

R-DCA-851-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas treinta y ocho minutos del dieciocho de octubre de dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por el **Consortio Telefónica-Componentes El Orbe S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **Concurso 009-2015**, promovido por el **Fideicomiso de Gestión de los Proyectos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, SUTEL-BNCR**, para la Contratación de dispositivos de acceso a internet de banda ancha en el marco del Programa de Comunidades Conectadas para dotación a instituciones beneficiarias, con aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, adjudicado al **Consortio Central de Servicios PC S. A- Radiográfica Costarricense S. A.** por un monto de \$ 8.411.825,56 (ocho millones cuatrocientos once mil ochocientos veinticinco dólares con cincuenta y seis céntimos), -----

RESULTANDO:

I.- Que el apelante presentó su recurso ante este órgano contralor en fecha veintidós de agosto de 2016.-----

II.- Que mediante auto de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis, se solicitó el expediente administrativo del concurso, y se le solicitó a la Administración prevenir a los oferentes para que dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación, mantengan o restablezcan la vigencia de ofertas y garantías de participación si la hubiera. El expediente administrativo fue remitido por la Administración mediante nota No. DFE-1501-2016 del 24 de agosto de 2016.-----

III.- Que mediante auto de las ocho horas cuarenta minutos del cinco de setiembre de dos mil dieciséis se concedió audiencia inicial a la Administración y adjudicataria para que se refirieran sobre el recurso presentado por la recurrente, diligencia que fue atendida mediante escritos agregados al expediente de apelación.-----

IV.- Que en el procedimiento se han observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.-Hechos probados: Para el dictado de la presente resolución se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que según acuerdo consorcial de la oferta del Consortio ICE-El Orbe, la representación del consorcio recaerá en el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), siendo que dentro de las facultades de dicha empresa se encuentra prorrogar la vigencia de la oferta (folios 3120-3125 del expediente administrativo). **2)** Que conforme con el sistema de evaluación se tiene los siguientes puntajes:-----

Línea 1	
RACSA/ PC Central B3	100
RACSA/ PC Central B1	99,45
RACSA/ PC Central B2	94,33
ICE/ Orbe	86
Reico /Orbe	84,70
Telefónica/Orbe	81,13
Línea 2	
RACSA/ PC Central B1	100
RACSA/ PC Central B2	100
RACSA/ PC Central B3	100
ICE/ Orbe	95,92
Telefónica/ Orbe	95,85
Reico/ Orbe	94,39
Línea 3	
RACSA/ PC Central B2	100
RACSA/ PC Central B1	99,95
RACSA/ PC Central B3	99,95
Reico/ Orbe	93,10
ICE/Orbe	91,67
Telefónica/ Orbe	88,99
Línea 4	
RACSA/ PC Central B1	100
RACSA/ PC Central B2	100
RACSA/ PC Central B3	100
ICE/ Orbe	89,77
Reico/Orbe	88,38
Telefónica/ Orbe	85,26

(folios 9379- 9412 del expediente administrativo), **3)** Que las 4 líneas del concurso fueron adjudicadas al consorcio Central de Servicios PC S. A-Radiográfica Costarricense S. A., (folios 9423- 9433 del expediente administrativo). **4)** Que mediante oficio No. 6000-1708-2016, se renovó la garantía de participación y oferta del Consorcio ICE/Orbe (folios 9713 y 9714 del expediente administrativo). **5)** Que mediante oficio No. DFE-1989-2016 del 31 de agosto de 2016, el Banco Nacional comunica que las ofertas ICE/El Orbe, Telefónica/ Orbe, Claro/Cococo y RACSA/PC Central presentaron restablecimiento de oferta y garantía de participación (folio 9716 del expediente administrativo).-----

II.-Sobre la audiencia final de conclusiones. Siendo que en el presente caso, se cuenta con los elementos de prueba suficientes, y se han cursado las audiencias respectivas para efectos de resolver el presente asunto, y considerando que el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone que la audiencia final es facultativa para este órgano contralor, se consideró procedente prescindir en este caso de la audiencia final por las razones expuestas y así se hace de conocimiento de las partes.-----

III.-Sobre la legitimación y fondo del recurso. De conformidad con el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el recurso de apelación podrá ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta en cualquier momento del procedimiento, en que se advierta algunos de los supuestos señalados en dicha norma. Particularmente el inciso b) establece como causal de rechazo “...*Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque 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*”. Así las cosas, al interponer el recurso, el disconforme debe acreditar que su plica no sólo es elegible, sino que ostenta una mejor posición que el resto de ofertas, ya sea porque tiene mayor puntaje según el sistema de calificación, o porque demuestra que aquellas que están por encima de la suya, tienen inconsistencias que las descalificaría o les bajaría el puntaje obtenido y con ello ocuparía el primer lugar. Ahora bien, previo al estudio del recurso, es importante considerar que si bien el apelante señala que recurre las líneas 1-3 (folio 7, 24 y 25 del expediente de apelación), también menciona que “(...) *interponemos recurso ordinario de apelación en contra del acto de adjudicación del concurso concurso (sic) N° 009-2015 (...)*” (folio 7, 24 y 25 del expediente de apelación). Vistas ambas manifestaciones, se entiende, con base en el principio pro actione, que la apelación es respecto de las 4 líneas que conforman el concurso (folios 1583-1584 del expediente administrativo), y sobre ellas es que se entiende presentada la impugnación. **Criterio de la División:** Ahora bien, en el

caso de mérito se tiene que aplicado el sistema de evaluación, el consorcio disconforme ocupó en las líneas 1, 3 y 4 el último lugar de 6 ofertas, superada por 3 del consorcio Central de Servicios PC/RACSA, la plica del consorcio el ICE/ El Orbe y la oferta de Consorcio Reico/ El Orbe (hecho probado 2) y en la línea 2 obtuvo la posición 5 de 6, superada por las 3 ofertas del Consorcio Central de Servicios PC/RACSA y la de ICE/ El Orbe (hecho probado 2), siendo que el acto de adjudicación recayó para todas las líneas en el consorcio Central de Servicios PC/RACSA (hecho probado 3). Así las cosas, se imponía que el apelante al presentar su recurso, debía demostrar para cada línea, que su plica ostentaba un mejor derecho no sólo respecto de quien resultó adjudicataria, sino del resto de ofertas que la superaban. De esta forma podía desacreditar a cada una de las ofertas rebajándoles puntos o señalando incumplimientos que ameritaran su descalificación, reclamando para sí un mayor puntaje que la colocara por encima de todas las demás ofertas, o una combinación de todos esos supuestos. Sin embargo, el recurso interpuesto por el apelante ataca únicamente al consorcio adjudicatario y el consorcio Claro CR/Cococo. En ese sentido, en el punto II del documento de impugnación le atribuye incumplimientos graves al consorcio adjudicatario (folios 7, 24, 27-49 del expediente de apelación) y en el punto III incumplimientos al consorcio Claro CR/Cococo (folios 7,24, 44-49 del expediente de apelación). Con ello busca demostrar incumplimientos que las descalificarían y por ende no podrían ser adjudicatarias. No obstante, su recurso no alega puntos para sí ni se refiere a las ofertas de los consorcios del ICE/ Orbe y consorcio Reico/ Orbe, las cuales como se indicó líneas atrás, también superaron la plica del apelante (hecho probado 2). De allí, que aunque prosperara su recurso, no podría resultar adjudicataria, ya que hay ofertas que están por encima de la suya y respecto de las cuales no se refirió. De esta forma, aunque las plicas del consorcio Central de Servicios PC/RACSA se estimaran inelegibles, existen otras ofertas que por ocupar mejores puestos ostentan un mejor derecho para resultar adjudicatarias. Ahora, en este punto, el consorcio apelante al interponer el recurso señaló en relación con las ofertas de los consorcios Reico/ El Orbe e ICE/ El Orbe, que la empresa Componentes El Orbe (empresa parte de dichos consorcios y del apelante), consultó a Reico y el ICE su interés en apelar, y la respuesta de ambas fue negativa, y las vigencias de las ofertas y garantía ya están vencidas (folios 7, 24 y 27 del expediente de apelación). Sin embargo, con base en lo dispuesto en el numeral 178 del RLCA y ante la prevención que hace la Administración a los oferentes, para mantener o restablecer la vigencia de ofertas y garantía de participación, consta que la oferta del consorcio ICE/ El Orbe renovó tanto la vigencia de la oferta, como la de la garantía de participación (hecho probado 4), con lo cual manifiesta su voluntad de seguir siendo parte del concurso, y potencial adjudicatario. Respecto de ese mismo punto, el órgano contralor, al dar la audiencia inicial, requirió a la Administración que

indicara de forma expresa qué ofertas ampliaron la vigencia y garantías de participación, y que se remitiera los documentos que así lo respaldaran (folio 334 del expediente de apelación). Dicha renovación es confirmada por el Banco fiduciario mediante oficio DFE-1989 (hecho probado 5) y se reitera por la Administración al contestar la audiencia inicial al señalar: “(...) se adjunta la nota del Instituto Costarricense de Electricidad, donde mantienen la vigencia, tanto de su oferta como de su garantía de participación, en su condición de “líderes” del consorcio ICE-El Orbe, tal cual fueron designados entre ellos de mutuo acuerdo (...)” (folio 393 del expediente de apelación). Ahora bien, Componentes El Orbe S. A. manifiesta en nota recibida el 9 de setiembre, que su empresa no ha autorizado al ICE a prorrogar la vigencia de la oferta ni de la garantía de participación, además que no se le consultó ni informó sobre la notificación del fideicomiso en cuanto a dichas prórrogas, al tenor de lo dispuesto en el acuerdo consorcial, de allí que dicho acto no cuenta con su aprobación (folios 360-361 del expediente de apelación). Sin embargo, de conformidad con el acuerdo consorcial, el ICE es la empresa líder y se encuentra autorizada para prorrogar la oferta (hecho probado 1), tal y como se hizo. En este orden de ideas, si Componentes El Orbe S. A., no comparte las acciones del ICE en este concurso, es un aspecto a resolver a lo interno del consorcio y conforme las condiciones previamente pactadas entre las partes que no le competen a este órgano contralor dilucidar, y por ende no pueden ser ventiladas en esta instancia. Véase, que para efectos de terceros, existe una prórroga de la garantía de participación y oferta de una plica que tiene una mejor posición en el sistema de evaluación que el consorcio apelante, que no fue cuestionada en el recurso interpuesto. Siendo ello así, se concluye que la apelante no tiene legitimación para resultar adjudicataria, toda vez que aún de prosperar este recurso, existe al menos una oferta que ocupa una mejor posición que la suya y no fue desacreditada al interponer el recurso. Así las cosas, con base en lo dispuesto en el artículo 180 inciso b), procede declarar sin lugar el recurso interpuesto, al no ostentar la recurrente de la legitimación necesaria para hacerse con el acto de adjudicación, motivo por el cual con fundamento en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se prescinde de pronunciamiento sobre otros aspectos del recurso por carecer de interés.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; artículos 1, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, 85, y 90 de la Ley de la Contratación Administrativa; 174, 176, 180, 182, 183 y 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Declarar sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por el **Consortio Telefónica-Componentes El Orbe S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **Concurso 009-2015**, promovido por el **Fideicomiso de**

Gestión de los Proyectos del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, SUTEL-BNCR, para la Contratación de dispositivos de acceso a internet de banda ancha en el marco del Programa de Comunidades Conectadas para dotación a instituciones beneficiarias, con aporte del Fondo Nacional de Telecomunicaciones, adjudicado al **Consortio Central de Servicios PC S. A- Radiográfica Costarricense S. A.**, por un monto de \$ 8.411.825,56 (ocho millones cuatrocientos once mil ochocientos veinticinco dólares con cincuenta y seis céntimos), el cual se confirma.**2) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**-----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente de División a.i

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción por: Licda. Lucía Gólcher Beirute

LGB/pus

NN:13527 (DCA-2602-2016)

NI:22437, 22455, 22575, 22704, 22797, 23520, 23522, 23547, 24102, 24311, 24444, 24384, 24593, 25260, 25254

G: 2015003985-5