. Los fundamentos normativos para una exigencia tan contundente son muy firmes y los expresa también el propio Reglamento General de dicha Ley en su artículo 92.2 tal y como supra lo referimos e ilustramos con jurisprudencia administrativa existente sobre el particular cuando tratamos el punto sobre la capacidad financiera. Como segunda premisa, ese criterio o dictamen técnico del que venimos hablando, debe cumplir con ciertos requisitos mínimos para que pueda tenerse como un verdadero soporte técnico en el que se apoyen los alegatos de ese tipo vertidos en contra de la firma adjudicataria, otra apelante, e incluso para defender una posible exclusión de la propia oferta, porque cuando se acude a ellos, deben necesariamente declarar una posición de forma sustentada y coherente. Sin ánimo de establecer una lista taxativa que deba cumplirse puntualmente, pero sí como una guía que sirva para ser tomada en cuenta al momento de requerir un criterio técnico que verdaderamente cumpla las expectativas y que no exima requisitos que podrían eventualmente restar veracidad o precisión al dictamen que se rinde. Como primer pauta a considerar tenemos: **a) El currículo:** El razonamiento que se rinde debe contemplar, por lo menos, el currículo del profesional que firma, donde se logre demostrar fehacientemente que cuenta con la preparación y conocimientos en la materia sobre la cual rendirá su ponencia. Esto es fundamental por cuanto podría darse, como sucede en el caso particular, que se requiere que el profesional no sólo lo sea en el campo de la ingeniería, sino que cuente, al menos, con experiencia importante en represas construidas bajo la técnica de Concreto Compactado con Rodillo mejor conocido como RCC. De lo contrario, es de esperar un criterio simplista y general. **b) Planteamiento:** Determinar clara y específicamente lo que se le plantea sobre determinado asunto, de tal forma que se pueda entender cuál será el punto o los puntos sobre los que discurrirá el estudio técnico y la posición técnica que se asumirá en cada uno de ellos. **c) Material de apoyo:** Se debe precisar el material de apoyo utilizado para confirmar sus posiciones, tales como estudios anteriores

sobre el particular, definiciones sustanciales sobre técnicas específicas aplicadas a la materia que se evalúa, literatura técnica y terminología, metodología utilizada, revistas especializadas en ciertas materias afines, gráficos, cuadros estadísticos, ilustrativos o comparativos, en fin, todo aquel material que de alguna u otra manera converjan en sustentar y demostrar lo que se afirma. En este sentido, no se requiere que se aporte material porque lo que se cuenta en su valoración y aplicación al caso concreto. **d) El fondo:** Esta es la parte medular del documento, donde se conjugan todos los elementos mencionados anteriormente y que darán cuerpo al asunto, permitiendo cuestionar científicamente la opinión de la Administración de forma razonada y congruente con la oferta que ha sido cuestionada en su segmento técnico y en el cual se den las pautas fundamentales para la interpretación de lo que se analiza. El estudio debe propiciar la discusión de forma tal que evidencie, de alguna manera, posibles debilidades del criterio de la Administración, o bien, hacer ver aspectos que no fueron considerados a la hora de la evaluación y que, posiblemente, puedan eventualmente hacer variar la conclusión de la entidad, generando incluso la necesidad de tener que acudir a otra instancia o a un tercero imparcial calificado que se pronuncie sobre una posición dirimente entre dos interpretaciones, válidas desde cada punto de vista, y eso es, precisamente, lo que debería llegar a arbitrarse en definitiva, toda vez que, para tener una orientación irrefutable sobre la posición valedera, hay que considerar y tener a la vista ambos criterios. Es decir, la contradicción juiciosa de llevar un tema al punto en que haya que tomar una decisión es lo que debe lograr el criterio técnico calificado que se rinde como prueba en un recurso de apelación, de lo contrario, estaremos frente a un escueto documento que únicamente rinde una simple opinión, arbitraria por carencia de argumentación alguna, que en nada vendría a rebatir el acto de adjudicación y, por ende, no puede tenerse como jurídicamente vinculante” (R-DCA-358-2006 de las 08:00 horas del 18 de julio del 2006).

82. Recurso de apelación. Elegibilidad. Puntaje mínimo.

“Delimitado lo anterior, tenemos que el pliego de condiciones determinaba que para resultar adjudicatario en la presente licitación se requería una calificación final de al menos 75 puntos, quedando a criterio de la Administración justificar la adjudicación con puntajes menores... En el caso bajo examen, el apelante obtuvo una calificación final de 71,76 puntos, inferior a la mínima..., de modo que la Administración no comete ningún acto contrario a derecho si no adjudicó ninguna otra oferta de puntaje menor al mínimo, de conformidad con la cláusula cartelaria que así se lo permitía y que todos los participantes aceptaron al someter su oferta...” (R-DCA-039-2006 de las 8 horas del 22 de febrero del 2006).

83. Recurso de apelación. Inelegibilidad. Autorización para financiamiento externo.

“Iniciamos señalando que al tratarse de un proyecto que no se financia con recursos propios de la administración sino que supone un endeudamiento externo con una entidad financiera, conforme la normativa vigente, su consolidación requiere del aval previo de varias entidades, en cuenta el Consejo Nacional de Financiamiento, que cuenta con la representación del Ministerio de Hacienda, Ministerio de Planificación Nacional y Banco Central. De allí que en el cartel se advirtiera que la adjudicación del concurso quedaba condicionada a la obtención de tales autorizaciones, reserva cuyo origen es claro, aún cuando formalmente a nivel de procedimiento existan otras alternativas para asegurar la sujeción de cualquier acto de adjudicación a tales autorizaciones, que estimamos oportuno comentar. Si el presupuesto es el límite de acción de los poderes y si contar con el disponible necesario —en principio por aplicación del artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa— es una condición de legalidad de cualquier concurso o contratación que se promueva en el sector, simplemente porque una vez dictado el acto de adjudicación se genera una obligación para la entidad, que debe ser honrada so pena de que el contratista adopte medidas legales, los requisitos para aceptar un financiamiento constituyen elementos de validez del acto de adjudicación y no de mera eficacia. Sin recursos económicos una adjudicación no puede resultar válida, porque falta un elemento esencial... / No puede ser otra la solución, porque no puede generarse gasto sin el respectivo respaldo, ello además de ilegal resulta inconstitucional, conforme lo dispone el artículo 176 de la Constitución Política. Entonces, la falta de cualquier autorización de las exigidas para un financiamiento traen (sic) al acto de adjudicación un vicio de legalidad...”. (En este caso se cita la RC-260-2001 de las 9:00 horas del 23 de mayo del 2001). (R-DCA-053-2006, de las 13:00 horas del 2 de marzo del 2006).

84. Recurso de apelación. Precio ruinoso.

“...ya en oportunidades anteriores esta División ha indicado que quien alega el precio ruinoso de una oferta debe comprobar por los medios técnicos adecuados dicha circunstancia, de modo que se acredite que los costos en que incurre el adjudicatario no dejen ningún margen de ganancia, o sea, cuando los ingresos que se perciban por la prestación del servicio apenas cubren los costos y gastos en que incurre la empresa.” (R-DAGJ-033-2006 de las 13:30 horas del 10 de enero del 2006).

85. Recurso de apelación. Plazo para interposición debe cumplirse.

“Sobre el particular, valga aclarar que el artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa establece que el recurso de apelación se debe interponer ante esta Contraloría General “dentro de los diez días hábiles siguientes a la comunicación del acuerdo de adjudicación”, plazo que por ser de ley no puede ampliarse, ni esta Contraloría tiene facultad alguna para prorrogarlo. Por tanto, todo recurrente, en forma categórica, debe sujetarse a interponer su recurso en los diez días hábiles siguientes al día de la publicación de adjudicación. La cita de la resolución RC-071-2000 del 9 de marzo de 2000 que cita el recurrente no ampara su proceder por cuanto este Despacho ha dimensionado que cuando nuestras oficinas se encuentren cerradas por motivo de vacaciones, no pueden correr el plazo para recurrir, por cuanto existe una imposibilidad real de presentarlo y, en esos casos, el plazo para interponer un recurso de apelación se computa en función del órgano llamado a resolverlo, dado que una interpretación distinta implicaría dejar en estado de indefensión al potencial recurrente y de ese modo, hacer nugatorio su derecho de apelación. En realidad si se aprecia, en el fondo no se está confirmando una extensión al plazo establecido por ley, aspecto que, como ya vimos, no es permitido y sobre lo cual somos contestes; antes bien, lo que sucede es que si estuviesen cerradas por vacaciones las oficinas existe imposibilidad de que un administrado consiga su cometido y, por ello, los días hábiles para interponer el recurso, son los días hábiles de esta Contraloría General, lo cual guarda una interpretación coherente y razonable con lo que establece la Ley de Contratación Administrativa en cuanto a que el plazo para apelar está dado en *días hábiles*. De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia utilizada por la apelante para justificar la presentación de su recurso hasta el 28 de julio (hecho probado 4), bajo el alegato de no tener acceso al expediente administrativo, no guarda relación con la situación fáctica cobijada con la resolución citada, toda vez que las oficinas que estuvieron cerradas por motivo de vacaciones de medio año fueron las de la Administración licitante, no así las de este Despacho por lo que su obligación era presentar su recurso de apelación al décimo día hábil a partir de la publicación del acto administrativo, o sea, el 19 de julio y no siete días después de haber fenecido el plazo para apelar. Distinta situación es la invocada por la otra apelante, Componente El Orbe S. A., toda vez que ésta, aduciendo el mismo impedimento de acceso al expediente, acudió ante este órgano contralor en tiempo a interponer su recurso de inconformidad con el acto de adjudicación el 14 de julio y, presentó fundamentación el día 28 de julio (hecho probado 5). Como vemos, esa actuación no implica una prórroga del plazo legal, sino una posibilidad de fundamentar alegatos presentados en tiempo, por impedimento de acceso al expediente administrativo, impedimento que es además relativo, visto que el acto de adjudicación no sorprende a las partes, las cuales en muchas ocasiones tienen acceso a él a lo largo del procedimiento, conforme debería constar en los registros que habilite la Administración de esa consulta, y además, por que una vez abiertas las oficinas de la Universidad, es factible acudir con el fin de informarse más ampliamente sobre los motivos que conllevaron a la descalificación de su oferta y el por qué la adjudicación recayó a favor de otra firma. En el caso del recurso de Importaciones Office de Costa Rica éste se presentó en forma extemporánea, de modo que se tiene por indebidamente el recurso en esta Contraloría, y conforme a lo previsto por el numeral 86, de la Ley de Contratación Administrativa, así procede declararlo y restarle cualquier legitimación, para resultar legítimamente beneficiada de una readjudicación del negocio, lo cual, además se refuerza porque aún de ser admisible ese recurso, no llevaría razón en su alegato de fondo” (R-DCA-519-2006 de las 08:15 horas del 6 de octubre del 2006).

86. Recurso de apelación. Carga de la prueba.

“Sobre este punto, debemos indicar que esta Contraloría en innumerables ocasiones ha determinado que es fundamental para quien apela, no solo indicar los supuestos incumplimientos, sino también aportar la información y prueba suficiente para fundamentar sus argumentos, así como para determinar la trascendencia de lo alegado. No debe pretenderse que con el simple hecho de esgrimir un argumento, esta División deba tenerlo por cierto, es indispensable aportar los medios probatorios que demuestren la existencia real de la situación que se plantea,

es decir, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 92.2 del Reglamento General de la Contratación Administrativa, quien afirma, prueba, razón por la cual no resulta válida la pretensión de que sea este Órgano Contralor quien como órgano que resuelve, deba construir la prueba de las argumentaciones de las partes”. (R-DCA-150-2006 de las 11 horas del 6 de abril del 2006).

87. Recurso de apelación. No adjudicación a oferta mejor calificada por falta de contenido presupuestario.
“Delimitado lo anterior, y volviendo al caso concreto tenemos que la apelante aduce que de conformidad con la Tabla de Evaluación del cartel su calificación final hubiese sido de 92.22 puntos y la de la adjudicataria de 85 puntos, motivo por el cual JUDESUR les debió de adjudicar la presente licitación, no obstante indebidamente los dejaron por fuera aduciendo que no existía contenido económico para hacerle frente al contrato. Ahora bien, teniendo presente que la subpartida servicios generales para el pago de los servicios de mantenimiento y ornato de las instalaciones del Depósito Libre Comercial de Golfito lo es por un monto máximo de €36.000.000 para el año 2006... y de que la Administración arguye imposibilidad para reforzarla..., ha procedido correctamente al descartar la oferta de la apelante..., toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3.4 del Reglamento de la Contratación Administrativa, resulta factible rechazar una oferta cuando ésta presente un precio inaceptable, cuando exceda la disponibilidad presupuestaria y la circunstancia de que no se puedan contar con medios para la financiación complementaria oportuna. Así las cosas, a la apelante no le asiste razón en el fondo de lo reclamado, de tal suerte que puede determinarse que su recurso no podría ser declarado con lugar en la resolución final”. (R-DCA-169-2006 de las 8 horas del 26 de abril del 2006).

88. Recurso de apelación. Ofertas bases y ofertas alternativas.
“Volviendo al caso concreto tenemos que la apelante aduce que no procedía para los ítemes 1 y 2 la adjudicación de las ofertas alternativas de la empresa..., toda vez que sus ofertas bases no cumplían técnicamente. Sobre este tema de las ofertas bases y ofertas alternativas, esta Contraloría General de la República en innumerables ocasiones ha determinado que la oferta alternativa existe siempre en función y dependencia de una oferta principal, y si bien puede mejorar en todos sus aspectos ésta última, bajo ninguna circunstancia podría incumplir con las condiciones mínimas (generales y técnicas) exigidas por el cartel. (Ver en ese mismo sentido oficio No. 5564 (DAGJ-841-2000) del 8 de junio de 2000). Además, este Órgano Contralor también ha observado que en algunos casos los participantes en un concurso, al presentar su oferta, hacen mención de que ésta contempla una o varias alternativas, pero en realidad esas supuestas alternativas no proponen soluciones diferentes a lo previsto en el cartel, sino que se ajustan a lo pedido, con leves diferencias de la oferta denominada como base. Por lo tanto, en estos casos se podría afirmar válidamente, que cualquiera de las ofertas podría ser denominada como base. En situaciones como la comentada, la recomendación a la Administración ha sido que tenga presente el principio de eficiencia, y que por lo tanto, no olvide la finalidad que persigue al promover un concurso -satisfacer un interés público. Bajo ese orden de ideas, resulta viable concluir que una oferta alternativa es aquella que se aparta de las especificaciones del cartel, sea porque el cartel se quedó corto en sus requerimientos o bien, porque el oferente poseía una propuesta de “punta” que todavía no sea muy conocida en nuestro medio; y que ha existido un equívoco generalizado, al pensar que solo puede haber una oferta base y el resto son alternativas, esa confusión ha sido abonada por los propios oferentes que no denominan con claridad cuál es su oferta base. En buena técnica jurídica, una oferta puede tener tantas ofertas bases, como opciones presente que se ajusten al cartel, independientemente de su denominación. La verdadera oferta alternativa es aquella que no se ajuste al cartel, pero que lo supere. De lo anterior, es posible afirmar que en las ofertas existen otras opciones mal llamadas alternativas que también cumplen con el cartel. (Ver en ese mismo sentido oficio No. 10666 (DGCA-1125-99) del 20 de setiembre de 1999)...”. (R-DCA-174-2006 de las 9 horas del 27 de abril del 2006).

89. Recurso de apelación. Permiso de funcionamiento. Rellenos Sanitarios.
“Volviendo al caso concreto la apelante aduce que el Ministerio de Salud le concedió a la adjudicataria un permiso provisional de funcionamiento del Relleno Sanitario Los Mangos, el cual venció el 20 de abril de 2006, por lo que cuando se adjudicó la presente licitación el 24 de abril de 2006, ya tal permiso estaba vencido, y aún a la fecha la adjudicataria no ha presentado a la Municipalidad un nuevo permiso al respecto. Delimitado, lo anterior tenemos que el cartel estableció como fecha límite para recibir ofertas el 14 de marzo de 2006, y que los oferentes debían entregar copia certificada del permiso sanitario de funcionamiento vigente, para el transporte, recolección y/o

tratamiento y disposición final de los desechos sólidos (ver hecho probado 2). Ahora bien, la adjudicataria con su oferta presentó copia certificada de su permiso provisional sanitario de funcionamiento del Relleno Sanitario Los Mangos, con una vigencia de 6 meses del 20 de octubre de 2005 al 20 de abril de 2006 (ver hecho probado 3), lo que significa que tal permiso al día de la apertura de las ofertas (14 de marzo de 2006) se encontraba vigente (ver hechos probados 2 y 3); además la adjudicataria desde el 5 de abril de 2006 solicitó al Ministerio de Salud la renovación del permiso de marras (ver hecho probado 5).” (R-DCA-251-2006 de las 08:30 horas del 29 de mayo del 2006).

90. Recurso de Apelación. No existe subcontratación sino arrendamiento de bienes.

“Volviendo al caso concreto, tenemos que la apelante aduce con respecto a la **línea uno**, que la oferta del Consorcio adjudicatario debió de ser excluida, por cuanto los seis vehículos ofrecidos son propiedad de..., con quien firmaron un contrato de arrendamiento, lo que significa que se está produciendo una subcontratación del 100%, lo que dobla el máximo porcentaje permitido del 50%; además de que no es una prestación especializada, pues la misma... ha efectuado este servicio y no es una actividad subsidiaria sino es el objeto principal de la contratación para lo cual ha ofrecido. Agregan que el referido contrato de arrendamiento prevé la posibilidad de terminación anticipada, lo cual lo vuelve más riesgoso para la Administración. Sobre el particular, tenemos que efectivamente los seis vehículos ofrecidos por el Consorcio son propiedad de... No obstante, del contrato de arrendamiento de esos seis vehículos suscrito entre... y..., se desprende claramente que se alquilan durante las 24 horas del día de todos los días del año; que... no será responsable por los costos relativos al funcionamiento, manejo conducción, mantenimiento y reparación, incluyendo los gastos de combustibles, aceites, peajes, alimentación, viáticos, salarios de los choferes, impuestos, tasas, y cargas sociales; que... Como puede observarse,... no es una empresa subcontratada por el Consorcio para la recolección y transporte de los desechos sólidos, simplemente el Consorcio arrienda los seis vehículos para prestar ellos directamente el servicio de recolección y transporte de desechos sólidos. En otras palabras, si bien es cierto existe el contrato de arrendamiento de marras, éste se limita al alquiler de los vehículos para el transporte de los desechos sólidos, en tanto la contratación promovida por la Municipalidad de... no es un contrato de alquiler de maquinaria, sino que ese es un medio para la prestación de los servicios de recolección, transporte y disposición final de los desechos, por ende, el objeto de la presente licitación no es un arrendamiento de vehículos.” (R-DCA-272-2006 de las 12 horas del 7 de junio del 2006).

91. Recurso de Apelación. Relleno Sanitario La Uruca. Uso prioritario pero no excluyente de la Municipalidad de San José.

“La oferta de la adjudicataria de la línea dos Empresas..., debió de ser descalificada por cuanto ofreció el Relleno Sanitario Parque de Tecnología Ambiental..., el cual está autorizado únicamente para recibir desechos sólidos de la Municipalidad de San José, sea es de uso exclusivo de esa Municipalidad. Lo anterior no resulta ser cierto, en virtud de que el Ministerio de Ambiente ha determinado que el referido relleno sanitario podrá ser utilizado prioritariamente por la Municipalidad de San José, lo que implica que no es de uso exclusivo de ese Municipio, sea está autorizado para recibir desechos sólidos de otros Gobiernos Municipales. Es más, la propia Sala Constitucional ha manifestado que la recepción de desechos de otros cantones en ese Relleno Sanitario Uruca no lesiona el derecho al ambiente o la salud de los habitantes, además de que tal relleno sanitario tiene la capacidad necesaria para recibir, tratar y disponer no solo los desechos provenientes del cantón central de Alajuela, sino de otros Municipios, sin que ello afecte las proyecciones hechas para determinar su vida útil, ni que cause lesión alguna a la salud o al medio ambiente...” (R-DCA-272-2006 de las 12 horas del 7 de junio del 2006).

92. Recurso de apelación. Interposición íntegra en plazo y horario hábil.

“...en la especie la apelante hizo uso de un medio válido, el fax, para interponer su recurso, el último día del plazo legal (hecho probado 3) pero fuera del horario del Despacho (ver hecho probado 2). Conviene reiterar una vez más que el documento integral de impugnación debe ingresar en el horario del Despacho y en el plazo legal y presentarse el documento original en los tres días hábiles siguientes. De conformidad con lo anterior, procede el rechazo de plano del recurso” (R-DCA-368-2006 de las 9:00 horas del 24 de julio del 2006).

93. Recurso de apelación. Carga de la prueba. Subsanación.

“En ese sentido, ya hemos reiterado que la carga de la prueba la tiene el recurrente (véase en ese sentido la resolución RC-784-2002), por lo que a la hora de accionar vía recurso de apelación no basta con indicar que se cumple el pliego de condiciones sino que ello debe demostrarse, es decir, en la especie debió demostrarse contundentemente que el modelo MHS 100 era el prototipo del modelo ofrecido. Es por ello, que si bien la literatura técnica es subsanable, quien alegue que debió prevenirse debe traerla con su recurso, por cuanto no tendría ningún sentido anular el concurso para que luego se le pida la subsanación, pues para ello el inconforme tiene la oportunidad procesal de hacerlo cuando interpone el recurso, como parte de su deber de fundamentación (ver en ese sentido las resoluciones RC-616-2002 de las 9:00 horas del 26 de setiembre de 2002 y RC-54-2003 de las 10:00 horas del 28 de enero de 2003). Por lo anterior, procede declarar sin lugar el recurso en este extremo y, en consecuencia, la apelante continúa en esta sede siendo inelegible, restándole con ello la legitimación necesaria para resultar adjudicataria del concurso. Por lo demás, tampoco ha indicado la apelante que dichas pruebas no sean de la importancia que amerite su exclusión o bien, acreditando en qué consistían desvirtuara la trascendencia de ese incumplimiento para efectos de la verificación que hacía la Administración de aspectos técnicos de los productos ofrecidos. Por otro parte, no deja de lado este Despacho que, consta en el expediente de apelación una copia de un supuesto documento en idioma inglés (folio E5 del expediente de apelación), que hace referencia al modelo ofrecido y al modelo referido en las pruebas de ensayo aportadas por la apelante; sin embargo no consta traducción alguna y en todo caso dicha copia no se encuentra certificada o bien se aportó documento original con los trámites de ley, por lo que no se considera dicho documento a efectos de resolución”. (R-DCA-120-2006 de la 14:00 horas del 24 de marzo del 2006).

94. Recurso de apelación. Audiencia final es de carácter conclusivo.

“Por otro lado, no desconocemos que la apelante a la hora de atender la audiencia final ha esbozado argumentos en contra del estudio de costos realizado por la Administración y ha presentado un estudio técnico en aras de desvirtuarlo, así como señala que no se conocían los parámetros con antelación en el pliego de condiciones. Sobre el particular, debe indicarse que procedimentalmente no es viable su actuación, en la medida que la audiencia final es de carácter conclusivo y no es posible ampliar los argumentos que no fueron oportunamente desarrollados en el recurso de apelación, pues ello dejaría en indefensión al resto de las partes (en forma reciente puede verse la resolución R-DCA-148-2006). En el caso, es claro que a estas alturas no puede conferirse audiencia a las partes sobre el criterio técnico presentado, pero adicionalmente debe considerar la recurrente que el punto ni siquiera fue alegado en su recurso y, por ende, cualquier argumento adicional ya se encuentra precluido. En consecuencia, procede rechazar el recurso por carecer de legitimación prevista en el artículo 95.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa”. (R-DCA-182-2006 de 10:00 horas del 28 de abril del 2006).

95. Recurso de apelación. Audiencia inicial no otorgada a adjudicatarios. Aclaración.

“Valga aclarar en este tópico, que efectivamente al dictarse la Audiencia Inicial del recurso interpuesto por la Cooperativa..., se estimó no conceder audiencia a las referidas adjudicatarias, toda vez que en principio el acto de adjudicación no les ocasionaría ningún perjuicio. Lo anterior en virtud de que aun en el caso de prosperar la apelación referida —tal y como sucedió en el presente caso— el efecto que se produciría sería la eventual incorporación de un nuevo adjudicatario —sin descartar a ninguno de los actuales—, decisión que en todo caso le corresponde exclusivamente a la Administración licitante. A mayor abundamiento, tenemos que el pliego de condiciones definió como objeto del presente concurso la prestación del servicio de estiba, desestiba, carga y descarga de mercancías en las Terminales Portuarias de Limón y Moín mediante el otorgamiento de un máximo de ocho concesiones, lo que significa que los participantes conocían de antemano que se podían adjudicar hasta ocho concesiones, lo que aceptaron al presentar sus plicas, y ahora no se podría admitir un potencial perjuicio al aumentarse de siete a ocho los adjudicatarios, cuando esa era una regla cartelaria y fue aceptada por las partes”. (R-DCA-404-2006 de las 10:00 horas del 11 de agosto del 2006).

96. Recurso de Apelación. Permisos de funcionamiento. Rellenos Sanitarios.

“Delimitado lo anterior, tenemos que la Municipalidad de Palmares descalificó la oferta de la apelante, por cuanto el Permiso de Funcionamiento del Relleno Sanitario Regional Los Mangos se encontraba vencido al día de la apertura de las ofertas. (ver hecho probado 4). Con respecto a tal punto, una vez analizada la oferta y la

documentación aportada por la apelante, resulta claro que, efectivamente, el Permiso de Funcionamiento del Relleno Sanitario Regional Los Mangos no se encontraba vigente al día de la apertura de las ofertas (27 abril 2006), por cuanto ese permiso había vencido el 20 de abril de 2006 (ver hecho probado 3), y en nada incide el hecho de que en la oferta de la apelante se indicara y aportaran la solicitud de renovación del referido permiso presentada el 5 de abril de 2006 ante el Ministerio de Salud, es decir, lo que realmente interesa y resulta relevante, es que al día de la apertura de ofertas el permiso estaba vencido, y por tratarse de un requisito de admisibilidad fueron debidamente excluidos por parte de la Administración; por ende no es posible pretender que la oferta debió de haber sido admitida, en virtud de que se encontraba en trámite ante el Ministerio de Salud la renovación respectiva, por cuanto no existía ninguna certeza de que el permiso iba a ser renovado. En este aparte, resulta importante mencionar un caso reciente en donde se le achacaba a la ahora apelante que debía anularse su adjudicación, por cuanto el permiso de funcionamiento del Relleno Sanitario estaba vencido al día de la adjudicación, lo que no prosperó, toda vez que el permiso sí se encontraba vigente al día de apertura de ofertas, lo que significa que la oferta se hubiera tenido que descartar si a la fecha de apertura tal permiso de funcionamiento no hubiese estado vigente. (Ver R-DCA-251-2006 de las 8:30 horas del 29 de mayo de 2006). Por otra parte, alega la apelante que la oferta de la adjudicataria del renglón dos debió de ser descalificada, por cuanto el Relleno Sanitario La Carpio (Uruka) es de uso exclusivo para la Municipalidad de San José. Lo anterior no ha sido apreciado en la forma que indica la recurrente, en virtud de que la Municipalidad de San José lo que tiene es un uso prioritario pero no exclusivo de ese relleno, tal y como abordó en la resolución **R-DCA-272-2006** de las 12:00 horas del 7 de junio de 2006, en donde quedó acreditado que originalmente en la resolución R-149-2001-MINAE consignó expresamente que ese relleno sanitario será utilizado únicamente por la Municipalidad de San José, pero esa resolución fue modificada mediante la R-318-2005-MINAE, en el sentido de que el Relleno sería utilizado prioritariamente por la Municipalidad de San José. Alega la apelante que la R-318-2005-MINAE se encuentra impugnaba ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, mediante expediente judicial 06-000020-0163-CA, lo cual tampoco tiene una incidencia directa en este expediente. Asimismo, en nuestra resolución R-DCA-272-2006 se indicó que mediante resolución 2005-16035 (Expediente 05-04675-0007-CO), la Sala Constitucional no observó que la recepción de desechos de otros cantones en ese Relleno Sanitario Uruka lesione el derecho al ambiente o la salud de los habitantes por cuanto se desprende del Informe del SETENA, así como del MINAE, que tal relleno sanitario tiene la capacidad necesaria para recibir, tratar y disponer no solo los desechos provenientes del cantón central de Alajuela sino de otros Municipios, sin que ello afecte las proyecciones hechas para determinar su vida útil, ni que cause lesión alguna a la salud o al medio ambiente. Entonces, es viable concluir que la Municipalidad de San José tiene un uso prioritario, pero no exclusivo del Relleno Sanitario Uruka.” (**R-DCA-.396-2006 de las 8 horas del 8 de agosto del 2006**).

RECURSO DE OBJECCIÓN.

97. Recurso de objeción. Legitimación.

“En el caso que nos ocupa, aún cuando el señor Francisco Campos Monge sí señala cual es su interés directo para objetar, y concretiza sus alegatos en el recurso; no aporta ni con el recurso ni en forma posterior poder que lo acredite como representante de la sociedad que menciona como interesada en el concurso, y aún cuando manifiesta “...para presentar por mi medio este recurso, toda vez que tenemos un interés cierto y real de participar en el proceso licitatorio promovido”, no nos consta la existencia de la empresa, y si el señor Campos Monge tiene participación accionaria o representación legal de la misma; por lo tanto consideramos que no le asiste la legitimación necesaria para objetar el cartel de este negocio. Así reiteramos una vez más la posición de esta División... en el sentido de que la objeción al cartel no es un foro para defender intereses de terceros; por el contrario, el objetante debe alegar y demostrar el perjuicio preciso y concreto que le causa a él o una sociedad a quien se acredite que representa, una o unas determinadas cláusulas del cartel”. (**R-DAGJ-063-2006 de las 9:00 horas del 20 de enero del 2006**).

98. Recurso de objeción. Exigencia de pólizas de seguro.

“...lleva razón la Administración en que parte de la seriedad de los talleres es contar con pólizas, además es importante verificar con el Instituto Nacional de Seguros cuánto tiempo antes debió haber sido tomada una póliza de este tipo para que cubra el daño emergente, ya que algunas requieren de un tiempo previo, y en el caso

que nos ocupa, cuando se dé la adjudicación deberá estar no solo vigente sino exigible los beneficios de la póliza". (R-DCA-421-2006 de las 8:45 horas del 18 de agosto del 2006).

99. Recurso de objeción. Experiencia.

"En relación con esto y en cuanto al alegato de la objetante respecto a que debería valorarse la experiencia en la venta de servidores en general, y no necesariamente de la marca y modelo ofrecidos, consideramos que, para este caso particular, no lleva razón el objetante, ya que como bien lo dice la Administración, lo que interesa es saber precisamente la consolidación del equipo ofrecido. Además en el punto 6.1.1 del cartel, se está evaluando la experiencia general de la empresa en las líneas ofrecidas. Así puede el cartel conservar las disposiciones sin variación. No obstante, deberá valorar esa Administración, la conveniencia de solicitar una experiencia mínima, y a partir de esa, calificar los diferentes grados de experiencia de los oferentes. R-DCA-346-2006 de las 8:30 horas del 14 de julio de 2006.

100. Recurso de objeción. Pago.

"Lleva razón el recurrente en que las ofertas se pueden hacer en colones o en dólares, y el pago se hará en colones usando el cambio del momento efectivo de pago. Este momento efectivo de pago debe entenderse de acuerdo a lo estipulado en nuestra resolución R-DAGJ-264-2005". (R-DCA-206-2006 de las 9:30 horas del 10 de mayo del 2006).

101. Recurso de objeción. Servicios profesionales. Precio. Colegios profesionales.

"En principio, la fijación de tarifas está dada para tutelar un sano ejercicio profesional y en defensa de los usuarios de esos servicios profesionales, a fin de que no resulten excesivos para él o bien, no remunerativos y acordes con un sano decoro del profesional. Sin embargo, en una situación como la que nos enfrentamos, el usuario del servicio, una entidad pública que contrata en volumen, no se vería beneficiada por esa contratación en volumen, porque se indica que debe ser tratada por igual de quien contrata un examen, de modo que las economías de escala reales, registradas en función del volumen de exámenes, se traslada como ganancia real al particular contratado. Estima este Órgano Contralor que, una situación como la que tenemos bajo examen, no puede ser "encasillada" como una situación fáctica en plano de igualdad con la contratación que efectúe un ciudadano común con respecto a los servicios que preste un laboratorio privado. La tarifa, desde la óptica de una contratación de servicios de laboratorio a escala, sí constituye un tope máximo de remuneración, sujeto a que, en función de la cantidad de exámenes y, repetimos, de las economías de escala que puedan generarse, se compita por precio. Así, el volumen histórico de exámenes que encarga la institución, podría servir como marco de referencia para una sana competencia que, además, es real, puesto que el Instituto estaría estableciendo contrataciones con laboratorios que funcionan como empresas prestadoras de servicios las cuales, para cumplir con el ordenamiento, contratan a su vez profesionales del campo respectivo. En consecuencia, para esta Contraloría General visto el objeto contractual de la presente licitación pública, el precio se debe dejarse en competencia quedando como límite máximo a cobrar la tarifa fijada por el Colegio en relación con los particulares, tomando en cuenta el volumen de servicios de laboratorio clínico que se está contratando, como es el de toda el área metropolitana, razón por la cual, este Despacho discrepa de que el objeto contractual se adecue estrictamente a la situación de hecho que regulan las tarifas del Colegio Profesional respectivo, tarifas que, sin embargo, pueden ser el límite máximo que podría reconocer la institución. Lo anterior, desde una óptica de sana administración de los fondos públicos comprometidos en la contratación y con el deber de racionalizar su utilización, de manera que con sustento en lo previsto por el artículo 10 de la Ley General de la Administración Pública, se procede a declarar con lugar este extremo..." R-DAC-216-2006 de las 9:00 horas del 15 de mayo del 2006.

102. Recurso de objeción. Sistema de evaluación. Requisitos de admisibilidad no pueden ser ponderados.

"Ahora bien, el sistema de evaluación de este concurso está otorgando un porcentaje 25% a la garantía del producto, la cual está sujeta al análisis que realizará la Escuela de Química de la Universidad de Costa Rica, criterio técnico que también lo contempla el pliego de condiciones como requisito de admisibilidad, por lo que

se procede a declarar con lugar, para que la Administración licitante elimine del sistema de evaluación el puntaje de 25% y lo redistribuya porcentualmente en el resto de ítems a evaluar, especialmente en los que radica la mayor competencia de los potenciales interesados, toda vez, que la jurisprudencia reiterada de esta Contraloría ha manifestado que los requisitos de cumplimiento obligatorio no pueden ser puntuables por cuanto con ello no se agrega ningún valor en la selección de contratista más conveniente. Aquí se parte de que quien no pase un determinado análisis de calidad no es lógico correrle el sistema de evaluación pues ello podría conllevar el contrasentido de evaluar objeto dispares (ver resolución **RC-501-2001** de las trece horas del siete de setiembre del dos mil uno..." **R-DCA-296-2006 de las 8:30 horas del 19 de junio del 2006.**

103. Recurso de objeción. Extemporánea nota adicional. Se recurre algo no impugnado originariamente.
"El artículo 88.3 del Reglamento General... autoriza a esta Contraloría General a rechazar de plano aquellas gestiones que resulten improcedentes por el fondo o la forma. En este caso la llamada "*nota adicional al recurso de objeción*" que presenta la empresa...no viene a aclarar algún aspecto del recurso que planteara oportunamente el pasado 21 de setiembre, sino que se trata realmente de una objeción contra otro de los puntos del cartel..., el cual no fue objetado en el escrito que (sic) presentado el 21 de setiembre. Sin embargo,... estos reparos a ese punto del cartel debieron ser objetados mediante la vía prevista en el ordenamiento jurídico, sea, incluyéndolos en el recurso de objeción que fuera presentado en tiempo...". (**R-DCA-525-2006 de las 10:15 horas del 9 de octubre del 2006**).

104. Recurso de objeción. Factor precio debe ser trascendente.
"... se recomienda a la entidad que brinde una mayor trascendencia al factor precio, disponiendo como cláusulas de cumplimiento obligatorio factores que aporten en realidad poco valor agregado, como resulta ser la garantía y el plazo de entrega, aspectos ambos que unidos al rubro eliminado podrán engrosar el factor precio. Visto que la garantía que se solicita es de 100.000 kilómetros o 36 meses *como máximo* este Despacho reitera que con ello no se agrega valor, puesto que, como hemos indicado, los márgenes que el mercado otorga a los consumidores de vehículos, incluida la Administración Pública, oscila como promedio en esos rangos, de manera que bien puede requerirse como cláusula de admisibilidad y disponer ese puntaje para rubros donde sí hay valor agregado. De la misma forma, el plazo de entrega puede ser dispuesto, tanto en consideración a la cantidad de unidades –que en este caso concreto no es cantidad muy modesta- así como en función de los trámites de exoneración a cargo de la Administración (si procediera), que obviamente no se cargan al plazo cotizado. De modo que el plazo de entrega vista la cantidad de vehículos licitados puede ser dispuesta en forma obligatoria. Además tome nota la Administración que no es procedente partir de una puntuación de "0 a 15 días naturales" por cuanto el cero no implica plazo alguno, por ende, de acuerdo con nuestra jurisprudencia sería irreal, lo cual es un contrasentido, a fin de que se disponga un plazo base distinto, en aquellos casos en que decidan, por motivos calificados, puntuar el plazo de entrega..." **R-DCA-299-2006 las 10:00 horas del 19 de junio del 2006.**

105. Recurso de objeción. No se puede puntuar el solicitar un solo taller, es requisito de admisibilidad.
"... Donde sí es inconsistente el sistema es con la premiación de puntos para quien disponga de **un taller** autorizado por el fabricante, por cuanto ese es un requisito mínimo y, por ende, de admisibilidad de la propuesta. Ahora bien, de acuerdo con nuestra jurisprudencia reiterada, la puntuación de un requisito de admisibilidad es un contrasentido, puesto que la admisibilidad determina elementos sin los cuales la propuesta no se considera *elegible*, de manera que una empresa sin un taller acreditado por el fabricante, ni siquiera podría ser considerada dentro del elenco de ofertas que pasan a ser calificadas. Por eso, no puede figurar en el sistema de evaluación pues si se mantuviera esa situación alguna empresa sin taller acreditado por el fabricante tendría únicamente la pérdida de puntaje previsto al efecto. Por ese motivo, ponderar con ocho puntos **un taller**, es improcedente y debe removerse del sistema propuesto y sumarse a un factor trascendente, débilmente ponderado como es el precio, en función que los recursos públicos siempre son escasos y que por la vía de un cartel con requisitos de admisibilidad robustos (tales como adecuado taller, buenas referencias sobre servicio, repuestos, adecuada garantía), no hay que temer a ponderar en forma justa un factor muy trascendente como resulta ser el precio, pues ello determina en gran medida la competencia –entre iguales-. En otro orden, es importante *sugerir* a la entidad que si le interesa puntuar otros talleres, indique las localidades donde resulta de su particular necesidad que esos talleres se ubique, pues ciertamente, disponer de más talleres de agencia, certificados por el fabricante,

ciertamente sí resulta un componente que podría agregar valor en la selección de la *oferta más conveniente* y así se ha indicado recientemente en nuestra resolución R-DCA-301-2006 de las 8:00 horas del 20 de junio de 2006. En lo que interesa, se indicó: “este Despacho considera que debe mantenerse la posición de que es *requisito obligatorio* la existencia de *un taller autorizado por el fabricante*, mientras que una mayor cantidad de talleres es un aspecto que agrega valor, por las razones válidas que ha dado la entidad licitante y, en consecuencia, puede incorporarse al sistema de evaluación razonablemente ponderado. Es por ello que, se **declara con lugar** el recurso en este extremo y en consecuencia deberá requerirse como admisibilidad la existencia de un taller en el área metropolitana, la ponderación de talleres adicionales podrá incorporarse en el sistema de evaluación. Conviene agregar, que en el caso de otros recurrentes se ha solicitado considerar la posibilidad de los coches taller, sobre los cuales el Instituto ha realizado una serie de cuestionamientos, sobretodo en materia de prestación similar de servicios, por ejemplo ante la ausencia de puentes levadizos, por lo que la decisión de aceptarlos es un asunto discrecional del Instituto y en todo caso, es necesario acreditar que no hay detrimento del servicio entre una y otra opción; sobre las cuales sobra decir que ambos casos deben ser talleres avalados por el fabricante y no simplemente por el representante local.” En consecuencia, se declara sin lugar el recurso, debiendo la entidad efectuar el ajuste indicado en cuanto al factor obligatorio que se encuentra incluido en el sistema de evaluación...”. **R-DCA-316-2006 de las 8:00 horas del 28 de junio del 2006.**

106. Recurso de objeción. Plazo para objetar. Conteo del plazo cuando el último día es inhábil.

“... Finalmente, en razón de que en su escrito el objetante manifiesta que su recurso se presentó dentro del plazo de ley, consideramos necesario reiterar que ello no es así, ya que como quedó expuesto, el plazo para objetar el cartel venció el 18 de abril del 2006 y el recurso fue presentado hasta el 21 de abril del 2006, sea tres días después del plazo con que contaba para ello. Si bien podemos suponer que el error del recurrente en el cálculo del plazo para objetar se debe a que sí contabilizó los días 10, 11 y 12 de abril para efectos del plazo para presentar ofertas (en razón de que la Administración laboró esos días) pero no contabilizó dichos días para efectos del plazo para objetar (en razón de que esta Contraloría General cerró sus oficinas esos días). Tal forma de cálculo resulta equívoca ya que los días 10, 11 y 12 de abril fueron contabilizados para efectos del plazo para presentar ofertas y, por lo tanto, también deben tomarse en cuenta para efectos de determinar el plazo para objetar, y sólo en el caso en que el último día del plazo para objetar coincida con un día en que esta Contraloría General tenga cerradas las oficinas al público, se entiende que dicho plazo para objetar se extiende hasta las 16:00 horas del día hábil inmediato siguiente, supuesto que –en todo caso- no aplica a la situación bajo análisis, pues sobradamente se superó el plazo para recurrir por esta vía.” **(R-DCA-181-2006 de las 9:30 horas del 28 de abril del 2006).**

107. Recurso de objeción. Respaldo técnico del fabricante. Procede en casos excepcionales.

“En el presente caso la objetante señala que el cartel limita su participación al requerir que se presente con su oferta documento extendido por la casa fabricante de la planta eléctrica donde se demuestre que la empresa se encuentra autorizada para ofrecer los productos, repuestos y accesorios, y puede brindar el respaldo técnico de reparaciones y mantenimiento. Alega que solo una empresa podría cumplir con este requerimiento y que tiene experiencia en la prestación del servicio de mantenimiento adquiriendo repuestos en el libre mercado. No obstante la objetante no fundamenta el recurso adecuadamente ya que no indica en concreto como ha sido su experiencia en la obtención de repuestos para este equipo y adicionalmente ofrece presentar copia de los contratos si se le requiere lo cual no es procedente ya que la prueba debe presentarse en el momento procesal oportuno que justamente es con la presentación del recurso. Ahora bien, si bien este Despacho en anteriores oportunidades ha señalado que no se justifica exigir respaldo directo del fabricante cuando técnicamente ello no se justifica (Ver resolución RC-364-2000), en el presente caso, en razón de las funciones de la Administración y de las consecuencias de la paralización o falla de la planta que señala la Administración hacen que resulte razonable que ésta pretenda asegurarse el contar oportuna y preferencialmente con repuestos originales, así como personal calificado específicamente en la marca y por ello, no considera este Despacho que se lesione en forma injustificada la libre participación máxime que como dijimos atrás la objetante no fundamenta adecuadamente su recurso y por ello procede declarar sin lugar el mismo. Debe tomarse en cuenta que en este caso particular, la naturaleza del objeto contractual justifica adoptar medidas que garanticen adecuadamente la seguridad de contar con el respaldo en repuestos y personal calificado, lo cual justifica la adopción de medidas excepcionales que en otros casos no se justificaría”. **(R-DCA-432-2006 de las 9:00 horas del 28 de agosto del 2006).**

108. Recurso de objeción. No aplica en procedimientos de emergencia.

“Teniendo claras las anteriores precisiones, debemos indicar que en condiciones de emergencia nacional se busca preservar la vida y la integridad física de las personas de una determinada ubicación geográfica o bien de todo el país; razones por las cuales la Ley 8488 estableció un régimen de excepción comprensivo de toda la actividad administrativa necesaria para resolver las imperiosas necesidades de las personas y proteger los bienes, cuando exista, inequívocamente, el nexo exigido de causalidad entre el suceso provocador del estado de emergencia y los daños provocados en efecto (artículo 32). Sobre este régimen ha indicado la Procuraduría General de la República que: (...) (Opinión Jurídica OJ-20-2005 de 3 de febrero de 2005. Asimismo, sobre los alcances del régimen de excepción se puede ver también el dictamen C-189-2001 de 2 de julio de 2001). Así entonces, siempre y cuando medie una declaratoria de emergencia (que se emite vía decreto ejecutivo), la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias está exenta de seguir los procedimientos ordinarios de contratación administrativa en atención a las circunstancias que pretenden paliar esas contrataciones, sobre lo cual esta Contraloría General ha dado soluciones similares también al caso del artículo 80 de la Ley de Contratación Administrativa, cuando se ha indicado que no les aplican los recursos de objeción ni apelación dadas esas condiciones excepcionales (ver oficio 2623 del 4 de marzo de 2005). En el caso, no existe duda que este proyecto se enmarca dentro de las fases de la declaratoria de emergencia en la zona de Guanacaste según lo dispuesto en los decretos vigentes, por lo que este concurso a su vez, se enmarca dentro del ámbito de excepción ya mencionado, por lo que no es procedente interponer el recurso de objeción que se conoce y en consecuencia procede rechazar de plano el recurso por esa razón”. (R-DCA-135-2006 de las 12:00 horas del 3 de abril del 2006).

109. Recurso de objeción. Legitimación. Giro comercial.

“Como se puede apreciar, la normativa que regula la materia de contratación administrativa es clara al distinguir que dicha acreditación viene a constituirse en una exigencia de admisibilidad del recurso de objeción ante esta Contraloría General. En el caso particular, la objetante señala que su giro comercial es la fabricación de productos para alcantarillado sanitario, aspecto que no determina, por ese solo hecho, su interés legítimo en el presente concurso toda vez que el objeto de la contratación es la *construcción de un alcantarillado sanitario* y la tubería que fabrica la recurrente es sólo uno de los componentes a utilizar en la obra. Es claro que la objetante no se dedica al ramo de la construcción, por lo menos así no ha quedado demostrado en su impugnación, con lo cual es evidente que la actividad de la recurrente, en el ramo de la fabricación de tubería, no le confiere el carácter de potencial oferente para este concurso. Admitir el presente recurso sería desnaturalizar la figura de la legitimación al permitirse que cualquier fabricante de un material o equipo que vaya a ser utilizado o incorporado en un objeto más complejo, como una obra pública, pueda venir a cuestionar los requerimientos de un cartel al considerar que se le limita indirectamente su participación. No obstante lo indicado, se solicita a la entidad que, revise lo resuelto por la Junta Directiva de ese Instituto, en su sesión ordinaria 2000-082 del 18 de octubre de 2000, acuerdo 2000-293, por si ello tuviera incidencia en un cartel como el presente en cuanto al tipo de materiales que se solicitan en la obra en cuestión. Así las cosas, procede el rechazo de plano del recurso” (R-DCA-406-2006 de las 09:00 horas del 14 de agosto del 2006).

110. Recurso de objeción. Modificaciones sustanciales y sistema de evaluación.

“De una lectura del texto de la modificación en cuestión, debemos señalar que según revisión que se hiciera con profesionales de la Unidad de Sistemas y Tecnologías de Información de esta Contraloría General, en los aspectos de carácter técnico no existe una alteración importante del objeto contractual conforme establece el artículo 47.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa. No obstante, es claro también para este órgano contralor que la modificación no versa únicamente sobre aspectos técnicos sino que justamente, la modificación se refiere también a la variación del sistema de evaluación, que es precisamente lo objetado. En ese sentido, una lectura inicial del artículo 47 del Reglamento General de Contratación Administrativa, nos llevaría a considerar que una variación del sistema de evaluación no necesariamente implica una alteración sustancial del objeto licitado. En el presente caso, habría que valorar si acorde con los principios de libre concurrencia y eficiencia, la variación es de tal magnitud que altera las condiciones del concurso mismo, siendo que aunque en estricto sentido no limite la participación, por ser aspecto evaluable, sí afecte las resultas mismas del concurso. En ese sentido, el tema sujeto a discusión es cómo la modificación de los puntos B.2. y B.3. podría cambiar las posibilidades efectivas de resultar adjudicatario y comporten un ejercicio discrecional extralimitado, lo cual debe probarse en

cada caso. La Administración fijó la apertura para el 9 de agosto y luego se amplió al 18 de agosto, con lo cual apenas se contaban con 17 días de los 20 hábiles que deberían haberse conferido; sin embargo, dados los plazos que se amplían para efectos de la resolución de este recurso, no se encuentra tampoco que no se haya cumplido con el mínimo reglamentario, pues a fin de cuentas la apertura no podría realizarse sino hasta que no se encuentre resuelto este asunto, por lo que sin mayores problemas se alcanzarían los 20 días necesarios, sea el 23 de agosto. En todo caso y a los efectos del concurso, no existe tampoco lesión alguna a la libre concurrencia o las posibilidades de impugnación de potenciales oferentes, puesto que se han ejercido los recursos de objeción y solicitudes de aclaración en sede administrativa, visto que siendo una modificación el tercio del plazo vencía el 3 agosto, fecha en la que se presentó el recurso". (R-DCA-416-2006 de las 8:15 horas del 16 de agosto del 2006).

111. Recurso de objeción. Contrato de servicios. Días feriados, asuetos o feriados.

"Sobre el particular, es lo propio razonar que la presente licitación tiene como objeto contratar una empresa cuyo giro comercial sea la prestación de servicios de limpieza, para lo cual ésta, de conformidad con su estructura organizativa, tendrá como contraparte contractual proporcionar dichos servicios en la forma en que se le pidan y por un precio pactado. Ese precio, debe conformarse tomando en cuenta el personal que se utilizará, los utensilios y demás menesteres necesarios para brindarlo, de la mejor forma posible. De esa manera los empleados que efectuarán las labores de limpieza tendrá, de frente a la empresa que los contrata, una relación laboral; y de frente al cliente, una relación de servicio, por lo que todas las obligaciones obrero-patronales que puedan darse recaen sobre la empresa oferente, pero nunca sobre la Administración que contrata un servicio como sucede en la especie. Por otro lado, la situación que regula el cartel de la licitación es para aquellos días en que, por razones de vacaciones, asuetos o feriados, la Administración no labora y, por ende, no abre sus instalaciones, lo cual hace innecesaria la prestación de los servicios de limpieza que, por tratarse precisamente de la contratación de un servicio, la Administración no está en la obligación de cubrir el costo por la no prestación en dichos días, puesto que no los estaría utilizando y es por eso que el contratista o empresa debe considerar esas situaciones al momento de confeccionar su oferta y es por esa misma razón que el cartel debería anunciar en qué períodos planea conferir vacaciones de las denominadas colectivas, quedando a salvo situaciones totalmente imprevisibles que el cartel debe regular cómo serán tratadas, de tal forma que el contratista pueda dirigir su personal a otras labores o lugares cuando esos días feriados o asuetos se presenten o concederle igualmente las vacaciones de ley. Los feriados están establecidos en la legislación laboral, de modo que no resulta necesario que el cartel haga reserva expresa de esa situación. De conformidad con lo señalado, se declara con lugar el extremo objetado, a fin de que la Administración defina las posibles fechas de cierre de sus instalaciones por razones de vacaciones de los funcionarios de la Administración, a fin de que el contratista tome las previsiones del caso." (R-DCA-450-2006 de las 08:45 horas del 4 de setiembre del 2006).

112. Recurso de objeción. Falta de competencia.

"...el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa dispone... Dado que el recurso que nos ocupa fue interpuesto por la firma...ante un cartel para "Registro de Elegibles", ésta Contraloría no tiene competencia para conocer el recurso de marras". (R-DCA-446-2006 de las 8:15 horas del 1° de setiembre del 2006).

REAJUSTE DE PRECIOS.

113. Reajuste de precios. Improcedencia. Cotizaciones en dólares.

"En cuanto a la cláusula de reajuste de precio que incluye una fórmula matemática para ese efecto, la misma es improcedente en virtud de que el contratista tendría derecho a revisión del precio por este método, únicamente si su cotización original hubiese sido en colones costarricenses. Lo anterior no significa que el contratista mediante otro mecanismo pueda obtener el reajuste de su precio en dólares, puesto que precisamente bajo este tipo de moneda se permite que el contratista al recibir su pago (cuando es convertido en colones) su precio automáticamente sea modificado, al momento que se produzcan variaciones en el tipo de cambio de referencia del colón con respecto al dólar (véase oficio 9250/2001)". (Oficio 1897 -DCA-0132-, del 9 de febrero del 2006).

114. Reajuste de precios. Método sintético alterno. Derogación.

“...el método sintético alterno se encuentra derogado, razón por la cual la metodología aplicable para reajuste de precio en la presente contratación será la indicada en el punto 8-2) del cartel”. (Oficio 4203 -DCA-0697- del 22 de marzo del 2006).

115. Reajuste de precios. Condiciones.

“Se condiciona la aplicación de la fórmula matemática de reajuste de precios contenida en la cláusula tercera al cumplimiento de los siguientes aspectos: / a) Que los reajustes de precios sean calculados sobre estimaciones de avance de obra mensuales, cuya fecha de corte sea el último día hábil de cada mes calendario. / b) Que los renglones de imprevistos y utilidad no son reajustables. / c) Que los reajustes de precios sean reconocidos en concordancia con el Programa de Trabajo de la obra vigente, elaborado por el método del Camino o Ruta Crítica. / d) En el caso en que el Contratista se retrase en la ejecución de una o varias actividades constructivas por causas no imputables a la Administración, el reconocimiento de los reajustes deberá hacerse utilizando el índice correspondiente al mes que el Contratista indicó en su Programa de Trabajo que realizaría dicha actividad. / f) En el caso en que el Contratista realice determinada actividad antes de la fecha establecida en su Programa de Trabajo, se deberá reajustar el costo de esa actividad con el índice del mes de la actividad realizada y no con el índice del mes en que la actividad estaba programada efectuarse. / e) Para aquéllas actividades constructivas a realizarse en el transcurso de dos o más meses calendario, el contratista deberá indicar en su programa de trabajo, el porcentaje o la suma de dinero que realizará por cada mes y por cada actividad de construcción”. (Oficio 06124 de 16 de mayo del 2006).

REFRENDO.

116. Refrendo. Actividad ordinaria.

“La “actividad ordinaria”, ha sido definida por esta Contraloría General en los siguientes términos: “ (...) Es relevante efectuar una diferenciación entre la actividad contractual administrativa en la que se conviene el otorgamiento de un servicio público prestado directamente frente a los usuarios, como prestación última y los medios que utiliza la administración con el objeto de brindar dichos servicios. / Con respecto a los primeros constituyen lo que se ha conceptualizado como actividad ordinaria, y por tanto excluida no sólo de los procedimientos ordinarios de concurso sino también del refrendo contralor, al tenor de lo dispuesto por los artículos 2 de la ley de Contratación Administrativa y numeral segundo del Reglamento Sobre Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”. (...) Es distinto la actividad ordinaria de un órgano u ente, de los medios que se emplean para su alcance”. (Oficio No. 01405 -DI-AA-0272- del 31 de enero del 2006).

117. Refrendo. Actividad ordinaria. Venta de bienes transferidos a un banco en pago de obligaciones.

“Tal y como hemos mencionado en otras ocasiones, tanto la Ley de Contratación Administrativa como el Reglamento sobre el Refrendo consideran como una situación excepcional las contrataciones que de conformidad con la ley constituyen actividad ordinaria de un órgano o un ente; eximiéndolas de una serie de trámites que involucran tanto la etapa procedimental como la misma gestión de refrendo. / Esta situación especial se presenta en aras de la mejor satisfacción del interés público y en la búsqueda de la mejor prestación de servicios a los usuarios habituales de una entidad, pero debe tenerse presente en todo momento que la concepción de “actividad ordinaria” contemplada en las normas de cita se encuentra enmarcada dentro de la actividad contractual únicamente. / En este sentido la Sala Constitucional en el Voto No. 6754-98 ha sido enfática al sostener que el concepto de actividad ordinaria: / “... no comprende la actividad propia que desempeña cada institución u oficina pública, entendida como los medios necesarios para el cumplimiento de los fines legales asignados a cada institución y oficina pública, ni de su funcionamiento, en tanto todas y cada una tiene encomendados fines específicos, por cuanto esto implicaría hacer nugatorio el régimen de la contratación administrativa ...” (El subrayado es nuestro). / En este orden de ideas, si bien podría pensarse que los bancos podrían hacer negocios como el que nos ocupa – que como se indicó no es objeto de análisis en este pronunciamiento- y que en efecto nos encontramos ante una actividad bancaria; es necesario determinar si tal actividad se configura como una excepción a al trámite de refrendo por parte de esta Contraloría General. / Del estudio de la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda no encontramos disposición alguna que nos enmarque la venta de la

cartera hipotecaria como una gestión que constituya “actividad ordinaria” del ente. No obstante, si se toma en consideración que el numeral 165 de dicha Ley establece que en lo no previsto en la misma o sus reglamentos el Banco se registrará por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, resulta imperativo determinar si en ese otro cuerpo normativo existe alguna regulación relacionada con la naturaleza de la venta de bienes o valores transferidos al banco en pago de obligaciones pecuniarias. / Al analizar la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, encontramos en el numeral 72 una clara referencia a la naturaleza de la venta de bienes y valores trasladados a la entidad bancaria en pago de alguna operación crediticia a su favor. Señala la norma: / “Artículo 72. / Los bienes y valores que fueren transferidos a un banco en pago de obligaciones a su favor, o que le fueren adjudicados en remates judiciales, deberán ser vendidos dentro de un plazo máximo de dos años, contado desde el día de su adquisición. Dicho plazo podrá ser ampliado por el Superintendente General de Entidades Financieras por períodos iguales, a solicitud del banco respectivo. En este caso, la Superintendencia podrá disponer la creación de una reserva hasta por el ciento por ciento (100%) del valor del bien. La venta de esos bienes podrá efectuarse con fundamento en avalúos de peritos de la misma institución bancaria, debiendo considerarse dicha venta como parte de la actividad ordinaria del ente. / Las ventas de bienes y valores que hicieren los bancos, estarán sujetas a las limitaciones que establece el artículo 1068 del Código Civil.”(El destacado no es del original) / Tal y como se desprende claramente de esa norma, la venta de bienes y valores transferidos en pago de obligaciones a favor del Banco deben considerarse como parte de la actividad ordinaria del ente, por lo que en nuestro criterio, si se estimara que la venta de la cartera hipotecaria a que alude su oficio resulta de naturaleza similar a la que contiene el numeral 72 de previa cita – aspecto que le corresponderá determinar con propiedad a ese Banco-, es del criterio que esos negocios no requieren del refrendo contralor y corresponde más bien a la propia Administración determinar la legalidad de toda la operación bancaria que enmarca la venta de dicha cartera hipotecaria”.(Oficio 00124 -DI-AA-0036- de 31 de enero del 2006).

118. Refrendo. Addenda. Modificación sustancial.

“Una vez estudiados los respectivos expedientes, nos encontramos con que dada la naturaleza de éstos, no requieren cumplir con el trámite (sic) del refrendo contralor, ello por cuanto a criterio de este órgano Contralor no se están materializando modificaciones esenciales a los elementos de las contrataciones... A mayor abundamiento, el objeto de estas addenda es modificar la cláusula segunda de los contratos en mención con el objeto de indicarse que la vigencia del contrato es por un año prorrogable por cuatro periodos iguales. Así las cosas, los presentes addenda pretenden incorporar en la contratación un elemento que ya estaba previsto en el cartel y que a la hora de incorporarse en el contrato se hizo en forma distinta, por ende, ello no implica ninguna variación a los elementos esenciales del contrato...”. (Oficio 4027 -DCA-0639- del 21 de marzo del 2006).

119. Refrendo. Ámbito de aplicación. Compromiso fondos públicos.

“El artículo primero del Reglamento sobre el Refrendo... establece que requerirán del refrendo contralor, aquellas contrataciones o convenios administrativos en el tanto comprometan fondos públicos. / En ese sentido, si la Administración suscribe un convenio o contrato pero éste, por sí mismo no implica erogación alguna para la entidad pública, no requerirá de la aprobación de esta Contraloría General. / En el caso en estudio, la Asociación Cívica... pretende efectuar una donación a la Municipalidad producto de las fiestas cívicas que se realizan a principios de año. Así las cosas, y en vista que el presente convenio no implica una erogación de recursos públicos, se devuelve sin trámite alguno este documento, quedando el mismo bajo la exclusiva responsabilidad de la corporación municipal.”(Oficio 00994 -DI-AA-0175- del 23 de enero del 2006).

120. Refrendo. Bienes públicos. Permiso de uso gratuito.

“Tal y como se desprende de lo transcrito, el artículo 154 de la Ley General de Administración Pública figura como sustento del permiso de uso en precario únicamente para bienes de dominio público y no precisamente para aquellos bienes de naturaleza patrimonial de las entidades públicas –como pareciera ocurrir en el caso que nos ocupa-. Lo anterior no significa que las partes no puedan recurrir a otras normas jurídicas que fundamenten el permiso gratuito que se pretende mediante el convenio de marras, ya sea del ordenamiento jurídico administrativo, o bien que de no encontrarse norma que encuadre en éste, se pueda emplear instrumentalmente las figuras contractuales existentes en el derecho civil -conforme lo posibilita el artículo 3 de la Ley de Contratación administrativa-, con el inevitable ajuste de éstas al derecho público”. (Oficio 3830/2006).

121. Refrendo. Concepto.

“El trámite de refrendo es una obligación establecida en la Constitución Política, reconocida en su artículo 184 como una de las competencias otorgadas a la Contraloría General, en su carácter de ente fiscalizador de la Hacienda Pública. El refrendo constituye un requisito de eficacia jurídica, lo que implica que hasta que no se cumpla con dicho trámite, los contratos suscritos por la Administración Pública se ven imposibilitados jurídicamente de surtir efectos jurídicos y por lo tanto, no pueden ejecutarse”. (Oficio No. 01405 -DI-AA-0272- del 31 de enero del 2006).

122. Refrendo. Concepto. Fondos públicos.

“...el concepto “fondos públicos” a que alude el artículo 1 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, debe entenderse acorde con el artículo 9 de nuestra Ley Orgánica, en tanto fondos públicos son los recursos económicos, materiales, derechos y otros con que cuenta la Administración Pública, de modo que no se limita a aspectos eminentemente monetarios. Asimismo, no debe perderse de vista que la “pretendida” construcción recae en un bien público -no propiedad de la Fundación-, de ahí que sea impropio argumentar como aporte únicamente el monto que implique la construcción.” (Oficio 2937 -DCA-0346- del 27 de febrero del 2006).

123. Refrendo. Contratación directa. Debe haber resolución motivada.

“... no aparece en el expediente que contara con el refrendo contralor. Si así fuera, estaríamos en presencia de un addendum a dicho contrato, del cual no podría ser sometido a refrendo si la principal no lo obtuvo y en todo caso, si fue ya ejecutado, como en la especie pareciera ser el caso. / Pareciera que se refiere a una contratación directa relacionada ya que en el acto de adjudicación nunca se hizo referencia al mantenimiento operativo de dicho equipo. En estos casos resulta imprescindible que la Administración contratante demuestre de forma fehaciente, que existen hechos concretos y circunstancias muy calificadas, en las que resulta imposible para el ente contratante convocar a licitación pública, bajo sería amenaza de lesionar el interés público perseguido. / La necesidad de aportar elementos fácticos que refuercen la resolución mediante la cual se justifica la contratación en forma directa, proviene del principio que establece que dicho procedimiento no implica la posibilidad de que la Administración negocie de cualquier manera y hasta en forma arbitraria, sino que toda su actuación debe de ajustarse y respetar los criterios generales que delimiten la validez de su proceder... De esta forma, la causal de excepción que se invoque debe encontrarse debidamente fundada, dejando al mismo tiempo constancia de ello en el expediente administrativo que se levanta..., todo lo cual no sucedió en la especie.” (Oficio 01972 -DCA-0152-, del 17 de febrero del 2006).

Sobre este tema, la anterior Unidad señaló:

Contratación directa. Debe existir resolución motivada.

“(…) En este sentido, se le indicó que si la Administración pretende contratar con base en dicha excepción, la motivación del acto implica que deben comprobarse exhaustivamente cada una de las circunstancias apuntadas, y que tales circunstancias deben constar en una resolución debidamente motivada, tal y como lo exige el artículo 75.3 del citado Reglamento (vid. página 2 del oficio). / La citada norma dispone expresamente que en todo caso en que la Administración decida prescindir de los procedimientos ordinarios de contratación, se debe dictar una resolución debidamente motivada y se debe dejar constancia expresa en el expediente de todas las actuaciones que se realicen. / Tal requisito implica -entre otras cosas- que en la resolución administrativa que sustenta la contratación, deben indicarse tanto los fundamentos de hecho como de derecho que justifiquen el proceder de la Administración con respecto a la exclusión de los procedimientos ordinarios exigidos por ley, y asimismo compruebe las condiciones especiales que demuestren la aplicación de la causal alegada”. (Oficio 02367 del 6 de marzo del 2001).

124. Refrendo. Contrato. Inscripción. Cámara Costarricense de la Construcción.

“...en relación con el punto 30-0) del cartel, debe tenerse presente que conforme al voto de la Sala Constitucional No. 6432-98, actualmente no es obligatoria la inscripción del contrato ante la Cámara Costarricense de la Construcción...”. (Oficio 4203 -DCA-0697- del 22 de marzo del 2006).

125. Refrendo. Convenios de cooperación. Impedimento de lucrar.

“Sobre el particular preocupa a esta Contraloría General cómo se realizará el manejo de dichos recursos, ya que no se señalan los mecanismos de control y fiscalización a fondos derivados de la participación de una entidad pública. / En ese sentido, no debe perderse de vista que en convenios de esta naturaleza debe existir un beneficio común y un equilibrio de prestaciones, razón por la cual el Centro Agrícola se encontraría impedido de lucrar a costa de los compromisos derivados de este acuerdo”. (Oficio 519 -DI-AA-118- del 27 de enero del 2006).

126. Refrendo. Cláusula Penal. Cobro. Reajustes.

“En relación con el eventual cobro que se haga de la cláusula penal, conviene señalar que se entiende como “monto total contratado” aquél establecido en la Oferta y consignado en el respectivo Contrato, no así los eventuales reajustes que se realicen al mismo durante la ejecución contractual. / Lo anterior, considerando la naturaleza jurídica de la figura de la cláusula penal, la cual “está referida a asegurar la observancia estricta del plazo del contrato”. / De reconocer el monto contratado y sus reajustes como monto base para estimar la cláusula penal, se estaría de forma tácita reconociendo la posibilidad de incumplir durante una mayor cantidad de días, situación que evidentemente resulta contraria a la satisfacción del interés público que se persigue”. (Oficio No. 01777 -DCA-0089- del 07 de febrero del 2006).

127. Refrendo. Exclusión de ciertos contratos por adhesión.

“Siendo así las cosas, es de considerar que por las condiciones tan peculiares que se citaron anteriormente, tales tipos de contratos no están sujetos a trámite de refrendo por las siguientes razones: / La Administración se encuentra contratando en su esfera privada, fuera de la aplicación de los procedimientos de contratación pública ordinarios. / El sometimiento a refrendo de este tipo de contratos –contratos de adhesión con la misma cláusula para todos los usuarios-, podría implicar una intervención indirecta de la Contraloría General, en el ejercicio regulatoria de las entidades prestatarias del servicio y eventualmente, en los servicios regulados, un traslapé de competencias con respecto a otras instituciones fiscalizadoras especializadas... /

No estará de más indicar, que subsisten las razones de “frecuencia, tráfico y dinamismo” retomadas por el Tribunal Constitucional para aquellos casos de exclusión para la actividad ordinaria, tanto para la Administración prestadora del servicio como para la usuaria...”. (Oficio 2942 -DCA-0352- del 14 de marzo del 2006).

128. Refrendo. Forma de pago. Moneda ofertada debe prevalecer en el contrato.

“De conformidad con la oferta el contratista cotizó el precio de los servicios en dólares estadounidenses, tipo de moneda que es consecuente con el consignado en el acto de adjudicación. No obstante, en el documento contractual se establece el pago en colones, variándose de esta manera las condiciones originales de la oferta y de la adjudicación en contraposición de lo establecido por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, en tanto una vez recibida la plica, el oferente y la Administración licitante se encuentran imposibilitados legalmente para variar aspectos esenciales de la misma, siendo aceptable la conversión del precio únicamente para efectos comparativos. En tal sentido, el contrato debe en todo momento ajustarse a la moneda ofrecida por el contratista en su propuesta (véase oficios 902/2004, 313/2005 y 13675/2005)”. (Oficio 1897 -DCA-0132- del 9 de febrero del 2006).

129. Refrendo. Garantía de cumplimiento. Certificados de depósito a plazo.

“En cuanto a la vigencia de las garantías de participación ha (sic) tenerse presente que al tratarse de certificados de depósito a plazo no debe confundirse la vigencia y exigibilidad de cobro del título –momento en el cual se constituye en dinero efectivo-, con la vigencia de dicha garantía para efectos licitatorios (véase al respecto la resolución RC-712-2002). Sobre ese particular, el artículo 37 inciso 9) del Reglamento General de Contratación Administrativa, dispone (sic) que en los casos en que el oferente omite indicar el plazo de vigencia de su garantía,

rendida –entre otros- mediante certificado de depósito a plazo, se entenderá vigente por el plazo establecido en el cartel. De acuerdo con lo anterior, el supuesto incumplimiento en la vigencia de la garantía de participación del contratista y que motivó una serie de discusiones a lo largo de la presente licitación, en la especie no se materializó, en virtud de haber rendido aquél un certificado de depósito a plazo, que tal como dijéramos líneas antes, al vencerse se constituyó en dinero efectivo, amén de que el contratista en su propuesta no incluyó ninguna manifestación que contradijera el plazo de vigencia establecido en el cartel, de modo que le resultaba aplicable lo preceptuado en el numeral 37 inciso 9) de previa cita.” (Oficio 2315 -DCA-0208- del 15 febrero del 2006).

130. Refrendo. Oferente único. Ciclo de vida en proyectos de TI y Telecomunicaciones.

“Sobre este punto, resulta necesario destacar que en el campo de adquisición de componentes tecnológicos, sobre todo en compras de plataformas de producción y desarrollo de sistemas, por la misma naturaleza del objeto, se llegan a desarrollar relaciones de dependencia con ciertos proveedores. Dichas dependencias pueden resultar necesarias, con el fin de garantizar el retorno sobre la inversión que inicialmente se ha hecho. Sin embargo la Administración, siempre debe tener presente el principio de relevancia del procedimiento de licitación en las compras públicas, el entender a la contratación directa bajo un ámbito excepcional. / Para poder empatar ambos criterios, el de prevalencia de la licitación como procedimiento, y la necesidad de las Administraciones de obtener los retornos sobre inversiones realizadas en componentes de TI -que es el caso que se está analizando- implicando *per se* soportar relaciones de dependencia con fabricantes y / o distribuidores; resulta indispensable entonces, que las entidades manejen sus compras, teniendo claro desde las etapas iniciales el ciclo de vida de cada componente o plataforma. Dicho ciclo se constituiría a su vez como el plazo máximo donde se dará la dependencia con el proveedor adjudicado antes de recurrir a un nuevo proceso licitatorio; basándose además en un ejercicio minucioso de estudios de factibilidad financiera y técnica de cada proyecto. / Sería recomendable entonces... (que se) determine claramente desde la licitación inicial, tales condiciones (ciclo de vida del proyecto, proyecciones futuras de escalamientos de los componentes y estudios de factibilidad financiera y técnica).” (Oficio 3790 -DCA-0573-2006- del 14 de marzo del 2006).

131. Refrendo. Plazo debe ser razonable. Donación encubierta.

“En relación con el plazo definido en el Convenio en estudio, esta Contraloría ha manifestado de forma reiterada su criterio negativo en cuanto al establecimiento de convenios con plazos tan amplios como el que señala (99 años), por cuanto se ha señalado que ello constituye una donación encubierta en la cual la entidad beneficiaria pretende siempre hacer proyectos que por su naturaleza ordinariamente implican altas erogaciones por parte de la misma” (Oficio No. 03657 -DCA-0545- del 14 de marzo del 2006). (Ver en este mismo sentido oficios 04751 del 29 de mayo y 06548 del 5 de junio, ambos del 2002, emitidos por la anterior Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones).

132. Refrendo. Tipos abiertos. Comodato.

“...si bien el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa posibilita utilizar cualquier figura contractual que siendo típica no se regule en el ordenamiento jurídico-administrativo, tal habilitación lo es en términos instrumentales, lo que tiene como imperativo el ajuste de dichas figuras a los principios del derecho público, lo que evidentemente debe reflejarse en el clausulado del convenio. Es decir, que la figura contractual del comodato en relaciones con entes de derecho público –como en el presente caso- no puede aplicarse de igual forma que en el derecho civil donde priva el principio de autonomía de la voluntad (lo que permite a las partes actuar con un marco de acción más amplio), sino que debe necesariamente tener una correspondencia con la normativa administrativa, en la cual rige prioritariamente por el principio de legalidad”. (Oficio 2937 -DCA-0346- del 27 de febrero del 2006).

133. Refrendo. Relleno sanitario. Permiso de ubicación. Previo al refrendo.

“En este caso, conforme la normativa ambiental citada, el destino específico y por sí tan particular que se pretende dar a los inmuebles por adquirir, es imprescindible que se agregue al expediente, previo al refrendo, copia del permiso de ubicación regulado en el artículo No. 8 del Reglamento sobre Rellenos Sanitarios N° 27378-S, mínimo necesario para cumplir las disposiciones que en materia sanitaria y de medio ambiente han sido emitidas. Este es el momento oportuno para su obtención, no luego de comprar las fincas, en virtud del riesgo

de no obtener el permiso y consecuentemente no poder usar las fincas, luego de una considerable erogación de fondos públicos. Tenga presente que el documento aportado en esta gestión “Inspección realizada en Cot, Oreamuno, Cartago para bueno de ubicación de relleno sanitario” no es el permiso definitivo regulado en el citado reglamento. (Oficio 12102 -DCA-2549- del 28 de agosto del 2006).

134. Refrendo. No lo requiere simples correcciones de “error material”.

“Una vez realizado el estudio de rigor, devolvemos el documento de mérito sin trámite, ya que el presente addendum representa la rectificación de un error material que no requiere más que la simple enmienda que lo que pretende es incluir que los repuestos se pagarán CFR al igual que el resto del componente importado, como bien se indicó en la oferta y que no representa en ningún caso una modificación a un elemento esencial de la contratación...”. (Oficio 03287 de 27 de marzo del 2006).

135. Refrendo. Convenio marco. No erogación de fondos.

“Que el presente convenio presentado a refrendo no requiere del mismo ya que de conformidad con el artículo 1 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, requieren refrendo los convenios interinstitucionales en el tanto comprometan fondos públicos. Así las cosas, deberán remitirse únicamente los convenios de implementación derivados del presente convenio marco en el tanto haya tal disposición y supere el monto para el cual están obligadas esas instituciones para remitir a aprobación dichas contrataciones”. (Oficio 03912 de 18 de marzo del 2006).

136. Refrendo. Modificación de elementos no esenciales.

“Una vez estudiados los respectivos expedientes, nos encontramos con que dada la naturaleza de éstos, no requieren cumplir con el trámite (sic) del refrendo contralor, ello por cuanto a criterio de este órgano Contralor no se están materializando modificaciones esenciales a los elementos de las contrataciones... A mayor abundamiento, el objeto de estas addenda es modificar la cláusula segunda de los contratos en mención con el objeto de indicarse que la vigencia del contrato es por un año prorrogable por cuatro periodos iguales. Así las cosas, los presentes addenda pretenden incorporar en la contratación un elemento que ya estaba previsto en el cartel y que a la hora de incorporarse en el contrato se hizo en forma distinta, por ende, ello no implica ninguna variación a los elementos esenciales del contrato... Siendo así, esa Administración bajo su propia responsabilidad deberá hacer constar dicho cambio en el contrato y en el caso de ejecutarse dichas prórrogas deberá hacer que se agreguen y cancelen las especies fiscales de ley y verificar que se cuente con la disponibilidad presupuestaria suficiente para hacer frente a las erogaciones que implicará su ejecución”. (Oficio 04027 de 21 de marzo del 2006).

137. Refrendo. Supuesto de urgencia.

“Sobre lo anterior, la presentación dentro de los diez días siguientes a la Unidad de Autorizaciones y Aprobaciones de esta Contraloría General tiene su razón de ser, en la verificación que pueda hacer esta unidad administrativa de la situación de urgencia alegada y si efectivamente se puede eximir tanto de los procedimientos ordinarios de contratación administrativa como del refrendo contralor. Esa revisión implica una decisión contralora de la mayor importancia cuidado y trascendencia, pues se está validando o no a la administración para que pueda acogerse a dos excepciones de requisitos constitucionales. Siendo que esta Contraloría había autorizado previamente separarse de los procedimientos de concurso, la verificación actual se plantea sobre los requisitos que se impusieron en la oportunidad de la autorización”. (Oficio No. 04569 de 30 de marzo del 2006).

138. Arbitraje. Supuestos. Sala Primera.

“En la parte final de la cláusula décima se dice que ante una resolución unilateral del contrato, si el contratista no acepta el monto de responsabilidad establecido (se entiende, en los términos del artículo No. 13 del Reglamento General...), este será determinado en arbitraje por la Sala Primera de Casación de la Corte Suprema de Justicia; pero no indica el fundamento legal que da competencia a la Sala Primera para conocer estos asuntos. / La Sala Primera... en resolución No. 00316 de las 11:40 hrs. del 04 de junio, al referirse a los alcances de la competencia del órgano judicial interventor, ha señalado que su ingerencia en el arbitraje es restrictiva: / “I- Como reiteradamente la Sala lo ha advertido, la injerencia de los órganos judiciales en procesos arbitrales tiende a ser

cada día menor. Lo que no es fortuito sino producto de una tendencia bien acusada de dar cada vez mayor autonomía e independencia a esta clase de proceso en orden a convertirlo en una verdadera alternativa a la justicia ordinaria. De allí que en la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social esa injerencia se ha llevado a su mínima expresión, reservándose para tres fases del proceso: el nombramiento de los árbitros, el conflicto de competencia y el examen del laudo en orden a constatar la existencia de cualquiera de las causales taxativas de nulidad que contempla el ordinal 67 *ibídem*. Excepcionalmente, por un vacío legal manifiesto, se rebasó ese estrecho ámbito competencial para conocer la recusación *sui generis* de todos los miembros de un tribunal en un proceso arbitral *ad hoc*...". (Oficio 12846 -DCA-2728- del 9 de setiembre del 2006).

REMATE.

139. Remate. Adjudicación a la administración. Remates judiciales. Autorización de la CGR.

"...la decisión de adjudicarse el inmueble en sede judicial, como pago de la deuda que la empresa tiene con la Municipalidad es una decisión que debe adoptarse dentro de la propia Institución, atendiendo a las razones de mejor satisfacción del interés público y según las posibilidades que se tengan. En ese sentido debe dictarse un acto en el que la Administración (cuyo giro no es precisamente de esa naturaleza) acredite que es conveniente a los intereses municipales la adjudicación del inmueble, es decir, básicamente prever la utilidad que se daría a la propiedad en cumplimiento del fin público que está llamada a cumplir. De tal manera que por tratarse de un proceso en sede judicial, en donde la Administración es acreedora y, en caso de un remate fracasado, tiene la facultad de adjudicarse el inmueble, no es procedente nuestra intervención como Órgano Contralor. Al respecto, debe recordarse que existe una norma expresa que los habilita a esa actuación, tal como lo es el artículo 655 del Código Procesal Civil." (Oficio 376-2006-DAGJ-63-2006- del 6 de enero del 2006).

SISTEMA DE EVALUACIÓN.

140. Sistema de evaluación. Precio único factor a evaluar.

"Efectivamente, según las regulaciones vigentes todo cartel debe contemplar un sistema de calificación, que no es otra cosa que las reglas que la entidad observará para designar al adjudicatario. Sobre el tema, se ha sostenido que el sistema puede ser tan simple como decidir únicamente conforme al precio o tan complicado como propuestas que cotizan por separado la parte técnica, de la parte económica en concursos cuyo objeto así lo demanda. Cuando se elige por precio, se entiende que las propuestas han superado un mínimo de requisitos y que como explica el Instituto, se encuentran en igualdad de condiciones y que precisamente el precio es el elemento diferenciador. Por tanto, la decisión de la entidad de adjudicar la oferta de menor precio, entre aquellas que cumplen con todas las condiciones invariables estipuladas por la Administración es perfectamente legal y no significa hacer a un lado las condiciones técnicas de cada oferente, sino que se valoran bajo reglas diferentes. Más bien esta Oficina ha insistido en la necesidad de que las entidades desarrollen sistemas de calificación simples que redunden en estudios de ofertas más expeditos que permitan decidir sobre el concurso, cuestionando el hecho de que ciertas administraciones ponderan aspectos que al final no representan ningún valor agregado de frente a la decisión a tomar. Se trata de una contratación de servicios, para la cual se espera que una vez cumplidos ciertos requisitos cualquier empresa podrá cumplir las funciones". (R-DAGJ-009-2006 de 15:30 horas del 3 de enero de 2006).

141. Sistema de evaluación. Selección por precio.

"Según las regulaciones vigentes todo cartel debe contemplar un sistema de calificación, que no es otra cosa que las reglas que la entidad observará para designar al adjudicatario. Sobre el tema, se ha sostenido que el sistema puede ser tan simple como decidir únicamente conforme al precio o tan complicado como propuestas que cotizan por separado la parte técnica de la parte económica en concursos cuyo objeto así lo demanda. Cuando se elige por precio, se entiende que las propuestas han superado un mínimo de requisitos y que se encuentran en igualdad de condiciones y que precisamente el precio es el elemento diferenciador. Por tanto, la decisión de la entidad de adjudicar la oferta de menor precio entre aquellas que cumplen con todas las condiciones invariables estipuladas por la Administración es perfectamente legal y no significa hacer a un lado las condiciones técnicas de cada

oferente, sino que se valoran bajo reglas diferentes. ” (R-DAGJ-064-2006 de las 10:00 horas del 20 de enero del 2006).

142. Sistema de evaluación. Preferible. Tope máximo es de diez puntos.

“...hay un criterio reiterado de parte de este Órgano Contralor en el sentido de que, en los casos en los cuales la Administración decide otorgar puntos por condiciones técnicas que se consideran ventajas técnicas, es decir condiciones “preferibles”, tiene un tope máximo de diez puntos por la totalidad de ese rubro...”. (R-DAGJ-25-2006 de las 10:00 horas del 9 de enero del 2006). *(Complementar con R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).*

SUBSANACIÓN.

143. Subsanación. Garantía de participación.

“... no es posible subsanar aquellas garantías insuficiente sea en plazo o en monto..., en consecuencia, un vicio de esa índole implica la exclusión de la oferta que ha incumplido. (R-DAGJ-066-2006 de las 11:00 horas del 20 de enero de 2006).

144. Subsanación. Principio de eficiencia. Hecho histórico. Referencia.

“...nos permitimos señalar, a modo de preámbulo, algunas líneas con respecto al instituto de la subsanación de ofertas en relación con el principio de eficiencia, enunciado rector en materia de contratación administrativa; sobre ésta y tal principio imperante y guía, la Sala Constitucional ha indicado: / “La contratación administrativa es un mecanismo con el que cuentan las administraciones públicas para adquirir de forma voluntaria y concertada una serie de bienes, obras y servicios que se requieren para la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de sus competencias. Por su parte, las administraciones públicas son organizaciones colectivas de carácter y vocación servicial que deben atender de modo eficiente y eficaz las necesidades y requerimientos de la comunidad, con el fin de alcanzar el bienestar general... / ...es menester recordar que dentro de los principios rectores de los servicios públicos..., se encuentran, entre otros, la eficiencia, la eficacia, la continuidad, la regularidad y la adaptación a las necesidades socio-económicas y tecnológicas, con el propósito de erradicar y superar las desigualdades reales del conglomerado social. Los mecanismos de control y fiscalización diseñados por el legislador para garantizar la transparencia o publicidad, libre concurrencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos... en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad.... Síguese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos... (Voto 14421-2004, de las 11:00 del 17 de diciembre del 2004). / Esta cita permite afinar el principio de eficiencia como aquel que, lejos de desconocer el ordenamiento jurídico como un todo, permite amparar actuaciones públicas dirigidas a tutelar y satisfacer la pronta satisfacción del interés general; su aplicación supone asegurar la armonía de las actuaciones públicas con todo el bloque de legalidad, mismo que coloca a la Constitución Política y sus principios, por encima de las leyes, los reglamentos y los mismos carteles de licitación. Un mandato como el indicado, es propio del deber de probidad dispuesto en el artículo 3 de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública cuando ordena a todo

funcionario público orientar su gestión a la satisfacción del interés general. De lo hasta aquí dicho cabe afirmar que, cuando una normativa infra pudiese desconocer o perjudicar la tutela efectiva o real concretización del interés público, el mismo que se busca satisfacer en cada proceso de compra pública, este órgano contralor, de rango y misión constitucional, está llamado a ejercitar sus competencias en aras de impedir lo anotado, y favorecer, por tanto, el norte único y supremo del Estado. Ahora, en el caso de la subsanación, instituto cuyo sustento es de rango constitucional por provenir y nutrirse del mismo principio de eficiencia, ha sido reiterado el criterio de este órgano en punto a su admisión y práctica en la materia de nuestro interés. La posibilidad de subsanar es atendible –así lo ha aceptado reiteradamente la jurisprudencia– cuando se trata de aspectos de admisibilidad, es decir, en componentes de esa etapa esencial donde debe asegurarse el cumplimiento de todos aquellos elementos mínimos para acreditar la presencia de una oferta elegible. El oferente que supera esa etapa primaria, sea porque ha cumplido con los criterios mínimos de orden técnico, y todos los legales, financieros, entre otros, se entiende con el derecho a que se le corra (segunda etapa) el sistema de calificación instaurado en el cartel (doctrina lógica del numeral 56.4 del Reglamento General de Contratación Administrativa). Por tanto, es consecuente la tesis de admitir la subsanación de aquellos aspectos de las ofertas tendientes a lograr puntaje de ese sistema de evaluación, si otrora, sea en esta etapa de admisibilidad de las plicas ello ha sido reconocido ampliamente por este órgano contralor... / Evidentemente, la tesis precedente se aplica bajo parámetros fundamentados desde la letra de la Constitución Política, sus principios y el resto del bloque de legalidad; en su conjunto explicativo la prevención de subsanación o aclaración, dependiendo del caso, no puede generar una ventaja del todo improcedente, en claro perjuicio de quienes han presentado sus ofertas conforme a derecho. En la línea que comentamos, importa acudir a lo que dispone el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa; así, los procedimientos de contratación pública persiguen seleccionar la oferta que más conviene a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de la administración; además, hay imperativo de hacer prevalecer durante todo el procedimiento el contenido sobre la forma siendo que cada una de las actuaciones de las partes, deben ser interpretadas de forma que se favorezca la conservación de las ofertas y se facilite adoptar la decisión final. Finalmente, la norma citada externa que los defectos subsanables o insustanciales no descalifican la oferta que los contenga. Después, el artículo 42, inciso i) de la misma ley indica que es regla en la licitación pública –aunque esto aplica como principio al resto de los procedimientos– la posibilidad de subsanar los defectos insustanciales en que incurran los oferentes (agregamos, eso sí, defectos cometidos bajo buena fe). Posteriormente, ya en la norma reglamentaria sobre el principio de eficiencia (artículo 4) se señala, en lo que interesa agregar, que toda norma procedimental debe ser interpretada de modo que se favorezca la conservación de los actos de las partes; que no es posible deducir de la voluntad de las partes, salvo prueba en contrario, la intención de apartarse de las regulaciones normativas y las condiciones fijadas por la misma administración y, por último, que la subsanación es viable siempre y cuando no se preste para modificar precio, objeto y condiciones ofrecidas. Lo mencionado en este numeral 4, nos parece que queda más claro con la lectura del voto constitucional anteriormente referenciado. Ya en etapa de estudio de las plicas, la letra reglamentaria, siempre atenta al principio de eficiencia, reza (vid. artículo 56.1 del RGCA) que dentro de los 5 días hábiles siguientes al acto de apertura, la licitante realizará el análisis de los aspectos formales de las plicas y concederá un plazo de hasta 3 días hábiles para que se subsane cualquier defecto formal o se supla cualquier información o documento trascendente omitido, siempre que con ello no se pueda modificar factores como los ya dichos líneas atrás. Tal prevención opera de oficio o porque el mismo oferente incumpliente —u otro—, lo advierta. Ahora, si la prevención dispuesta en la norma antes dicha no es atendida en tiempo, la administración debe proceder con la descalificación de la oferta, **siempre que la naturaleza del defecto así lo amerite**. De esta manera, dado el marco jurisprudencial y regulatorio anterior, conviene anotar algunos aspectos de interés basados en lo que sería, en nuestro entender, un lógico desarrollo de los procedimientos de compras estatales, dirigidos a satisfacer el interés del país y no a estar hallando elementos, sí importantes, pero que no pueden ni deben tener el peso de trastocar la pronta satisfacción de la colectividad, y claro todo al amparo del principio de legalidad constitucional; por tanto: -la prevención de subsanación o de aclaración (que son diferentes) se facilita para lograr conservar el mayor número de ofertas posibles; -de encontrarse una plica con defectos formales o sustanciales pero subsanables, por mandato superior, el funcionario público debe cursar una audiencia de subsanación o de aclaración, según el caso; -esta audiencia debe darse, en principio, dentro de quinto día, inclusive, de abiertas las ofertas. Pero decimos “inclusive” porque, bajo la potestad de imperio y el mismo principio de eficiencia, no puede impedirse a la administración que, realmente, en cualquier momento, y antes de dictar la adjudicación, ordene a un oferente

subsana o aclarar algún defecto encontrado, elemento de ambigüedad, para citar algunos; -el plazo de la prevención es de, hasta, 3 días hábiles; de no poderse cumplirse dentro de ese plazo, es obligación del oferente hacer ver la imposibilidad a la administración para que ésta lo valore, y por ende, conceda, mayor plazo y pueda, una vez contestado el de previo, tenerse como bien atendida; -si la prevención no se contesta en tiempo, cabe la no respuesta de la audiencia aunque de modo extemporáneo se presente lo prevenido; -pese a la falta de respuesta, o su atención extemporánea, siempre se exigirá el mandato de excluir ofertas si, y solo si, “la naturaleza del defecto así lo amerita”; -la prevención de subsanación o de aclaración es única, sea, no puede pensarse en una administración que gire más de una prevención por el mismo aspecto. Lo contrario a esto es interpretar más allá de lo que la letra de la ley y el reglamento disponen, pese a que se alegue principio de eficiencia. Más bien alegar tal enunciado descuida que el norte constitucional insta a promover los procedimientos de compra de modo expedito, oportuno, ágil, eficiente y eficaz, siendo que estar cursando una misma audiencia más de una vez raya groseramente con el horizonte constitucional y legal de hacer que la administración satisfaga rápidamente el interés público; -la prevención no debe conceder una ventaja indebida en beneficio de a quien se le cursa una prevención de subsanación. Por otro lado, en punto al tan discutido tema de la subsanación de hechos históricos, ha sido meridianamente clara la línea de pensamiento de la jurisprudencia de que ello es factible siempre que el hecho o dicho del oferente haya quedado referenciado en la plica. En ese sentido, este Despacho ha señalado que: / “Para la mejor solución del caso sometido a estudio conviene hacer un breve análisis sobre lo que ha de entenderse como “referenciado en la oferta”. El diccionario de la Real Academia Española define referir como “Dar a conocer, de palabra o por escrito, un hecho verdadero o ficticio.” (Versión electrónica de dicho diccionario, en la dirección de Internet <http://www.buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>). Por su parte, el autor Guillermo Cabanellas en su “Diccionario de Derecho Usual” (Cabanellas, Guillermo; “Diccionario de Derecho Usual”, Tomo III, Editorial Ediciones Arayu; Buenos Aires, Argentina, página 363) define dicho concepto como “narrar, contar, relatar//Relacionar, enlazar// Informar//Enterar//Indicar//”. De tal suerte que se desprende que el referenciar en la oferta un elemento ha de entenderse como la obligación de indicarlo o ponerlo claramente en conocimiento dentro de la correspondiente plica, de tal suerte que reste únicamente aportar los documentos que confirme su existencia. Así, a la empresa apelante tampoco se le podría considerar como experiencia válida ni un solo proyecto, ya que no existe, en su oferta original, ni la más mínima referencia a alguno de ellos. El hecho de que trajera alguna información sobre su experiencia después de la apertura de ofertas, lejos de convalidar la omisión de su plica, evidencia la improcedencia de subsanarlo”. (R-DAGJ-568-2003 de las 13:00 horas del 5 de diciembre del 2003). / Un ejemplo claro de qué se debe constatar para indicar la subsanación de un hecho histórico se encuentra en la R-DAGJ-341-2003 de las 10:00 horas del 5 de setiembre de 2003, este antecedente deja dichas algunas características del hecho histórico, así: “...En todo caso existe una regla fundamental en estos casos y es que la información pedida debe versar sobre un hecho histórico, inmodificable, acontecido antes de la apertura de las ofertas, de cuya evidencia se tiene duda y solamente se pretende corroborar, sin que los medios de prueba tengan la virtud de poder variar la realidad pasada de la cual dan fe”. De lo que viene, esta División se permite, pues, enfatizar que la subsanación de ofertas es un instituto de la contratación pública cuyo sustento yace en el principio de eficiencia de claro rango constitucional; su aplicación es una obligación administrativa, siempre que los elementos de hecho y de derecho así lo hagan ver; en todo caso, siempre que lo faltante, u omitido, obedezca a un hecho objetivamente demostrable mediante certificaciones, pruebas, declaraciones juradas, entre otros, hechos que acontecen en la historia, y que se dieron y favorecen a un oferente persona física o jurídica, la prevención de subsanación debe cursarse. **En ese sentido, cuando se ordena garantizar que la oferente faltante haya acreditado o referenciado en su plica la información propia para examinar la admisibilidad de su propuesta o para asignar un determinado puntaje, tal aspecto se comprende desde el todo de la oferta; es decir, que de ella deriven o se desprendan datos mínimos, amplios o exactos, que permitan conocer la existencia de un hecho existente en la historia, y que favorece, como hemos dicho, a la oferente que lo reclama; de ser así, procede la prevención de subsanación.** A mayor abundamiento, y para concluir esta especie de preámbulo, repasemos uno de los criterios reiterados sobre subsanación de aspectos calificables: / “Es preciso señalar que en materia de subsanación, nos enfrentamos a dos vertientes principales: aquellos aspectos evaluables y que por sí mismos admiten márgenes de desviación entre los mismos oferentes, y aquellos que no son evaluables y que suelen ser fijos, mejor identificados con el concepto tradicional de ‘cláusulas invariables’. Obviamente, no hay parámetros únicos y en cada caso y concurso se podrán apreciar diferencias fundamentales entre lo que se evalúa y lo que no. Básicamente, si se trata de aspectos no calificables con puntos, se debe observar

que la subsanación del defecto no implique por sí una espuria oportunidad de variar aspectos de la oferta como precio, plazo de entrega, garantías, características del objeto, etc. En el otro caso, cuando se trate de aspectos que sí son evaluables, además de lo anterior, se debe observar con sumo cuidado que la subsanación no permita además una ventaja indebida a un oferente que ya ha conocido las características y condiciones de otras ofertas, con lo cual se especula con la ‘prevención’, de manera que la información se presente ‘acomodaticia’ a las mejores condiciones de evaluación” (Vid. RSL 63-98 de las 13:00 horas del 10 de marzo de 1998)”. (R-DCA-071-2006, de las 10:00 horas del 9 de marzo del 2006).

145. Subsanación. Forma de pago.

“Vista la cláusula 8.3 del cartel, se observa que en ella se consignó que se pagaría el 60% del costo total de los bienes, una vez que se entreguen en su destino final y el 40% restante se cancelaría 30 días después del recibido conforme de los bienes (hecho probado 4). Cotejando la cláusula cartelaria con lo indicado en las propuestas adjudicatarias, se observa que éstas consignaron el pago del 60% contra entrega de la mercadería en el Plantel Abejonal (hecho probado 5), cumpliéndose con la disposición del pliego de condiciones. No sucede lo mismo con el resto del pago, sea, con el 40%, donde las adjudicatarias consignaron que el 40% se cancelara a “30 días hábiles de la entrega” en el mismo lugar. Obsérvese que el cartel dispuso que ese 40% se cancelaría “30 días hábiles después del recibido conforme”, el cual, según lo dispone el aparte 14.2, se emitiría, para la fórmula 4, cuarenta y cinco días posteriores a la recepción del equipo (hecho probado 4). Este aspecto es el que refleja una disociación entre lo dispuesto en el cartel y las propuestas, ya que no resulta ser lo mismo “30 días hábiles de la entrega” que “30 días después del recibido conforme”, tomando en consideración que para este último evento se dé, sea, el recibido conforme, el ICE señaló que se emitiría 45 días posteriores a la recepción. Ante esta situación, se observa que la entidad licitante asumió la propuesta del oferente, con abierta violación a la literalidad del cartel, toda vez que, según se aprecia en el aviso de adjudicación, la forma de pago sería de “60% contra entrega de los equipos en el Plantel Abejonal./ 40% restante a treinta días hábiles de la entrega en el mismo lugar.” (hecho probado 6). Tal actuación no resulta acorde con los postulados del cartel, toda vez que el pliego cartelario, que es el reglamento específico de la licitación, quedaría relegado e incluso anulado, según las propuestas que formulen los oferentes. Es precisamente aquí donde se estima que la Administración no hizo uso de la posibilidad de subsanación que le brinda el Ordenamiento Jurídico para que, ante un caso como el expuesto, se solicitara al oferente la enmienda de su plica según los requerimientos del cartel. El instituto de la subsanación procura superar el esquema formalista que entiende que las ofertas son documentos inmodificables, para permitir que ciertos aspectos, en los que no se dé una ventaja indebida, sean corregidos, todo a fin de contar con un número mayor de ofertas elegibles... / Partiendo del hecho de que no hay ofertas perfectas y, aplicando lo que viene dicho al caso en estudio, se arriba a la conclusión que la Administración, lejos de haber dictado un acto de adjudicación como el comentado, debió prevenir a la oferente el ajuste de su propuesta a las reglas del cartel. Con esto no se otorgaba ningún beneficio al oferente que le colocara en una posición de ventaja de frente al resto de los participantes, ya que se trata de la modalidad de pago –aspecto formal- y no de algún extremo de calificación que pueda arrojarle un beneficio. Así las cosas, si bien se advierte un vicio en el acto de adjudicación, éste no proviene de un aspecto esencial que haga variar las calificaciones obtenidas por las partes, sino que se trata más bien de aspectos de forma que, eso sí, deben ser enmendados.” (R-DCA-046-2006, de las 8:30 horas del 24 de febrero del 2006).

146. Subsanación. Precio. Detalle y porcentajes de presupuesto. Etapa en que importa.

“Conforme se ha probado,... presentó detalle del presupuesto (hecho probado 4), pero no mencionó o adjuntó con su plica el dato de lo porcentual; de expediente incluso se deduce lo dicho por parte de la administración y la adjudicataria en sus respuestas a la audiencia inicial, además de que el reconocimiento de esta omisión yace en el propio expediente administrativo (hecho probado 2). Entonces, la omisión de los porcentajes no se refiere, así se aprecia claramente, a la presentación del desglose presupuestario sino a los porcentajes de éste. Sí hay información en expediente administrativo (en la plica original) del presupuesto, por lo que es factible deducir una información de la otra, sin causar movimientos del precio final en rubros que son de todas maneras, como se profundizará más adelante, de interés pero en etapa de ejecución contractual particularmente, amén de ser información subsanable. Ahora, lo que se apela, más allá de la presentación completa de un formulario o no, se relaciona con un eventual y futuro reajuste de precios, mismo que se podría dar pero ya en etapa de ejecución contractual —por ende, es aquí donde debe estar clara esa información—; además, de que si el precio en estudio de plicas es firme y definitivo, como sucede en el caso

(esto no se cuestiona o pone en duda por la apelante), no cabría presunción de un trato ajeno a la Ley o fuera del respeto a los principios rectores de la materia... / De esta manera, esta División enfatiza que en tanto los precios sean firmes y definitivos, y se incluye una descripción presupuestaria que descarta la posibilidad de manipulación interna de componentes de precios, los desgloses porcentuales como los indicados por el cartel de este concurso, son aspectos subsanables, ya que, si bien pueden ser de interés en el futuro para la administración —y por ello pueden exigirse a los oferentes— su falta inicial de presentación no genera un problema que atente con el principio de igualdad de trato; e igual se estima que este tipo de informaciones son necesarias en el evento de que ya en etapa de ejecución, sean que se den solicitudes de reajuste de precios, por lo que en ese tanto, es información esencial a conocer para ser utilizada en esa etapa del proceso. Ahora, dado que en expediente está probado que la adjudicataria sí presentó un desglose presupuestario (hecho probado 4), y posterior a la apertura un detalle de los porcentajes (hecho probado 8), este último requerimiento era de todas maneras posible de ser subsanado en resguardo del principio de eficiencia, amén de que este tipo de datos (como indicamos posibles de ser subsanados) no denotan un trato ilegítimo o carente de principios o respeto a los derechos de los demás oferentes...". (R-DCA-523-2006, de las 9:45 horas del 9 de octubre del 2006).

147. Subsanación. Plazo de entrega y período de estabilidad. Principio de eficiencia.

"... el pliego de condiciones requirió que el plazo para entregar el producto licitado comienza a *computarse después de notificada la orden de compra* y, no después de *retirada* la orden de compra como lo ofertó la recurrente. Ahora bien, no ha demostrado la recurrente qué relación causal existe entre el supuesto error material a que dice, le indujo la Administración y su cotización, por cuanto, no puede afirmarse que un simple acto preparatorio —que corresponde a una nota interna- tenga que tenerse como parte integrante del cartel, posición que no compartimos y, en todo caso, si alguna contrariedad existió, ello no despertó ninguna duda de su parte en la fase de preparación de las ofertas que le llevara a solicitar la aclaración respectiva ante la Administración, actuación que conforme a nuestra jurisprudencia deben hacer los interesados en el mismo tercio que se dispone para la objeción del pliego. En ese sentido el cartel no era ambiguo ni contradictorio, ya que el requerimiento a partir del momento en que se debía computar el plazo de entrega estaba bien establecido. Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Contraloría General que, dentro de la filosofía que contempla el artículo 56.1.1 del Reglamento General de Contratación Administrativa, el plazo ofertado por un oferente no se puede subsanar, pero sí se ha sostenido una posición conservativa de ofertas —como lo ordena el principio de eficiencia- en aquellos casos en que en una misma oferta se hubieran cotizado distintos plazos, en cuyo caso se ha dicho que se debe calificar con el que menor puntaje conceda, pero ejecutar con el más favorable de los cotizados, posición que es analógica con el tratamiento que se da del precio... En el presente caso, no se contraría lo indicado en el artículo 56.1.1... en el sentido de que se reitera la tesis de que el plazo de entrega no es subsanable y, por ende, la actuación de la Administración estuvo apegada a derecho y al mérito de los autos. No obstante, también el adjudicatario se le giró una prevención que también contraviene el mismo numeral 56.1.1. citado, por cuanto el período de estabilidad está ligado a las características del objeto licitado, razón por la cual al existir paridad de razón debe adoptarse la misma solución y, entender que también la recurrente se ajustó a las condiciones del pliego, como lo hizo la adjudicataria, a pesar de su inconsistencia originaria. Además, en el presente caso no existe otro oferente que hubiera presentado una oferta "limpia", es decir, ajustada en un todo a las condiciones del pliego, motivo por el cual, en el presente caso, tendríamos que concluir que ambas ofertas estaría fuera de concurso por incumplimientos, lo que conllevaría a que la entidad tendría que declarar infructuoso su concurso iniciado hace más de un año, sin que los pacientes dispongan del suministro que se licita. Es por ello, que el análisis que se impone, visto el incumplimiento de ambas partes y la inexistencia de otro interesado que pudiera resultar readjudicatario, debe efectuarse ya no desde la óptica del principio de igualdad, sino de la eficiencia administrativa, que tiene raigambre constitucional, conforme lo indicado por la Sala Constitucional en su **Voto 2004-14421...** / A partir del anterior precedente, tenemos que la oferta adjudicada cotizó un período de estabilidad inferior al solicitado, de 18 meses al arribo a puerto nacional... y el cartel solicitó un período de estabilidad mínimo de 18 meses al arribo del producto al Almacén de la Institución... Asimismo que la Comisión Técnica advirtió de la inconsistencia..., y la Administración solicitó a la adjudicataria la aclaración... Se entiende como período de estabilidad de un producto, "la capacidad que tiene un producto o un principio activo de mantener por determinado tiempo sus propiedades originales dentro de las especificaciones de calidad establecidas" (ver D.E. 31532-S, publicado en Gaceta 245 de 19 de diciembre de 2003), sea, la estabilidad de un producto está relacionada

con su vida útil, en el caso sub-exámene, el período de estabilidad del insumo licitado afecta el objeto de este concurso, por ser una característica relevante del bien, que está referido a que el producto licitado mantenga por cierto tiempo no solo las propiedades físicas, químicas, físico-químicas, microbiológicas y biológicas originales dentro de su calidad sino que su capacidad abarca hasta para que se mantengan las propiedades originales, como son: identidad, concentración o potencia, calidad, pureza y apariencia física por un determinado período de tiempo. En paridad, el recurrente, cotizó un plazo de entrega que objetivamente manejaba él, al disponer el arranque del plazo del “retiro” de la orden de compra, aspecto suficientemente tratado en los precedentes de este Órgano Contralor, que sirvieron de sustento a la entidad para declararlo excluido del concurso, todo lo cual se ratifica. No obstante, ambos estarían en paridad y, por ende, a fin de hacer justicia en el caso concreto, se impone tener por superadas ambas condiciones, en un caso porque a pedido de la Institución la adjudicataria ajustó el período de estabilidad a lo solicitado y, en otro, porque también se tiene total certeza de que su plazo de entrega se ajustó al punto de partida dispuesto en el pliego, sin que sea admisible la tesis del error a que lo indujo la entidad...”. (R-DCA-110-2006 de las 14:30 horas del 22 de marzo del 2006).

148. Subsanación. Poderes.

“Al respecto, consideramos necesario recordar, en primer término, lo que este Despacho ha indicado sobre la materia de poderes y la posibilidad de subsanación. Ya en la resolución RSL-231-99 de las 13:00 horas del 07 de junio de 1999 se analizó ampliamente ese tema, y en lo que interesa se indicó lo siguiente: “...” Como puede observarse, a partir de dicha resolución este Despacho llegó a la conclusión de que la subsanación en materia de representación es factible ya que no incide en el objeto contractual, ni da lugar a ventajas indebidas, ni tampoco a aumentar la calificación obtenida; lo anterior ya que lo importante es que la Administración se asegure que quien pretende contratar con ella tiene poder suficiente para comprometer a la empresa.” (R-DCA-325-2006 de las 8:30 horas del 03 de julio del 2006).

PROHIBICIONES.

149. Régimen de prohibiciones. Hijastra.

“De lo antes transcrito se puede extraer como primera conclusión que entre padres e hijos existe una relación directa, no colateral. Ahora bien, en cuanto al parentesco por afinidad, el autor citado anteriormente, expone: “*A más del parentesco consanguíneo existe otro llamado de afinidad, lo que quiere decir por “analogía o semejanza”, reconocido por la ley, consistente en un vínculo de carácter civil, que a causa del matrimonio se establece entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro.*” (BRENES CÓRDOBA, Alberto, *op.cit.*, p. 25). Sobre este mismo tema, también conviene citar lo siguiente: “*Establecida ya la necesidad del matrimonio, base y fuente de la afinidad, procede, en cuanto a la determinación del parentesco, establecer lo siguiente: a) En la línea recta –sea ascendente o descendente-, todos los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges son afines del otro. Este parentesco se multiplica hasta el infinito en todos los grados; observemos, sin embargo, que en el primer grado de la línea recta se pueden dar dos modalidades de la afinidad, que tiene lugar entre suegro y nuera y yerno y suegra, y la que se ocasiona entre el padrastro con la hijastra y la madrastra con el hijastro.*” (Destacado no es del original). (PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p 334). Tomando en consideración lo que viene expuesto, se llega a establecer que, efectivamente la relación de hijastra constituye una relación por afinidad que se enmarca dentro de los supuestos fijados en el artículo 22 bis incisos h) e i) de la LCA.” (Oficio 01211 (DAGJ-0173-2006) de 10 horas del 27 de enero del 2006).

VEHÍCULOS.

150. Vehículos. Motor diesel se puede puntuar.

“En este caso, la entidad restringe la participación a vehículos con motor de diesel, razón por la cual, la objetante solicita que se permita la participación de unidades con motor de gasolina. La Municipalidad mantuvo la especificación, amparándose en razones de índole económica. Sobre el particular, este Despacho mantiene una

línea jurisprudencial abierta a que se permita la participación con vehículos que funcionen con uno u otro combustible... En el caso en análisis, la Administración señala que existen una serie de “ventajas” de los vehículos que funcionan a base de diesel sobre aquellos que lo hacen con gasolina (más económico, menores costos de mantenimiento, menos contaminante para el ambiente, entre otros). Sin embargo, este Despacho considera que esos supuestos beneficios no tienen el suficiente peso, como para dejar por fuera a aquellos automotores que trabajen con gasolina; a lo sumo, ello sería un conjunto ventajas comparativas que le darían el carácter de preferible. Así pues, la Administración licitante, no ha demostrado, mediante informes técnicos debidamente fundamentados, que los vehículos de gasolina no puedan cumplir con la finalidad del concurso que se tramita. Así las cosas procede acoger el recurso en cuanto a este extremo, por lo que serán admisibles a concurso, tanto aquellos vehículos que funcionen con diesel como lo que lo hacen con gasolina. En todo caso, queda a criterio de la entidad licitante darle la categoría de preferencial al motor de diesel... / Y más recientemente, en la resolución **R-DAGJ-718-2005** de las 10:00 horas del 25 de octubre de 2005..., se ha sentado posición en punto a que se brinde puntuación a los vehículos diesel. Resulta claro que si la entidad estima que si la adquisición considera ya no solo el costo de la unidad y sino el del combustible, para medir la conveniencia de la oferta, es factible puntuar el utilizar el diesel como una ventaja. De igual forma si las unidades de gasolina dispusieran de algún mecanismo que consiga el ahorro de combustible en forma técnicamente demostrable. En consecuencia, se declara con lugar el recurso, a fin de que se permita la participación de unidades que funcionen a gasolina, pero con la posibilidad de introducir una puntuación razonable a favor de los vehículos diesel...”. (**R-DAGJ-010-2006 de 15:30 horas del 3 de enero del 2006**).

151. Vehículos. Talleres.

“En relación con la eliminación de los quince puestos que solicita el recurrente..., la Administración licitante no se pronunció, razón por la cual, se procede a declarar parcialmente con lugar esta pretensión; toda vez, que se estima desproporcionado requerir como mínimo quince puestos de trabajo para la atención de la flotilla, no solo porque la Administración no brindó justificaciones técnicas que ameriten mantener este requisito sino porque se considera que un número de quince puestos es excesivo, motivo por el cual, se debe dejar abierto según el funcionamiento del taller, pues se parte como tesis de principio que los talleres disponen de un mínimo y máximo para atender vehículos...” **R-DCA-241-2006 de las 9:30 horas del 25 de mayo del 2006**.

152. Vehículos. Modelo.

“...de la redacción del cartel se entiende el requisito de ser modelo 2007 como de admisibilidad, en este sentido debe cambiarse la redacción, para que quede claramente especificado que se acepta modelo 2006 también, la Administración no tiene que aceptar años anteriores al presente, aún cuando estén nuevos (Ver resolución R-DAGJ-128-2005). Puede la Administración pedir el año 2007 como “preferible”, y sí puede otorgarle un puntaje dentro de la categoría de característica preferencial, teniendo en cuenta que como ha dicho este Despacho, no puede ser un puntaje alto que sea decisivo; en esto discrepamos de lo alegado por el recurrente. (Ver resolución R-DAGJ-253-2005)”. **R-DCA-295-2006 de las 8:00 horas del 19 de junio del 2006**.

153. Vehículos. Barras protectoras en las puertas laterales. Obligatoriedad.

“En la línea de resolución que lleva este Despacho en materia de barras laterales ciertamente se ha indicado que ésta es una característica no estándar en los vehículos que ingresan a nuestro país, razón por la cual, como regla de principio, se ha indicado que se reflejen las ventajas que se atribuyen en el sistema de evaluación. No obstante esa tesis general, admite y ha admitido excepciones, cuando la Administración adquiere vehículos destinados a labores de seguridad, sea del Ministerio de Seguridad cuando adquiere vehículos destinados a la policía, sea del Poder Judicial, cuando esos vehículos se destinen al Organismo de Investigación Policial u otro órgano del Estado, que, como en el presente caso, cumple labores de control y de policía migratoria. De la respuesta dada por la Administración al punto siguiente, se colige que los vehículos van a ser destinados a labores de policía migratoria, motivo por el cual se mantiene la especificación como requisito obligatorio...” **R-DCA-241-2006 de las 9:30 horas del 25 de mayo del 2006**.

154. Vehículos. Mayor rendimiento.

“...luego de revisar la argumentación de la Administración sobre el tema del ahorro de combustible, se insta al Banco Central a que valore la necesidad de ponderar en (sic) dentro del sistema de evaluación en el apartado de ventajas adicionales; el factor de mayor rendimiento, conforme lo dispuesto en la normativa que menciona en su respuesta, concretamente el artículo 65 del Decreto No. 25584-MINAE-H-P.” **R-DCA-209-2006 de las 8:00 horas del 11 de mayo del 2006.**

155. Vehículos. Requerimientos.

“Debe quedar claro a la objetante que la Ley de Tránsito no petrifica las características que se solicitan como condiciones de admisibilidad, en el tanto discurren sobre criterios distintos. Aquellas, las de la Ley de Tránsito, constituyen características mínimas para que el vehículo ingrese a nuestro país; no obstante, ya se ha reiterado el criterio de que esas características no se proyectan necesariamente como condiciones únicas de admisibilidad, en el tanto la industria automotriz evoluciona y perfecciona características técnicas en una forma más rápida de lo que se modifica una ley. Para efectos de participar en una licitación lo que se considera es que la característica no sea exclusiva de un fabricante, caso en el cual adquiere sentido que se valore su puntuación, pero en el tanto exista una característica que reúnen varios potenciales proveedores y se pueda dar una competencia leal entre ellos, no es factible limitar a la entidad a características que quedaron plasmadas en la ley, pero como condiciones de ingreso de los vehículos a nuestro país, por ejemplo el que la dirección esté a la derecha. En el caso particular, además, la objetante no fundamenta técnicamente en que le restringe su participación en este concurso, motivo adicional para rechazar dicho extremo...” **(R-DCA-426-2006 de las 8:00 horas del 23 de agosto del 2006).**

156. Vehículos. Valoración de la experiencia.

“Al respecto, hemos de indicar que ya esta Contraloría General en innumerables ocasiones ha determinado que la valoración de la experiencia de una empresa en la venta, representación y distribución de vehículos debe hacerse en forma proporcionada y razonada. Siguiendo esta línea jurisprudencial, se ha determinado que a la hora de valorar la antigüedad del oferente de vehículos en el mercado nacional, es razonable evaluar un máximo de 10 años, distribuyendo porcentualmente el puntaje entre los concursantes a partir de este valor (al respecto véase R-DAGJ-402-2006). En el caso bajo examen la Administración licitante evalúa efectivamente las ventas de los camiones realizadas en los últimos diez años, lo cual se ajusta a los parámetros indicados.” **(R-DCA-475-2006 de las 8:15 horas del 18 de setiembre del 2006).**

157. Vehículos. Garantía.

“Ahora bien, sobre el tema de las garantías a los vehículos, ya este Despacho ha determinado en ocasiones anteriores que éstas pueden ser brindadas por el distribuidor, y no necesariamente por el fabricante. En este sentido se ha indicado lo siguiente: “...”En efecto, al aceptar la Administración únicamente como válidas las garantías respaldadas por el fabricante se está limitando la participación de posibles oferentes en forma arbitraria, ya que como se indicó, dicha garantía bien puede ser dada válidamente por el fabricante o por el distribuidor.” **(R-DCA-289-2006 de las 8:00 horas del 14 de junio del 2006).**

158. Vehículos. Parámetros de análisis. Discrecionalidad administrativa.

“Este órgano contralor ha venido enfatizando —con mayor constancia en los últimos meses— que la actividad de elaboración de los carteles en compra o arrendamiento de vehículos es responsabilidad exclusiva de cada administración pública, misma que en su creación y propuesta final puede establecer discrecionalmente todos aquellos requerimientos técnicos dirigidos a garantizar la idoneidad final del eventual contratista, y seleccionar —de entre a los elegibles— al mejor de los proponentes. Y más allá de la mera confección de un cartel, esta institución considera que las administraciones públicas pueden establecer normas limitativas o restrictivas, siempre que se acompañe de justificación técnica o legal; en suma, el cartel debe responder a la eficiencia perseguida en cada proceso de compra, principio que es bastante bien desarrollado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en su Voto 14421-2004, del 17 de diciembre del 2004. Así, las limitaciones que se imponen en un cartel, o las mismas puntuaciones a determinados elementos técnicos (sean de los denominados “preferibles” o de otro tipo) son, como regla de principio, decisiones discrecionales que deben ser positivamente consideradas por este órgano contralor, sede que desde luego no permitirá un quebranto al bloque normativo,

pero que tampoco limitará más allá de lo correspondiente o procedente, ese margen de acción discrecional de cada sujeto público en la determinación de su necesidad y el planteamiento particular en cada cartel. Por ende, si se establece un cartel con normas restrictivas o aspectos técnicos calificables dirigidos a la escogencia del oferente más idóneo, éste, para este órgano contralor, tiene de entrada justificación técnica o legal y, por ende, son respetables por las partes; salvedad hecha, como se ha indicado, de que se fundamente o pruebe por parte interesada un quebranto al marco legal, mas esto deberá ser la excepción, no la regla. En esta misma línea es que se ha indicado... / (R-DCA-329-2006, 9:30 horas del 5 de julio del 2006). Asimismo, insiste la jurisprudencia en que... /". (R-DCA-415-2006, de las 8:00 horas del 17 de agosto del 2006)". **(R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).**

159. Vehículos. Carga total. Soporte en cada eje. Decisión del fabricante.

"...con respecto al alegato sobre la capacidad de los ejes y la carga a transportar, esta División observa que el cartel opta por una fórmula mixta; en efecto, en los inciso d) y e) del pliego se dispone una capacidad de admisibilidad en el diseño del eje delantero no inferior a los 6500 Kg., para servicio pesado; y una capacidad de diseño de eje posterior no menor de 24000 kg. Estos dos datos, evidentemente, son mínimos ya que por otro lado, la administración ha decidido evaluar con 5% propuestas de capacidades mayores a esos mínimos. La explicación dada por la administración deja claro, como es lo esperado, un buen conocimiento de la necesidad por satisfacer. En ese sentido, se habla de diversos materiales por transportar, del gran peso de éstos, del uso total de la capacidad de los camiones, y otros. Sin embargo, conforme al antecedente que cita la objetante (R-DCA-418-2006, de las 9:00 horas del 12 de julio pasado), en la especie esta División ordena a la Municipalidad eliminar los datos mínimos en kilogramos de los ejes delantero y trasero ya que la distribución del peso lo define el fabricante, distribución que debe respetar, aún así, el dato de los 12 metros cúbicos de capacidad que han sido planteados en el objeto del concurso y el peso o carga final mínima por soportarse, ambos datos han de quedar claramente establecidos en el cartel. Ahora, en atención a las consideraciones administrativas, bien se puede puntuar el ofrecimiento de camiones que soportan mayores cantidades de carga, sin que el peso que soporte cada eje sea tema a regular en el pliego. En esto, importa reseñar una parte de la resolución citada por el objetante; así "*... es cierto que fijar capacidad mínima de los ejes limita la participación de eventuales oferentes que no alcancen este mínimo, lo cual debe estar sustentado técnicamente...*" (Subrayado no es del original), por lo que en la especie esta División considera que existe criterio técnico sobre ese interés final de la administración de premiar vehículos que soporten mayores cantidades de carga del mínimo que se dispone. De esta manera, la administración queda facultada para otorgar puntaje a aquellos oferentes que le propongan camiones con soporte de carga final mayor al mínimo que dice el pliego de condiciones en su apartado de cláusulas de admisibilidad. Nótese, por otro lado, que la propia administración indica que los porcentajes de carga en los ejes ronda entre los 20-25% y 75-80%, delantero y trasero; así, pues, es evidente la incerteza de qué cantidades en los ejes posterior y trasero son los técnicamente más indicados. Importante es, entonces, que el camión tenga como un todo una capacidad de carga determinada, sin que deba regularse cuánto de esa soportará cada eje; la administración sí puede otorgar puntaje por vehículos que le reporten una mayor cantidad de carga a la mínima requerida; el planteamiento de esto queda a discreción razonable de la administración. Se declara parcialmente con lugar el recurso en este primer extremo, al tenor de lo expuesto antes". **(R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).**

160. Vehículos. Potencia del motor. Eficiencia.

"...la objetante parte correctamente del entendimiento de que el cartel dispone de camiones a partir de ciertos requerimientos técnicos y que, de éstos, es claro el dato de la potencia que se ocupa. Sin embargo, lo mínimo (que es de 300 HP en el caso) no priva a la administración puntuar aquellos ofrecimientos que le hagan de potencias mayores al amparo de un deseo de allegar mayor eficiencia. Es de recibo el argumento administrativo por lo que se declara sin lugar el recurso en este segundo extremo". **(R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).**

161. Vehículos. Fines y discreción del sistema de calificación. Preferibles. Modulación de la jurisprudencia.

"...el sistema de calificación de ofertas busca sacar a relucir las diferencias cuantitativas y cualitativas entre los oferentes elegibles. Claro está, éste solo se aplica a los oferentes que ya son elegibles técnica, legal y financieramente

para la administración. El planteamiento del cartel y, desde luego, del sistema de evaluación de ofertas surge de una labor discrecional de cada administración pública, basado por supuesto en criterios de razonabilidad y de orden técnico. Supone tal trabajo el cabal respeto al bloque de legalidad, pero con especial énfasis se debe guiar todo su proceso por el principio de eficiencia, enunciado rector de la materia y que encamina todo acto o conducta a la satisfacción plena y oportuna del interés público. Salvo que la propia administración o el órgano contralor, según la competencia en esta materia, declaren lo contrario, el pliego de condiciones se presume acorde a ese bloque de legalidad en todo momento. Ahora, en el caso específico, se tiene que el puntaje de “preferencias técnicas” es por un total de 15% del sistema de evaluación, según la letra expresa del cartel. En detalle se da 50% por precio; 10% en plazo de entrega; 15% en preferencias técnicas; 5% año o modelo; 10% en experiencia y respaldo y 10% en garantía de funcionamiento. La objetante remarca que la administración está otorgando hasta 20 puntos en preferibles (considera además la empresa los 5 puntos por año o modelo de los camiones), desconociendo con ello la jurisprudencia del órgano contralor. Sin embargo, es necesario precisar los alcances de precedentes como los citados por la parte. En efecto, esta Contraloría General ha señalado que los “preferibles”... / (R-DAGJ-874-2005, de las 9:00 horas del 16 de diciembre del 2005). Sin embargo, siendo cada caso particular, esta División no puede anular cláusulas cartelarias por el mero enunciado de antecedentes que, si bien parecen señalar una pauta de resolución, no pueden, aún así, dejar de lado la consideración puntual de lo que se debate en expediente, y máxime cuando se ofrece razones, criterios y demostraciones necesarias de valoración. Como se ha indicado, el cartel es el resultado de una labor discrecional de cada administración; tal instrumento se presume en armonía con el resto del marco normativo superior, salvo que se demuestre técnica o legalmente por parte legitimada que ello no es así. De entrada esta División apunta que la objetante se limita a citar antecedentes jurisprudenciales, sin motivar, fundamentar o probar que lo dispuesto en el cartel no es proclive a obtener un mejor resultado para el interés público. Sea, en la especie el recurso se limita a citar jurisprudencia, mas no explica técnicamente lo improcedente de evaluar el soporte de pesos superiores, de una mayor velocidad o de vehículos de años recientes; en suma, el potencial oferente no fundamenta que el cartel, en lo recurrido, está causando una limitación a la libre concurrencia u otros principios de la materia, más allá de lo justificable; por ende, solo por esto el recurso yerra en su debida fundamentación y por ello debe declararse sin lugar en este extremo. Ahora, jurisprudencia como la indicada por la parte sirve de referencia para que ésta apoye los argumentos técnicos de fondo, mas no puede convertirse en el único dicho por la razón, ya comentada, de que cada caso es particular, siendo en esa medida que se analiza la legalidad final del pliego de condiciones. Así las cosas, correctamente la Contraloría General ha expresado que un 10% en “preferibles” es un número razonable de frente a otros requerimientos de mayor peso en el todo del sistema de evaluación de ofertas. Ese 10% parte, asimismo, de un sistema de evaluación de plicas simple, es decir, el clásico sistema de 100%, y una sola fase. **Pero**, como se ha intentado explicar, esa jurisprudencia es analizable —y aplicable— a partir de las peculiaridades de cada proceso. De esta manera, dependiendo de la necesidad de compra, de los elementos de admisibilidad incorporados, de las explicaciones y justificaciones que brinde cada administración, del sistema de evaluación propuesto y su menor o mayor complejidad en su aplicación, entre otra serie de referencias, así será, pues, la modulación de los precedentes del órgano contralor al tenor de las competencias legalmente establecidas y de una tutela al interés público. No puede soslayarse la libertad administrativa en la propuesta de cada cartel, y obviamente ese pliego parte de la formulación de una serie de regulaciones justificadas; presumir lo contrario no es de recibo. Bajo esta inteligencia es que se ha dicho... / (R-DCA-456-2006, de las 8:00 horas del 8 de setiembre del 2006). Nótese en la especie, y en la valoración de esas referencias comentadas, y por ende de la razonabilidad de lo que dispone el cartel, que la objetante se limita a citar jurisprudencia, sin detallar y fundamentar excesos legales o técnicos (o lesiones a principios como la libre concurrencia u otros), mientras que la Municipalidad brinda una serie de explicaciones sobre la pertinencia de los “preferibles técnicos”, mismos que denotan favorecer el principio rector de la materia como lo es la eficiencia. Así, la Municipalidad señala, entre otros... / Por ende, en el contradictorio la administración, concedora de la necesidad pública, motiva de buena manera el cartel dado a conocer. Para el caso, entonces, esta División no observa como desproporcionado, ilógico o carente de razonabilidad que la administración dé puntaje por una mayor potencia del motor (10%) al mínimo de 300 HP o por mayor cantidad de soporte de carga final del camión (5%); y esto se dice una vez que se ha leído con atención la serie de explicaciones justificativas de la licitante, sin dejar de considerar, desde luego, la objeción planteada. Qué elementos se consideran como preferibles o no, es una decisión discrecional de la administración, lo mismo que el puntaje que al final de cuentas decida la licitante, puntaje que desde luego debe ser razonable de frente a

lo que se considera como preferibles, y el resto de factores sustantivos del pliego en el aparte del sistema de calificación. En la materia de estudio, y como se ha intentado señalar líneas atrás, la jurisprudencia no inhibe a que se pueda entrar a considerar las razonables condiciones de cada caso. Todo lo contrario, la jurisprudencia sirve pero para iluminar las acciones de las administraciones públicas, pero quedando al final de cuentas la elaboración del cartel bajo su responsabilidad. De establecerse pautas generales en la jurisprudencia (*como esta de que un 10% de preferibles parte de ser un número razonable*), éstas siempre *han de ser flexibles por la sencilla razón de que la individualidad de las necesidades y cada objeto contractual son particulares*. Cada administración, en tanto posea suficiente sustento técnico y razonable en el establecimiento de su cartel (y del sistema de evaluación), éste debe estar acorde al bloque de legalidad y, en esta creación discrecional. Como se ha comentado, esta institución ciertamente ha venido indicando (Entre otras en las resoluciones R-DAGJ-471-2005; R-DAGJ-516-2005; R-DAGJ-583-2005; R-DAGJ-2005 y R-DCA-314-2006) que los “preferibles” no pueden puntuar más de un 10% del total (se parte de que ese total es 100%), sin embargo, esta posición, se vincula con la libertad razonable de confección cartelaria que posee la administración y, especialmente, en lo referido a la elaboración puntual del sistema de calificación de plicas; en esto hay una verdad fundamental que no puede desconocer este órgano contralor: es la administración la que mejor conoce la necesidad de compra, y es bajo tal necesidad que la administración valora, redacta y determina, finalmente, su cartel y dentro de éste, el sistema de calificación de ofertas (*recordar los alcances de la R-DCA-456-2006, de las 8:00 horas del 8 de setiembre del 2006, citada ut supra*). Las justificaciones que la administración presente deben denotar una acción amparable en la razonabilidad (sea establecer un 15% en preferibles, o los mismos 5 puntos por año o modelo de los vehículos), algo que se tenido por la argumentación técnica que ha hecho la licitante y, como se ha indicado, que consta en expediente. En ese sentido, esta División valora la pertinencia de lo que se evalúa, y si ello reportaría una mejor satisfacción del interés general. Se resalta que el argumento básico de la objetante radica en que la jurisprudencia contralora ha determinado que no se pueden otorgar más de 10 puntos por preferibles, pero de esto no se pasó a fundamentar o probar que esos preferibles, como ventajas técnicas de más en los oferentes, sean improcedentes, desproporcionados o carentes de lógica de frente al fin último por satisfacerse con los vehículos por adquirir. Por tanto, dado que la discusión radica en que la administración decide dar hasta 15 puntos en los “preferibles técnicos” o 5 puntos por el modelo o año, el hecho de calificar esos dos elementos, que técnicamente se comprenden proclives a garantizar mayor eficiencia en la compra, es factible. Bajo estas consideraciones se reitera que se declara sin lugar el recurso en este tercer extremo y se advierte de cómo es que debe comprenderse y aplicarse jurisprudencia como la utilizada por la parte”. (R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).

162. Vehículos. Año siguiente al concurso.

“...este Despacho considera que, estando prácticamente a mediados de año, es viable requerir como requisito de admisibilidad que los vehículos sean modelo 2007 por lo que no necesariamente tiene que aceptar la Administración que los vehículos a recibir sean de años anteriores, aunque éstos estén nuevos. (...) Ténga presente la objetante, que la presente contratación se encuentra en ciernes, en la etapa del llamado a contratar y de consolidación del cartel, por lo que es de esperar que, luego de superadas todas las etapas que conforman el procedimiento de licitación pública, incluso el refrendo del contrato y la fase de ejecución contractual, la entrega efectiva de los vehículos estaría ocurriendo a finales del presente año, o bien, a inicios de próximo año, momento en que ya las agencias cuentan en su haber, o por lo menos estarían en capacidad entregar en su momento, vehículos año 2007.” (R-DCA-313-2006 de las 8:30 horas del 26 de junio de junio del 2006).

163. Vehículos. Barras de protección en las puertas.

“Resulta aquí de especial interés recordar que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, esa característica ha sido considerada como una característica de admisibilidad en determinados casos (R-DAGJ-424-2005 de las 10:30 horas del 13 de julio de 2005). (...) En consecuencia, siendo que la Administración argumenta y, con razón, que las barras protectoras en las puertas resultan necesarias para proteger la vida de los ocupantes del vehículo, aspecto que no ha sido desvirtuado por la objetante, se declara sin lugar este extremo del recurso. En adición, tampoco se ha indicado que esa característica sea exclusiva de una marca distribuida en el mercado, que amerite entonces ponderarla en el sistema de evaluación; por el contrario, en tanto hay competencia en el mercado entre aquellos que cumplen con una característica útil a la seguridad de los ocupantes, no hay óbice para incorporar,

en general, tal especificación como un requisito de admisibilidad.” (R-DCA-329-2006 de las 9:30 horas del 5 de julio del 2006).

164. Vehículos. Doble bolsa de aire.

“En primer término debemos indicar que los parámetros de la Ley de Tránsito no pueden convertirse en un límite a las especificaciones que con carácter de admisibilidad soliciten las entidades públicas. En tal caso, ello implicaría petrificar las especificaciones en una Ley. Por otra parte, dentro de lo indicado arriba, las bolsas de aire son un aditamento que se ha venido agregando a los vehículos para incrementar la seguridad de sus ocupantes en caso de colisión (...) No obstante, como bien lo apunta la Administración, el artículo 21 de nuestra Constitución Política destaca, como principio fundamental del ordenamiento jurídico costarricense, la inviolabilidad de la vida humana; de ahí que el Estado no debe escatimar esfuerzos para implementar un efectivo ejercicio de ese derecho, lo cual no puede dejar por fuera a sus propios funcionarios. Actualmente, la llamada doble bolsa de aire constituye un dispositivo de seguridad de uso común en las unidades que se distribuyen en nuestro medio y con el que se pretende proteger la vida de los ocupantes de un vehículo; por lo que, si la Administración considera pertinente incluirlo como un requisito de admisibilidad, esto no resulta ni desproporcionado ni irracional.” (R-DCA-329-2006 de las 9:30 horas del 5 de julio del 2006).

165. Vehículos. Calificación del combustible diesel.

“Sobre el punto, se estima que el recurrente no ha logrado acreditar en qué aspectos o rubros se confiere una ventaja a los vehículos de combustible diesel, de tal suerte que haya hecho un ejercicio de las puntuaciones del sistema de evaluación acreditando cómo según sus posibilidades se limita en forma real la participación de vehículos de gasolina. Por lo demás, tampoco se ha demostrado que no esté en posibilidades de ofrecer vehículos de tipo diesel para los ítems que objeto o de que se trate de un mercado en que una sola empresa está en posibilidad de ofrecer. Así entonces, siendo que no se ha hecho un ejercicio de cuáles ítems en su caso, le limitarían las posibilidades de participar, se debe **declarar sin lugar** el recurso en este extremo. En el mismo sentido, no existe una limitación arbitraria, en el tanto, la entidad ha brindado razones que, en la situación actual le hacen inclinarse por preferir un tipo de unidad con combustión a diesel, ejercicio que no luce arbitrario...” (R-DCA-301-2006 de las 8:00 horas del 20 de junio del 2006).

166. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.

“Finalmente, también conviene apuntar que el tema de experiencia antes que un factor de evaluación debería consistir en un extremo de carácter obligatorio razonablemente fijado, por lo que resulta necesario que se establezca una experiencia mínima como requisito de admisibilidad y si se estima necesario y se razona y justifica establecer una ponderación adicional por los excesos de esa experiencia mínima.” (R-DCA-220-2006 de las 11:30 horas del 15 de mayo del 2006).

167. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.

“En cuanto al punto en cuestión, debe indicarse primero que todo que en materia recursiva la carga de la prueba la tiene la quién afirma, de tal forma que si el recurrente considera que dos años es un tiempo razonable para la consolidación de una marca es necesario que presente un argumento plausible provisto de la prueba que en cada caso sea pertinente, lo cual en este caso concreto no se hace. Por otro lado, la Administración atendió el recurso no solo con razones que justifican la cláusula, sino también con ejemplos conocidos en el mercado nacional en donde dos años no fue un lapso tiempo suficiente para tener por consolidado un vehículo. Así, entendemos que, en muchos casos, la estabilidad o presencia de una marca en el mercado dependerá de la estrategia de posicionamiento del representante local (existen incluso casos de marcas que tienen bastante tiempo en el país pero hasta en fecha reciente se han logrado posicionar en el mercado), pero lo cierto es que también la Administración debe asegurarse un adecuado resguardo de la inversión de fondos públicos. De esa forma, siendo que el recurrente no ha logrado acreditar cuál es lapso de tiempo razonable para que una marca pueda asentarse en el mercado y brindar el respaldo suficiente, debe declararse sin lugar el recurso en este extremo.” (R-DCA-301-2006 de las 8:00 horas del 20 de junio del 2006).

168. Vehículos. Experiencia mínima como admisibilidad.

“Ahora bien, la experiencia es uno de los puntos que se puede incluir no sólo como un requisito de admisibilidad (cuando en virtud de razones suficientes cuando sea conveniente fijar un mínimo razonable de experiencia a cumplir por todos los oferentes), como una ventaja comparativa al calificar las ofertas, o una mezcla de ambos (otorgando puntos a los que tengan mayor experiencia con respecto al mínimo que se establezca para la admisibilidad de la oferta)”. **R-DCA-329-2006 de las 9:30 horas del 5 de julio de 2006.**

169. Vehículos. Sistema de frenos ABS.

“...la producción de vehículos automotores experimenta una constante evolución, lo cual se refleja en el aumento de los estándares actuales, permitiendo que lo que ayer era una característica exclusiva de una marca, cada día sea más el estándar en la mayor cantidad de marcas de vehículos representadas debidamente en nuestro país. En tal sentido, el mercado actual ofrece unidades con características y accesorios que facilitan el manejo y dan mayor seguridad, sobre todo para aquellos vehículos que serán destinados a viajes largos y por caminos difíciles y que anteriormente fueron considerados como de lujo, no obstante en la actualidad ese tipo de dispositivos – como indicamos- han pasado a ser estándar en la mayoría de los vehículos que ofrece una gran parte del mercado automotriz. Sin embargo, acogemos el allanamiento de la Administración, con la reserva que dejamos planteada, a fin de que en este caso, el sistema de frenos ABS deberá requerirse de forma preferible y se puntúe razonablemente.” **R-DCA-313-2006 de las 8:30 horas del 26 de junio de junio 2006.**

170. Vehículos. Garantía del representante con respaldo del fabricante.

“Sobre el particular, estimamos que la Administración despeja la incertidumbre del objetante ya que es claro que el responsable directo será, en todo momento, el representante local que es quien se obliga de frente a la Administración, sin dejar de lado, eso sí, el respaldo del fabricante a través de la garantía que ésta haga sobre los repuestos, que es precisamente lo que destaca la Administración y lo que en definitiva le interesa por ser el fabricante el único que puede garantizar dicho aspecto. Ambas garantías son tratadas de igual forma por lo que no consideramos que la cláusula deba sufrir modificación alguna. Se declara sin lugar la objeción.” **R-DCA-292-2006 de las 9:30 horas del 14 de julio de 2006.**

171. Vehículos. Garantía del representante con respaldo del fabricante.

“Al contestar la audiencia especial la Administración deja claro que lo solicitado es la garantía del fabricante; sin embargo, como lo apunta la objetante, este Despacho ha considerado que un cartel bien podría solicitar tanto garantía del fabricante como garantía del representante, cuando este sea distribuidor autorizado del fabricante para rendir esa garantía (...). De ahí que, procede declarar con lugar este extremo del recurso.” **R-DCA-329-2006 de las 9:30 horas del 5 de julio de 2006.**

172. Vehículos. Motor. Vida útil es ponderable en el sistema de evaluación.

“La entidad puede definir discrecionalmente cuáles son los factores de evaluación, de modo que para acordar su remoción por vía del recurso de objeción deberá alegarse un uso abusivo de esas facultades discrecionales, al amparo del numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, de modo que no habiéndose hecho ese ejercicio por parte de la inconforme, se declara sin lugar el punto.” **R-DCA-292-2006 de las 9:30 horas del 14 de julio de 2006** (esta posición fue validada en la resolución R-DCA-301-2006, se recomienda ver cartel en el expediente de objeción).

173. Vehículos. Protección del motor.

“Se declara sin lugar la objeción, vista la finalidad a la cual estarán dispuestas las unidades, con fundamento en nuestras resoluciones R-DCA-228-2006 de las 8:00 horas del 18 de mayo de 2006 y R-DCA-241-2006 de las 9:30 horas del 25 de mayo de 2006. (...) En este caso, la entidad alega que los vehículos serán utilizados para giras y trabajos de campo, uso para el cual esa especial protección se justifica, lo cual nos lleva a reiterar lo resuelto y a declarar sin lugar la objeción.” **R-DCA-313-2006 de las 8:30 horas del 26 de junio de junio 2006.**

174. Vehículos. Preferibles. Concepto.

“Al hablar del concepto de preferible de una característica técnica, nos referimos al caso de una característica que no es fundamental para la satisfacción de la necesidad de la Administración, sino que es básicamente una posibilidad u opción de frente a la cual la Administración manifiesta su interés por coadyuvar de una mejor manera al cumplimiento del fin a que será destinado el objeto del concurso. Por lo demás es una característica que debe tener un fundamento técnico, jurídico o económico, es decir, el establecimiento de una condición como preferible responde a un deseo razonado de la Administración en función de los objetivos que persigue con el concurso. Es por ello que el establecimiento de preferibles en el cartel no puede limitar la participación, sino que debe establecerse justamente como “preferible” dentro del pliego de condiciones, lo cual no obsta para que la Administración pueda asignarle una puntuación razonable en el sistema de evaluación, porque es justamente mediante esa puntuación que se le asigna un verdadero valor o peso y lo cual nos puede llevar a decir que el preferible no tiene una naturaleza ajena a cualquier cláusula del sistema de evaluación (en la medida que lo que hace es reflejar apropiadamente, diferencias cualitativas y cuantitativas), pues considera las diferencias de carácter cualitativo en función del objeto licitado. En ese sentido, tal y como cita el Instituto licitante, nos hemos referido en otras oportunidades a la ponderación de las características preferibles dentro del sistema de evaluación, no obstante, también se ha delineado algunos criterios (ver resolución R-DAGJ-515-2004 de las 12:00 horas del 30 de agosto de 2004) para hacerlo como son : a) Existencia de un sustento jurídico o técnico, b) La puntuación debe ser razonable, c) Aspectos que pueden estimarse como ventajas que aportan un valor agregado al objeto licitado (que bien pueden ser tecnológicas, o bien, pueden establecer en función del destino o finalidad perseguida con el objeto licitado), es decir, deben ser trascendentes (sobre la trascendencia como principio del sistema de evaluación puede verse el oficio 1390 del 11 de febrero de 1999).” **R-DAGJ-362-2005 de las 12:00 horas del 21 de junio de 2005.** *(Complementar con R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).*

175. Vehículos. Preferibles. Ponderación podría exceder el 10% del sistema de evaluación.

“Sobre la ponderación superior a 10% en el caso de los denominados “preferibles”, se aclara a la recurrente que esa ponderación límite ha sido referida a casos en los que el sistema de selección de ofertas es solamente de una fase. En este caso, el Instituto haciendo eco de muchas de las resoluciones de esta Contraloría General, ha establecido como requisitos de admisibilidad una serie de aspectos que normalmente se ponderan dentro del sistema de evaluación (experiencia, garantías, etc.), lo cual ha dado paso a que los parámetros considerados como “preferibles” sean ponderados dentro del sistema de evaluación con base a 100% y se disponga de una nota mínima para pasar a la fase de valoración económica. De esa forma, no se están dejando de lado los criterios esgrimidos por esta Contraloría General toda vez que el sistema de selección de ofertas del cartel, resulta abiertamente diferente al sistema tradicional de una fase. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso en este extremo.” **R-DCA-301-2006 de las 8:00 horas del 20 de junio de 2006.** *(Complementar con R-DCA-498-2006 de las 8:00 horas del 29 de setiembre del 2006).*

176. Vehículos. Taller de servicio.

“Donde sí es inconsistente el sistema es con la premiación de puntos para quien disponga de un taller autorizado por el fabricante, por cuanto ese es un requisito mínimo y, por ende, de admisibilidad de la propuesta. Ahora bien, de acuerdo con nuestra jurisprudencia reiterada, la puntuación de un requisito de admisibilidad es un contrasentido, puesto que la admisibilidad determina elementos sin los cuales la propuesta no se considera elegible, de manera que una empresa sin un taller acreditado por el fabricante, ni siquiera podría ser considerada dentro del elenco de ofertas que pasan a ser calificadas. (...) En otro orden, es importante sugerir a la entidad que si le interesa puntuar otros talleres, indique las localidades donde resulta de su particular necesidad que esos talleres se ubique, pues ciertamente, disponer de más talleres de agencia, certificados por el fabricante, ciertamente sí resulta un componente que podría agregar valor en la selección de la oferta más conveniente...” **R-DCA-316-2006 de las 8:00 horas del 28 de junio de 2006.**

177. Vehículos. Vagonetas. Fabricante y ensamblador.

“En relación con el punto objetado, es reconocido que en el mercado se brindan ambas soluciones, tanto de una marca que asume la responsabilidad por ensamblaje del chasis y la góndola, así como casos en donde existen empresas que se dedican a ensamblar el chasis y la góndola aunque no fabrican en sentido estricto el equipo. De

esa forma, la pretensión de la recurrente no resulta ajena a la realidad del mercado, sobre la cual la Administración en su respuesta ha señalado únicamente que pretende adquirir la vagoneta como una unidad. Siendo que el argumento de la Administración es justamente la relevancia que tiene la adquisición del todo, es evidente el interés de que sea un solo fabricante quién se haga responsable por el funcionamiento del equipo, pero en modo alguno ello significa que sea un fabricante quien deba construir todas las partes de la vagoneta (...) De este modo, si quien vende el chasis requiere acudir a un ensamblador, el cartel podría arbitrar esa posibilidad real que se da en el mercado y disponer de qué modo se comprueba el extremo que interesa, a saber el de experiencia, a fin de que la entidad lo verifique. Esto desde luego no exime al contratista que vende el todo, es decir, la vagoneta, de presentar las respectivas garantías sobre el chasis y la góndola que, sería en todo caso con quien la entidad establece el contrato.” **R-DCA-220-2006 de las 11:30 horas del 15 de mayo de 2006.**

178. Vehículos. Experiencia. Ventas de vehículos. Ventas de marca y modelo.

“El objeto de todo sistema de evaluación de ofertas es marcar diferencias cualitativas y cuantitativas en los proponentes; se trata de lograr hacer ver al más idóneo de los oferentes elegibles; en ese sentido, el que las cláusulas del sistema busquen otorgar puntajes para ir determinando, conforme se corre cada factor, al potencialmente adjudicable, es lógica derivación de lo que, precisamente, busca el sistema indicado. Ahora, esta División, luego de analizar las cláusulas del cartel, no observa acto arbitrario alguno en premiar a las empresas que demuestran tener mayor cantidad de años vendiendo una determinada marca y, por otro lado, asignar puntaje a quién demuestra mayores ventas de vehículos, esto, lo reiteramos, se encamina bajo la presunción del sistema de evaluación de ofertas de marcar las diferencias entre los proponentes, conforme a la necesidad pública y el objeto del contrato por celebrarse. Es más, en cuanto a la antigüedad de la empresa, nótese que se refiere a plazo de tiempo vendiendo o distribuyendo la marca (sea, se está ante un elemento de marca genérico), mientras que para lo otro, si es más limitado porque se evalúan las ventas realizadas de la marca y estilo de vehículos cotizados. Por tanto, conforme el norte del sistema de evaluación, no se observa un acto ilegítimo por parte de la administración... / Así, el hecho de que el sistema potencialmente premie con mayores puntajes a firmas que han vendido más vehículos o que tienen más tiempo de estar en el mercado, en lo absoluto hace ver un cartel que premia marcas específicas, sino un remedio a partir del cual se escogerá al más de los idóneos (sobre el tratamiento que se ha venido dando a estos aspectos en carteles con este tipo de objetos puede consultarse, entre otras, las R-DAGJ-101-2005; 187-2005; 189-2005; 209-2005; 243-2005; 245-2005 y 252-2005). Por tanto, se declara sin lugar este segundo aspecto del recurso”. **(R-DCA-246-2006, de las 8:30 horas del 25 de mayo del 2006).**

179. Vehículos. Cilindrada y potencia. Requisitos de admisibilidad. Número de válvulas. Preferible.

“...este Despacho ha emitido sendas líneas jurisprudenciales: uno es el tema de la potencia y cilindrada del motor, y otro el del número de válvulas del motor. La resolución N° R-DCA-272-2006-BIS, hace referencia al aspecto de potencia y cilindrada del motor, en donde efectivamente esta Contraloría General ha seguido la tesis de que es necesario establecer rangos que especifiquen límites máximos y mínimos respecto a la potencia y el cilindrada del motor, que permita el estudio comparativo de las plicas... / Distinto es el caso del número de válvulas del motor, donde la jurisprudencia de este Despacho a mantenido la tesis de que se trata de una especificación más que todo de naturaleza preferible: *“Una vez establecidos los rangos para la potencia y para el cilindraje, consideramos que carece de interés requerir, además, un determinado número de válvulas, a lo sumo ello podrá establecerse de forma preferible pero no como un requerimiento único para ofertar en este concurso.”* (Resolución N° R-DAGJ-557-2005...”. **(R-DCA-342-2006 de las 9:30 horas del 13 de julio del 2006). (En el mismo sentido, R-DCA-314-2006 de las 9:00 horas del 16 de junio del 2006).**

180. Vehículos. Rangos de dimensiones del vehículo. No pueden ser definidos como preferibles.

“La objetante solicita que las dimensiones correspondientes a longitud, anchura y altura libre y total del vehículo sean definidas como “preferibles”. Al respecto, esta Contraloría General ha sido del criterio de que, cuando se establecen en un cartel los rangos de dimensiones del vehículo, estos no podrían ser definidos como “preferibles” y por ello tampoco tendría sentido que se incluyan en el sistema de calificación...; lo anterior por cuanto los rangos mínimos y máximos de las dimensiones que la Administración técnicamente sustente como mínimos aceptables —según las características del vehículo que se requiere para satisfacer la respectiva necesidad

pública— se constituyen en condiciones de admisibilidad que todos los oferentes deben cumplir para resultar elegibles...”. (R-DCA-415-2006 de las 8:00 horas del 17 de agosto del 2006).

181. Vehículos. Carga de la prueba. Potencia de vehículos.

“Sobre el particular, debemos indicar que en este órgano contralor ha sido insistente en la importancia de la carga de la prueba en cuanto a los aspectos objetados, de tal suerte que si el recurrente menciona que los vehículos con un rango de potencia como el solicitado son de una cilindrada mayor, tal circunstancia necesariamente debe acreditarse. De esa forma, si la objetante pretende que se varíe la potencia porque los rangos de cilindrada coinciden con potencias menores en el promedio de vehículos del mercado, ese hecho debe demostrarse fehacientemente en el recurso. La mayor o menor posibilidad de participar con modelo específico del fabricante representado, no significa que la Administración se encuentra en la obligación de ajustar los rangos fijados cartelariamente, sino solo en aquellos casos en que se acredite sustentadamente la limitación de la participación reseñada. Por lo expuesto, no puede aceptar este Despacho el allanamiento de la Administración dejando la cilindrada como preferible, de tal suerte que si a la hora de confeccionar el cartel se realizaron estudios de mercado y concluyeron que esos rangos de potencia son posibles de ofrecer con esa cilindrada, debe necesariamente realizarse la defensa de la cláusula y no dejarla como preferible, pues podría llegarse al absurdo de que se empiecen a cotizar vehículos de cilindradas nada cercanas al un rango de 1650 cc (por ejemplo 2.200 o 2.800 cc para una potencia de 100 kw), con las inconsistencias que puede tener respecto de las necesidades de la Administración”. (R-DCA-373-2006 de las 13:30 horas del 24 de julio del 2006).



Publicaciones
→ → → → → Cgr

Versión: Digital

Documento reproducido por la sección de Publicaciones de la Contraloría General de la República.

Noviembre 2006