

R-DJ-205-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División Jurídica. San José, a las diez horas del dieciocho de mayo de dos mil diez. -----

Recursos de apelación interpuestos por el **Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería y el Consortio Hermanos Brenes-Transmena**, en contra del acto de adjudicación del **Concurso Privado** para la contratación de una empresa constructora (persona jurídica) para la ejecución del proyecto: construcción de obras faltantes de infraestructura en el Proyecto Llanos de Santa Lucía en Paraíso de Cartago, promovido por la **Fundación Costa Rica-Canadá**, acto que recayó a favor de **Urbanizadora Navarro de Cartago S.A.**, por un monto de **¢3.598.352.987.27**. -----

RESULTANDO

I. Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería, presentó su recurso en tiempo y en resumen, alegó que cuentan con legitimación para apelar por cuanto cumplieron con todos los requisitos técnicos y administrativos y que cuentan con interés directo, actual, propio y legítimo pero fueron injustamente excluidos del concurso, porque su oferta superó el disponible presupuestario. No obstante que el Comité Técnico recomendó declarar infructuoso el concurso y en su análisis verificó una serie de incumplimientos de la adjudicataria, en especial que ofreció un plazo con serias inconsistencias relacionado con el programa de trabajo. Presentó cuatro correcciones y que en ninguna logró demostrar la procedencia del mismo. Además, no cotizó algunos ítemes, y la Fundación Costa Rica-Canadá actuó en contra de los principios de contratación administrativa, al adjudicar a una empresa que no ofreció lo mismo que solicitaba el cartel y sus correcciones ni en la forma prevista y que permitió subsanaciones que no procedían. Además hay problemas en los datos relacionados con la experiencia. La adjudicataria no cotizó correctamente algunas líneas. La adjudicataria es parte de un grupo empresarial en la que una de las empresas se encuentra morosa ante la CCSS. La empresa adjudicataria presentó un descuento, el cual no se aplicó. La oferta adjudicada ofreció precios ruinosos. La empresa es inelegible desde el punto de vista financiero ya que enfrenta varios procesos de cobro judicial de obligaciones que se encuentran en mora. También señala que la otra apelante o sea el **Consortio Hermanos Brenes-Transmena** cuenta con incumplimientos técnicos y en especial cotización de precios ruinosos para varias líneas como hidrantes y puentes y problemas con la prueba de la experiencia -----

II. Consortio Hermanos Brenes-Transmena presentó su recurso en tiempo y en resumen, alegó que cuentan con legitimación para apelar por cuanto cumplieron con todos los requisitos técnicos y administrativos, pero fueron injustamente excluidos del concurso. La adjudicataria presenta diferencias en cuanto a que no cotiza cuatro ítemes. El plazo de entrega no puede ser subsanado y que se le permitió a la adjudicataria subsanar en varias ocasiones dicho plazo, presentando nuevos

cronogramas de actividades que no guardaban concordancia con el plazo ofrecido. Hay incongruencias en las constancias de experiencia aportadas. Los anexos de la oferta no fueron firmados por el representante del consorcio. -----

III. A solicitud de esta División la Fundación Costa Rica-Canadá presentó el expediente administrativo de la licitación. -----

IV. En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos Probados: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la **Fundación Costa Rica-Canadá** promovió el **Concurso Privado** para la contratación de una empresa constructora (persona jurídica) para la ejecución del proyecto: construcción de obras faltantes de infraestructura en el Proyecto Llanos de Santa Lucía en Paraíso de Cartago, acto que recayó a favor de Urbanizadora Navarro de Cartago S.A., por un monto de ¢3.598.352.987.27 (ver folios 1, 2, 1070 a 1073 del expediente administrativo). **2)** Que la Fundación Costa Rica-Canadá invitó por publicación en el Periódico La Nación el día 5 de agosto de 2009 y que participaron siete empresas, entre las cuales está la apelante y la adjudicataria (ver expediente administrativo). **3)** Que el cartel del concurso disponía en las Condiciones Generales en el numeral 3 lo siguiente: “3) ADJUDICACION...El acto de adjudicación que se llegue a dictar estará sujeto a una condición suspensiva de eficacia que consiste en la NO OBJECCION por parte del BANHVI...4) DOCUMENTACIÓN Se considerará parte integral de la contratación los siguientes documentos: 1...2...3...4...5.La Legislación aplicable en razón del objeto del presente concurso 6. Las políticas generales en materia de contrataciones de empresas constructoras para el Programa de Erradicación de Precarios aprobadas por la Junta Directiva de La Fundación (ver folio 11 vuelto expediente administrativo). **4)** Que en las políticas generales en materia de contrataciones de empresas constructoras para el Programa de Erradicación de Precarios aprobadas por la Junta Directiva de La Fundación, en su numeral 4 se dispone: 4. De los recursos económicos...”La adjudicación de una oferta estará sujeta a un requisito de validez que consiste en la NO OBJECCION del BANHVI. Las empresas manifestarán conocer y aceptar expresamente esta condición y como un riesgo comercial propio. La validez y eficacia de los procesos de contratación queda sujeta a la no objeción final del BANHVI.” (ver folios 46 y 47 expediente administrativo). **5)** Que en el expediente consta la NO OBJECCION del BANHVI (ver expediente administrativo folios 1309 al 1311). **6)** Que en la apertura de ofertas se consignó lo siguiente: “**OFERTA MARCADA CON EL NÚMERO DOS. CONSORCIO GRUPO OROSI SIGLO XXI-AIJ INGENIERÍA** ...quienes ofertan la suma de cuatro mil quinientos setenta y cinco millones setecientos noventa y nueve mil

ochocientos veinte colones con cincuenta y un céntimos y un plazo de ejecución de trescientos días naturales. . . **OFERTA MARCADA CON EL NÚMERO TRES CONSORCIO HERMANOS BRENES-TRANSMENA**quienes ofertan la suma de cuatro mil trescientos veintitrés millones ciento setenta y un mil setenta y dos colones con doce céntimos y un plazo de ejecución de doscientos cincuenta días naturales. Se presenta en sobre cerrado un descuento de un cinco por ciento... **OFERTA MARCADA CON EL NÚMERO SEIS URBANIZADORA NAVARRO DE CARTAGO S.A.**, ofertan la suma de tres mil quinientos noventa y ocho millones trescientos cincuenta y dos mil novecientos ochenta y siete colones con veintisiete céntimos y un plazo de ejecución de ciento cuarenta y cinco días naturales. En sobre cerrado presentado por aparte, esta empresa ofrece un descuento de cuarenta y cinco millones de colones” (ver escritura 115 del protocolo del Notario Emil Steve Montero Ramírez visible a los folios 123 a 124 del expediente administrativo de la contratación) **7)** Que el Acta de Análisis y Recomendación del Comité técnico suscrita a las 14 horas del 9 de noviembre de 2009, suscrita por el ingeniero Juan José Umaña Vargas Gerente General, el licenciado Giovanni Solano Loaiza Auditor Interno, la licenciada Kathiana Aguilar Barquero Sub-Gerente General, ingeniero Mauricio Alvarado Herrera Gerente de Operaciones y Msc. Luis Ibarra Rojas Gerente de Finanzas y Desarrollo manifestaron: *“Ofertas 2 Consorcio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería y 3 Consorcio Hermanos Brenes-Transmena. Tomando como base el presupuesto o estimación preliminar establecido por la Fundación para la ejecución de las obras descritas en el pliego de condiciones, mismo que asciende a la suma de 3.746.990.44 colones resulta que los montos ofertados por las empresas que llegaron a esta fase de calificación superan en más de 570 millones dicha estimación (más de un millón de dólares al tipo de cambio del día de hoy). Adicionalmente cabe mencionar, que aunque fueron descalificadas en las fases precedentes por razones legales y técnicas, aportaron un presupuesto cercano a la estimación realizada por la Fundación. Con base en lo anterior, es criterio de este Comité técnico, que en procura de salvaguardar el interés público y hacer un uso eficiente de los recursos públicos, las ofertas que superan las fases previas y corresponden a Consorcio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería y el Consorcio Hermanos Brenes-Transmena., marcadas con los números 2 y 3 respectivamente, exceden en mucho el presupuesto inicial destinado para este proyecto, lo cual genera que las mismas resulten inelegibles.”*(ver folios 977 a 982 del expediente administrativo). **8)** Que en el acuerdo de adjudicación se estableció: “ 1.- Adjudicar la ejecución de las obras del concurso denominado **CONCURSO PRIVADO PARA LA CONTRATACIÓN DE UNA EMPRESA CONSTRUCTORA (PERSONA JURÍDICA) PARA LA EJECUCIÓN DEL PROYECTO: CONSTRUCCIÓN DE OBRAS FALTANTES DE INFRAESTRUCTURA EN**

EL PROYECTO LLANOS DE SANTA LUCÍA EN PARAÍSO DE CARTAGO, a la empresa Urbanizadora Navarro de Cartago S.A., por un monto de €3.598.352.987.27 y un plazo de 145 días naturales. 2.- Establecer una fiscalización estricta de la ejecución de las obras de parte de los ingenieros de la Fundación e incluir contractualmente una cláusula que estipule la aplicación de una reserva para multas vinculadas desde el inicio de las actividades establecidas en la ruta crítica del proyecto” (ver folio 1073 del expediente administrativo). -----

II. SOBRE LA COMPETENCIA DE ESTA CONTRALORIA GENERAL PARA CONOCER

DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS: Esta División debe referirse a las facultades de que goza para conocer del recurso interpuesto, ello a fin de aclarar las competencias del órgano contralor con respecto al conocimiento de apelaciones en las cuales la Fundación Costa Rica-Canadá, ente privado que utiliza fondos públicos en algunas de sus contrataciones. Así, el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa regula el ámbito de aplicación de dicha ley, y en su párrafo segundo establece que *“cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley”*. Ahora bien, la Fundación Costa Rica-Canadá, que es una entidad privada, estableció en el Pliego de Condiciones numeral 6) in fine lo siguiente: *“Es conocido y aceptado por el oferente que los recursos para la ejecución del proyecto objeto del presente concurso provienen del BANHVI, todo de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del mismo; por lo que La Fundación no asume responsabilidad ante el contratista en caso de que el BANHVI suspenda, por cualquier motivo, total o parcialmente el giro de los recursos respectivo”*. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 174 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa contempla la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el acto de adjudicación o contra la declaratoria de infructuoso o desierto, en aquellos concursos promovidos de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, sea cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos. En razón de todo lo expuesto, se concluye que esta Contraloría General tiene competencia para conocer del recurso presentado. -----

III. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LOS RECURSOS INTERPUESTOS.

Como se desprende de la 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 inadmisibile 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 administrativa. 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” (el subrayado no corresponde al original.) Asimismo, en la resolución de cita (R-DCA-471-2007), se indicó: “ **Falta de Legitimación:** El artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa establece que el recurso es improcedente de manera manifiesta cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo y, de seguido, se indica que se entiende que carece de esa legitimación el apelante que no resulte apto para resultar adjudicatario, sea porque su propuesta sea inelegible o porque, a partir de las reglas dispuestas en el sistema de calificación, no se haya acreditado un mejor derecho de frente a otros oferentes. La inelegibilidad de una plica se entiende cuando en el expediente administrativo haya prueba suficiente para determinar que el oferente recurrente presentó una plica alejada de las normas técnicas, financieras, legales u otras, del cartel y tal hecho, sea de orden trascendental. Por lo tanto, el recurso se debe rechazar si del todo no se defiende la elegibilidad de la oferta o si esta está débilmente fundamentada. Por otro lado, cabe el rechazo si, pese a tener una plica elegible o no, no se explica cómo, de frente al puntaje obtenido, se puede obtener una mejor calificación de existir otros que ostentan una mejor puntuación. En esto, al menos, debe argumentarse en el sentido de restar puntaje a quien esté en el primer lugar e, incluso a todos aquellos que se encuentren en un lugar preferente.”. Así las cosas se tiene que los consorcios apelantes han excedido con sus ofertas la disponibilidad presupuestaria, lo que trae por consecuencia la exclusión de sus ofertas. Como ha quedado demostrado en los hechos probados 6 y 7 se contaba con un disponible presupuestario de ¢3.746.990.44 y los apelantes ofertaron superando este disponible de la siguiente manera: **Consortio Hermanos Brenes-Transmena** la suma de ¢4.323.171.072.12 (cuatro mil trescientos veintitrés millones ciento setenta y un mil setenta y dos colones con doce céntimos), y **Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería** por la suma de ¢4.575.799.820.51 (cuatro mil quinientos setenta y cinco millones setecientos noventa y nueve mil ochocientos veinte colones con cincuenta y un céntimos). Así tenemos que de conformidad con el artículo 30 inciso c) del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa sus precios se estiman inaceptables, lo que es motivo de la exclusión de las ofertas que los contengan. Así las cosas, hizo bien el Comité Técnico excluyendo las ofertas de los apelantes, pues es claro que el presupuesto es el marco de acción de las entidades públicas y siendo la Fundación promovente del concurso una entidad privada que está manejando fondos públicos debe someterse a él, aún con mayor celo. Además, no contaba la Fundación con margen de poder utilizar más recursos pues los

mismos provienen del Banco Hipotecario de la Vivienda provenientes de Bono Colectivo. Lo cierto es que el **Consortio Hermanos Brenes-Transmena** ni siquiera hace un esfuerzo argumentativo en su favor, ni tampoco señala en su escrito de apelación que fue excluida. Sobre este tema el consorcio calla y simplemente dice que presentó oferta y que resulta elegible y que cuenta con interés legítimo para apelar porque cumple con las especificaciones legales, financieras y técnicas, pero ni menciona el tema de la exclusión por exceder el presupuesto. Por su parte **Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería** manifiesta que si es elegible, que había dos ofertas más caras y otras dos ofertas con precios cercanos al de ellos y que el resto de los participantes lo hicieron con precios “a todas luces” ruinosos. Que el precio ofertado no es excesivo ni abusivo y que la Fundación lo que debió haber hecho era gestionar un financiamiento adicional y valorar la posibilidad de realizar una adjudicación parcial. Lo anterior hace que ambos consorcios recurrentes se encuentren excluidos y por tanto no podrían en ningún caso resultar readjudicatarios en la eventualidad de que los recursos hubieran podido ser declarados con lugar. Concluyendo, ambos consorcios no cuentan con legitimación para apelar y por lo tanto debe rechazarse de plano ambos recursos. Además, en ambos casos los consorcios apelantes carecen también de la debida fundamentación de los recursos pues no se aportaron los estudios técnicos emitidos por los profesionales calificados para que en forma razonada se rebatan los argumentos de la Administración. Propiamente el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece que el *“apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones, aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados en la materia que se impugna.”* En cuanto a la carga de la prueba, este Despacho en la RDCA-113-2009, del 13 de marzo de 2009, expresó: *“valga acotar que esta Contraloría General reiteradamente ha señalado que **quién alega deba aportar la prueba idónea correspondiente, toda vez que los oferentes no podrían escudarse en su derecho a apelar para plantear acciones carentes de sustento y es su obligación ejercer razonablemente ese derecho.**”* De lo dicho, debe tomar nota el **Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería**, que la carga de la prueba les corresponde y que no se puede requerir criterio técnico de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo u otro órgano competente de la Contraloría para que se pronuncie sobre la estimación de costos ni tampoco sobre eventual ruinosidad de los precios como lo solicita en su escrito de apelación. De la normativa transcrita se desprende que la carga de la prueba corresponde a la apelante, quien no puede entonces limitarse simplemente a solicitar el criterio de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativo, que dicho sea de paso no tiene ninguna razón legal para hacerlo pues no está en su competencia el apoyar técnicamente el dicho de una parte en una apelación. El afirmar la

existencia de incumplimientos del adjudicatario pretendiendo que esta Contraloría haga los estudios para probarlo, o que se tenga por cierto su dicho o que sea este órgano contralor quién construya la prueba requerida se sale totalmente del marco jurídico en una apelación. En consecuencia, este órgano contralor no tiene por bien fundamentados los recursos presentados, razón por la cual también rechaza de plano estos recursos. De esa forma, se confirma la inelegibilidad de ambos consorcios, ya que ambos ofrecieron precios inaceptables, y se excede la disponibilidad presupuestaria y en consecuencia la imposibilidad de constituirse en adjudicatarios del presente concurso, con lo cual, de conformidad con el artículo 180 a) y b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y se **rechaza de plano por improcedencia manifiesta** los recursos de apelación interpuestos por ambos consorcios apelantes. Además de conformidad con lo señalado y siendo que los consorcios recurrentes no acreditaron su legitimación en la interposición del presente recurso de apelación, ya que no rebatieron la razón por la cual se les excluyó del concurso, corresponde **rechazar de plano por improcedencia manifiesta**, y tampoco presentan los documentos fehacientes por lo que no logran fundamentar adecuadamente el recurso a efectos de evidenciar su elegibilidad y con ello su legitimación.-----

III. Consideración de oficio. Esta División advierte que para esta contratación se deberá establecer una fiscalización estricta de la ejecución de las obras de parte de los ingenieros de la Fundación e incluir contractualmente una cláusula que estipule la aplicación de una reserva para multas vinculadas desde el inicio de las actividades establecidas en la ruta crítica del proyecto, como se estableció en el acto de adjudicación, hecho probado número 8) y además se deberá aplicar el descuento que fuera ofrecido por la adjudicataria en el momento de la apertura de ofertas por un monto de cuarenta y cinco millones de colones, como se mencionó en el hecho probado número 6).-

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 1, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 1, 4, 27, 84, 85 de la Ley de la Contratación Administrativa; 2, 30, 81.i, 174, 178, 180.a, b, d y 182 de su Reglamento, y la jurisprudencia citada, **se resuelve: Rechazar de plano por improcedencia manifiesta, los recursos de apelación** interpuestos por los **Consortio Hermanos Brenes-Transmena y Consortio Grupo Orosi Siglo XXI-AIJ Ingeniería**, en contra del acto de adjudicación del **Concurso Privado** para la contratación de una empresa constructora (persona jurídica) para la ejecución del proyecto: construcción de obras faltantes de infraestructura en el Proyecto Llanos de Santa Lucía en Paraíso de Cartago, promovido por **la Fundación Costa Rica-**

Canadá, acto que recayó a favor de **Urbanizadora Navarro de Cartago S.A.**, por un monto de **€3.598.352.987.27.** -----

NOTIFIQUESE. -----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Oscar Castro Ulloa
Gerente Asociado a.i

Lic. Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Licda. Elena Benavides Santos

EBS/Rbr

NN: 04516 (DJ-1868-2010)

NI: 8628-8630-8853

G: 2009003385-2