

R-DCA-613-2012

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa

San José, a las diez horas del veintidós de noviembre de dos mil doce.-----

Recurso de apelación interpuesto por el ingeniero **Constancio Umaña Arroyo**, en contra del acto de adjudicación de la **Contratación Directa Concursada**, promovida por la Junta de Educación Escuela Fraijanes Sabanilla de Alajuela, para “*Construcción de la primera etapa: obra nueva: pabellón 1, (1 administración 72m2, 6 aulas académicas 72m2), pabellón 2(1 comedor 72m2, 1 aula de cómputo 72m2,1 BSS 72m2), pabellón 3(1 módulo de aulas atención especial 144m2, 2 aula de pre- escolar)*” acto recaído a favor de **Construcciones y Edificaciones CBC, S.A.** por un monto de **¢379.932.070,39**.-----

RESULTANDO

I.- Que la apelante señala que su oferta ocupó el quinto lugar en la tabla de evaluación. Sea que se presentaron nueve ofertas de las cuales dos fueron descalificadas y entre siete restantes todas cumplen con requisitos técnicos y legales. Obtuvieron esas ofertas su respectivo lugar en la comparación de ofertas, en razón del precio ofrecido, el cual se convirtió en el único rubro a calificar y que definía la adjudicación. Señala en contra de las cuatro ofertas que obtuvieron mejores lugares que ella, que están morosas con el pago de impuestos municipales o bien que adolecen de patente municipal a la apertura de ofertas.-----

II.- Que mediante auto de las once horas del doce de noviembre de dos mil doce, esta División solicitó el expediente administrativo al Departamento de Construcciones (DIEE).-----

III.- Que mediante oficio DIEE-DC-0628-2012, de 12 de noviembre de 2012, y recibido el 13 del mismo mes en esta División, la Administración licitante remitió el expediente solicitado. -----

IV.- Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley, habiéndose observado durante su trámite las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I.- HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Junta de Educación de la Escuela de Fraijanes a través de la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo (DIEE) del Ministerio de Educación Pública promovió la Contratación Directa Concursada para “Construcción de la primera etapa obra nueva: pabellón 1, (1 administración 72m2, 6 aulas académicas 72m2), pabellón 2 (1 comedor 72m2, 1 aula de cómputo 72m2,1 BSS 72m2), pabellón 3 (1 módulo de aulas atención especial 144m2, 2 aula de pre- escolar)” (Folio 148 y siguientes del expediente administrativo). **2)** Que participaron en el concurso las firmas Hermanos Porras CHP S.A. Torres e Ingenieros S.A.

Constructora Sánchez Vargas S.A, Ingeniero Constancio Umaña, Construcciones Peñaranda S.A, Construcciones C.B.C S.A., Almóvar S.A. Inmobiliaria Bases Sólidas, Construtica Ltda.(Ver Acta de Apertura a folio 832 del expediente administrativo) **3)** Que resultó adjudicada la empresa Construcciones y Edificaciones CBC, S.A. (folio 958 y siguientes del expediente administrativo) **4)** Que el cartel del concurso, según folios todos del expediente administrativo, solicita en lo que interesa: Presupuesto estimado: ₡453.098.807,23 (folio 112). Se deberán presentar las siguientes declaraciones juradas: * Estar al día en el pago de las obligaciones relativas al régimen de impuestos nacionales a que hace referencia el artículo 65 inciso a) del Reglamento a la ley de Contratación Administrativa. (folio 105 del expediente administrativo). Estudio y adjudicación: Se adjudicará la oferta que cumpliendo con todos los requisitos establecidos en este cartel presente el mejor precio (folio 100 del expediente administrativo). **5)** Que en la oferta de la compañía “Constructora Sánchez Vargas Sociedad Anónima” se lee en lo que interesa: Yo, Adoniram Josué Vargas Sánchez, mayor (...) vecino de Barrio Rincón de Salas de Grecia, del Templo Católico 1 kilómetro al norte, mano izquierda, con cédula de identidad número uno- ochocientos cuarenta y cuatro, seiscientos ochenta y siete (...) como apoderado generalísimo sin límite de suma según personería adjunta y en representación de la Empresa “ CONSTRUCTORA SÁNCHEZ VARGAS SOCIEDAD ANÓNIMA” con cédula jurídica número tres- ciento uno- cuatrocientos setenta y un mil trescientos siete (...) y con domicilio en Santa Bárbara de Heredia, trescientos metros oeste de la Escuela Nueva Esperanza, mano derecha... (Folio 325 del expediente administrativo). La Certificación del Registro Nacional RNPDIGITAL-335480-2012 dice en relación con la empresa Constructora Sánchez Vargas S.A. Domicilio: San José- Tibás, Cuatro Reinas...(folio 312 del expediente administrativo) **6)** Que en la oferta del ingeniero Constancio Umaña Arroyo declara bajo fe de juramento: Que nos encontramos al día en las obligaciones relativas al régimen de impuestos a que se refiere el Artículo 65 de la Ley N°3173 del 13 de agosto de 1963 (Impuesto de la Renta e Impuesto Territorial) para el caso de empresas de Costa Rica. (Folio 381 del expediente administrativo) Que en relación con el monto de la oferta este es de ₡457.965.927,42 (folio 419 del expediente administrativo) **7)** Que en la declaración jurada de la firma Construcciones y Edificaciones CBC, S.A. se dice : “ El suscrito Dudley López Uribe, mayor....en mi calidad de representante legal de Construcciones y Edificaciones CBC, S.A. cédula jurídica 3-101-394818-00 declaro bajo fe de juramento que no tengo ningún impedimento ...Artículo 65 de la Ley de Contratación Administrativa (folio 570 del expediente administrativo). El suscrito (...) representante legal de la empresa Construcciones y Edificaciones CBC, S.A. cédula jurídica número

3-101-394818-00, domiciliada en San Joaquín de Flores Heredia... (Folio 573 del expediente administrativo). **8)** Que la firma Constructora Almóvar del Valle del General Sociedad Anónima, cédula jurídica 3-101-569204 domiciliada en San José, Pérez Zeledón, San Isidro... (Folio 627 del expediente administrativo) **9)** Que en la oferta la firma Construtica Diseño y Construcción Ltda., se dice en lo que interesa: La compañía Construtica Diseño y Construcción Ltda., está domiciliada en Alajuela. Grecia... (Folio 791 vuelto del expediente administrativo) **10)** Que en el oficio DIEE-DC-AT-266-2012 de 3 de octubre (con base en el oficio DIEE-DC-AT-258-2012) se recomienda adjudicar a Construcciones y Edificaciones CBC, S.A por cumplir con totalidad de requisitos técnicos (folio 931 del expediente administrativo). En el oficio DIEE-DC-AF-0269-2012 se recomienda la adjudicación porque cumple financieramente. (Folio 936 expediente administrativo) En el oficio DIEE-DC-AL-551-2012 se hace análisis legal (folio 861 del expediente administrativo) Que en el análisis integral (DIEE-DC-AL-670-2012) se recomienda a Construcciones y Edificaciones CBC, S.A (folio 941 del expediente administrativo) por cumplir con la totalidad de los requisitos legales, técnicos y financieros y ofertar el precio más bajo de ₡379.932.070,39 (folio 940 del expediente administrativo). **11)** Que en el cuadro comparativo de ofertas que se hace por precio aparecen en orden de prelación: 1) Construcciones y Edificaciones CBC, S.A con (variación porcentual del precio en relación al presupuesto referencial) -16.04%; Constructora Alombar del Valle del General Sociedad Anónima -8,41%, Constructora Sánchez Vargas S.A -5,47%, Construtica, Diseño y Construcción Ltda. -2,84% e Ingeniero Constancio Umaña Arroyo 1,20% (folio 870 del expediente administrativo).-----

II.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN. De conformidad con el numeral 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), y 178 de su Reglamento (RLCA), esta Contraloría General cuenta con un plazo de 10 días hábiles para dar trámite o rechazar el recurso de apelación. Asimismo, el numeral 180 del RLCA, señalan entre otros supuestos para proceder al rechazo de plano por improcedencia manifiesta de un recurso de apelación, el hecho de que el recurrente no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso o que la acción recursiva se presente sin la fundamentación debida, entre otros. En el caso particular, se tiene que el estudio integral que analiza a su vez los estudios técnico, legal y financiero recomienda adjudicar a la firma Construcciones y Edificaciones CBC, S.A (DIEE-DC-AL-670-2012) por cumplir con todos los requisitos del cartel y ser la de mejor precio (hecho probado 10). La apelante en su acción recursiva manifiesta que cumple con todos los requisitos del cartel y que si bien ocupa el quinto lugar, fue por el factor precio (hecho probado 11). Además añade que las cuatro ofertas que ocupan en la tabla de evaluación mejor lugar

que ella, todas incumplen con el pago de impuestos municipales, sea están morosas o adolecen de patente municipal. De frente a esto, en esta etapa de admisibilidad, lo que cabe es valorar los argumentos y prueba traída a colación por el apelante de frente a lo manifestado por los oferentes que obtuvieron mejor lugar que esta firma en la comparación de ofertas, donde el único factor determinante era el precio, una vez comprobado que cumplían con las regulaciones legales, técnicas y financieras del cartel. (hechos probados 4 y 11). Analizados los mejores lugares, el recurrente debía probar, en este orden, que Constructica Diseño y Construcción Ltda., Constructora Sánchez Vargas S.A., Constructora Almóvar del Valle del General Sociedad Anónima, y la firma Construcciones y Edificaciones CBC, S.A. tienen un incumplimiento de una trascendencia tal que genere la exclusión de estas ofertas, para poder alzarse este apelante con una readjudicación del concurso. En el caso de Constructica Diseño y Construcción Ltda., dicha compañía aparece domiciliada en Grecia, Alajuela (hecho probado 9). Sobre este particular el apelante presenta con su recurso una copia de una constancia extendida por la Municipalidad de Grecia que dice que la compañía Constructica Diseño y Construcción Ltda., no se encuentra al día en el pago de tributos municipales (folio 13 del expediente de apelación). Sobre este particular, el alegato del recurrente dice que dicha firma declara que se encuentra al día en el pago de todos los impuestos, no obstante al día de la recepción de ofertas, que data del 30 de agosto de 2012, no se encuentra al día en el pago de tributos en la Municipalidad de Grecia. En segundo término y con el ánimo de desvirtuar el lugar ocupado por Constructora Sánchez Vargas S.A, le indilga que no posee patente municipal en Grecia. En este orden de cosas, dicha firma aparece con domicilio según su oferta en Santa Bárbara de Heredia, trescientos metros oeste de la Escuela Nueva Esperanza, y según certificación registral con domicilio en San José, Tibás (hecho probado 5). En relación con esta oferta, el recurrente manifiesta que dicha compañía no aparece registrada en la Municipalidad de Grecia con patente comercial para el desarrollo de la actividad de ingeniería y construcción. Al respecto presenta como prueba una constancia de la Municipalidad de Grecia en donde se manifiesta que la Constructora Sánchez Vargas S.A, no es contribuyente por concepto de tributos municipales (folio 12 del expediente de apelación). En relación con la debida fundamentación y probanza que debe demostrar el apelante, de modo que logre llevar al convencimiento que las ofertas no cumplen, esto no se logra con este tercer lugar porque la compañía Constructora Sánchez Vargas S.A, nunca declaró ni hay fundamentación alguna que nos lleve a afirmar que dicha compañía debía tener patente en Grecia, ya que su domicilio nunca fue declarado ni probado que fuera Grecia. Debe tomarse en cuenta que en la oferta la adjudicataria indica como lugar de domicilio, San Juan de Santa Bárbara

de Heredia, y en la certificación del registro sobre datos de la empresa, indica Tibás, por lo que no hay coincidencia entre estos últimos lugares y la certificación presentada por la apelante como prueba. Consideramos que el apelante eventualmente confundió el domicilio del representante legal de la compañía con el domicilio de ésta última, por lo tanto la prueba traída a colación debe desestimarse y en consecuencia no logra el apelante lograr un mejor lugar. En cuanto a la falta de fundamentación que notamos en el recurso de estudio, este Despacho en la resolución R-DCA-123-2010 de las 11 horas del once de noviembre de dos mil diez, manifestó: “ *En el mismo sentido, en la resolución N° R-DCA-471- 2007 del 19 de octubre del 2007, en lo que interesa, indicó: “**Falta de fundamentación:** El mismo artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa señala como improcedente en forma manifiesta aquel recurso que no se presente con la fundamentación requerida por el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa. 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 este mismo orden de cosas en la resolución R-DCA-088-2010 de las 9 horas del veintiséis de octubre de dos mil diez, se cita en lo que interesa: “[...] en resolución R-DCA-334-2007 de las nueve horas del catorce de agosto dos mil siete, donde señaló: “... es pertinente señalar que en otras oportunidades esta Contraloría General se ha referido a la relevancia que tiene el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa (incluso antes de la reforma mediante Ley No. 8511), en la medida que la carga de la prueba la tiene la parte apelante (véase entre otras la resolución No. RC-784-2002), en el tanto pretende desvirtuar el acto de adjudicación que se presume válido y ajustado al ordenamiento. Sobre este tema de eminente carácter procesal señala Falcón que: “...la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y actividad adecuadamente para que demuestren los hechos que le corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en los procesos dispositivos como elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante” (Falcón, Enrique, *Tratado de la Prueba*, Buenos Aires, Astrea, 2003, Tomo I, p.247). De esa forma, no basta la construcción de la legitimación para el ejercicio recursivo, sino que –en lo pertinente- todos los alegatos deben contar con la respectiva fundamentación, sea en prueba visible en el expediente administrativo; o bien, aportando criterios técnicos en contra de las valoraciones técnicas de la Administración o simplemente demostrando técnicamente los argumentos de índole técnica que se expongan en el recurso. Desde luego, la prueba aportada debe resultar también idónea para demostrar los alegatos, de tal suerte que no basta con traer

pruebas a conocimiento de la Contraloría General con la interposición del recurso, sino que necesariamente la prueba debe contar con los elementos mínimos para desvirtuar un criterio, o bien, para apoyar una determinada afirmación.” En el caso particular no se cumple ni con la necesaria fundamentación ni se demuestra el vicio achacado, lo cual hace que este extremo del recurso deba ser rechazado. Aunado a lo anterior, tampoco la fundamentación en contra de los cuatro lugares delante del apelante es sólida, en el sentido que no hace constar que las patentes a que hace alusión sean necesarias para la actividad que realiza, tampoco que se necesiten para el lugar donde se despliega la actividad. En todo caso, en el tema de la posibilidad de subsanar y ponerse al día en el pago de impuestos nacionales, y en ese sentido esta División ha dicho en la R-DCA-185-2012 de las 10 horas del 18 de abril de 2012: *“(…) este Despacho es del criterio que el hecho que una empresa licitante se encuentre morosa en el pago de impuestos nacionales no implica per se la inmediata y automática descalificación del concurso de una oferta que presenta dicha situación. Tal circunstancia, sea, estar moroso en el pago de impuestos nacionales, trae como consecuencia directa que el contenido de la declaración jurada presentada junto con la oferta no pueda ser tomado como válido en razón de la morosidad presentada. Es decir, si una empresa se encuentra morosa en el pago de impuestos nacionales y rinde una declaración jurada en la cual manifiesta que se encuentra al día con dicha obligación, lo cierto es que dicho documento, en su contenido, no puede ser aceptado para el cumplimiento del requisito estipulado en el mencionado artículo 65 del RLCA. No obstante, en razón del instituto de la subsanación, derivado del principio de eficiencia que orienta a la conservación de ofertas, de previo a una descalificación, debe verificarse si el oferente a quien se alega dicho incumplimiento procedió a realizar los pagos debidos, sea ponerse al día en sus obligaciones tributarias, en el momento procesal oportuno.”* En este mismo orden de cosas se manifestó en la resolución R-DCA-213-2012 de las 11 horas del 3 de mayo de 2012: *“Finalmente, debe indicarse que a criterio de este órgano contralor, el momento procesal oportuno para subsanar la presentación en forma correcta del requisito establecido en el inciso a) del artículo 65 del RLCA, es hasta antes de que adquiera firmeza el acto de adjudicación, en el dado caso que se trate de un contrato en ejecución, la subsanación deberá efectuarse en el momento en que dicha situación sea advertida”.* Así las cosas, se llega a concluir que el recurso se presentó sin la fundamentación debida, no llegando el apelante a demostrar su mejor derecho a una eventual readjudicación, lo que impone el rechazo de plano del recurso, todo con fundamento en lo dispuesto en el artículo 180 del RLCA que dice: *“El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del*

procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos: / a) Cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo. / b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso [...] d) Cuando el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa.” Algunas apreciaciones sobre el caso, no se entran a conocer por no proceder, de acuerdo a que el apelante no logra probar su mejor derecho sobre las firmas que lo anteceden. De conformidad con lo señalado en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros extremos del recurso por carecer de interés práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 177 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1.) Rechazar de plano por improcedencia manifiesta**, el recurso de apelación interpuesto por el ingeniero **Constancio Umaña Arroyo**, en contra del acto de adjudicación de la **Contratación Directa Concursada**, promovida por la Junta de Educación Escuela Fraijanes Sabanilla de Alajuela, para “*Construcción de la primera etapa: obra nueva: pabellón 1, (1 administración 72m2, 6 aulas académicas 72m2), pabellón 2(1 comedor 72m2, 1 aula de cómputo 72m2,1 BSS 72m2), pabellón 3(1 módulo de aulas atención especial 144m2, 2 aula de pre-escolar)* acto recaído a favor de **Construcciones y Edificaciones CBC, S.A.** por un monto de **¢379.932.070,39. ACTO EL CUAL SE CONFIRMA.** -----
NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División.

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

BMC/yhg
NN: 12642 (DCA-2810-2012)
NI: 23172, 23384, 23519, 23823.
Ci: Archivo central
G: 2012003027-1