

R-DCA-814-2015

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las doce horas con nueve minutos del catorce de octubre dos mil quince. -----

Recurso de apelación interpuesto por la señora **ANA MARÍA MORALEDA MORALES**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No.2015LA-000030-75100**, promovida por el **MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD** para obras de restauración del Cementerio General San José, acto recaído a favor del señor **RAFAEL ANGEL ROJAS ESCALANTE**, por un monto de ₡119.913.254,07.-----

RESULTANDO

I. Que la señora Ana María Moraleda Morales el día diecinueve de agosto de dos mil quince, interpuso ante este órgano contralor recurso de apelación contra el acto de adjudicación de la referida licitación abreviada No. 2015LA-000030-75100.-----

II. Que mediante auto de de las quince horas del veinte de agosto del dos mil quince, esta División solicitó el expediente administrativo, el cual fue remitido por la Administración mediante oficio No. PI-544-2015.-----

III. Que mediante auto de las once horas del primero de setiembre de dos mil quince se otorgó audiencia inicial a la Administración y al adjudicatario, la cual fue atendida según consta en los escritos agregados al expediente de apelación. -----

IV. Que mediante auto de las quince horas del veintidós de setiembre dos mil quince, esta División confirió audiencia especial a la apelante para que se refiera a las argumentaciones que en contra de su oferta realizaron las partes al momento de contestar la audiencia inicial, la cual fue atendida según escrito agregado al expediente de la apelación. -----

V. Que mediante auto de las quince horas del cinco de octubre del dos mil quince, esta División confirió audiencia final a las partes para que se formularan sus conclusiones sobre el fondo del asunto, la cual fue atendida mediante escritos agregados al expediente de la apelación. -----

VI. Que para emitir esta resolución se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos Probados: Para la resolución del caso, se tienen por acreditados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Administración, en la recomendación de adjudicación con

respecto a la oferta de la señora Ana María Moraleda Morales señaló: *“Rechazada / No presenta ninguno de los formularios obligatorios en el formato solicitado en el punto 4.2 del cartel, que son inmodificables. Tampoco presenta información alguna: nombre, experiencia ni certificación del CFIA del director técnico 4.2.1 b) Los formularios son requisito de admisibilidad. El presupuesto presentado no permite determinar el costo unitario para efectos de créditos o extras. El formulario 3 se llama "precios Unitarios" y propone las unidades en que debe aportarse la información. No presenta tampoco el formulario 2 de desglose porcentual de costos.”* (ver CD adjunto a folio 20 del expediente de apelación, Carpeta 18 RECOMENDACIÓN DE ADJUDICACIÓN, Archivo pdf RECOMENDACIÓN DE ADJUDICACIÓN). 2) Que la señora Ana María Moraleda Morales, en nota fechada 29 de junio de 2015, manifestó: *“En adición a la información presentada en la oferta No.4 según Acta de Apertura para la LICITACIÓN ABREVIADA No. 2015LA-000030-75100 hago de su conocimiento que el Director Técnico será la Arquitecta María Gabriela Jiménez Jara Número de identificación 2 0604 0897 incorporada al Colegio de Ingenieros y Arquitecto con número de carnet A-22585, como consta en la documentación adjunta del CFIA.”* (folio 130 del expediente de apelación). 3) Que el acto de apertura de ofertas se realizó el 10 de junio de 2015. (ver CD adjunto a folio 20 del expediente de apelación, Carpeta Acta de apertura) -----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y FONDO: Al contestar la audiencia inicial, el adjudicatario manifiesta que la apelante no ostenta legitimación para resultar readjudicataria por cuanto incumplió con la cláusula 4 del cartel relacionada con el director técnico responsable de la contratación. Señala que la apelante participó en una doble condición de oferente y al mismo tiempo como profesional responsable de los trabajos, lo cual no era posible porque ella no figura como miembro incorporado al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. La Administración señala que la apelante, en el formulario 1 se designa a sí misma como Directora Técnica sin cumplir los requisitos del cartel: ser ingeniera o arquitecta y estar incorporada al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. Añade que el haberle prevenido a la recurrente que indicara un nuevo director técnico, sería otorgarle una ventaja indebida. La apelante manifestó que no es cierto que no haya aportado director técnico en su oferta. Indica que los documentos que presentó para la Directora Técnica de su oferta fueron suministrados por la misma arquitecta María Gabriela Jiménez Jara. Criterio del Despacho. Como punto de partida se tiene que el cartel del concurso estableció una serie de requisitos mínimos que debían

cumplir los oferentes, y particularmente en el punto 4 se indicó: “**4. ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS / 4.1 ASPECTOS GENERALES / 4.1.1** Se admite a concurso la oferta que cumpla con las condiciones legales, financieras y especificaciones técnicas solicitadas. (...) **4.2 Serán inadmisibles técnicamente las ofertas que no presenten de forma completa (debidamente llena) y concordante los siguientes documentos: (...) 4.2.1 Formulario N° 1:** Experiencia de los oferentes (persona física o jurídica) y/o del profesional propuesto como Director Técnico, que sea atinente a la naturaleza del objeto del concurso, en lo que respecta a tipología constructiva, estilo arquitectónico, morfología, área a intervenir, nivel de intervención en la obra y uso o función. / En el caso de la persona jurídica, se sumarán la experiencia del profesional propuesto como Director Técnico y la experiencia acumulada de la empresa constructora, para obtener el puntaje mínimo de la primera fase de evaluación. / Se hace la salvedad de que el profesional propuesto como Director Técnico, deberá contar con al menos uno (1) o más proyectos realizados atinentes al objeto de la contratación, para demostrar la experiencia requerida en el formulario No. 1, aunque la persona jurídica no la posea. (...) **4.2.1 b)** El profesional responsable por parte del oferente designado como **Director Técnico de la obra**, deberá ser un profesional activo inscrito en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica. En el caso de personas jurídicas, es requisito que el Director Técnico esté **acreditado** a la empresa oferente. Esto implica que el profesional deberá estar en la lista de profesionales responsables que la empresa consultora y/o constructora inscribió ante el CFIA.” (ver CD adjunto a folio 20 del expediente de apelación, Carpeta 2 CARTEL, Archivo pdf CARTEL página 06). Del texto citado, queda claro que el cartel requirió como un aspecto de admisibilidad, que los oferentes propusieran a un director técnico el cual tenía que ser miembro activo e inscrito en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA). Sin embargo, vista la propuesta de la recurrente, se observa que en su oferta original, en el documento denominado “Presupuesto de Licitación 2015LA-000030-75100”, entre otras cosas, señaló: “**DIRECTOR TECNICO, RESTAURADOR Ana María Moraleda**” (ver CD adjunto a folio 20 del expediente de la apelación, Carpeta 11 OFERTAS, CARPETA OFERTA 4 ANA MARIA MORALEDA MORALES, Archivo pdf PRESUPUESTO_DE_LICITACION_2015LA-000030-75100). En cuanto al director técnico, al contestar la audiencia inicial, la Administración hace ver: “(...) **en el formulario No. 1 presentado por la Sra. Moraleda, ella misma se designa como la Directora Técnica del proyecto sin tener los requisitos para ello, por otra parte la experiencia que menciona en ese formulario la señora Moraleda no es atinente a la naturaleza de las obras a contratar, tampoco prueba tener experiencia en obra civil o instalaciones eléctricas, funciones que**

predominan para esta contratación. (...) la Sra. Moraleda en el Formulario 1 se designó a sí misma como Directora Técnica sin cumplir los requisitos del cartel: ser ingeniera o arquitecta y estar incorporada al Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos. / Considera el Centro de Investigación y Conservación del Patrimonio Cultural que solicitarle que indicara un nuevo director técnico en razón de no cumplir ella con los requisitos previstos en el cartel, se le estaría concediendo una ventaja indebida, lo anterior aunado a que la señora Moraleda Morales no reúne los requisitos indispensables para estar incorporada en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.” (folios 77 y 78 del expediente de apelación). Ahora bien, en forma posterior a la apertura de las ofertas, que acaeció el día 10 de junio de 2015 (hecho probado 3), la recurrente manifestó que en adición a la información presentada en su oferta, pone en conocimiento que la directora técnica será la arquitecta María Gabriela Jiménez Jara (hecho probado 2). De lo anterior se entiende que cambia de director técnico, pasando de una persona sobre la cual no se acreditó la inscripción en el CFIA, a otra que sí ostenta la condición de miembro de tal colegio profesional. De esta forma, la propuesta inicial de la apelante presenta un vicio grave que la excluye del concurso, por cuanto no llega a demostrar que el director técnico ofrecido inicialmente cumpliera el requisito exigido en el pliego cartelario como lo es estar inscrito en el CFIA. De este modo, no resulta aceptable que con posterioridad a la apertura de ofertas se cambie el director técnico, que, como fue dicho, no demostró cumplir con el requisito del cartel, por otro que sí lo cumple. Cabe añadir que al momento de ofertar, las propuestas deben cumplir con los aspectos esenciales del concurso y si bien, de conformidad con el principio de eficiencia, es posible la subsanación, el numeral 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, entre otras cosas, preceptúa: *“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.”* (Destacado agregado). En el caso bajo análisis, la ventaja indebida se configura en tanto se vulnera el principio de igualdad, toda vez que se otorgaría una ventaja no permitida por el ordenamiento jurídico en el tanto una oferta que tal y como fue presentada resultaría inelegible –por no demostrar que la directora técnica propuesta está inscrita en el CFIA-, posteriormente se torna elegible con el cambio del director técnico. Al respecto, conviene

citar lo indicado por este órgano contralor en la resolución R-DJ-096-2010 de las once horas del doce de marzo del dos mil diez donde se expuso: “[...] *debe advertirse que este órgano contralor ha sido insistente en la importancia de cumplir los requisitos de idoneidad para concursar al momento de la apertura de ofertas, siendo que: “ (...) Es en ese momento en el que se toma una especie de fotografía de las ofertas respecto de sus condiciones técnicas, jurídicas o económicas; de tal suerte que no pueden ser susceptibles de modificación, por lo que el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento también debe tenerlo el oferente al momento de someter su plica a conocimiento de la Administración (...)” (Resolución R-DCA-425-2006 del 22 de agosto del 2006). Por otra parte, pese a la referencia hecha por la recurrente en cuanto a la aplicabilidad del principio de eficiencia, de donde se deriva su principio complementario referido a la conservación de las ofertas; este órgano contralor no puede desconocer que el requisito exigido por el ordenamiento jurídico realiza también los fines y por ello, las ofertas que cumplen ese requerimiento son las que se aceptan para efectos de la mejor satisfacción del interés público inmerso en esta compra. En conclusión, podemos indicar que se tiene como cierto que al momento de la apertura, la empresa recurrente no contaba con el certificado necesario para concurso [...].*” Si bien el análisis de cada situación debe ser casuística, conviene señalar que en el supuesto que se ofrece un director técnico que cumple con todos los requisitos del cartel pero se presenta alguna situación especial, como por ejemplo, la muerte del profesional inicialmente propuesto, se podría estimar que no se da ventaja indebida si se propone otro profesional “igualmente cumpliente”. La diferencia en uno y otro supuesto es clara. En el caso bajo análisis, de inicio no se llega a demostrar que la persona propuesta cumpla con el requisito de la inscripción en el CFIA. Tal vicio, de frente a las regulaciones cartelarias y considerando el objeto del concurso -Obras de restauración y puesta en valor del Cementerio General de San José-, comportan la exclusión de la propuesta. Por lo tanto, no resulta admisible cambio alguno con el propósito de lograr cumplir los requisitos del pliego cartelario con posterioridad a la apertura de ofertas. En cambio, en el supuesto hipotético la situación difiere por cuanto de inicio la oferta sí era elegible, y el cambio que llegara a suceder sería por otro profesional que también cumpliera con los requisitos del cartel. Así las cosas, al contener la oferta de la adjudicataria un vicio grave que la excluye del concurso, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se impone declarar sin lugar el recurso, toda vez que dicha oferta no podría resultar readjudicataria. De conformidad con lo regulado en el

artículo 183 del mismo cuerpo reglamentario recién citado, se omite pronunciamiento sobre otros extremos del recurso por carecer de interés práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política; 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **ANA MARÍA MORALEDA MORALES**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No.2015LA-000030-75100**, promovida por el **MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD** para obras de restauración del Cementerio General San José, acto recaído a favor del señor **RAFAEL ANGEL ROJAS ESCALANTE**. 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

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

NLQ/MCHC/ksa
NN: 14815
Ni: 21853-22182-22570-23656-23835-25158-25654-27089-27196-27343
G: 2015002723-2