

## **R-DJ-357-2010**

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.** División Jurídica. San José, a las trece horas del veintisiete de julio de dos mil diez. -----

Recurso de apelación interpuesto por **Compañía de Asesoría y Construcción Konstruktiva S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 2009LN-000003-01, promovida por la **Municipalidad de Heredia**, para el “*Mejoramiento y Ampliación de la Escuela de Música en Mercedes Norte de Heredia*”, recaído en favor de la empresa **A&R Desarrollos y Edificaciones S.A.** -----

### **RESULTANDO**

**I.-** La Compañía de Asesoría y Construcción Konstruktiva S.A., presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida licitación, indicando, entre otras cosas que no se le otorgó la totalidad de la puntuación que le correspondía respecto al rubro de la garantía del proyecto del sistema de calificación, asimismo indica que financieramente su oferta es la que mejor garantiza el éxito del proyecto por contratar, así como que la oferta presentada por la adjudicataria no cumplió con los requerimientos solicitados por el cartel en cuanto a la acreditación de la experiencia en la realización de obras afines o similares. -----

**II.** Mediante auto de las ocho horas del dos de junio del año en curso se confirió audiencia inicial a la Administración y a la adjudicataria en cuanto al recurso interpuesto por la recurrente, la cual fue contestada mediante escritos agregados al expediente de apelación. -----

**III.** Mediante auto de las ocho horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil nueve, se confirió audiencia especial a la apelante para que se refiriera a los alegatos planteados en contra de su oferta por las partes al momento de atender la audiencia inicial -----

**IV.** Mediante auto de las once horas del diecisiete de junio de dos mil diez se confirió especial al recurrente audiencia especial a la recurrente, para que se refiriera a los alegatos planteados en contra de su oferta.-----

**V-** Mediante auto de las catorce horas del primero de julio del año dos mil diez, se confirió audiencia final por el plazo de tres días hábiles-----

**VI-** La presente resolución se dicta dentro del término de Ley y en su trámite se han observado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.-----

### **CONSIDERANDO**

**I.- HECHOS PROBADOS:** Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1) a)** Que la Municipalidad de Heredia, promovió la Licitación Pública N° 2009LN-000003-01 para el Mejoramiento y ampliación de Escuela de Música en Mercedes Norte de Heredia (ver publicación en el Diario Oficial La Gaceta N° 229 del 25 de noviembre del 2009, a folio 152

del expediente de contratación) **2)** Que el cartel de la respectiva licitación contenía los siguientes enunciados: **a)** “**6.3 GARANTIA DE LA OBRA.** *El oferente debe indicar el tiempo de la garantía de la construcción de lo solicitado en este cartel de contratación. La misma comenzará a regir a partir de la fecha en que la Municipalidad de Heredia se dé por aceptada a satisfacción la obra./ El plazo mínimo de la garantía no podrá ser menor a un año, tanto del material utilizado como del trabajo realizado.*” (ver folio 186 del expediente de licitación). **b)** “**2.3 SISTEMA DE VALORACIÓN Y COMPARACIÓN DE OFERTAS:** *Luego de establecer cuáles ofertas son elegibles legal, financiera y técnicamente, se procederá a la calificación de éstas, de acuerdo con los siguientes parámetros: **Parámetro / Puntaje a asignar:** Precio / 60,00%...//... Garantía del Proyecto / 10,00%..// Experiencia de la empresa / 30,00%*” (ver folio 180 del expediente de contratación) **c)** “**23.2 GARANTÍA DEL PROYECTO.** *Se califica la oferta que mayor garantía contra defectos de materiales y mano de obra otorgue sobre el proyecto realizado....*”(ver folio 180 del expediente de contratación) **d)** “**23.3 EXPERIENCIA DE LA EMPRESA (30%):** *El oferente deberá demostrar fehacientemente su experiencia en construcción y/o remodelación de construcciones por medio de cartas de referencia originales o copias autenticadas, extendidas por la Administración que lo contrató, indicándose en las mismas [...]. Solamente serán sujeto de calificación aquellas construcciones que como mínimo por proyecto o construcción la suma de 500 metros cuadrados. Se asignará un valor de 3 puntos por nota hasta 10 notas para obtener como máximo 30 puntos*” (ver folios 179 y 180 del expediente de contratación) **3)** Que para la calificación del rubro de garantía de la obra la empresa Konstruktiva fue calificada con un puntaje de 0,40. (ver Acta de Recomendación N° 02-2010, a folio 679 del expediente administrativo) **4)** Que oficio KG-148-09-st, del 07 de diciembre del año 2009 la Compañía de Asesoría y Construcción, Konstruktiva .S A., indicó que: “*Por medio de la presente manifestamos que la garantía de los trabajos está dicha por ley*” (ver folio 631 del expediente administrativo). **5)** Que en las cartas de experiencia aludidas por el disconforme se observa lo siguiente: **a)** “*Propietario: MINAE, Área de remodelación o construcción: 1060 m2 área de obras exteriores.* **b)** *Propietario: Dirección General de Migración y Extranjería, Área de remodelación o construcción: 2100m2 área de obras exteriores.* **c)** *COLEGIO DE CEDROS: área en m2: 583, 86.*” ( ver folios 208, 210 y 212 del expediente administrativo respectivamente).-----

**II SOBRE LA LEGITIMACION:** 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 lo anterior se extrae 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 presente caso, se tiene que de conformidad con la evaluación de las propuestas, la ganadora del concurso obtuvo un 90,58%, la apelante alcanzó un 88%, la firma América Ingeniería obtuvo un 83.55%, Auto Steller obtuvo un 63% y Rock Construcciones un 56,22% (ver folios 678 y 679 del expediente administrativo). Así las cosas, dado que en el apelante ocupa el segundo lugar en la calificación, de prosperar su recurso podría resultar adjudicatario del concurso, por lo que se concluye que ostenta la legitimación necesaria para recurrir, por lo que de seguido se entrará a conocer el fondo del recurso.-----

**III.- SOBRE EL FONDO: 1. Sobre el puntaje otorgado al recurrente, respecto a rubro de la calificación “Garantía de proyecto”:** La apelante manifiesta que respecto a este aspecto se le otorgó un puntaje erróneo, de habersele otorgado el puntaje correcto de acuerdo a la cantidad de años de la garantía ofrecida, remitiéndose a lo que establece la ley en este aspecto, se hubiera alcanzado un puntaje mayor y por ende hubiera sido adjudicataria indiscutible del negocio. Si se le hubieran considerado los 10 años que correspondía por garantía de proyecto, el puntaje que le hubiera correspondido por este rubro hubiese sido de 4 puntos, con lo que su calificación final hubiera sido de 91.6 y con ello podría haber ganado del concurso. Indica que se le valoraron 12 meses, que era el mínimo que solicitó el cartel en el punto 6.3. Señala que conocen exactamente el período de garantía a otorgar en licitaciones del Estado y asumen que la Municipalidad también, lo cual está dicho en el artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa. Indica que cuando la Proveeduría les previene acerca de los detalles de la garantía, mediante nota KG-148-09-st, se indica que: *“...manifestamos que la garantía de los trabajos está dicha por ley”*, pues la traducción técnica de vicios ocultos es precisamente la que solicita el cartel en el punto 23.2. La garantía que se pide es contra defectos de materiales y mano de obra que es exactamente lo mismo que los vicios ocultos que señala la LCA en su artículo 35. Expresa que este error en la calificación de la garantía de la obra, hizo que la Administración no le adjudicara la licitación, a pesar de que en buena lid es la oferta que alcanza la mayor puntuación, como queda demostrado. La adjudicataria indica que en el caso en particular es muy importante la garantía sobre los materiales ya que conlleva el diseño y confección de planos, especificaciones técnicas, inspección y construcción de la obra, y no es lo mismo dentro de la

variedad de materiales y precios que existen en el mercado mantener una garantía por un tiempo definido a la hora de confeccionar las especificaciones técnicas del proyectos, como se indica en el párrafo dos del punto 18 del cartel. Lleva gran peso el plazo de la garantía de ejecución, no sea que valorando esto el adjudicatario especifique materiales de inferior calidad y precio bajando costos en su beneficio. La recurrente no garantizó en su oferta inicial ni por un año el proyecto por lo que debería de tener cero puntos en este rubro de evaluación, el cual a todas luces no es subsanable. Por otra parte, de acoger la petitoria de la recurrente, en cuanto aceptar a posteriori una condición básica para la adjudicación dejaría en clara desventaja a los demás oferentes, violando el principio de igualdad y libre competencia del artículo 5 LCA. **La Administración** señala que la empresa apelante no acreditó ningún tipo garantía para el proyecto en su oferta, siendo este aspecto considerado dentro del sistema de evaluación y calificación de ofertas, de ahí que esta Administración decidió darle el puntaje mínimo de acuerdo a lo establecido en el cartel en el apartado 6.3. El plazo de garantía de la obra se valora con puntos de 100, por lo que se considera dicho aspecto insubsanable, según lo indicado en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Así las cosas, considera que no puede la empresa apelante pedir que se valore de otra manera su oferta al no indicar parámetro el día de apertura de las ofertas. Si se valora la garantía a favor de la apelante de una manera distinta a la realizada en el concurso de contratación llevado a cabo se estaría beneficiando a la empresa apelante por un error que cometió al no detallar o establecer dentro de su oferta el plazo de la garantía de la obra por materiales y mano de obra, y posterior al acto de apertura de ofertas solicita esa empresa que se subsane el dato, estableciendo que la Administración debió asumir una presunción de datos por cuestiones de interpretación. **Criterio para resolver:** El argumento de la empresa recurrente se centra en que la Administración erróneamente calificó su oferta, en cuanto al rubro del sistema de calificación atinente a la garantía del proyecto, por cuanto, para dicha calificación considera que se debió aplicar el plazo de 10 años contemplado en el numeral 35 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), al cual estima hizo referencia en una nota enviada a la Administración el día 07 de diciembre del año 2009 y no el plazo mínimo de garantía del proyecto de un año sobre el cual la calificó la entidad municipal. Por su parte, la empresa adjudicataria manifiesta que en la oferta de la empresa apelante no se observa que se hubiese estipulado plazo alguno, y que dicho elemento, al ser parte del sistema de evaluación no es subsanable. La Administración señala que al no encontrarse ningún plazo de garantía del proyecto en la oferta de la recurrente se procedió a asignarle el mínimo estipulado en el pliego cartelario. Asimismo expresa que no es factible subsanar dicho aspecto,

por cuanto el mismo forma parte del sistema de evaluación, así de valorarse un plazo distinto, se estaría beneficiando un error que cometió la propia empresa. Por último, manifiesta la Administración que el artículo 35 de LCA, no puede ser tomado en cuenta como garantía del proyecto. Vistos y analizados los alegatos de las partes, así como el expediente administrativo del procedimiento de contratación, como primer aspecto, considera este órgano contralor que el pliego cartelario efectivamente estableció un plazo mínimo de garantía de la obra, tanto del material utilizado, como de los trabajos efectuados (hecho probado 2-a), asimismo el sistema de calificación, contempló la posibilidad de asignar con un puntaje máximo de 10 puntos a la oferta que estableciera la mayor garantía contra defectos de materiales y mano de obra sobre el proyecto realizado (hecho probado 2 b y c). Seguidamente debe indicarse que de la oferta de la empresa recurrente no es factible concluir que se hubiese establecido plazo alguno al respecto, de ahí que para dicho rubro, la Administración le otorgara a la Compañía y Asesoría y Construcción Konstruktiva S.A., un puntaje de 0.40 (hecho probado 3), derivada dicha puntuación del plazo mínimo de un año estipulado por el pliego de condiciones. En ese sentido es menester indicar que al ser un requisito de admisibilidad cabía la posibilidad de estimar la exclusión de la oferta, pero se tomó dicho período de garantía en razón de que el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en lo que interesa, dispone: *“La sola presentación presentación de la oferta, se entenderá como una manifestación inequívoca de la voluntad del oferente de contratar con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, disposiciones legales y reglamentarias vigentes. La sumisión operará de pleno derecho, e implicará la incorporación dentro del contenido de la relación contractual de las normas constitucionales, de la Ley de Contratación Administrativa, el presente Reglamento, el Reglamento Institucional y el cartel.”* Como tercer aspecto de importancia a desarrollar, es menester indicar que la empresa recurrente intenta subsanar el plazo de garantía del proyecto, así aporta una nota en la cual manifiesta que el plazo de garantía del trabajo está dado por ley (hecho probado 4). Respecto a esta última circunstancia, se deben efectuar dos aseveraciones de suma importancia a efectos de determinar la validez del alegato incoado por la gestionante. El primero de ellos se refiere a la imposibilidad de subsanar elementos propios del sistema de evaluación de las ofertas de un concurso público, por cuanto atenta contra los principios generales que rigen la contratación administrativa, tal y como lo es por ejemplo el principio de igualdad de los oferentes. Al respecto, el ordenamiento jurídico señala en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación, 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...*” Partiendo de lo anterior se observa que la subsanación presentada por la recurrente no debe ser considerada para efectos de calificación, por cuanto, en caso de que llevase razón su argumento, se estaría modificando la garantía del producto objeto de la contratación, misma que forma parte del sistema de evaluación de las ofertas, y con ello se estaría ocasionando una evidente ventaja indebida, respecto a los demás oferentes que efectivamente cumplieron con lo requerido por la Administración a través del cartel de licitación. Sobre este tema en concreto ya este Despacho se ha referido, así en la resolución RC-006-2000, de las once horas del primero de febrero de dos mil se indicó: *“Se desprende de tal precepto, como regla de principio, que la subsanación no puede convertirse en una habilitación para modificar aspectos sustanciales de la oferta, tales como precio, objeto y condiciones ofrecidas. Al respecto, la Sala Constitucional, en su Voto N° 998-98 sentó las bases que deben tenerse en cuenta a efectos de tener por válida la subsanación, manifestando que “...solamente se pueden permitir corregir ‘defectos formales subsanables’; o en otro giro, requisitos que no sean esenciales, que no impliquen modificación o alteración de las condiciones establecidas... en efecto no estima esta Sala desmedida la facultad que se otorga a la Administración para que durante todo el proceso de selección y pasado el término de los cinco días hábiles establecido para enmendar las omisiones formales, pueda prevenir a los oferentes ‘la subsanación de aspectos no advertidos durante los primeros cinco días hábiles’ en la medida que este proceso de subsanación está referido, exclusivamente, a lo que ya se dijo sobre la inmutabilidad de la propuesta en aspectos esenciales o fundamentales. Ello es así para no comprometer la transparencia de los procesos de contratación administrativa, además de proteger la aplicación plena de los principios de igualdad, libertad de concurrencia y especialmente el de legalidad...” A partir de lo citado tenemos entonces que uno de los límites que enmarcan el instituto en referencia se encuentra en el hecho de que lo que se subsane no aluda a aspectos sustanciales de la oferta y que no sean soslayados los principios fundamentales de la contratación administrativa. Ahora bien, en el caso concreto que nos ocupa, desde cualquier punto que se examine se encuentra inadmisibile la corrección realizada por la firma ahora recurrente, toda vez que por su naturaleza, lo omitido en su oferta versa sobre una condición esencial del objeto ofrecido. Además, de tener por aceptable tal actuación, se lesionaría groseramente el principio de igualdad de trato y el de transparencia que rige los procedimientos de contratación administrativa, pues esta empresa tuvo la oportunidad de conocer los ofrecimientos que cada una de las otras participantes*

*formularon y por tanto, se encontraría la posibilidad de ocupar una posición ventajosa respecto de aquellas.”* La jurisprudencia de cita es clara en cuanto a la imposibilidad legal de subsanar aspectos sustanciales de las ofertas, que ocasionen alguna ventaja indebida al oferente que pretende subsanar el respectivo defecto, lo cual, como se ha indicado, aplica para el caso en estudio. En todo caso, debe indicarse que el artículo 35 de LCA dispone que *“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”,* con lo cual se entiende que se estipula un plazo de prescripción de la responsabilidad del contratista con ocasión de los vicios ocultos que presente la obra, entendiendo éstos como: *“Imperfección de una cosas vendida o alquilada y que, por no haberla conocido el comprador o locatario al tiempo de celebrarse el contrato, permite a éste ejercer una acción de garantía contra el vendedor...”* (Vocabulario Jurídico, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1986, p. 571). La citada normativa no se configura, en sí misma, como una garantía sobre la obra u otro tipo de desperfectos, distintos a los vicios ocultos, que se produzcan con el transcurrir del tiempo. Con lo anterior queda de manifiesto que tampoco se podría tomar como válido el argumento del recurrente, al intentar igualar los alcances de la cobertura de la garantía del proyecto, con los que se producen con ocasión de los vicios ocultos en las obras públicas, ya que si bien son conceptos o aspectos que guardan relación y similitud, encuentran diferencias en su aplicación. En virtud de los argumentos expuestos procede declarar sin lugar el recurso de apelación respecto a este punto en concreto. **2. Sobre los aspectos de elegibilidad financiera: El apelante** expresa que el cartel en el punto 3.2 solicita la información financiera del oferente y dice que la Dirección Financiera procederá a informar a la proveeduría sobre la solvencia de las empresas y en caso que no sean solventes podrán ser descalificadas. El acta de recomendación no menciona mayor información, más que la Dirección Financiera hizo un estudio. De sus análisis comparativos entre los estados financieros de la empresa adjudicataria y los suyos, se puede ver que sus activos son 4.8 veces los de A YR, y la misma cantidad de veces el valor de la obra, mientras que los activos de AYR son del mismo tamaño del valor de la obra que se está adjudicando. Asimismo el patrimonio de AYR es un poco más que la mitad del valor de la obra que se adjudica, mientras que el suyo es casi el doble del valor de la obra. Ambos análisis comparativos debieron ser tomados en cuenta para justificar que Konstructiva tiene mucha mayor capacidad que la empresa a la que se le adjudica erróneamente y comparando con los demás estados financieros, también

mayor capacidad que las demás empresas oferentes por tanto es la oferta que mejor garantiza el éxito del proyecto. Expresa que la Administración no se puede garantizar alcanzar la finalidad de llevar a cabo una evaluación financiera, con unos estados financieros que no reflejen un patrimonio y un capital de trabajo suficiente para hacer frente al proyecto en cuestión. Considera que la Administración no valoró adecuadamente este importante aspecto, a pesar de haberlo solicitado acertadamente en el cartel, lo cual hace que el acto de adjudicación igualmente sea nulo, por adolecer de un vicio de uno de los actos preparatorios de éste, como es el del análisis y recomendación. **La adjudicataria** arguye que no tiene razón la recurrente al interpretar que la elegibilidad financiera tiene relación directa con el patrimonio o activos de la empresa, la administración está evaluando únicamente la solvencia requerida para la ejecución de la obra en cada una de las etapas, de hecho estas se describen en la forma de pago del punto 8 de las condiciones generales del cartel donde se percibe claramente que es por avance de obra y no un solo pago al final del proyecto ejecutado como podría interpretarse en la plica de la apelante. La empresa dentro de sus estados financieros incluye en las partidas de activos circulantes, un monto que según la nota 3 de las cuentas por cobrar y retenciones indica un monto de ¢614 millones de colones, los cuales no tuvieron movimiento en los años 2007 y 2008, por dicha razón no se puede considerar como una partida de realización en un lapso menor a un año, lo cual refleja un capital de trabajo negativo para los años. Por otra parte y como hecho histórico y relevante nuestra empresa cuenta con líneas de crédito de diferentes instituciones financieras y bancarias del país, que también supera el patrimonio de los activos de nuestra empresa y de ser cierta la interpretación de la apelante éstas instituciones no darían líneas de crédito para capital de trabajo superior al patrimonio, como sucede en su caso. **La Administración** indica que la propia recurrente señala que los demás oferentes también tiene la capacidad financiera de enfrentar el proyecto. Todos los oferentes que se presentaron al concurso pueden cumplir con el desarrollo de la obra requerida, toda vez, que la Administración ha previsto en el cartel, que su forma de pago será contra presentación de un avance de obra por lo que no es necesario el desembolso total por parte de la empresa contratada del proyecto, sino que por avances de obra se cubre lo ejecutado, tal y como sucede respecto a toda obra que se ejecuta en el mercado nacional por medio de un préstamo o situación similar, por lo tanto la empresa adjudicataria cumple con lo requerido por la Municipalidad para hacer frente a la construcción del edificio de la escuela de música. **Criterio para resolver:** Sobre este punto en particular se observa que la recurrente señala que su capacidad financiera es mayor a la del resto de las empresas oferentes, así como que la Administración no efectuó adecuadamente el análisis financiero de las ofertas,



sin aportar para ello prueba o documento alguno que permita acreditar su argumento. En ese sentido resulta de importancia indicar que el inciso d) artículo 180 del RLCA señala que en cualquier momento será rechazado un recurso de apelación cuando: “... *el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa.*”. Sobre el tema de la fundamentación, esta Contraloría General, en la resolución N° R-DCA-471- 2007 del 19 de octubre del 2007, en lo que interesa para la resolución del caso, indicó: “...*Falta de fundamentación es, en suma, cuando el recurrente presenta una argumentación débil en contra del actuar administrativo y no presenta prueba mínima para amparar total o parcialmente su defensa...*”. En esa misma línea de pensamiento, en la resolución R-DCA-530-2006 de 13 de octubre del 2006, se observa que esta posición ha sido asumida por este órgano contralor en diferentes resoluciones, incluso con la anterior normativa reglamentaria que contenía una norma similar a las que hemos hecho referencia. Así, en la resolución recién indicada, se expuso: “*Asimismo ha sido criterio reiterado de este Despacho que quien alega un hecho, debe probarlo. Al efecto en resolución RSL 113-99 de las 15:00 horas del 26 de marzo de 1999 se dispuso “[...] es indispensable recordar para quienes afirman un hecho, que no basta con alegar los supuestos incumplimientos, sino también, se debe aportar toda aquella información y prueba fehaciente para fundamentar sus argumentaciones, así como determinar la trascendencia de lo alegado. No debe pretenderse entonces que, por el simple hecho de alegar un incumplimiento, este Órgano Contralor deba tenerlo por acreditado. Es imperioso aportar razones y los medios probatorios pertinentes, que demuestren la existencia real de la situación planteada. De esta manera, dado que la firma adjudicataria no ha aportado suficiente información para demostrar el incumplimiento que aduce ni su trascendencia jurídica, es lo procedente tener por desestimado el alegato de comentario.*”. A mayor abundamiento, en un caso similar al presente mediante resolución R-DAGJ-330-2005 de las trece horas del ocho de junio del dos mil cinco se dispuso “*De tal forma que aún acudiendo a la sede competente y dentro del plazo de ley, ello no es motivo suficiente por sí solo para admitir un recurso, ya que, además de la señalada legitimación, debe traerse un documento que encuentre esa adecuada fundamentación, entendida, a criterio de este Despacho, no solo como la obligación de presentar un escrito formal de impugnación con argumentos claros y precisos, sino que también con el acompañamiento de las pruebas idóneas que den sustento a tales argumentaciones. En esta materia, la debida fundamentación de los recursos no puede separar las argumentaciones de la prueba, ya que más allá de una hábil retórica escrita se requiere*

claridad en los puntos cuestionados y su respectiva acreditación probatoria. En ese sentido, el reconocido autor Jesús González Pérez en su obra *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, señala: /

*“La prueba es una de las actividades en que se descompone la instrucción del proceso, siendo complementaria de la otra actividad instructora: las alegaciones. Las partes no solo deben formular ante el Tribunal las alegaciones en las que se fundamenten sus pretensiones, sino que deben probarlas. La prueba no tiende a convencer al juez de la realidad de las pretensiones, sino de las razones que la apoyan”.* (González Pérez, Jesús; *Manual de Derecho Procesal Administrativo*; tercera edición; Editorial Civitas, Madrid; 2001; página 329)

El propio Reglamento General de Contratación Administrativa recoge tal razonamiento al incluir dentro del artículo de la fundamentación (artículo 92) una clara obligación en el sentido de que : “el apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones...” Y es que es claro que si un oferente desea desvirtuar la presunción de legalidad de un acto administrativo que adjudica un negocio, sobre él pesa la carga de la prueba, en plena concordancia del enunciado jurídico de que, quien alega debe probar. De tal suerte que si un particular aduce que el acto tiene vicios debe no solo alegarlo de manera bien fundamentada sino que ha de traer a la sede de discusión los medios que acrediten su dicho. Una falta de acreditación, produce en esta materia particular el rechazo de plano del recurso que se encuentre en esa situación, como lo indica con toda claridad el artículo 95.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa. (En ese sentido, ver, entre otras, la Resolución RC 360-2002 de las doce horas del siete de junio del dos mil dos)...” Para el caso en estudio es dable señalar que la empresa disconforme omite aportar los estudios técnicos que permitan acreditar o comprobar sus alegatos, tal y como se ha indicado, quien alega un hecho de probarlo, no basta el solo decir de la parte para tener por cierto su argumento, sino que resulta indispensable que se compruebe, a través de los medios de prueba idóneos, que deben ser planteados en el escrito inicial de apelación. De conformidad con lo dispuesto, procede rechazar este extremo del recurso. **3. Sobre la experiencia de la empresa AYR: El apelante** manifiesta que si se compara la experiencia de la adjudicataria con la suya, se puede ver que todas las obras que califican a Konstruktiva son construcciones de edificios de principio a fin, y de gran tamaño, mientras que las de AYR son sustituciones de techos, sistemas eléctricos de poco envergadura. La obra licitada es compleja en cuanto involucra la demolición del edificio y la construcción completa. Existen 3 obras de AYR que no debieron tomarse en cuenta porque no son similares a la obra que nos ocupa. Es decir un 30% de su experiencia es cuestionable. Las obras que cuestión son: 1.) Colegio de Cedros: En la

certificación que aporta la empresa AYR dice que se trató de cambio de cubierta en algunas zonas, pintura anticorrosivas y cambio de iluminación. Esta obra evidentemente no es similar a la obra que se solicita construir y por lo tanto no se debe considerar, pues no es lo mismo cambiar un techo que llevar a cabo una demolición para luego construir de cero. 2.) Dirección de Migración: Según la certificación que aportan, este trabajo se trató de la construcción de 90 módulos de trabajo. Fue un trabajo de muebles y sus conexiones de cómputo y electricidad. Bajo ninguna circunstancia puede tomarse como una obra similar al objeto de esta licitación. Se cuestiona el área señalada de 2100 m<sup>2</sup>, pues al lado de ésta área dice obras exteriores y obras exteriores no son similares a las obras que se adjudican y discuten en este caso. 3.) Minae: Según la certificación presentada por la empresa, nuevamente esta obra trata de la sustitución de la cubierta, de instalaciones eléctricas y de pintura, así como de otros trabajos menores. **La adjudicataria** expresa que muchos de los proyectos presentados como parte de la experiencia de la recurrente se encuentran en la misma condición que los aportados en su oferta. La experiencia propuesta para el escrutinio se indicó únicamente los proyectos de los últimos cinco caños, a pesar de tener 18 años en la ejecución de proyectos bajo las normativas de la ley de contratación administrativa, mientras que la apelante presenta proyectos desde 1993 hasta el 2001, de ahí interrumpe por cinco años proyectos superiores a 500 m<sup>2</sup>, hasta que los renueva intermitentemente después del 2004, según se deduce de sus cartas presentadas. Los proyectos de ampliación y/o remodelación a los que quiere desacreditar la apelante son de altísima complejidad, la ejecución y construcción ya que implica instalaciones de servicios para el público, estaciones y muebles de trabajo, divisiones internas, instalaciones eléctricas y de cableado estructurado, voz y datos, alarmas, plantas de emergencia, blindajes, suministro e instalación de cielos y techos, etc., que frecuentemente hay que organizar conjuntamente con la institución para que los servicios al público no se vean interrumpidos y donde hay que trabajar de madrugada, fines de semana y días feriados. **La Administración** expresa que el objeto contractual es la construcción de un edificio que albergue la escuela de música en Mercedes Norte, por lo que no se está al frente de un proyecto especializado o que requiera de parte de un oferente que se desarrolla en el mercado de la construcción que demuestre una experiencia por encima a la construcción normal de edificios u obras civiles similares. Considera que la recurrente también ha sido contratada para remodelaciones menores y ha sido calificada positivamente por la Administración en el presente concurso. Se han valorado y calificado las ofertas recibidas en un plano igualitario, considerando que todos los oferentes del concurso reúnen la experiencia y capacidad para hacer frente a la construcción del edificio solicitado. Así las cosas resulta procedente

rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso de apelación respecto a este punto en específico. **Criterio para resolver:** El pliego cartelario estableció, como parte del sistema de evaluación de las ofertas el factor de experiencia de los oferentes en cuanto a construcción y/o remodelación de construcción, que alcanzaren como mínimo un área de 500 metros cuadrados, estableciendo un puntaje máximo de hasta 30 puntos, siendo así que por cada carta de referencia se otorgarían 3 puntos hasta un máximo de 10 cartas (hecho probado 2 b y 2 d). El recurrente señala que existen 3 cartas de referencia aportadas por la empresa adjudicataria que no cumplen con lo establecido por el pliego cartelario por cuanto no son obras similares al objeto de la contratación del presente concurso público, a saber, las emitidas por el Colegio de Cedros, por la Dirección General de Migración y Extranjería (cuestiona el área de 2100m<sup>2</sup> de obra exterior), así como por el antiguamente denominado, Ministerio de Ambiente y Energía. Por su parte la empresa adjudicataria indica que los proyectos de ampliación y/o remodelación presentados con su oferta son de un alto grado de complejidad y logística. Al respecto la Administración señala que el proyecto no requiere de un grado de especialización o que se requiera de una empresa contratista con una experiencia por encima de la construcción normal de obras. En cuanto a la construcción o remodelación de obras ejecutadas en el pasado por los oferentes, el pliego cartelario se delimitó a requerir un área de construcción de 500 metros cuadrados (hecho probado 2-d), sin solicitar adicionalmente que dichos proyectos debía ser similares al objeto de la licitación, ni mucho indicó qué debió entenderse como similar, o bien que las áreas de construcción fuera de obras de interiores o exteriores. Así las cosas, no resultaría factible desacreditar una o varias cartas de experiencia, por el solo hecho de aducir que las obras ejecutadas no son similares al objeto que eventualmente se efectuaría como producto de este concurso público. Tampoco se podría argumentar que el área de construcción, de una carta de experiencia, no puede ser tomada en consideración por tratarse de obras externas, por cuanto el pliego de condiciones no ahondó en cuáles debían ser las características específicas de las contrataciones que se tomarían como parte de la experiencia de los oferentes, es decir, el único requerimiento solicitado, en cuanto al tipo de obra, se restringe a las dimensiones de los proyectos efectuados, y ese es el elemento que la Administración consideró oportuno establecer a efectos de satisfacer su necesidad y el interés público perseguido. En ese sentido, resulta de especial importancia, remitir al artículo 51 del RLCA, el cual en lo que interesa dispone: *“El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento....”* Lo anterior se cita, por cuanto ha sido

criterio de este órgano contralor, que el cartel es el documento mediante el cual se establecen las reglas del procedimiento concursal, así que en caso de que el recurrente considerara que las condiciones estipuladas en el pliego de condiciones le limitaban su participación o bien le ocasionaban algún perjuicio, por ejemplo por su propia ambigüedad, debió en el momento procesal oportuno, incoar las acciones correspondientes a efectos de alcanzar la modificación respectiva, lo anterior, a través de los medios legales que el ordenamiento jurídico prevé para ello. En este momento procesal no es factible, bajo ningún supuesto, modificar por la vía de apelación, el pliego cartelario, toda vez que al amparo del citado artículo 51 del citado Reglamento, una vez que el mismo adquiere firmeza se convierte en el reglamento específico de la contratación. Sobre el tema ya esta Contraloría General se ha pronunciado, así en la resolución RC-096-2002, en lo que interesa se dijo: *“En cuanto a este aspecto, este Despacho coincide en un todo con el criterio de la Administración, en el sentido de que el argumento esbozado por el apelante es materia a dilucidar en un recurso de objeción a los términos del cartel que se elaboró para regir este concurso (artículos 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa y 87, 88 y 89 de su Reglamento). Si así no lo hizo, no puede la inconforme alegar posteriormente y a las resultas de una licitación que le fue desfavorable las supuestas incongruencias del sistema de valoración, pues de conformidad con lo establecido en el numeral 49.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa, ella aceptó -con la sola presentación de su oferta al concurso- que se sometía a todas las condiciones y especificaciones del cartel.”* En atención a lo dispuesto cabe mencionar que del análisis de las 3 cartas de experiencia aludidas por la empresa Compañía y Asesoría Konstruktiva S.A., se observa que todas cumplen con los requerimientos del cartel, en cuanto al requisito de fondo, sea la cantidad de metros cuadrados de construcción (hecho probado 5). En razón de lo que viene dicho, procede declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto, siendo además innecesario entrar a analizar los otros aspectos alegados por la empresa adjudicataria de conformidad con lo dispuesto por el artículo 183 párrafo tercero del RLCA, en tanto que el análisis y estudio realizado es decisivo en la resolución de este caso. -----

#### **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; 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **se resuelve: 1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **Compañía de Asesoría y Construcción Konstruktiva S.A.**, en contra del

acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 2009LN-000003-01, promovida por la **Municipalidad de Heredia**, para el “*Mejoramiento y Ampliación de la Escuela de Música en Mercedes Norte de Heredia*”, recaído en favor de la empresa **A&R Desarrollos y Edificaciones S. A**, **acto el cual se confirma.** 2) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa. -----  
**NOTIFIQUESE.** -----

Lic. Elard Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada  
**Gerente Asociado**

*Estudio y redacción: Andrés Sancho Simoneau*

ASS/fjm

**NN: 07187 (DJ-2996-2010)**

**NI: 9828-10079-11576-11746-12297-13031-13009-13102**

**G: 2010001347-2**