

R-DCA-877-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas cuarenta y seis minutos del veintisiete de octubre del dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por **Corporación de Profesionales en Ingeniería S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la **licitación pública No. 2015LN-000005-APITCR**, promovida por el **Instituto Tecnológico de Costa Rica**, para la **construcción de edificios para comedor y biblioteca Centro Académico de Limón**, acto recaído a favor de **Vidalco S. A.** por un monto de \$1.081.500,00.-----

RESULTANDO

I. Que Corporación de Profesionales en Ingeniería S. A., el diecisiete de agosto del dos mil dieciséis presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida licitación pública No. 2015LN-000005-APITCR.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas del diecinueve agosto de dos mil dieciséis, esta Contraloría General solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso, lo cual fue atendido mediante oficio No. AP-1243-2016 del veintidós de agosto de dos mil dieciséis.-----

III. Que mediante auto de las once horas del treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante y a la adjudicataria sobre el recurso interpuesto, la cual fue atendida según escritos agregados al expediente de apelación.--

IV. Que mediante auto de las trece horas del doce de octubre de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera al contenido presupuestario de la contratación, en relación con las ofertas del apelante y el adjudicatario, requerimiento atendido según el escrito que consta agregado al expediente de apelación.-----

V. Que mediante auto de las catorce horas del catorce de octubre de dos mil dieciséis, este órgano contralor otorgó audiencia especial al apelante y el adjudicatario para que se refirieran a las argumentaciones realizadas por la Administración al atender la audiencia especial conferida mediante auto de las trece horas del doce de octubre de dos mil dieciséis. Esta audiencia fue atendida según escritos agregados al expediente de la apelación.-----

VI. Que mediante auto de las once horas del veintiuno de octubre de dos mil dieciséis, este órgano contralor 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.-----

VII. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la apertura de ofertas se celebró el 17 de febrero de 2016. (folios 601 del expediente administrativo). **2)** Que Corporación de Profesionales en Ingeniería S. A., presentó un precio total sin impuestos de ¢600.000.000,00 (folio 200 del expediente de administrativo). **3)** Que Vidalco S. A., presentó su propuesta en los siguientes términos: **3.1)** Indicó en lo que resulta de interés que el monto de la oferta consiste en:

| | |
|--|-------------------------|
| Edificio Biblioteca | USD 520,000.00 |
| Edificio Comedor | USD 510,000.00 |
| Subtotal de la oferta (Un millón treinta mil dólares de EE.UU) | USD 1,030,000.00 |
| Pruebas de laboratorio | USD 5,150.00 |
| Imprevistos de diseño | USD 46,350.00 |
| Monto sin impuesto (incluyendo el monto de imprevistos de diseño) | USD 1,081,500.00 |

(folio

398 del expediente de administrativo). **3.2)** Para la biblioteca **3.2.1)** El “*DESGLOSE EDIFICIO DE BIBLIOTECA*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | |
|----|-------------------------------------|--------------|------|
| 20 | Subtotal oferta sin impuestos | \$520.000,00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | \$23.400,00 | 4.5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | \$2.600,00 | 0.5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$546.000,00 | 100% |

(folio 392 a 391 del expediente de administrativo). **3.2.2)** La “*TABLA DE PAGOS EDIFICIO DE BIBLIOTECA*”, en la cual consigna:

| | | | | |
|----|--|----|------------|------|
| 20 | SUBTOTAL OFERTA SIN IMPUESTOS | \$ | 520.000,00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | \$ | 23.400,00 | 4,5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | \$ | 2.600,00 | 0,5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA (SIN IMPUESTOS) | \$ | 546.000,00 | 100% |

(folio 388 a 385 del expediente de administrativo). **3.3)** Para el comedor **3.3.1)** La “*TABLA DE DESGLOSE EDIFICIO DE COMEDOR*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | |
|----|-------------------------------------|--------------|------|
| 22 | Subtotal oferta sin impuestos | \$510.000,00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$22.950,00 | 4.5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$2.550,00 | 0.5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$535.500,00 | 100% |

(folio 390 a 389 del expediente de administrativo). **3.3.2)** La “TABLA DE PAGOS EDIFICIO DE COMEDOR”, en cuya última hoja consigna:

| | | | | |
|----|--|----|------------|------|
| 22 | SUBTOTAL OFERTA SIN IMPUESTOS | \$ | 510.000,00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$ | 22.950,00 | 4,5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$ | 2.550,00 | 0,5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA (SIN IMPUESTOS) | \$ | 535.500,00 | 100% |

(folio 384 a 382 del expediente de administrativo). **4)** Que mediante oficio No. AP-187-2016 del 24 de febrero de 2016, la Administración, entre otros aspectos requirió a Vidalco S. A., lo siguiente:

Presentar corregida la Tabla de Pagos de oferta, *según el inciso g)* del punto 3- requisitos técnicos de la empresa de las Condiciones Específicas del cartel, *(Debe ajustarse las líneas del subtotal de oferta, Imprevistos de Diseño y Pruebas de Laboratorio para que correspondan con lo solicitado en cartel [Subtotal: 95%; Imprevistos: 4,5%; Pruebas 0,5%].*

(folio

618 del expediente de administrativo). **5)** Que mediante oficio No. 2016 TEC 003 del 29 de febrero de 2016, Vidalco S. A., en respuesta al oficio No. AP-187-2016, adjunta la tabla de pagos corregida y de seguido aporta: **5.1)** Para la Biblioteca **5.1.1)** El “*DESGLOSE EDIFICIO DE BIBLIOTECA*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | |
|----|-------------------------------------|---------------|------|
| 20 | Subtotal oferta sin impuestos | \$ 518,700.00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | \$24,570.00 | 4.5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | \$2,730.00 | 0.5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$546,000.00 | 100% |

(folio 636 a 635 del expediente de administrativo). **5.1.2)** La “*TABLA DE PAGOS EDIFICIO DE BIBLIOTECA*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | | | | |
|----|--|--|--|----|------------|------|
| 20 | SUBTOTAL OFERTA SIN IMPUESTOS | | | \$ | 518,700.00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | | | \$ | 24,570.00 | 4.5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | | | \$ | 2,730.00 | 0.5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA (SIN IMPUESTOS) | | | \$ | 546,000.00 | 100% |

(634 a 631 del expediente de administrativo). **5.2)** Para el Comedor **5.2.2)** El “*DESGLOSE EDIFICIO DE COMEDOR*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | |
|----|-------------------------------------|---------------|------|
| 22 | Subtotal oferta sin impuestos | \$ 508,725.00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$24,097.50 | 4.5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$2,677.50 | 0.5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$535,500.00 | 100% |

(folio 630 a 629 del expediente de administrativo). **5.2.2)** La “*TABLA DE PAGOS EDIFICIO DE COMEDOR*”, en cuya última hoja consigna:

| | | | | |
|----|---------------------------------------|----|------------|------|
| 22 | SUBTOTAL OFERTA SIN IMPUESTOS | \$ | 508,725.00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$ | 24,097.50 | 4.5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$ | 2,677.50 | 0.5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA (SIN IMPUESTOS) | \$ | 535,500.00 | 100% |

(folio 628 a 626 del expediente de administrativo). **6)** Que en la recomendación técnica emitida mediante oficio No. OI-309-2016, del 15 de marzo de 2016, se indica: **6.1)** Que Vidalco S. A., subsanó la tabla de pago según cartel y que cumple (folio 731 y 727 del expediente de administrativo). **6.2)** En el apartado “*ANÁLISIS DE CUMPLIMIENTO DE TABLA DE PAGOS*”, en cuanto a la oferta de “Vidalco” “*SUBSANADO / Monto de imprevistos y Pruebas de Laboratorio corresponde a lo establecido en el cartel*” (folio 725 del expediente de administrativo). **7)** Que la Administración adjudicó la contratación a Vidalco S. A., por la suma de \$1.081.500,00 (folio 750 del expediente de administrativo). **8)** Que mediante oficio No. AP-1434-2016 del 22 de setiembre de 2016, la Administración requirió que se incorporara al expediente de apelación la certificación extendida el 20 de setiembre de 2016, por Roy D’Avanzo en calidad de Director Financiero y Contable de la institución, en la cual se certifica:

El suscrito M.A.E. Roy D’Avanzo Navarro, cédula tres, doscientos noventa y ocho, trescientos diez, en su carácter de Director del Departamento Financiero Contable, del Instituto Tecnológico de Costa Rica, hace constar que la **Licitación Pública N° 2015LN-000005-APITCR “Construcción de Edificio para Comedor y Biblioteca Centro Académico Limón”**, cuenta con recursos reservados en el Presupuesto Institucional 2016, por un monto total de **¢616,500,000.00** (seiscientos dieciséis millones quinientos mil colones exactos).

La reserva solicitada en oficio del Departamento de Aprovisionamiento AP 1225 2016, se realizó en la Unidad Ejecutora: Partida Institucionales Vicerrectoría Administración (51) objeto del gasto de Edificios (5-02-01-01).

(folio 88 del expediente de apelación). **9)** Que para el 17 de febrero de 2016, el tipo de cambio del colón con respecto al dólar se estableció en ¢ 542.01 (folio 89 del expediente de apelación).

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN. 1. Sobre el precio de la oferta del apelante en relación con el disponible presupuestario.

La Administración, al atender la audiencia inicial, indica que la oferta adjudicataria es la más barata y presentó una variación del 4.68% en relación con la reserva presupuestaria, en tanto que la de la recurrente presentó una variación de 7.14% e indica que se sobrepasa la reserva en cuarenta millones de colones. Además, en el escrito de respuesta a la audiencia especial otorgada mediante auto de las catorce horas del catorce de octubre de dos mil dieciséis, la Administración indica que ambas empresas sobrepasan el monto de estudio de mercado, pero no se presenta el supuesto del inciso c) del artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, puesto que las ofertas de la adjudicataria y apelante se encuentran dentro del presupuesto reservado, en los términos expuestos en la certificación que consta dentro del expediente. Agrega que de conformidad con el artículo 10 de la Ley No. 4777 se encuentra exenta del pago de todo tipo de impuestos. El apelante señala que de conformidad con lo expuesto por la Administración, ni su oferta, ni la de la adjudicataria sobrepasan el disponible presupuestario fijado para la contratación, por lo que no se está ante el escenario que regula el artículo 30 inciso c) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. El adjudicatario indica que en su caso su oferta excede el presupuesto original pero se mantiene dentro del contenido presupuestario reservado por lo que no es de aplicación el artículo 30 inciso c) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, tal y como lo certificó la Administración. **Criterio de la División:** En el pliego de condiciones se estableció: ***“1. CONTENIDO PRESUPUESTARIO/El monto estimado de las obras de esta licitación, según estudio de mercado de la Oficina de Ingeniería es de quinientos sesenta millones de colones (¢ 560.000.000.00)”*** (folio 30 del expediente de apelación). Por su parte, la apelante presentó oferta por el monto total sin impuestos de ¢600.000.000,00 (hecho probado 2), y el adjudicatario por la suma sin impuestos de \$1.081.500,00 (hecho probado 3), el cual al tipo de cambio de ¢542.01, correspondiente al día de apertura de ofertas -17 de febrero de 2016- (hecho probado 1 y 9), corresponde a la suma de ¢586.183.815,00. Por otra parte, consta en el elenco de hechos probados que la Administración adjudicó el concurso a Vidalco S. A., por la suma de \$1.081.500,00 (hecho probado 7). A partir de lo anterior, se debe tomar en consideración que de conformidad con la certificación de contenido presupuestario incorporada al expediente de apelación, la Administración cuenta con un contenido presupuestario que asciende a la suma

de ¢616.500.000,00 para hacer frente a la contratación (hecho probado 8), por lo que no se tiene por acreditado que la oferta de la apelante ni la adjudicataria, se encuentren en el supuesto previsto en el inciso c) del artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En este sentido, la misma Administración indicó “(...) *ambas ofertas, tanto la de la empresa adjudicataria como la de la empresa apelante, se encuentran dentro de la reserva presupuestaria para la presente licitación. (...) considera esta Administración, que no nos encontramos dentro del presupuesto de inciso c) del artículo 30 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (...)*” (folios 114 y 115 del expediente de apelación). En vista de lo expuesto, se declara sin lugar la manifestación que la Administración realizó en la audiencia inicial en cuanto a que la oferta apelante y adjudicataria tiene variaciones respecto de la reserva presupuestaria y que la oferta apelante sobrepasa la reserva presupuestaria.-----

III. SOBRE EL FONDO. 1. Sobre los rubros de imprevistos de diseños, pruebas de laboratorio y el precio del adjudicatario. El apelante refiere al punto 9 a) de las condiciones específicas del cartel, e indica que la oferta total de la adjudicataria sin impuestos es de \$1.081.500,00. Añade que como monto de imprevistos de diseño se consignó la suma de \$46.350,00, lo que corresponde a un 4.29% del precio total sin impuestos, y no el 4,5%, tal como se había fijado en el cartel. Agrega que el adjudicatario cotizó la suma de \$5.150,00 como pruebas de laboratorio, lo cual corresponde a un 0,48% del precio sin impuestos, incumpliendo lo establecido en el cartel. Indica que este mismo error, en cuanto a los montos y el porcentaje del precio final, lo repite el adjudicatario tanto en el desglose del precio como en el presupuesto detallado que presentó con la oferta. A los montos de imprevistos y pruebas de laboratorio se les asigna un porcentaje que no corresponde con la realidad, porque no alcanzan el 4.5% ni el 0,5% de la oferta como lo requirió el cartel. Refiere al artículo 26 párrafo final del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, e indica que la adjudicataria presentó el subsane de su oferta variando las tablas de pagos, el desglose del precio y el presupuesto detallado para cumplir lo que solicitado en el cartel. Agrega que el adjudicatario modificó todos los montos y porcentajes de los diferentes rubros que componen el precio, forzando así la obtención de un 4,5% para imprevistos de diseño y el 0.5% para pruebas de laboratorio y hace ver que varió los montos totales, para imprevistos de diseño \$48.667,50 (\$24,570,00 para el Edificio de Biblioteca y \$24.097,50 para Edificio de Comedor) y para pruebas de laboratorio \$5.407,00 (\$2.730,00 para Edificio de Biblioteca y \$2.677,50 para el Edificio de Comedor) y obteniendo sobre todos los oferentes, en especial sobre la oferta apelante, una ventaja indebida e ilegal, en

violación del principio de igualdad de todos los oferentes. El adjudicatario indica que efectivamente hubo una inconsistencia menor en el desglose del precio que presentó, el cual fue subsanado dentro del ámbito que permite la Ley de Contratación Administrativa, su reglamento y los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía. Indica que no se ha generado ninguna ventaja indebida a su favor, lo cual el apelante no ha acreditado, y añade que el apelante se sustenta en varios criterios anteriores del órgano contralor que no desarrolla ni conecta con el caso bajo análisis, por lo que no se puede afirmar que las soluciones a dichos casos sean las mismas para este caso. Indica que por un error aritmético, en el caso de los imprevistos de diseño, se indicó una cantidad que para el edificio de comedor correspondía a un 4,3%; y para el edificio de la biblioteca se indicó 4,29%. En el caso de las pruebas de laboratorio, para ambos casos se indicó una cantidad que correspondía a un 0,48%, en lugar de un 0,5%. En el subsane lo que se hizo fue afinar algunos de los precios en las líneas, ajustando un poco los montos (lo cual puede ser tomado incluso como una especie de descuento o mejora), redistribuyendo esas diferencias de manera muy somera en los rubros que se encontraban como insuficientes, lo cual termina siendo un aspecto de mera forma en cuanto al formato utilizado, toda vez que el precio final total se mantuvo y se mantiene firme, definitivo e invariable. Indica que se rebalancearon los renglones de pago para ajustar los renglones que se hallaban como insuficientes, lo que en términos porcentuales implica un ajuste de solamente un 0,2% del precio total de la oferta, situación que no afecta en lo absoluto el equilibrio económico del contrato e indica que, el rebalanceo es en una cifra o proporción prácticamente inocua, para cumplir con un aspecto más de forma que de fondo y refiere al artículo 83 del RLCA. La Administración al refiere al apartado 9 a) de las condiciones específicas y al artículo 80 del RLCA y señala que posee competencia para solicitar a los oferentes la subsanación de los aspectos dichos, se trata de un aspecto insustancial, no se ha modificado un elemento esencial de la oferta, el monto de \$1.081.500,00, se mantuvo, y no se ha otorgado ventaja indebida. Señala que estudiada la información presentada por el adjudicatario la Comisión de Licitaciones concluyó que los rubros de pruebas de laboratorio e imprevistos de diseño presentados por la empresa eran acordes al cartel y se tuvieron por subsanados, con sustento en el principio de eficiencia y que el desglose del precio del monto de la oferta no ha sido modificado. Señala que el objetivo fue conservar la mayor cantidad de ofertas, la más barata, en beneficio del interés público, lo cual queda manifiesto en la resolución No. R-DCA-59-2010. Señala que el apelante no fundamenta con elementos técnicos que la subsanación requerida al

adjudicatario represente ventaja indebida ni violación al principio de igualdad. **Criterio de la División:** La adjudicataria en su oferta, para la Biblioteca consignó, tanto en el desglose como en la tabla de pagos respectiva, los siguientes datos:

| | | | |
|----|-------------------------------------|--------------|------|
| 20 | Subtotal oferta sin impuestos | \$520.000,00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | \$23.400,00 | 4.5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | \$2.600,00 | 0.5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$546.000,00 | 100% |

(hecho probado 3.2). Asimismo, Vidalco S. A. en cuanto al Comedor, tanto en el desglose como en la tabla de pagos aportada con la oferta estableció:

| | | | |
|----|-------------------------------------|--------------|------|
| 22 | Subtotal oferta sin impuestos | \$510.000,00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$22.950,00 | 4.5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$2.550,00 | 0.5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$535.500,00 | 100% |

(hecho probado 3.3). A su vez, el adjudicatario con su oferta aportó un cuadro en el cual indica que el monto de la propuesta, en lo que resulta de interés asciende a:

| | |
|--|-------------------------|
| Edificio Biblioteca | USD 520,000.00 |
| Edificio Comedor | USD 510,000.00 |
| Subtotal de la oferta (Un millón treinta mil dólares de EE.UU) | USD 1,030,000.00 |
| Pruebas de laboratorio | USD 5,150.00 |
| Imprevistos de diseño | USD 46,350.00 |
| Monto sin impuesto (incluyendo el monto de imprevistos de diseño) | USD 1,081,500.00 |

(hecho probado 3.1). Por otra parte, se logra acreditar que la Administración, con ocasión del estudio de ofertas requirió a Vidalco S. A., lo siguiente:

Presentar corregida la Tabla de Pagos de oferta, según el inciso g) del punto 3- requisitos técnicos de la empresa de las Condiciones Específicas del cartel, (Debe ajustarse las líneas del subtotal de oferta, Imprevistos de Diseño y Pruebas de Laboratorio para que correspondan con lo solicitado en cartel [Subtotal: 95%; Imprevistos: 4,5%; Pruebas 0,5%].

(hecho probado 4). Ante lo cual, esta empresa consignó, para la biblioteca tanto en el desglose como en la tabla de pagos respectiva, los siguientes datos:

| | | | |
|----|-------------------------------------|---------------|------|
| 20 | Subtotal oferta sin impuestos | \$ 518,700.00 | 95% |
| 21 | Imprevistos de Diseño | \$24,570.00 | 4.5% |
| 22 | Pruebas de laboratorio | \$2,730.00 | 0.5% |
| 23 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$546,000.00 | 100% |

(hecho probado 5.1). Además, en virtud de esta subsanación, Vidalco S. A., para el comedor, tanto en el desglose como en la tabla de pagos estableció:

| | | | |
|----|-------------------------------------|---------------|------|
| 22 | Subtotal oferta sin impuestos | \$ 508,725.00 | 95% |
| 23 | Imprevistos de Diseño | \$24,097.50 | 4.5% |
| 24 | Pruebas de laboratorio | \$2,677.50 | 0.5% |
| 25 | MONTO TOTAL DE OFERTA SIN IMPUESTOS | \$535,500.00 | 100% |

(hecho probado 5.2). Considerando lo anterior, la Administración determinó en el estudio técnico que la oferta de Vidalco S. A., con el subsane cumple con la tabla de pagos según el cartel y que el *“Monto de imprevistos y Pruebas de Laboratorio corresponde a lo establecido en el cartel”* (hecho probado 6), adjudicando la contratación a Vidalco S. A. (hecho probado 7). Cabe añadir que sobre el subsane, al atender la audiencia inicial, el adjudicatario indicó: *“El hecho en sí es que, por un error aritmético, en el caso de los Imprevistos de Diseño, se indicó una cantidad que, en el caso del edificio de comedor, correspondía a un 4,3%; y en el caso del edificio de la biblioteca, se indicó 4,29%, siendo que, en ambos casos, el cartel pedía cotizar un 5%. En el caso de las Pruebas de Laboratorio, para ambos casos se indicó una cantidad que correspondía a un 0,48%, en lugar de un 0,5%. Lo que mi representada hizo en el subsane, fue afinar algunos de los precios en las líneas, ajustando un poco los montos (lo cual puede ser tomado incluso como una especie de descuento o mejora), redistribuyendo esas diferencias de manera muy somera en los rubros que se encontraban como insuficientes”* (...) (folio 61 del expediente de apelación). Ante tales manifestaciones, se ha de tener presente que al respecto, el pliego cartelario dispuso: **“9. IMPREVISTOS DE DISEÑO Y PRUEBAS DE LABORATORIO (...) 4.5% para imprevistos de diseño y 0.5% para pruebas de laboratorio ambos sumaran el 5% del monto total de la oferta sin impuestos”** (folio 18 del expediente administrativo). En este sentido, se tiene que el subtotal consignado por la adjudicataria en su oferta para la biblioteca varió de \$520.000,00 a \$ 518,700.00 (hecho probado 3.2 y 5.1), y para el caso del comedor, varió de \$510.000,00 a \$ 508,725.00 (hecho probado 3.3 y 5.2), con lo cual el subtotal de ambos edificios ya no asciende a la suma de \$1.030.000,00 sino de \$1.027.425,00 (hecho probado 3 y 5). Así las cosas, se logra acreditar que la adjudicataria disminuyó el monto del subtotal de su oferta para incrementar los montos en ella consignados para los rubros de imprevistos de diseño y pruebas de laboratorio (hechos probado 3 y 5). En este sentido se tiene que la adjudicataria para los imprevistos de diseño de la biblioteca en su oferta consignó \$23.400,00, suma que en virtud de la subsanación modificó a \$24,570.00; y en el caso del comedor originalmente estableció para este rubro la suma de \$22.950,00, pero con ocasión de la subsanación lo cambió a \$24,097.50. Lo mismo sucede con las pruebas de

laboratorio para las cuales en el caso de la biblioteca en la oferta indicó que les correspondía la suma de \$2.600,00, sin embargo, con ocasión de la subsanación modificó esta suma a \$2.730,00, y para el comedor estableció en la oferta un monto de \$2.550, lo cual fue modificado en la subsanación a \$2.677,50 (hecho probado 3 y 5). En virtud del incremento que sufrieron estos dos rubros con la subsanación, ya no ascienden a las sumas dispuestas en la oferta, a saber \$5.150,00 por concepto de pruebas de laboratorio y \$46.350,00 para el rubro de imprevistos de diseño; sino que ahora corresponden a \$5.407,5 y \$48.667,00, respectivamente (hechos probados 3 y 5). Realizado el respectivo cálculo aritmético, tal y como lo indica el apelante, tales sumas corresponden a un 0,5% para el rubro de pruebas de laboratorio y 4,5% para el rubro de imprevistos, respectivamente (folio 05 del expediente de apelación); ajustando así Vidalco S. A., su oferta a los porcentajes que el cartel dispuso para estos rubros. Evidenciadas las anteriores modificaciones, debe tomarse en consideración que en el inciso e) de la cláusula cartelaria 9) *“IMPREVISTOS DE DISEÑO Y PRUEBAS DE LABORATORIO”*, se dispuso: *“Cualquier sobrante de este rubro pertenece al ITCR, por lo que el contratista deberá presentar una nota de crédito por este concepto”* (folio 18 del expediente de apelación). Esta regulación cartelaria resulta consecuente con la naturaleza de los imprevistos de diseño, sobre los cuales este órgano contralor ha expuesto que: *“(…)ciertamente no forma parte del objeto contractual sino que, es más bien un monto para atender eventuales omisiones o errores del diseño de la obra que no sean imputables al contratista, indicando que precisamente por esa razón, ese monto no forma parte del precio cotizado (...)”*(destacado agregado) (Oficio No. 5043 (DCA-1382) del 26 de mayo de 2014). Así las cosas, no resulta de recibido el argumento de la adjudicataria y de la Administración relativo a que con la subsanación se mantuvo el precio ofertado, por cuanto como fue expuesto supra, el monto consignado en el subtotal de la oferta, el cual es el monto que inexorablemente el adjudicatario recibirá con la ejecución de la obra, fue disminuido con ocasión de la subsanación que realizó a efectos de *“rebalancear”* su plica para cumplir con los porcentajes previstos inciso a) de la cláusula cartelaria 9) *“IMPREVISTOS DE DISEÑO Y PRUEBAS DE LABORATORIO”*. Lo anterior, por cuanto tal y como fue expuesto supra, el subtotal dispuesto en la oferta por la suma de \$1.030.000,00, con la subsanación fue modificado a \$1.027.425,00. Este proceder del adjudicatario lesiona lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en cuanto a que: *“El precio debe ser firme y definitivo (...)”*. Debe reiterarse que el monto de \$1.081.500,00, el cual la Administración indica que el adjudicatario mantuvo invariable (folio 46 del expediente de

apelación), no constituye el precio de contratación, por cuanto es el resultado de la sumatoria del subtotal y los rubros de imprevistos de diseño y pruebas de laboratorio (hecho probado 3.1), rubros que de conformidad con lo dispuesto en el inciso e) de la cláusula cartelaria 9) “**IMPREVISTOS DE DISEÑO Y PRUEBAS DE LABORATORIO**”, no constituyen parte de la suma que inexorablemente el adjudicatario recibirá en virtud de la ejecución contractual. En vista de lo expuesto, este órgano contralor estima que la subsanación realizada por el adjudicatario, no resulta de recibo por cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 80 del RLCA, en cuanto a que *“Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, **cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida**”*(negrita agregada). Asimismo, a criterio de este órgano contralor, con la subsanación no sólo se varió el precio sino que Vidalco S. A., obtuvo una ventaja indebida por cuanto al adecuar su oferta para cumplir con los porcentajes previstos en el cartel para los rubros de imprevistos de diseño y pruebas de laboratorio, recayó en su oferta la adjudicación (hecho probado 7), lo cual no hubiera tenido lugar de no haber modificado su oferta a efectos de cumplir con los porcentajes previstos en el inciso a) de la cláusula cartelaria 9) “**IMPREVISTOS DE DISEÑO Y PRUEBAS DE LABORATORIO**”. En relación con lo anterior, conviene citar lo indicado por este órgano contralor en la resolución R-DCA-584-2016 de las nueve horas siete minutos del trece de julio del dos mil dieciséis, donde se expuso: *“(…) no es posible que otros rubros del precio puedan utilizarse para compensar otros montos que no se cotizaron conforme el ordenamiento jurídico o según las reglas cartelarias, todo como parte de un principio de transparencia pero sobre todo considerando la necesidad de que exista un precio cierto y definitivo en la oferta.”* (Resolución número R-DCA-432-2016 de las doce horas cuarenta y ocho minutos del veintiséis de mayo de dos mil dieciséis). *(…) no resulta procedente tomar los montos cotizados en unos rubros para completar el faltante en otros (...)*” Lo antes transcrito, resulta de aplicación al caso que se analiza, dado que el mismo adjudicatario al atender la audiencia inicial ha indicado que con el subsane lo que hizo fue ajustar los montos. Por último, en cuanto a la manifestación que la Administración realiza relativa a que de conformidad con el cartel *“(…) la tabla de pagos, al ser el mecanismo que define la forma en que se pagará el avance del proyecto, puede estar sujeta a variación de previo al inicio de la obra, de tal forma que se refleje la distribución de los componentes de la misma, dentro de los cuales se encuentran los imprevistos de diseño y las pruebas de laboratorio, en el entendido que cualquier variación interna de ella, no afecte el MONTO TOTAL DE LA OFERTA (...)*”

(folio 48 del expediente de apelación), es lo cierto que como ha sido expuesto supra el adjudicatario con su subsane modificó su oferta, subsanación que de conformidad con los términos supra expuestos no resulta de recibo. Con sustento en lo que viene dicho y considerando que el artículo 83 del RLCA, dispone que serán declaradas fuera del concurso, las oferta que sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico, se impone declarar **con lugar** el recuso incoado. De conformidad con las disposiciones del artículo 183 del RLCA, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos por carecer de interés práctico.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 57, 83, 174 y siguientes de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por Corporación de Profesionales en Ingeniería S. A., en contra del acto de adjudicación de la licitación pública No. 2015LN-000005-APITCR, promovida por el Instituto Tecnológico de Costa Rica, para la construcción de edificios para comedor y biblioteca del Centro Académico de Limón, acto recaído a favor de Vidalco S. A., acto que se anula. **2)** De conformidad con lo dispuesto en 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

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

OSR/MMR-ksa
NN: 14015 (DCA-2700-2016)
NI: 21981-22357-23693-23889-23892-24739-25419-28087-28139-28353-28566-29272-29316-29550
G: 2016002899-2