

## **R-DJ-264-2010**

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica.** San José, a las nueve horas del diecisiete de junio del dos mil diez. -----

Recurso de apelación interpuesto por José Alberto Morales Ramírez, en contra del acto de readjudicación de la Licitación Pública 2009LN-000228-00700, promovida por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) para la construcción de oficinas de la Sede Regional Golfito – Área de Conservación de Osa, recaído a favor de la Constructora Francisco Adolfo Muñoz y Asociados Limitada, por un monto de ¢237.999.762,90. -----

### **RESULTANDO**

**I.-** El señor **José Alberto Morales Ramírez** recurrió el acto de readjudicación y en sustento de su recurso, en lo que interesa, aduce que la administración en cumplimiento de lo indicado mediante la R-DJ-077-2010 valoró la experiencia a las dos oferentes y no otorgó puntaje alguno a ninguno en el factor de “experiencia”. Expone que la Administración no le solicitó prevención de conformidad con lo dispuesto en el numeral 81 RLCA, a efecto de subsanar la supuesta carencia de requisitos formales que presentaban las cartas que aportó a su oferta para acreditar la experiencia en obras similares, razón por la cual, con el recurso presenta cartas a efecto que se le confieran una calificación de 20 en el ítem de experiencia. Asimismo, rechaza la exclusión técnica que se indicó mediante oficio OAIF-042-2010, toda vez que en el oficio de fecha 2 de noviembre del 2009 que aparece a folio 283 indicó claramente que ofreció una garantía de 10 años para la madera contra agentes biológicos y climáticos, así como para el resto de la obra; además, que señaló una garantía de 10 años contra vicios ocultos que establece el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa. -----

**II.-** Mediante auto de las diez horas del veintiocho de abril del dos mil diez, se confirió audiencia inicial a la Administración y a la readjudicataria por el plazo improrrogable de diez días hábiles para que se refirieran a los argumentos de la apelante, la cual fue atendida en tiempo, mediante escritos agregados al expediente.-----

**III.-** Mediante auto de las once horas del catorce de mayo del dos mil diez, se confirió audiencia especial a la empresa recurrente, por el plazo improrrogable de cinco días hábiles para que se refiriera a las manifestaciones de las partes cuando atendieron la audiencia inicial. -----

**IV.-** Mediante auto de las quince horas con treinta minutos del veintisiete de mayo del dos mil diez, se confirió audiencia final a las partes, por el plazo improrrogable de tres días hábiles para que formularan sus conclusiones sobre el fondo del asunto, la cual fue atendida en tiempo por las partes, mediante escritos agregados al expediente.-----

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

### CONSIDERANDO

**I.- HECHOS PROBADOS:** Para la resolución de este asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1) a)** Que el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) promovió la Licitación Pública 2009LN-000228-00700, para la construcción de oficinas Sede Regional Golfito–Área de Conservación de Osa. (Ver aviso de invitación a participar en La Gaceta No. 193 del 5 de octubre del 2009, a folio 107 del expediente administrativo); **b)** Que el acto de readjudicación recayó a favor de la Constructora Francisco Adolfo Muñoz y Asociados Limitada, por un monto de ¢237.999.762,90. (Ver Gaceta No. 67 del 8 de abril del 2010, a folio 000013 del expediente de apelación y resolución de adjudicación 2009LN-000228-00700 visible del folio 460 a 466 del expediente administrativo), **2)** Que el cartel que sirvió de base a esta licitación pública, entre otras cosas, solicitó: *“LICITACION PUBLICA No. 2009LN-000228-00700 [...] Una vez cancelados los planos el profesional responsable de de inspección de la obra aportara:/ - Brindar la garantía indicada en el Reglamento General de Contratación Administrativa./ - Indicar claramente el periodo de garantía de la madera contra agentes biológicos y climáticos [...] 6. ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS/- Se admite a concurso la oferta que cumpla con las condiciones legales y las especificaciones técnicas solicitadas en la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 y el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo 33411-H [...] – En la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 35 estipula “si se trata de obras públicas, el término para el reclamo indemnizatorio originado en vicios ocultos, será de diez años, contados a partir de la entrega de la obra”/ - Por lo anterior expuesto:/ - “El oferente debe indicar la **garantía de la Obra**, asegurando a la Administración que dicha garantía se hará efectiva contra defectos de Construcción de las obras a realizar y por un plazo de Diez años como mínimo. **Al no indicar el oferente la garantía de la construcción, su oferta no se tomará en cuenta**”.* (Ver folios del 176 y 178 del expediente administrativo), **3)** Que en la oferta del **ingeniero Alberto Morales Ramírez**, consta: la nota del 2 de noviembre del 2009, donde se indica: *“[...] garantizo la madera a utilizar por un periodo de 10 años contra agentes biológicos y climáticos así como el resto de la obra, siempre cuando los daños a las mismas sean imputables a esas causas./ Así mismo brindamos la garantía indicada en el reglamento general de la contratación administrativa...”* (folio 283 del expediente administrativo), **4)** Que en el oficio OAIIF-042-2010 del 22 de marzo del 2010 suscrito por Juan Diego Jiménez Villalta, entre otras cosas, se

indica: “... conviene indicar que la garantía no puede limitarse a las causas indicadas por el oferente, pues existen otras (mala práctica constructiva o vicios ocultos, por ejemplo) imputables al eventual Constructor, por lo tanto no es de recibo la observación del Oferente, **lo que descalifica la oferta técnicamente**”, (ver folio 456 del expediente administrativo), 5) Que en la resolución de readjudicación 2009LN-000228-00700 de las 12:00 horas del 11 de marzo del 2010, consta lo siguiente: “{...} **ASPECTOS TECNICOS./ 1. La oferta a nombre del Ing. Alberto José Morales Ramírez incumple técnicamente ya que condiciona la oferta al limitar la Garantía, pues existen otras causas como por ejemplo (mala practica constructiva o vicios ocultos) imputables al eventual constructor según oficio OAIF-042-2010 enviado por el Arq. Juan Diego Jiménez Villalta, lo cual va en contra de las condiciones de admisibilidad viñetas 7 y 8”** (Ver folio 461 del expediente administrativo) -----

**II.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y FONDO DEL RECURSO:** El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA) dispone que “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.*” De acuerdo con esta norma, se tiene que presupuesto necesario para entrar a conocer el fondo de un recurso de apelación, es que el recurrente ostente un interés legítimo, actual, propio y directo en el negocio, o sea, que cuente con legitimación para apelar. En el caso particular, dado que para determinar si el recurrente cuenta con legitimación se debe entrar a conocer el fondo de la apelación, ambos aspectos, a saber, legitimación y fondo se entrarán a conocer en forma conjunta. **a) Exclusión del recurrente:** Alega la apelante que su propuesta fue descalificada porque en los “Aspectos técnicos” de la resolución de adjudicación se señaló que su oferta condicionó la garantía que se exigió en las viñetas 7 y 8 de las condiciones de admisibilidad, esto según lo indicado en el oficio OAIF-042-2010. Señala que mediante la nota que consta en la oferta del 2 de noviembre del 2009 advirtió claramente que cotizó una garantía de 10 años para la madera contra agentes biológicos y climáticos, y para el resto de la obra ofreció una garantía de 10 años contra vicios ocultos que establece el artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa, tal como lo solicitó literalmente el cartel por lo que el supuesto vicio no existe. Por su parte, la Administración solicita que se rechace el recurso porque el recurrente no logra demostrar su mejor derecho para una eventual readjudicación, toda vez que la garantía que presentó el recurrente en su oferta no puede limitarse solamente contra agentes biológicos y climáticos, dado que existen otras causas, como por ejemplo: la mala práctica constructiva o vicios ocultos que son imputables al eventual constructor, por lo que se concluyó que la garantía no cumple con lo solicitado en el punto 6 “Admisibilidad de las Ofertas”. Asimismo, señala que la garantía del recurrente en ningún momento aseguró que era efectiva

contra defectos de construcción de las obras a realizar y por un plazo de 10 años como mínimo para cumplir con lo indicado en el artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa de conformidad con lo requirió en el cartel visible a folio 178 del expediente administrativo, dado que la garantía la limitó solamente contra agentes biológicos y climáticos. El readjudicatario no se pronunció sobre este supuesto incumplimiento. **Criterio para resolver:** En el caso particular, es necesario destacar que el pliego de condiciones solicitó como requisito de admisibilidad que el oferente brindara como garantías, la indicada en el “Reglamento General de Contratación Administrativa”, así como indicar el período de garantía de la madera contra agentes biológicos y climáticos. Por otra parte, el cartel fue claro en señalar que el oferente debía indicar la garantía de la obra, asegurando a la Administración que esa garantía se haría efectiva contra defectos de construcción de las obras a realizar y por un plazo de diez años como mínimo. (hecho probado 2). De frente a lo anterior, se observa que la exclusión de la oferta apelante se da porque se estima que la garantía se limitó a ciertas causas, pudiendo existir otras como la mala práctica constructiva o vicios ocultos (hecho probado 4). Así las cosas, se tiene que la Administración solicitó a los oferentes como requisito de admisibilidad dos tipos de garantía: i) garantía para la madera contra agentes biológicos y climáticos donde debía indicar el período de la misma; y, ii) garantía para la obra donde el oferente le asegure a la Administración que la garantía se hará efectiva contra defectos de construcción de las obras a realizar, por un período como mínimo de diez años. Esto es así por cuanto el requerimiento de pedir “*Brindar la garantía indicada en el Reglamento General de Contratación Administrativa*” no resulta de ninguna manera claro, además que el “Reglamento General de Contratación Administrativa” está derogado. En cumplimiento de este requerimiento cartelario se tiene que el recurrente dijo: “...*garantizo la madera a utilizar por un periodo de 10 años contra agentes biológicos y climáticos así como el resto de la obra, siempre cuando los daños a las mismas sean imputables a esas causas.* / *Así mismo brindamos la garantía indicada en el reglamento general de la contratación administrativa.*” (subrayado agregado) (hecho probado 3). Vistos los términos en que fue rendida la garantía que se analiza, se concluye que, efectivamente, la garantía del “resto de la obra” –que no es la madera- se entiende sujeta a que los daños sean imputables a causas como serían agentes biológicos y climáticos, por lo que lleva razón la Administración cuando señala que más allá de las causas indicadas, pueden existir otras como lo son la mala práctica constructiva o vicios ocultos. Este vicio de la garantía no se entiende subsanado por haberse otorgado la garantía prevista en el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa que a la letra dice: “*Prescripción de la responsabilidad del contratista./ En cinco años, prescribirá la facultad de la Administración de reclamar, al contratista, la indemnización por daños y*

*perjuicios, originada en el incumplimiento de sus obligaciones. Si se trata de obras públicas, el término para el reclamo indemnizatorio originado en vicios ocultos, será de diez años, contados a partir de la entrega de la obra”, toda vez que esta garantía gira en torno a los vicios ocultos, pudiendo existir otras causas no contempladas en ellos. Así las cosas, por no resultar equiparables la garantía por defectos de construcción con la de vicios ocultos, ya que la primera es mucho más amplia, y tomando en consideración la forma en que fue propuesta la garantía por parte del recurrente, se llega a concluir que existe una inobservancia a las reglas cartelarias que, al ser requisito de admisibilidad, genera la exclusión de la propuesta. Esta exclusión genera, como consecuencia, que el recurrente no cuente con la legitimación para recurrir por cuanto no podría resultar ganador del concurso, lo que lleva a rechazar de plano por improcedencia manifiesta la acción recursiva, según lo dispuesto en el artículo 180 del RLCA. De conformidad con lo preceptuado por el numeral 183 RLCA se omite pronunciamiento sobre otros extremos por carecer de interés práctico. **SOBRE LA DISPENSA DEL TRÁMITE DE REFRENDO CONTRALOR:** La administración licitante solicita que “... *debido a la urgencia de iniciar con la respectiva construcción del edificio a efectos de no incurrir en mayores retrasos del proyecto; se solicita al ente contralor la dispensa del refrendo por parte de dicho órgano y que el mismo sea realizado a nivel de las instancias internas del Ministerio que tienen la competencia para tal efecto...*”. Al respecto tenemos que señalar que esta Contraloría General, en razón de los dos recursos de apelación interpuestos ha podido verificar las formalidades básicas que el ordenamiento prevé en la tramitación del procedimiento, por lo que a la luz de lo dispuesto en el artículo 3 del “Reglamento sobre refrendo de las contrataciones de la Administración Pública”, se exime el contrato del refrendo tomando en consideración que dado los recursos interpuestos la satisfacción del interés público se ha visto dilatada, pero se advierte que el contrato deberá contar con la aprobación interna según lo establecido en el numeral 17 del citado Reglamento. -----*

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 84, 86 y 88 de la Ley de la Contratación Administrativa, 174 y siguientes de su Reglamento, **SE RESUELVE:** 1) **Rechazar de plano por improcedencia manifiesta**, el recurso de apelación interpuesto por José Alberto Morales Ramírez, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2009LN-000228-00700, promovida por el Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) para la construcción de oficinas de la Sede Regional Golfito – Área de Conservación de Osa, recaído a favor de la Constructora

Francisco Adolfo Muñoz y Asociados Limitada, por un monto de ¢237.999.762,90 **acto el cual se confirma.** 2) De conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.-----  
**NOTIFÍQUESE.** -----

Lic. Oscar Castro Ulloa  
**Gerente Asociado a.i.**

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Estudio y redacción: Licda. Maritza Chacón Arias

*MCHA/fjm*

**NN:** 05772 (DJ-2387-2010)

**Ni:** 7548, 7824, 9129, 9209, 10034, 10110, 10696, 10748, 10773

**G:** **2009003492-4**