

R-DCA-0090-2020

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas cincuenta y ocho minutos del veintinueve de enero del dos mil veinte.-----

RESULTANDO

I. Que Volio & Trejos Asociados, S.A. interpuso recurso de apelación el veinte de noviembre de dos mil diecinueve en contra del acto de adjudicación, del Procedimiento por Principios Licitación Pública No. 2019PP-000001-0016300001.-----

II. Que mediante auto de las once horas nueve minutos del veinticinco de noviembre de dos mil diecinueve esta División requirió al Fideicomiso el expediente administrativo del concurso, lo cual fue atendido mediante oficio No. FIDOP-2019-11-958 del veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve.-----

III. Que mediante auto de las diez horas treinta y cinco minutos del cuatro de diciembre de dos mil diecinueve, esta División otorgó audiencia inicial al Fideicomiso licitante y a la adjudicataria con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por el apelante, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación. -----

IV. Que mediante auto de las nueve horas cincuenta y tres minutos del trece de enero de dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la apelante para que manifestara por escrito lo que a bien tuviera con respecto a los alegatos formulados por el Fideicomiso y por el adjudicatario en su escrito de contestación a la audiencia inicial conferida. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito que se incorpora al expediente.-----

V. Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

VI. Que la presente resolución se emite 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 recurso, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés, con vista en el expediente administrativo electrónico que consta en el Sistema Integrado de Contratación Pública (SICOP): **1)** Que el Fideicomiso Inmobiliario del Poder Judicial 2015 (FIPJU 2015) promovió el Procedimiento por Principios No. 2019PP-

000001-0016300001 para la “Construcción a suma alzada del proyecto del edificio denominado “Anexo E” del Poder Judicial”, publicando el cartel en la plataforma electrónica del SICOP el 14 de junio de 2019. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019LN-000004-0015700001 (Versión Actual)”, en la nueva ventana “Detalles del concurso”, “1. Información general”, “Fecha / hora de publicación”). **2)** Que al referido concurso licitatorio se presentaron cuatro ofertas: i) Volio & Trejos Asociados, S.A., ii) Edificadora Centroamericana Rapiparedes, S.A. (en adelante Edificar), iii) Edica Limitada y iv) Compañía Constructora Van der Laat y Jiménez, S.A. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de “1 Proceso de mejoras finalizado”, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”). **3)** Que de acuerdo con la Recomendación de Adjudicación las ofertas de las empresas Van der Laat & Jiménez, S.A. y Edica Limitada se consideraron inadmisibles, y una vez aplicado el sistema de calificación a las restantes ofertas se obtuvieron los siguientes resultados: Edificar 100% y Volio & Trejos, S.A. 99.51% (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, en el campo de “Resultado de la solicitud de verificación” ingresar por “Consultar”, en la nueva ventana “Listado de solicitudes de verificación”, en el número de secuencia 532610 ingresar por “1606 PJU1- Recomendación Adjudicación Construcción 191107 cf”, en la nueva ventana “Detalles de la solicitud de verificación”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1- Recomendación Adjudicación Construcción 191107 cf.pdf”). **4)** Que en la oferta de Volio & Trejos consta declaración jurada suscrita por el señor Gerardo Julián Volio Chamberlain respecto a la experiencia del oferente en proyectos similares, incluyéndose entre los proyectos acreditados para el requisito de admisibilidad el del Edificio de Oficinas de Caja Ande. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de “1 Proceso de mejoras finalizado”, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”, posicionarse en 2019PP-000001-0016300001-Partida 1-Oferta 4, ingresar por “-Consulta de ofertas”, en la nueva ventana “Mejora de precios” ingresar por “Consultar oferta base”, en el campo de “Adjuntar archivo”, ingresar por “Oferta Anexo E_Volio & Trejos 20190904.pdf”). **5)** Que en la oferta de Volio & Trejos consta declaración jurada suscrita por el señor Gerardo Julián Volio Chamberlain respecto a la experiencia del profesional propuesto para ingeniero residente en proyectos similares, incluyéndose a Mónica Ortola Morales, y señalando entre los proyectos

acreditados para el requisito de admisibilidad el del IFreses, indicándose en el inciso vi. Que: *“...Edificio de 25 niveles de apartamentos más sótano de cuartos electromecánicos y tanques...”*. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de “1 Proceso de mejoras finalizado”, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”, posicionarse en 2019PP-000001-0016300001-Partida 1-Oferta 4, ingresar por “-Consulta de ofertas”, en la nueva ventana “Mejora de precios” ingresar por “Consultar oferta base”, en el campo de “Adjuntar archivo”, ingresar por “Oferta Anexo E_Volio & Trejos20190904.pdf”.) **6)** Que la empresa Volio & Trejos solicitó confirmar la fecha de inicio del proyecto para estimar, si es del caso, la afectación del impuesto de valor agregado según escalonamiento, lo cual fue respondido por el Fideicomiso señalando: *“En caso de que no existan apelaciones a la adjudicación, se podría iniciar la construcción a finales de noviembre 2019. Por el contrario se tendría que llevar todo el proceso ante la CGR y definir nueva fecha de inicio.”* (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, en el campo de “Información de aclaración” ingresar por “Consultar”, en la nueva ventana “Lista de solicitudes de Aclaración”, en el número de aclaración 7002019000000020 ingresar por “Respondido”, en la nueva ventana “Solicitudes de Aclaración”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1-Consultas Consolidado 190822.pdf”.) **7)** Que en la oferta de Edificar constan declaraciones juradas de experiencia en cuanto al puesto de Maestro de Obras, suscritas respectivamente por los señores Jorge Rodríguez Madrigal y por el señor Víctor Espinoza Vega, en las que se mencionan en el primer caso los proyectos Condominio Residencial Paradisus y el Hotel Sheraton (Sonesta), éste con un área de oficinas de 3.183,66 m², y en el segundo caso se mencionan los proyectos Condominio Vertical Destiny, con un área de 3.200,00 m², Latitud Dent y Condominio Residencial Paradisus.”. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “3. Apertura de ofertas”, campo de “1 Proceso de mejoras finalizado”, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Resultado de la apertura”, posicionarse en 2019PP-000001-0016300001-Partida 1-Oferta 2, ingresar por “-Consulta de ofertas”, en la nueva ventana “Mejora de precios” ingresar por “Consultar oferta base”, en el campo de “Adjuntar archivo”, abrir el archivo zip denominado “05-PERSONAL CLAVE”, ingresar por la carpeta 05 PERSONAL CLAVE / 09-MAESTRO DE OBRAS / VICTOR ESPINOZA / JORGE RODRIGUEZ / 02_dj Experiencia MOVE.pdf / 02_DJ Experiencia MOJM.pdf”.) **8)** Que el señor

Álvaro Camacho De la O en condición de verificador, aprueba el acto final de adjudicación del concurso FIPJ 2015 CDO-004-2019 con sustento en el Informe de Recomendación de Adjudicación, emitido por la UAP del Fideicomiso, así como la aprobación de la recomendación emitida por Carlos Arburola, en su condición de Jefe de Oficina de Fideicomisos de Obra Pública, a favor de Edificadora Centroamericana Rapiparedes, S.A. por el monto de \$24.544.002.00. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, campo de “Resultado de la solicitud de verificación”, ingresar por “consultar”, en la nueva ventana “Listado de las solicitudes de verificación”, ingresar por “Solicitud de aprobación para adjudicar” Número de secuencia 534879, y en la nueva ventana “Detalles de la solicitud de verificación”, ingresar por “Tramitada”, en la nueva ventana “Resultado de la solicitud de verificación o aprobación recibida, ver “Comentarios de la verificación”.-----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa (RLCA), dispone que: *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo”*. Por su parte, el artículo 180 del RCLA, establece que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones, *“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. (...)”*. Así las cosas, resulta necesario realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar si la apelante Volio & Trejos cuenta o no con la legitimación requerida por el ordenamiento jurídico para interponer su acción recursiva. En primer término, se tiene que el Fideicomiso Inmobiliario del Poder Judicial 2015 (FIPJU 2015) (en adelante el Fideicomiso) promovió el Procedimiento por Principios No. 2019PP-000001-0016300001 para la construcción a suma alzada del proyecto del edificio denominado “Anexo E” del Poder Judicial (ver hecho probado No. 1), presentándose para 4 oferentes (ver hecho probado No. 2), resultando adjudicataria la oferta de Edificar. (ver hecho probado No. 8). Ahora bien, la oferta de la recurrente ocupó el segundo lugar en la calificación (ver hecho probado No. 3), por lo que en su recurso plantea alegatos en contra de la elegibilidad de la oferta adjudicataria, sin embargo, de previo a considerar dichos argumentos corresponde analizar los alegatos expuestos en contra de la elegibilidad de la oferta de Volio & Trejos por

parte la adjudicataria. **1) Sobre el proyecto del Edificio de Caja de Ande.** La adjudicataria alega que la apelante presentó para efectos de la experiencia de la empresa cuatro proyectos entre los que se encuentra el edificio de oficinas de Caja Ande, sin embargo, señala que en la página web de la apelante se hace mención de ese proyecto indicando que el edificio cuenta con 5 niveles y 2 sótanos. Para probar dicha afirmación aporta un extracto de la información visible en dicha página web. La apelante reconoce que en su página web se indica que ese edificio es de 5 niveles y 2 sótanos, pero aclara que se trata de información con propósitos únicamente comerciales y no es información técnica-ingenieril concreta. Señala que con solo revisar la imagen extraída de su página web se constata con toda claridad que el edificio cuenta con 6 niveles sobre el nivel del terreno, con lo cual cumple efectivamente con los parámetros de admisibilidad establecidos en el cartel. Aporta plano A-15 que muestra la distribución arquitectónica del nivel 6, plano A-36 que muestra un corte longitudinal del edificio donde se evidencia la existencia de 2 sótanos y 6 niveles sobre terreno, y plano A-42 que muestra un corte transversal del edificio donde se evidencia la existencia de 2 sótanos y 6 niveles sobre terreno, a efectos de demostrar que los argumentos de la adjudicataria se basa en información errónea y poco precisa. **Criterio de la División.** En primer término, es necesario señalar que el cartel requería como requisito de admisibilidad de la experiencia de la empresa, que el oferente acreditara que ha construido tres proyectos similares –según los alcances de la definición de proyecto similar dispuesto por el pliego de condiciones– en los últimos 10 años, uno de los cuales debía corresponder únicamente a uso de oficinas, debiendo acreditar además que como partes de dichos proyectos tuvo a su cargo y responsabilidad (aunque haya utilizado a un subcontratista especializado para tales efectos) la ejecución de actividades electromecánicas. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf”.); razón por la cual, en su oferta la empresa apelante indicó como uno de los proyectos para acreditar la experiencia de la empresa el proyecto de Caja Ande (ver hecho probado No. 4). Ahora bien, la apelante alega que dicho edificio cuenta con 5 niveles en lugar de 6 niveles que era el mínimo solicitado por el cartel para que el proyecto calificara como similar, sin embargo, a efectos de acreditar dicho alegato se limita a hacer referencia a una información que manifiesta constar en la página web de la empresa apelante. La adjudicataria,

con el fin de referirse a la supuesta falta de legitimación de la recurrente por incumplir uno de los requisitos de admisibilidad, basa su argumento en información que no se estima idónea para acreditar la cantidad de niveles con que cuenta un edificio. Tomando en cuenta que la carga de la prueba recae en quien alega, en este caso correspondía a la adjudicataria acudir a los mecanismos probatorios idóneos, desde el punto de vista técnico, a efectos de probar que dicho proyecto no reunía el requisito de contar con mínimo 6 niveles, sin que una imagen o la referencia de un proyecto en una determinada página web tengan la virtud de poder tener por demostrado que el edificio efectivamente no cuenta con los 6 niveles declarados por la apelante en su oferta. En el caso, la empresa adjudicataria no ha indicado o demostrado que la información no se encontrara disponible o que no se le hubiera permitido consultarla; como sería por ejemplo el caso de los planos respectivos debidamente certificados por el Colegio Federado de Arquitectos e Ingenieros de Costa Rica con su respectivo análisis, o bien, el análisis técnico emitido por un profesional idóneo que hubiera verificado sus afirmaciones técnicas respecto de la cantidad de niveles respecto de las regulaciones técnicas existentes para este tipo de obras. De esa forma, no resulta viable que con una simple verificación web se pretenda la exclusión de una oferta sin aporta la prueba idónea respectiva, por lo que procede **declarar sin lugar** el alegato planteado en contra de la legitimación de la empresa recurrente. **2) Sobre la experiencia del ingeniero residente.** La adjudicataria alega que la apelante para ocupar el puesto del ingeniero residente propuso dos candidatos: Monika Otorola Morales ICO-16059 y Enrique Alonso Valverde Ruiz ICO-22115. Ahora bien, indica que de acuerdo a la verificación de admisibilidad de la UAP, contenida en el documento 1606 PJU1-Admisibilidad oferta VT 190916 LEGAL del expediente electrónico del número de procedimiento 2019PP-000001-001630001 de la plataforma del Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP, el ingeniero Enrique Alonso no cumplía, ya que como experiencia suministraban el proyecto Plaza Tempo, teniendo que cumplir con 2 proyectos similares al de la contratación y ese no solo no cumple, sino que es un solo proyecto. En cuanto a la Ing. Monika Otorola, alega que reporta como experiencia los edificios: "Torre Ifreses" y "Edificio AE205", y menciona que el proyecto Ifreses no cumple con el requisito de contar con un sótano, ya que según muestra mediante una fotografía que adjunta, se trata de un edificio a nivel de calle. Agrega que además se debe tener en cuenta que en la declaración jurada el oferente reconoce que lo que denomina sótano en realidad se trata de cuartos electromecánicos y tanques que son facilidades electromecánicas que por definición no tienen como finalidad construir espacios aprovechables para usos diversos como sí sucede con el

sótano. Menciona que de acuerdo con lo indiciado en el dictamen técnico que adjuntó, los sótanos son aposentos destinados a espacios habitacionales o de parqueo lo cual no sucede con los cuartos electromecánicos y tanques. La apelante señala que la profesional que fue considerada por el Fideicomiso para cumplir el requisito fue la Ing. Monika Ortola, respecto de la cual la adjudicataria alega en forma temeraria que el proyecto IFreses no puede considerarse porque el sótano contiene cuartos electromecánicos, lo cual es un argumento subjetivo de un profesional particular que pretende otorgarle una mayor jerarquía a su opinión personal que a un reglamento técnico, vigente y aplicable como es el Reglamento de Construcciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, lo cual resulta ilegítimo e improcedente. Alega que en todo caso aporta fotografías para evidenciar que en dicho sótano existen espacios totalmente accesibles para las personas que habitan en el edificio, pues el personal debe entrar a realizar labores de mantenimiento y operación del proyecto completo. Menciona que en todo caso el Ing. Enrique Valverde cumple también pues el proyecto Plaza Tempo se ajusta a la definición de proyecto similar, pues dicho edificio cuenta con 5 niveles sobre nivel de terreno y 4 sótanos, para un total de 9 niveles, siendo que en ninguna parte del cartel se establece que los 6 niveles o más del edificio deban ser sobre el nivel del terreno. **Criterio de la División** En lo que atañe al requisito de la experiencia del perfil del ingeniero residente, el cartel establece en la cláusula 2 inciso b) que se deberá acreditar que fungió como Ingeniero Residente en al menos 2 proyectos similares (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf”). Ahora bien, la oferta de la apelante para acreditar el cumplimiento de ese requisito aportó declaración jurada suscrita por Gerardo Julián Volio Chamberlain por medio de la cual señala que la Ing. Mónica Ortola labora para Volio & Trejos desde el 2008, haciendo constar la experiencia en proyectos similares, indicándose en el caso del proyecto IFreses que: “...se trata de un edificio de 25 niveles de apartamentos más sótano de cuartos electromecánicos y tanques”. (ver hecho probado No. 5). Al respecto, la adjudicataria cuestiona que en el caso del proyecto IFreses no existen sótanos y que lo que hay es solamente un espacio que no puede considerarse como sótano por la finalidad a la que éste se destina. A efectos de acreditar dichos alegatos, la adjudicataria aporta, por un lado, una fotografía del exterior del edificio de acuerdo a la cual indica que se puede desprender que el edificio es a nivel

de calle y que por lo tanto no contiene sótanos, y por otra parte remite a la declaración jurada que consta en la oferta de la apelante en la cual indica que reconoce que lo que denomina "sótano" en realidad se trata de cuartos electromecánicos y tanques, que son facilidades electromecánicas, que por definición no tienen como finalidad constituir espacios aprovechables para usos diversos, como sí sucede con el sótano, ello de acuerdo con la definición de sótano que consta en el dictamen técnico aportado. Estima este órgano contralor que los argumentos planteados por la adjudicataria en cuanto a este aspecto carecen de la necesaria fundamentación, por cuanto al igual que lo indicado en el punto anterior, una simple fotografía de una obra de construcción no puede tenerse como plena prueba a efectos de acreditar las condiciones estructurales de un edificio, por cuanto el mecanismo adecuado para determinar las características de un proyecto en concreto apoyándose en documentos técnicos que conforme las reglas de la técnica permitan concluir que efectivamente se valoró indebidamente el proyecto. En ese sentido, por ejemplo el análisis de un especialista en la materia que explicara por qué se llega a una determinada valoración conforme la normativa técnica vigente, o bien, acudir a los planos que oportunamente debió haber aprobado el organismo respectivo, como podría ser el caso de los planos certificados por el CFIA y proceder a explicar técnicamente cómo de esos documentos conforme las reglas técnicas se evidencia claramente que el edificio carecía de sótanos. Ahora bien, en lo que respecta al alegato de que para que un determinado espacio pueda ser considerado como "sótano", debe encontrarse destinado a espacio para parqueos de vehículos o para aposentos habitables, con lo cual concluye que al contener el espacio denominado como sótano del edificio IFreses cuartos electromecánicos y tanques no se ajusta a dicha definición; se debe hacer notar que dicho alegato refiere a un requisito extra cartelario, por cuanto no se estableció ninguna precisión en cuanto al uso al que debía destinarse el respectivo sótano. Bajo esa tesitura, no cabría excluir un proyecto por el simple hecho de que el espacio construido como sótano no se utiliza como parqueo, o bien porque contiene maquinaria o tanques, puesto que no solo el cartel no reguló nada en ese aspecto, sino que además tampoco la adjudicataria logra demostrar que la definición técnica o la normativa vigente permitan concluir quedentro del término sótano se entienda que deba ser destinado como parqueo o como aposento habitable, por cuanto dichas referencias son efectuadas en el dictamen técnico aportado como prueba como la opinión del profesional de quien lo suscribe basado en el uso común del término de acuerdo a su experiencia, sin que se haya aportado una definición técnica sustentada en las reglas técnicas que regulan esta materia y que contemple dichos elementos.

Con base en lo expuesto lo que procede es **declarar sin lugar** el alegato de la adjudicataria en contra de la legitimación de la empresa apelante. **3) Sobre el supuesto vicio del precio cotizado.** La adjudicataria alega que a los efectos de disponer de un plano igualitario para el análisis de todas las ofertas, el cartel estableció que no se debían incorporar impuestos que surjan de la nueva Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, pero igualmente se aclara que sí se debían incorporar el IVA a un 4%, en relación con “los servicios de construcción de obra civil”, es decir, no sobre materiales, sino sobre los servicios tales como mano de obra, transportes, alquileres de instalaciones provisionales, así como la facturación de la empresa por servicios de construcción. Menciona que el desglose de oferta, conocido como ANEXO III, solicita desglosar los costos de la siguiente forma: -Costos directos de materiales (le aplica un 13%), -Costos directos de mano de obra (le aplica un 4%), -Costos indirectos (le aplica un 13% para los materiales y 4% para los servicios) y -Utilidad (le aplica un 4%). Indica que al hacer la matemática con el desglose presentado por Volio & Trejos en su oferta para mejora de precios, usando como referencia la aplicabilidad de los porcentajes del punto anterior, se llega a la conclusión de que esa oferta en su versión original incluyó menos del 4% en las partidas de servicios de construcción, tal como se aprecia en la tabla resumen que adjunta. Asimismo, señala que de igual manera, en la mejora de oferta presentada por la apelante, se presenta la misma inconsistencia, aportando otra tabla. Así, argumenta que tanto en la oferta original y en la de mejora de precios la apelante incumplió en incluir el 4% por concepto de impuestos al valor agregado de los servicios de construcción de obra civil, siendo que el precio cotizado se encuentra sub estimado pues le faltó incorporar el 4% a todos los servicios, como sí lo incluyeron los demás oferentes admitidos a mejora. De otra forma, alega que el precio original y también el “mejorado” que es el precio final de la oferta de la apelante, omitió un componente esencial sin el cual no sería posible conocer cuál sería el costo real que tendrá el oferente lo cual incide en que esa oferta se encuentra sub estimada, dejando de lado un costo real que debería enfrentar el contratista de haber sido seleccionado, de tal forma que el precio es parcial pues no incluye un rubro que irremediablemente se adicionará al precio ofertado. La apelante alega que de forma ilegítima la adjudicataria pretende revisar el monto de los impuestos de su oferta con base en el desglose de oferta solicitado por el Fideicomiso, el cual considera las columnas (e) del Precio Unitario Indirecto, y (f) del Subtotal Indirectos. Argumenta que por definición los costos indirectos de construcción son el total de los costos de carácter general necesarios para la ejecución del contrato, no incluidos en los costos directos, en los cuales el contratista incurre tanto en sus

oficinas como en el sitio de obra. Señala que esos costos se dividen en costos de mano de obra indirecta y costos de insumos indirectos, lo que implica que contienen costos de materiales (insumos), mano de obra, equipo (insumos) y servicios, lo anterior según el Reglamento para Reajuste de Precios de los Contratos de Obra Pública de Construcción y Mantenimiento, No. 33114, artículo 3 definiciones inciso 14. Menciona que al no contar el desglose de la oferta solicitado en el cartel con un detalle del tipo de elemento (insumo o mano de obra) para los diferentes renglones de costos indirectos del desglose, y al aplicarle a los diferentes elementos una tasa diferente del impuesto al valor agregado producto del transitorio V de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (13% para materiales, 0%, 4%, 8% o 13% para mano de obra y servicios según la fecha), no es factible calcular ni revisar el valor de los impuestos de la oferta económica con base en el desglose solicitado en el cartel. Además, alega que la adjudicataria estaría obviando el hecho de que al proyecto le aplica el transitorio V de la citada Ley que establece que a los proyectos de construcción a los que les aplique el IVA, el mismo será aplicado sobre los servicios de manera escalonada, 0% hasta el 30 de junio de 2020, 4% del 1 de julio de 2020 al 30 de junio de 2021, 8% del 1 de julio de 2021 al 30 de junio de 2022 y 13% a partir del 1 de julio de 2022. Agrega que esa aplicación escalonada queda clara en la respuesta dada por el Fideicomiso a la solicitud de aclaración sobre la fecha de inicio del proyecto para estimar la afectación del impuesto de valor agregado según escalonamiento, sobre lo cual se indicó que en caso de que no se presentaran apelaciones se iniciaría la construcción a finales de noviembre de 2019, pero que de lo contrario se tendría que definir las nuevas fechas de inicio. Menciona que en su oferta económica original como en la mejora se respeta la mecánica de cálculo correcta de impuestos establecida en la normativa vigente y aplicable.

Criterio de la División Conviene como asunto de primer orden tener claro lo dispuesto en el cartel con respecto a los impuestos aplicables al objeto contractual. Sobre el particular, en la cláusula 18 sobre el precio se estableció que el precio debía ser cotizado de conformidad con el desglose que se presenta en el ANEXO DIGITAL III y se indicó que para efectos de evaluación y adjudicación, los oferentes debían presentar el precio ofertado con la totalidad de impuestos aplicables, con excepción de los impuestos regulados en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635, y el Decreto Ejecutivo número 41779, aplicando a éste el transitorio VII del Reglamento del IVA, disponiéndose que para efectos de evaluación se tomaría como base el precio reflejado en el total de la columna j "TOTAL SIN IVA", y que no obstante, para efectos de control y referencia debía reflejar igualmente el IVA según se deriva del ANEXO

DIGITAL III, estableciéndose que en el caso del Impuesto al Valor Agregado sobre los servicios de construcción de obra civil, debía calcularse sobre una base de un cuatro por ciento (4%), pero aclarándose que *“El cálculo del Impuesto al Valor Agregado es meramente referencial, de manera que en caso de que el Ministerio de Hacienda llegara a determinar la existencia de una exoneración total o parcial o de una tasa distinta a la cotizada, EL CONTRATISTA deberá realizar los ajustes correspondientes de conformidad con el desglose presentado en el ANEXO DIGITAL III.”* (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf”.) De lo anterior se desprende que el tema de los impuestos regulados en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, No. 9635 y el Decreto Ejecutivo No. 41779 se dejó como un asunto para la etapa de ejecución, lo cual cobra sentido debido a la dispuesto en el transitorio VII del Reglamento del IVA, que deja establecida la aplicación escalonada del impuesto, por lo que el porcentaje aplicable dependerá de la fecha de inicio de la construcción. Precisamente bajo esa línea el Fideicomiso al atender la solicitud de aclaración No. 20 planteada por la empresa Volio & Trejos estableció una fecha probable de inicio de la construcción para finales de noviembre de 2019, ello en el caso de que no se presentaran apelaciones, pero indicándose que por el contrario se tendría que definir una nueva fecha de inicio. (ver hecho probado No. 7). Ahora bien, la adjudicataria alega que la oferta de la apelante en su versión original incluyó menos del 4% en las partidas de servicios de construcción, sin embargo, para fundamentar dicha afirmación se restringe a señalar que *“Al hacer la matemática...”* sin llevar a cabo los cálculos que realizó para concluir lo anterior, mostrando únicamente los resultados en las tablas aportadas, sin que tampoco acreditara que la información utilizada efectivamente deriva de la oferta de la empresa recurrente. Asimismo, se muestran algunas inconsistencias en sus alegatos, por cuanto por un lado afirma que la apelante incluyó menos del 4% pero por otro lado sostiene que omitió por completo incorporar el 4% a todos los servicios de construcción. Además, seguidamente refiere más bien de un “error de cálculo de \$2.000” y luego de un monto estimado de impuestos faltantes en oferta de \$ 132.039,77. De manera que la adjudicataria no fundamenta su alegato haciendo el análisis respectivo, para lo cual no basta como se dijo anteriormente con arrojar una serie de resultados finales sino que debía hacerse el cálculo pertinente con indicación de la fuente de la información

considerada, debiendo especificar también el escenario que estimó aplicable al caso en concreto, de acuerdo a la fecha esperada de inicio de la construcción, tomando en cuenta que al haber sido recurrido el acto de adjudicación no se configuró el supuesto previsto por el Fideicomiso al atender la aclaración planteada (ver hecho probado No. 7). Sin embargo, tal y como se señaló, el cartel dispuso de antemano que para efectos de evaluación se consideraría el precio sin IVA, por lo que la indicación del impuesto aplicable que debía hacer el oferente resultaba meramente referencial, al punto de que según el criterio del Ministerio de Hacienda podría llegar a variarse la tasa cotizada, debiendo el contratista realizar los ajustes correspondientes en el desglose presentado en el Anexo Digital III. En consecuencia lo que corresponde es **declarar sin lugar** el alegato planteado por la adjudicataria en contra de la legitimación de la recurrente. -----

III. SOBRE EL FONDO. 1) Sobre el requisito de admisibilidad de la experiencia de la empresa La apelante alega que de los diez proyectos presentados por Edificar para acreditar la la experiencia de la empresa hay seis proyectos que no pueden ser considerados como proyecto similar, por lo que solamente le restan cuatro proyectos a utilizar para satisfacer los requisitos del cartel. Sin embargo, argumenta que de esos cuatro ninguno cumple el requisito de admisibilidad legal y administrativa de atención obligatoria, que consiste en que uno de los proyectos admisibles que acreditan la experiencia de la empresa deba corresponder únicamente a uso de oficinas (Capítulo III, Cláusula 1). En consecuencia, afirma que ese incumplimiento implica un vicio esencial de la oferta adjudicataria que amerita su exclusión. Alega que los proyectos "UCR - Facultad de Derecho", "Azenza Towers", "Condominio Residencial Paradisus", "Edificio F-37", "Edificio -32" y "Edificios C7 & C74" no cumplen con los requisitos para ser calificados como proyectos similares, por lo que los proyectos que aparentemente cumpliría con los requisitos para ser aceptados como serían "Edificio Comercial Latitud Dent", "Hotel Sheraton", "Urbano Nunciatura" y "Hotel Aloft", de los cuales ninguno cumpliría con el requisito de que al menos uno de ellos sea destinado exclusivamente para el uso de oficinas. En ese sentido, destaca que el "Edificio Comercial Latitud Dent" es un proyecto de uso mixto comercial residencial según consta en la carta de experiencia aportada por Edificar, el proyecto "Hotel Sheraton", como su nombre lo indica, es un proyecto hotelero, el proyecto "Urbano Nunciatura" es un proyecto residencial vertical, según consta en la carta de experiencia aportada por Edificar y el proyecto "Hotel Aloft", como su nombre lo indica, es un proyecto hotelero. El Fideicomiso alega que dado que los cuestionamientos de la apelante están dirigidos a tres elementos de evaluación de la oferta adjudicataria: la experiencia de la empresa, la experiencia del Director Técnico y la experiencia

del Maestro de Obras, resulta importante de previo puntualizar las cláusulas cartelarias aplicables a estos tres elementos. Así, menciona que en el caso concreto de la valoración de la experiencia de la empresa, se basa por una parte en acreditar la realización de tres proyectos de acuerdo a los parámetros establecidos en la definición de "proyecto similar", pero adicionalmente a ello, se estipuló que debía acreditar que como parte de dichos proyectos tuvo a su cargo y responsabilidad (aunque haya utilizado a un subcontratista especializado para tales efectos específicos) la ejecución de actividades electromecánicas, y además que uno de los tres proyectos debía corresponder únicamente a uso de oficinas, pero este concepto específico se delimita a su vez en el Anexo II del cartel, en el que claramente se consigna que ese uso único debía ser por al menos 3.000 metros cuadrados. Señala que esa es la lectura integral correcta del cartel, en la forma en la que este fue concebido y emitido, sin que existieran cuestionamientos de los oferentes sobre ese particular. De manera que resalta que el requisito de uso exclusivo de oficinas para uno de los proyectos debe necesariamente ser aplicado en los términos dispuestos expresamente en el Anexo II, sea de hasta por 3.000 metros cuadrados, pues esa es la regla establecida y consolidada. Por su parte, menciona que para la experiencia del Director Técnico se requirió la comprobación de tres proyectos similares, a la que se agrega el requisito de que uno de los tres proyectos debía contar con un área de al menos 3.000 metros cuadrados de oficinas de su área total de construcción, y hace notar que en ese caso, no se hace referencia a que en los proyectos se debían realizar actividades electromecánicas, como sí se agregó en el caso de la experiencia de la empresa, según ya se indicó anteriormente. Insiste en que si bien en la cláusula de la experiencia de la empresa se estableció que: "...*uno de los cuales deberá corresponder únicamente a uso de oficinas*", lo cierto es que en ese mismo párrafo se anuncia que para acreditar esa experiencia el oferente deberá completar el formulario denominado "experiencia del oferente en proyectos similares al objeto del concurso", contenido en el Anexo II del cartel", en el cual hay una nota en la que se indica que: "*De los tres proyectos acreditados uno de ellos deberá ser un proyecto que incluya un área de oficinas de al menos 3.000 m², del total del área de construcción*". Señala que durante el proceso de valoración de admisibilidad, la empresa apelante envió un documento al expediente SICOP en el que cuestionó los proyectos. Menciona que a raíz de ese cuestionamiento, en el informe de valoración de admisibilidad, la UAP consignó que aún si los proyectos "UCR Facultad de Derecho", "Condominio Residencial Paradisus" y " AZENZA Tower " eran excluidos -se advirtió expresamente que el Fideicomiso no compartía los cuestionamientos hechos-, quedaban los

proyectos "Edificio F-31", "Edificio F-32" y "Edificios C-7 & C-14" y que por lo tanto la oferta era igualmente admisible. Alega argumentos para defender su posición de que los proyectos "UCR Facultad de Derecho", "Condominio Residencial Paradisus" y " AZENZA Tower " sí cumplen con los requisitos del cartel. Por lo tanto, menciona que en caso de que la Contraloría General estime en razón de la prueba aportada por el apelante y que no fue de conocimiento de la UAP con anterioridad a la adjudicación, que los proyectos "Edificio F-31", "Edificio F-32" y "Edificios C-7 & C-14" no cumplen con el criterio de admisibilidad por no haber participado Edificar en la totalidad del proceso constructivo con las actividades electromecánicas incluidas, es lo cierto que igualmente la oferta adjudicataria sigue estando en posición de cumplimiento, precisamente por el hecho de que los proyectos "UCR Facultad de Derecho", "Condominio Residencial Paradisus" y " AZENZA Tower " sí se apegan a los requerimientos cartelarios. Por otra parte, reitera que el alegato relativo a que la oferta adjudicataria incumple el requisito de admisibilidad legal y administrativa de atención obligatoria, que consiste en que uno de los proyectos admisibles que acreditan la experiencia de la empresa deba corresponder únicamente a uso de oficinas es erróneo, pues corresponde a una lectura parcial del cartel, que por lo tanto no es válida. La adjudicataria señala que conforme al Capítulo III, cláusula 1, del cartel los oferentes deben acreditar haber ejecutado al menos 3 proyectos similares en los últimos 10 años, uno de los cuales debe corresponder a uso de oficinas. Menciona que la cláusula general que establece que al menos uno de los tres proyectos similares debe tener oficinas, dispone de un formulario especial que explicita la cantidad mínima de metros cuadrados que el edificio debe tener como aposentos de oficinas; a saber, al menos 3.000m², sin perjuicio de otras construcciones que pueda tener el edificio. Recalca que los edificios de "Facultad de Derecho de la UCR" y "Hotel Sheraton" cumplen ambos con los parámetros requeridos para ser acreditados como "proyecto similar" incluyendo el parámetro de disponer de más de 3.000 m² de oficinas, por lo que al no existir mérito para desconocer como proyectos similares los proyectos denominados "Azenza Tower" y "Condominio Residencial Paradisus", se puede concluir que con la combinación de los dos primeros más cualquiera de esos dos, se cumpliría con la cantidad requerida para acreditar el parámetro de admisibilidad denominado "Experiencia de la Empresa" y sobraría un proyecto para ser evaluado como "Experiencia Adicional de la Empresa". Menciona que en total, su oferta propuso como proyectos similares 10 proyectos, de los cuales tres han sido referenciados exclusivamente para acreditar "Experiencia del Personal Clave"; a saber: Edificios F-31, Edificio F-32 y Edificio C-7 & C-14. Por tanto, alega que adicional a los cuatro proyectos antes citados,

igualmente podrían computarse para estos efectos de “Experiencia de la Empresa” y Experiencia Adicional de la Empresa”, los siguientes proyectos: Proyecto Edificio Comercial Latitud Dent, Proyecto Urbano Nunciatura, Proyecto Hotel Aloft. Recalca que la apelante no ha cuestionado la admisibilidad de esos proyectos como proyecto similar, excepto en lo que al parámetro de espacio de oficinas respecta; es decir, esos proyectos podrían sustituir a cualquier otro de los propuestos, excepto al que sea considerado como proyecto similar con al menos 3.000m² de oficinas. **Criterio de la División** De una lectura integral del cartel como bien lo expone el Fideicomiso, se desprende que el requisito de admisibilidad de la experiencia de la empresa consiste en lograr acreditar que el oferente ha construido tres proyectos similares – según los alcances de la definición de proyecto similar dispuesto por el pliego de condiciones– en los últimos 10 años, uno de los cuales debía corresponder únicamente a uso de oficinas, debiendo acreditar además que como partes de dichos proyectos tuvo a su cargo y responsabilidad (aunque haya utilizado a un subcontratista especializado para tales efectos) la ejecución de actividades electromecánicas, debiendo entender que el uso de oficinas se limita expresamente en el formulario denominado “EXPERIENCIA DEL OFERENTE EN PROYECTOS SIMILARES AL OBJETO DEL CONCURSO”, contenido en el Anexo II del CARTEL, a que el área de oficinas sea de al menos 3000 m² del total del área de construcción. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1-ANEXO II (DOCUMENTOS DE OFERTA) 190612.docx”). Así las cosas, se debe tener presente que tal y como este órgano contralor lo ha manifestado en reiteradas ocasiones de frente a una contradicción entre cláusulas carcelarias debe inclinarse siempre a favor de la interpretación menos lesiva para los oferentes, por lo que en este caso el requisito de contar con el área de oficina debe entenderse restringido a disponer de un mínimo de 3000 m² del total del área de construcción, lo cual es expresamente aclarado en la nota establecida en el formulario mencionado, que coincide además con la regulación de dicho requisito para el caso de la experiencia del Director Técnico. A partir de lo anterior se tiene que aún y cuando prosperaran los argumentos planteados por la apelante en contra de los seis proyectos expresamente señalados en su recurso, quedarían cuatro proyectos adicionales para cumplir con el requisito de admisibilidad de la oferta, a saber los proyectos de Hotel Sheraton, Hotel ALOft, Latitud Dent y Urbano Nunciatura, respecto de los cuales el único argumento que plantea la recurrente es que

ninguno de ellos cumple con el requisito de encontrarse destinado únicamente para el uso de oficinas, lo cual como se señaló anteriormente, responde a una lectura equivocada del cartel, por lo que no se logra acreditar en cuanto a este extremo la inelegibilidad de la oferta de la adjudicataria. Se debe hacer notar que de acuerdo con lo señalado por el Fideicomiso, la adjudicatario presentó el documento "02_DJ Experiencia MO JM" en el cual se aprecia la indicación de que el proyecto Hotel Sheraton (Sonesta) cuenta con un área de 3183.66 m² destinados a uso de oficinas (ver hecho probado No. 7), aspecto que no fue cuestionado por la recurrente. A partir de lo expuesto lo que procede es **declarar sin lugar** el recurso en cuanto a este extremo. **2) Sobre el requisito de admisibilidad de la experiencia del Maestro de Obras.** La apelante alega que para acreditar la experiencia del Maestro de Obras, Edificar presentó dos personas: el señor Jorge Rodríguez Madrigal y el señor Víctor Espinoza Vega, acreditando para el caso del señor Rodríguez los proyectos "Condominio Residencial Paradisus" y "Hotel Sheraton (Sonesta)", y en el caso del señor Espinoza los proyectos de Condominio Vertical Destiny, Latitud Dent y Paradisus. De forma que alega que ninguno de los dos candidatos logra cumplir con el requisito cartelario por cuanto el proyecto Paradisus no se debe considerar por no cumplir con la definición de proyecto similar al no contar con un sótano sino más bien con un semisótano en los términos dispuestos en el Reglamento de Construcción del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Adicionalmente alega que ninguno de esos proyectos cuenta con más de 3.000 m² de área de oficinas, y además en el caso del Condominio Vertical Destiny el mismo cuenta con un área de construcción reportado de 3200 m² por lo que no cumple con la definición de proyecto similar de que el edificio sea de un área mínima de construcción de 8.000 m² de construcción. De forma que alega que de conformidad con lo expuesto, ninguno de los dos Maestros de Obra propuestos por Edificar cumplen con los requisitos de admisibilidad del cartel. El Fideicomiso alega que no comparte el criterio de la apelante y resalta que la adjudicataria presentó el documento "02_DJ Experiencia MO JM" en el cual se aprecia la indicación de que el proyecto Hotel Sheraton (Sonesta) cuenta con un área de 3183.66 m² destinados a uso de oficinas. Adicionalmente menciona que Edificar indicó en el documento de respuesta de SICOP Número 7042019000000006, nombre 190925_PJU ANEXO E Oficio 133- EDIFICAR Respuesta en el apartado l.b.v. lo siguiente: *"el proyecto Sheraton, es un proyecto cuyo uso principal uso es el de alojamiento, sin embargo, también tiene actividades de servicios a terceros, tales como restaurantes, espacios para actividades empresariales, entre otros. El proyecto para poder dar soporte a la actividad de alojamiento y estos otros servicios a terceros, cuenta con áreas de*

soporte que corresponden a oficinas administrativas con un área de 3.184 m². Estas son las áreas que se han cuantificado como espacios de oficinas". Señala que considera que la afirmación realizada por la apelante en el recurso presentado no es correcta en cuanto al incumplimiento del área de oficinas requerida en el cartel. Ahora bien, en cuanto al tema del sótano, alega que la redacción del cartel no establece el tipo de definición de la que parte la apelante para establecer su cuestionamiento, pues a la hora de usar el término "sótano" no se indicó que debía considerarse una definición reglamentaria en particular, por lo que se entiende que el término se utilizó en un sentido amplio. Agrega que el proyecto anexo E cuenta con dos niveles de sótanos, que se encuentran bajo el nivel de suelo, por lo que en la definición de proyecto similar se incluyó el término sótano en sentido amplio para incluir experiencia en estructuras que estén por debajo del nivel del suelo. Menciona que lo que se pretendía era validar que las empresas oferentes tuvieran experiencia en realizar trabajos bajo el nivel del suelo, en cuanto al manejo de taludes (estabilización de cortes y excavación en suelos), aguas de nivel freático o aguas colgadas, manejo de aguas pluviales, construcción de obras temporales, la construcción de cimentaciones, muros de retención, control de aguas por medio de drenajes perimetrales. Afirma que este tipo de actividad constructiva se logra a partir de un concepto amplio de sótano y no solo a nivel de un sentido reglamentario estricto, que además no se estipuló como tal en el cartel. Menciona que es claro que aún con una modalidad de semisótano, se logra el tipo de experiencia que se busca, pues el oferente habría desarrollado el tipo de actividad constructiva que se pretende en el Anexo E. Señala que en la misma prueba aportada por la empresa apelante se aprecia que en el Proyecto Paradisus se encuentran estructuras que están precisamente por debajo del nivel de suelo y que tuvieron que enfrentar el tipo de actividad constructiva que resulta relevante para los efectos de este concurso. La adjudicataria alega que nuevamente la recurrente confunde los requisitos cartelarios por cuanto, no existe dentro de la definición de "proyecto similar" que el edificio tuviera al menos 3.000 m² siendo ese requisito solamente para el puesto del Director Técnico pero no para el Maestro de Obras. En cuanto al proyecto "Condominio Residencial Paradisus" alega que el mismo sí cuenta con sótano bajo la definición lógica o funcional de éste, por cuanto el Reglamento emitido por el INVU a que remite la apelante, no tiene por objetivo establecer criterios para evaluación de ofertas o para evaluación de experiencia de oferentes en el sector público ni privado, sino que su objetivo es estrictamente relacionado con su competencia en la evaluación de diseños o planos constructivos; materia para la cual podría ser relevante destacar el concepto de sótano como

espacio enclaustrado de la forma como lo define, no obstante, ese Reglamento no es aplicable en materia de contratación administrativa, así como no lo sería por ejemplo, cualquier otra definición que pudiese señalar diametralmente lo contrario, si hipotéticamente existiese. Aporta un Dictamen Técnico suscrito por el Ing. Estefan Salazar Burger en el que se indica: *“2.3- Respecto a la construcción de sótanos en el proyecto. El proyecto incluyó la construcción de aproximadamente 2,101 m² en sótanos en dos niveles de la Torre B. Si bien el suscrito ha tenido a la vista la definición de sótano contenida en el Reglamento de Construcciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, es el criterio profesional del suscrito, basado en los años de ejercicio profesional en el mercado de construcción de edificios públicos y privados, que la definición técnicamente utilizada por el uso común de “sótano”, refiere a los espacios abiertos destinados a parqueo de vehículos o a construcción de aposentos habitables, que se encuentran por debajo del nivel de calle de cualquier edificación. Cuando los niveles de sótanos son más de uno, es usual la referencia a cada nivel como “sub sótano”, de tal manera que se utiliza la nomenclatura de “sub sótano1”, “sub sótano” etc, en función de la ubicación de cada nivel siempre “EN RELACIÓN CON EL NIVEL DE CALLE”, resultando indiferente si ese sótano dispone o no de ventilación e iluminación natural. Para efectos de la entidad competente para la aprobación de planos constructivos, la diferenciación de “sótano” como aposento enclaustrado en la tierra y de sub sótano como aposento con acceso a iluminación y ventilación natural tiene sentido, en función de que según la ubicación, así deberá el Instituto exigir una serie de requisitos estructurales y arquitectónicos, relacionados con la normativa referente a ductos de ventilación y niveles de iluminación de las respectivas áreas, mas nunca como parámetro para establecer si una edificación cuenta o no con “sótanos” en el uso ordinario o común del significado comercial del término. Concluyo con lo anterior que en mi opinión profesional, este proyecto cuenta con dos áreas de sótano conforme a lo antes indicado.”* Alega que el cartel del concurso es el reglamento específico de la contratación, sin que resulte ajustado al principio de legalidad y de seguridad jurídica, recurrir casuísticamente a definiciones contenidas en otros cuerpos normativos que no han sido emitidos ni tienen competencia con la contratación administrativa. Menciona que dado que el cartel del concurso no define el término o el concepto de “sótano”, lo prudente y razonable para cualquier oferente, es estarse al concepto lingüísticamente aceptado o utilizado de forma usual por los oferentes, cual es el que dicta la autoridad lingüística internacional. En este sentido, menciona que la Real Academia Española define sótano como: *“Recinto de un edificio situado por debajo del nivel de la calle”*, lo cual es

totalmente concordante con la condición de que cumple el proyecto. Manifiesta que el concepto que pretende aplicar la apelante, es más cercano al concepto histórico o antiguo de la palabra, que se refleja en la siguiente definición: *“El sótano es un recinto ubicado debajo de la tierra y que pertenece a las dependencias de una casa. Es un lugar que posee unas características especiales de temperatura estable, humedad, y poca o ninguna luz solar. Es por esto que se han destinado desde antiguo para la mejor conservación de algunos alimentos y bebidas. En ocasiones también son empleados como dependencias donde se almacenan las herramientas, las cosas inservibles, los utensilios viejos o la madera para el fuego”* (<https://educalingo.com/es/dic-es/sotano>). Recalca que incluso en esa definición se asume que podría haber luz solar en alguna medida, pero sin perjuicio de ello, en el caso de marras no tendría ninguna relevancia ni lógica recurrir al concepto referido o nacido de la experiencia constructiva antigua para casa de habitación, en donde la característica de entierro total tenía su relevancia y utilidad, pero que no aplica en relación con los fines a que destinará el sótano del edificio a cuya construcción refiere este concurso. Agrega que para el caso de la experiencia reportada para el señor Víctor Espinoza Vega, el apelante objeta que los proyectos “Condominio Vertical Destiny”, “LatitudDent” y “Condominio Residencial Paradisus” no tienen un mínimo de 3.000 m² de oficinas, pero como se indicó anteriormente ese requisito no aplica como una condición de los proyectos similares y por tanto la objeción es absolutamente infundada. Por último, señala que igualmente vuelve a intentar el apelante diferenciar sobre el concepto de sótano para pedir que no se tome en cuenta el proyecto “Condominio Residencial Paradisus” lo cual resulta improcedente tal como fue referido antes. Hace notar que aún si se excluyera un proyecto, el Maestro de Obra ofrecido sigue cumpliendo con el mínimo de dos proyectos similares referenciados. **Criterio de la División** El punto en discusión refiere a si el proyecto de Paradisus, el cual se encuentra referenciado como parte de la experiencia de los dos posibles maestros de obras ofrecidos por la adjudicataria (ver hecho probado No. 7) cumple con la definición de proyecto similar, puntualmente en cuanto al requerimiento de que en los proyectos acreditados como experiencia contarán adicionalmente con al menos un nivel de sótano. La posición de la apelante consiste en que el proyecto de Paradisus no cumple por cuanto el mismo contempla un “semi-sótano” y no un “sótano” de acuerdo a la definición empleada en el Reglamento de Construcciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Por su parte, tanto el Fideicomiso como la adjudicataria sostienen que esa norma reglamentaria no resulta aplicable al presente caso y que al no haber definido el cartel el término “sótano” debe

entenderse en un sentido amplio. Como punto de partida debe tenerse presente lo dispuesto en el cartel respecto al requisito de la experiencia en el caso del Maestro de Obras. Así, en el punto 5 del cartel se establecen los profesionales clave para el proceso constructivos, describiéndose en el inciso f) el caso del Maestro de Obras, señalando que: *“...Esta persona estará a tiempo completo en el EDIFICIO, deberá acreditar mediante declaración jurada tener más de 5 años de trabajar como maestro de obras y contar con al menos dos PROYECTOS SIMILARES.”* Ahora bien, en la cláusula 1 se establecen las definiciones y abreviaturas, y en el caso del concepto de “Proyecto Similar” se delimita de la siguiente forma: *“PROYECTO SIMILAR / PROYECTOS SIMILARES: Se trata de edificios con un área mínima de ocho (8) mil metros cuadrados de construcción, con seis (6) niveles o más, que adicionalmente cuenten con al menos un (1) nivel de sótano. En caso de que el edificio contemple espacios de parqueos, esta área no podrá superar el 50% del área total de construcción del edificio. Estos PROYECTOS SIMILARES antes indicados podrán corresponder tanto a proyectos en Costa Rica como en el extranjero. Solo se considerarán proyectos construidos, concluidos y recibidos a satisfacción del cliente”.* (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf.”). De tal manera, que en el caso del Maestro de Obras la experiencia a acreditar de acuerdo con el cartel se refería únicamente al concepto del proyecto similar –es decir construcciones de edificios de al menos 8000 m², con 6 niveles o más y al menos 1 sótano–, sin que forme parte de la definición del proyecto similar el requisito de contar con al menos una parte de la construcción destinada al uso de oficinas, al ser ese un requerimiento establecido únicamente en el caso de la experiencia de la empresa y del Director Técnico. En consecuencia, el único argumento que corresponde analizar es el relativo al supuesto incumplimiento en cuanto al requisito de contar al menos con un nivel de sótano. A efectos de fundamentar su alegato la apelante remite a las definiciones establecidas en el Reglamento de Construcciones del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, respecto a que: **158) Semisótano:** *Espacio de una edificación donde al menos una de sus paredes se encuentra enterrada y dos semi-enterradas. Puede ser ventilado e iluminado directa y naturalmente. (...)* **165) Sótano:** *Espacio de una edificación que se encuentra bajo el nivel del terreno y que no puede recibir iluminación y ventilación directa y natural.”* Sobre el particular, de los alegatos

planteados por el Fideicomiso y por la adjudicataria se desprende que no se intenta demostrar que el proyecto de Paradisus sí constituye un sótano en los términos descritos por la citada norma reglamentaria, sino que más bien su línea de argumentación se centra en sostener la no aplicabilidad de las definiciones establecidas en dicho Reglamento. No obstante, ninguna de las partes se da a la tarea de analizar el ámbito de aplicación de la mencionada norma, a efectos de acreditar su inaplicabilidad a este caso, basando su posición exclusivamente en el hecho de que el cartel no remitió expresamente al referido Reglamento. Al respecto, estima este órgano contralor que no resulta necesario que el cartel remita en forma expresa a una determinada ley o reglamento para que el mismo resulte aplicable, pues de otra forma se tendría que una omisión cartelaria en ese sentido aparejaría como consecuencia alterar las regulaciones del ordenamiento jurídico vigentes que en cada caso resulten aplicables al respectivo objeto contractual. Por otra parte, tampoco considera necesario esta División que todos y cada uno de los términos deban ser expresamente definidos en el cartel, puesto que siempre resulta posible en caso de ser necesario, acudir a la normativa técnica aplicable que permita aclarar algún concepto en específico, todo conforme las reglas de la técnica en materia constructiva. Bajo este orden de ideas, se tiene que si se observa lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Reglamento de Construcciones del INVU, el objetivo de dicha norma consiste en fijar las normas para la planificación, diseño y construcción de edificaciones y obras de infraestructura urbana, en lo relativo a la arquitectura e ingenierías. Lo anterior con la finalidad de garantizar en edificaciones y otras obras, solidez, estabilidad, seguridad, salubridad, iluminación y ventilación adecuadas. Mencionándose que ese Reglamento regula los conceptos básicos y requisitos mínimos en la planificación de las obras citadas en el diseño de arquitectura e ingeniería y remite a las normas de calidad que deben aplicarse a los materiales y procesos constructivos empleados en obras civiles. En cuanto al alcance de dicha norma, se establece en el artículo 2 que *“Sin perjuicio de lo establecido en los planes reguladores u otra normativa local, y sin detrimento de las facultades que las leyes conceden en estas materias a otros órganos administrativos, este Reglamento se aplica en propiedad pública o privada, en toda obra de demolición, excavación, intervención, ampliación, remodelación, modificación, reparación de edificaciones o construcciones de cualquier índole, o bien toda estructura, instalación o elemento conformante de aquellos. Las disposiciones de este Reglamento se deben acatar en cuanto a alineamiento, altura, aceras y demás requisitos de obras de infraestructura urbana requeridos. Las edificaciones propiedad del Estado costarricense y las declaradas o en proceso de declaratoria de interés histórico”*

arquitectónico, para el caso de restauración, rehabilitación, reparación o construcción general, quedan sujetas a las normas que establece este Reglamento." (el subrayado se agregó). De acuerdo con el ámbito de aplicación establecido por el Reglamento en comentario, estima este órgano contralor que un proyecto de construcción a sumaalzada de un edificio del Poder Judicial, sí se encontraría cubierto por sus disposiciones, salvo que resultare aplicable una disposición establecida en los planes reguladores u otra normativa local, que regulara en forma expresa de una forma distinta el alcance de los términos de sótano y semisótano, aspecto que no fue argumentado ni por la adjudicataria ni por el Fideicomiso. Tampoco alega ninguna de las partes la existencia de alguna norma legal que le conceda facultades en estas materias a otros órganos administrativos. De la mano con lo anterior, se debe destacar que ni el Fideicomiso ni la adjudicataria aportan alguna otra norma técnica que regule los referidos conceptos de una forma diferente, sino que más bien su alegato es que debe usarse el uso común del término sótano, entendido en sentido amplio. Al respecto, no resulta de recibo que ante la duda del alcance de uno de los términos utilizados para definir un aspecto trascendental como lo es la experiencia similar que sería considerada, deba acudir al uso común del término conforme una definición de diccionario de lenguaje. Antes bien, de frente a un escenario como el descrito lo que procede es acudir a normas de índole técnico que permitan dilucidar el alcance del respectivo concepto o rebatir el alegato técnico que se imputa. Así las cosas, tomando en consideración que ni el Fideicomiso ni la adjudicataria aportan argumentos para desvirtuar la aplicabilidad del Reglamento de Construcciones del INVU, ni tampoco remiten a otra fuente válida aplicable con base en la cual se pueda partir de una definición distinta de un sótano, es el criterio de esta División que resulta procedente la remisión que efectúa la apelante a dicha norma a efectos de intentar desacreditar la experiencia adquirida por el personal ofrecido para el perfil del Maestro de Obras en el proyecto Paradisus. Tampoco acredita el Fideicomiso con el respectivo fundamento técnico que su afirmación respecto a que la construcción de un edificio con un "semisótano" en los términos descritos en el citado Reglamento resulta asimilable en términos de complejidad a la de un "sótano", pues se limita a señalar que con la construcción de un semisótano se logra de igual forma consolidar la experiencia en desarrollar estructuras bajo el nivel del suelo en cuanto a labores relativas al manejo de taludes (estabilización de cortes y excavación en suelos), manejo de aguas, construcción de obras temporales, cimentación, muros de retención, etc., pero sin adjuntar la prueba técnica respectiva que respalde lo anterior. Por otra parte, debe señalarse que el dictamen técnico aportado por la apelante aclara expresamente que

la definición que plantea del término “sótano” se basa en su criterio profesional y en los años de experiencia en el ejercicio profesional en el mercado de la construcción de edificios públicos y privados, pero sin que respalde su afirmación en criterios técnicos objetivos e imparciales, razón por la cual no puede tenerse como plena prueba. En consecuencia, con base en las consideraciones expuestas lo que corresponde en este caso es **declarar con lugar** el recurso en cuanto a este extremo. **3) Sobre la experiencia del Director Técnico.** La apelante alega que para acreditar la experiencia del Director Técnico Edificar presentó al señor Román Salazar Fallas con los siguientes proyectos: Edificio F-32, Edificio F-31 y Edificio C7 & C14, sin embargo, el alcance de la ejecución de Edificar en los mismos se limitó a la construcción de la obra gris y cubierta del edificio pero no incluyó la ejecución de los acabados de fachada o interiores del edificio ni la obra electromecánica y aire acondicionado. Como prueba de lo anterior aporta carta emitida por la empresa Los Arallanes, S.A. en su condición de propietaria del proyecto en la cual aclara el alcance de las obras ejecutadas por Edificar señalando que se limitó la ejecución de la obra gris y cubierta, dado que los acabados de fachada, los acabados internos, los sistemas electromecánicos y el sistema de aire acondicionado de estos tres proyectos fueron contratados y dirigidos de forma directa por Los Arallane, S.A., sin mediación de la empresa Edificar. El Fideicomiso aclara que tal y como señaló anteriormente en el caso del Director Técnico no se estableció el requisito de que hubiera participado en las actividades electromecánicas, por lo que lo indispensable era que los proyectos se ajustaran a la definición de proyectos similares, sin que ese concepto involucre el tipo de actividades que echa de menos la recurrente. Menciona que aún si los edificios F-31, F-32 y C-7 & C-14 no llegaran a cumplir con el requisito de la experiencia de la oferente, aspecto que está en discusión, lo cierto es que podrían cumplir para el caso del profesional Director Técnico porque los requisitos cartelarios no son los mismos. La adjudicataria alega que el análisis de la apelante es errado, por cuanto en su oferta esos proyectos no se ofrecieron para acreditar experiencia de la empresa, sino para acreditar la experiencia requerida para el puesto de Director Técnico, respecto del cual el cartel no solicita haber ejecutado obras electromecánicas. Argumenta que tampoco el cartel dispone que los proyectos referenciados como experiencia hayan sido contratados incluyendo acabados exteriores y divisiones, o que el aire acondicionado se haya instalado por parte del oferente. Estima que los requerimientos sobre los proyectos similares se enfocan en lo sustancial que es el aspecto estructural que contempla obras funcionales específicas como el área de parqueos. Agrega que resulta lógico que así sea, porque usualmente los edificios para usos comerciales,

como malls u oficentros, no se pueden entregar con “acabados”, dado que ni siquiera el propietario conoce quién se instalará en cada local, lo que a su vez induce a que esos locales sean entregados en “obra gris”, siendo que corresponde al inquilino o al propietario final, el acabado y divisiones internas en función de la finalidad que le quiera dar al local. **Criterio de la División** Para el caso del puesto del Director Técnico, el cartel dispuso en la cláusula 2. a) que el profesional ofrecido debía acreditar mediante declaración jurada que fungió como director técnico en al menos 3 proyectos similares en los últimos 10 años, uno de los cuales debía contar con un área de al menos 3.000 metros cuadrados de oficinas de su área total de construcción. (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf”). De forma que en este caso se agregó a la acreditación de proyectos similares, el requisito adicional de contar con mínimo 3.000 m2 de área de oficinas pero sin que se estableciera que en tales proyectos el Director Técnico debía haber estado a cargo de las actividades electromecánicas. En consecuencia, a pesar de que la apelante aporta prueba de que en el caso de los edificios F-32, F-31 y C-7 & C-14 el propietario del proyecto afirma que las obras contratadas a la empresa Edificar para la construcción de dichos edificios se limitó a la ejecución de la obra gris y cubierta, (ver prueba No. 8 aportada junto con el recurso de apelación que consta a folio 105 del expediente de apelación), el alegato planteado no es de recibo porque parte del hecho de que el cartel requirió para el caso del Director Técnico que los proyectos acreditados como experiencia incluyeran a su vez la ejecución de las actividades electromecánicas, aspecto que se solicitó únicamente en el caso de la experiencia de la empresa. Ahora bien, cabe destacar que la adjudicataria no refuta la prueba aportada, sino que más bien aclara que los referidos edificios F-31, F-32 y C-7 & C-14 fueron ofrecidos para acreditar la experiencia específicamente en el caso del Director Técnico pero no así de la empresa, por lo que al no pedirse haber tenido a cargo la ejecución de las actividades electromecánicas para ese supuesto como sí se requirió en el caso de la empresa del oferente, el alegato planteado no resulta procedente. No obstante, no debe soslayarse el hecho de que la carta a su vez indica que los acabados de fachada, los acabados interiores y el sistema de aire acondicionado fueron contratados y dirigidos directamente por el propietario del proyecto, lo cual sí implica a criterio de esta División un desajuste respecto al alcance del “proyecto similar”

establecido en el cartel. Lo anterior por cuanto el cartel califica como proyecto similar los “...edificios...Solo se considerarán proyectos construidos, concluidos y recibidos a satisfacción del cliente.” (SICOP. En consulta por expediente mediante el número de la contratación, en el punto denominado “2. Información de Cartel”, ingresar por “2019PP-000001-0016300001 (Versión Actual)” en la nueva ventana “Detalles del concurso”, en el punto “F. Documento del Cartel”, descargar el archivo denominado “1606 PJU1 Cartel para el Concurso Construcción Anexo E 190612 versión modificación 3.pdf), con lo cual, no cabría aceptar la línea de interpretación propuesta por la adjudicataria en el sentido de que al no haber solicitado el cartel expresamente que incluyera la ejecución de los acabados internos y externos, divisiones, etc., se debía entender que bastaba con haber construido la obra gris, al ser ello lo sustancial y lo estructural, contemplando obras funcionales específicas como el parqueo. Por el contrario, estima esta División que el cartel debe aplicarse en su literalidad en la medida en que sea claro, sin que quepa efectuar distinciones más allá de lo expresamente indicado. Así, se debe hacer notar que el término que el cartel usa al definir los proyectos similares que aceptará como experiencia, es el de edificios, señalando que solo se aceptarán los proyectos construidos, concluidos y recibidos a satisfacción del cliente, por lo que no podría distinguirse donde el cartel no lo hace, para entender que bastaba con la ejecución de la obra gris y no de un edificio concluido. De forma que los proyectos acreditados en este caso por la empresa adjudicataria no se ajustarían a la definición cartelaria sobre proyecto similar, por cuanto no cabría equiparar la construcción de un edificio construido, concluido y recibido a satisfacción, con la construcción de la obra gris o de la parte estructural del edificio como pretende la adjudicataria. Así las cosas, lo que procede en este caso es **declarar con lugar** el recurso en cuanto este extremo. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso interpuesto por interpuesto por **VOLIO & TREJOS ASOCIADOS, S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **PROCEDIMIENTO POR PRINCIPIOS No. 2019PP-000001-0016300001** promovido por el **FIDEICOMISO INMOBILIARIO PODER JUDICIAL 2015 (FIPJU 2015)** para la “Construcción a suma alzada del proyecto del edificio denominado “Anexo E” del Poder Judicial”, acto recaído a favor de **EDIFICADORA CENTROAMERICANA RAPIPAREDES, S.A. (EDIFICAR)**, por un monto de \$24.544.002,00 (veinticuatro millones quinientos cuarenta y

cuatro mil dos dólares), acto que se anula. **3)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Karen Castro Montero
Gerente Asociada a.i

APV/chc
NN: 1300 (DCA-0338)
NI: 32923, 33558, 33740, 35260, 35297, 1036, 1837, 2019
G: 2019004485-2

