

R-DCA-273-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas con cuarenta y cinco minutos del treinta y uno de marzo del dos mil dieciséis. -----

Recurso de apelación interpuesto por **Harold Céspedes Cortés**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA 2015LA-000098-02**, promovida por el **INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL -INDER-**, para la contratación de los servicios de construcción de infraestructura alimentaria en el Colegio Técnico Profesional de la Suiza de Turrialba, acto recaído a favor del **Consorcio Reynen Chaves- Chaves Pérez Ingeniería**, por un monto de **¢211.233.410,00** (doscientos once millones doscientos treinta y tres mil cuatrocientos diez colones exactos).-----

RESULTANDO

I. Que el señor Harold Céspedes Cortés, presentó en fecha 04 de febrero del 2016, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Abreviada N° 2015LA-000098-02, promovida por el INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL -INDER-, para la contratación de los servicios de construcción de infraestructura alimentaria en el Colegio Técnico Profesional de la Suiza de Turrialba, acto recaído a favor del Consorcio Reynen Chaves- Chaves Pérez Ingeniería, por un monto de ¢211.233.410,00.-----

II. Que mediante auto del 05 de febrero de 2016, esta División solicitó al INDER el expediente administrativo de la mencionada licitación, a efectos de proceder con el estudio de admisibilidad del recurso, el cual fue atendido por parte de la Administración mediante oficio ACS-070-2016 del 08 de febrero del 2016.-----

III. Que mediante auto del 11 de febrero del 2016, esta División admitió para su estudio el recurso interpuesto, y otorgó audiencia inicial a la Administración y adjudicataria para que se refirieran a los alegatos expuestos en el recurso de apelación presentado. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos agregados al expediente de apelación.-----

IV. Que mediante auto del 24 de febrero del 2016, este Despacho concedió audiencia especial por el plazo de tres días hábiles al apelante, a efectos que se refiriera a las argumentaciones que en contra de su oferta se realizaron al momento de contestar la audiencia inicial, la cual fue debidamente atendida y consta en el expediente de apelación. -----

V. Que mediante auto del 15 de marzo del 2016, se brindó audiencia final a las partes para que formularan las conclusiones sobre el fondo del asunto, la cual fue atendida mediante documentos agregados al expediente de apelación.-----

VI. Que en la presente resolución se han observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente caso se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que según la metodología de evaluación aplicada por la Administración se tiene que la oferta N° 1 Consorcio Reynen Chaves- Chaves Pérez Ingeniería, ofreció un precio de ¢211.233.410,00 correspondiente a una puntuación de 70%, un plazo ofertado de 190 que corresponde a 10% y para obras ejecutadas entendido como experiencia obtiene un puntaje de 0%, con lo cual tiene una puntuación total de 80% y con ello ocupa el primer lugar. En el caso de la oferta N° 2 AMQ Ingeniería S.A. se indica que excede en precio a la oferta mejor ponderada en un 44,18% (¢304.566.555,78), por lo que no se le corrió la evaluación. En el caso de la oferta N° 3 Ing. Harold Céspedes Cortés ofertó el monto de ¢251.957.294,57 que corresponde a una puntuación de 58,69%, y un plazo de 190 correspondiente a 10%, y por último en cuanto a las obras ejecutadas obtiene una puntuación de 0% con lo cual su calificación total corresponde a 68,69% ocupando el segundo lugar (ver folios 367 al 372 del expediente de contratación). **2)** Que en cuanto a la experiencia valorada al recurrente, se indica por parte de la Administración que "*El oferente no presenta obras que se adecúen a los términos de experiencia requeridos*" de manera que obtiene una puntuación de 0 (...)" (ver folio 372 del expediente de apelación.) **3)** Que esa Administración emitió el oficio DAJ-L-049-2016 del 18 de febrero del 2016, mediante el cual se exponen puntualmente las razones por las cuales considera que cada una de las experiencias señaladas por el recurrente no pueden ser aceptadas como la experiencia solicitada en el cartel de la presente licitación, siendo que se indica: **1.-** Frente al Hotel Hilton Puntarenas, al respecto señala que en el tipo de obra se pone Edificio Comercial y en la descripción del proyecto se indica literalmente edificio de uso comercial y además consiste en un establecimiento que tiene un restaurante, área de juegos, supermercado, bar deportivo y otros locales comerciales, con lo cual señala que no es tanto un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado y no es aceptable. **2.-** 200 m este Restaurante Oasis en Esparza. Nuevamente el tipo

de obra es local comercial y consiste en una ferretería, con lo cual no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado y no es aceptable. **3.-** 400 Norte del Parque Pérez, Esparza, siendo un tipo de obra Local Comercial, cuya descripción es bodega de llantas para vender, no es una bodega anexa a una industria ni que se utilice para guardar herramientas o producto de la industria sino que es una bodega comercial y no es aceptable. **4.-** Frente al Almacén Esparza, corresponde a un tipo de obra Edificio comercial y su descripción según el propio apelante es “edificio de uso comercial de dos pisos...” que consta de oficinas y locales de alquiler, con lo cual se tiene que nuevamente el apelante trata de inducir a error al hacer ver que al haber una distribuidora de aparatos se están manipulando los mismos, pero esta no es la manipulación de la definición, con lo cual no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado y no es aceptable. **5.-** 100 m norte y 50 m este de la Iglesia Católica, Esparza, donde se indica como tipo de obra edificio comercial, y se tiene que es un edificio con locales comerciales y bodegas comerciales en el segundo piso, donde el apelante trata de inducir a error al indicar que toda bodega es un establecimiento industrial. **6.-** 200 m norte Iglesia Católica, Esparza, tipo de obra hotel, y se indica claramente como unas cabinas con locales comerciales que aunque se trata de bodegas en locales comerciales no aplica, tal como se indicó antes. **7.-** Frente estación de servicio Uno en Esparza, se habla como tipo de obra Restaurante, y la propia descripción del apelante es un edificio de uso comercial de un solo nivel y además en un restaurante el cual según el apelante por tener bodegas debe calificarse como industrial y por tanto corresponde indicar lo arriba indicado. **8.-** 50 m sur del Parque Pérez Esparza se indica que el tipo de obra es Plaza Médica, y al respecto el apelante indica que debe considerarse como industrial simplemente por ser una plaza médica y se desconoce que interpretación le lleva a considerar que los establecimientos médicos son industriales. **9.-** 200 m sur de la Iglesia Católica de Marañonal, referido a edificio comercial, y en ese sentido se indica que la descripción de apelante es construcción de un local comercial que es utilizado como supermercado, por lo que no es un establecimiento industrial en que se transforma una materia prima en un producto terminado, por lo que no es aceptable. **10.-** 200 m este del Restaurante Oasis, se define un tipo de obra de edificio comercial, siendo que la descripción del apelante es “...construcción de un local comercial”, que sirve como centro de venta y reparación de llantas y repuestos, por lo tanto no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia

prima en un producto determinado, por lo que no es aceptable. Así las cosas, ninguna de las experiencias que el apelante indica debe ser consideradas como industriales bajo la definición o interpretación correcta del término industriales sino que son comerciales, siendo que si se aplicara la definición que pretende el apelante de establecimiento industrial se tendría un grave problema con los planes reguladores cantonales porque no se podría saber en qué lugares se pueden ubicar supermercados, ferretería, centros comerciales, clínicas médicas, etc; sea en zona comercial o zona industrial (ver folios 57 al 59 del expediente de apelación).-----

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD Y EL FONDO DEL RECURSO. a) Sobre la legitimación del apelante: Con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el señor Harold Céspedes Cortés, resulta pertinente acudir a lo establecido en el artículo 180 incisos a) y b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en tanto que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta alguno de 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, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar adjudicatario. (...)”* En el caso particular se tiene que la legitimación del recurrente dependerá de lograr acreditar el puntaje correspondiente a experiencia (20%) y de tal forma superar la puntuación con la que el consorcio Reynen Chaves- Chaves Pérez resultó adjudicatario del concurso; motivo por el cual, su mejor derecho y legitimación dependerá de demostrar que efectivamente su experiencia corresponde a la solicitada en el cartel, contrario a lo que indica la Administración y con ello obtendría la puntuación de 88,69% (ver hechos probados 1 y 2). De conformidad con lo expuesto, es necesario desarrollar el fondo del recurso para constatar la legitimación del apelante respecto a la posibilidad de optar por una mayor puntuación respecto a la experiencia ofrecida, considerando un 20%, aspecto que se abordará de seguido. **1.- Sobre la experiencia de Harold Céspedes Cortés.** Indica **el apelante**, que el apartado 5.3.7 del cartel, requiere una serie de documentos que debían adjuntarse con la oferta, entre los que se encuentra un listado de obras similares ejecutadas (iniciadas y finalizadas) en los cinco últimos años (noviembre de 2010 a noviembre del 2015) y que no corresponden a construcción de

pavimentos, obras viales, acueductos, electrificaciones o cualquier otro tipo de obra que no sea similar a los trabajos a ofertar, y además hace mención del punto 15, selección y adjudicación, que otorgó 20 puntos si contaban con obras similares, asignando 2 puntos por cada obra hasta un máximo de 20 puntos, bajo el entendido que obra similar se entiende como aquellas que sean de carácter industrial e igual o mayor a 450 m² con acabados y especificaciones técnicas iguales o superiores a los indicados en este cartel, señalando ejemplos de experiencias no similares, como: obras prefabricadas, edificaciones en madera, acueductos, electrificaciones, asfaltados, tanques metálicos y/o mampostería u cualquier otro tipo de obra. Que en cuanto a dicha experiencia señala, que la Administración no le brindó calificación al considerar que la experiencia aportada no se ajusta al cartel, respecto a lo cual considera que se hizo una errónea interpretación, con base en un cartel que indica ejemplos de obras que no se consideran similares a las requeridas en el pliego de condiciones, lo cual a su entender genera incerteza jurídica y atenta contra el principio de seguridad jurídica, ya que queda a criterio de la Administración valorar y definir si la experiencia de los oferentes corresponde a “cualquier otro tipo de obra” o si se trata de una obra de carácter industrial efectivamente. Dentro de su ejercicio el recurrente se apoya en el Reglamento de Construcciones de Costa Rica, capítulo 10, Artículo X.1, el cual define Establecimiento Industrial como: *“(...) los locales a cubierto o descubierto, destinados a la manipulación, transformación o utilización de productos naturales o artificiales, mediante tratamiento físico, químico o biológico, ya sea por medios manuales o por aplicación de maquinaria o instrumentos. Se comprenden también bajo esta denominación los sitios destinados a recibir o almacenar los utensilios de labor y los materiales que sean tratados, o que están en proceso de elaboración, o sus productos; además, todos los anexos de las fábricas o talleres y las bodegas.”*, a partir de lo cual razona que obras de carácter industrial pueden ser edificios comerciales tales como: • Hoteles • Restaurantes • Supermercados • Bodegas • Ferreterías • Clínicas médicas • Establecimientos Comerciales con bodegaje, a partir de lo cual señala, que 10 de los proyectos aportados en su oferta se ajustan al cartel, y para tales efectos aporta un cuadro resumen y del cual considera que se le debió asignar el puntaje correspondiente a 20 puntos, y con ello obtendría una puntuación total de 88,69 puntos, superando a la adjudicataria que tiene 80 puntos. Se presenta por parte del recurrente una descripción (según indica incluida en su oferta, en anexo II certificaciones de experiencia) de cada proyecto donde señala que debía asignársele 2 puntos por cada proyecto y requiere un

análisis objetivo de las obras, detallando los motivos por los cuales no fueron consideradas para efectos de puntaje exigiendo que el INDER razone el incumplimiento, ya que considera inaceptable que se limite a no poner los puntos, pero sin definir con claridad el incumplimiento, con lo cual se atenta contra el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública al dictar actos contrarios a las reglas univocas de la ciencia, la técnica, justicia, lógica o conveniencia, siendo que no valora su experiencia pese a que sus obras se pueden considerar como de carácter industrial de conformidad con el Reglamento de Construcciones del INVU. Aunado a lo anterior señala, que al amparo del artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública se entiende que la actividad de los entes públicos debe estar sujeta a principios propios del servicio público para asegurar la continuidad y la eficiencia en el cumplimiento de los fines y metas y el uso eficiente de los recursos públicos, aunado a que debe prevalecer el contenido sobre la forma, y que en todo caso los actos deben interpretarse de manera que permitan la conservación de las ofertas, sea a efectos de garantizar la selección de la oferta más conveniente para el interés público. En cuanto a lo señalado, **el adjudicatario** indica que el INDER revisó minuciosamente las ofertas y determinó la adjudicación del concurso. Además en el expediente no se encuentra manifestación, solicitud de aclaración o de modificación por parte del apelante respecto al cartel, siendo en este momento procesal que refiere a temas que debieron ser dilucidados en otro estadio procesal como es lo consignado en el punto 5.3.7 del cartel, referente a la lista de obras similares ejecutadas. Señala que según el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de la Construcción en Costa Rica (CFIA), las obras consideradas como Obras industriales son: Bodega, Proyecto Hidroeléctrico, Telecomunicaciones, Proyecto Eólico, Taller, Planta de producción, Estación de servicio, Caldera, Galerón, Proyecto Fotovoltaico y Empacadora, obras que son coincidentes con la descripción que al efecto determina el Reglamento de Construcciones, al señalar que son Establecimientos Industriales los locales a cubierto o descubiertos destinados a la manipulación, transformación o utilización de productos, siendo que comprenden también los sitios destinados a recibir o almacenar los utensilios de labor y los materiales que sean tratados, o que están en proceso de elaboración, además, todos los anexos de las fábricas o talleres y las bodegas; siendo que obras constructivas como hoteles, edificios comerciales, restaurantes, etc., no son afines a dicha categorización, razón por la cual acertadamente se le calificó con cero puntos. Respecto al recurso interpuesto, señala **la Administración** que la impugnación del acto de adjudicación

debe estar fundamentado al amparo de los artículos 88 de la Ley de Contratación Administrativa y 177 de su Reglamento, lo cual implica la presentación de pruebas y una argumentación lógica y completa que demuestre la veracidad de los razonamientos del recurrente en procura de impugnar su contenido cuando atente principios que rigen la materia, no obstante una vez finalizada esta etapa, el cartel se consolida como reglamento de la contratación sin que se pueda cuestionar su contenido. Al respecto señala que la argumentación del recurrente refiere a una serie de objeciones en contra del cartel en una etapa precluida. Además considera que la fundamentación del recurso al amparo de los artículos 4 y 16 de la Ley General de la Administración Pública es indebida, en tanto que no son aplicables por la especialidad de la materia de Contratación Administrativa que cuenta con su propia normativa. Señala que el recurrente fundamenta su posición en el Reglamento de Construcciones de Costa Rica bajo el entendido que establecimientos comerciales como Hoteles, Restaurantes, Supermercados, Bodegas, Ferreterías, Clínicas Médicas y Establecimientos Comerciales como Bodegas se les puede considerar establecimientos industriales, lo cual carece de lógica pues no habría diferencia entre un establecimiento comercial y un establecimiento industrial y por lo tanto sería ilógico establecer dos categorías aparte si al final son lo mismo. Considera que el apelante no fundamenta dicha conclusión al omitir señalar la norma del Reglamento de Construcciones que está interpretando, tampoco muestra la secuencia lógica de razonamiento utilizado. Se indica que existe una definición clara de lo que se puede considerar como un establecimiento industrial en el capítulo 10, Artículo X.1 del Reglamento de Construcciones, aunado a que la Real Academia Española de la Lengua define el término industrial como: *“2.f. Conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales”*, de manera que un establecimiento industrial es aquel en el que se modifica de alguna forma una materia prima para transformarla en otro tipo de producto, lo cual es correspondiente con el concepto natural que se maneja de una industria. Por otra parte indica que la palabra industrial se utiliza para indicar una rama de negocios, sin que esto lo convierta en establecimientos industriales, por ejemplo cuando se refiere a industria hotelera. La clave para determinar si se está ante una labor industrial y por lo tanto un establecimiento industrial radica en convertir, transformar o modificar una materia en otra, lo cual no se realiza en los establecimientos comerciales que indica el apelante. Desde el punto de vista constructivo los establecimientos comerciales

implican un conocimiento, diseño y ejecución diferente de las obras industriales referidas a una serie de aspectos técnicos inherentes a esa modificación, transformación o conversión de una materia en otra, lo que implica al menos una diferencia en el tratamiento del ruido, de la circulación del aire, del manejo de los desechos, del espacio así como el cumplimiento de normas de construcción y producción mucho más estrictas que para los establecimientos mercantiles o comerciales, por lo que se justifica la necesidad de que el oferente tenga experiencia evaluable -no de admisibilidad- en la construcción de Infraestructura Agroindustrial y Alimentaria en un Colegio Técnico que necesariamente llevara a cabo procesos industriales. Considera ilógico indicar que los hoteles, supermercados, ferreterías o clínicas médicas son establecimientos industriales, ya que en ellos no se realiza la transformación de una materia prima en un producto terminado mediante el uso de medios físicos, químicos o biológicos, aunado a que cuando la definición utiliza el término manipular, significa manipulación en las propiedades naturales de la materia que se va a transformar en otra mediante el uso de medios físicos, químicos o biológicos, y no debe entenderse como la simple manipulación de las cosas que hacemos todos los días como llevar de un lugar a otro, o bien, de utilizar unas tijeras para cortar un papel. Por otro lado, si bien la definición de establecimiento industrial que realiza el reglamento de construcción habla de bodega, refiere a bodegas industriales y no cualquier tipo de bodega, ya que la norma nos indica que ese lugar de almacenamiento es para guardar herramientas industriales, producto terminado o producto en proceso y además indica claramente que esas bodegas son anexas a la industria al decir "todos los anexos de las fábricas o talleres y bodegas", con lo cual las bodegas se convierten en establecimientos industriales por estar adheridos, anexados o utilizados para fines industriales, siendo además que las mismas deben cumplir con requisitos de diseño y construcción diferentes a las bodega comerciales, por lo que, no es simplemente cualquier tipo de bodega la que se considera como un establecimiento industrial. Así las cosas indica que la experiencia que señala el apelante que se debe aceptar, no es de recibo por lo siguiente: **1.-** Frente al Hotel Hilton Puntarenas, se refiere a Edificio Comercial y en la descripción del proyecto se indica literalmente edificio de uso comercial que tiene un restaurante, área de juegos, supermercado, bar deportivo y otros locales comerciales, con lo cual no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado. **2.-** 200 m este Restaurante Oasis en Esparza, el tipo de obra es local comercial y consiste en

una ferretería, con lo cual no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado. **3.-** 400 Norte del Parque Pérez, Esparza, obra Local Comercial, cuya descripción es bodega de llantas para vender, no es una bodega anexa a una industria ni se que se utilice para guardar herramientas o producto de la industria sino que es una bodega comercial. **4.-** Frente al Almacén Esparza, obra Edificio comercial cuya descripción es “edificio de uso comercial de dos pisos...” que consta de oficinas y locales de alquiler, ante lo cual aunque se indique que al haber una distribuidora de aparatos se están manipulando los mismos, esta no es la manipulación de la definición, con lo cual no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto terminado. **5.-** 100 m norte y 50 m este de la Iglesia Católica, Esparza, tipo de obra edificio comercial, es un edificio con locales comerciales y bodegas comerciales en el segundo piso. **6.-** 200 m norte Iglesia Católica, Esparza, tipo de obra hotel, cabinas con locales comerciales que aunque se trata de bodegas en locales comerciales no aplica, tal como se indicó antes. **7.-** Frente estación de servicio Uno en Esparza, tipo de obra Restaurante, es un edificio de uso comercial de un solo nivel y además en un restaurante por lo cual no debe calificarse como industrial. **8.-** 50 m sur del Parque Pérez Esparza, obra es Plaza Médica que el apelante considera como industrial simplemente por ser una plaza médica. **9.-** 200 m sur de la Iglesia Católica de Marañoral, edificio comercial, la descripción de apelante es local comercial utilizado como supermercado, por lo que no es un establecimiento industrial en que se transforma una materia prima en un producto terminado. **10.-** 200 m este del Restaurante Oasis, edificio comercial cuya descripción del apelante es “...*construcción de un local comercial*”, que sirve como centro de venta y reparación de llantas y repuestos, por lo tanto no es un establecimiento industrial en el que se transforma una materia prima en un producto determinado, por lo que no es aceptable. Así las cosas, ninguna de las experiencias que el apelante indica deben ser consideradas como industriales bajo la definición o interpretación correcta del término industriales sino que son comerciales, siendo que si se aplicara la definición que pretende el apelante de establecimiento industrial, se tendría un grave problema con los planes reguladores cantonales porque no se podría saber en qué lugares se pueden ubicar supermercados, ferretería, centros comerciales, clínicas médicas, etc; sea en zona comercial o zona industrial. **Criterio de la División:** A efectos de analizar el recurso interpuesto, debemos comenzar por señalar que el cartel de la licitación constituye el reglamento específico de la contratación en el sentido expuesto por el artículo 51 del

Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), y en éste se tienen incorporadas todas las especificaciones técnicas necesarias para el cumplimiento contractual, tal como ya se ha señalado por parte de este Despacho: *"(...) Como punto de partida para efectos de resolver los argumentos expuestos en el recurso, conviene recordar que de conformidad con el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cartel constituye el reglamento específico de la contratación, como parámetro objetivo del concurso y con base en el cual se delimitará tanto la selección del adjudicatario como la ejecución del objeto contractual, siguiendo entre otros los principios de legalidad, seguridad jurídica e igualdad. Ahora bien, este cartel cuando se consolida, resulta de acatamiento obligatorio de todas las partes participantes en el concurso, sin que sea factible que en una etapa posterior, se pretendan desaplicar disposiciones de su contenido en los que oportunamente no se demostró oposición alguna. En el sentido expuesto, esta Contraloría General de la República ha señalado, respecto a la elaboración del cartel de licitación y su importancia lo siguiente: "(...) Al respecto, debe considerarse en primer término que la voluntad de la Administración se manifiesta expresamente en cada una de las cláusulas cartelarias y esta voluntad de contratar, se ajusta a principios como seguridad jurídica y legalidad cartelaria, en la medida que son las reglas fijadas en el cartel las que la Administración debe observar en todas las ofertas durante la evaluación, respetando también el principio de igualdad. (...) De esa forma, fue la propia Administración en ejercicio de su potestad discrecional definió los requisitos cartelarios que consideró debían de cumplir los oferentes, lo cual supone una valoración técnica por parte de la Administración, de frente a la debida satisfacción de las necesidades que este órgano contralor no puede simplemente desconocer. (...) En ese sentido, debe recordarse que el pliego de condiciones constituye el reglamento específico de la contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, por lo que no puede ser desconocido por la Administración, (...) (ver resolución N° R-DCA-111-2012 del 5 de marzo del 2012). De tal modo que la actuación de la Administración dentro de un procedimiento de contratación, además de sujetarse al bloque de legalidad, necesariamente debe encontrarse inspirada y respaldada en el propio cartel de la contratación, que constituye el documento que recoge la expresión de su voluntad en punto a los requerimientos cartelarios, sobre la base de criterios objetivos y preestablecidos para el conocimiento de los oferentes, e íntegramente ligado lo anterior con el principio de legalidad, en el entendido que el cartel es parte del ordenamiento jurídico, tal como lo señala expresamente el régimen jurídico de la contratación administrativa definido en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Así las cosas, una condición cartelaria previamente definida y consolidada por la Administración, no puede simplemente ser desatendida o interpretada de manera antojadiza o diferente a su letra expresa" (ver resolución R-DCA-203-2015 del 11 de marzo del 2015). Así las cosas, se tiene que el procedimiento de contratación administrativa ha sido diseñado de manera tal que*

procura una culminación continua de etapas procesales; ante lo cual no resulta pertinente retrotraer antojadizamente fases ya superadas, pues con ello se entorpecería una eficiente gestión pública, en lo que refiere a las compras de la Administración. De conformidad con lo expuesto, un cartel que ha superado las etapas procesales de impugnación adquiere firmeza y por ende resulta obligatorio, sin que resulte pertinente en posterior etapa cuestionar su conformación. Ahora bien, en el caso particular del punto 5.3.7. se tiene una disposición del cartel que requiere que junto a la oferta se presente un listado de obras similares que van de noviembre del 2010 a noviembre del 2015, y que estableció que no eran obras similares: "*la construcción obras de pavimentos, obras viales, acueductos, electrificaciones u cualquier otro tipo de obra que no sea similar a los trabajos a ofertar ...*" -subrayado no es del original- (ver folio 100 vuelto del expediente administrativo). Adicionalmente, dentro de la evaluación, se indica que se asignan 20 puntos por obras ejecutadas similares, sea 2 puntos por cada una, y al respecto señala el cartel que: "Por obra similar se entenderá: Se considerará cada obra de carácter industrial que sea igual o mayor a 450 m2 con acabados y especificaciones técnicas iguales o superiores a los indicados en este cartel. No se aceptaran como obras equivalentes aquellas que no sean similares a los trabajos a ofertar como por ejemplo obras prefabricadas, edificaciones en madera, acueductos, electrificaciones, asfaltados, tanques metálicos y/o mampostería u cualquier otro tipo de obra. Para obtener puntaje en el elemento de adjudicación "Obras Ejecutadas" el constructor deberá indicar cuales obras somete a evaluación. La obra a valorar debe contar con la carta de recomendación correspondiente emitida por el propietario de la obra" -subrayado no es del original- (ver folio 103 del expediente de contratación) Ahora bien, de frente a lo expuesto por las partes y lo consignado en el cartel de licitación, se tiene que la Administración consideró pertinente, con base en el tipo de construcción a desarrollar, la necesidad de contar con antecedentes que permitieran validar su experiencia en este tipo de construcción en particular, sea la construcción de obras de carácter industrial. Al respecto, el cartel de la licitación fue claro en cuanto a la puntuación que se asignaría por cada proyecto presentado como experiencia y su máxima puntuación; no obstante a criterio de la apelante existe algún grado de incertidumbre respecto a lo que se entiende como obras ejecutadas, siendo que se cuestiona que la definición dispuesta cartelariamente genera inseguridad jurídica en el tanto que no se tiene claridad en el concepto "*obra de carácter industrial*". En cuanto a lo señalado por la empresa apelante, llama la atención de este Despacho que el ahora

cuestionamiento no se haya realizado en el momento oportuno, con el propósito de evitar la impugnación en la cual nos encontramos, con lo cual se pudo cooperar activamente en la redacción y elaboración del cartel de la licitación; siendo que el desarrollo argumentativo en esta etapa del procedimiento aparte de que resulta inoportuno, puede entenderse como una interpretación subjetiva con la intención de procurar una adecuación del cartel a su favor, de ahí la trascendencia de respetar y garantizar -dentro del procedimiento de contratación administrativa- la culminación eficiente de cada etapa, con el propósito de evitar este tipo de inquietudes que pueden generar incertidumbre entre los participantes, siendo que tal como se ha dicho, llama la atención de este Despacho que no es sino hasta este momento que se cuestiona las condiciones del cartel que en su momento no fueron debatidas y que adquirieron firmeza. En otras palabras no se activaron oportunamente los mecanismos de objeción al cartel y/o aclaración, para tratar el recurrente de obtener una respuesta satisfactoria respecto a una inquietud que presenta ahora en una etapa muy diferente y a destiempo. En el sentido expuesto, es criterio de este Despacho que del ejercicio desarrollado por el apelante en su recurso se cuestionan las condiciones del cartel, al señalar por ejemplo: *"El término planteado en el pliego de condiciones respecto de "carácter industrial" solo se limita a indicar que debe ser "igual o mayor a 450 m2 con acabados y especificaciones técnicas iguales o superiores a los indicados en este cartel. Además el cartel indica que no se considerarán los tipos de obras que no sean similares a las requeridas en el pliego de condiciones, planteando una lista de obras que se consideran que no son similares como "obras prefabricadas, edificaciones en madera, acueductos, electrificaciones, asfaltados, tanques metálicos y/o mampostería" también concluye diciendo que no se considerará "cualquier tipo de obra", lo que genera incerteza jurídica y atenta contra el principio de seguridad jurídica ya que queda a criterio de la administración valorar y definir si la experiencia de los oferentes corresponde a "cualquier otro tipo de obra" o si se trata de una obra de carácter industrial efectivamente" (el subrayado no corresponde al original), además, en este mismo sentido se indica: *"El cartel hace referencia a obras de carácter industrial pero no define con claridad que se considera una obra de carácter industrial, solamente detalla algunas obras que para el INDER no es una obra de carácter industrial."* En el sentido expuesto se tiene que el apelante dentro de su argumentación, cuestiona el cartel de la licitación en un momento que no corresponde y por lo tanto en ese sentido no se atiende la inquietud expuesta pues sería desconocer el principio de preclusión, aunado al hecho que al*

revisar el cartel de la licitación se parte de una serie de circunstancias que deben ser analizadas integralmente -siendo el cartel un todo- a efectos de entender el concepto de obras similares a partir de una mezcla de términos positivos y otros negativos, que integran la concepción que se procura alcanzar, de acuerdo al cartel de la licitación misma. Ahora bien, dentro de este ejercicio a desarrollar se tiene que el principal elemento que cuestiona el recurrente en la definición de obras similares, es la determinación del concepto de obras de carácter industrial, siendo que al respecto cuestiona la presunta incertidumbre del mismo y realiza una construcción jurídica que parte de una aparente errónea interpretación de la Administración y que se fundamenta en el Reglamento de Construcciones de Costa Rica, Capítulo 10, Artículo X.1 en el que se define Establecimiento Industrial como: *"Se consideran bajo la denominación de establecimientos industriales, los locales a cubierto o descubiertos, destinados a la manipulación, transformación o utilización de productos naturales o artificiales, mediante tratamiento físico, químico o biológico, ya sea por medios manuales o por aplicación de maquinaria o instrumentos. Se comprenden también bajo esta denominación los sitios destinados a recibir o almacenar los utensilios de labor y los materiales que sean tratados, o que están en proceso de elaboración, o sus productos; además, todos los anexos de las fábricas o talleres y las bodegas"*; no obstante lo anterior, se tiene que de seguido el recurrente indica: *"Según la definición descrita por el Reglamento de Construcciones de Costa Rica para el término establecimientos industriales, claramente se pueden considerar obras de carácter industrial edificios comerciales como: Hoteles, Restaurantes, Supermercados, Bodegas, Ferreterías, Clínicas médicas, Establecimientos Comerciales con bodega"*, y además señala que de acuerdo con el listado presentado con su oferta, todas aquellas que cumplan con el área mínima de 450 m² serían obras similares y por ende sujetas a la valoración correspondiente de la metodología de evaluación, procediendo a realizar un señalamiento de la descripción de cada proyecto. Ahora bien, con vista en lo expuesto por el recurrente, se evidencia una ausencia de fundamentación en el análisis presentado, al no lograr vincular -objetivamente- aquello que define el Reglamento de Construcciones de Costa Rica como establecimiento industrial, con su aseveración en cuanto a que se pueden considerar obras de carácter industrial los edificios comerciales; siendo que de la lectura de su recurso se tiene que trata de una afirmación que carece del mínimo desarrollo argumentativo al omitir justificar del todo dicha circunstancia (sea que se deba considerar establecimientos industriales aquellos edificios comerciales) máxime

considerando que nos encontramos de frente a un trámite formal del procedimiento de contratación que al amparo del artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa establece que: "(...) *Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, estos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados*", lo anterior considerando que sobre quién cuestiona o recurre el acto de adjudicación recae la obligación de sustentar adecuadamente su planteamiento para brindar a este Despacho las bases suficientes a efectos de resolver de conformidad, siendo que en ese sentido ya se ha indicado respecto a la "carga de la prueba" lo siguiente: "(...) *Entonces, estamos ante una argumentación en el cual la parte que alega le traslada a la Contraloría General de la República la tarea de analizar y evaluar la oferta cuestionada a fin de determinar si efectivamente existe o no algún incumplimiento de frente a lo solicitado en el cartel; en otras palabras, a construir por parte de este órgano contralor la justificación y fundamentación a quien alega, lo cual no es procedente. Y es que debe tenerse presente que la carga de la prueba recae sobre quien alega, siendo en este caso el adjudicatario quien tenía la obligación de fundamentar debidamente sus alegatos y aportar la prueba respectiva con la cual respaldara su dicho. (...) Tal obligación aplica en este caso, también para el adjudicatario, en lo que respecta a los supuestos incumplimientos que le señaló a la oferta del consorcio apelante. Entonces, ante la falta de argumentación y de sustento técnico de dichos alegatos, lo procedente es rechazarlos por falta de fundamentación.*" (ver resolución N° R-DCA-268-2011 DCA-1422 del 01/06/2011). Así las cosas, se tiene que se echa de menos la debida fundamentación por parte del recurrente y con ello nos encontramos en presencia de un supuesto de improcedencia manifiesta que habilita con base en el inciso d) artículo 180 del RLCA a rechazar el recurso "...*Cuando el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa*". Respecto al argumento desarrollado por el recurrente en cuanto a que la Administración no realizó el estudio que indique con claridad el incumplimiento de la experiencia presentada con su propuesta, debemos señalar que con ocasión de la audiencia inicial concedida por parte de esta Contraloría General mediante auto del once de febrero del dos mil dieciséis, esa Administración procede a señalar las razones por las cuales por cada una, no considera pertinente la valoración de las obras presentadas al no ser establecimiento industrial (sea aquellas que superen los 450 m² de construcción mínimo) (ver hecho probado N° 3); respecto a lo cual se brindó audiencia especial al apelante -mediante auto del veinticuatro de febrero del dos mil dieciséis- y al respecto se vuelve al mismo argumento desarrollado en su

recurso de apelación en cuanto a cuestionar el análisis de la Administración a partir de su propia concepción de obras de carácter industrial, pero sin dotar de la fundamentación que así lo acredite. Así las cosas es lo procedente declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el señor Harold Céspedes Cortés, sin que sea necesario abordar todos los aspectos señalados por las partes al amparo de lo establecido en el artículo 183 del RLCA en tanto que estas no resultan decisivas para el dictado de la presente resolución.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 174, 177, 180, 182, 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Declarar sin lugar el recurso de apelación** interpuesto por **Harold Céspedes Cortés**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA 2015LA-000098-02**, promovida por el **INSTITUTO DE DESARROLLO RURAL -INDER-**, para la contratación de los servicios de construcción de infraestructura alimentaria en el Colegio Técnico Profesional de la Suiza de Turrialba, acto recaído a favor de **Consorcio Reynen Chaves- Chaves Pérez Ingeniería**, por un monto de ¢211.233.410,00 (doscientos once millones doscientos treinta y tres mil cuatrocientos diez colones exactos), acto que se confirma. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Gerardo Villalobos Guillén
GVG/yhg
NN: 04030 (DCA-0816-2016)
NI: 3265, 3480, 3589, 4849, 5112, 6121, 8080,
Ci: Archivo central
G: 2016000991-1