R-DCA-00554-2022

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa**. San José, a las once horas con once minutos del veintinueve de junio de dos mil veintidós.----------

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la empresa **GRAMILLAS HÍBRIDAS DE AMÉRICA S.A.** cédula jurídica 3-101-729078, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 002-2022** promovida por el **COMITÉ CANTONAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SANTA ANA**, para la construcción de la Cancha de Fútbol de Río Oro, gramilla Natural tipo Bermuda, acto recaído a favor del **CONSORCIO ROCA AMCO,** por un monto de **₡200.000.000,00.** ----------

RESULTANDO

I. -Que el quince de junio de dos mil veintidós, la empresa Gramillas Híbridas de América S.A., interpuso ante este órgano contralor recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública No. 002-2022 promovida por el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana.----------

II. -Que mediante auto de las once horas treinta y siete minutos del diecisiete de junio de dos mil veintidós, esta División solicitó el expediente administrativo del concurso, lo cual fue atendido según oficio CCDRSA-ADMINI-146-2022 donde remiten copia certificada del expediente administrativo.----------

III. -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 presente asunto se ha tenido a la vista copia certificada del expediente administrativo del presente concurso remitido por la Administración licitante, con vista en el cual se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana promovió la licitación Pública No.002-2022, para la construcción de la Cancha de Fútbol de Río Oro, gramilla Natural tipo Bermuda. (Ver folio 3 del expediente administrativo). **2)** Que al concurso se presentaron la las siguientes ofertas: i) Consorcio Agrícola Roca-AMCO, ii) TMS Turf Managers Specialist, cédula jurídica 3-101-729078, (Ver folio 110 del expediente administrativo) **3)** Que mediante análisis técnico la Administración determinó lo siguiente respecto la oferta No. 2 Gramillas Híbridas de America S.A.: "*(...) Así mismo se da el hallazgo que el proveedor Gramillas Híbridas de America S.A con el punto 4.10 Requisito de admisibilidad, inciso 2. Ya que se indica que el oferente debe de cumplir con ser una empresa constructora activa en el mercado con no menos de 10 años de experiencia*

comprobable, para lo cual deberá aportar una descripción de los proyectos realizados en ese lapso y las referencias de al menos 5 clientes que hagan constar el recibido a satisfacción de la obra, por lo que se analiza la oferta e indica que su experiencia es de 5 años en el mercado. Por lo tanto, la oferta del Proveedor Gramilla Híbridas de America S.A. no cumple con el requisito de admisibilidad." (Ver folio 442 del expediente administrativo). ----------

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO: Como punto de partida, procede indicar que el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) establece lo siguiente: "La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso, o en caso contrario, su rechazo por inadmisible o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos." En sentido similar, el artículo 186 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) establece como parte del trámite de admisibilidad del recurso que dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, esta Contraloría General debe analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso: "*…procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato*". Por otra parte, el inciso d) del artículo 188 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece como causales para el rechazo del recurso de apelación lo siguiente: "*(...) d) Cuando el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa (...)*". Por ello, se estima indispensable que al momento de presentar una acción recursiva en contra del acto final de un procedimiento de contratación administrativa, los apelantes fundamenten en forma debida sus alegatos, toda vez que la fundamentación y carga de la prueba corren bajo su responsabilidad. De esta forma, la parte disconforme en su escrito de apelación debe realizar un ejercicio argumentativo por medio del cual explique en qué forma puede resultar elegible o readjudicataria del concurso, siendo que en el artículo 184 del RLCA se dispone: "*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo. Igualmente estará legitimado para apelar, quien haya presentado oferta, bajo cualquier título de representación, a nombre de un tercero. Dentro de este último supuesto se entenderá en todo caso a quien haya sido acreditado regularmente dentro del expediente de licitación como representante de casas extranjeras*." Respecto a los requisitos de "legítimo, actual, propio y directo", esta Contraloría General ha manifestado que: "*(...) En esa línea, se ha enfatizado que no es procedente aquella acción recursiva que sea interpuesta por una persona carente de interés legítimo, actual, propio y directo. Sea, no son de recibo cuando la empresa o persona no ostente la potencialidad de ser*

adjudicatario del negocio, tanto porque es inelegible, por haber faltado evidentemente con algún aspecto esencial del procedimiento de contratación o porque aún en el evento de que el recurso prospere, la plica de interés no sería válidamente beneficiaria de una posible nueva adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigieran para el concurso." (El subrayado no pertenece al original) (ver resolución R-DCA-368-2003). Por consiguiente, la legitimación está determinada por la potencialidad de ser adjudicatario dentro del proceso que se discute. Para el presente caso, el recurrente en primer lugar procede a alegar que el proceso de licitación podría ostentar una nulidad absoluta al no haberse tramitado por medio del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) e indica que es una falta gravísima dentro del proceso de licitación, ya que de conformidad con el cartel, la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, considera que el procedimiento debió haber sido canalizado por medio de la citada plataforma de SICOP. Además procede a plantear una serie de incumplimientos respecto a la oferta adjudicada, siendo que señala que el oferente Consorcio ROCA-AMCO tuvo una serie de graves falencias en su propuesta, entre ellas el hecho de que emplearon el uso de documentos viciados de nulidad absoluta, siendo que además no aportaron la declaración jurada o cartas de acreditación de proyectos superiores al monto de 200 millones de colones, en los términos dispuestos en el cartel y que consistían en un requisito de admisibilidad de la oferta, manifiesta que al ver la documentación aportada por el oferente Consorcio ROCA-AMCO, comprueba que ni la compañía Agrícola Roca de Belén S.A., ni mucho menos América Construcciones S.A. aportaron esa documentación. Respecto a los requisitos de admisibilidad indica que Agrícola Roca de Belén S.A. aporta un papel de seguridad notarial en el que el profesional en derecho auténtica una supuesta firma del señor Ronald Castillo Sandí. Sin embargo, señala que esa firma no existe en el documento, es decir, ese documento emitido bajo la fe notarial sería falso o al menos absolutamente nulo, toda vez que el notario público da fe de un hecho inexistente, como lo es la autenticación de una firma que no consta, por lo que considera que la declaración jurada es absolutamente nula, toda vez que no se encuentra firmada por el otorgante, siendo que considera que no se cumple con uno de los requisitos de admisibilidad. Indica que es notorio que el acto de adjudicación se encuentra viciado de nulidad absoluta y por lo tanto debe declararse como invalido. Además señala que la falencia relativa a la declaración jurada de Agrícola Roca de Belén S.A. no es el único requisito de admisibilidad que afecta la oferta del Consorcio ROCA-AMCO, sino que siempre en relación al requisito el punto 4.10 denominado Requisitos de admisibilidad, concerniente al desarrollo de proyectos con presupuestos superiores a los 200 millones de colones, se puede verificar que la sociedad América Construcciones S.A. tampoco

aportó documentación idónea en ese sentido, ya que lo que consta son cartas de presuntos clientes, pero ninguno de los proyectos indicados en esos documentos cumple con las especificaciones del cartel, pues los proyectos no son relativos a la construcción de canchas de césped, sino a otros desarrollos inmobiliarios completamente distintos al objeto de la contratación. Finalmente señala que el Consorcio aporta como experiencia la construcción de cancha de fútbol Estadio Alejandro Morera Soto, así como construcción de canchas de futbol CAR Liga Deportiva Alajuelense, lo cual considera que no es correcto, pues ambos proyectos fueron llevados a cabo por su representada, quien subcontrató a dicha empresa, por lo que considera que el consorcio pretende hacer suyos proyectos que en la realidad fueron ejecutados por otra compañía. Aunado a lo anterior, indica que su oferta es más barata que la oferta adjudicada y señala que los servicios ofertados implican un ahorro para la Administración Pública. No obstante lo anterior, indica que a pesar de la importancia del tema económico, la Administración decreta la inadmisibilidad de la oferta de su representada, aun y cuando consideran que era la oferta que presentaba mayor ventaja para la Administración, pues con menos recursos garantizaba la ejecución de la obra. Finalmente señala que la Administración transgredió otro principio de la materia de contratación administrativa ya que la admisibilidad por la cual su oferta fue declarada inadmisible no fue prevenida, además señala que el Análisis Técnico resulta confuso y parece indicar que a pesar de haberse detectado una inconsistencia aclaratoria y subsanable, ésta nunca fue formalmente comunicada, sino que se tomó la determinación de decretar la inadmisibilidad de la oferta, al respecto manifiesta que dicha situación causó un estado de indefensión a su representada, pues si la Administración consideró que existía un aspecto que debía subsanarse, lo procedente fue haber notificado tal circunstancia para ser aclarada como en derecho correspondía y no tomar una determinación sorpresiva y de imposible subsanación de la exclusión de la oferta, al haberse comunicado en el mismo acto en el que se dio la adjudicación e indica que la Administración sí le comunicó al otro oferente una solicitud de subsanación, por lo que considera que eso genera un escenario de nulidad absoluta del acto de adjudicación y que necesariamente se debe retrotraer el procedimiento hasta la oportunidad inicial. Además, señala que es oportuno establecer en este momento, que a pesar de extrañarse esa oportunidad para subsanar, el aparente alegato relativo a solo contar con un plazo parcial de la experiencia requerida en el cartel, no era motivo suficiente para decretar la inadmisibilidad de la oferta de su representada, menos si reitera, que el otro oferente basó su oferta en un documento que considera que es absolutamente nulo, es por eso que considera que la exclusión de la oferta de su representada, en los términos explicados, considerando que representaba una significativa situación patrimonial ventajosa para el Comité,

resulta arbitraria, carente de fundamento y por tanto ilegal. Finalmente indica que solicita que se anule el acto de adjudicación y que en caso de que no se pueda retrotraer el procedimiento se le otorgue el plazo correspondiente para subsanar los elementos de la oferta. **Criterio de División.** Como punto de partida para el estudio de este recurso, es necesario indicar que el Comité Cantonal de Deportes y Recreación de Santa Ana promovió el concurso No.002-2022 para la contratación de la construcción de la Cancha de Fútbol de Río Oro, gramilla Natural tipo Bermuda (Hecho probado 1) y al mismo se presentaron únicamente dos ofertas, siendo uno de ella la del actual apelante (Hecho probado 2); al respecto resulta necesario aclarar que según consta de la apertura de ofertas, se indica el nombre de la empresa TMS Turf Managers Specialist, cédula jurídica 3-101-729078, sin embargo el número de cédula jurídica señalado corresponde al mismo indicado en la oferta para la empresa Gramillas Híbridas de América S.A., siendo que si bien se menciona el nombre TMS Turf Managers Specialist, posteriormente se señala la empresa Gramillas Híbridas de América S.A., cédula jurídica 3-101-729078, por lo que entiende esta División que el nombre TMS Turf Managers Specialist resulta ser el nombre fantasía de la empresa, el cual deriva de la personería jurídica de la empresa Gramillas Híbridas de América S.A., cédula jurídica 3-101-729078. Ahora bien, continuando con el estudio, se tiene que la oferta presentada por el actual apelante fue declarada inelegible según consta en el análisis técnico emitido por la Administración en virtud del requisito de admisibilidad establecido en el pliego cartelario en el que se citaba lo siguiente: "4*.10 Requisitos de admisibilidad. Para que la oferta se considere admisible a estudio, el oferente deberá cumplir con lo siguiente: 1. Ser persona jurídica debidamente registrada en el Registro de Persona Jurídicas del Registro Nacional. 2. Ser una empresa constructora activa en el mercado con no menos de 10 años de experiencia comprobable, para lo cual deberá aportar una descripción de los proyectos realizados en ese lapso de tiempo las referencias de, al menos 5 clientes que hagan constar el recibido a satisfacción de la obra. (...)*" (Ver folios 24 y 25 del expediente administrativo de la contratación). Motivo por el cual la Administración determinó la inelegibilidad de la oferta presentada por el actual apelante (Hecho probado 3). Ahora bien, el apelante en el escrito de apelación presentado, refiere a disconformidades del procedimiento, así como atacar la oferta presentada por el Adjudicatario, no obstante lo anterior, el apelante debía acreditar mediante el escrito presentado que su plica podía resultar readjudicataria del procedimiento, demostrando entonces que el incumplimiento acreditado por la Administración no resultaba aplicable a su oferta. Al respecto, se tiene que el apelante solicita en su escrito de apelación que se retrotraiga el concurso y que de no ser así se le brinde un plazo para subsanar el incumplimiento planteado, sin embargo, resulta necesario indicar al recurrente que

con fundamento en los principios que informan la contratación administrativa, como lo son los principios de eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 de su Reglamento, nuestro ordenamiento permite la subsanación de algunos elementos que conforman la oferta, con el fin de hacer siempre prevalecer el contenido sobre la forma, de tal manera que se permita la conservación de las ofertas o, en su caso, el acto de adjudicación. Esto en tanto la actividad de contratación debe ser siempre orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos públicos. Ahora bien, en este punto es importante destacar que si dentro del análisis de las ofertas se determina que una de ellas no contempla los requerimientos necesarios para cumplir a cabalidad con el objeto contractual en virtud de lo establecido en el pliego cartelario, se está frente a una oferta incompleta, siendo que – ante la valoración a cargo de la Administración de no generarse una ventaja indebida y de estarse frente a los supuestos que la norma aplicable reconoce como aspectos subsanables, es viable acudir a esta figura. En el caso de marras, la falta señalada en el análisis técnico a cargo de la Administración, no generó o promovió una solicitud de subsanación, habiendo declarado inadmisible la plica del recurrente (hecho probado 3). No obstante lo anterior, al no haberse ejecutado esa oportunidad procesal, el momento procesal oportuno para debatir el análisis técnico emitido por la Administración, es con el recurso de apelación presentado. Ante ello, con la interposición del recurso de apelación, el apelante reconoce que su plica fue declarada inadmisible sin embargo en su escrito no procede a defender su oferta ni alegar y mucho menos presentar prueba idónea mediante la cual se pueda acreditar el cumplimiento del requisito de admisibilidad establecido en el pliego cartelario. Así, bajo la tesis del apelante al tratarse de un aspecto subsanable y siendo que el cuestionamiento versaba sobre la experiencia como empresa constructora activa, correspondía a éste presentar junto a su recurso la información correspondiente a dicha experiencia, para de esta forma acreditar el cumplimiento de la oferta presentada, siendo meritorio advertir que la subsanación de un requisito no es un aspecto que queda a la libre disposición del apelante sino que éste debe ser atendido en el momento procesal oportuno, en resguardo de los principios de seguridad jurídica, igualdad y transparencia, siendo que en el caso concreto, el momento procesal oportuno resultaba ser con la presentación del recurso de apelación. Por las razones expuestas, al no haberse remitido junto al recurso la información mediante la cual se pudiese acreditar el cumplimiento de la oferta, se está frente a un apelante que en el momento procesal oportuno no aportó argumento alguno de defensa frente a la exclusión que de su oferta realizó la Administración, escenario en el que no es posible

verificar el cumplimiento de su oferta, manteniendo por ende la condición de inelegible y consecuentemente, careciendo de legitimación para impugnar el acto final dictado por la Administración en la contratación No.002-2022. En virtud de lo anterior, de conformidad con lo expuesto se **rechaza de plano** el recurso de apelación interpuesto por improcedencia manifiesta, siendo que el incumplimiento planteado por la Administración se mantiene y torna la oferta presentada en inelegible, lo cual provoca que el apelante carece de un mejor derecho para resultar adjudicatario. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos presentados en esta sede por la parte, por carecer de interés para los efectos de lo que será dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución. ----------

POR TANTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84, 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa, 183 y 187 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) RECHAZAR DE PLANO** por improcedencia manifiesta el recurso de apelación interpuesto por la empresa **GRAMILLAS HÍBRIDAS DE AMÉRICA S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 002-2022** promovida por el **COMITÉ CANTONAL DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE SANTA ANA**, para la construcción de la Cancha de Fútbol de Río Oro, gramilla Natural tipo Bermuda, acto recaído a favor del **CONSORCIO ROCA AMCO,** por un monto de **₡200.000.000,00.**----------

NOTIFÍQUESE.----------

Firmado digitalmente por ROBERTO JOSE RODRIGUEZ ARAICA
Fecha: 2022-06-29 22:46

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División Interino

Firmado digitalmente por EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA
Fecha: 2022-06-29 15:35

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
SAN JOSE - COSTA RICA

Firmado digitalmente por ADRIANA PACHECO VARGAS
Fecha: 2022-06-29 14:30

Adriana Pacheco Vargas
Gerente Asociada a.i.

AKQS/KMCM/nrg.
NI: 16146, 16154,16545, 16557, 16565, 16945
NN: 11027 (DCA-1908-2022)
G: 2022002470-1
Expediente Electrónico: CGR-REAP-2022004165