

R-DCA-1000-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas cuarenta y cuatro minutos del trece de diciembre del dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por el **CONSORCIO conformado por FRP TECNOLOGÍA EN CONSTRUCCIÓN, S.A., y MULTICONSTRUCTORA GARCÍA Y OTOYA, S.A.**, en contra del acto del acto de adjudicación dictado dentro de la **CONTRATACIÓN DIRECTA** sin número, promovida por la **JUNTA DE EDUCACIÓN DE LA ESCUELA GAMALOTILLO**, para la “Construcción de obra nueva: 1 aula multigrado de 210 m², 1 batería sanitaria afrocaribeña de 41 m², obras preliminares y obras exteriores”, acto de adjudicación recaído en el **CONSORCIO conformado por CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN P&S, S.A., y MULTISERVICIOS MACHADO, S.A.**, por un monto de ¢120.233.908,75.-----

RESULTANDO

I. Que el Consorcio conformado por FRP Tecnología en Construcción, S.A., y Multiconstructora García y Otoyá, S.A., el veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis, interpuso ante este órgano contralor recurso de apelación contra el acto de adjudicación de la referida Contratación Directa.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas dieciséis minutos del primero de diciembre de dos mil dieciséis, este órgano contralor solicitó a la Administración el expediente administrativo, copia digitalizada del cual fue remitida por la Dirección de Infraestructura y Equipamiento (DIEE), Ministerio de Educación Pública, como entidad tramitadora del concurso, mediante oficio No. DIEE-DC-491-2016 de seis de diciembre de dos mil dieciséis.-----

III. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo de ley y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto se tienen por demostrado lo siguiente: **1)** Que la Junta de Educación Escuela Gamalotillo, código del MEP 0649, promovió la contratación directa sin número al amparo del numeral 137 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), mediante la Dirección de Infraestructura y Equipamiento (DIEE), Ministerio de Educación Pública, para la “Construcción de obra nueva: 1 aula multigrado de 210 m², 1 batería sanitaria afrocaribeña de 41 m², obras preliminares y obras exteriores”, cursando invitación a eventuales oferentes mediante fax el día 10 de mayo de 2016 (ver folios 119 a 132 del expediente administrativo, correspondientes a los folios 262 a 275 del documento

en formato .pdf correspondiente al tomo 1 del expediente certificado). **2)** Que de conformidad con el acta de apertura de ofertas, de las 10:00 a las 11:25 horas del 31 de mayo de 2016, fueron presentadas catorce ofertas: la número uno de Consorcio FRP Tecnología en Construcción, S.A., y Multiconstructora García y Otoyá, S.A., la número dos de Construcciones Hermanos Porras CHP, S.A., la número tres de Consorcio Consultora y Construcción P & S, S.A., y Multiservicios Machado, S.A., la número cuatro de Constructora y Consultora Lema, S.A., la número cinco de Multiservicios Isabel Cristina, S.A., la número seis de Consorcio Ing. Jorge Alberto Bolaños Quirós, y Bolaños Quirós B&Q Ingeniería, S.A., la número siete de Molina Arce Construcción, la número ocho de Torres e Ingenieros, S.A., la número nueve de Topógrafo y Agrimensor German Gonzalo Sánchez Mora, la número diez de Construtica Diseño y Construcción, Ltda., la número once de Constructora Samagú Rodríguez, S.A., la número doce de Desarrollos Urbanísticos Almada, S.A., la número trece de HJ del Norte, S.A., y la número catorce de Bucknor Consultores y Asociados, S.A. (ver folios 136 a 139 del expediente administrativo, correspondientes a los folios 255 a 258 del documento en formato .pdf correspondiente al tomo 1 del expediente certificado). **3)** Que según el Acta de Adjudicación, asiento 152 de la sesión de la Junta de Educación de la Escuela Gamalotillo, de las 13:00 a las 14:00 horas del 17 de noviembre de 2016, la presente contratación fue adjudicada al Consorcio conformado por Consultoría y Construcción P&S, S.A., y Multiservicios Machado, S.A. (ver folios 2386 a 2389 del expediente administrativo, correspondientes a los folios 41 a 44 del documento en formato .pdf correspondiente al tomo 5 del expediente certificado). **4)** Que mediante oficio DIEE-DC-AL-413-2016 de 13 de julio de 2016 al Consorcio conformado por las empresas FRP Tecnología en Construcción, S.A., y Multiconstructora García y Otoyá, S.A., le fue solicitado efectuar subsanes técnicos, financieros, y legales a su oferta, dentro del plazo de tres días hábiles, para lo cual fue requerido lo siguiente: “**Subsanes Técnicos:** / • *El oferente debe presentar el cronograma de ejecución del proyecto tal como se solicita en las condiciones generales del cartel. El mismo debe contemplar todas las actividades y sub-actividades especificadas en las condiciones particulares, sus duraciones, las relaciones de secuencia lógica entre aquellas, la identificación de la(s) ruta(s) crítica(s) y la asignación de recursos con sus costos (costos por actividad). En el caso de las edificaciones, las mismas se deben desglosar en las sub-actividades requeridas para su realización (por ejemplo: limpieza del terreno, trazado, excavación, colado de cimientos, etc., según corresponda).* / • *Aportar la tabla con la programación financiera semanal para todas las actividades del proyecto; la misma debe*

estar relacionada con el cronograma de ejecución y concordar adecuadamente con la tabla del programa de desembolsos y la línea base del costo del proyecto. / • Presentar la tabla del programa de desembolsos y la línea base del costo del proyecto, tal como se requiere en las condiciones generales del cartel. / • Presentar, de cada una de las empresas conformantes del consorcio oferente, la certificación del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica, en la que se constate que ambas se encuentran registradas y al día en sus obligaciones con ese Colegio. Se requiere que dichos documentos sean los más actualizados, esto debido a que el oferente presentó certificaciones que al día de la apertura de las ofertas se encontraban vencidas. Se aclara que se aceptará el documento fotocopiado o impreso en el formato emitido vía web por el Departamento de Registro del CFIA desde el 17 de agosto de 2015, no siendo necesario que el mismo venga autenticado. / • Indicar explícitamente el profesional propuesto para asumir la responsabilidad o dirección técnica de las obras eléctricas en caso de ser adjudicatario, esto por cuanto en la oferta se están indicando dos profesionales; además presentar la respectiva certificación del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica en la que se constate que el mismo se encuentra registrado y al día en sus obligaciones con ese Colegio. Dicho documento debe estar vigente. Se aclara que se aceptara el documento fotocopiado o impreso en el formato emitido vía web por el Departamento de Registro del CFIA desde el 17 de agosto de 2015, no siendo necesario que el mismo venga autenticado. / • Para demostrar la experiencia en proyectos similares al ofertado y con el fin de poder analizar debidamente la información que corresponda, el oferente debe aportar los documentos que cumplan con las formalidades descritas en el pliego de condiciones. Debe presentar fotocopias autenticadas de los contratos de construcción de las obras ejecutadas, los cuales deben haberse suscrito por el actual oferente y además fotocopias autenticadas de los documentos correspondientes en los que se haya hecho constar la recepción satisfactoria de las obras, sean estas cartas, actas de recepción definitiva, finiquitos de obra o similares, los cuales tienen que estar debidamente rubricados por los propietarios (o sus representantes en caso de ser personas jurídicas) que suscribieron los respectivos contratos o por quien fungió como el profesional responsable autorizado para tales efectos. La documentación que deberá adjuntarse para acreditar las obras debe ser necesariamente de proyectos similares al de la presente contratación en el entendido que deberán ser de edificaciones donde se haya construido la totalidad de las mismas para su pleno funcionamiento y no solo algún o algunos sistemas, elementos, estructuras, módulos o unidades constructivas

como proyectos en si (por ejemplo sistema eléctrico, sistema pluvial, sistema sanitario, sistema potable, estructura de techos, ventanería, pintura, sistema de incendios, conformación de capas de pavimentos o aceras, estructuras de muros, cerramientos, etcétera). Junto con la documentación indicada deberá aportar una lista con los proyectos que concretamente se desean acreditar para esta contratación (los mismos deben corresponder con la documentación requerida antes), mostrando expresamente las fechas de inicio y finalización de las obras y los respectivos montos. Será valorada solo la información que quede completa con la presentación de todos los documentos y en la que se constate que efectivamente se cumpla con las fechas de ejecución, los montos y el tipo de obra requeridos según el pliego de condiciones, sin perjuicio de que ello pueda ser corroborado por esta Administración en caso de dudas. De acuerdo a esto último, se requiere necesariamente que la información autenticada que se aporte corresponda a obras similares que como máximo se hayan finalizado tres años exactos antes de la fecha de apertura de esta contratación, por lo que no se computarán aquellas cuya ejecución haya sido en fechas más allá del plazo requerido en el cartel; de igual forma no se contabilizarán los montos de las obras que a la fecha de la apertura de la presente contratación aún se encontraban en ejecución o estaban por iniciar. / **Subsanos Financieros:** / **FRP TECNOLOGÍA EN CONSTRUCCIÓN S.A.** / • Presentar la declaración jurada de los montos de obras adjudicadas sin iniciar y el saldo pendientes de aquellas obras en proceso de ejecución; firmada por el representante legal, de la empresa. **(En donde se muestre el desglose de la obra adjudicada o la obra en ejecución con su respectivo nombre y monto en número)**. / • Presentar la declaración jurada del saldo de las cuentas por cobrar que **no** sean por obras adjudicadas o en proceso de ejecución al momento de la apertura de las ofertas; firmada por el representante legal de la empresa. / • Presentar la declaración jurada del impuesto sobre la renta de los últimos periodos fiscales concluidos. Es decir el formulario de la declaración jurada del impuesto sobre la renta. D101. / • Presentar los **Estados Financieros** (Balance General, Estados de Resultados) de los periodos fiscales al 30 de setiembre del 2014 y al 30 de setiembre del 2015 así como los del mes anterior a la fecha de la apertura de las ofertas (es decir al 30-04-2016), en forma original no copias. Además deben venir firmados por el representante legal de la empresa y el contador; en caso que envíen los Estados financieros en copias estas deben ser certificadas por un notario público. / • Presentar la **Certificación** de los **Estados Financieros** (Balance General, Estados de Resultados) de los periodos fiscales al 30 de setiembre del 2014 y al 30 de setiembre del 2015, así como la del mes anterior a la fecha de

la apertura de las ofertas (es decir al 30-04-2016), con el formato que establece el Colegio de Contadores Públicos, con fecha vigente y de forma original; **o el Informe Auditado**, igualmente de esos mismos Estados Financieros, en original, o en copias certificadas por un notario público. / **MULTICONSTRUCTORA GARCIA Y OTOYA S,A** / • Presentar la declaración jurada de los montos de obras adjudicadas sin iniciar y el saldo pendientes de aquellas obras en proceso de ejecución; firmada por el representante legal, de la empresa. **(En donde se muestre el desglose de la obra en ejecución con su respectivo nombre y monto en número)**. / • Presentar la declaración jurada del saldo de las cuentas por cobrar que no sean por obras adjudicadas o en proceso de ejecución al momento de la apertura de las ofertas; firmada por el representante legal de la empresa. / • Presentar los **Estados Financieros** (Balance General, Estados de Resultados) de los períodos fiscales al 30 de setiembre del 2014 y al 30 de setiembre del 2015, así como los del mes anterior a la fecha de la apertura de las ofertas (es decir al 30-04-2016) en forma original no copias. Además deben venir firmados por el representante legal de la empresa y el contador; en caso que envíen los Estados financieros en copias estas deben ser certificadas por un notario público. / • Presentar la Certificación de los **Estados Financieros** (Balance General, Estados de Resultados) de los periodos fiscales al 30 de setiembre del 2014 y al 30 de setiembre del 2015, así como la del mes anterior a la fecha de la apertura de las ofertas (es decir al 30-04-2016), con el formato que establece el Colegio de Contadores Públicos, con fecha vigente y de forma original; **o el Informe Auditado**, igualmente de esos mismos Estados Financieros, en original, o en copias certificadas por un notario público. / **Subsanos Legales:** / • Certificación notarial o registral (**original y vigente**) del capital social y distribución accionaria de la empresa. / • Certificación notarial o registral (**original y vigente**) del capital social y distribución accionaria de la empresa. / • Declaración jurada que se encuentra al día con la C.C.S.S., alcance número 30, Gaceta 114 del 16-07-1997 de la empresa Multiconstructora García y Otoyá S.A. / • Declaración jurada que se encuentra al día con el pago de las obligaciones relativas al régimen de impuestos directos a que hace referencia el artículo 65 inc. a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, de la empresa Multiconstructora García y Otoyá S.A. / • Declaración jurada que no le alcanza las prohibiciones determinadas en el artículo 22 de la ley de Contratación Administrativa, de la empresa Multiconstructora García y Otoyá S.A. / • Certificación notarial o registral (**original y vigente**) de encontrarse al día con el pago de FODESAF., de ambas empresas.” (ver folios 2029 a 2033 del expediente administrativo, correspondientes a los folios 25 a 29 del documento en formato .pdf

correspondiente al tomo 4 del expediente certificado). **5)** Que mediante oficio DIEE-DC-AL-440-2016 de 21 de julio de 2016, se dispuso lo siguiente: *“En atención a la solicitud de subsanar a la empresa CONSORCIO FRP TECNOLOGÍA EN CONSTRUCCIÓN S.A. y MULTICONSTRUCTORA GARCÍA Y OTOYA S.A. [...] se procede a descalificar la oferta presentada por dicha empresa. / Lo anterior de conformidad con el artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa al no atender la prevención de subsanar, realizada mediante oficio DIEE-DC-AL-413-2016, notificado en fecha 14 de julio de 2016.”* (ver folio 2299 del expediente administrativo, correspondientes al folio 131 del documento en formato .pdf correspondiente al tomo 5 del expediente certificado; en la transcripción se ha eliminado la negrita existente en el original para el nombre de la empresa).-----

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: El artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) dispone: *“La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso, o en caso contrario, su rechazo por inadmisibles o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos.”* En relación con lo anterior, el artículo 178 del Reglamento a dicha ley establece: *“Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República deberá analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato.”* Asimismo, el artículo 180 del RLCA enumera las causas por las cuales procede rechazar de plano, por improcedencia manifiesta, el recurso de apelación, y entre ellas contempla lo siguiente: *“El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos: / [...] 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 relación con dichas normas, este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-471-2007 del 19 de octubre del 2007, señaló lo siguiente: **“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 Legitimación:** El artículo 180 del Reglamento de Contratación Administrativa establece que el recurso es improcedente de manera manifiesta cuando se interponga por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo y, de seguido, se indica que se entiende que carece de esa legitimación el apelante que no resulte apto para resultar adjudicatario, sea porque su

propuesta sea inelegible o porque, a partir de las reglas dispuestas en el sistema de calificación, no se haya acreditado un mejor derecho de frente a otros oferentes. La inelegibilidad de una plica se entiende cuando en el expediente administrativo haya prueba suficiente para determinar que el oferente recurrente presentó una plica alejada de las normas técnicas, financieras, legales u otras, del cartel y tal hecho, sea de orden trascendental...". Considerando lo anterior, le corresponde al consorcio apelante demostrar en su recurso que cuenta con la legitimación necesaria para resultar como posible readjudicataria de la presente contratación directa. En el caso bajo análisis, durante el trámite del procedimiento la Administración requirió del oferente la subsanación de aspectos que consideró no estaban contemplados en la oferta, en temas técnicos, financieros, y legales (ver hecho probado 4); a saber se le indicó debía presentar cronograma de ejecución del proyecto, programación financiera semanal, programa de desembolsos, registro de las empresas conformantes del consorcio ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, profesional que asumirá la dirección técnica, demostración de experiencia en proyectos similares, declaraciones juradas sobre montos de obras adjudicadas y saldo de cuentas por cobrar, declaración del impuesto sobre la renta, estados financieros, certificaciones sobre capital social y accionistas, declaraciones sobre obligaciones con la CCSS, impuestos directos, prohibiciones, y Fodefaf. Es por ello que, de forma posterior la Administración descalificó la oferta del ahora apelante por no haber contestado la solicitud de subsane que le había sido remitida (ver hecho probado 5). Si bien constituye alegato de la parte recurrente que tanto la solicitud de subsane como el oficio que descalificó su oferta no fueron notificados al fax que señaló en su oferta, y que por tal razón no pudo atender oportunamente el requerimiento que le dirigió la Administración, lo cierto es que el Consorcio apelante se ha dado por notificado de lo actuado en este caso y procedió con la presentación del recurso de apelación, de tal forma que debió hacer referencia expresa sobre el contenido de la solicitud de subsane efectuada por la Administración, sea para cumplir con las subsanaciones requeridas o bien, oponiéndose por considerarlas cumplidas o no atinentes a su oferta, y respecto de lo cual no son hechas mayores consideraciones en el recurso. De esa forma, es criterio reiterado de este órgano contralor que las subsanaciones que puedan proceder respecto de la oferta del recurrente, o incluso respecto de las ofertas cuya validez sea discutida, deben acreditarse en la primera oportunidad procesal otorgada durante la tramitación del recurso de apelación; es decir, si se reclama la posibilidad de subsanar un determinado aspecto y que no se concedió la respectiva oportunidad, es parte de la fundamentación subsanar en su recurso. Al respecto ha indicado este órgano contralor que: *"...quien alegue que debió prevenírsele debe traerla con su recurso,*

por cuanto no tendría ningún sentido anular el concurso para que luego se le pida la subsanación, pues para ello el inconforme tiene la oportunidad procesal de hacerlo cuando interpone el recurso, como parte de su deber de fundamentación” (resolución No. R-DCA-120-2006 catorce horas del veinticuatro de marzo de dos mil seis. En igual sentido se puede ver las resoluciones RC-616-2002 de las 9:00 horas del 26 de setiembre de 2002 y RC-54-2003 de las 10:00 horas del 28 de enero de 2003). En similar sentido se ha resuelto: “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. [...] Así las cosas, siendo que se ha acreditado que dichas empresas efectivamente se encontraban morosas en el pago de impuestos y que al atender la audiencia que les fue concedida con ocasión del recurso de apelación ninguna de esas empresas acreditó haber realizado el pago correspondiente, este Despacho es del criterio que esta situación genera la exclusión de las propuestas.” (ver considerando II de la resolución No. R-DCA-185-2012 de las 10:00 horas del 18 de abril de 2012). De esa forma, la subsanación no puede depender de una posibilidad abstracta futura como lo pretende el recurrente, de modo que debió efectuar las subsanaciones que fuesen procedentes al momento de interponer el recurso aquí conocido, por exigirlo así, en todo caso, el artículo 180, inciso c), del RLCA, antes citado, referido a la necesidad de acreditar el mejor derecho que le pueda asistir oponiéndose a la inelegibilidad administrativa que fue decretada (en concreto su elegibilidad). Considerando lo anterior, correspondía a la apelante, como ejercicio propio de la fundamentación que exige el artículo 177 del RLCA, acreditar que su oferta era elegible técnicamente, para lo cual debió subsanar los aspectos que oportunamente le fueron reclamados, lo cual no hizo. Esta obligación resulta de especial relevancia no solo por el principio de que no hay nulidad por la nulidad, en el entendido de que no podría admitirse el recurso sino acredita al menos las posibilidades de resultar readjudicatario; sino también por el hecho de que la presunción de validez del acto final (ver hechos probados 1, 2 y 3), y el impacto a las necesidades públicas en cuanto a la oportunidad de su satisfacción, ameritan un ejercicio que rebata la exclusión de la oferta sino que acredite que en efecto resultaría beneficiado con la readjudicación. De conformidad con lo que viene dicho, siendo que la apelante no demostró su elegibilidad, no rebatiendo siquiera las razones de exclusión que ha manifestado conocer, se llega a concluir que no demostró su mejor derecho, por lo que se impone su rechazo de plano por falta de

fundamentación. De conformidad con lo establecido en el numeral 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 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 85 de la Ley de Contratación Administrativa; 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENCIA MANIFIFESTA** el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio conformado por FRP Tecnología en Construcción, S.A., y Multiconstructora García y Otoyá, S.A., en contra del acto de adjudicación dictado dentro de la **Contratación Directa** sin número, promovida por la Junta de Educación de la Escuela Gamalotillo, para la "Construcción de obra nueva: 1 aula multigrado de 210 m², 1 batería sanitaria afrocaribeña de 41 m², obras preliminares y obras exteriores", acto de adjudicación recaído en el Consorcio conformado por Consultoría y Construcción P&S, S.A., y Multiservicios Machado, S.A., por un monto de ¢120.233.908,75, 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

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Rolando A. Brenes Vindas.

RBV/chc
NN:16505 (DCA-3099)
NI: 32840, 33669, 33670, 33703, 33768, 34159, 34162, 34202.
CI: Archivo central.
G: 2016004086-1