

R-DJ-151-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica. San José, a las ocho horas del veintiuno de abril de dos mil diez. -----

Recursos de apelación interpuesto por **Proyectos Turbina S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Contratación Directa N° 01-2009** promovida por el **Ministerio de Educación Pública**, para la Construcción de la Escuela Juan XXIII, acto recaído a favor de la empresa **Construcciones Peñaranda S.A.** -----

RESULTANDO

I. Que mediante escrito del quince de febrero del presente año, la empresa Proyectos Turbina S.A., presentó recurso de apelación en contra el acto de adjudicación del Concurso No. 2009PP-000010-PROV, promovido el Ministerio de Educación Pública (en adelante MEP), para la Construcción de la Escuela Juan XXIII. Principalmente, la empresa recurrente aduce que la empresa adjudicataria presenta y precio ruinoso y que adicionalmente no cumplió con un requisito cartelario como lo era el de aportar tres cartas de recomendación. -----

II. Que mediante el auto de las trece horas del diecinueve de febrero de dos mil diez se procedió a solicitar el expediente administrativo del concurso al MEP. Ante lo cual el MEP, remitió el expediente de la contratación por medio del oficio N° DIEE-DC-0279-2010 del 22 de febrero de 2010, que consta de dos tomos y 866 folios. -----

III. Que por medio del auto de las once horas del tres de marzo de dos mil diez, se concedió audiencia inicial por el improrrogable plazo de cinco días hábiles a la Administración y a la empresa adjudicataria para que se refirieran a los argumentos expuestos por la firma apelante en su escrito de interposición del recurso. Tanto la Administración como la empresa adjudicataria presentaron escritos atendiendo la audiencia conferida por este Despacho. -----

IV. Que a través del auto de las nueve horas con treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil diez, se le concedió audiencia final a las partes por el plazo de tres días hábiles. -----

V. Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, y -----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados. 1) Que el Ministerio de Educación Pública promovió, con base en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la Contratación Directa No. 01-2009 para la Construcción de la Escuela Juan XXIII. Al realizarle el acto de apertura de ofertas a las 11 horas del 18 de enero de 2010 se presentaron los oferentes: Construcciones Peñaranda S.A. (oferta No.1), Bucknor

Consultores (oferta No.2), Proyectos Turbina S.A. (oferta No.3), Inmobiliaria CA y CR del Norte (oferta No.4), Consorcio Alejandro Arias Colombari y Germán Sánchez Mora (oferta No.5), R y S Consultores S.A. (oferta No.6), Inmobiliaria Bases Sólidas (oferta No.7) y Construcciones Agroindustriales JOMAFO S.A. (oferta No.8) (ver folios 84, 152 y 153 del expediente administrativo). **2)** Que el MEP comunica a los potenciales oferentes la promoción por parte de la Junta de Educación de la Escuela Juan XXIII, con el asesoramiento de la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE), de la contratación directa 01-2009, señalando que en la página web del Ministerio de Educación Pública en la dirección [http://www.mep.go.cr/Infraestructura /Cinformacion.aspx](http://www.mep.go.cr/Infraestructura/Cinformacion.aspx) se encontraban las condiciones generales del cartel de la contratación de obra y mantenimiento de infraestructura educativa y las especificaciones técnicas. (ver folios que van del 86 al 100 del expediente administrativo). **3)** Que el cartel del concurso en comentario se conformaba de dos partes (ver folio 086 del expediente administrativo) **3.1)** Que en la primera parte del cartel denominada: “Condiciones Generales del Cartel de Contratación de Obra de Mantenimiento de Infraestructura Educativa”, se estableció lo siguiente: “*ESTUDIO Y ADJUDICACIÓN / Se adjudicará la oferta que cumpliendo con todos los requisitos establecidos en este cartel presente el menor precio.*” (ver página 15 de las Condiciones Generales del Cartel de Contratación de Obra de Mantenimiento de Infraestructura Educativa). **3.2)** Que dentro de las “Especificaciones Técnicas para la Construcción Primera Etapa se estipularon como criterios que prevalecen para el escogimiento de la oferta, los siguientes: Monto de la oferta económica 60 puntos, Experiencia del Profesional o de la Empresa, desde su incorporación al CFIA 20 puntos y Plazo de entrega de la obra 20 puntos (ver folio 023 del expediente administrativo) **3.3)** Que en relación con la experiencia se especificó lo siguiente: “*Experiencia: Se solicitará como requisito de admisión que el proveedor tenga su haber 2 obras de 800 m² como mínimo en los últimos dos años, en edificaciones de escuelas, condominios, edificaciones comerciales o similares a lo solicitado en los planos de este cartel y por lo menos 3 cartas de recomendación de clientes. No podrán calificar empresas que hayan sido condenadas por incumplimientos contractuales.*” (ver folio 023 del expediente administrativo). **4)** Que dentro de la oferta de la empresa Construcciones Peñaranda S.A. se adjunta un cuadro con las principales obras construidas en los últimos años (ver folios del 0159 al 0165 del expediente administrativo), en el que se destacan en lo que interesa las siguientes obras: **4.1)** Requerimiento N° 32, Licitación Pública 2007LN-001869-01, referente a la remodelación de la sucursal de Limón del Banco Nacional en el año 2009, con un área de construcción de 1800m² y un valor de ₡216.418.317,10, teniendo como fecha de inicio el 29 de setiembre

de 2008 y fecha de conclusión 22 de marzo de 2009 (folio 0160 del expediente administrativo). **4.2)** Licitación Pública 10-2006 para construcción de la oficina periférica de Quepos del Banco Popular en el año 2008, con un área total de construcción de 1015m² y un valor de ¢534.661.692,93, teniendo como fecha de inicio febrero de 2008 y fecha de conclusión febrero del 2009 (ver folio 0160 del expediente administrativo). **4.3)** Licitación Pública 01-2006 para la construcción del Colegio Bilingüe de Sarchí PROMECE MEP en el año 2007, con un área total de 1676m² y un valor de ¢189.788.296,00, con fecha de inicio febrero del 2007 y fecha de conclusión junio del 2007 (ver folio 0160 del expediente administrativo). **4.4)** Que la oferta económica de la empresa Construcciones Peñaranda es de ¢498.956.155,32 (cuatrocientos noventa y ocho millones novecientos cincuenta y seis mil ciento cincuenta y cinco colones con 32/100) (ver folio 194 del expediente administrativo) y la oferente presente el detalle y el desglose de su propuesta económica (ver folio 191 y 192 del expediente administrativo). **5)** Que por medio del oficio DIEE-DC-AF-003-2010, suscrito por la Licenciada Jenny Jiménez Alvarado en su calidad de Contadora – Administrativa del Área Financiera del Departamento de Contrataciones, manifiesta que la oferta presentada por Construcciones Peñaranda S.A. “*Cumple con lo establecido en el cartel. (...)*” (ver folio 0771) **6)** Que mediante la resolución N° 02/10 del 08 de febrero del año en curso, se adjudicó la contratación directa N° 01-2009 promovida por el Ministerio de Educación Pública y la Junta Administrativa de la Escuela Juan XXIII de San Antonio de Escazú para la construcción de la Escuela Juan XXIII, a la empresa Construcciones Peñaranda S.A. (ver folios 0795 a 0797 del expediente administrativo). **7)** Que adjunto a su recurso el apelante aporta un gráfico diferencial, que muestra la diferencia entre la oferta económica de Construcciones Peñaranda S.A. y el presupuesto original del consultor contratado por la Junta Administrativa, mostrando que la oferta de la empresa adjudicataria es un 20.82% menor que el presupuesto original de la Junta Administrativa (ver folio 011 del expediente de apelación). **8)** Que al contestar la audiencia inicial conferida, por medio de escrito del 10 de marzo del presente año, la empresa Construcciones Peñaranda S.A. además de referirse a los alegatos de la empresa apelante, adjunta los siguientes documentos: **8.1)** Oficio L-0616-2010 del 18 de febrero del 2010, mediante el cual la Licenciada Lorena Herradora Chacón en su calidad de Proveedora General del Banco Nacional de Costa Rica, certifica que la empresa Construcciones Peñaranda S.A. efectuó las remodelaciones en el edificio de la Sucursal de Limón, mediante la Licitación Pública 2007LN-001869-01, requerimiento N° 34, iniciando la obra el 29 de setiembre de 2008 y finalizando el 22 de abril del 2009, con un área de proyecto de 1800m² y un valor de ¢196.519.660,10. Dentro del mismo oficio, la

Licenciada Herradora agrega: “*Asimismo, aclarar que este proyecto fue recibido conforme a planos y especificaciones, en el tiempo acordado y de forma satisfactoria.*” (ver folio 132 del expediente de la apelación). **8.2)** Constancia de obra construida, emitida por el Ingeniero Juan Picado Salvatierra del Departamento de Infraestructura y Proyectos del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, en la cual se hace constar que a la empresa Construcciones Peñaranda S.A. le correspondió construir la Sucursal del Banco Popular en Quepos. Añade que dicha obra fue iniciada el 12 de febrero del 2008 y concluyó el 13 de febrero del 2009, con un área total de 1015m² y un valor de \$534.661.692,93. En mismo documento el Ingeniero Juan Picado indica: “*(...) hago constar que la obra indicada fue recibida a tiempo y de forma satisfactoria (...)*” (ver folio 124 del expediente de apelación). **8.3)** Constancia de obra construida, emitida por el Ingeniero Carlos Miranda Chavarría en su calidad de Coordinador de Infraestructura de PROMECE, en la cual se hace constar que la empresa Construcciones Peñaranda realizó la construcción de la primera etapa del Colegio Experimental Bilingüe de Carchi, bajo la Licitación Pública 01-2006, iniciando el proyecto en febrero del 2007 y concluyendo en junio del mismo años, con un total de área de construida de 1673m² y un monto total de \$189.788.296,00. Adicionalmente el Ingeniero Carlos Miranda, manifiesta que: “*(...) hago constar que fue recibida a tiempo y con calidad satisfactoria, no hubo ejecución de garantía ni multas (...)*” (ver folio 135 del expediente de la apelación). -----

II. Sobre la competencia de esta Contraloría General para conocer el recurso. En el presente caso, nos encontramos frente a un concurso promovido al tenor de lo dispuesto en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en el cual se establece una habilitación expresa para que tanto las Juntas de Educación como las Administrativas, acudan al procedimiento de contratación directa concursada, cuando el objeto de la contratación lo constituyan la construcción o el mantenimiento de la infraestructura educativa. Esta habilitación fue incorporada al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en conocimiento de las urgentes necesidades latentes que existen a lo largo del territorio nacional en lo que a infraestructura educativa se refiere. De ese modo, la excepción en estudio, se incluyó dentro de la normativa, procurando agilizar y hacer más eficiente el trámite de los procedimientos tendientes a la construcción o mantenimiento de la infraestructura educativa, entiendo a la educación como uno de los pilares básicos para el desarrollo. Específicamente, el numeral en comentario dispone lo siguiente: “*Artículo 137.— Construcción y mantenimiento de infraestructura educativa. Para la construcción y mantenimiento de infraestructura física educativa, tanto las Juntas de Educación como las Administrativas, podrán acudir al procedimiento de contratación directa concursada, para lo cual será*

necesario invitar a un mínimo de tres potenciales oferentes. / Para la adecuada aplicación de este mecanismo, el Ministerio de Educación Pública y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, adoptarán las disposiciones generales en las que se establezcan las medidas de control interno necesarias para garantizar la más eficiente y eficaz administración de los fondos públicos involucrados en estas contrataciones, así como los medios que permitan a las Juntas acceder a la asesoría legal y técnica requerida, tanto para la fase de elaboración del cartel, como para la valoración de ofertas y la ejecución contractual. /Dentro de la organización del Ministerio respectivo, se establecerá una unidad encargada de ejecutar esta labor así como autorizar el inicio de cada contratación particular. La falta de esta autorización generará la nulidad de todo el procedimiento.” En ese sentido, si bien existe una habilitación a favor de las Juntas de Educación y las Juntas Administrativas, en virtud de la cual las contrataciones que se deban realizar para la construcción y el mantenimiento de la infraestructura educativa se pueden efectuar a través del procedimiento de contratación directa concursada –invitando a un mínimo de tres potenciales oferentes- dentro de la habilitación concedida no existe disposición alguna tendiente a excepcionar este tipo de procedimiento de la aplicación del régimen recursivo especial regulado en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. En relación con este tema, el criterio de este Despacho en cuanto a la interpretación de este tipo de normas ha sido el mismo aplicable a la plenitud de las normas del sistema jurídico costarricense, es decir que su interpretación debe guardar armonía con el resto del ordenamiento jurídico. De manera tal, que la habilitación del artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, debe entenderse como una exclusión de la aplicación de los procedimientos de contratación definidos en la Ley No.7494, que corresponda aplicar en virtud del monto, pero no puede hacerse extensiva a la desaplicación del régimen recursivo especial esbozado en la Ley de Contratación Administrativa y mucho menos de los principios que rigen la materia de contratación administrativa. En ese orden, el contenido de la norma en comentario no significa, bajo ningún término, una exclusión de las atribuciones conferidas constitucionalmente al órgano contralor en cuanto a la fiscalización de los fondos comprometidos en los procedimientos de contratación a través de la tutela de los principios de contratación administrativa –emanados de la regulación dispuesta en el artículo 182 constitucional- para procurar la selección del contratista idóneo. Esto por cuanto, según se extrae del contenido del Título XIII, Capítulo II, artículo 183 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República se configura como el órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa encargado de la vigilancia de la Hacienda Pública, ostentando para ello, absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores, en relación

con otros poderes y con la facultad para intervenir toda entidad pública. Dentro de esa filosofía, en el artículo 184 de la Constitución se definen las amplias y fundamentales atribuciones y deberes, asignadas por parte del constituyente, a este órgano contralor. Bajo este escenario, el criterio de este Despacho es que tratándose del conocimiento de las impugnaciones en materia de contratación administrativa, la habilitación dispuesta en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no viene a limitar las competencias de este órgano contralor, de conformidad con las cuales le corresponde el conocimiento de los medios de impugnación establecidos en la Ley de Contratación Administrativa, independientemente de la denominación del procedimiento que se haya seguido. Bajo esa misma línea, si bien el artículo 137 mencionado anteriormente, estipula que el Ministerio de Educación Pública en conjunto con el Ministerio de Obras públicas, podrán definir las disposiciones generales en las que se establezcan las medidas de control interno necesarias para garantizar la más eficiente y eficaz administración de los fondos públicos involucrados en estas contrataciones, esto no implica que puedan determinar la inaplicación de los medios recursivos especiales correspondientes. Por ende, la competencia para el conocimiento de los recursos en las contrataciones realizadas con fundamento en el artículo 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, viene delimitada por el monto del concurso, de manera tal que corresponderá a este Despacho conocer las acciones recursivas interpuestas en aquellos casos en los que la cuantía alcance los límites definidos para activar su competencia como jerarca impropio. A mayor abundamiento, aun cuando la competencia de este órgano contralor, emana de la Constitución Política y de la Ley de Contratación Administrativa, por lo que no podría ser desaplicada a través de una norma de rango inferior, el propio Decreto Ejecutivo N° 34075-MEP en el que se definen ciertos aspectos en cuanto a la tramitación de las contrataciones derivadas del artículo 137 del Reglamento, no se establece ninguna regulación atinente a la materia recursiva en el caso específico de este tipo de contrataciones. Retomando lo que viene dicho, el artículo 137 de reiterada cita, no hace mención alguna con respecto a las acciones recursivas aplicables para las contrataciones relacionadas con la infraestructura educativa, por consiguiente, queda claro que la exclusión aplica exclusivamente para la aplicación de los procedimientos ordinarios definidos en la Ley No.7494. Analógicamente, en relación con en este supuesto conviene mencionar el criterio sostenido por este Despacho en relación con las Administraciones cuyos procedimiento de contratación se rigen por los principios que rigen la materia de contratación administrativa. En otras resoluciones, dicho criterio ha sido expuesto en la resolución N° R-DCA-091-2008 de las 10 horas del 7 de marzo del 2009, en la que este órgano indicó lo siguiente: “...la

Contraloría General ostenta una jerarquía impropia con respecto a los recursos de apelación que se presenten contra los actos que en materia de contratación realicen las instituciones o empresas públicas, según las condiciones que para ello rigen en la normativa vigente. Por otra parte, la potestad que ostenta un oferente de recurrir en esta sede se encuentra inmersa dentro del principio de control de los procedimientos, el cual es uno de los principios que informan la contratación administrativa y que tienen un sustento constitucional, de ahí que estos principios le son aplicables a la actividad que en materia de contratación...” Recapitulando, de conformidad con el análisis expuesto, se ha demostrado que no existe definición expresa en cuanto al procedimiento recursivo aplicable para las contrataciones desarrolladas para la construcción y mantenimiento de infraestructura educativa, razón por la cual es necesario realizar una interpretación armónica de las normas para lograr determinar el régimen recursivo aplicable. Así las cosas, considerando los elementos fácticos descritos, aplicar un criterio en sentido contrario, sería contrario a la jerarquía normativa y las labores encomendadas al órgano contralor por parte del Constituyente y el legislador ordinario, referidas al resguardo y protección de la Hacienda Pública. Consecuentemente, este Despacho concluye que esta Contraloría General ostenta la competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto. -----

III. Sobre la nulidad aducida por parte de la Administración. La Administración en el escrito de contestación de la audiencia inicial conferida por este Despacho, argumenta además de la falta de competencia, que visto el recurso interpuesto por la empresa indicada y realizado el análisis correspondiente al expediente administrativo de la contratación en cuestión, se logró determinar que a las especificaciones técnicas de los planos constructivos se le introdujeron sistemas de evaluación de ofertas diferentes e incompatibles a los comprendidos en las condiciones generales del cartel de licitación. Las condiciones generales del cartel establecen que se adjudicará la oferta que cumplimiento con los aspectos legales, técnicos y financieros ofrezca el menor precio, y en las especificaciones técnicas un sistema de puntaje sobre el precio, experiencia, plazo de ejecución, lo cual, según su criterio causa nulidad del procedimiento de contratación al no haber un parámetro objetivo que permita adjudicar, por lo que solicitan declarar nulo el presente procedimiento. **Criterio del Despacho.** El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, faculta a particulares poseedores de un derecho subjetivo o de un interés legítimo a reclamar la nulidad absoluta de actos y contratos administrativos. En este caso, la Administración viene alega la existencia de elementos que ameritan el declarar la nulidad del procedimiento que nos ocupa, siendo que a su juicio, existen condiciones cartelarias contradictorias, por

cuanto existe una parte general que estipula una forma de evaluación (solo precio) y después en la parte general se dispone una forma de evaluación distinta. Al respecto este Despacho ha tenido por acreditado que efectivamente existen cláusulas cartelarias que contienen un sistema de evaluación diametralmente distinto (ver hechos probados No. 3.1 y 3.2), sin embargo es entendible –y así se colige del hecho que ningún oferente ha advertido tal condición- que las condiciones generales marcan la pauta sobre aspectos básicos y aplican en lo no regulado por parte de las condiciones específicas de la contratación. El pliego de condiciones se llegó a consolidar teniendo los dos sistemas de evaluación, pero es claro que el sistema aplicable al presente concurso es el regulado por parte de las condiciones especiales de la contratación. Por otra parte, en virtud del principio de conservación del acto administrativo, el acto debe anularse si y solo si resulta ser demostradamente contrario al ordenamiento jurídico y causa lesiones a los derechos e intereses de las partes, ya que como es sabido no procede declarar la nulidad por la nulidad misma (artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública). No obstante, hasta la fecha no existe oferente alguno que haya esgrimido algún argumento en función de la lesión causada en su contra al existir dos sistemas de evaluación dentro del mismo pliego de condiciones. Particularmente, en el caso bajo análisis, resulta sumamente clara la ausencia de lesión o perjuicio a los oferentes, puesto que en cualquiera de los dos escenarios (sistema de evaluación de las condiciones generales o de las condiciones específicas) el resultado del concurso sería el mismo. Lo anterior, por cuanto Construcciones Peñaranda S.A. resultaría adjudicataria para cualquiera de los dos supuestos y la empresa apelante en caso de lograr demostrar la inelegibilidad de la empresa adjudicataria, resultaría ganadora del concurso al ocupar el segundo lugar de la calificación con la aplicación de cualquiera de los dos sistemas de evaluación. Llama la atención de este Despacho que la propia Administración consciente de la urgencia que se tiene para la ejecución del objeto contractual, solicite la nulidad del procedimiento cuando desde todo punto de vista es factible y procedente optar por la conservación del acto administrativo. Aunado a lo expuesto, es evidente el grave perjuicio que la anulación del procedimiento tendría para el interés público y el atraso que esto significaría para la construcción del inmueble educativo que se pretende realizar, por lo que procede **declarar sin lugar** la solicitud de declarar nulo el presente procedimiento. -----

IV. Sobre la legitimación del recurso interpuesto por Proyectos Turbina S.A. El numeral 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA) dispone que “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo*”, en ese sentido, el precepto legal de citas impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para

determinar la procedencia o no del estudio de los argumentos en los que el apelante apoya su recurso. En este caso, los alegatos esbozados por la empresa recurrente se dirigen directamente a intentar demostrar que la oferta de la empresa adjudicataria no cumple con los requisitos dispuestos en el cartel, por cuanto además de no presentar las cartas de experiencia, presenta un precio ruinoso que la Administración no ha procedido a analizar. Así que desde su punto de vista, ante la inelegibilidad de la oferta adjudicataria, al ocupar el segundo lugar luego de la aplicación del sistema de evaluación, su propuesta sería la mejor oferta elegible y debería resultar adjudicataria. Razón por la cual, para efectos de analizar la legitimación que le asiste a la empresa recurrente, es preciso realizar un análisis en cuanto a los dos incumplimientos atribuidos a la oferta de la empresa adjudicataria, para determinar si le asiste o no un mejor derecho que lo consagre como el legítimo adjudicatario del procedimiento de contratación en comentario. **Criterio del Despacho.** Para que en el presente caso, el apelante cuente con suficiente legitimación para interponer obtener un resultado positivo de su acción recursiva, al menos uno de sus alegatos debe estar suficientemente razonado y fundamentado como para que posterior al análisis de fondo, se demuestre el mejor derecho que le asiste. Dentro de esa lógica, corresponde analizar en primer orden el alegato presentado por parte del recurrente en cuanto a la razonabilidad del precio ofertado por la empresa adjudicataria. Concretamente aduce la empresa recurrente que aduce que en la adjudicación efectuada por medio de la resolución N° 02/10 no se hace referencia al análisis técnico de las ofertas donde se compare los precios de cada oferta presentada y los precios de cada rubro, para así determinar que técnicamente las ofertas cumplen con los materiales, mano de obra, equipo, utilidad, imprevistos y dirección, tal y como lo exige a su criterio, el artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en el punto a) y d) al regular lo referente al precio inaceptable, para el que señala: “*Artículo 30.—Precio inaceptable. Se estimarán inaceptables y en consecuencia motivo de exclusión de la oferta que los contenga, los siguientes precios: a) (...) La Administración deberá indagar con el oferente si con el precio cobrado será capaz de cumplir con los términos del contrato (...) / d) (...) La Administración deberá acreditar en el estudio de ofertas, mediante un estudio técnico, las razones con base en las cuales concluye que el precio es inaceptable (...)*” Al respecto, como primer elemento de análisis es menester señalar que en relación con la fundamentación de los recursos de apelación, el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, señala que: “*(...) El apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones, y cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios, aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales*

calificados en la materia que se impugna. (...)” Como se observa el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es sumamente claro al referirse al tema de la fundamentación del recurso de apelación. Dicho numeral, dispone que en el escrito de interposición del recurso, se debe indicar no solamente la infracción sustancial del ordenamiento jurídico, sino que además el apelante debe aportar la prueba pertinente y suficiente que respalde sus alegatos. Adicionalmente, el mismo precepto legal señala que cuando dentro de su fundamento, para justificar la existencia de un mejor derecho a su favor, exista discrepancia con respecto a los estudios sobre la base de los cuales se origina el acto de adjudicación, corresponde a la apelante rebatir en forma razonada tales estudios, mediante la aportación de dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados en la materia impugnada. En el caso de marras, además de los alegatos desarrollados en su recurso, el recurrente alega que la Administración no efectuó el estudio correspondiente a la razonabilidad del precio de la oferta adjudicataria, sin embargo no aporta el criterio técnico correspondiente mediante el cual demuestre su decir y únicamente remite a un gráfico mediante el cual se muestra la diferencia del 20.82% existente entre el precio de la oferta adjudicataria y el presupuesto inicial de la Junta Administrativa (ver hecho probado No.7), pero no indica mayor detalle ni presenta mayores elementos que le demuestren a este órgano la existencia de un precio ruinoso que haga inelegible la oferta presentada por Construcciones Peñaranda S.A. En relación con ese mismo gráfico, cabe agregar que la empresa recurrente, no realiza una relación entre dicho gráfico y el desglose del precio de la empresa adjudicataria, haciendo ver la ruinosidad alegada en su recurso y la forma en que se imposibilita satisfacer las necesidades de la Administración. Por el contrario, lo único que acredita la prueba aportada, es que el precio de la empresa adjudicataria se ajusta al presupuesto existente y además presenta las mejores condiciones dentro del concurso promovido. De lo que viene dicho, se desprende que sus argumentaciones se debieron dirigir a demostrar fehacientemente, que el precio ofertado por la empresa recurrente cabía dentro de los supuestos de precio ruinoso definidos en la normativa vigente, a través de criterios técnicos que analizaran desde el punto de vista técnico-financiero, el desglose de los componentes del precio que presenta la empresa adjudicataria (ver hecho probado No.4.4). En concordancia con lo expuesto, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en su mero decir y la referencia a la diferencia porcentual entre el presupuesto de la Junta Administrativa y la oferta de la empresa adjudicataria. Contrariamente, dentro del expediente administrativo, se aprecia el análisis financiero de las ofertas (ver hecho probado No.5) que por más laxo que parezca, no ha sido desvirtuado por parte de la empresa recurrente. A mayor abundamiento, la Administración considera que la oferta de la empresa

adjudicataria se acopló en su plenitud a las condiciones cartelarias y a la normativa vigente, por cuanto al no existir prueba suficiente en contrario, no es posible para este Despacho rebatir lo expuesto por parte de la Administración, razón por la cual se procede a **rechazar de plano** este argumento por improcedencia manifiesta, al existir falta de fundamentación. Sin detrimento de lo anterior, adicionalmente, la empresa recurrente presenta como alegato que la empresa adjudicataria omitió presentar las cartas de referencia requeridas en el cartel, razón por la cual resulta inelegible y debe ser excluida del concurso bajo estudio. En relación con este punto, con vista al expediente administrativo, se comprueba que la efectivamente la empresa adjudicataria no aportó las cartas de recomendación requeridas, por lo que procede pasar a estudiar este alegato en cuanto al fondo, para efectos de determinar si este incumplimiento resultar ser suficiente para declarar inelegible la oferta de la empresa adjudicataria. -----

IV. Sobre la fondo del recurso interpuesto por Proyectos Turbina S.A. La empresa recurrente sostiene que el cartel requería la presentación de por lo menos 3 cartas de recomendación de clientes y la empresa adjudicataria no cumplió este requisito en el momento oportuno y se trata de una condición con la cual todos los oferentes estuvieron de acuerdo al no haber sido objetada en su momento. Añade que la empresa adjudicataria acepta haber incumplido con la presentación de las cartas y ahora presentan cartas que no son aceptables ya que están extemporáneas y fuera del requisito de admisión. Señala que de aceptar estas cartas, se estaría violentando las ofertas que si presentaron todos los requisitos establecidos en el cartel del concurso. Considera que no se trata de un hecho histórico sino más bien de un requisito de admisibilidad incumplido, por cuanto el listado de obras y cartas de recomendación son requisitos que la Administración no está obligada a validar sino que cada oferente debe demostrarlo en su oferta. La empresa adjudicataria por su parte contesta que su representada es una empresa constructora que cuenta con una vasta experiencia no solo por sus años de operación sino sobre todo por la cantidad de proyectos de obra pública que ha ejecutado. Agrega que dentro de su oferta presentaron un cuadro de experiencia detallando 116 de las principales obras ejecutadas durante los últimos 10 años, con lo que se cumple sobradamente el requisito de experiencia de la empresa o del profesional a cargo, solicitado en el cartel. Aducen que no presentaron dichas cartas de recomendación en virtud de que la gran mayoría de estas obras fueron realizadas para el propio Ministerio de Educación Pública. Sin embargo, para no dejar lugar a dudas, adjuntan 3 constancias de obra construida con sus respectivos detalles. Señala que dicho defecto resulta ser a todas luces subsanable por tratarse de un hecho histórico debidamente referenciado en la oferta y que por tanto no tendría la virtud de descalificar la oferta. **Criterio del Despacho.** Como elemento de primer

orden, es preciso señalar que tal y como lo ha sostenido este Despacho en múltiples oportunidades el cartel representa el reglamento específico de la contratación. En tal sentido, una vez que una cláusula cartelaria se consolida, es necesario que los potenciales oferentes cumplan a cabalidad con dicha cláusula dentro de su búsqueda por ganar el concurso de que se trate. En ese orden, tenemos que dentro del concurso recurrido, se estableció como uno de los requisitos de necesario cumplimiento que se presentaran por lo menos 3 cartas de recomendación de clientes (ver hecho probado No.3.4). en ese sentido, se tiene por acreditado que la empresa adjudicataria no adjuntó a su oferta las cartas referidas, sin embargo procede a aportarlas durante el trámite del recurso de apelación, de modo tal que el punto relevante para efectos de la resolución es determinar si se trata o no de un aspecto subsanable. Para poder llegar a hacer dicha determinación, de seguido es menester hacer mención de la normativa que permitirá dilucidar si la no presentación de las cartas de recomendación se puede tomar con un aspecto subsanable dentro de las condiciones presentadas en el caso en conocimiento. El numeral 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa indica claramente que *“Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida”*; en esa misma línea, el artículo 81 brinda una lista ejemplificativa y no taxativa, de los aspectos subsanables de las ofertas, dentro de los cuales se distingue en los que interesa para efectos de la resolución: *“Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes: (...) i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta. Esto es procedente aún tratándose de aspectos relacionados con la calificación de la oferta.”* De las normas citadas, se desprende con meridiania claridad que efectivamente aquellos documentos necesarios para acreditar la información incorporada en la oferta desde la fecha de su presentación (y en todo momento antes de la apertura de ofertas) y que hayan sido referenciados en la plica, son aspectos subsanables que el oferente puede aportar en caso de ser necesario, sin que esto signifique una trasgresión del principio de igualdad de ofertas al no existir ventaja indebida alguna que el oferente interesado pueda obtener. Sobre este tema, se ha dicho que la información que conste en la oferta desde la apertura de éstas son hechos históricos y nada impide que con el fin de demostrar la veracidad de la información que ya consta dentro de la plica, sea confirmada a través de documentación dirigida a efectuar tal corroboración. Sobre este tema ha indicado este órgano contralor

que: *“Ahora bien, en lo que respecta a referenciar “en forma completa” en la oferta un determinado aspecto, es necesario señalar que este órgano contralor entiende que se trata de la referencia a elementos que permitan conocer el cumplimiento de un determinado aspecto sin conceder ventajas indebidas a los oferentes. De esa forma, entiende este órgano contralor que resulta factible aun tratándose de cláusulas propias de la evaluación -como en este caso fue la experiencia- que sean referenciados algunos aspectos del parámetro evaluable y posteriormente pueda subsanarse la información, bajo el entendido de que no existe una ventaja indebida o manipulación indebida, en tanto se trata de hechos ocurridos antes de la apertura de ofertas. En ese sentido, debe entenderse la norma referente a la subsanación del hecho histórico, como la información completa y suficiente como para corroborar un determinado aspecto, lo cual no significa en criterio de este órgano contralor que deba contarse con toda la información del elemento discutido; lo cual corresponderá analizar en cada caso concreto.”* (resolución No. R-DJ-327-2009). Una lectura diferente del instituto de la subsanación generaría más bien una situación que no solo afectaría a los potenciales oferentes por aspectos sobre los cuales no hay poder de disposición, sino que ineludiblemente sería contraria a los principio de eficiencia y de conservación de las ofertas. De cara a la resolución del caso particular, es claro que la empresa adjudicataria si bien incumplió con la presentación de las cartas de recomendación, presentó junto con su oferta información detallada sobre las obras construidas en los últimos años (ver hechos probados 4, 4.1, 4.2 y 4.3). Adicionalmente, por medio de la contestación de la audiencia inicial subsana el defecto advertido al aportar las 3 cartas de recomendación requeridas (ver hechos probados No. 8.1, 8.2 y 8.3). Además las cartas aportadas contienen información que ya había sido puesta en conocimiento de la Administración desde antes de la fecha de apertura de las ofertas, tratándose en consecuencia de hechos históricos que se constituyen precisamente en los aspectos a a que hace referencia el artículo 81, inciso i) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En consecuencia, el vicio apuntado por parte de la empresa apelante ya ha sido subsanado por parte de la empresa adjudicataria, tal y como lo permite la normativa vigente, razón por la cual no existe motivo alguno para determinar que la oferta presentada por la empresa adjudicataria es ilegible, de manera tal que se confirma como la legítima ganadora del concurso y resulta procedente declarar **sin lugar** el recurso interpuesto contra el acto de adjudicación dictado por la Administración. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 84 de la Ley de

Contratación Administrativa, y 167 de su Reglamento **se resuelve: 1) Declarar sin lugar el recurso de apelación** interpuesto por **Proyectos Turbina S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Contratación Directa N° 01-2009** promovida por el **Ministerio de Educación Pública**, para la Construcción de la Escuela Juan XXIII, acto recaído a favor de la empresa **Construcciones Peñaranda S.A.** **2) Declarar sin lugar** la pretensión de la **Administración**, en cuanto a declarar la nulidad del procedimiento de **Contratación Directa N° 01-2009.** **3)** Se confirma el acto de adjudicación de la **Contratación Directa N° 01-2009.** **4)** Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Gerente Asociada a.i.

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Alfredo Aguilar Arguedas.

AAA/mgs
NN: 03562 (DJ-1466-2010)
NI: 3230, 3790, 5009, 5021, 5061, 5928, 6529, 6598, 6627
G: 2010000572-2