

## R-DCA-242-2016

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las catorce horas cincuenta minutos del dieciséis de marzo del dos mil dieciséis. ----  
Recurso de apelación interpuesto por la empresa **CPM PROYECTOS ESPECIALES, S.A.**, en  
contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2015LN-000002-0000900001**,  
promovida por la **UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**, para la “Construcción de Edificio de  
Investigación en el Jardín Botánico Lankester”, acto recaído a favor de la empresa **SAGA  
INGENIERÍA, S.A.**, por un monto \$596.500.00-----

### RESULTANDO

- I. Que la empresa CPM Proyectos Especiales, S.A. presentó recurso de apelación el 07 de enero de 2016.-----
- II. Que mediante el auto de las catorce horas del once de enero de dos dieciséis se solicitó el expediente administrativo, el cual fue remitido mediante el oficio número OS-20-2016 del 12 de enero de 2016.-----
- III. Que mediante el auto de las once horas del veinte de enero de dos mil dieciséis se otorgó audiencia inicial a la Administración y a las empresas Saga Ingeniería, S.A y Keibel y Asociados, Ltda sobre el recurso de apelación de la empresa CPM Proyectos Especiales, S.A. La única empresa que no contestó la audiencia inicial fue Keibel y Asociados, Ltda. -----
- IV. Que mediante el auto de las trece horas del ocho de febrero de dos mil dieciséis se otorgó audiencia especial a la empresa apelante sobre lo manifestado por la Administración y la empresa adjudicataria al contestar la audiencia inicial.-----
- V. Que mediante el auto de las once horas del veintiséis de febrero de dos mil dieciséis se otorgó audiencia final a todas las partes. -----
- VI. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

### CONSIDERANDO

**I. Hechos probados:** Que de acuerdo con la información de la plataforma Mer-link, respecto al concurso recurrido, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que se promovió la Licitación Pública 2015LN-000002-0000900001, para la “Construcción de Edificio de Investigación en el Jardín Botánico Lankester” (Apartado “2. Información de Cartel, Versión Actual”). **2)** Que el acto de adjudicación recayó sobre la empresa Saga Ingeniería, S.A. (Apartado “4. Información de Adjudicación, Acto de Adjudicación”) **3)** Que en dicho concurso se

presentaron ofertas 11 ofertas (Apartado "4. Información de Adjudicación, Recomendación de Adjudicación número UADQ 485-2015 del 20 de octubre de 2015). **4)** Que en el oficio OEPI-1400-2015 del 19 de agosto de 2015, Análisis Técnico de las Ofertas, se indicó que las empresas tenían una calificación final de: CPM Proyectos Especiales, S.A. 94,33 y Saga Ingeniería, S.A. 91,53. (Apartado "4. Información de Adjudicación, Recomendación de Adjudicación"). **5)** Que en el oficio OEPI-1400-2015 del 19 de agosto de 2015, Análisis Técnico de las Ofertas, se indicó lo siguiente: "1. *El oferente N°5 Constructora Keibel y Asociados, Ltda NO se considera en la calificación ya que incluye en su plica los manuales de los equipos a colocar en el proyecto, a pesar de que se le solicitaron como subsanación.*" (Apartado "4. Información de Adjudicación, Recomendación de Adjudicación"). **6)** Que en el oficio OEPI-1509-2015 del 08 de setiembre de 2015 se indicó lo siguiente: "*En atención a la solicitud de subsanación que la Administración solicitó al oferente CONSTRUCTORA KEIBEL Y ASOCIADOS, LTDA, la cual fue atendida en tiempo y forma, se solicitó a la empresa Ingenierías Jorge Lizano y Asociados, S.A., diseñadores electromecánicos del proyecto, que externarán su criterio técnico con respecto a los equipos que el oferente, en una eventual adjudicación, incorporaría al proyecto de referencia, contestaron lo siguiente: 1. Sistema de alarma; se acepta. 2. UPS, se acepta. 3. Transferencia, no se acepta por falta de certificado que garantice su funcionalidad. 4. Equipo de telecomunicaciones, se acepta. 5. Transformador de pedestal, se acepta. 6. Panel de alarma, se acepta. Por lo anterior, se reitera la recomendación de adjudicación que se envió mediante el oficio OEPI-1400 2015 de fecha 19 de agosto del 2015.*" (Apartado "4. Información de Adjudicación, Recomendación de Adjudicación"). **7)** Que mediante el oficio OEPI-1650-2015 del 01 de octubre de 2015 la Administración procedió a realizar un nuevo análisis de las ofertas elegibles, obteniendo la siguiente calificación: CPM Proyectos Especiales, S.A. 91,53, Saga Ingeniería, S.A. 91,52 y Constructora Keibel y Asociados, Ltda 90,53 (Apartado "4. Información de Adjudicación, Recomendación de Adjudicación"). -----

**II. Sobre el fondo del recurso incoado.** Señala la **apelante** que el acto de adjudicación dictado a favor de la empresa Saga Ingeniería, S.A. se encuentra viciado de nulidad por indebida fundamentación en razón de que según consta en el expediente administrativo y de conformidad con el "Análisis Técnico de Ofertas" fechado 19 de agosto de 2015, suscrito por el Ing. Manuel Álvarez Fuentes, Asistente Técnico de la Oficina Ejecutora del Programa de Inversiones, la oferta n° 5 de Constructora Keibel y Asociados no subsanó los requerimientos

de la Administración, resultó descalificada y de conformidad con la comparación de las únicas ofertas elegibles (la de su representada y la de Saga Ingeniería, S.A.), la legítima adjudicataria de este concurso es su representada. En este sentido, expone que así se reflejó en el cuadro de calificación de ofertas, según el cual su representada alcanzó un promedio ponderado de 94.33%, contra un 91,58% de la empresa Saga Ingeniería, S.A. y, de conformidad con el oficio OEPI-1400-2015 del 19 de agosto del 2015, se recomendó adjudicar a su representada por cumplir todos y cada uno de los requisitos cartelarios por un monto de 724.839.916,26. No obstante lo anterior, argumenta que a partir de este momento la Administración incurrió en una serie de actuaciones que tiene como único objetivo evitar la adjudicación a favor de su representada. Continúa indicando, que la Administración se da cuenta en ese momento que la única forma en que puede evitar lo que era una inminente adjudicación a favor de su representada es colocar a la empresa Constructora Keibel y Asociados dentro del cuadro de comparación de ofertas con el objetivo de que en la comparación de ofertas se reduzca el margen de ventaja de su representada con respecto a Saga Ingeniería S.A., lograr un empate técnico y por esta vía adjudicar a esta última empresa. Es así como, señala que sin que exista un acto administrativo debidamente fundamentado y otra valoración técnica de ofertas, que "milagrosamente" en una nueva Recomendación de Adjudicación emitida mediante oficio fechado 20 de octubre de 2015, se "resucita" la oferta presentada por la empresa Constructora Keibel y Asociados Ltda., indicando que ésta cumple con todos los requisitos establecidos en el cartel de licitación, e incluyéndola en la tabla de calificación de ofertas. Asimismo, indica que no es sino con motivo de un escrito presentado por su representada de previo al acto de adjudicación (el cual tenía precisamente por objetivo que la Administración revisara sus actuaciones), que mediante el oficio 05-2999-2015 del 16 de noviembre, el señor Jorge Padilla Zúñiga, en su condición de Director de la Oficina de Suministros pretende explicar la recomendación emitida en ese momento a favor de Constructora Keibel y Asociados. Sin embargo, argumenta que este encomiable esfuerzo no supera el más mínimo de los análisis, ya que en el propio dicho del señor Padilla Zúñiga, mediante el oficio OEPI-1400-2015 del 19 de agosto de 2015 se había excluido la oferta presentada por la constructora Keibel por la no presentación de los manuales de los equipos a colocar en el proyecto, omitiendo precisamente el hecho de que el documento de subsanación, además de incompleto, se presentó de manera extemporánea. Expone que le llama la atención que este funcionario no llegue ni siquiera a afirmar que en su criterio la oferta se subsanó debidamente, simplemente establece que la

presentación de estos documentos resultaba subsanable, pero no llega a analizar si la subsanación se dio en forma debida y en tiempo, que según se refleja en el sistema, la fecha límite establecida por la Administración para que se subsanaran los defectos de las ofertas era el 27 de agosto de 2015 y la citada empresa presentó su documento de subsanación (incompleto además) hasta el 28 de agosto de 2015, con lo cual la subsanación se debe tener como extemporánea. En este caso, impugna que el acto es inexistente, es decir los órganos competentes no llegaron a establecer si la falta del certificado de funcionamiento es esencial o si efectivamente es un incumplimiento que no debe excluir la oferta. En su criterio, señala que la necesidad de presentar estos certificados de funcionamiento sí es esencial y no hay lugar a la aplicación del artículo 83 del citado Reglamento y la oferta de la constructora Keibel debió ser excluida por este motivo. Por lo cual, manifiesta que la Administración mantenga la declaratoria de inadmisibilidad de la oferta de la constructora Keibel, declare como únicas ofertas admisibles la de su representada y la de la constructora Saga, se mantenga la valoración de ofertas realizada desde un principio y se adjudique este concurso a favor de su representada sin el uso de subterfugios que no constituyen nada menos que un ejercicio abusivo de potestades que constituyen desviación de poder. Por su parte, la Administración manifiesta que el cartel claramente establece que existirá empate cuando "la diferencia aritmética en la calificación de las ofertas es de dos puntos o menos", en este caso y según se observa en el cuadro comparativo de ofertas, la empresa Saga Ingenierías obtiene una calificación de 91,52%, CPM Proyectos Especiales una evaluación de 91,53% y Constructora Keibel y Asociados una puntuación de 90,53%, es decir una diferencia menor de 2 puntos entre los oferentes. Por lo cual, explica que al existir una diferencia menor a dos puntos entre las tres ofertas, se aplica el criterio de desempate, en este caso el menor precio de la oferta de SAGA por tanto la ganadora del concurso. Asimismo, indica que con oficio OEPI-1400-2015, emite el primer criterio técnico sobre las ofertas recibidas, en el cual se excluye a la oferta de la Constructora Keibel, Ltda., por la no presentación de los manuales de los equipos a colocar en el proyecto. En cuanto a este punto, argumenta que siendo que el artículo 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece aquellos aspectos susceptibles de ser subsanados, y específicamente establece en su inciso c) "La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros", en el estudio previo al criterio técnico se omitió la subsanación correspondiente; al percatarse de la situación la Administración solicita la subsanación de los manuales de los equipos a colocar en el proyecto, por lo que emite el día 26

de agosto de 2015 la solicitud de información correspondiente para ser atendida por la empresa Constructora Keibel, Ltda. Expone que la subsanación fue atendida el 28 de agosto de 2015 por el Sr. Christian Gazel Dam, representante de la empresa Constructora Keibel, Ltda., los documentos aportados fueron analizados por el personal especializado de la Oficina Ejecutora del Programa de Inversiones, en el oficio OEPI-1 509-2015 se indica que todos los equipos cumplen técnicamente con lo solicitado en el cartel, excepto el equipo de transferencia del cual no se incluyó el certificado de funcionamiento. En este estado del análisis de la oferta de la empresa Constructora Keibel, Ltda., señala que la interrogante que surge es ¿el incumplimiento del certificado es un defecto "sustancial"? Expone que de acuerdo con el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, "Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta...". Al respecto, expone la empresa **adjudicataria** que el apelante hace prevalecer la forma en la medida en que desea que la oferta se convierta en un legajo a ser calificado por la Administración bajo la lupa de la "pura forma" sin considerar la prevalencia del contenido sobre la mera forma, así como el empleo apropiado de la subsanación que se produce cuando la corrección de las ofertas no origina posicionamientos indebidos, es reflejo de que la Administración licitante ha de procurarse el mayor número de ofertas admitidas al concurso para incrementar las posibilidades de identificar la propuesta que mejor satisfaga las necesidades, y en última instancia en la satisfacción del interés público. Indica que si se ha procedido a la inclusión de la oferta sometida por Constructora Keibel, esto se ha producido como resultado de la observancia a los principios de igualdad y de eficiencia, pues de no mantenerse la oferta de Constructora Keibel, la presencia de una nulidad absoluta era notoria en tanto se estaba dado paso a una mejora de precios, dejando por fuera a un oferente que potencialmente pudo presentarse a mejorar el precio. En tal sentido, a su criterio lo procedente fue dejar sin efecto la fase de mejora de precio. Adicionalmente, manifiesta que el precio de CPM está fuera del contenido presupuestario. Expone que la UCR estableció en 70 millones de colones el precio de los imprevistos, el cual es un rubro que puede presentarse o no, pero la Administración licitante lo fija unilateralmente y debe sumarse al precio de cada oferta. Señala que a CPM no le adicionan 70 millones como imprevistos, la UCR acomoda el monto de los imprevistos de diseño, rebajando en 14 millones de colones, es decir disminuyendo el monto para esta partida en un 20%, sin ningún fundamento para esa rebaja, para que la oferta de CPM

podiera estar dentro del contenido presupuestario. Es decir, manifiesta que en igualdad de condiciones la empresa CPM no tendría una adjudicación por 724,839,916.26 (setecientos veinticuatro millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos dieciséis colones 26/100 ) sino que lo correcto es utilizar intactos los 70 millones de colones en imprevistos de diseño que es un rubro fijado por el cartel para todos los oferentes. Por ello, arguye que la adjudicación que tendría CPM sería de 738,839,916.26 (setecientos treinta y ocho millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos dieciséis colones 26/100 ), es decir un 2.06% más del contenido presupuestario y 23,839,916.26 (veintitrés millones ochocientos treinta y nueve mil novecientos dieciséis colones 26/100) más que la oferta de Saga Ingeniería. Agrega que, a la empresa Saga Ingeniería, se le mantuvo los 70 millones de colones por imprevistos. Por lo cual, alega que aún con la mejora de precio presentada por la empresa CPM, su costo se encuentra fuera del contenido presupuestario como lo muestra el estudio de mercado del realizado por la UCR y la disponibilidad presupuestaria indicada en el oficio OCU-R-144-2015. **Criterio de la División:** En el caso de marras, discute la recurrente que no existe en el expediente ningún oficio debidamente fundamentado que justifique o motive el ingreso de la oferta de la empresa Constructora Keibel al concurso, esto en vista de que explica que dicha propuesta fue declarada inicialmente inadmisibles. Lo anterior, en razón de que alega que la inclusión de la oferta de dicha empresa tiene como único objetivo distorsionar la calificación de precio de su representada, la cual había sido inicialmente recomendada para la adjudicación, ya que al colocarla en segundo lugar, sumado a la afectación del factor experiencia, permite la pérdida de puntaje en perjuicio de su representada, suficiente para alcanzar un empate técnico entre su oferta y la empresa Constructora Saga, la cual obtuvo la adjudicación al contar con un menor precio. Al respecto, se debe indicar que lleva razón la apelante al indicar que inicialmente en el estudio de ofertas, sin incluir a la oferta de la Constructora Keibel se había recomendado su oferta para resultar como adjudicataria (hecho probado 4), así como que Constructora Keibel había sido excluida del concurso por incumplir con la presentación de los manuales técnicos de los equipos (hechos probados 5 y 6). De igual forma, es también cierto que la Administración posteriormente incluyó a Constructora Keibel en una nueva recomendación de adjudicación, sin que se aprecie en el documento respectivo, fundamento alguno que motivara la decisión administrativa y consecuencia de ello no se recomendó su oferta para resultar adjudicada (hecho probado 7). Al respecto, estima este órgano contralor que durante la tramitación del recurso se tiene que la Administración al contestar la audiencia inicial, explica que a la luz de lo

regulado en el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa la no presentación de los documentos técnicos no calificaba como un incumplimiento que impide que el objeto a contratar no cumpla su función primordial, por lo que se estimó improcedente la exclusión. Sobre este punto, se le concedió a la apelante la oportunidad procesal para que se refiriera a lo manifestado por la Administración mediante la audiencia especial, siendo que no presentó argumentos en contra de lo externado por la Universidad. En este orden de ideas, para efectos de resolución considera este órgano contralor que si bien es cierto la Administración en la tramitación de este concurso no sustentó la decisión de incluir a la empresa Constructora Keibel al concurso, después de haberla excluido inicialmente, esa omisión fue atendida por la Administración al responder la audiencia inicial, por lo que necesariamente se le concedió audiencia sobre el tema en los términos previstos por el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, para que refutara con prueba idónea lo expuesto por la Universidad respecto a que no se trataba de un incumplimiento esencial, sino que por el contrario demostrara que la no presentación de los manuales técnicos implicaba un incumplimiento de tal importancia que no resulta procedente aplicar lo regulado en el numeral 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y que la oferta debía ser excluida, lo cual se reitera no fue realizado por la empresa apelante. Respecto a este punto en discusión, la recurrente hace una escueta manifestación al presentar el recurso de apelación indicando que la presentación de los certificados de funcionamiento sí es esencial y no hay lugar para la aplicación del artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, pero sin ningún desarrollo o prueba que demuestre en qué consiste la trascendencia de la omisión o la eventual ventaja indebida que es el límite mismo de la aplicación de la figura de la subsanación. En este orden de ideas, se debe indicar que esta Contraloría General ha expuesto en reiterados criterios, que de conformidad con lo regulado en el numeral 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no todo incumplimiento trae como consecuencia una exclusión automática de las ofertas, para lo cual se debe valorar en cada caso particular la trascendencia de la infracción, en apego a lo dispuesto por dicho numeral que dispone que los incumplimientos intrascendentes no ocasionarán la exclusión de las ofertas. Respecto a este tema, se ha señalado lo siguiente: *“De esa forma, estima este órgano contralor que de conformidad con el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante RLCA), es obligación de la Administración sustentar la trascendencia de los incumplimientos. Sobre este tema, ha indicado este órgano contralor que: “(...) no todo*

*incumplimiento, implica de forma automática, la descalificación de la oferta, por lo que debe analizarse su trascendencia. En relación con este tema, el órgano contralor ha sostenido "... a la luz de la jurisprudencia reiterada de esta Contraloría General debe analizarse la trascendencia del incumplimiento, a efectos de determinar si amerita o no la exclusión de cualquier participante que omita esos requisitos, pues ya hemos indicado que no se trata de cualquier incumplimiento sino de aquellos que por su trascendencia no permiten ajustar a la oferta al interés público (RSL-71-97 de las 14:00 horas del 2 de abril de 1997 y RC-507-2002, de las 10:00 horas del 6 de agosto de 2002), o bien que lesionan los principios aplicables a la materia." (ver resolución RC-834-2002)." (Resolución R-DCA-094-2014 de las nueve horas del dieciocho de febrero de dos mil catorce)." (Resolución número R-DCA-134-2015 de las trece horas veintidós minutos del diecisiete de febrero de dos mil quince).* Ahora bien, en el caso particular, de conformidad con la explicación brindada por la Administración licitante de que no se trata de un incumplimiento esencial y que no califica como un incumplimiento que impida que el objeto a contratar cumpla su función primordial, aunado a la falta de fundamentación contraria a lo manifestado por la Universidad por parte de la recurrente, determina este órgano contralor que en el caso de mérito resulta aplicable lo regulado en el artículo 83 del reglamento antes mencionado, siendo que según el análisis realizado por la Administración no se trata de un incumplimiento esencial que ameritara la exclusión de la oferta de la Constructora Keibel. Sobre el particular, tampoco se aprecia en este caso un desarrollo respecto de la trascendencia del supuesto incumplimiento en los documentos subsanados, por lo que pueda concluirse la inelegibilidad de la oferta de la adjudicataria y por ello se impida mantener elegible la oferta presentada por la Constructora Keibel. En consecuencia, lo realizado por la Administración de incluir al concurso a la oferta de Keibel y aplicarle el sistema de evaluación resulta procedente. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto por la empresa CPM Proyectos Especiales, S.A. -----

III. Finalmente, de conformidad con lo señalado en el párrafo antepenúltimo del artículo 3 del Reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, se estima que en este caso existe mérito para eximir del refrendo el contrato derivado del concurso; en la medida que no solo se ha confirmado el acto, sino que este órgano contralor estima que se ha podido valorar los elementos sustantivos de la relación contractual, las regulaciones cartelarias y los términos de la oferta presentada. De esa forma, siendo que se han tenido a disposición el expediente integral del concurso y se han podido verificar los aspectos más relevantes de la



relación contractual, se exime de refrendo el contrato derivado del presente concurso, quedando librada la responsabilidad a la Administración de efectuar la aprobación interna.-----

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **CPM PROYECTOS ESPECIALES, S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2015LN-000002-0000900001**, promovida por la **UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**, para la “Construcción de Edificio de Investigación en el Jardín Botánico Lankester” , acto recaído a favor de la empresa **SAGA INGENIERÍA, S.A.**, por un monto \$596.500.00. **2) Se confirma la adjudicación. 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**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Edgar Herrera Loaiza  
**Gerente Asociado**

Estudio y Redacción: Karen Castro Montero.

KMCM/chc  
NN: 3730 (DCA-0731)  
NI: 450, 834, 2295, 2304, 2320, 3044, 4312, 6474, 6484  
G: 2016000545-2