

R-DCA-598-2015

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas del diez de agosto de dos mil quince.-----

Recursos de apelación interpuestos por **SAGA INGENIERIA S.A.** y por **ARQUITECTURA JOF S.A.** en contra del acto de adjudicación dictado en la **LICITACION PUBLICA 2014LN-000009-99999** promovida por el CONSEJO TECNICO DE AVIACION CIVIL, para el “Mejoramiento de las oficinas de planificación y operaciones aeronáuticas de la Dirección General de Aviación Civil”, acto recaído a favor del **Consorcio P.M.L. PROMELEC- Ing. Julio Antonio Ruiz Bojorge**, por un monto de ₡178,548,253.76 (ciento setenta y ocho millones quinientos cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y tres colones con setenta y seis céntimos). -----

RESULTANDO:

I.-Que las empresas SAGA INGENIERIA S.A. y ARQUITECTURA JOF S.A. presentaron en tiempo, en fechas 2 y 3 de junio del año en curso respectivamente, recursos de apelación en contra del acto de adjudicación referido.-----

II. Que por auto de las diez horas del cuatro de junio de dos mil quince se solicitó a la Administración, el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido mediante oficio DGAC-PROV-OF-0382-2015, en el cual se indica, entre otros, que la versión final del cartel se ubica a folio 12 al 124 del respectivo expediente. -----

III. Que mediante auto de las ocho horas del doce de junio del año en curso, se otorgó audiencia inicial a la Administración y al consorcio adjudicatario, para que manifestaran lo que fuere procedente respecto de los recursos incoados, la cual fue atendida en tiempo, por ambas partes, mediante escritos agregados al expediente de apelación. La Administración hace referencia al atender la audiencia inicial, al oficio DGAC-PROV-OF-0244.2015 del 21 de abril de 2015, el cual se encontró debidamente incorporado en el expediente administrativo, en los folios del 2922 al 2936.-----

IV. Que mediante auto de las ocho horas del tres de julio del año en curso, se otorgó audiencia especial a la Administración, para que se refiriera a algunos argumentos expuestos por las empresas apelantes, que no fueron atendidos al emitir la respuesta a la audiencia inicial. Dicha audiencia fue contestada en tiempo mediante escrito agregado al expediente de apelación.-----

V. Que mediante auto de las ocho horas del nueve de julio del año en curso, se previno a la Administración, aportar los oficios DGAC-IA-OF-0513- del 7 de julio del año en curso, y el oficio PML-DGAC-SUB004-2015 de misma fecha y año, lo cual fue atendido en tiempo.-----

VI. Que en fecha 13 de julio de 2015, la empresa SAGA INGENIERIA S.A. presentó escrito mediante el cual se refirió a la respuesta que efectuaron a la audiencia inicial, la Administración y el adjudicatario.-----

VIII. Que mediante Resolución R-CO-092-2015, de las nueve horas del seis de agosto del dos mil quince, emitida por esta Contraloría General, y en virtud de las razones expuestas en su Considerando, se indicó en su Por Tanto, entre otros, lo siguiente: “3. Suspender para efectos de cómputo del plazo de todas las gestiones que atiende la División de Contratación Administrativa, el día siete de agosto de 2015, reanudándose los plazos el día diez de agosto siguiente. Esta suspensión operará tanto para las gestiones ingresadas antes del día siete de agosto del dos mil quince, como para aquellas que se presenten ese mismo día”, Resolución que fue dada a conocer al público en general, mediante su sitio web www.cgr.go.cr , por lo que la presente resolución se tiene emitida en tiempo.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que entre los documentos presentados por el oferente SAGA INGENIERIA S.A., está una carta de fecha 12 de enero de 2015, extendida por Cysco Systems Costa Rica, en la cual se indica que Netway S.A. tiene carácter de partner Premier. (Folio 538 del expediente administrativo). **2)** Que la Administración mediante oficio DGAC-IA-OF-0099-2015 del 11 de febrero de 2015, respecto a la oferta presentada por Saga Ingeniería S.A. señaló: *“No se presentó la información solicitada ya que el certificado presentado es “Premier” y no “Silver” como se solicitó en cartel punto 13.7.3.5.12 – CONDICIONES ESPECÍFICAS DE LOS SWITCHES DE ACCESO L2 CON POE SIMILAR O SUPERIOR A SWITCHES CISCO WS-C2960X-48LPS-L. La certificación de Cisco “Silver” acredita que el partner cuenta con las habilidades técnicas generales exigiendo al partner contar con al menos 6 empleados en planilla a tiempo completo certificados por fábrica de los cuales al menos dos deben contar con certificación Cisco “Certified Internetwork Expert (CCIE) la cual es aceptada en todo el mundo como la más prestigiosa certificación en redes en la industria. En vista de lo anterior la Administración solicita y exige el nivel Silver como mínimo para que el partner*

demuestre de forma medible el alto nivel de satisfacción del cliente. Este punto no puede ser subsanado ya que es un requisito de invariabilidad (...)" (Folio 2704 del expediente administrativo). **3)** Que en el informe técnico emitido por la Administración No. DGAC-IA-OF-0099-2015 del 11 de febrero de 2005, se indica: "... F) Constructora JOF S.A. Observación No. 20. Respaldo. Presentar Flujo de Caja de todo el proyecto. Cartel Licitación, Segunda Parte, Punto 18. REQUISITOS DE INVARIABILIDAD TECNICA. (...) No se presentó la información solicitada y no se hace referencia a la misma en la oferta. Este punto no puede ser subsanado ya que es un requisito de invariabilidad (...) Conclusión (...) 3- La empresa JOF S.A. no cumple con lo solicitado en el punto 20 del presente análisis, por lo que dicha empresa no es candidata para ser elegida (...)" (Folios del 2695 al 2705 del expediente administrativo). **4)** Que el Consorcio PROMELEC – Julio Antonio Ruiz Bojorge, en la parte de su oferta titulada "Programa de Trabajo y Presupuesto Detallado", presentó la Tabla #Estructura de Costos Promedios de la Oferta", en la cual se lee que el porcentaje de imprevistos es de 3%, por un monto de ¢3.992.495,44 (tres millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa y cinco colones con cuarenta y cuatro céntimos) (Folio 903 del expediente administrativo). **5)** Que el Consorcio PROMELEC – Julio Antonio Ruiz Bojorge, en la parte de su oferta titulada "Programa de Trabajo y Presupuesto Detallado", refirió en la "Tabla de Costos por Renglón de Pago", un monto por concepto de imprevistos por ¢3.992.495,44 (tres millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa y cinco colones con cuarenta y cuatro céntimos), señalando que ello correspondía a un 2.48% (Folio 891 del expediente administrativo). **6)** Que el Consorcio PROMELEC – Julio Antonio Ruiz Bojorge, señaló en su oferta que el monto ofertado sin impuestos más trabajos específicos es de ¢160.906.505,61 (ciento sesenta millones novecientos seis mil quinientos cinco colones con sesenta y un céntimos) y con impuestos es de ¢178.548.253.76 (ciento setenta y ocho millones quinientos cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y tres colones con setenta y seis céntimos) (Folio 969 del expediente administrativo). **7)** Que el Consorcio PROMELEC – Julio Antonio Ruiz Bojorge, entre las certificaciones y cartas de experiencia remitidas, presentó tres cartas suscritas por Proyectos Electromecánicos Obando S.A., en las que se indica respectivamente, que las partes que conforman el consorcio oferente, bajo la modalidad de contratación directa, les dio sus servicios en los siguientes Proyectos: Red de Cuido y Desarrollo Infantil (CECUDI) ubicado en el cantón

de Guápiles, Nicoya y San Pablo de Heredia. (folios 937 a 942 y 949 del expediente administrativo).-----

II. Sobre el recurso de apelación interpuesto por SAGA INGENIERIA S.A. i) Sobre la legitimación de la apelante: La apelante expone que su plica fue mal excluida, por un incumplimiento que cataloga de intrascendente. Considera tener oferta elegible y legitimada para recurrir. Señala que la contratación tiene como prestación la construcción y remodelación de una parte de las oficinas de la Dirección General de Aviación Civil para aprovechar el espacio físico de labores propias de funcionarios y atención de usuarios y seguridad de documentos de la institución, objeto principal, al que se dedican más de 200 páginas del cartel. Agrega que el pliego de condiciones solicita dos switch como parte del cableado estructurado, y es de interés que ese equipo posea respaldo apropiado de manera que sea el fabricante quien acredite varios aspectos. Cita y transcribe el requisito 13.7.3.5.12 del cartel, que refiere a las condiciones específicas de los swithces de acceso L2 con POE similar o superior a switches CISCO WS-C2960X-48LPS-L. Agrega que el requisito “*que tengan un nivel igual o superior a silver*”, aparece en un sitio aparte de los requisitos de admisibilidad de ofertas, el cual no tiene puntaje y no pertenece a requisitos de invariabilidad técnica. Expone que el Consejo Técnico de Aviación Civil (CETAC) señala que la certificación aportada en su plica, en relación con este aspecto, acredita una condición “premium”, siendo que al no ser Silver o superior se incumple, excluyendo por ende su oferta del concurso. Añade quien apela, que ya este órgano contralor ha indicado que no todo incumplimiento es razón suficiente para excluir la plica, lo cual detalla en su escrito de recurso junto con valoraciones respecto de la importancia del principio de eficiencia. La apelante manifiesta que su incumplimiento no afecta algo relevante en el contrato ni es requisito esencial, ni se expuso como requisito de admisibilidad. Agrega que el CETAC no motiva la decisión de exclusión, y por ende no se demuestra la trascendencia del incumplimiento. Para el recurrente, la intrascendencia se explica de la siguiente forma: Se trata de una prestación accesoria de la principal que es la obra pública y representa un 6.31% del precio total ofertado por SAGA. Además, porque según el término, las condiciones Premium o Silver, acreditan por igual el respaldo, servicio y garantía que se piden para el equipo específico de la contratación. Añade que el equipo pedido por CETAC es de nivel relativamente bajo, por lo que la necesidad que se busca cubrir al adquirirlo, el proveedor Premiun está igualmente calificado para respaldar y garantizarlo que un proveedor Silver, añadiendo que en el fondo lo

que interesa es que se tenga una calificación, para que los intereses del CETAC estén protegidos. Indica que tanto la condición Silver como la Premiun satisfacen el respaldo, y el cartel lo entiende así cuando pide 3 técnicos y un ingeniero según puntos 15, 1 y 2 que refiere en el folio 9 de su recurso. La recurrente menciona aportar 2 notas emitidas por Cisco Systems de Costa Rica, señala que mediante la primera explica que la garantía de Cisco respecto de los productos ofrecidos en este concurso, “*Se extenderá al cliente final*” y *que dará todo el respaldo y soporte necesario en la ejecución de dicho proyecto*”, y en la segunda, se subraya que Netway S.A. se encuentra habilitado para “*vender, instalar, soportar técnicamente y cumplir con la garantía de los productos Cisco*” y hace lista de personas que Cisco tiene acreditadas. La apelante agrega que su plica es la ganadora si se hubiera admitido, pues es la de menor precio, y cumple con todos los requisitos de admisibilidad. Que de haber sido tomada en cuenta tendría mejor puntuación, en específico se atribuye 99.41% mientras que al consorcio adjudicado le otorga 92.96%, según cuadro de folio 10 de su recurso. **El consorcio adjudicado:** no se refiere a este tema al atender audiencia inicial. **La Administración** señala que la empresa debió interponer recurso de objeción al cartel si no estaba de acuerdo con las cláusulas en cuanto a los requisitos Silver y Premium. Que según oficio DGAC-IA.0F-2015 del 17 de junio del año en curso de la Dirección de Infraestructura Aeronáutica, desde que se planificó y diseñó el proyecto se tomaron en cuenta aspectos desde la menor magnitud hasta el más grande detalle, todo planificado con toda trascendencia, por lo que quien recurre no debe calificar cuales son prestaciones menores o accesorias. Que la plica de la apelante fue excluida porque se pidió un nivel de categoría Silver y no lo cumple y cita un nivel inferior, el cual no cumple con el mismo respaldo técnico y de compromiso profesional para solventar una eventual situación en la instalación, mantenimiento y posibles averías. También se enuncia que la plica se excluye porque no existía una competencia en igualdad de condiciones con quienes participaron ofertando nivel Silver, por parte del fabricante CISCO ya que el nivel Premier al ser inferior, el costo es menor pues el servicio será menor al requerido por la Administración. Aclaran que a nivel de la Dirección de Aviación Civil, por parte de la Unidad de Informática cuando se requiere adquirir este tipo de equipo, piden el nivel más alto de los tres que certifica el fabricante CISCO, los cuales son Premier, Silver y Gold, siendo esta última la más alta, pero que en este caso para mayor apertura y competencia se pidió la de nivel intermedio, que es la Silver. Que no se puede un nivel inferior al pedido para no ver

comprometido el nivel de calidad, respaldo técnico y corporativo de los sistemas a instalar y de la infraestructura existente, pues se requiere el uso de marcas y modelos específicos debido a que deben ser compatibles con la infraestructura de telecomunicaciones instalada y administrada por la unidad de cita, debiendo tener el mismo lenguaje informático de los existentes y esto se garantiza permitiendo la manipulación de instalación, programación, mantenimiento y respaldo con un nivel igual o superior a Silver, y el nivel Premier no le garantiza a la Administración el mismo respaldo técnico y corporativo. Por último, en el folio 4 de la respuesta a la audiencia inicial (folio 114 vuelto del expediente de recurso de apelación), menciona las diferencias entre los niveles de certificación emitidas por el fabricante CISCO, entre ellos: Nivel de respaldo técnico-corporativo en la instalación, cantidad de equipos vendidos e instalados, lo cual indica representa por cada nivel de certificación una cifra considerable lo cual se ve expresamente relacionada a términos de experiencia en la instalación y respaldo técnico y corporativo que tiene la empresa de brindar y estructura de recurso humano disponible relacionado en cuanto a cantidad, niveles de capacitación, entre otros, lo cual también se representa en términos de experiencia y de calidad. **Criterio de la División:** En la Primera Parte del cartel, punto 4 denominado “Alcance” se indica entre otros: *“Las propuestas deberán hacerse por la totalidad de los ítems, cantidades y referencias requeridas para la ejecución de la obra. (...)”* (Folio 124 vuelto del expediente administrativo). En el caso de marras, el objeto de esta licitación se definió en la Primera Parte del cartel, punto 2 en el cual se indicó: *“OBJETO. Construir, remodelar y equipar las diferentes oficinas de la Dirección General de Aviación Civil, para un mejor aprovechamiento del espacio físico, tanto para las labores propias de los funcionarios como la atención de los usuarios y la seguridad de los documentos de la misma Institución. / Línea Única: a) Remodelación Unidad de Planificación Aeroportaria. /b) Remodelación Unidad de Operaciones”* (Folio 124 del expediente administrativo). Por su parte, tal y como lo reconocen el apelante y la Administración, en la Segunda Parte del cartel en el punto 13 – Especificaciones Generales Eléctricas y de Cableado Estructurado 13.7.3.5.12 Condiciones específicas de los switches de acceso L2 con POE similar o superior a switches Cisco WS-C2960X-48LPS-L, estableció en su inciso 12 lo siguiente: *“(...) El oferente deberá contar con al menos 5 años de experiencia en la venta y distribución de la marca del equipo ofertado, que tengan un nivel igual o superior a silver. Para este efecto, deberá aportar una certificación del fabricante donde se haga constatar*

el tiempo en años que lleva realizando la venta y distribución de la marca de los equipos ofertados en nuestro país". (Folio 69 del expediente administrativo). Al amparo de las normas cartelarias descritas, se tiene que en el caso de cita existía un requerimiento claro por parte de la Administración establecido vía cartel, en cuanto a ofertar la totalidad de los ítems, cantidades y referencias requeridas para la ejecución de la obra, siendo que el presente pliego cartelario – como bien se reconoció antes – trataba de una línea única, de forma tal que el compromiso del oferente a cumplir no se generaba a partir del valor porcentual que tuviese determinado requisito, frente a la totalidad del cartel. En el presente caso, se tiene que como parte de los documentos aportados por el recurrente, se remitió en su propuesta una carta extendida por Cisco en la cual se indica que el partner al que se hace referencia tiene carácter de Partner Premier (Hecho probado uno), información que al ser valorada por el CETAC a la hora de estudiar las propuestas recibidas, genera el rechazo de su propuesta al no cumplir con el requisito cartelario (hecho probado dos). Conocido que en esta contratación se trataba de un objeto de alcance integral en los términos ya expuestos, se tiene que el argumento esgrimido por el apelante respecto a que el nivel requerido no versaba sobre el objeto principal sino que en su lugar era accesorio al mismo, o bien que el equipamiento en esta contratación representa en el caso de su propuesta, un 6.31% de su precio ofertado, no son de recibo, sin obviarse además que este último dato (respecto a la referencia del 6.31%) no está debidamente acreditada en su recurso. Por su parte, tratándose de la idea que defiende el apelante en cuanto a que el nivel Silver o el Premier ofrecen el mismo respaldo, servicio y garantía, son afirmaciones hechas por el recurrente que no se sostienen con la prueba ofrecida para tales efectos. Lo anterior, dado que del contenido de las cartas aportadas, tanto con el recurso como de manera posterior (folio 60 del expediente de apelación), no se extrae que un nivel se equipara al otro, en su lugar se tiene una manifestación por parte de Cisco señalando que se tendrá garantía y respaldo, sin que se permita conocer si se trata de lo mismo para un nivel u otro, esto es si una y otra son equiparables (nivel Silver y Premier). El hecho (que el mismo recurrente reconoce en su recurso), que en las cartas se indique que la garantía Cisco se extenderá al cliente final y que se dará el respaldo y soporte necesario en la ejecución del proyecto, no es igual a que se indique que tratándose del nivel Premier o Silver la garantía y respaldo son iguales, abarcan o contemplan lo mismo, partiendo del hecho mismo que la categorización del nivel ya está hecha por sí: Gold, Silver y Premier, siendo débil la prueba en

ese sentido y carente de fundamentación, deber que se impone a quien recurre de conformidad con lo señalado en el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), sin que ello permita dejar de conocer lo señalado por la Administración en su respuesta a la audiencia inicial, señalando las diferencias existentes entre un nivel y otro respecto a la garantía y respaldo, aunado a la diferencia que se apunta en cuanto al costo de obtener una u otra. Considerado lo anterior y siendo que el cartel estableció especificaciones generales eléctricas y de cableado estructurado, entre ellas la señalada en el punto 13.7.3.5.12, sea que la empresa respectiva contara con una distribución de la marca del equipo ofertado, teniendo un nivel igual o superior a silver, y que ello trata de un requisito técnico, se tiene por ende que este era cumplimiento obligatorio para todo aquel que sometiera su plica a consideración del CETAC. Por las razones expuestas, siendo que el apelante incumplió con un requerimiento del cartel de carácter obligatorio y vinculante con el objeto integral de esta contratación, se tiene entonces que dicha condición implica la descalificación adecuada de su oferta, lo cual implica que al tratarse de una oferta inelegible, se afecte la legitimación del apelante, pues aún de prosperar el resto de sus alegatos, su propuesta nunca devendría elegible, careciendo consecuentemente de un interés actual, propio y directo, motivo por el cual se impone **declarar sin lugar** el recurso en este extremo. Lo anterior, de conformidad con lo indicado en el artículo 180 inciso a) del RLCA.-----

III. Sobre el recurso de apelación interpuesto por ARQUITECTURA JOF S.A. 1) Incumplimiento de requisitos de invariabilidad electromecánica. La apelante: alega que el acto de adjudicación está viciado de nulidad absoluta, al considerar que se dio un trato desigual entre los oferentes. Específicamente señala que la Comisión de Recomendación le permitió al consorcio adjudicado, subsanar requisitos de invariabilidad electromecánica. Refiere al folio 2859 del expediente administrativo, indica entre otros, que en la observación número tres se indicó que la tabla de costos por renglón de pago presentada por PML PROMELEC no era correcta y debía ser corregida, situación que señala el recurrente no le fue permitida a ningún otro oferente, con lo cual se creó una situación de desigualdad de trato, lo que va en contra del principio de libre competencia y que generó que el consorcio, fuera la única oferta elegible. Añade que su oferta fue excluida porque no presentó el flujo de caja, lo cual era un requisito de invariabilidad técnica, de forma tal que si la Administración le permitió a PML PROMELEC subsanar lo antes señalado, se da un trato desigual. **El consorcio adjudicatario**

menciona que cumplieron con los subsanes en el tiempo y espacio requerido por la Administración según el marco de la Ley de Contratación Administrativa, siendo que la desigualdad se hubiese tenido de haberse tratado de un punto de admisibilidad. **La Administración** expone que según oficio DGAC-OF-2015 del 17 de junio de 2015 de la Unidad de Infraestructura Aeronáutica está claro que se trata de requisitos invariables, no obstante lo que se pidió fue una aclaración, ya que la empresa presentó la información solicitada en el cartel, más no era del todo clara, estando la Administración en el derecho y la obligación de solicitar la cantidad de aclaraciones que considere pertinente hasta que se dé por satisfecha. Indica que respecto a la tabla de costos por renglón de pago mencionada, se hace la aclaración que el interesado presentó una información que aunque era fiel a los costos del proyecto, se presentó en otro formato por lo que se solicitó una aclaración, dado que esa tabla no es un requisito de invariabilidad técnica de las ofertas ni es un requisito mínimo de los oferentes, siendo un requisito subsanable, que consiste en un desglose de cada uno de los renglones de pago de la tabla de pagos, la cual sí es un requisito mínimo del cartel, a la vez que advierte que el detalle de todos los rubros de la tabla de costos por renglón de pago, concuerda con la tabla de pagos, entregada en la oferta por lo que no se considera su presentación una ventaja para este oferente. **Criterio de la División:** El cartel de la contratación entre otros, requirió a los oferentes lo siguiente: “...18. **REQUISITOS DE INVARIABILIDAD TECNICA:** (...) **Presentar Flujo de Caja de todo el proyecto...**” (folio 60 vuelto del expediente administrativo). El informe técnico, emitido por la Administración, expone claramente que la empresa apelante, no presentó el flujo de caja, siendo que por esa razón no se consideró para ser elegida (hecho probado tres). Se tiene entonces que en sede administrativa, el CETAC imputó un incumplimiento a la oferta de la sociedad recurrente, el cual se mantiene a la fecha, pues la apelante no ha indicado que ello no fue así, sin que se haya desvirtuado que no presentó el flujo de caja, siendo que - en criterio de esta División - , la recurrente sigue reconociendo no haberlo presentado, a la vez que confirma que ello no es posible de subsanar. Esto se extrae de la posición de la sociedad apelante cuando manifiesta en su escrito de apelación: “...*Esta situación de desigualdad, ocasionó que la oferta de mi representada, hubiese sido excluida por no presentar el flujo de caja y este es un requisito de Invariabilidad Técnica (...)*” (ver página 2 de su escrito, folio 28 del expediente de apelación). En este sentido, no puede obviarse que es trascendental que el apelante demuestre su

legitimación para recurrir en esta sede contralora. Señala el artículo 180 del RLCA que un recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta cuando quien recurre no logra acreditar su mejor derecho a la adjudicación, entre otras razones porque la propuesta de quien apela es inelegible, siendo que en el caso de marras, el supuesto anterior se configura, pues se está ante una empresa que incumplió con uno de los requisitos establecidos en el cartel, falta que es reconocida y que persiste en este momento procesal, sin que se haya rebatido tal situación o demostrado que ello no fue así, o inclusive haber presentado el documento que se extraña en esta sede, siendo que quien impugna enfocó su recurso en alegar desigualdades de trato por parte de la Administración, más no en demostrar su legitimación para recurrir, reconociendo la falta en que se había incurrido y el incumplimiento que ello implicaba frente al cartel, sin procurar y sustentar la subsanación de dicho requisito. En ese sentido, si nos encontramos de frente a una oferta inelegible por estar al margen del pliego de condiciones como sucede en este caso concreto, la misma no puede ser beneficiada con una reajudicación en su favor, siendo entonces que esa condición de inelegibilidad, torna que su recurso deba ser **declarado sin lugar** conforme lo indicado en el artículo 180 inciso b) del RLCA.-----

IV. Sobre la adjudicación recaída a favor del Consorcio P.M.L. PROMELEC- Ing. Julio Antonio Ruiz Bojorge: No obstante lo resuelto por este Despacho en los considerandos dos y tres de la presente resolución, al amparo de los principios de igualdad, transparencia y seguridad jurídica, esta Contraloría General con fundamento en el artículo 28 de su Ley Orgánica, conocerá de los argumentos expuestos por **ARQUITECTURA JOF S.A.** y por **SAGA INGENIERIA S.A.**, en contra de la oferta adjudicataria, por considerar relevantes los aspectos que serán indicados a continuación. **1) Sobre el rubro de imprevistos. El apelante Arquitectura JOF S.A.** alega que en la oferta de PML PORMELEC, folio 891, se indica que el porcentaje de los imprevistos es de 2,48%, siendo que el cartel estableció que la previsión de imprevistos debía ser igual o mayor a un 3% (página 148 del cartel), por lo que se incumple con lo requerido, violándose así el principio de igualdad. **El consorcio adjudicatario** alega que adjunta prueba impresa, presentada a la apertura de la misma, según tabla anexa en el escrito de apelación, donde se entiende las tablas visibles en los folios del 83 al 85 del expediente de recurso de apelación. **La Administración** al atender audiencia especial, informa que por medio de oficio DGAC-OF-513-2015 del 7 de julio del año en curso, se indicó en lo que interesa: Que

efectivamente el porcentaje de imprevistos del proyecto solicitado por la Administración según cartel es mayor o igual a un 3%, según tabla de pagos, folio 148 del pliego cartelario. Añade que en la oferta del consorcio adjudicado, en la parte titulada “Programa de Trabajo y Presupuesto Detallado”, específicamente al final de la “Tabla de Pagos” se evidencia la tabla que se transcribe en el folio 134 del expediente de recurso de apelación, y respecto de la cual, la Administración expone que en ella se evidencia que dicho consorcio conoce e indica que el porcentaje de imprevistos es igual o mayor a un 3% con un monto asignado en la tabla de pagos de la oferta por ₡3.992.495,44 colones. Agrega que en la oferta del consorcio, en la parte titulada “Programa de Trabajo y Presupuesto Detallado”, específicamente al final de la tabla de costos por renglón de pago, se evidencia la tabla que se transcribe en el folio 134 del mismo expediente de recurso de apelación, y añade la Administración que de esa tabla se evidencia que el consorcio indica que el porcentaje de imprevistos solicitado es del 2.48% con un monto asignado de ₡3.992.495,44 colones. Que en este caso, existe un error en el reporte de porcentajes, pues el porcentaje de imprevistos se calculó con base en el monto total de la oferta, y lo correcto es excluir la utilidad. Que en la tabla de pagos, sí se calculó de forma correcta, por lo cual sí se cumple con el cartel, y es esa tabla en la que se basa la Administración para determinar que la plica cumple. Que se nota que el monto reportado en ambas tablas para los imprevistos es el mismo, por lo que se trata de un error material en el porcentaje reportado, siendo lo correcto el que se encuentra en la primera tabla. Se agrega que es importante recalcar que la Administración solicita a los oferentes tomar en cuenta un porcentaje de posibles imprevistos para la obra, en este caso de un 3%, sin embargo si por efectos de redondeo o error de cálculo de los oferentes se cotiza un monto inferior, se considera riesgo del oferente. Que en este caso el consorcio adjudicado sí cotizó el 3% de imprevistos y fue reportado de esa forma en la oferta. Así, la Administración considera que la oferta está de acuerdo con lo solicitado en el cartel, que es principalmente lo que requiere la obra para ejecutarse de forma exitosa. No omite manifestar la Administración que sobre el tema, solicitó aclaración al consorcio en fecha 6 de julio del año en curso, habiendo él mismo respondido mediante oficio PML-DGAC-SUB004-2015 del 07 de julio, “...*que aunque si bien es cierto los porcentajes de ambas tablas son diferentes (3% y 2,48% respectivamente); queremos hacer de su conocimiento que al llevar a cabo un análisis y estudio detallado de ambas tablas; llegamos a la conclusión que el mismo obedeció a un **error formal** con el cual mi*

*Representada en ningún momento quiso hacer caer a la Administración en un error y mucho menos pretender que con el monto de imprevistos ofertado violar el principio de igualdad entre los demás oferentes (...) que el monto presentado a pesar de este **error formal** en la línea de imprevistos, se mantiene invariable en ambas tablas lo cual no nos da ninguna ventaja competitiva en lo que al precio ofertado se refiere. (...) adjuntamos las dos tablas enviadas a la Administración en el momento de apertura de ofertas , tablas en las cuales en la línea respectiva de imprevistos claramente se observa que ambos montos de dicha línea se mantienen iguales (...) que en caso de que ese monto estipulado en la línea de imprevistos no sea el suficiente para atender actividades no contempladas o inesperadas dentro del presupuesto original, las estaremos atendidos con los recursos materiales o económicos propios de tal manera que el servicio o producto final entregado a la administración no se ve afectado negativamente y que la obra contratada se mantengan dentro de los mismos márgenes de calidad esperados por la Administración (...) que la empresa Arquitectura JOF S.A, en lo concerniente a esta situación está actuando con alevosía y mala fe al referirse únicamente al folio 891 de nuestra oferta, folio en el cual únicamente se extrae para análisis de ellos una única tabla, tabla de la estructura de costos en donde se refleja el 2.48% en la línea de imprevistos dejando de lado para efectos comparativos en lo que a la igualdad de montos se refiere la tabla de pagos en donde se indica un 3% (...)" (La negrita sí corresponde al original).*

Criterio de la División: Tal y como ha sido reconocido por este órgano contralor "...En relación con el precio, este se compone de tres elementos básicos: los costos, los imprevistos, cuando procedan por el tipo de contrato y la utilidad; entendiéndose los costos como aquellos directos e indirectos, los imprevistos como todas las contingencias que eventualmente puedan suceder y que estén bajo el control y responsabilidad del contratista, y la utilidad, como el beneficio que el contratista proyecta obtener mediante la entrega de los productos o la prestación de los servicios contratados." (En este sentido ver oficio No. 07865 (DCA-2004) del 31 de julio de 2014), mismo oficio en el cual se reconoce que los imprevistos no son reajustables. Reconocidos los imprevistos como parte de la composición del precio y entendidos tal y como se indicó, sea "todas las contingencias que eventualmente puedan suceder y que estén bajo el control y responsabilidad del contratista", así como el hecho que en el caso específico de la contratación que nos ocupa, el cartel impuso un porcentaje mínimo a cumplir, sea el 3% (folio 51 vuelto del expediente administrativo del expediente administrativo), tenemos que tratándose

de la oferta del adjudicatario, se observa que en la parte de su oferta titulada “Programa de Trabajo y Presupuesto Detallado”, se observan dos tablas, una identificada como “Estructura de Costos Promedios de la Oferta”, en la cual se lee que el porcentaje de imprevistos es de 3%, por un monto de ¢3.992.495,44 (tres millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa y cinco colones con cuarenta y cuatro céntimos) (Hecho probado cuatro) y otra identificada como “Tabla de Costos por Renglón de Pago”, en la cual se hace referencia también por concepto de imprevistos al mismo monto, sea ¢3.992.495,44 (tres millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientos noventa y cinco colones con cuarenta y cuatro céntimos), con la diferencia que el porcentaje señalado es del 2.48% de la estructura de costos del precio (hecho probado número cinco). Bajo este esquema, no resta más que conocer qué porcentaje representa el monto común señalado en las dos tablas presentadas en la oferta del Consorcio (hechos probado cuatro y cinco), respecto del precio ofertado de ¢160.906.505,60 (monto libre de impuestos más trabajos específicos) (hecho probado seis), ejercicio que arroja el valor de 2.48%. Aplicado el mismo ejercicio (conocer el porcentaje que representa el monto señalado por concepto de imprevistos) en el escenario de no incluir la utilidad, tal y como lo propone la Administración, genera nuevamente un porcentaje cuyo valor no alcanza el 3% establecido vía cartel, sino en su lugar un 2.77%, lo cual es inferior a lo exigido. Se tiene así que las cifras señaladas en la oferta del Consorcio no alcanzan el mínimo establecido por el cartel por concepto de imprevistos, lo cual implica un incumplimiento de la propuesta y genera por ende su inelegibilidad, a partir de lo cual se **declara con lugar** este extremo del recurso. Se advierte que esta Contraloría General no desconoce lo afirmado por el Consorcio en la respuesta dada al CETAC con ocasión de este cuestionamiento (cuya copia resulta visible a folios 157 a 160 del expediente de apelación), al señalar que en caso de que el monto estipulado en la línea de imprevistos no sea el suficiente para atender las actividades no contempladas o inesperadas dentro del presupuesto original, el Consorcio las estará atendiendo con los recursos materiales o económicos propios, de manera tal que el servicio o producto final entregado a la Administración no se ve a afectado negativamente y que la obra contratada se mantenga dentro de los mismos márgenes de calidad esperados por el CETAC, argumento que si bien manifiesta un deseo de querer cumplir con el objeto contractual, su aceptación implicaría por sí una violación al principio de igualdad, en el tanto el porcentaje requerido en materia de imprevistos, se definió en el cartel, siendo así común y obligatorio para

todos los oferentes, y sin que el adjudicatario llegare además a demostrar de qué forma en ese escenario, no se afectarían los porcentajes del resto de la estructura de costos. **2) Sobre las cartas de experiencia.** Sobre este tema el apelante Arquitectura JOF S.A. señala que las cartas presentadas para acreditar experiencia no corresponden a remodelación, siendo que el cartel indica que solo se considerarán como oferente quien al menos presente cinco proyectos similares al objeto contractual, que en este caso es remodelación. Por su parte, el apelante Saga Ingeniería S.A. señala que el aparte 26 página 136 del cartel, refería a la experiencia constructiva requerida, para lo cual se debían presentar al menos 5 proyectos similares al objeto contractual ejecutados a satisfacción del cliente en los últimos 5 años. Indica que el Consorcio sometió 6 proyectos para sustentar su experiencia, sin embargo en 4 casos corresponden a proyectos de obra de entidades públicas, habiendo las cartas sido suscritas por empresas privadas, por lo que el CETAC no se garantiza que el oferente fuera el ejecutor directo del contrato, siendo que pudo haber sido un subcontratista. Añade que si se trata de proyectos similares, o sea proyectos pertenecientes al sector público, quien debe rendir la constancia de obra o carta es la respectiva entidad gubernamental que contrató los servicios. Agrega que se trata de un requisito de admisibilidad y CETAC dio por buenas las constancias, sin que fuera relevante que fuera empresa privada el emisor. El consorcio adjudicatario expone que la información adjunta en la licitación cumple con lo pedido en el cartel, siendo que Arquitectura JOF S.A. no sustenta su argumento. Tratándose de los cuestionamientos hechos por Saga Ingeniería S.A. indica que la experiencia presentada en este concurso, justifica la admisibilidad y el cumplimiento del punto 26 del cartel denominado Experiencia de los oferentes, siendo que la información fue otorgada por los representantes legales respectivos dando fe del cumplimiento y la experiencia exitosa, bajo fe de juramento, cumpliendo con el requisito planteado en el cartel. La Administración alega que según oficio DGAC-OF-2015 del 17 de junio de 2015 de la Unidad de Infraestructura Aeronáutica se establece que se presentó toda la información solicitada por la Administración, y se presentó según el cartel, en cuadro de experiencia con los proyectos respectivos, indicando nombre del proyecto, tipo de obra, ubicación, nombre del propietario, año ejecutado y área de construcción, además el mismo se realiza mediante declaración jurada por el representante legal respectivo. Que los proyectos pertenecen a dos propietarios como son: Gamber S.A. y Proeleco, quienes emiten las cartas de experiencia respectivas. Que toda la información y proyectos presentados son de satisfacción

para la Administración y cumplen técnicamente. **Criterio de la División:** Tal y como lo han reconocido las partes, en el punto 26 de la segunda parte del cartel (folio 57 del expediente administrativo) se señaló entre otros que se debía presentar al menos cinco proyectos similares al objeto contractual ejecutados a satisfacción del cliente (experiencia exitosa), en los últimos cinco años y que *“...El oferente deberá acreditar experiencia exitosa en contratos de similar naturaleza al presente. Se entiende por experiencia exitosa cuando el oferente manifieste bajo fe de juramento que el objeto contratado ha sido ejecutado a satisfacción de la Entidad Contratante respectiva y en cuyo desarrollo no se causó ningún tipo de sanción por incumplimiento grave, suspensión o resolución del contrato, ni se hizo efectiva, con posterioridad a la terminación de los trabajos, alguna garantía de calidad o cumplimiento con respecto a los servicios prestados”*. Ahora bien el Consorcio adjudicado presentó 6 constancias de experiencia, siendo que puntualmente se presentan tres cartas que refieren respectivamente, a los siguientes proyectos: Centros de Cuido y Desarrollo Infantil (CECUDI) de Guápiles, San Pablo de Heredia y Nicoya (hecho probado siete), aportándose para cada una de ellas una declaración jurada emitida por quien se identifica como representante legal de la empresa que – conforme a los requerimientos del cartel para acreditar la experiencia – se presenta como propietario de las obras, figurando en las tres declaraciones la empresa PROELECO Proyectos Electromecánicos S.A. Sobre el particular, ha de considerarse que mediante Decreto Ejecutivo No. 36020-MP (Publicado en La Gaceta 90 del 11 de mayo de 2010, vigente desde su publicación), se declaró de interés público la conformación y desarrollo de la “Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil”, siendo también que, mediante Decreto Ejecutivo No. 36916-MP-MBSF “Organización General y Bases Operativas de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil” (Publicado en el Alcance 10 de la Gaceta 15 del 20 de enero de 2012, vigente desde su publicación), se definen las fuentes de financiamiento y las modalidades de la prestación de servicios de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil, así como la forma en que está integrada dicha red y los mecanismos de coordinación y articulación interinstitucionales necesarios para alcanzar las metas y los objetivos propuestos en el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014; estableciéndose en ese mismo Decreto, los actores públicos que forman parte de la Red. Ello sin desconocer el rango legal que dicha red tiene en la actualidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N°9220 del año 2014, en la cual se crea incluso una Secretaría Técnica que funcionará como coordinador y articulador del

proyecto. Así, siendo que los CECUDI son proyectos públicos que reciben apoyo económico del Estado y que en el caso de marras, las tres cartas de experiencia relacionadas con la construcción de tres de ellos, no están extendidas por alguna de las instituciones estatales vinculadas con la "Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil", conforme el alcance de la normativa señalada, habiendo en su lugar sido emitidas por una empresa privada, no queda evidenciado o acreditado que la construcción de los mismos (siendo esta la descripción de experiencia que se hace en los documentos que se cuestionan), haya correspondido al Consorcio adjudicado, sin haberse acreditado en este caso la relación del Consorcio con el cliente, en esta caso la Administración Pública respectiva que haya estado a cargo de la promoción del concurso de construcción respectivo y del uso de los recursos públicos concedidos para tal fin. Nótese que de acuerdo con el requisito cartelario, quién debía acreditar la realización del proyecto en calidad de contratista era el oferente adjudicado, y no una tercera empresa de la cual se desconoce en qué condición la ejecutó, y mucho menos, la relación que la adjudicataria tuvo con dicho proyecto, antes bien como fue indicado, las cartas correspondientes a estos proyectos de CECUDI ni siquiera son suscritas por las entidades públicas a cargo del proyecto. En este punto llámese la atención al CETAC, en el tanto un aspecto como este, sea la experiencia, no puede limitarse a la mera comprobación de haberse presentado cuadros, tablas o formularios con la información requerida, sino que ante la inquietud de algo que pudiese no estar reflejando la sujeción a la realidad o a la normativa imperante, correspondía solicitar las aclaraciones del caso y emitir los criterios que correspondan. Con sustento en las razones expuestas, se **declara sin lugar** el argumento presentado por Arquitectura JOF S.A. en el tanto no fundamenta por qué las cartas presentadas no se vinculan con el objeto contractual, mientras que se **declara con lugar** el recurso presentado por Saga Ingeniería S.A. en el tanto tres de las cartas aportadas refieren a la construcción de CECUDI, obras cuyo financiamiento y promoción está a cargo del Estado, sin haberse acreditado la relación oferente – propietario del proyecto CECUDI respectivo. A partir de lo ya resuelto, al carecer de interés, con fundamento en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite el pronunciamiento sobre el resto de alegatos presentados en contra de la oferta del Consorcio PROMELEC – Julio Antonio Ruiz Bojorge, por carecer de interés para los efectos de lo que será dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y 88 de la Ley de Contratación Administrativa; 174, 177, 180, 182 y 183, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Declarar sin lugar los recursos de apelación** interpuestos por **SAGA INGENIERIA S.A.** y por **ARQUITECTURA JOF S.A.** en contra del acto de adjudicación dictado en la **LICITACION PUBLICA 2014LN-000009-99999** promovida por el CONSEJO TECNICO DE AVIACION CIVIL, para el “Mejoramiento de las oficinas de planificación y operaciones aeronáuticas de la Dirección General de Aviación Civil”; **2) Anular de oficio** la adjudicación recaída a favor del Consorcio P.M.L. PROMELEC- Ing. Julio Antonio Ruiz Bojorge, por un monto de ¢178,548,253.76 (ciento setenta y ocho millones quinientos cuarenta y ocho mil doscientos cincuenta y tres colones con setenta y seis céntimos). **3)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Carolina Cubero Fernández. Fiscalizadora.
CCF/yhg

NN: 11338 (DCA-1947-2015)

NI: 14148, 14306, 14463, 14492, 146431579516411, 16415, 17431, 17763,17960

Ci: Archivo central

G: 2015001907