

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio No. **10102**

19 de octubre, 2010
DCA-0294

Licenciado
Juan Luis Bolaños Alvarado
Alcalde Municipal
MUNICIPALIDAD DE PUNTARENAS

Estimado señor:

Asunto: Se deniega autorización a la Municipalidad de Puntarenas para variar el procedimiento de contratación a fin de contratar los materiales, equipo y mano de obra para las mejoras en la plaza de fútbol del centro, distrito de Chomes. Se otorga autorización de contratación directa concursada con fundamento en el artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa.

Damos respuesta a su oficio No.3553-09-10 de fecha 29 de setiembre del año en curso, mediante el cual solicita la autorización de esta Contraloría General para que esa Municipalidad pueda realizar una contratación directa concursada para contratar los materiales, equipo y mano de obra para las mejoras en la plaza de fútbol del centro, distrito de Chomes, ello con fundamento en el artículo 30 de la Ley de Contratación Administrativa y 15 de su Reglamento.

I. Antecedentes y justificaciones de su solicitud:

Que durante el mes de julio del 2010, esa Municipalidad promovió la Licitación Abreviada 2010LA-000003-01 correspondiente al proyecto “Contratación de materiales, equipo y mano de obra para las mejoras en la plaza de fútbol del centro, distrito de Chomes”, siendo publicada la respectiva invitación en La Gaceta No.129 del 5 de julio. En dicho procedimiento se recibió una única oferta, por un monto de ¢49.853.629,89. A pesar de superar el contenido presupuestario, el ingeniero Rafael E. Piñar Venegas, encargado de la revisión técnica de la oferta, recomendó realizar la adjudicación de manera parcial, ajustando las actividades a realizar al presupuesto disponible, según el oficio DCU-419-2010.

Que la licenciada Evelyn Alvarado Corrales, Coordinadora del Departamento de Servicios Jurídicos de la Municipalidad, mediante oficio P-SJ-574-08-10, recomendó declarar infructuoso el procedimiento debido a que la oferta presentaba vigencia de la garantía de participación menor al 80% del plazo establecido, aspecto insubsanable según el artículo 81, inciso g) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Que el Concejo Municipal declaró infructuoso el proceso de Licitación Abreviada 2010LA-000003-01 en sesión ordinaria No.28, celebrada el día 16 de agosto de 2010, artículo No.5, inciso A. Dicho acuerdo fue publicado en La Gaceta No.166 del 26 de agosto del 2010.

Por consiguiente, solicita la respectiva autorización para variar dicho procedimiento de licitación abreviada en una contratación directa. Dicha contratación se realizará por medio de invitación al menos a tres oferentes inscritos en el registro de proveedores.

Que ello permitirá hacer un uso efectivo del presupuesto conforme a las metas establecidas para el año en curso, debido al tiempo que se ganaría en los procesos administrativos para iniciar el proyecto, ya que al iniciar un nuevo procedimiento de licitación abreviada a estas alturas del año, conlleva un alto riesgo de que no se puedan ejecutar las obras sino hasta el año entrante, debido al cierre del presupuesto actual.

Con respecto a la disponibilidad de los recursos económicos, indica que la partida presupuestaria que sustenta el proyecto es por un monto de veintiséis millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos veintiocho colones (¢26.328.428), el cual se encuentra incluido en el Presupuesto Extraordinario No.1 de esa Municipalidad, y aporta la certificación respectiva.

II. Criterio de la División:

A) Imprudencia para autorizar variación del procedimiento con fundamento en los artículos 30 de la Ley de Contratación Administrativa y 15 de su Reglamento.

El artículo 30 de la Ley de Contratación Administrativa permite modificar un procedimiento de contratación en otro menos riguroso. En lo que interesa, dicha norma dispone:

*“Artículo 30. Modificación del procedimiento en licitación infructuosa.
Si se produce una licitación pública infructuosa, la administración podrá utilizar en el nuevo concurso el procedimiento de licitación abreviada.
Si una licitación abreviada resulta infructuosa, la administración podrá realizar una contratación directa.
En los casos anteriormente citados, deberá mediar autorización de la Contraloría General de la República, órgano que dispondrá de un término de diez días hábiles para resolver, previa valoración de las circunstancias que concurrieron para que el negocio resultara infructuoso.”*

Como complemento de lo anterior, el artículo 15 del Reglamento a la ley, dispone:

*“Artículo 15. Variación del procedimiento infructuoso.
La licitación y el remate se considerarán infructuosos cuando no hubiere habido oferentes o los que se hubieren presentado hayan formulado sus ofertas en términos que contravienen el cartel o resultaren inaceptables para la Administración.
Si se produce una licitación pública infructuosa, la administración podrá utilizar el procedimiento de licitación abreviada en el nuevo concurso.
Si una licitación abreviada resulta infructuosa, la Administración podrá realizar una contratación directa.
En el caso de un remate infructuoso, la Administración podrá aplicar hasta dos rebajas a la base fijada por el avalúo respectivo, hasta en un 25% cada vez.*

En los casos anteriormente citados, deberá mediar autorización de la Contraloría General de la República, órgano que tendrá diez días hábiles para resolver, previa valoración de las circunstancias que concurrieron para que el negocio haya resultado infructuoso.

La Contraloría General de la República podrá denegar la autorización, si las causas del procedimiento fallido se encuentran en las propias actuaciones u omisiones de la Administración contratante, como la falta de claridad del cartel, el retardo en la calificación de ofertas, la ausencia de la publicidad del concurso, según corresponda. Para valorar esas circunstancias, con la respectiva solicitud, se enviará el expediente del concurso o remate. (el subrayado no es del original)

De conformidad con las normas citadas, se desprende que la Administración no puede realizar la degradación del procedimiento de contratación en forma automática, sino que requiere de la autorización de la Contraloría General de la República. Por su parte, la autorización que este Despacho brinda en estos casos conlleva un estudio y valoración de las causas que concurrieron para que el negocio haya resultado infructuoso, a efectos de determinar que las causas del procedimiento fallido no se encuentran en las propias actuaciones u omisiones de la Administración contratante. En caso de que el estudio del caso demuestre lo contrario, lo que procede es denegar la autorización.

Así las cosas, se procedió a revisar el expediente administrativo de la licitación abreviada realizada, determinando los siguientes hechos de interés:

Se observa que la Administración promovió la licitación abreviada No.2010LA-000003-01 para la contratación de materiales, equipo y mano de obra para las mejoras en la plaza de fútbol del centro, distrito de Chomes. Dicha contratación incluía los siguientes trabajos a realizar: 1. Malla perimetral, 2. camerinos y bodega, 3. kiosco de ventas, 4. Reparación de busto existente. (ver folios 36 al 21 del expediente administrativo). Para este concurso la Administración recibió una única oferta del señor German G. Sánchez Mora por un monto total de ¢49.735.629,89. (ver folios 155 al 71 del expediente administrativo).

Mediante el oficio DCU-419-2010 del 4 de agosto, el ingeniero Rafael E. Piñar Venegas de la Dirección de Desarrollo y Control Urbano de la Municipalidad recomendó la adjudicación de esta licitación en forma parcial, ya que la oferta superaba el contenido presupuestario de ¢26.328.428. (ver folios 170 y 169 del expediente administrativo)

Por su parte, mediante el oficio PSJ-574-08-10 del 10 de agosto, la licenciada Evelyn Alvarado Corrales Coordinadora de Servicios Jurídicos de la Municipalidad, emitió el criterio legal con respecto a la oferta recibida, determinando lo siguiente:

“La oferta presenta una garantía de participación insuficiente en el plazo, toda vez que originalmente se presentó con una vigencia hasta el día 25 de agosto de 2010, cuando debía encontrarse vigente hasta el 27 de setiembre de 2010 inclusive, tomando en consideración que dicha garantía debe encontrarse vigente por un plazo no menor a 30 días naturales contados a partir de la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación, siendo la misma el 27 de agosto de 2010./Lo anterior, según lo indica

*la norma del artículo 38, así como el inciso g) del artículo 81 ambos del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establecen que la insuficiencia del plazo en la garantía de participación podrá subsanarse cuando tal extremo no se haya ofrecido por menos del 80% de lo fijado en el cartel; de forma que al remitirnos a los plazos de vigencia establecidos en el cartel y el plazo original por el que fue presentada la garantía, éste último no alcanza el porcentaje señalado, logrando la presente garantía de participación un porcentaje de 50%. En cuanto a lo aportado por el Top. Sánchez Mora, según oficio de Proveduría Municipal número PM-326-07-10, y que corresponde a una ampliación en el plazo de la garantía de participación citada, realizada de oficio por el oferente y de acuerdo a las consideraciones señaladas por el mismo en su nota de remisión, esta asesoría señala que la misma debe ser rechazada, por cuanto el inciso j) del artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa es aplicable en casos que no hayan sido contemplados explícitamente en los demás supuestos de dicha norma, y siendo que expresamente el inciso g) del numeral citado establece que serán objeto de subsanación 'el monto o vigencia de la garantía de participación, **siempre y cuando originalmente hayan cubierto al menos un 80%**' (...) /Así las cosas, y en estricto apego al principio de legalidad, no resulta subsanable dicha falta, y por ende la oferta no puede resultar elegible. Por lo anterior y de conformidad con el artículo 86 del Reglamento citado, deberá dictarse un acto administrativo declarando infructuoso el procedimiento." (folio 172 del expediente administrativo)*

Al momento de emitir la recomendación final, la Proveduría Institucional de la Municipalidad mediante el oficio PM-356-08-10 del 12 de agosto, cita el criterio legal emitido por la licenciada Alvarado Corrales y recomienda que se declare infructuosa la licitación. (ver folios 174 y 173 del expediente administrativo).

Posteriormente, el Concejo Municipal mediante acuerdo tomado en la sesión ordinaria No. 28 del 16 de agosto del 2010, resolvió aprobar en todas sus partes el oficio PM-356-08-2010 del Departamento de Proveduría Municipal y declarar infructuosa la licitación abreviada. (ver folios 177 al 175 del expediente administrativo).

De lo expuesto hasta ahora, queda en evidencia que en el concurso realizado, la Administración recibió una única oferta, y lo declaró infructuoso por cuanto la asesoría legal de la Municipalidad determinó la inadmisibilidad de dicha oferta, por haber presentado una garantía de participación insuficiente en cuanto al plazo de vigencia. Concretamente señala la asesoría legal que el oferente presentó una garantía con un plazo de vigencia correspondiente al 50% del plazo requerido.

Al respecto, este Despacho tiene claro que la asesora legal se apejó en forma estricta a lo que dispone el artículo 81, inciso g) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual permite la subsanación únicamente cuando el monto o vigencia de la garantía de participación haya cubierto al menos el 80%. Por consiguiente, con fundamento en esta norma, era válido concluir- en primera instancia-, que el defecto de la garantía no era subsanable. Sin embargo, debe tenerse presente que el artículo 80 del mismo reglamento permite la subsanación de las ofertas "*cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de*

entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida.”

En el caso bajo análisis, ha quedado acreditado que al ser una única oferta, no se rompería el principio de igualdad, que es pieza fundamental dentro de la contratación administrativa, por lo que es posible que la Administración, con apego al principio de eficiencia, tenga un mayor margen para subsanar vicios que observe en la única oferta presentada.

Así las cosas, estima este Despacho que en aplicación del artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como de los principios de eficiencia y su consecuente conservación de ofertas, el vicio apuntado en la única oferta recibida bien podía ser subsanable en lugar de declarar su exclusión, y lograr así tener una oferta susceptible de adjudicación. Aún más, ha quedado acreditado –tal y como lo reconoce la asesoría legal- que el propio oferente subsanó su garantía de participación, sin embargo dicha subsanación no fue aceptada por la Administración.

De conformidad con lo expuesto, este Despacho considera que en el caso bajo análisis, ha quedado demostrado que la licitación abreviada fallida fue producto de omisiones de la propia Administración contratante, razón por la cual es improcedente otorgar la autorización de contratación directa solicitada, aplicando lo dispuesto en los artículos 30 de la Ley de Contratación Administrativa y 15 de su Reglamento.

B) Autorización de contratación directa con fundamento en los artículos 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 138 de su Reglamento.

Si bien ha quedado acreditado que no procede la autorización para variar el procedimiento, es lo cierto que en el caso en particular existe un interés público en realizar lo antes posible las obras mencionadas, razón por la cual este Despacho con fundamento en el artículo 2 bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa autoriza a esa Municipalidad para que realice una contratación directa concursada para la contratación de las obras mencionadas, ello sujeta al cumplimiento de las condiciones que de seguido se exponen:

- 1) Deberá cursar invitación a por lo menos tres oferentes reconocidos en este tipo de servicios, incluyendo al oferente que participó en la licitación abreviada 2010LA-000003-10. Para ello debe la Administración una bases cartelarias claras y que permitan escoger de manera objetiva la oferta ganadora del concurso.
- 2) Esta autorización es por un monto máximo de veintiséis millones trescientos veintiocho mil cuatrocientos veintiocho colones (¢26.328.428), lo cual corresponde con el contenido presupuestario disponible. Sin embargo, de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa la Administración podrá adjudicar a ofertas que superen ese monto hasta en un diez por ciento, siempre y cuando la Administración cuente con el contenido presupuestario para ello. Si la propuesta que se debe adjudicar supera ese diez por ciento, deberá requerir autorización previa a esta Contraloría General para continuar con el procedimiento.
- 3) Las modificaciones en fase de ejecución contractual, incluyendo aumentos o disminuciones, se registrarán únicamente por lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento, sin que para el ejercicio de esa

potestad se requiera autorización de esta Contraloría General. Lo anterior en el tanto se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 200, puesto que en caso de no ser así, deberá estarse a lo indicado en el párrafo penúltimo de esa norma, a saber: *“Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República (...)”*.

- 4) Al ser un procedimiento excepcional, autorizado sobre la base de las explicaciones dadas, no es viable aplicar una nueva contratación al amparo del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
- 5) Con fundamento en el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el recurso de objeción que se puedan presentar contra el cartel y el recurso de revocatoria que se pueda presentar contra el acto de adjudicación, el que declare infructuoso o desierto el concurso será de conocimiento ante la propia Administración, aspecto que deberá ser advertido expresamente a los participantes, debiendo observarse para ello las disposiciones contenidas en los artículos 170 y siguientes del RLCA –para el recurso de objeción- y 185 y siguientes del RLCA –para el recurso de revocatoria-, de modo que ambos recursos serán de conocimiento de esa Administración. Deberá otorgarse un plazo de al menos cinco días hábiles que median entre el día siguiente de la invitación a todos los potenciales oferentes y el día de la apertura de ofertas.
- 6) El contrato que se llegue a formalizar queda excluido del refrendo contralor y en su lugar deberá contar con la aprobación interna de la Municipalidad, según lo dispuesto en el artículo 17 del ‘Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.’
- 7) La Administración deberá verificar, por medio de declaración jurada, que quienes participen pueden contratar con el Estado, de forma tal que no les cubra ningún tipo de prohibición. De igual forma deberá constatar que no cuentan con algún tipo de sanción que les impida contratar con el Estado.
- 8) Es responsabilidad de la Municipalidad fiscalizar la correcta ejecución de los trabajos contratados.
- 9) Deberá quedar constancia en un expediente levantado al efecto, de todas las actuaciones relacionadas con esta contratación, ello para efectos de control posterior.

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

MSc. Celina Mejía Chavarría
Abogada Fiscalizadora