

R-DJ-418-2010

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

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **Quebradores Pedregal Sociedad Anónima** en contra del acto de adjudicación de la licitación pública número 2010LN-000001-01 promovida por el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER) para la compra de 10.000 metros cúbicos de piedra tipo balasto, para la vía férrea. -----

RESULTANDO

I. Que empresa **QUEBRADORES PEDREGAL SOCIEDAD ANÓNIMA** (en adelante Pedregal), presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la citada licitación pública, donde argumenta que el cartel no disponía como requisito presentar un certificado técnico, sin embargo, la no presentación de éste por parte de la mayoría de las empresas implicó que se consignara la falta del mismo. -----

II. Que por medio del auto de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del treinta de junio de dos mil diez se concedió audiencia inicial tanto a la Administración licitante, como al adjudicatario y a la empresa Urbanizadora Navarro de Cartago S. A, cuyas respuestas constan agregadas al expediente. -----

III.- Que con el auto de las ocho horas del trece de julio del año en curso se confiere audiencia especial al apelante. -----

IV.- Que 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: **1) a)** Que el Instituto Costarricense de Ferrocarriles promovió la Licitación Pública no. 2010LN-000001-01 para la Compra de 10.000 metros cúbicos de piedra tipo balasto para la vía férrea, dándose la apertura de ofertas el 23 de abril del 2010 (ver folios 10 y 14 del expediente administrativo), **b)** Que la referida licitación fue adjudicada a la empresa Constructora Meco S. A. por un monto de C106.500.000,00 (ver folios 352 y 353 del expediente administrativo y 15 del expediente de la apelación) **2)** Que en el cartel de la referida licitación se estipuló lo siguiente: **2.1)** *“Requisitos: / (...) 3.8. El oferente deberá presentar la documentación que respalde su experiencia en este tipo de negocio, de acuerdo con lo estipulado en el punto 11 de este cartel; sin que la simple declaración jurada se tenga como sustitutiva de la misma”*(ver folio 4 del expediente administrativo). **2.2)** *“8.2 INFORMACIÓN TÉCNICA/ Se requiere piedra quebrada con aristas, de dimensiones indicadas en la siguiente tabla, correspondiente al tamaño (size 24):*

(...) / El balasto debe ser de piedra con una contextura dura, de calidad a ser aceptada por el INCOFER previamente y según se indica en las especificaciones adjuntas. El balasto debe cumplir con la norma AREA, especificada en el apartado #2, volumen 1 del Manual de la Asociación Americana de Ferrocarriles Ingeniería Ferroviaria”. (Ver folio 5 del expediente administrativo).

2.3) 10.-CALIFICACIÓN DE LAS OFERTAS: 10.1 Las ofertas se estudiarán y seleccionarán con base en los siguientes considerandos: / **a)** obtener los productos de primera calidad./ **b)** Recibir garantía de que el adjudicatario cuente con la experiencia y soporte técnico suficiente. / **Toda oferta que incumpla con alguna de las características técnicas de los productos solicitados, será descalificada automáticamente.** /10.2 El elemento que se tomará en cuenta para la calificación final, así como sus valores relativos será el precio (...) Se asignará un 100% a la oferta de menor precio. (Ver folio 6 del expediente administrativo).**3)** Que el apelante presentó oferta por un monto total de ciento un millones ciento cincuenta mil colones (ver folio 189 del expediente administrativo) y anexa a su oferta documento denominado Respaldo de Experiencia (ver folio 193 del expediente administrativo), con el cual a su vez se aportan constancias de experiencia de proyectos ejecutados (ver folios 193 y del 200 al 218 del expediente administrativo). **4)** Que la empresa Constructora Meco S.A. presentó oferta por un monto de ciento seis millones quinientos mil colones (ver folio 224 del expediente administrativo) así como declaración jurada y constancias de experiencia (ver folios 261 al 288 del expediente administrativo) y aporta una serie de certificaciones y documentos emitidos por el laboratorio ITP (ver folios 238 al 259 del expediente administrativo). **5)** Que según el cuadro de análisis de ofertas, suscrito por el Lic. Carlos Madriz, Urbanizadora Navarro no cumple con lo referido a certificaciones de experiencia ni garantía de soporte técnico que ampare la calidad del producto. (ver folio 350 del expediente administrativo) **6)** Que la empresa Urbanizadora Navarro mediante escrito de fecha 4 de mayo del 2010 presenta sustitución de garantía de participación y aporta 3 constancias de experiencia (ver folios del 344 al 348). **7)** Que las ofertas económicas de Urbanizadora Navarro, Quebradores Pedregal y Constructora Meco fueron de ¢100.000.000, ¢101.150.000 y ¢106.500.000 respectivamente (ver folio 350 del expediente de la contratación). **8)** Que según el análisis de aspectos formales, no técnicos, de las ofertas, la oferta de Quebradores Pedregal S. A. cumple con todos los requerimientos al respecto (ver folios 339 al 342). **9)** Que en el oficio PROV-0086-2010 de 24 de mayo del 2010, se indica: “Luego del estudio legal y técnico se determinó que la única oferta que

cumple con lo solicitado por el cartel, es Constructora Meco S. A. quienes garantizan el soporte técnico que ampara la calidad del producto.” (Ver folio 351 del expediente administrativo). -----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN Y FONDO. El artículo 85 de la Ley de Contratación administrativa (LCA) en relación con el numeral 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) disponen lo referente a la facultad que posee toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo para interponer un recurso de apelación. En el caso particular, y dado que la determinación de esta legitimación es inherente al conocimiento sobre el fondo del asunto, este Despacho procede a conocer ambos aspectos de forma conjunta. **El recurrente** manifiesta que el cartel no exigía mayor cantidad de documentos siendo el único elemento de calificación el precio, no se exigía certificado de calidad previo y al indicar la Administración que sí era necesario, se le excluye ilegítimamente. El resto de condiciones, a excepción de la experiencia, no exigía soporte, sino que se asumían de cumplimiento obligatorio para el adjudicatario. Respecto a la calidad del material ofrecido el cartel establecía información técnica la cual únicamente indica la granulometría del material, siendo este de cumplimiento obligatorio para el adjudicatario. Además, afirma que su oferta es la más ventajosa para la Administración, siendo que la adjudicada supera en ¢5, 350, 000.00 la suya, lo anterior, por cuanto Urbanizadora Navarro pese a haber presentado la oferta de menor precio no presentó respaldo documental de la experiencia, siendo éste un requisito de cumplimiento obligatorio. Considera innecesario un certificado de calidad previo, ya que cualquier certificado que se presente por el oferente antes de la adjudicación no significa que será el mismo producto que entregará. Asimismo, respecto al informe de Ingeniería Técnica de Pavimentos S.A.(en adelante ITP) que aporta la adjudicataria señala, entre otras cosas, que se emite para una persona física que no es la empresa Constructora Meco S.A. **La Administración** alega la falta de legitimación de la recurrente porque de aceptarse su razonamiento, la oferta de Urbanizadora Navarro le superaría encontraría sobre la de ellos ya que fue descalificada por la misma razón. Señala que es obligación de la Administración solicitar a los oferentes la garantía de que dichos materiales cumplen los requisitos técnicos establecidos y por ello el cartel indica claramente que la oferta deberá garantizar que el adjudicatario tiene la experiencia y el soporte técnico, por lo que no lleva razón el recurrente al manifestar que el cartel no indica la necesidad de entregar una certificación de calidad de los productos ofrecidos. Agrega que no es importante que las pruebas se encuentren a nombre de persona física ya que fueron aportadas por la adjudicataria dentro de su oferta y el informe

identifica la licitación, considerándolo un error material, que incluso en caso de duda solicitaría aclaración, lo cual no ha considerado necesario, de conformidad con el principio de eficiencia y conservación de las ofertas. Señala que la institución no posee la capacidad de realizar pruebas de laboratorio al material una vez entregado, de ahí la necesidad de la certificación de calidad que garantice el cumplimiento técnico del material; expresamente señalan que dicha limitante “*obliga a la Administración a establecer en el cartel la necesidad de que los oferentes certifiquen la calidad de los productos ofrecidos para que se garantice que los productos que se van a adjudicar cumplan con los requerimientos técnicos necesarios para ser utilizados para el fin público programado*”. Finalmente señala que la garantía de soporte técnico establecida en el cartel se refiere a la comprobación mediante un documento que garantice el cumplimiento de los requerimientos técnicos del material ofrecido y en ese sentido el certificado presentado por la adjudicataria garantiza el soporte técnico solicitado, y al no aportarse prueba en contrario mantiene su criterio. **El adjudicatario** señala que al no ser el apelante la oferta de menor precio, y al haberse descalificado a Urbanizadora Navarro por la misma causa cuestionada por la apelante, de aceptarse los argumentos de fondo y de determinarse que la oferta del apelante fue erróneamente descalificada, también lo habría sido la de Urbanizadora Navarro, teniendo que ser esta última la readjudicataria. Señala que el argumento del apelante referido a la descalificación de Urbanizadora Navarro al no presentar respaldo documental de la experiencia en este negocio no cuenta con una clara y precisa fundamentación jurídica, probatoria y sobretodo de demostración de su trascendencia. Manifiesta que el aporte de documentos de experiencia que se encuentran referenciados en una oferta son aspectos subsanables al ser simples hechos históricos, pudiendo subsanar el defecto Urbanizadora Navarro en caso de anularse el acto de adjudicación y no resultando así la apelante adjudicataria del concurso. Respecto al fondo, considera que la cláusula 3.8. referida al respaldo de experiencia no solicita ninguna formalidad específica, pudiendo ser incluso un listado de experiencia y no cartas o documentos emanados de una persona específica. Dicha cláusula realmente no indica la obligación de cumplir con experiencia ya que esa obligación se encuentra en la cláusula 10, señalando claramente el cartel que se debe contar con experiencia y es el punto que utiliza la apelante para argumentar que Urbanizadora Navarro incumplió. Sin embargo, en la misma cláusula el cartel establece la obligación de que el oferente certifique la calidad del producto ofrecido al establecer en el punto a) que la calidad del producto es un requisito de selección y que aunado al requisito de garantizar el soporte técnico, se encontró ante la obligación de presentar el certificado de calidad

solicitado. Respecto al certificado de calidad que presentó manifiesta que el Ing. Gutiérrez trabaja para la empresa desde agosto 1998 y es en su calidad de Gerente de Asfaltos que solicita al ITP la realización de tal prueba, por lo que se trata de un error material el no haberse consignado el nombre de la empresa, el cual subsana mediante aclaración de dicho certificado realizado por el laboratorio de Ingeniería Técnica de Pavimentos S. A. **Urbanizadora Navarro de Cartago S.A.** manifiesta que la apelante carece de legitimación para plantear el recurso por cuanto de acogerse éste y anularse el acto de adjudicación, al ocupar ella el primer lugar resultaría adjudicataria y no demuestra tener mejor derecho pues fue descalificada la apelante por la misma injustificada e ilegal razón. La descalificación de 9 ofertas se basó en un requisito inexistente en el pliego de condiciones, un certificado de calidad del material que únicamente presentó la adjudicataria. Asimismo, señala una serie de incongruencias del cartel tales como el equiparar los términos oferente y adjudicatario (punto 10.1 b), además de que el punto 3.8 del cartel remite al 11, entre los cuales no existe relación alguna. Manifiesta que la Administración licitante debe brindar certeza al oferente de las reglas que regirán la elección del contratista, de manera que se convierta en garante para el administrado de que sus actuaciones se rigen por el marco de legalidad, y el cartel contiene yerros que llevan a cometer errores a la Administración e interpreta erróneamente los requisitos que debe cumplir el oferente y los que debe cumplir el adjudicatario. Existe una violación de los principios de eficacia y eficiencia ya que el cartel es inexacto y esto conduce a error a los oferentes en cuanto a no aportar certificados de calidad de materiales, debiendo haber aplicado el principio de conservación de las ofertas. Finalmente señala que posteriormente está estableciendo la Administración requisitos que no correspondía a la etapa de evaluación de ofertas, sino a la de ejecución contractual pues debía cumplirlos únicamente el adjudicatario. **Criterio del Despacho:** Como consideración de primer orden debe señalarse que el recurso gira en torno a dos argumentos principales, uno referido directamente a lo que solicita el cartel respecto a la calidad del material de cara a lo actuado por la Administración, y el segundo se refiere a la forma estipulada en el cartel de cómo debía de acreditarse la experiencia. Así las cosas, tenemos que el cartel estipulaba como requisitos de admisibilidad presentar documentación que respaldara su experiencia en este tipo de negocio, señalando expresamente que la simple declaración jurada no se tomaría como acreditación de la misma (ver hecho probado 2). Sobre el particular este Despacho tiene por acreditado que tanto la empresa adjudicataria como la apelante aportaron junto con sus respectivas ofertas una serie de documentos que comprueban la experiencia que poseen (ver hechos probados 3 y 4).

Contrariamente, a la empresa Urbanizadora Navarro se le achaca un incumplimiento en la presentación de documento que acredite su experiencia y por lo tanto no sobrepasa el análisis del cumplimiento cartelario señalado (ver hecho probado 5). Por otra parte, la Administración determinó que la apelante no cumplía con los requisitos técnicos solicitados por el cartel y por lo tanto fue excluida al igual que las restantes ocho ofertas presentadas (ver hecho probado 9) y por lo tanto, la única oferta que cumplía en principio con lo dispuesto en el cartel era la adjudicataria. Expuesto lo anterior, es importante destacar que el cartel dispone como “Información técnica” una serie de características de la piedra, tales como contextura y dimensiones, y a su vez indica que la calidad de ésta deberá ser aceptada previamente por el INCOFER. Posteriormente, el cartel en un apartado denominado “CALIFICACIÓN DE OFERTAS” señala que las ofertas se estudiarán y seleccionarán con base en la obtención de productos de primera calidad y recibir garantía de que el adjudicatario cuente con la experiencia y soporte técnico suficiente y de seguido señala que toda oferta que incumpla con las características técnica será descalificada y que el elemento a tomar en cuenta para la calificación final será el precio, al cual se le concede la totalidad de la puntuación (ver hecho probado 2). Al respecto vale señalar que se está en presencia de una redacción o estipulación cartelaria desacertada, en la medida en que mezcla aspectos de admisibilidad y evaluación sin una diferenciación clara en cuanto al tratamiento de cada uno. Este tipo de redacción desfavorece una adecuación del cartel a la voluntad administrativa en la medida en que no se estipulan cláusulas que definan con precisión lo que desea específicamente la Administración y se limita a señalar frases generales, de poco contenido y de muy amplia interpretación, que dejan ver un deseo por parte de la Administración de adquirir los productos de mejor calidad, con un adjudicatario que cuente con la experiencia pero no brinda mayor información de cómo pretende asegurar tales requisitos, por lo que el contenido de tales cláusulas se transforma en simples intenciones. Si bien es cierto la Administración manifestó que es su obligación solicitar garantía de requisitos técnicos, visto el cartel se tiene que los requisitos técnicos se limitan a características del producto, por lo que si era realmente importante determinar la calidad del producto antes de adjudicarlo, debió haberlo estipulado expresamente en el cartel, tal y como lo hizo con la experiencia. Para acreditar la experiencia se plasmó un requisito claramente exigido y su incumplimiento conllevaba a la exclusión y no sobrepasar el análisis de admisibilidad, por lo que así debió haber sido manejado el tema de la calidad y soporte técnico y la forma de garantizarlo. Sin embargo, la Administración entiende que en el cartel se solicita certificación de calidad, a pesar de

que de su literalidad no es posible derivar tal requerimiento. Así lo manifestó al concedérsele audiencia, sin embargo, existe imposibilidad de efectuar una interpretación tan extensiva, desprendiendo requisitos en donde no los hay y exigiendo así una certificación. No es de recibo la justificación que brinda el INCOFER de que aunque específicamente no se hubiera indicado en el cartel tal certificación la práctica usual obliga a contar con los certificados de calidad de los productos y entregarle a sus potenciales clientes los certificados. Precisamente, por ser potenciales clientes y si verdaderamente la intención de la Administración era la determinación de la calidad del producto a priori, debió haberlo consignado así en el cartel y no apelar a las costumbres, ya que incluso pondría a los oferentes en un plano de desigualdad, dependiendo el cumplimiento de los requisitos obligatorios de su extenso o escaso conocimiento en el giro comercial y otorgando ventajas indebidas a unas empresas respecto a otras, al no poderse partir de que todas poseen un conocimiento estándar en la materia. Y es por ello que precisamente, el cartel indefectiblemente debe contener todas aquellas consideraciones técnicas, legales y financieras que la Administración en aplicación de su discrecionalidad, considera son las más aptas para satisfacer la necesidad pretendida y no dejar elementos esenciales, a una interpretación abierta producto de una redacción inadecuada y dando por sentado un supuesto conocimiento al respecto. El numeral 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que el cartel *“Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar”*. Asimismo, el artículo 52 referido al contenido de éste señala que *“el cartel de la licitación deberá contener al menos lo siguiente: / (...) j) Indicación precisa, de los documentos que se deberán aportar para la evaluación de la idoneidad del oferente en aspectos económicos, técnicos u otros.”* (El subrayado no corresponde al original). Como es evidente, la citada norma reglamentaria dispone un mínimo en cuanto a los aspectos que deberá contener el cartel, encontrándose entre ellos, cualquier documento solicitado por la Administración. Así las cosas, no es procedente solicitar documentación para respaldar o acreditar la idoneidad en aspectos técnicos si no fueron contemplados expresamente en el pliego cartelario. Al respecto esta Contraloría General ha indicado que *“El cartel debe ser un instrumento idóneo, dirigido a dejar claramente establecidas las obligaciones y los derechos de las partes; precisa este reglamento las reglas bajo las cuales se desarrollará el concurso, no pudiendo ser ambiguo u oscuro. Sus normas, todas, deben poseer sobrado sustento técnico y legal. Un buen cartel potencia, precisamente, la presentación de buenas ofertas a su vez; en cambio, aquel cartel que se consolide con problemas de*

redacción, incongruencia..., entre otras debilidades posibles de citar, lo que provocaría, más bien, es la imposibilidad de concluir felizmente un proceso de contratación” (R-DCA-036-2006). Es importante destacar el hecho que la Administración respecto a la experiencia efectivamente dispuso la forma de acreditarla – no pudiendo ser la simple declaración jurada- (ver hecho probado 2), y fue categórica al disponer tal requisito, tan es así que excluye a la empresa Urbanizadora Navarro, entre otras, por ser omisa en cuanto a aportar tales documentos (ver hecho probado 5). Así que no es factible justificar una indeterminación cartelaria, en la medida en que para la Administración revistió importancia la experiencia y estipuló la forma de acreditarla, incluso señaló la documentación que no sería tomada en consideración a efectos de verificarla, por lo que debió haberlo hecho de la misma forma respecto a la calidad del producto, la cual, lamentablemente, no fue determinada en cuanto a forma, medios y órganos competentes para emitir la documentación correspondiente. Así las cosas, es desacertado partir que el adjudicatario efectivamente cumplió con la norma cartelaria, al ser esta indeterminada en cuanto a la forma y medio para acreditar la calidad y el respaldo, y no señala en ningún momento que debía ser mediante certificación, ni el ente o institución que debía emitirlo, ni los requisitos de dicho documento. Resulta esencial para el caso concreto, citar lo ya resuelto por este Despacho en resolución R-DJ-005-2009 respecto a un requisito de cumplimiento obligatorio, al disponer que “...a pesar de que resulta entendible dicho requerimiento para efectos de servir como insumo dentro del intento por asegurar la calidad y eficacia del producto, con la literalidad de la redacción de dicha cláusula el requisito se dejó sumamente abierto. Lo anterior, por cuanto no se definió claramente: a) la forma en la que debía acreditarse el consumo mínimo anual en el país de origen, es decir, no se definió el documento idóneo con el cual se demostraba el cumplimiento de dicho requisito (verbigracia: certificación, simple enunciación, documento notarial, entre otros); y b) la persona idónea para garantizar el consumo mínimo en el país de origen del laboratorio fabricante; es decir le ente emisor idóneo para suscribir el documento que comprobara el consumo (verbigracia: Ministerio de Salud del país de origen del laboratorio, cualquier entidad de salud reconocida a nivel mundial, el laboratorio de origen del producto, entre otros) ...”. (El subrayado no corresponde al original). Respecto al argumento coincidente entre la Administración y el adjudicatario de que el apelante no aporta prueba para rebatir la certificación aportada por el adjudicatario, lo cierto es que el punto esencial del recurso no es el hecho de que la certificación aportada por el adjudicatario sea o no válida, sino que si efectivamente el cartel pedía tal certificación o no. En razón de ello, este Despacho no entra a

conocer los argumentos esgrimidos por el apelante en contra de tal documentación, ni a referirse a la respuesta del adjudicatario junto con su prueba de descargo, ya que a todas luces ese no es el punto principal del recurso, el cual debe circunscribirse a si efectivamente el proceder administrativo se ajusta al cartel y no si el adjudicatario cumplió o no aportando una certificación adecuada, ya que tan siquiera se tiene un punto de partida para determinar la validez de la documentación aportada para tal efecto al no consignarse en el pliego cartelario, como ya se ha expuesto, tal requisito, ni la forma, medio y persona idónea para emitirlo. Así las cosas es irrelevante específicamente para la resolución del recurso, que el certificado presentado garantice el soporte técnico solicitado o la falta de prueba que desacredite la validez del documento expedido por una institución acreditada por el ECA. Lo anterior por cuanto este Despacho no avala una redacción tan indeterminada como la dispuesta en el cartel en los puntos a y b de la cláusula 10.1; se insiste en que si la Administración pretendía la presentación de una certificación, así debió de establecerse expresamente en el pliego cartelario a efectos de dar claridad y estipular previamente las reglas y términos de la licitación e incluso, otorgar la posibilidad a los posibles oferentes de conocer tales disposiciones del cartel y eventualmente objetar los requisitos o cualquier otra disposición relacionada. Por otra parte, respecto al alegato expuesto acerca de la falta de legitimación que ostenta la apelante, el cual fue abordado por el adjudicatario, por la empresa Constructora Navarro y por la propia Administración resulta tener claro que como otro incumplimiento achacado a Constructora Navarro –más allá de la falta de entrega de certificado de calidad-, se encuentra el incumplimiento de la presentación de documentos que acreditaran su experiencia, aspecto que cobra trascendencia para los efectos de esta resolución. Sobre el particular, se tiene que la Administración es clara al imputarle la falta de presentar el detalle de experiencia (ver hecho probado 5). Aunado a ello en el análisis final de las ofertas se estipula que no presenta detalle de experiencia. A pesar de que las partes anteriormente citadas, mantienen una línea común en su argumentación alegando en términos generales que es el mismo incumplimiento el de Quebradores Pedregal y Urbanizadora Navarro, lo cierto es que el apelante junto con su oferta aporta la documentación de experiencia (hecho probado 3), en tanto que Constructora Navarro es en una etapa posterior a la apertura de ofertas que aporta la documentación requerida para demostrar su experiencia (ver hecho probado 6). El tema en este sentido es determinar si valorar dicha documentación es procedente a efectos de admitirla para su evaluación y en este caso, de conformidad con lo alegado por las partes, procedería a correr el sistema de evaluación y adjudicar

a la oferta de mejor precio, siendo efectivamente Urbanizadora Navarro la de más bajo precio (ver hecho probado⁷). Para que proceda la subsanación debe estarse a lo estipulado en el numeral 80 del RLCA que se refiere a la corrección de aspectos subsanables o insustanciales y señala que “*se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación de los elementos esenciales de la oferta...o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida*”. Lo anterior mantiene estricta relación con el artículo 81 del mismo cuerpo reglamentario que establece como elementos subsanables “*i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta...*”. Así las cosas, debe determinarse si la experiencia se encontraba referenciada desde la misma oferta para resultar subsanable a efectos de no otorgar ninguna ventaja indebida respecto a otros oferentes. Vista la oferta que presenta Urbanizadora Navarro, se observa que únicamente, en relación con el tema que se analiza, manifiestan lo siguiente: “*contamos con la experiencia necesaria...para cumplir con el objeto contractual*”. En dicha manifestación no hacen señalamientos de su experiencia en proyectos o con personas concretas, ni aportan alguna lista de clientes o trabajos realizados, sea, en la oferta no se enlistan, no se señalan los trabajos realizados. Así, se limita a señalar que cuentan con la experiencia pero son omisos en brindar información y tan siquiera hacen señalamiento de ella en su oferta. De lo manifestado por la empresa, considera este Despacho, que no se puede derivar ni mucho menos acreditar que esté haciendo referencia a experiencia alguna, al no suministrar ningún dato particular de ella en su oferta, por lo que se no estima que la presentación de los documentos puedan ser solicitados para cumplir a cabalidad con su demostración. Al respecto, este Despacho en resolución R-DJ-036-2009, señaló que “*... esta Contraloría General no puede aceptar que con una simple manifestación de entendemos y aceptamos y cumplimos, no es suficiente para tener como hecho histórico que la empresa cumple el requisito sino que tiene que aportar documentos que demuestren esa experiencia o al menos referenciarlo en la oferta, indicándose a que institución o empresa le desarrolló tales sistemas que cumplan con los requisitos*”. Así, es claro que la empresa Urbanizadora Navarro aportó elementos que no fueron referenciados en su oferta, por lo que tampoco puede alegarse que se está ante un hecho histórico y por lo tanto, que sea un elemento subsanable. Bajo esta línea de argumentación esta Contraloría General en resolución R-DCA-075-2007 señaló acerca de la posibilidad de subsanación que “*... en el caso que se analiza no es posible aplicar el “hecho histórico” ya que, para ello, la referencia esencial debe quedar consignada*

desde la oferta...De la lectura integral de la resolución que se comenta y considerando lo resuelto, se tiene que para aplicar la figura del hecho histórico, debe haber una referencia de los hechos en la oferta, de modo que no quede a disposición de los oferentes introducir datos con posterioridad a la apertura de las propuestas, momento en el cual ya se conocen los detalles que presentan las plicas de los demás participantes. De permitirse agregar hechos o datos no referenciados en la oferta, se podría otorgar una ventaja indebida a favor de quien así lo hiciera, con abierta violación al principio de igualdad, pilar fundamental de la contratación administrativa.” Así las cosas, al no haber sido referenciada desde la oferta la experiencia por parte de Urbanizadora Navarro respecto a su experiencia, al no estar situados en el supuesto de un hecho histórico, y no pudiendo así ser subsanable la no presentación de documentos que la acreditaran, la oferta de dicha empresa resulta inadmisibles y por lo tanto no podría ser evaluada en un estadio posterior, ya que una norma particular del cartel exigía tal acreditación por parte del oferente, por lo tanto, independientemente de se declarara con lugar o sin lugar el fondo del asunto respecto a la certificación de calidad que exige la administración posteriormente, la empresa citada no sobrepasaría el análisis de admisibilidad y se vería imposibilitada a resultar adjudicataria, y en ese sentido la apelante ostenta un mejor derecho derivado del análisis de las ofertas económicas al ocupar el segundo lugar en precio luego de Urbanizadora Navarro (ver hecho probado 7). En razón de lo expuesto se concluye que al ostentar el recurrente legitimación para recurrir, se impone declarar con lugar el recurso, debiéndose anular el acto de adjudicación, no pudiendo contemplar para el análisis de admisibilidad, la exigencia de un certificado de calidad, al no ser éste solicitado en el cartel. Como consideración de oficio, y ante la manifestación de la entidad licitante acerca de la importancia del tema de la calidad del producto a adquirir, debe esa Administración verificar que el producto que se le entregue cumpla en su totalidad con los requerimientos técnicos señalados en el cartel, para lo cual deberá establecer las medidas de control necesarias y oportunas. -----

POR TANTO

De conformidad con las consideraciones expuestas y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 84, 85, 88 y 89 de la Ley de Contratación Administrativa; 80, 81, 174, 175, 176, 177 del Reglamento de Contratación Administrativa, **se resuelve: 1) Declarar con lugar el recurso de apelación** interpuesto por la empresa **Quebradores Pedregal Sociedad Anónima** en contra del acto de adjudicación de la licitación pública número 2010LN-000001-01 promovida por el Instituto Costarricense de Ferrocarriles (INCOFER) para la compra de 10.000 metros

cúbicos de piedra tipo balasto, para la vía férrea, acto el cual se anula. Se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Oscar Castro Ulloa
Gerente Asociado a.i

Estudio y redacción: María Jesús Induni Vizcaíno

MJIV/fjm

NN: 08048 (DJ-3328-2010)
NI: 11745, 11980, 13370, 13538, 13715, 13722
G: 2010001581-2