

R-DCA-355-2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las doce horas del dieciocho de junio del dos mil trece. -----
Recurso de apelación interpuesto por **Desarrollos Urbanísticos Almada S.A.**, en contra del acto que declaró infructuosa la **Licitación Abreviada 2013LA-000002-01**, promovida por el **Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER)**, reparación de pistas de hormigón del Velódromo Nacional. -----

RESULTANDO

- I. Desarrollos Urbanísticos Almada S.A., presentó su recurso de apelación el 29 de abril de 2013. --
- II. Esta División a las 9 horas del 7 de mayo de 2013, requirió al ICODER el expediente administrativo de la licitación. -----
- III. Esta División a las 9 horas del 15 de mayo de 2013, confirió audiencia inicial al ICODER, por el plazo improrrogable de 5 días hábiles para que se refiriera a los argumentos de la apelante, la cual fue atendida en tiempo, mediante escrito agregado al expediente. -----
- IV. Esta División a las 14 horas del 22 de agosto de 2013, confirió audiencia especial a la apelante para que se refiriera a lo alegado en su contra al contestar la audiencia inicial por parte del ICODER, la cual fue atendida en tiempo, mediante escrito agregado al expediente. -----
- V. Esta División a las 13 horas del 27 de mayo, confirió audiencia final a las partes, la cual fue atendida en tiempo, mediante escritos agregados al expediente.-----
- VI. La presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I.- HECHOS PROBADOS: Para la resolución de este asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el ICODER promovió la Licitación Abreviada 2013LA-000002-01, reparación de pistas de hormigón del Velódromo Nacional, la cual fue declarada infructuosa (ver expediente administrativo). **2)** Que el cartel estableció en el artículo 8.1.15 que el oferente debía indicar en su oferta el tiempo de garantía que tendrá el trabajo. En el artículo 8.2.5 señaló que la obra civil, tanto el diseño de mezcla como en la ejecución, debe estar a cargo de un profesional atinente, incorporado al CFIA, debiendo darse sus calidades en la oferta y una nota firmada por él aceptando tal responsabilidad. En el artículo 9 determinó que entre los requisitos de admisibilidad, se debe presentar con la oferta el diseño de mezcla de concreto a utilizar, indicando la dosificación de los materiales, realizado y firmado por el profesional responsable a cargo de la obra. Posterior a la adjudicación y previo al inicio de labores será obligatorio para el contratista la

presentación del diseño de la mezcla indicada para el concreto a utilizar debidamente certificada por un laboratorio acreditado ante el ECA (ver folios 40, 41 del expediente administrativo). **3)** Que la apelante en su oferta ofreció como profesional responsable de la obra civil al ingeniero civil Gunther Longan Valderrama, y adjuntó nota suscrita por tal profesional en donde acepta tal responsabilidad; y ofrecieron como garantía de las obras según lo requerido en el cartel. No se adjuntó el diseño de mezcla de concreto a utilizar (ver folios 82, 84, 137 del expediente administrativo). **4)** Que el Estudio Técnico acredita que se presentó solo la oferta del apelante, quien no presentó el diseño de mezcla de concreto a utilizar indicando la dosificación de los materiales, y por tratarse de un requisito de admisibilidad tal oferta no puede ser tomada en cuenta, además no indicaron el plazo de la garantía de las obras, tal y como lo requería el cartel, se limitaron a manifestar que la garantía de las obras es según lo requerido en el cartel (ver folios 144 al 146, 150 del expediente administrativo). **5)** Que en el escrito de interposición del recurso la apelante señaló: *“Fundamentos. . II. Vigencia de la oferta y de la garantía de participación. Prorrogamos la vigencia de la oferta y la garantía de participación hasta que se de solución satisfactoria a la adjudicación de la Licitación Abreviada No 2013LA-000002-01.”* (ver folio 2 del expediente de apelación). -----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y EL FONDO: En el presente caso resulta indispensable analizar estos dos temas en forma conjunta, por lo que corresponde determinar si la oferta de la apelante adolece de algún vicio capaz de restarles la posibilidad de resultar eventual readjudicataria de este concurso. En ese sentido, deviene de relevancia recordar que todo recurrente que acuda ante esta sede a solicitar la anulación de un acto debe contar con una propuesta elegible y además acreditar que en caso de anularse el acto que recurre, sería el beneficiario con la adjudicación, pues de lo contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y lo señalado por este órgano contralor en reiteradas resoluciones, procede el rechazo de plano del recurso. **1) Diseño de mezcla de concreto:** Alega la apelante en su recurso que se excluyó su oferta por no adjuntar el diseño de mezcla de concreto, sea se excluyó la oferta por la omisión de un documento de admisibilidad, el cual no era imprescindible para la adjudicación, y su presentación posterior no presenta ventajas ante otros oferentes. De conformidad con lo señalado en el artículo 81.j RLCA, se pudo subsanar tal circunstancia. La presentación del diseño de mezcla si bien era un requisito de admisibilidad, no es un documento que presente ninguna ventaja competitiva, ya que para que esa dosificación se cumpla se debe realizar el diseño de mezcla. Sin embargo, ese diseño de mezcla no tiene validez hasta tanto no lo valide un laboratorio acreditado ante el ECA. Adjuntan con el recurso el diseño de mezcla del concreto a

utilizar realizado por el ingeniero Longan Valderrama, y así garantizar una resistencia del concreto a los 28 días de 300 kg/cm². Se amplían las garantías de participación y vigencia de la oferta. Si no llegaron más oferentes no se trataba por el diseño de mezcla, sea no hay fundamento de que por ese motivo no se recibieron otras ofertas. A la visita técnica se hizo presente la empresa que construyó el velódromo, quienes cuentan con todas las bases técnicas, tampoco Holcim tendría inconveniente alguno en cuanto a los diseños de mezcla y pruebas de concreto. La presentación posterior del diseño de mezcla no concede ventajas indebidas, sea pueden subsanarse los requisitos de admisibilidad. Con respecto al tema de las garantías de las obras se ajustaron a lo requerido en el cartel, y cualquier condición no prevista por el cartel debe recurrirse a la LCA, RLCA y Leyes Conexas, de acuerdo con el Código Civil la garantía es de 5 años para construcción, 10 años para vicios ocultos y 1 año para acabados, y esa es por ende la garantía que ofrecen. El diseño de mezcla contempla el concreto 300kg/cm², las chorreas se harán a partir de las 5pm, si bien es cierto se plantea como una receta, ello es como el pan de todos los días. El cartel requiere en el diseño de mezcla dosificación de materiales, y para ello no es necesario llevar un diseño de mezcla certificado por un laboratorio, sea su presentación no tiene ningún costo, sea para el oferente lo requerido era un diseño de mezcla por un profesional y para el adjudicatario el certificado por un laboratorio. Explican detalladamente en qué consiste un diseño de mezcla certificado por un laboratorio, y señalan que con el recurso ampliaron las garantías de participación y vigencia de la oferta. Por su parte, la **Administración licitante** señala que el cartel requería como requisito técnico de admisibilidad que con la oferta se debía presentar el diseño de la mezcla de concreto a utilizar indicando la dosificación de materiales. La oferta de la apelante fue excluida por no presentar tal diseño. Potencialmente algún otro posible oferente no presentó su oferta puesto que le faltaba tal diseño. No es cierto que la propuesta del diseño de la mezcla no es válido hasta llevarlo a un laboratorio y conseguir el punto requerido en el concreto, y de que ello es un requisito para el adjudicatario no es de recibo en esta etapa debió objetarse el cartel. El Velódromo Nacional tiene una pista de un tercio de km de longitud con pendientes transversales en las rectas de 10 grados y en las curvas de 30 grados, debe destruirse la mitad superior de la losa renovándola con una nueva capa delgada de 6.5 cm de grosor y con diseño de mezcla especial, esta losa delgada debe anclarse debidamente a la mitad inferior de la losa vieja y resistir adecuadamente, por ello se requirió como requisito técnico de admisibilidad el diseño de la mezcla a utilizar indicando la dosificación de los materiales, tipos y cantidades de agregados, tipo y cantidad de arena, tipo y cantidad de cemento, cantidad de agua, revenimiento máximo y el reforzamiento con fibras en cantidades convenientes de material tal como plástico, vidrio, acero u otro, que mejoren las características del concreto. El

diseño de la mezcla solicitado tiene una incidencia directa en el costo de la obra, al no presentarse debe suponerse que se afectó el precio final ofertado. Lo requerido no se trata de una receta estándar, sea este diseño no es una mezcla corriente sino especial, debió presentarse con la oferta y no agregarse posteriormente como una receta estándar, máxime que representa un costo. La nota fechada 19 de febrero aportada por la apelante con su recurso, lo que da es una lista de características de los agregados y una dosificación para obtener una determinada resistencia, pero no considera en forma integral la solución que requiere este proyecto en cuanto al diseño profesional de la mezcla, tampoco indica el tipo de cemento a utilizar ni otros componentes que requiera el diseño; y en la misma nota se señala que en caso de resultar adjudicados se realizará un nuevo diseño de mezcla con los agregados que se someterán a aprobación, lo que da a entender que no está correcto ese diseño, siendo en realidad una receta estándar que solo busca una determinada resistencia, pero no un comportamiento de mezcla como el solicitado. Es posible que algunas empresas no hayan participado por no cumplir con este requisito, concientes del grado de dificultad y del costo económico, por lo que el recurrente podría obtener una ventaja indebida. **Criterio para resolver:** El cartel requería que la obra civil, tanto el diseño de mezcla como en la ejecución, debía estar a cargo de un profesional atinente, incorporado al CFIA, debiendo darse sus calidades en la oferta y una nota firmada por él aceptando tal responsabilidad, y que se debía presentar con la oferta el diseño de mezcla de concreto a utilizar, indicando la dosificación de los materiales, realizado y firmado por el profesional responsable a cargo de la obra; y posteriormente a la adjudicación y previo al inicio de labores sería obligatorio para el contratista la presentación del diseño de la mezcla indicada para el concreto a utilizar debidamente certificada por un laboratorio acreditado ante el ECA (ver hecho probado 2). Tal y como lo explica pormenorizadamente la apelante, existen diferencias sustanciales entre un diseño de mezcla del concreto a utilizar que realiza un ingeniero profesional, y el realizado por un laboratorio certificado, este último es mucho más completo, sofisticado y conlleva la realización de una serie de pruebas, por el contrario el realizado por un profesional responsable se hace en base a su experiencia, y la dosificación correcta depende definitivamente de los laboratorios, dependiendo de una serie de factores, entre ellos la época climática. Ahora bien, tenemos que la apelante en cumplimiento de esos requerimientos cartelarios ofreció como profesional responsable de la obra civil al ingeniero civil Gunther Longan Valderrama, y adjuntó nota suscrita por tal profesional en donde acepta tal responsabilidad (ver hecho probado 3). No obstante, la apelante no adjuntó con su oferta el diseño de mezcla de concreto a utilizar, el cual debía ser realizado y firmado por el profesional responsable a cargo de la obra, en su caso por el ingeniero Longan Valderrama, lo aportó con su recurso de apelación, alegando que aunque se

estaba en presencia de un requisito de admisibilidad, el mismo podía ser subsanado, y el ICODER no se los previno. Bajo este panorama, frente a la resolución del recurso de apelación que se encuentra en conocimiento de esta División, conviene señalar que el punto central radica en determinar si la no presentación con la oferta del apelante del diseño de mezcla de concreto con indicación de la dosificación de los materiales, realizado y firmado por el profesional responsable, puede ser objeto de subsanación o bien si se configura como un elemento esencial de carácter insubsanable que amerita la exclusión del apelante que incumple con ese requisito de admisibilidad definido por el cartel. En el caso de marras, la apelante fue excluida precisamente porque en su oferta no cumplió con ese requisito de admisibilidad, presentó el referido diseño de mezcla con su recurso de apelación. Ahora bien, la disposición del artículo 80 del RLCA permite la corrección de aspectos subsanables o insustanciales, considerando al efecto: *“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.”*; y la disposición del artículo el 81.j del RLCA determina que será subsanable: *“j) Cualquier otro extremo que solicitado como un requisito de admisibilidad, sea requerido por la Administración, para una cabal valoración de la propuesta y no confiera una ventaja indebida frente a los demás oferentes. . .”*. Delimitado lo anterior, tenemos que la apelante con su recurso de apelación presenta el diseño de mezcla del concreto a utilizar con indicación de la dosificación de materiales, realizado y firmado por el ingeniero Longan Valderrama, lo que a criterio de esta División no implica ninguna ventaja indebida con respecto a otro oferente, en virtud de que en la presente contratación únicamente se recibió la oferta de la apelante, no hay otros oferentes (ver hecho probado 4), y que la presentación de ese diseño de mezcla no implica variación de los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, el plazo de entrega o las garantías de los productos. Por su parte, la Administración licitante estima que ese diseño de mezcla presentado por la apelante con su recurso de apelación, lo que da es una lista de características de los agregados y de su dosificación para obtener una determinada resistencia, pero no considera en forma integral la solución que requiere este particular proyecto, siendo en realidad una mera receta estándar que solo busca una determinada resistencia pero no un comportamiento de mezcla como el solicitado, olvidando la Administración que el cartel lo que requería como requisito de admisibilidad para el oferente era la presentación de un diseño de mezcla del concreto a utilizar con la indicación de la dosificación de los materiales, que es precisamente el que presenta la

apelante con su recurso de apelación realizado y firmado por el ingeniero Longan Valderrama, profesional responsable a cargo de la obra, en el cual se contempla el diseño de la mezcla y los agregados, en la tabla de actividades se observa que el concreto es 300kg/cm², y explica la apelante que si bien es cierto tal diseño se plantea como una receta, ya que han fabricado concreto de todo tipo en todo el territorio nacional, adicionalmente se presentan diferentes pruebas de resistencia (ver folios 10, 11, 46 al 58 del expediente de apelación). Además, es importante rescatar lo aducido por la apelante en el sentido de que este diseño de mezcla realizado por un profesional responsable exigido al oferente, no tiene ningún costo para la empresa, por lo que no es posible afirmar como lo hace el ICODER que si no se recibieron más ofertas, pudo haber sido porque no tenían ese diseño de mezcla de concreto a utilizar, el cual tiene una incidencia directa en el costo de la obra, este aspecto si hubiese sido relevante si el diseño de mezcla que se hubiese exigido al oferente fuera el realizado por un laboratorio acreditado ante el ECA, que como ya se explicó ese es un requisito de cumplimiento obligatorio pero para el adjudicatario, es decir, no hay una debida conexión causa-efecto en este argumento de la Administración. Bajo esa tesis, al tenor de lo dispuesto por las supracitadas disposiciones de los artículos 80 y 81.j del RLCA, resulta procedente la subsanación del requisito de admisibilidad de marras, no resultaba procedente desestimar por esa circunstancia la oferta de la apelante. **2) Garantía de las obras:** Alega la **Administración licitante** que otro de los motivos de exclusión de la oferta de la apelante, es que en su oferta no indicaron el plazo de garantía de las obras. Por su parte, **la apelante** manifiesta que se ajustaron a lo requerido en el cartel, y cualquier condición no prevista por el cartel debía recurrirse a la LCA, RLCA y Leyes Conexas, de acuerdo con el Código Civil la garantía es de 5 años para construcción, 10 años para vicios ocultos y 1 año para acabados, y ella es precisamente la garantía que se ha ofrecido. **Criterio para resolver:** El cartel requería que el oferente debía indicar en su oferta el tiempo de garantía que tendrá el trabajo (ver hecho probado 2), y la apelante en su oferta señaló en el aparte de garantía de las obras: según lo requerido en el cartel (ver hecho probado 3). Al contestar la audiencia especial y la audiencia final, la apelante reitera que con respecto a este tema de la garantía de las obras se ajustaron al cartel, y el mismo dispone que cualquier condición no prevista en el pliego de condiciones se regirá de conformidad con la LCA, con el RLCA, y Leyes Conexas. La garantía de las obras es regulada por la Ley 63, por los artículos 1185 al 1187 del Código Civil, en donde se señala que la garantía para obras de construcción es de 5 años, 10 años para vicios ocultos y 1 año para acabados, y esa es precisamente la garantía que se ha ofrecido. En virtud de lo cual, la oferta de la apelante no debió de haber sido excluida por tal motivo, son claros los períodos de garantía de las obras que ha ofrecido. **3) Garantía de participación:** Alega la **Administración licitante** que en el

Departamento Financiero Contable del ICODER la garantía de participación rendida por la apelante se encuentra vencida desde el 20 de abril del 2013. Por su parte, la **apelante** señala que una vez presentado el recurso de apelación se ampliaron las garantías de participación y la vigencia de la oferta. **Criterio para resolver:** Al presentar su recurso de apelación, la apelante prorrogó la garantía de participación hasta tanto se de solución a la adjudicación de la presente licitación (ver hecho probado 5), razón por la cual no es posible pretender excluir a la apelante por tal circunstancia.-----

Es viable concluir que su oferta de la apelante puede ser tenida por elegible, en consecuencia, procede declarar con lugar su recurso de apelación, debiendo la Administración valorar la misma, teniendo presente lo dicho.-----

POR TANTO

Con fundamento en los artículo 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 28, 34 y 37 , inciso 3) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 84, 85 de la Ley de Contratación Administrativa, y 80, 81.j, 174, 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se **resuelve: 1) Declarar con lugar el recurso de apelación** interpuesto por **Desarrollos Urbanísticos Almada S.A.**, en contra del acto que declaró infructuosa la **Licitación Abreviada 2013LA-000002-01**, promovida por el Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER), reparación de pistas de hormigón del Velódromo Nacional. **2) De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFIQUESE-----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

OCU/yhg
NN: 06015 (DCA-1383-2013)
Estudio y Redacción: Lic. Oscar Castro Ulloa
NI: 10017-10456-11775-12217-12609-12642
Ci: Archivo central
G: 2013001298-2