

R-DJ-176-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica. San José, a las nueve horas del cinco de mayo de dos mil diez. -----

Recurso de apelación interpuesto por el consorcio Grupo Orosi Siglo XXI-AJIP Ingeniería, representado por Asfaltos Orosi Siglo XXI S.A. en contra del acto de adjudicación de la Concurso Privado “Contratación de un a empresa constructora para el desarrollo de obras de infraestructura en el proyecto Los Guido sector 6” promovida por la Fundación Costa Rica-Canadá, acto recaído a favor de la Consorcio Empresarial Navarro por ¢1.504.894.184, 24 -----

RESULTANDO

I.- Que consorcio Grupo Orosi Siglo XXI interpuso recurso de apelación contra el acto de adjudicación de la licitación referida, toda vez que considera que las ofertas del adjudicatario y segundo lugar en el sistema de calificación debieron ser descartadas en virtud de que incorporan información falsa en sus ofertas. -----

II.- Que la presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación todas las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes.--

CONSIDERANDO

I.- Hechos Probados: Este Despacho para la resolución del presente recurso ha tenido por probados los siguientes hechos: **1)** Que Fundación Costa Rica Canadá invitó para participar en la “Contratación de una empresa constructora para el desarrollo de obras de infraestructura en el proyecto Los Guido sector 6” (ver publicación de La Nación del cinco de octubre de 2009). **2)** Que participaron entre otros consorcio Grupo Orosi Siglo XXI-AJIP Ingeniería, Consorcio Empresarial Navarro y Consorcio Hermanos Brenes S.A.-Transmena. **3)** Que el acto de adjudicación recayó a favor de la empresa Consorcio Empresarial Navarro por ¢1.504.894.184, 24 conforme el acuerdo No. 77-11-2009 tomado por la Junta Administrativa de la Fundación Costa Rica Canadá en la sesión No. 11-2009 del 15 de diciembre de 2009 (ver folio 158 de expediente administrativo) y el conforme el folio 91 del expediente administrativo el cuadro final de calificaciones quedó de la siguiente manera:

	<u>Precio 70%</u>	Exp 15%	Plazo 15%	<u>TOTAL</u>
Consorcio Empresarial Navarro	70	15	15	100
Consorcio Hnos. Brenes S.A. Transmena	68.16	15	9.92	93.08
Grupo Orosi XXI-AJIP Ingeniería	66.32	13.65	8.6	88.57
Constructora Meco S.A	62.60	15	5.54	83.14

4) Que el pliego cartelario estableció en lo que interesa: “Objeto de la Contratación: Las obras a realizar en el presente contrato son las siguientes: 1. Limpieza de pozos sanitarios, pozos pluviales, tragantes y tuberías pluviales. 2. Construcción de la red de evaluación de aguas pluviales y desfogues respectivos. 3. Construcción de caja sifón...” Fase 1: Experiencia Mínima y Capacidad Financiera. Experiencia mínima. La experiencia mínima requerida de la empresa será: 1. Al menos 5 años inscrita en el CFIA, la cual será comprobable con la certificación solicitada en el punto 2.1.10. 2. Ejecución de al menos la cantidad de obra especificada en la tabla No. 1. Se tomará como válida la experiencia acreditada con la presentación de la información solicitada en los anexos 3 y 8. Tabla N° 1 Experiencia mínima requerida

Descripción	Unidad	Cantidad	Colocación y compactación de Sub - Base y Base Granular	m3	8,250.00;
Pavimento Bituminoso en caliente (Carpeta)	Ton	2,150.00;			
Pavimento de Concreto Hidráulico	m2	4,800.00;			
Aceras de concreto de 175kg/cm2	m2	5,300.00;			
Colocación de Tubería de conducción aguas pluviales, potables o sanitarias	ml	5,700.00			
Construcción de edificaciones tipo naves industriales, bodegas o edificaciones similares.	m2	1,000.00...			

14.1 Asignación de puntaje.... 14.1.3) EXPERIENCIA EN EJECUCIÓN DE OBRAS SIMILARES Se asignarán 15 puntos para valorar la experiencia de los oferentes en la ejecución de obras similares al objeto del presente concurso. Para estos efectos, se tomará la información suministrada por los oferentes para validar su experiencia en obras realizadas según los formularios indicados en los anexos 3 y 8, adjuntos al presente pliego. Para determinar la puntuación que corresponde a cada empresa en la valoración del parámetro de Experiencia, se adjunta el anexo N° 9. En este formulario se enlistan las actividades y cantidades de experiencia mínima requerida. Para cada actividad corresponde una clasificación que otorga una puntuación en base a bandas establecidas. A cada banda le corresponde una puntuación de 20 a 100. El valor obtenido en cada banda, es multiplicado por el porcentaje de peso de la actividad en el proyecto y la suma de todos los resultados, corresponde a la ponderación del Parámetro de Experiencia” (ver folios 2 al 24 del expediente administrativo)

II.- De la admisibilidad del recurso. Como se desprende de una lectura del artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa, existe un plazo de 10 días hábiles en el cual la Contraloría General dispone sobre la tramitación del recurso, o bien de su rechazo de plano por inadmisibles o por improcedencia manifiesta. En este último sentido se orienta también el artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa; todo ello con el propósito de evitar el entorpecimiento indebido de la actividad contractual administrativa. Así entonces, dicho

numeral 86 estableció una doble obligación al realizar el análisis de las gestiones interpuestas, distinguiendo dos supuestos que serían la inadmisibilidad y la improcedencia manifiesta. Al respecto indica: *“La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos”*. En un sentido similar se orienta el párrafo tercero del artículo 178 del Reglamento de Contratación Administrativa cuando establece: *“Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República deberá analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato”*. Por ello, es necesario que la apelante acredite una fundamentación suficiente como para abrir un debate en torno a los aspectos apelados, tal y como lo dispone el numeral 177 y 180 inciso d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. De esta manera el apelante debe aportar la prueba, y razones de hecho y de derecho en que apoya sus argumentaciones. En este caso la tesitura del Consorcio apelante es de primera entrada improcedente por varias razones. Los argumentos del inconforme son los siguientes: **1)** Argumenta que la experiencia que acreditó el adjudicatario Consorcio Empresarial Navarro en los folios 66 y 80 de su oferta versa sobre tareas que no fueron llevadas a cabo por empresas integrantes del Consorcio oferente, sino que fueron ejecutadas por un tercero. También estima que se falta a la verdad en cuanto a la experiencia acreditada al folio 87 sobre trabajos para la Comisión Nacional de Emergencias. Estos porque ese trabajo fue llevado a cabo por un grupo de empresas y no solo por Urbanizadora Navarro de Cartago S.A., por lo que bajo las reglas de la buena fe, debió puntualizar su porcentaje de participación. **2)** También argumenta el inconforme que la experiencia del segundo lugar Consorcio Hermanos Brenes Transmena S.A acreditada el folio 172 de su oferta no debe ser tomada en consideración porque es sobre la licitación pública 01-2005 promovida por el CONAVI, donde tuvo lugar un proceso de resolución contractual como consecuencia de ejecución defectuosa; tampoco la experiencia del folio 165 porque es la misma que acreditó Consorcio Empresarial Navarro sobre trabajos para la Comisión Nacional de Emergencias, caso en el que uno de los dos consorcios está faltando a la verdad. **3)** El Consorcio inconforme sostiene que como consecuencia de la gravedad de la conducta de las empresas que obtuvieron el primer y segundo lugar en este proceso de licitación, ante la ausencia de solvencia moral, deben ser excluidas en este concurso y deben ser inhabilitadas como proveedores de conformidad con el artículo 100 inciso i) de la

Ley de Contratación Administrativa, el cual trata sobre la inclusión de hechos falsos en los procesos para contratar o en los recursos contra el acto de adjudicación. Estima que ambos consorcios irrespetaron a la Fundación Costa Rica-Canadá y el BANHVI, así como al resto de participantes en este concurso, e indujeron a error a la primera. La pretensión es que se tenga a los consorcios Empresarial Navarro y Hermanos Brenes S.A.-Transmena como inelegibles y se adjudique su oferta, considerando además que no existe un fundamento técnico para que se le asignase 13.65% en experiencia en lugar de 15% y el plazo de entrega del adjudicatario es inverosímil. Además que se ordene a la Fundación Costa Rica-Canadá y al BANHVI instaurar un proceso de inhabilitación contra el primer y segundo lugar de esta licitación. **Criterio para resolver:** De la lectura del escrito de apelación, resumido en los tres puntos anteriores se evidencia que si bien, por parte del inconforme se puntualizaron supuestas inconsistencias en la información aportada para acreditar experiencia por parte de los consorcios que ocuparon el primer y segundo lugar en la calificación final de ofertas, es omiso el recurso sobre las trascendencia de las inconsistencias acusadas de frente a los criterios de admisibilidad de las ofertas o del sistema de calificación del cartel; es decir, el recurso no argumenta, ni prueba nada sobre porqué sus señalamientos llevan a la exclusión de las ofertas por insuficiente experiencia o a cambios en el sistema de calificación de ofertas que coloquen al inconforme en primer lugar. Más bien, la tesis del apelante es que las ofertas deben ser desechadas porque los consorcios faltaron a la verdad y ello los vuelve inelegibles por falta de solvencia moral. Esta posición del apelante lleva a primer plano el principio de buena fe en la contratación administrativa, incluso sobre principios de eficiencia y eficacia. Al respecto, el principio de buena fe es expresamente reconocido como uno de los que informan la actividad contractual, según el artículo 2 del Reglamento la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo 33411-H del 27 de octubre de 2006 señala: *“Buena fe. Las actuaciones desplegadas por la entidad contratante y por los participantes se entenderán en todo momento de buena fe, admitiendo prueba en contrario”*. Ya antes de el voto 998-98 del 16 de febrero de 1998 se refirió a este principio en los siguientes términos: *“8- Principio de buena fe, en cuanto en los trámites de licitaciones y en general, en todo lo concerniente a la contratación administrativa, se considera como un principio moral básico que la administración y oferentes actúen de buena fe, en donde las actuaciones de ambas partes estén caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro”*. El enfoque negativo de buena fe es la mala fe o el trato desleal, como sería en el caso apuntado por el actor y conforme su tesis de apelación, un ánimo consciente de los consorcios ubicados en el primer y segundo lugar del sistema de calificación

de engañar al licitante y al resto de participantes al acreditarse experiencia inaceptable con base en los criterios de evaluación del cartel. Claro está que la valoración de una conducta como maliciosa o de mala fe nos enfrenta a una valoración subjetiva de los hechos: *“De aquí que la consagración del principio suponga una ruptura del Derecho legal o legislado y una ampliación al arbitro judicial –y de los titulares de los órganos administrativos- para calificar como contraria a Derecho una actuación que, en otro caso, sería válida, o, por el contrario, para calificar válida la que, en otro caso, no lo sería”*. Sobre el tema se remite a la obra *“El principio general de la buena fe en el derecho Administrativo”* Rea Academia de las Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1983, p.61. Esta Contraloría General coincide con la postura del apelante, en el sentido de que las conductas contrarias al principio de buena fe en la contratación administrativa no son admisibles; pero también reconoce que existen casos en los que la complejidad del objeto contractual demanda de los oferentes la elaboración de ofertas donde se reúnen una gran cantidad de información y hechos históricos para acreditar experiencia, incluso de varias empresas unidas bajo la figura del consorcio, precisamente como una estrategia avalada por el ordenamiento jurídico para llevar a cabo un negocio jurídico con el Estado. En los procesos de elaboración de ofertas los consorcios interesados no están exentos de errores, y si se acredita, por ejemplo la improcedencia de experiencia ofertada por ellos de frente a las reglas del cartel, por la aplicación misma del principio de buena fe, debe ocuparse el licitante de que esta no sea considerada a favor del oferente, para no beneficiarlo de su propio error; no de excluir las ofertas bajo una presunción de mala fe, pues ello degradaría en la constante exclusión de ofertas en las que se detecte información errónea, y por ende un perjuicio para el licitante por disminución de la tensión entre competidores. Por otro lado, la actividad contractual del Estado, está orientada también por principios de eficiencia y eficacia que el escrito de apelación desconoce, aspecto desarrollado en el voto No. 14421-2004 de la Sala Constitucional conforme los cuales la satisfacción de los intereses de los ciudadanos y sus necesidades más relevantes es la razón misma de la existencia del procedimiento de compra, actividad donde debe prevalecer la sustancia frente a la forma. Sobre este particular, el artículo 4º, párrafo 2º, de la Ley de la Contratación Administrativa al enunciar el “Principio de eficiencia” estatuye que *“(…) En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general”*. En este caso, el interés del Estado, de construir infraestructura y obras para comunidades marginales por medio de la Fundación Costa Rica-Canadá de modo eficiente y

oportuno es el principal el orientador, junto con los principios de contratación administrativa de eficiencia y eficacia, que llevan a mantener el acto impugnado, también con base en el artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa que dice: “...*Las disposiciones de esta Ley se interpretarán y se aplicarán, en concordancia con las facultades de fiscalización superior de la hacienda pública que le corresponden a la Contraloría General de la República, de conformidad con su Ley Orgánica y la Constitución Política...*”, y el artículo 83 de su Reglamento, según el cual se declaran fuera del concurso las ofertas que incumplan aspectos esenciales o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Es por lo dicho que esta Contraloría General no encuentra mérito suficiente en los argumentos del inconforme y las pruebas aportadas para sostener sus argumentos, como para abrir un debate de fondo que pretende superponer el principio de buena fe sobre los de eficiencia y eficacia, sin un fundamento probatorio sobre la acusada mala fe del adjudicatario y segundo lugar en el cuadro final de calificación. En conclusión, se rechaza de plano por inadmisibles los recursos con fundamento en los artículos 1 y 3 de la Ley de Contratación Administrativa, en los artículos 2, 83, 177 y 180 incisos c y d del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y conforme las resoluciones reiteradas de esta Contraloría General sobre el tema (R-DCA-169-2007, de las 8:00 horas del 25 de abril del 2007). También se debe rechazar de plano el recurso en cuanto a los argumentos de que no existe un fundamento técnico para que se le asignase a apelante 13.65% en experiencia en lugar de 15% y el plazo de entrega del adjudicatario es inverosímil, pues nada de ello se fundamenta o prueba en el recurso. Finalmente, en cuanto al pretendido proceso de inhabilitación contra el Consorcio Empresarial Navarro y Consorcio Hermanos Brenes S.A.-Transmena, no es una pretensión propia del proceso de apelación del acto de adjudicación, conforme el artículo 174 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y en esos términos se rechaza de plano. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 1, 2, 3, 84, 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 83, 174, 177, 178 y 180 del Reglamento de Contratación Administrativa, se resuelve: **RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENCIA MANIFIESTA** el recurso de apelación interpuesto por el consorcio Grupo Orosi Siglo XXI-AJIP Ingeniería, representado por Asfaltos Orosi Siglo XXI S.A. en contra del acto de adjudicación del Concurso Privado “Contratación de una empresa

constructora para el desarrollo de obras de infraestructura en el proyecto Los Guido sector 6” promovida por la Fundación Costa Rica Canadá, acto recaído a favor de la Consorcio Empresarial Navarro por ¢1.504.894.184, 24 ACTO QUE SE CONFIRMA. De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Licda Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Lic. Adrián Leitón Zúñiga

ALZ/fjm

NN: 04062 (DJ-1654-2010)

NI: 7452, 7781, 8377

G: 2010001046-1