

R-DCA-0248-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas cincuenta y dos minutos del veinticuatro de abril de dos mil diecisiete.-----

Recurso de apelación interpuesto por **SG CONSTRUCCIONES LTDA** en contra del acto de adjudicación del concurso privado para la "contratación de una empresa constructora (persona jurídica) para la ejecución del proyecto: ejecución de obras faltantes de infraestructura en espacios públicos en Riojalandia en Barranca, Puntarenas", promovida por la **Fundación para la Vivienda Rural Costa Rica - Canadá** y adjudicada a la empresa **Servicios Constructivos Grupo Himalaya S.A.** por un monto de ¢674.921.806,14 (seiscientos setenta y cuatro millones, novecientos veintiún mil ochocientos seis colones con catorce céntimos).-----

RESULTANDO

I. Que la empresa SG Construcciones LTDA., presentó recurso de apelación el día tres de abril de dos mil diecisiete.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas del cuatro de abril de dos mil diecisiete, se requirió el expediente administrativo del concurso a la Fundación para la Vivienda Rural Costa Rica - Canadá. Dicha diligencia fue atendida en tiempo mediante oficio PVR-GG-119-2017, presentado el cinco de abril de dos mil diecisiete.-----

III. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias. -----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que en su oferta, la empresa Servicios Constructivos Himalaya S.A., indicó: "(...) Tiempo de entrega: 120 días Naturales (...)" (Folio 755 del expediente administrativo de ofertas). **2)** Que en su oferta, la empresa Servicios Constructivos Himalaya S.A., aportó un diagrama titulado, "cronograma-Riojalandia" y en donde se indicó "Duración 120d" (Folio 770 del expediente administrativo de ofertas). **3)** Que mediante subsanación recibida el 03 de enero de 2017 en la Fundación Costa Rica - Canadá, la empresa Servicios Constructivos Himalaya S.A indicó: "(...) Días de Duración 120 días (...)" (Folio 252 del expediente administrativo de trámite). **4)** Que la empresa apelante SG Construcciones LTDA indicó que su plazo de entrega era de ciento cincuenta días hábiles (Folio 1065 del expediente administrativo de ofertas).-----

II. Sobre la competencia de esta Contraloría General de la República para conocer del

recurso Interpuesto: Esta División debe referirse a las facultades de que goza para conocer del recurso interpuesto, ello a fin de aclarar las competencias del órgano contralor con respecto al conocimiento de apelaciones producto de procedimientos de compra tramitados por la Fundación Costa Rica-Canadá, ente privado que utiliza fondos públicos en algunas de sus contrataciones. Así, el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa regula el ámbito de aplicación de dicha ley, y en su párrafo segundo establece que *“cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta Ley”*. Ahora bien, la Fundación Costa Rica-Canadá, que es una entidad privada, estableció en el Pliego de Condiciones de esta contratación, Punto 6 – Forma de Pago, entre otros, lo siguiente: *“Es conocido y aceptado por el oferente que los recursos para la ejecución del proyecto objeto del presente concurso provienen del BANHVI, todo de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del mismo; por lo que La Fundación no asume responsabilidad ante el Contratista en caso de que el BANHVI suspenda, por cualquier motivo, total o parcialmente el giro de recursos respectivo”* (folio 18 del expediente administrativo); aspecto que también fue manifestado por la Fundación, mediante oficio FVR-GG-130-2017 al indicar: *“(...) aclaramos que la Fundación Costa Rica Canadá, en su condición de entidad autorizada del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, no gira directamente dineros a las empresas que resultan adjudicadas mediante los concursos que se promueven con base en los principios de la contratación administrativa. El desembolso de recursos lo hace directamente el BANHVI mediante transferencias electrónicas, previo informe de la Fundación (...)”*. (Folio 32 del expediente de apelación). Por su parte, el párrafo tercero del artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, contempla la posibilidad de interponer el recurso de apelación contra el acto de adjudicación o contra la declaratoria de infructuoso o desierto, en aquellos concursos promovidos de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa, sea cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos. En razón de todo lo expuesto, se concluye que esta Contraloría General tiene competencia para conocer del recurso presentado, toda vez que el procedimiento impugnado es cubierto precisamente con fondos del BANHVI, y desarrollado por la Fundación bajo los principios de contratación administrativa, motivo por el cual procede su conocimiento en esta sede, para lo cual ha sido tomado como referencia el Estrato presupuestario del BANHVI

(estrato F), según la resolución R-DC-11-2017 de las quince horas del veinte de febrero de 2017, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, en el Alcance Digital N° 43 del 24 de febrero de 2017.-----

III. Sobre la admisibilidad del recurso: Previo a iniciar con el estudio del recurso presentado, resulta necesario tener presente que el artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa nos dice, que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones, 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, debiendo entonces acreditar en el recurso, su aptitud para resultar adjudicatario; dicho artículo señala también que el recurso será rechazado cuando se presente sin la debida fundamentación. En otras palabras, ese mejor derecho no es otra cosa que el deber de ese recurrente, de demostrar cómo de frente a las reglas que rigen el concurso, su propuesta resultaría elegida al momento de anularse el acto final recaído sobre el concurso, debiendo entonces demostrarse en el recurso, la aptitud para resultar adjudicatario. Situación esta que además exige, una debida fundamentación del recurso, aspecto que los artículos 88 de la Ley de Contratación Administrativa y 185 de su Reglamento reiteran. En consecuencia, el apelante debe presentar argumentos sólidos y aportar la prueba idónea en que apoye sus argumentaciones y cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios, sin que resulte válido que el recurrente se limite a señalar que su oferta debió ser la adjudicataria, sino que, debe acreditar dichas razones mediante la prueba pertinente, y además, también debe demostrar de qué forma su oferta resultaría ganadora en relación con las demás ofertas y el sistema de evaluación definido en el pliego de condiciones. De frente a lo anterior, se hace necesario revisar tales aspectos en el recurso incoado. **Sobre el recurso presentado por SG CONSTRUCCIONES LTDA SG CONSTRUCCIONES LTDA. La apelante** indica que las ofertas de las empresas AJIP Ingeniería LTDA, Molina Arce Construcción y Consultoría S.A. y Servicios Constructivos Grupo Himalaya S.A., deben ser rechazados. Señala que el cartel en su punto 2.2 exigía entre otras cosas la presentación como requisito de admisibilidad de una tabla de holguras y de una metodología descriptiva y lógica de acción, que de manera clara y concisa sustente lo indicado en el Cronograma de Ejecución de

Obras, y además en donde se indique la cantidad de recursos técnicos que utilizará el oferente para la ejecución del proyecto. Considera que si bien a la adjudicataria se le requirió que presentará dicha documentación, esto significa que se ha dado un rompimiento al principio de igualdad de trato, pues significa una desventaja para su representada que desde el inicio presentó la documentación técnica tal y como pedía el cartel, siendo que más bien la presentación de la documentación pedida en el cartel, implicaba que la oferta de la adjudicataria debía considerarse como inelegible. Estima que permitir que la adjudicataria y otras empresas subsanaran dicha documentación, implica una violación del artículo 80 del Reglamento a la Contratación Administrativa, siendo que al permitírsele casi un mes después a la adjudicataria subsanar la información de mérito, teniendo a la mano datos que le proporcionaban el encuadre perfecto para que su plazo no resultara irreal, realizó dicha subsanación, siendo que de lo contrario el plazo sería irreal. Indica que la no presentación de los elementos técnicos correspondientes le permitiría a las empresas colocar plazos irreales y no comprobables que pusieran en ventaja indebida ante las demás a la hora de evaluación y que casualmente el plazo de la adjudicataria es el más bajo de todas las ofertas presentadas, lo que deja en evidencia la desventaja que sufre su representada. Indica que aparte de la falta de presentación de la documentación solicitada por parte de la adjudicataria, se desprende que esta no se hace de acuerdo a lo pedido en el cartel, ya que no existe indicación de los recursos técnicos y el número de estos que utilizará en la ejecución de obras, señalando que si bien sabe que se utilizará cuadrillas, no sabe cuál es el número de trabajadores que componen la cuadrilla y tampoco se puede discernir si se utilizará maquinaria de construcción, vehículos de acarreo, maquinaria menor, y en qué cantidad. Manifiesta que señalar puntualmente los recursos que se van a utilizar en cada uno de los procedimientos constructivos, es fundamental porque es la demostración de que el plazo propuesto por cada uno de los oferentes es posible y no acomodado a tener un determinado puntaje, siendo que estima que no se puede determinar si el plazo de la adjudicataria es real porque no se conoce la cantidad de recursos. Estima que no resulta lógico que sin saber la cantidad de recursos a utilizar, ni en qué momento se va a utilizar, se le conceda una ventaja y se le otorguen quince puntos, máxime que de la información suministrada primero en la oferta y en la que considera una subsanación ilegal que se hace después, no se sabe si el plazo de ejecución propuesto por la adjudicataria de 120 días hábiles para la realización de las obras se puede cumplir, además de que de la metodología

descriptiva no se puede demostrar técnicamente a ningún ente profesional que el proyecto podría o no construirse en un plazo de 120 días, siendo que no puede alegarse que en aras del principio de buena fe, se presume que el plazo propuesto es realizable por el solo hecho de existir un compromiso de parte del oferente. Respecto a las ofertas de AJIP Ingeniería LTDA y Molina Arce Construcción y Consultoría S.A., indica que se encuentra ante la misma situación en tanto se les permitió completar su oferta, aportando tabla de holguras y metodología, después de realizar la apertura de ofertas, lo cual generó una ventaja indebida que está prohibida por el RLCA, ventaja que se hace más evidente en el caso de Molina Arce, a que al momento de aportar su metodología tuvo de guía la metodología aportada por su representada, debiendo por lo tanto descalificarse ambas ofertas. **Criterio de la División:** Tal y como se ha venido indicado anteriormente, tanto la Ley de Contratación Administrativa como su Reglamento exigen como un requisito esencial para la procedencia del recurso de apelación, que el mismo debe venir acompañado de un ejercicio de fundamentación adecuado, siendo que no resulta suficiente señalar la existencia de un supuesto vicio en la oferta de la adjudicataria o en el accionar de la Administración, sino que debe demostrarse mediante argumentos contundentes y la prueba pertinente, la existencia de dicho vicio y además, la trascendencia de dicho incumplimiento que implique necesariamente la anulación del acto final del procedimiento. Ahora bien, del análisis expuesto por la apelante en su recurso se tiene que la recurrente se ha limitado a indicar de manera general que existió un vicio en el actuar de la Administración por cuanto se le permitió subsanar la omisión de un requisito de admisibilidad y además que el plazo de 120 días ofertado por la adjudicataria resulta irreal, máxime que estima que la apelante no logró ni en su oferta, ni en fase de subsanación demostrar que su plazo era efectivamente realizable, así como también estima que la adjudicataria tampoco demostró en su metodología a través de cuáles requisitos técnicos iba a cumplir con el plazo propuesto, tal y como le pedía el cartel. Ahora, si bien es cierto la recurrente ha expuesto los argumentos antes descritos en contra de la adjudicataria, lo cierto es que estima esta Contraloría General de la República que no ha logrado demostrar de manera indubitable o al menos con algún grado de certeza, que el plazo ofrecido por la adjudicataria sea irreal, o que se le haya otorgado una ventaja indebida a la adjudicataria. En primer lugar, estima este órgano contralor que el hecho de que a la adjudicataria y a otras empresas se les haya permitido subsanar un requisito de admisibilidad no necesariamente implica que se les haya otorgado ventaja indebida a las mismas, y en

especial la apelante no ha logrado demostrar fehacientemente, por qué la posibilidad de subsanar estos requisitos implica necesariamente una ventaja indebida en los términos dichos. Si bien el concurso de mérito no se rige por los procedimientos de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) ni tampoco por su Reglamento (RLCA), ya que, como se indicó, se rige únicamente por sus principios, lo cierto es que no observa esta Contraloría General que la subsanación realizada sea contraria al espíritu de lo indicado en el artículo 80 del RLCA, en tanto la recurrente no ha demostrado que se haya violentado el principio de igualdad o que se le haya dado ventaja indebida a las empresas en cuestión -entre ellas la adjudicataria-, al permitírseles el subsane de defectos en su oferta. En este punto debe rescatarse que en un caso como el que nos ocupa, no basta con que la apelante señale que existió ventaja indebida en el actuar de la Administración, sino que esta además debe ser probada en el sentido de acreditar por qué razón se propició por la licitante una ventaja sobre otras empresas en perjuicio de la recurrente, pero no solo indicar la existencia de una ventaja indebida sin su debida prueba. En efecto, la recurrente tenía el deber de demostrar de qué forma la subsanación de dichos requisitos implicó necesariamente una ventaja indebida para la adjudicataria y para las demás empresas, siendo que solamente se ha limitado a indicar que la subsanación en cuestión es contraria a los principios de contratación, sin un ejercicio que demuestre de manera fehaciente su dicho, siendo además que esta misma carencia se puede observar en sus argumentos en contra del plazo de la adjudicataria. En este orden, respecto a este punto de su recurso, se tiene que la adjudicataria desde su oferta ha sido consecuente en cotizar un plazo de 120 días, así se tiene que en la prosa de su oferta indicó que ofrecía un plazo de 120 días (hecho probado 1), lo cual fue confirmado además en el diagrama aportado en su plica (hecho probado 2). Posteriormente y ya una vez en la etapa de subsanación, procedió a confirmar que su plazo era de 120 días (hecho probado 3), de lo cual puede concluirse que la adjudicataria ha sido consecuente en su plazo, siendo que el mismo plazo ofertado en su plica fue confirmado posteriormente en la subsanación de mérito, sin que se observa que haya variado dicho plazo y por ende, no se observa una ventaja indebida en el actuar de la adjudicataria. Así pues, hubiera sido distinto si la adjudicataria hubiera variado su plazo de ejecución al momento de subsanar para obtener una mejor puntuación por ejemplo, acción que como se indicó no ha sido realizada por la adjudicataria, siendo que más bien desde el momento de oferta su plazo ha sido consecuente (hechos probados 1 y 2), con lo subsanado (hecho probado 3). Asimismo, indica la

apelante que la subsanación realizada por la adjudicataria no cumple con lo solicitado en el cartel en cuanto al detalle de cuanto equipo técnico se requería, no obstante si bien puede apuntarse ese vicio a la adjudicataria, no hace pese a ello el recurrente un ejercicio demostrativo que lleve a este órgano contralor a considerar que efectivamente su plazo es irreal, pues en eso consistía su obligación, toda vez que el recurrente lo que hace es en suma plantear un argumento especulativo y de duda, en punto a que por la omisión de indicar los recursos técnicos asignados no es posible conocer si la adjudicataria podía cumplir con el plazo ofrecido, sin embargo su argumento debía ir más allá en el sentido de demostrar efectivamente que más allá de esa omisión, ese plazo efectivamente resultaba irreal, ya sea por medio de una confrontación entre las actividades que la obra comprende con los recursos técnicos que en su criterio experto debieran ser los mínimos en la obra, o bien estableciendo tablas de duración mínimas de las actividades para establecer los plazos de cada labor, para concluir la insuficiencia del plazo, no obstante esta labor no es realizada por el recurrente. A lo anterior se debe sumar, que el plazo ofrecido por la recurrente (150 días) (hecho probado 4) no se observa abiertamente desproporcionado con el ofrecido la adjudicataria. Es decir, la apelante si bien estima que al no explicar la adjudicataria el detalle del equipo técnico a utilizar, no logra demostrar mediante un ejercicio de fundamentación adecuado que esa supuesta omisión implique necesariamente que el plazo ofrecido por la adjudicataria sea irracional o irreal. Lo anterior debe entenderse a la luz de las disposiciones normativas en la materia (LCA y RLCA), que exigen del recurrente un ejercicio probatorio amplio y detallado, que lleve a concluir que puede existir un vicio en el procedimiento o en la oferta adjudicataria que tenga una trascendencia que amerite la anulación del acto final del procedimiento; siendo que no basta simplemente con señalar la supuesta existencia de este vicio, sino que además, tal y como se ha venido indicando, debe demostrarse y además explicar la trascendencia del mismo dentro del procedimiento. En el mismo sentido de lo anterior se observa que la apelante ataca la subsanación realizada por las empresas AJIP Ingeniería LTDA y Molina Arce Construcción y Consultoría S.A, en tanto estima que existió una ventaja indebida al permitírsele subsanar su oferta, pero una vez más, más allá de su argumento no se observa una fundamentación adecuada en su escrito, en tanto la apelante se limita a manifestar su inconformidad con dicha subsanación, sin que demuestre fehacientemente por qué dicha subsanación resulta una ventaja indebida o una violación a los principios de la contratación administrativa. Así las cosas

y de acuerdo a todo lo anteriormente dicho, considera esta Contraloría General de la República que lo procedente es el **rechazo de plano** del recurso presentado en todos sus extremos.-----

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, 27, 84, 86, 88 de la Ley de la Contratación Administrativa, y 182, 185, 186, y 188 inciso d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Rechazar de plano por falta de fundamentación el recurso de apelación** interpuesto por **SG CONSTRUCCIONES LTDA** en contra del acto de adjudicación del concurso privado para la "contratación de una empresa constructora (persona jurídica) para la ejecución del proyecto ejecución de obras faltantes de infraestructura en espacios públicos en Riojalandia en Barranca, Puntarenas", promovida por la **Fundación para la Vivienda Rural Costa Rica - Canadá** y adjudicada a la empresa **Servicios Constructivos Grupo Himalaya S.A.**, por un monto de ¢674.921.806,14 (seiscientos setenta y cuatro millones, novecientos veintiún mil ochocientos seis colones con catorce céntimos). **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/egm
NN: 04589(DCA-0840-2017)
NI: 8560-8828-9371-9441
G: 2017001550-1