

R-DCA-568-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas diecinueve minutos del ocho de julio de dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por **JCB CONSTRUCTORA Y ALQUILER (JCB) S.A.**, en contra del acto que declara infructuosa la **Licitación Pública 2013LN-000005-01** promovida por el **Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo** para la "Construcción de obras de urbanización del Proyecto Finca San Juan III (Bono Comunal), situada en Pavas San José".-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **JCB CONSTRUCTORA Y ALQUILER (JCB) S.A** presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General, el día veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, tanto de manera física como por medio de correo electrónico.-----

II. Que esta División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, le solicitó el expediente administrativo de la licitación al Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, mediante auto de las catorce horas treinta y seis minutos del veintisiete de junio de dos mil dieciséis. Dicho requerimiento que fue atendido mediante oficio C-UAC-170-2016, presentado el veintiocho de junio de dos mil dieciséis.-----

III. Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley, habiéndose observado durante su trámite las prescripciones constitucionales, 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 mediante informe técnico DF-DT-IN-0411-2015 del 6 de Julio de 2015, el ingeniero Israel D´Oleo Ochoa, del Departamento Técnico del Banco Hipotecario de la Vivienda indicó: "(...) e. *Demostración de la experiencia de la empresa, página 21 del cartel: en el cartel se indica que "solo se calificará la experiencia de las empresas en proyectos de urbanización, no para casos individuales". Asimismo se destaca que para calificar esta experiencia se deben presentar certificaciones extendidas por los clientes del oferente, en donde se indique entre otros aspectos, el número de lotes urbanizados. No obstante lo anterior, se considera que el tipo de verificación establecida por el INVU es deficiente, pues no se define qué se considera o cuáles aspectos constructivos están incorporados en la definición de "proyectos de urbanización" por lo que algunos concursantes podrían interpretarlo simplemente como la apertura de una vía frente a una propiedad privada (como fue presentado en algunas de las ofertas), sin que existiesen todos los elementos requeridos en una urbanización, tales como el sistema eléctrico, sistema pluvial, sistema potable, sistema sanitario, aceras, entre otros.- Desde el punto de vista del suscrito, la experiencia calculada con base en lotes urbanizados, debe cuantificarse únicamente en los casos en que*

existan proyectos de urbanización (tipificados como tales) presentados ante el Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica - CFIA - (suministrando para ese fin una certificación de dicho colegio), y efectivamente construidos, descartándose para esos fines labores de menor complejidad técnica como lo serían por ejemplo la colocación de lastre o asfaltado en una vía o la construcción únicamente de aceras y cordón y caño. Asimismo con el fin de procurar la transparencia del proceso, se debería establecer que la experiencia a ser analizada debe estar asociado a proyectos urbanísticos desarrollados para terceros de forma tal que no se incluyan trabajos ejecutados para las empresas del mismo grupo económico del oferente (...)" (Folios 601 a 602 del expediente administrativo) **2)** Que mediante resolución 009-2016 el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo indicó: "(...) POR TANTO Mediante la presente resolución se procede a declarar infructuosa la Licitación Pública 2013LN-000005-01 "CONTRARO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE URBANIZACIÓN DEL PROYECTO FIN SAN JUAN III ETAPA (BONO COMUNAL) SITA EN PAVAS, SAN JOSÉ" con base en el Informe Técnico número DF-DT-IN-411-2015 de la Dirección Fondo de Subsidios para la Vivienda del Banco Hipotecario de la Vivienda (...)" (Folio 629 del expediente administrativo).-----

II. Sobre la admisibilidad del recurso presentado. Como se desprende de lo indicado en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), existe un plazo de 10 días hábiles en el cual la Contraloría General debe disponer sobre la tramitación del recurso o bien de su rechazo de plano por inadmisibile o por improcedencia manifiesta, supuestos estos últimos que son desarrollados en los numerales 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). El artículo 86 de la LCA, en cuanto al rechazo de los recursos distinguió dos supuestos básicos, a saber la inadmisibilidad y la improcedencia manifiesta. Al respecto, el citado numeral indica: "La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos". En relación con dicho supuesto, el inciso d) del artículo 180 del RLCA, establece como casuales para el rechazo del recurso de apelación "d) Cuando el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa." Por ello, se estima indispensable que al momento de presentar una acción recursiva en contra del acto final de un procedimiento de contratación administrativa, los apelantes fundamenten en forma debida sus alegatos, toda vez que la fundamentación y carga de la prueba corren bajo su responsabilidad. En ese sentido, resulta necesario agregar que el artículo 177 de ese mismo Reglamento reitera la obligación en cuanto a que el recurso de apelación debe presentarse debidamente fundamentado. En consecuencia, el apelante debe presentar argumentos sólidos y aportar la prueba idónea en que apoya sus argumentaciones y cuando

discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios, aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados en la materia. Aunado a lo anterior, y en lo que respecta al tema de la falta de fundamentación del recurso de apelación, este Despacho ha señalado: "(...) *Debe considerarse que esta Contraloría General realiza una revisión en etapa de admisibilidad que responde a una revisión de los siguientes elementos: Inadmisibilidad: Mencionado en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa, su análisis implica una revisión y valoración de fondo del recurso, determinando su improcedencia aún cuando se haya acreditado legitimación para recurrir. Se trata de supuestos en donde de la lectura de los argumentos del apelante y de la revisión del expediente administrativo se puede desprender fehacientemente que no hay razón en el fondo de lo reclamado, de tal suerte que se pueda determinar que el recurso no podría ser declarado con lugar en la resolución final de una eventual etapa de fondo. Improcedencia manifiesta: Se refiere a aquellos supuestos donde por razones de carácter fundamentalmente formales, el recurso presentado no puede ser conocido en su revisión de fondo y producen la firmeza del acto de adjudicación, y se descompone en las siguientes causales. [...] 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". De lo anterior se desprende que en los casos en que sea evidente que los argumentos esgrimidos por el apelante carecen de impulso probatorio suficiente para continuar hasta una etapa de debate y análisis de fondo, lo correcto desde el punto de vista procesal es declarar su improcedencia desde la etapa de estudio de admisibilidad por las causales de inadmisibilidad y falta o insuficiencia de fundamentación. Es importante mencionar que el análisis de admisibilidad anteriormente descrito tiene fundamento en los principios de economía y celeridad procesal que buscan evitar dilaciones en el proceso que haga incurrir en gastos innecesarios de orden económicos, de tiempo y de tipo administrativo, tanto a la Administración licitante como al órgano decisor y a las partes" (ver resolución N° R-DCA-471-2007 del 19 de octubre del 2007 y resolución R-DCA-191-2010 el 7 de diciembre del 2010). Así las cosas, con vista en el expediente de contratación y en el recurso de apelación interpuesto, se tiene que la admisibilidad del recurso interpuesto por la apelante debe demostrar que las razones esgrimidas por la Administración para desestimar el procedimiento concursal, no resulta de recibo, para lo cual debe aportar además de la fundamentación debida, cuando así se considere, la prueba pertinente que ampare y le de sustento a sus argumentos. En ese sentido, estos aspectos serán analizados en primera instancia de frente a la argumentación desarrollada por la empresa apelante. **i) Sobre los motivos de deserción del proceso.** La apelante indica que no existe ninguna razón de peso (ni técnica ni legal) para declarar infructuosa la licitación, toda*

vez que su representada cumple a cabalidad con todos y cada uno de los elementos esenciales del concurso, es la de menor precio y obtuvo la mayor calificación. En cuanto a lo dicho por el ingeniero Israel D´Oleo en el punto 1 "Cartel de licitación", apartado d "Cálculo de experiencia de la empresa", la recurrente considera que se exponen situaciones que no son susceptibles de modificación a "estas alturas" del procedimiento, por encontrarse el concurso en una etapa de adjudicación, siendo que lo correspondiente a la elaboración del cartel es ya una etapa precluida, y por ende es error desestimar el proceso de licitación, ya que el ingeniero que lo realiza, a criterio de la apelante, se basa en razonamientos contradictorios y a la vez contrario a lo indicado por la Contraloría, omitiendo considerar que existe al menos una oferta elegible. En cuanto al punto 2 "errores procedimentales", apartado a., indica que el profesional D´Oleo presume de forma equivocada e infundada que las observaciones realizadas por el INVU sobre su oferta no fueron debidamente aclaradas ni subsanados por su empresa, situación que según su criterio no es cierta. Manifiesta que mediante documento presentado al INVU con fecha de recibido del 11 de octubre de 2013 a las 12:20 pm se aclaró que la póliza del contador público estaba vigente, siendo irrelevante que cuente con fecha de emisión, ya que del contenido expreso se demuestra el cumplimiento de lo solicitado. Sobre el punto 2 "Errores procedimentales" apartado b., señala que se trata de supuestos subjetivos y propios, que se alejan de lo establecido en la letra del cartel, ya que según el cartel la única forma válida para revisar el cálculo del puntaje financiero es la metodología que se detalla en su recurso, que no utiliza decimales. Señala que tras el desarrollo de las operaciones se evidencia que tanto con el análisis de las razones financieras elaborado por el INVU, como con el método propuesto por el ingeniero se alcanzan los mismos resultados, es decir una calificación de sesenta puntos. Respecto a lo indicado por el ingeniero en cuanto a la forma de cálculo de experiencia de los oferentes indica que utilizando la fórmula en base de 15 y no de 24 puntos, para ambos casos se aprecia cómo los puntajes obtenidos mantiene el orden de calificación y no beneficia ni perjudica bajo ninguna circunstancia a ninguna de las empresas participantes para lo cual no hay fundamento ninguno, que justifique recomendar que el proceso de contratación sea declarado infructuoso. Señala que en definitiva no existe ninguna razón legal, técnica, ni objetiva que fundamente declarar infructuoso el procedimiento de licitación, en especial si se considera que una decisión en tal sentido lesionaría gravemente el interés público e institucional que subyace en la referida licitación pública. **Criterio de la División:** En punto a los argumentos de la recurrente debemos reiterar como punto de partida, que constituye su deber como consecuencia de la carga de la prueba que sobre sí pesa -ver artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa RLCA- que con su escrito de apelación realice el análisis

mediante el cual demuestre aquellas circunstancias respecto a las cuales considere que existe alguna infracción en el acto final del procedimiento, así como dotar de elementos probatorios su argumento, que permitan establecer de manera indubitable su planteamiento. En ese sentido, el apelante debe aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones a efectos de debatir adecuadamente los estudios que amparan la decisión administrativa y además debe demostrar que su oferta, puede ser tomada en cuenta como eventual adjudicataria por cumplir con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Ahora bien, antes de iniciar con el análisis del recurso interpuesto, resulta necesario indicar que si bien la Administración ha llegado a la conclusión de que debe declararse "infructuoso" el procedimiento impugnado (hecho probado 2), lo cierto es que del contenido del oficio en que se basa la Administración para tomar el acto final del procedimiento, se observa que la decisión se toma con base a una serie de errores y omisiones tanto en el pliego de condiciones de la licitación de mérito, como también en el procedimiento como tal, llevado a cabo por la Administración licitante. Así por ejemplo, el informe técnico DF-DT-IN-0411-2015 tomado como base para declarar infructuoso el procedimiento, se refiere a errores en el sistema de evaluación, específicamente en la fórmula para obtener el puntaje de la experiencia, la carencia de normas claras respecto a la forma de aplicar el "redondeo" en la evaluación financiera, la indeterminación del cartel respecto a que debía entenderse por "proyectos de urbanización", la no definición de un mínimo de lotes construidos como admisibilidad, entre otros. (Folios 598 a 608 del expediente administrativo). De lo anterior, se extrae que la Administración, una vez analizado el informe presentado, llegó a la conclusión que efectivamente lo más conveniente para el interés público era la desestimación del procedimiento de compra, basándose para esto, no en el argumento de que no existieran ofertas que cumplieran con los requisitos exigidos, sino en que existían errores en el procedimiento y en el cartel principalmente que no permitían continuar con la licitación, pudiéndose por el contrario, afectar el interés público de adjudicar el concurso, en el estado actual. Si bien en el informe que sirvió de base a la Administración, se señalan algunas inconsistencias por ejemplo en la oferta del ahora recurrente, nótese que estas son parte de una revisión integral que se hizo del procedimiento, el cual arrojó deficiencias no solo en las ofertas sino en el procedimiento como tal. Es por ello, que este órgano concluye que no estamos en presencia de un procedimiento infructuoso, en vista que el acto que soporta esta decisión no está basado en incumplimientos de las ofertas participantes como único ingrediente, sino que comprende aspectos que superan el contenido de las ofertas para cuestionar incluso elementos del cartel y del proceso como tal, siendo esta integralidad por la cual la Administración toma la decisión de no adjudicar el proceso, de ahí que ese acto de infructuosidad

dictado es más bien orientado hacia una declaratoria de desierto del proceso. En este orden, de acuerdo con el artículo 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante RLCA), la declaratoria de infructuosidad procede en los casos en que no se presentaren ofertas o bien, que habiéndose presentado, las mismas no se ajustan a los elementos esenciales del concurso, mientras que la declaratoria de desierto, según indica el mismo artículo, procede en los casos en que por razones de interés público, lo conveniente es declarar de dicha forma el proceso, cuando existan elementos valorados que hacen que adjudicar el concurso aun existiendo ofertas elegibles, no convenga al interés público. Así las cosas, observando las razones expuestas por la Administración se tiene que si bien esta decidió utilizar el concepto de "infructuoso", lo correcto era determinar dicho acto final como "desierto", siendo que se ampara en razones de interés público y no así como "infructuoso", siendo este un error de concepto por parte de la Administración, al tratarse en realidad de situaciones de interés público. Ahora bien, entrando a analizar el recurso incoado, se tiene en primer lugar que el pliego de condiciones, en relación con la calificación de la experiencia de los oferentes, estableció lo siguiente: "(...) A. EXPERIENCIA DE LA EMPRESA (15 puntos) En este ítem sólo se calificará la experiencia de las empresas en proyectos de urbanización, no para casos individuales(...)" (Folio 92 del expediente administrativo). Asimismo, se tiene que mediante informe técnico DF-DT-IN-0411-2015, el cual fue tomado como base para la desestimación del concurso) se indica que al no haber definido con claridad el cartel que tenía que entenderse por "proyecto de urbanización" (hechos probado 1 y 2) se dotó de incerteza respecto a qué debe entenderse como un proyecto viable para la puntuación de experiencia. Ahora bien observa esta Contraloría General de la República, que existiendo este elemento como parte de los elementos utilizados por la Administración para su decisión final, en su recurso la apelante no ha logrado desvirtuar este argumento en específico, ya que si bien se refirió a otros elementos del informe técnico citado, especialmente vinculados con vicios atribuidos a su oferta, no debe perder de vista el recurrente, que los motivos en que la Administración hizo descansar esa decisión final, no sólo estaban relacionados con el contenido de su oferta, sino con otros elementos que el mismo informe refirió, y que en consecuencia en una posterior impugnación como la que nos ocupa, el apelante debía también cuestionar. Debe tener presente la apelante, que al tener la carga de la prueba, según exigen los artículos 88 LCA y 177 RLCA, debe fundamentar de manera adecuada su recurso, y por ende, debió debatir mediante argumentos contundentes y prueba pertinente las razones por las cuales la Administración decidió declarar infructuoso -entiéndase desierto- el procedimiento de licitación. Así las cosas, se tiene que entre las razones para declarar infructuoso el concurso, la Administración -tomando como base el oficio DF-DT-IN-0411-2015- consideró como

fue indicado, que el no haber definido el cartel qué debía entenderse por "proyectos de urbanización", podría llegar a tomarse como válida la experiencia relacionada con proyectos que no cumplirían con todos los elementos requeridos en una urbanización, tales como sistema eléctrico, pluvial, potable, sanitario, aceras, etc. (Hechos probados 1 y 2). Es decir, la misma Administración identifica en su cartel un vicio importante que le imposibilitaría según se evidencia de su argumento, computar adecuadamente la experiencia asociada al objeto contractual, siendo este uno de sus argumentos para la decisión que finalmente llegó a adoptar. Siendo esto así, además de referirse a los puntos cuestionados de su oferta, correspondía también al apelante referirse a estos elementos, que son parte de la motivación que utiliza la Administración para no adjudicar el procedimiento, ya sea contraviniendo el criterio técnico vertido, demostrando como la experiencia en la forma requerida por el cartel, sí permitía contratar empresas que prestarían un servicio adecuado a la Administración o inclusive, desarrollando una tesis diferente a la del profesional que emite el criterio en este punto. Si bien la recurrente en su recurso, se refiere a varios de los puntos del informe técnico, indicando de qué forma considera que estos no pueden ser considerados de recibo, sobre la ausencia de definición de "proyectos de urbanización", la apelante no logra debatir lo expuesto por la Administración, siendo que por el contrario en su recurso, no menciona el tema. Al haberse basado la Administración en el informe técnico DF-DT-IN-0411-2015, la apelante debió atacar todos y cada uno de dichos puntos, puesto que estos, constituyen la base sobre la cual la Administración tomó su decisión y por ende, al ostentar la carga de la prueba, la recurrente debió fundamentar su recurso de manera adecuada demostrando de qué forma las razones por las cuales la Administración declaró infructuoso el procedimiento, no podían ser tomadas como válidas, ejercicio que como se ha venido indicado anteriormente, no ha sido llevado a cabo en su totalidad por la apelante, lo que demuestra una clara falta de fundamentación en su escrito. Así las cosas, la apelante debió demostrar que el hecho de no indicar el cartel que tenía que entenderse por "proyecto de urbanización" para efectos de la evaluación de la experiencia de los distintos participantes, resultaba por ejemplo intrascendente o técnicamente suficiente con solo el enunciado y por ende, era posible continuar con el procedimiento de compra, no obstante, y además de que dicho ejercicio no fue realizado por la recurrente, considera este Despacho que la definición clara de los parámetros de evaluación, es un punto esencial de todo procedimiento de compra pública, y por ende, si estos parámetros no resultan claros, la Administración no podría escoger a la oferta más conveniente, con lo que se afectaría el interés público. En la misma línea de lo anterior, se tiene que de no contar con una definición clara de "proyecto de urbanización", no podría la Administración licitante llegar a concluir

qué oferentes cuentan con una experiencia realmente relacionada con el objeto contractual de su licitación, y por ende, podría tomarse como válida experiencia no relacionada con proyectos de la envergadura que requería el INVU, lo cual implicaría la eventual contratación de algún proveedor sin la experiencia necesaria, por lo cual indudablemente la definición clara de lo que debía entenderse "proyecto de urbanización" en la evaluación de la experiencia, resultaba esencial para la correcta realización del procedimiento de compra, pero en especial para la selección de un oferente con la experiencia necesaria en el proyecto requerido por la Administración. Así las cosas, y de acuerdo con lo anteriormente dicho estima esta Contraloría General, que la apelante no ha fundamentado su recurso de acuerdo a lo exigido en los artículos 88 de la Ley de Contratación Administrativa y 177 de su Reglamento, por lo cual lo procedente es **el rechazo de plano** del recurso incoado por falta de fundamentación. Por carecer de interés para esta resolución se omite referirse a otros puntos alegados por el apelante, conforme con el numeral 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84, 86 y 88 de la Ley de Contratación Administrativa, 174, 178 y 179 inciso d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENCIA MANIFIESTA por falta de fundamentación el recurso de apelación** interpuesto por **JCB CONSTRUCTORA Y ALQUILER (JCB) S.A.**, en contra del acto que declara infructuosa la **Licitación Pública 2013LN-000005-01** promovida por el **Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo** para la "Construcción de obras de urbanización del Proyecto Finca San Juan III (Bono Comunal), Sita en Pavas San José".**2) Se por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Marco Antonio Loáiciga Vargas
MALV/pus
NN: 08959 (DCA-1750-2016)
NI: 17121-17122
G: 2016002442-1