

R-DCA-0763-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas cincuenta y siete minutos del veintiuno de setiembre de dos mil diecisiete.-----

Recurso de apelación interpuesto por **MÍNOR HUMBERTO MORALES GÓMEZ**, contra el acto de adjudicación de la **Contratación Directa concursada 02-2016**, promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DEL LICEO EXPERIMENTAL BILINGÜE DE SANTA CRUZ**, para la contratación de mano de obra para la construcción del proyecto obra nueva menor prototipo, obras de mantenimiento mayor y obras complementarias del referido centro educativo), adjudicada a favor de **AF CONSTRUCCIÓN S.A.**, por el monto de **¢91.322.172,76** (noventa y un millones trescientos veintidós mil ciento setenta y dos colones con setenta y seis céntimos).-----

RESULTANDO

I.- Que el apelante presentó su recurso de apelación ante este órgano contralor, en fecha veintiuno de julio de dos mil diecisiete.-----

II.- Que mediante auto de las ocho horas quince minutos del veinticuatro de julio de dos mil diecisiete se solicitó el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido por la Administración mediante nota sin número de fecha veintiocho de julio de dos mil diecisiete.----

III.-Que mediante Resolución R-DCA-618-2017 de las trece horas treinta y cinco minutos del ocho de agosto de dos mil diecisiete, se rechazó el recurso de apelación presentado por el señor Bernardo Méndez Contreras, y se dio audiencia inicial a la Administración y adjudicataria para que se refirieran sobre el recurso interpuesto por el señor Mínor Humberto Morales Gómez, diligencia que fue atendida mediante escritos agregados al expediente de apelación.-----

IV.- Que mediante auto de las doce horas cincuenta minutos del trece de setiembre de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia final a las partes, la cual fue atendida por la Administración y la apelante, mediante escritos agregados al expediente de apelación-----

CONSIDERANDO

I.-Hechos probados: Para el dictado de la presente resolución se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que consta en la oferta de la firma adjudicataria personería jurídica de la empresa (folios 529 del expediente administrativo). **2)** Que en la oferta de la adjudicataria se indica que el plazo de entrega es de 120 días naturales y presenta cronograma por semanas, donde consta para la semana 7, una corrección a mano (folios 502 y 525-527 del expediente administrativo). **3)** Que según acta de apertura del concurso se

verificó que la oferta adjudicataria cumpliera todos los requisitos. Se indica que no hubo observaciones (folios 672-673 del expediente administrativo).-----

II.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. i) Sobre el Precio ofertado: Indica **el apelante**, que en un proceso licitatorio anterior, cuya obra es la misma, ofreció un precio de ¢93.033.744,00 (noventa y tres millones treinta y tres mil setecientos cuarenta y cuatro colones). Pero se le señaló que su monto era muy bajo. No obstante, manifiesta que en este nuevo proceso se adjudicó a una oferta con un monto inferior al suyo sea ¢91.322.172,76 (noventa y un millones trescientos veintidós mil ciento setenta y dos colones con setenta y seis céntimos). Al respecto, **la adjudicataria** indica que el apelante no señala la razón por la cual considera que el precio de su oferta podría ser ruinoso, y sólo menciona que su precio es mayor. Por su parte, **la Administración** manifiesta que este es un nuevo proceso y se encuentra facultada para presentar sus requerimientos. El cartel fue el mismo que se le entregó a todos los participantes.**Criterio de la División.** En relación con este primer alegato, el apelante indica que su precio fue cuestionado en un proceso anterior por ser muy bajo, cuyo objeto contractual es el mismo de este concurso. Agrega, que pese a ello, en esta oportunidad sí se procedió adjudicar un precio más bajo que el suyo. Véase, sin embargo, que en este primer punto, el alegato del apelante no presenta una imputación puntual, por lo que no se tiene claridad cuál es su disconformidad. Se limita a indicar que el precio adjudicado es más bajo que el suyo, sin apuntar mayor consecuencia sobre el particular. Al respecto, no debe olvidarse que conforme con el artículo 185 de la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el apelante debe indicar con precisión la infracción sustancial del ordenamiento que se alega, aspecto que en este caso no se presenta, ya que únicamente hace alusión a un antecedente, pero no se concretiza ningún cuestionamiento o disconformidad respecto de ese antecedente y su relación con la adjudicación de este concurso. Sumado a lo anterior, y suponiendo que el apelante esté cuestionando el precio adjudicado e imputándole que es muy bajo o incluso ruinoso, no presenta la prueba técnica necesaria para demostrar lo anterior. Una vez más, el numeral 185 recién citado establece que el apelante debe presentar la prueba en que se apoye sus argumentaciones, aspecto que también se echa de menos. En vista que el alegato del apelante no presenta una imputación clara, ni prueba que respalde sus argumentaciones, se **declara sin lugar** este punto del recurso. **ii) Sobre las Tachaduras en la oferta:** Manifiesta **la apelante** que conforme con el cartel no se permite borriones, sin embargo, en el cronograma de la firma adjudicataria aparece un borrón.**La adjudicataria** señala que de la revisión del expediente se puede apreciar que lo referido por la apelante es una remarca al número de semana 07, aspecto que no afecta el contenido de la oferta. En relación con este punto, **la Administración** sostiene

que quien formula un agravio debe aportar la prueba que lo respalde. En este caso no se dice dónde y en qué consiste la tachadura. En el cronograma se detecta que se acentúa a mano, el numeral correspondiente a la columna 07, lo cual es un hecho irrelevante que no altera o incide en el proceso. **Criterio de la División:** En relación con este cuestionamiento, el apelante se limita a señalar que existe una tachadura en el cronograma, por lo que se presenta un incumplimiento al cartel. En primer lugar es importante indicar que si bien el cartel dispuso que las ofertas debían presentarse sin borradores ni tachaduras (folio 467 del expediente administrativo), no señaló ninguna exclusión por no acatar lo anterior. Pero además, conforme con el artículo 83 del RLCA debe tenerse presente que respecto a las ofertas, *“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 (...)”*, de allí que no cualquier eventual incumplimiento podría acarrear una descalificación, ya que se debe analizar la trascendencia del mismo. Se ha tenido por demostrado, que en la oferta del adjudicatario se incluyó un cronograma por semanas, y que la correspondiente a la 7, se hizo de forma manual (hecho probado 2). No obstante, también señaló que el plazo de entrega sería de 120 días naturales (hecho probado 2). En el caso particular el apelante se ha limitado a señalar el borrón del cronograma, sin analizar las consecuencias del mismo, por qué es trascendental y cómo influye en la ejecución contractual. Incluso no ha demostrado que dicha eventual corrección conlleve a una modificación del plazo ofrecido por la adjudicataria. De lo que viene dicho entonces, procede **declarar sin lugar** este punto del recurso. **iii) Sobre la la certificación de personería jurídica.** Indica la apelante, que el día de apertura de las ofertas la firma adjudicataria no presentó la personería jurídica al momento de entregar la oferta, sino después de pasada dicha hora. La adjudicataria indica que la apertura se llevó a cabo en presencia de varios oferentes. En el acta de apertura consta que se presentaron todos los documentos y no se presentó objeción por el señor Morales. Además es un aspecto que es subsanable. La Administración señala que la omisión se subsanó de forma inmediata, ya que la personería se había quedado en el carro. En el acta de apertura, ningún participante presentó objeciones o reparos al proceso. **Criterio de la División:** En relación con este punto, se ha tenido por acreditado que en la oferta de la firma adjudicataria se encuentra un documento de personería jurídica, y además que en el acta de apertura no se hizo ninguna observación sobre algún hecho en particular del concurso y consta que adjudicatario cumplió con los requisitos (hechos probados 1 y 3). Ahora, el cuestionamiento del apelante obedece a que la personería jurídica fue entregada en un momento posterior a la apertura. No obstante olvida, que tal documento puede ser subsanable, tal y como lo disponen los artículos 80 y 81

del RLCA. En dichos casos, se pueden presentar omisiones de elementos no esenciales, y que su presentación en un momento posterior a la apertura no genere ventaja indebida. Dentro de dicho supuestos se encuentra la presentación de la personería jurídica. En este caso particular, el apelante se limita a indicar que fue presentada en un momento posterior, pero no demostró que lo anterior conlleve una ventaja para la adjudicataria, razón por la cual procede **declarar sin lugar** este punto del recurso. **iv) Sobre la Experiencia:** Manifiesta **la apelante** que la firma adjudicataria fue la única oferta que obtuvo los 10 puntos de experiencia, pero no cumple. Expresa que no cumple con metraje en aulas nuevas, pues según carta de Lepanto construyó 10 aulas, pero hizo remodelación al salón comunal que queda por debajo de los 800mts². Señala que las cartas no tienen fechas en que fueron hechos los trabajos. En una de las cartas no se indica el número telefónico y otra no está firmada por el presidente de la Junta del centro educativo. Indica que por el contrario sus cartas están firmadas, cumple la sumatoria y la única carta que no está firmada, el presidente de la escuela Palestina de Belén señaló que no se firman los documentos. En relación con este tema, **la adjudicataria** indica que la apelante no señala cuál fue el favorecimiento que se dio a su empresa. La Junta consideró los aspectos del cartel, y confirmó mediante llamadas telefónicas a cada personero de las instituciones. **La Administración** señala que todos los miembros de la Junta hicieron su máximo esfuerzo para comunicarse con los contactos de las cartas para acreditar la veracidad de la información, además de verificar que estuvieran firmadas, selladas y de fecha reciente, por lo que consideraba intrascendente los alegatos formulados por el apelante. En relación con la experiencia presentada por la apelante indica, que en el caso del Colegio de Santa Bárbara de Santa Cruz no tiene sello, ni firma del presidente, en el del Liceo Bilingüe de Santa Cruz no se tomó porque no es un proyecto como el solicitado por el cartel. La Escuela Josefina López no tiene fecha de emisión, no tiene membrete y está firmada por el ex presidente. Sobre la Escuela Palestina, no está firmada. **Criterio de la División:** En relación con la experiencia, el cartel como reglamento específico de la contratación señaló como rubro de evaluación, la presentación de 5 proyectos ejecutados, similares o iguales a los ofertados, en los últimos 5 años, y se daría 2 puntos por cada proyecto. Para ello se debían presentar 5 constancias (ver folios 476-477 del expediente administrativo). Además se indicó que se debía tener una sumatoria mínima de 800mts² de área intervenida (folios 470 y 471 del expediente administrativo). Véase entonces que con las cartas que presentaran las ofertas se debían verificar dichos aspectos señalados por la Administración, aspectos que la entidad licitante consideró le darían un valor agregado al concurso y por ende los tomó como parámetros de evaluación. Ahora, el apelante manifiesta no estar conforme con que a la firma adjudicataria se le hubieran otorgado los 10 puntos de

tal rubro, ya que estima que las cartas no cumplen con los requerimientos solicitados. De esta forma señala, que los referidos documentos no tienen fechas en que fueron hechos los trabajos. En una de las cartas no se indica el número telefónico y otra no está firmada por el presidente de la Junta del centro educativo. Véase que desde el propio recurso, la disconforme planteó cuáles eran las inconsistencias que consideraba que tenían las cartas del adjudicatario. De allí que era obligación tanto de la firma ganadora como de la Administración demostrar que lo anterior no era cierto. Sin embargo, en el caso de la entidad licitante, se limitó a señalar que los miembros de la Junta hicieron su máximo esfuerzo para comunicarse con los contactos de las cartas para acreditar la veracidad de la información, además de verificar que estuvieran firmadas, selladas y de fecha reciente, por lo que consideraba intrascendente los alegatos formulados por el apelante. Al respecto, se observa que la Administración indica que se limitó a señalar que se verificó la información, pero no efectuó análisis alguno en que desvirtuara el dicho del apelante en el sentido del contenido de las cartas, y más bien señaló: *“Por esta razón, consideramos intrascendentes los alegatos formulados por el apelante en su recurso”* (folio 74 del expediente de apelación), pero sin demostrar esa intrascendencia. Por su parte, el adjudicatario se limitó a señalar que la Junta consideró los aspectos solicitados en el cartel, pero tampoco vino a desvirtuar, demostrar y eventualmente subsanar alguna omisión que presentaran sus cartas. En este punto es importante recordar que la experiencia, al ser un hecho histórico podía ser subsanado, pero era obligación del adjudicatario hacerlo ante esta sede y no en un momento posterior. Ante este panorama y en vista que la Administración declinó en esta sede a referirse de forma expresa al cumplimiento de todos los aspectos evaluables, se **declara con lugar** este punto del recurso. De esta forma la entidad licitante, deberá verificar para ambas ofertas y según las cartas presentadas, el cumplimiento en los 5 proyectos evaluables que sean similares, dentro de los últimos 5 años y con una sumatoria de 800 mts cuadrados, debiendo efectuar dicho análisis con base en la información existente en las ofertas de cada uno de los oferentes, y de acuerdo con lo dispuesto en el cartel, dejando constancia de ese análisis en el respectivo expediente del concurso, en donde se justifique con claridad cada uno de los proyectos aportados por las empresas que en su criterio cumplen o no, y las razones de ello.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, 85, y 90 de la Ley de la Contratación Administrativa; 83, 182, 185, 190, 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar, el recurso de apelación** interpuesto por **MÍNOR HUMBERTO MORALES**

GÓMEZ, contra el acto de adjudicación de la **Contratación Directa concursada 02-2016**, promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DEL LICEO EXPERIMENTAL BILINGÜE DE SANTA CRUZ**, para la contratación de mano de obra para la construcción del proyecto obra nueva menor prototipo, obras de mantenimiento mayor y obras complementarias del referido centro educativo), adjudicada a favor de **AF CONSTRUCCIÓN S. A.**, por el monto de **¢91.322.172,76** (noventa y un millones trescientos veintidós mil ciento setenta y dos colones con setenta y seis céntimos), **acto que se anula. 2)** 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

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y Redacción por: Licda. Lucía GólcherBeirute

LGB/ egm

NN: 10985 (DCA-2153-2017)

NI: 18146, 18139, 18470, 18909, 19014, 19141, 19541, 20601, 20681, 20976, 23215, 23345, 23403

G: 2017002389-2