

R-DCA-510-2011

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las trece horas del siete de octubre del dos mil once. -----

Recursos de apelación interpuestos por: **1)** Construtica Diseño y Construcción Limitada y **2)** Macroestructuras S.A., en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2011-027, promovida por el Patronato Nacional de la Infancia, PANI, cuyo objeto es la construcción de la oficina local San José Oeste del PANI, concurso en el cual resultó adjudicada la empresa Constructora Hidalgo Cárdenas S.A.-----

RESULTANDO

I.- Las empresas Construtica Diseño y Construcción Limitada y Macroestructuras S.A., de forma independiente, presentaron recurso de apelación en contra del acto de adjudicación emitido por el Patronato Nacional de la Infancia, en adelante PANI, en la Licitación Pública 2011-027, cuyo objeto es la construcción de la oficina local San José Oeste del PANI.-----

II.- Mediante auto de las ocho horas del diecinueve de julio de dos mil once, se requirió el expediente administrativo al PANI, el cual fue remitido a este órgano contralor. -----

III.- Mediante auto de las catorce horas del once de agosto de dos mil once, se concedió *audiencia inicial* a la Administración licitante y al adjudicatario, haciéndose realizado varias advertencias al PANI entre ellas, la siguiente: “*Deberá la Administración referirse al puntaje que el apelante Construtica Diseño y Construcción Limitada, se otorga a la hora de señalar que su plica obtendría una nota 100 de ser considerada elegible*”. -----

IV. La Administración presentó su respuesta, según consta a folios 88 a 103 del expediente de apelación, mientras que el adjudicatario no atendió la audiencia concedida. -----

V. Conforme lo ordena el artículo 182 párrafo tercero del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante auto de las nueve horas del veintitrés de setiembre de dos mil once, se concedió *audiencia especial* a las apelantes, a fin de que se manifestaran respecto a lo dicho en su contra, en las respuestas a la audiencia inicial, quienes atendieron la audiencia según consta a folios 142 a 157 del expediente de apelación.-----

VI. La presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes, y, -----

CONSIDERANDO

I.- Hechos Probados: Esta División para la resolución del presente recurso ha tenido por probados los siguientes hechos: **1)** Que el PANI promovió la Licitación Pública 2011-027, para la construcción de la oficina local San José Oeste del PANI, (La Gaceta No. 40 del 25 de febrero de

2011 de 2011, folio 74 del expediente administrativo). **2)** De conformidad con el cartel, se estableció entre otros, el siguiente requisito de admisibilidad: “**1. PROGRAMA DE TRABAJO.** **a)** *El oferente deberá aportar como requisito indispensable en su oferta, una programación física y otra financiera detalladas del proyecto. Deben incluir al menos lo siguiente: Programación Física: actividades indicadas en la lista de cantidades de obra del cartel, duración, actividades predecesoras, holguras y ruta crítica. Programación Financiera: actividades indicadas en la lista de cantidades de obra del cartel, duración, actividades predecesoras, recursos asignados mensualmente por actividad, totales mensuales de actividades programadas y total del proyecto.* **b)** *El Programa de Trabajo deberá contener todas las actividades establecidas en la Tabla de Pagos del anexo No.1”.***3)** El cartel estableció como método de evaluación de ofertas, el siguiente: Precio 60%, Experiencia persona física o jurídica oferente 20%, Experiencia Ingeniero a cargo de la obra 20%.**4)** Según consta a folios 186 a 190 del expediente administrativo (acta de apertura de ofertas), se recibieron las siguientes ofertas, por los precios que de seguido se detallan:

Oferta	Monto en colones
HICASA	226.009.000,00
CP Ingeniería S.A.	235.880.000,00
Macroestructuras S.A.	241.100.000,00
Construtica Diseño y Construcción Ltda.	208.341.607,00
Desarrollos Urbanísticos Almada S.A.	223.520.196,74
Cobiermat de Centroamérica S.A.	226.762.083,47
Arcoop S.A.	183.990.000,00
Ingenierías PCR S.A.	277.372.442,98

5) En relación con las ofertas presentadas se tiene: Que la empresa CONSTRUCTICA incluye en su oferta la siguiente información: **i)** Lista de cantidades con especificación del precio unitario, costo total y porcentaje dentro del presupuesto (folio 393 expediente administrativo), **ii)** Cronograma (projet), el cual detalla las actividades, los plazos de ejecución, las holguras y la ruta crítica (y desglose de la estructura de precios, (folio 394 expediente administrativo). Por su parte la empresa HICASA señala en su oferta que “*la obra iniciará una vez que el PANI dé la orden de inicio y quedará terminada 220 días naturales después*”, a la vez que aportaba un programa físico, cuyo tiempo de duración se indicaba en 114 días. **6)** A folios 754 y 755 del expediente administrativo, consta un oficio sin número, suscrito por el Ing. Jorge Richmond Fletis, en el cual se indica que

HICASA y MACROESTRUCTURA, presentaron ambos cronogramas y que CONSTRUTICA solo presentó el cronograma físico. 7) A folios 758 y 787 a 798, consta el Oficio D.S.B.S. 1241-2011, mediante el cual se le requiere a HICASA presentar, entre otros, el cuadro detallado del presupuesto con todos los elementos que componen el precio, según punto 9.1.1 del cartel, señalándose que él mismo se presentó en formato diferente. A su vez se indica que en la programación financiera presentada no se detalla con claridad la duración de las actividades, sea si se refiere a semanas o meses, y que la programación física no está presentada por todo el periodo de construcción de la obra, información que se advirtió debía estar contemplada. Por su parte la empresa atendió la prevención manifestando que adjuntaba “*el cronograma actualizado según la programación de obra y lo solicitado*”, aportando un cronograma en el cual se lee que la duración es por 174 días. 8) A folios 874 a 879 del expediente administrativo, resulta visible el análisis, evaluación y recomendación de adjudicación, señalándose que HICASA y Macroestructuras cumplen con lo requerido, habiendo las mismas subsanado la información solicitada. Señala el PANI que dichas prevenciones se realizaron en aplicación del principio de conservación de ofertas. Asimismo se indica que la empresa CONSTRUCTICA no cumple con lo exigido, al haber presentado solamente la programación física y no la financiera. 9) A folios 880 y 881 del expediente administrativo, se muestra un cuadro de la evaluación de las ofertas que a criterio del PANI sí cumplieron con los requisitos del cartel. De seguido las notas obtenidas: HICASA: Precio: 60, Experiencia Proyectos: 20, Experiencia profesional: 15. Nota final: 95 y Macroestructuras: Precio 55, Experiencia Proyectos: 5, Experiencia profesional: 20 y Nota final: 80. 10) Según consta a folios 893 a 904, la recomendación de adjudicación y el acto final recayeron a favor de HICASA.-----

RESULTANDO

I. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LAS APELANTES Y EL FONDO DEL RECURSO. 1)

LEGITIMACION: De previo a conocer el fondo del presente recurso es esencial determinar si las apelantes tienen legitimación para solicitar la nulidad del acto de adjudicación. Tratándose del caso de CONSTRUTICA ésta señala haber participado en el presente concurso y haber cumplido con los requisitos a nivel financiero, legal y técnico, ofreciendo además el menor precio. Señala que de evaluarse su plica, ésta obtendría los 20 puntos por concepto de experiencia del ingeniero responsable y los 20 puntos por concepto de experiencia de la oferta, por lo que al ser su propuesta la de menor precio, obtendría la totalidad de puntos, para una nota final de 100, por lo que se ubicaría por encima de la oferta adjudicataria. La recurrente manifiesta que cuenta con la

legitimación debida, por cuanto presentó una oferta válida dentro del concurso, habiendo sido excluida de forma incorrecta, toda vez que la información cuya omisión se señala (programación financiera o flujo de caja del proyecto), era de carácter subsanable al ser un requisito de admisibilidad, sin que se le hubiese otorgado dicha oportunidad, lo cual era posible a nivel legal conforme a los artículos 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y según la misma información que constaba en la oferta. Bajo esta argumentación adjunta a su recurso el flujo de caja o programación financiera según cronograma, lista de materiales y precios incluidos en la oferta inicial. **Criterio para resolver:** En el auto de audiencia inicial este órgano contralor solicitó al PANI entre otras cosas, referirse al puntaje que CONSTRUTICA se otorgaba en el recurso, a la hora de señalar que su plica obtendría una nota 100 en caso de ser considerada elegible, solicitud que no fue atendida por la Administración. Así las cosas, considerándose la defensa del apelante acerca de su legitimación, teniéndose por acreditado que efectivamente su oferta fue presentada (Hecho Probado No. 4) y que el cartel estableció el sistema de evaluación, cuya aplicación se emplea en el recurso a fin de demostrar que se obtendría una mejor calificación (Hecho Probado No. 3), resulta necesario valorar si efectivamente existe una falta en la conducta del PANI, debiendo por ende esta Contraloría General conocer el fondo del recurso, toda vez que de prosperar sus argumentos, podría su oferta superar la nota de la adjudicataria. Lo anterior no implica que esta Contraloría General esté asintiendo que el puntaje de experiencia que se arroja el objetante en su recurso es el correcto, tema que en caso de prosperar esta impugnación deberá ser analizado por el PANI ante el supuesto de una readjudicación, lo anterior conforme a las competencias que le asisten al PANI en su carácter de administración licitante. Por otra parte, el recurso presentado por MACROESTRUCTURAS apunta dos inconsistencias: primero, que la Administración no valoró si era viable la subsanación solicitada a HICASA y segundo, que mediante la subsanación realizada, dicha empresa varió el plazo de su oferta. Así las cosas, siendo que MACROESTRUCTURA goza del segundo lugar en la evaluación realizada por el PANI, de prosperar lo alegado, podría resultar adjudicatario. Lo anterior en el escenario de existir al momento de presentar este recurso, un cuadro fáctico en el cual las únicas dos ofertas elegibles a ese momento era HICASA y MACROESTRUCTURAS (Hecho Probado No.9), por lo que se reconoce la legitimación y mejor derecho de esta última y por ende se procede a conocer también el fondo de este recurso.-----

II) Recurso presentado por CONSTRUTICA. Señala **el apelante** que su oferta fue descartada al no haber presentado el programa financiero, sin embargo señala que según información financiera

aportada en su oferta, esta información podía ser subsanada y así lo hace con su recurso, presentando el flujo financiero, argumento que respalda invocando el artículo 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Señala el recurrente que con el uso de la información que constaba en su oferta, era posible mediante el uso de un software, como lo es el MS Project de Microsoft, generar la programación financiera (flujo de caja) para agregar los recursos asignados mensualmente por actividad y su totalización, lo cual detalla a nivel de prosa y gráficamente en su recurso de la siguiente manera: **1.** ¿Cómo se genera un flujo de caja con el presupuesto presentado en la oferta (costos por actividad)? Respuesta: se copian o digitan en el cronograma ya elaborado y se siguen los siguientes pasos: 1) seleccionar casilla “informe” en la parte superior de la pantalla, 2) seleccionar “informes”, 3) seleccionar el ícono de flujo de caja y la opción seleccionar, 4) seleccionar flujo de caja y el Project lo genera automáticamente, 5) Una vez generado, se imprime. Señala además el recurrente que de habersele requerido dicha información, ello no le hubiese concedido una ventaja indebida, puesto que el flujo financiero no era parte de la evaluación. Señala además que el PANI permitió la subsanación al adjudicatario, invocando que no había variaciones a los elementos esenciales, como precio, objeto, entre otros, actuación en la cual el PANI no aplicó el principio de igualdad pues a HICASA se le dio la oportunidad de subsanar tanto el programa físico como el financiero y a su representada no, aún cuando había presentado tanto el cronograma físico como las lista de cantidades, los precios unitarios y totales y el porcentaje (peso) de cada línea dentro del precio total ofrecido, junto con el desglose de la estructura de precio. También llama la atención acerca de cómo el PANI solicitó a varios oferentes que ajustaran sus precios, pidiéndoles un descuento, cuando su oferta era más barata y cumplía con la experiencia requerida. En este sentido, señala que si el numeral 26 del Reglamento pre citado, permite que la estructura del precio y el programa de trabajo sean subsanables, con más razón el flujo financiero, tema respecto al cual cita la Resolución R-DJ-159-2010. Concluye su recurso manifestando que su oferta fue descalificada de forma incorrecta, siendo que lo omitido era subsanable *“no solo por la naturaleza instrumental sino porque habiendo presentado el programa de trabajo con todo detalle y los precios unitarios y totales, su confección deriva de tales elementos y no constituye por tanto ninguna ventaja indebida y antes bien se refiere a elementos perfectamente referenciados en la oferta”*. Indica que la Administración no ponderó la trascendencia del incumplimiento que se le imputó, existiendo una falta tanto al no pedir la subsanación como al excluirse, siendo que al adjudicatario sí se le permitió hacerlo, lo cual es una transgresión al ordenamiento, al violentarse los

principios de legalidad, igualdad, eficiencia e informalismo), encontrándose por ende viciado el acto de adjudicación. Por su parte **la Administración** hace referencia al trámite en general (análisis de ofertas, demanda de ajuste de precios, entre otros), siendo que puntualmente acerca del tema que se debate, señala que mediante oficios DSBS- 873-2011 de fecha 01 de abril del 2011, DSBS- 1172-2011 de fecha 10 de mayo de 2011 y DSBS- 1295-2011 de fecha 23 de mayo de 2011 se le solicitó al ingeniero Jorge Richmond Fletis, supervisor de la obra por parte del PANI, realizar el análisis técnico de las ofertas, así como de las subsanaciones realizadas, siendo que el ingeniero mediante notas de fecha 27 de abril de 2011, 03 de mayo de 2011, 16 de mayo del 2011 y 08 de junio de 2011, apuntó las aclaraciones técnicas que se le debían realizar a las empresas participantes y revisó las subsanaciones hechas, determinando que la oferta de CONSTRUTICA *“a partir del análisis técnico de esa oferta y una vez revisadas las subsanaciones, se determinó que la oferta de esa empresa no cumple con todos los requisitos de admisibilidad de la contratación contemplados en el apartado IV del cartel de marras, ya que únicamente presentó la programación física y no presentó la programación financiera del proyecto, por consiguiente, se determina que la plica no es admisible para continuar con la siguiente etapa del proceso”*. Agrega el PANI que de conformidad con el oficio DSBS 2338-2011, se excluyó a CONSTRUTICA por no cumplir con la presentación del flujo de caja (programación financiera del proyecto), siendo que era uno de los requisitos de admisibilidad establecidos en el cartel. Asimismo el PANI se refiere al tema de la subsanación, mencionando el artículo 80 y 81 ya citados, así como un extracto de la RLS 63-98 de las 13 horas del 10 de marzo de 1998, emitida por esta Contraloría General, en la cual se advierte que la subsanación no puede permitir una ventaja indebida a un oferente que ya ha conocido las características y condiciones de otras ofertas, por lo que a criterio de la Administración de habersele requerido al recurrente, la subsanación del cronograma financiero, se le hubiese estado otorgando una ventaja indebida frente a los demás oferentes que presentaron tanto la programación física como la programación financiera, ya que una vez conocidas las condiciones del resto, específicamente la programación financiera, tendría la ventaja de acomodar dicha información y tomar elementos de ésta para la presentación de lo omitido, elementos que son relevantes a criterio del PANI, ya que la Administración debe conocer si la empresa, hará una eficiente distribución de los recursos económicos asignados mensualmente a cada actividad, a fin de lograr un equilibrio económico de los egresos y egresos durante el proyecto, que le asegure a la administración el cumplimiento del contrato. Manifiesta además el PANI, que aún cuando la recurrente presentó la

tabla de pagos solicitada en el apartado III, acápite 3, subacápite 3.7 del cartel, así como la programación física del proyecto, ello no lo eximía de la presentación de la programación financiera, sin que se pueda alegar que por haber presentado las listas de cantidades con especificaciones del precio unitario, costo total y porcentaje dentro del presupuesto, y el uso del cronograma (Proyect), se estaría cumpliendo con la omisión apuntada, pues a criterio de la Administración, no es a ella a quién le correspondía llevar a cabo un ejercicio que iba más allá de una mera presunción del cumplimiento de lo solicitado, por lo que al no compartir lo alegado por el apelante, solicita se declare sin lugar su recurso. Tratándose **del adjudicatario**, se tiene que este no atendió la audiencia inicial, cuya notificación y confirmación de recibido, consta a folio 85 del expediente de apelación. Por su parte, según lo ordena el artículo 182 párrafo tercero del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **se concedió audiencia especial al apelante**, a fin de que se refiriera a lo dicho en su contra en la *audiencia inicial*, quien en tiempo contestó la audiencia concedida, señalando lo siguiente: Que a su representada nunca se le solicitó subsanar, por lo que no es cierto que se pueda llegar a la conclusión que su plica no cumple luego de haber valorado las subsanaciones, siendo que hubo un trato diferente al permitirse que HICASA subsanara sobre el tema que se debate, esto es el programa financiero. Expone el recurrente que en este caso resulta necesario contestar si la presentación del programa financiero era o no subsanable, siendo que de serlo lleva razón en su argumento expuesto, esto es que el PANI no le permitió hacerlo y de no serlo, no podría resultar HICASA adjudicataria dado que a ésta se le permitió tanto la subsanación del programa financiero como del físico. Reitera además que el flujo de caja es un dato subsanable, pues se construye a partir de la lista de cantidades de obra, precios unitarios y el cronograma de la obra, lo cual se encontraba detallado en su oferta, sin que además importe alguna ventaja a su favor respecto a otras empresas, toda vez que no existe información que acomodar, pues el flujo presentado es conteste con los datos que constan en su propia oferta, generándose automáticamente a partir de ellos. Señala que el PANI no presenta prueba que debata el argumento presentado en el recurso, siendo que no se refiere al flujo remitido, como tampoco señala que éste no sea conforme al programa físico, estructura de precios y costos unitarios de su oferta, pues como se explicó dicho flujo se genera automáticamente con el software Microsoft Projet (Ms Projet), por lo que la constatación que podía hacer el PANI es automática. Señala que en su recurso no se indica que sea el PANI el que deba realizar el cronograma financiero a partir de la información que consta en la oferta, sino que era deber del PANI pedir la subsanación. Concluye su respuesta señalando que

la Administración no se refirió a lo solicitado por el órgano contralor en el auto de la audiencia inicial, esto es que se refiriera al puntaje que CONSTRUTICA se otorgaba en su recurso, por concepto de experiencia. **Criterio para resolver:** Conviene señalar que la resolución del aspecto impugnado, específicamente si la exclusión de la oferta del recurrente procedía o no, y si la información cuyo incumplimiento se apuntó, era subsanable o no, devienen aspectos de índole jurídico, a partir de lo cual se procede a resolver bajo un razonamiento jurídico amparado a la normativa que regula esta materia. Conocida la posición del recurrente así como la defensa de la Administración, la cual se enfoca en señalar que el permitir la subsanación del programa financiero hubiese concedido una ventaja indebida y que a ella no le correspondía llevar a cabo un ejercicio que iba más allá de una mera presunción del cumplimiento de lo solicitado, se procede a analizar las normas mencionadas así como los hechos presentados. El Reglamento citado reconoce en su numeral 80 que *“se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, 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”*, mientras que el 81 señala que *“serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes: (...) j) Cualquier otro extremo que solicitado como un requisito de admisibilidad, sea requerido por la Administración, para una cabal valoración de la propuesta y no confiera una ventaja indebida frente a los restantes oferentes (...)”*. En el caso que nos ocupa se observa que efectivamente el cartel exigía la presentación de dos programaciones: la física y la financiera, señalando que en el caso de esta última, se debían incluir las actividades indicadas en la lista de cantidades de obra del cartel, duración, actividades predecesoras, recursos asignados mensualmente por actividad, totales mensuales de actividades programadas y total del proyecto (Hecho Probado No.2). Ahora bien, habiendo el recurrente presentado su plica (Hecho Probado No. 4), se tiene que en su oferta constaba la siguiente información: **i)** Lista de cantidades con especificación del precio unitario, costo total y porcentaje dentro del presupuesto (folio 393 expediente administrativo), **ii)** Cronograma (projet), el cual detalla las actividades, los plazos de ejecución, las holguras, la ruta crítica y desglose de la estructura de precios (Hecho Probado No.5), información que es utilizada en el recurso a la hora de explicar cómo de emplearse la misma, con ayuda de un software, como lo es el Projet, se obtendría la programación financiera que requería el cartel, aspecto que no es refutado por la Administración en la respuesta a la audiencia inicial. En este sentido, habiéndose comparado

la información que consta en la oferta con aquella que es empleada en el ejercicio que presenta CONSTRUTICA en su recurso, se tiene que lo utilizado corresponde a los montos de las cantidades ofrecidas y señaladas en la oferta, así como los plazos que se detallan en el cronograma físico presentado en la oferta, cuyo cumplimiento fue aceptado por el PANI desde la evaluación de ofertas inicial (Hecho Probado No.6 y No. 8). Se considera además que el recurrente presentó con su recurso, la propuesta final del cronograma financiero, en el cual se observa el detalle del monto que se dispensaría cada mes, programa respecto al cual el PANI no se refirió, como tampoco respecto a la información utilizada para su elaboración. No desconoce este órgano contralor que el PANI señaló que el programa financiero resultaba importante a efectos de conocer si la empresa a contratar haría una eficiente distribución de los recursos económicos asignados mensualmente a cada actividad, lográndose un equilibrio económico de los egresos y egresos durante el proyecto, objetivo que la Administración no señala como no se alcanza con el programa presentado, generado como ya se indicó, a partir de la información que consta desde un inicio en la oferta. Adicionalmente se observa que el programa financiero presentado con el recurso, es acorde al plazo y monto de la oferta, de forma tal que de haberse pedido la subsanación del mismo, ello no hubiese representado una variación a los elementos esenciales. Por otra parte alega el PANI que permitir la subsanación del programa financiero, representaría una ventaja indebida al recurrente, pues a su juicio le daría la oportunidad *“de acomodar la información conocida y tomar elementos de ésta, necesarios para la presentación de dicha programación, elementos que son relevantes”*, sin embargo no indica el PANI cual información es la que se *“acomodaría”* y cómo ello generaría una ventaja indebida, habida cuenta que ya se destacó que la información utilizada consta en la oferta, y que el plazo y monto ofrecido para cada actividad no varió y por ende el precio y plazo final tampoco, debiéndose además considerar que la presentación de este programa no era un aspecto sometido a evaluación, por lo que no se conoce ni se ha demostrado bajo cual supuesto se da el *“acomodo”* de la información que genere una ventaja indebida. Por las razones expuestas, considerando que: **i)** No se acredita por parte del PANI de qué manera el haber requerido la subsanación del programa financiero, hubiese representado una ventaja indebida, **ii)** El programa financiero cuya subsanación se realiza al momento de presentar este recurso, se genera a partir de información que consta en la oferta del recurrente y no de otros participantes, **iii)** Que los plazos y montos de las actividades descritas en la oferta, se respetan en la programación financiera remitida; **iv)** Que en la programación financiera cuya subsanación se realiza no se está haciendo uso de

información nueva; v) Que la Administración reconoció que el recurrente sí presentó desde un inicio, la programación física y que ésta comparte información requerida también para la presentación del programa financiero, vi) Que la programación financiera era un requisito de admisibilidad de la oferta, por ende no evaluable; es criterio de este órgano contralor que la subsanación del programa financiero, acorde con los lineamientos contemplados en los artículos 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sí era posible, existiendo un vicio en el estudio de ofertas al haber excluido al recurrente por omisión del mismo, a partir de lo cual se declara con lugar el recurso en este extremo. Así las cosas se declara nulo el acto de adjudicación dictado, quedando bajo la competencia y responsabilidad del PANI valorar la posibilidad de readjudicar este concurso, debiendo constar la respectiva evaluación de las ofertas que considere elegibles, considerando que el sistema de evaluación se conforma de varios aspectos, entre ellos precio y experiencia.-----

III) Recurso presentado por MACROESTRUCTURA. De previo a conocer el fondo de este recurso, ha de indicarse que a partir de lo resuelto en el punto anterior, esto es que se declaró con lugar el recurso presentado por CONSTRUTICA, el supuesto acerca de la existencia de dos ofertas elegibles (HICASA y MACROESTRUCTURA) varía. Sin perjuicio de lo anterior, se conoce este recurso, en el ejercicio de las competencias reconocidas a esta Contraloría General en materia de contratación administrativa y buen uso de los recursos públicos, debiendo considerar la Administración lo aquí resuelto, en caso de proceder a emitir una readjudicación en el uso de sus competencias. Ahora bien, dos son los cuestionamientos expuestos por **el apelante**. En primer término, señala que la Administración previno a varios oferentes, entre ellos a HICASA para subsanar aspectos varios de sus ofertas, siendo que el PANI no valoró si la información requerida podía ser subsanada, y en segundo lugar discute acerca del plazo ofrecido por el adjudicatario, señalando que él mismo se varió mediante la subsanación. Indica que inicialmente HICASA ofreció un plazo de 220 días, periodo que corresponde a más de 7 meses, es decir al menos 8 pagos mensuales, sin embargo presentó una tabla de pagos y un flujo financiero que no correspondía a un proyecto del plazo ofertado, lo cual corrigió ante la prevención hecha por el PANI, aportando una información de otro proyecto, sin que esta última tampoco resultara acorde con lo ofrecido. Explica el recurrente que el cronograma físico presentado con la oferta no muestra las actividades predecesoras, lo cual pedía el cartel. Además que es un cronograma que refiere a 114 días, los cuales si son hábiles, serían 160 naturales, lo cual difiere de los 220 ofrecidos, datos que

adicionalmente no son acordes con la tabla de pagos. Agrega que la aclaración presentada vía subsanación, refiere a 174 días, variando de nuevo el plazo ofrecido. Concluye el apelante que la Administración debió primero valorar si procedía o no esa subsanación, así como la modificación del plazo realizada con posterioridad, sin importar si es mayor o menor al ofrecido inicialmente, variación que es contrario al artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, a partir de lo cual solicita se anule el acto de adjudicación. Por su parte **la Administración** señala que en el folio 876 vuelto del expediente administrativo se indican las razones a partir de la normativa legal y jurisprudencia emitida por el órgano contralor, por las cuales se permitía la subsanación hecha, siendo que no había claridad en la programación física y financiera presentadas por HICASA, la cual estaba referenciada en la oferta, por lo que al amparo del principio de eficiencia y eficacia contemplados en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, se reconocía la posibilidad de subsanar aspectos de admisibilidad, tendiendo a conservar el mayor número de ofertas. Señala que la oferta de HICASA no era clara respecto al periodo de duración de las actividades y definición del periodo en la asignación de recursos, elementos que eran accesorios al objeto principal, siendo que la información que se subsanara, permitiría corroborar la manifestación de cumplimiento señalado en la oferta sin modificar aspectos sustanciales. Concluye el PANI manifestando que por las razones expuestas, solicita que el recurso sea declarado sin lugar. Puntualmente acerca de la variación del plazo en los cronogramas, el PANI no se refirió. Sobre tema, aún cuando **al adjudicatario** se le concedió audiencia inicial, ésta no fue atendida. Conforme al artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se otorgó audiencia especial a MACROESTRUCTURAS, en la cual reiteró que el adjudicatario varió el plazo de su oferta, lo cual es contrario a las disposiciones del artículo 80 del Reglamento de previa cita. **Criterio para resolver:** En el mismo orden de los argumentos expuestos por el apelante se resuelve: **1) Motivación que sustentara la solicitud de subsanación.** Se tiene que el PANI sí justificó la solicitud de información, invocando los principios de eficiencia, eficacia y conservación de ofertas (Hecho Probado No.8), por lo el cuestionamiento hecho por el apelante no lleva razón, a partir de lo cual se declara sin lugar el recurso en este extremo. **2) Variación en el plazo.** Para la resolución de este punto, se consideran varios de los hechos probados descritos al inicio de esta Resolución. En primer lugar, según expuso la Administración, la oferta de HICASA no era clara respecto al periodo de duración de las actividades y definición del periodo en la asignación de recursos, a partir de lo cual pidió su subsanación. Se tiene que específicamente vía oficio D.S.B.S.1241-2011, se realizó

entre otros, la siguiente observación: “*En la programación financiera presentada, no se detalla con claridad la duración de las actividades, si se refiere a semanas o meses, asimismo la programación física no está presentada por todo el periodo de construcción de la obra, se debe completar dicha información*”) (Hecho Probado No. 7). Así también, tratándose del plazo se tiene que HICASA señala en su oferta que “*la obra iniciará una vez que el PANI dé la orden de inicio y quedará terminada 220 días naturales después*” (Hecho Probado No. 5). Adicionalmente se confirma que en la oferta de HICASA se incluyó un programa físico, cuyo tiempo de duración se indicó por 114 días (Hecho Probado No. 5), comenzando el 01 de abril de 2011 y finalizando el 07 de setiembre de 2011, en el cual se visualiza parcialmente sólo el mes de abril. Por su parte, ante la prevención hecha por el PANI, se aportó un cronograma físico en el cual se indica que la duración será por 174 días (Hecho Probado No. 7), dando inicio el 01 de abril de 2011 y finalizando el 30 de noviembre de 2011. Observado lo anterior, se tiene que efectivamente ante la contradicción existente entre la manifestación inicial de la oferta de 220 días y el primer cronograma físico presentado por 114 días, la Administración realizó una solicitud de subsanación, sin embargo la respuesta dada por HICASA confirma que no existe una igualdad entre el plazo que se ofrece y el cronograma físico, a partir de lo cual existe una indefinición en el plazo de la oferta, siendo éste elemento esencial de una relación contractual y necesario para exigir determinados derechos y deberes propios de todo negocio de esta naturaleza (construcción de obra), tales como multas, seguimiento y dirección de las actividades a realizar, pagos, entre otros. Así las cosas, acreditándose que: **i)** A partir de los documentos descritos, esto son la oferta y la información cuya subsanación se requirió, el plazo de la oferta de HICASA es impreciso, y **ii)** ni la Administración ni la propia empresa se manifestaron sobre este tema, con lo cual no existe mayor hecho a valorar que la confrontación de la oferta con los cronogramas señalados, se declara con lugar el recurso en este extremo, por lo que se debe declarar la ilegitimidad de la empresa HICASA.-----

VI) Consideración de oficio. Tal y como se indicó en el Resultando III de esta Resolución, en la audiencia inicial puntualmente se le solicitó al PANI “*referirse al puntaje que el apelante Construtica Diseño y Construcción Limitada, se otorga a la hora de señalar que su plica obtendría una nota 100 de ser considerada elegible*”, lo cual no ocurrió. Tampoco se manifestó la Administración de forma puntual respecto al cuestionamiento hecho por MACROESTRUCTURAS en relación con el cambio de plazo que se presentaba en los cronogramas presentados por el adjudicatario, siendo que su respuesta se dio en términos generales acerca del porqué consideró

necesario pedir la subsanación y que a su criterio, contando con la respuesta dada, se verificó que el adjudicatario cumplía. Estas dos omisiones son importantes de señalar, toda vez que el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, señala que la audiencia inicial que se concede tiene como objeto que la Administración y a la parte adjudicada, se manifiesten sobre los alegatos del apelante. En otro orden de ideas, habiéndose requerido al PANI en el mismo auto de la audiencia inicial, que indicara a cuales folios del expediente administrativo se encontraba visible la última versión del cartel, se tiene que en su respuesta ello no se indicó, aunque sí se aportó copia del mismo. Sobre este punto (versión última del cartel), este órgano contralor observó del estudio realizado que a folio 823 del expediente administrativo, consta una nota bajo el título “otras modificaciones al cartel”, las cuales no se encuentran integradas a la versión del pliego cartelario visible a folios 10 al 61 del expediente, como tampoco en la versión digital y física remitida con la respuesta a la audiencia inicial, destacándose entre dichas modificaciones la del punto 12.2 que refiere al plazo de entrega de la obra, el cual se varió de 190 a 220 días naturales, publicación que se indica se realizó en La Gaceta del 23 de marzo de 2011. Sobre el particular, ha de considerar el PANI lo dispuesto en el artículo 10 inciso 3) del Reglamento precitado, el cual establece que la Proveeduría “*será la encargada de que exista una versión última del cartel que contenga todas las modificaciones, disponible tanto en medios físicos como electrónicos, cuando así proceda*”, norma cuyo cumplimiento tampoco se dio en los términos reglamentarios. Conocido lo anterior, llámese la atención al PANI acerca de las medidas de control que esté empleando para dar un fiel cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarios vigentes en materia de contratación administrativa, lo cual deberá ser valorado, sin perjuicio de las facultades de control y fiscalización posterior. -----

POR TANTO

De conformidad con los hechos y consideraciones expuestas, así como lo señalado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política; 3, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 4, 174, 176 y siguientes, del Reglamento a esa Ley, **SE RESUELVE: 1)** Declarar con lugar el recurso de apelación presentado por Construtica Diseño y Construcción Limitada; **2)** Declarar parcialmente con lugar el recurso presentado por Macroestructuras S.A.; ambos presentados en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2011-027, promovida por el Patronato Nacional de la Infancia, PANI, cuyo objeto es la construcción de la oficina local San José Oeste del PANI, concurso en el cual resultó adjudicada la empresa Constructora Hidalgo Cárdenas S.A., *acto*

el cual se anula. **3)** Deberá el PANI valorar y tomar las acciones correctivas necesarias, según lo indicado en el Resultando IV de esta Resolución. **4)** Será responsabilidad exclusiva del PANI considerar y proceder a una eventual readjudicación, de conformidad con las reglas contempladas en los artículos 42, 42 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 95 de su Reglamento. **5)** Se advierte que de conformidad con el artículo 34, inciso a), de la citada Ley Orgánica, el presente fallo no tiene ulterior recurso por lo que a la luz de lo dispuesto por el numeral 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se tiene por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFIQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Licda. Carolina Cubero Fernández.
CCF/yhg
NN: 09766 (DCA-2629-2011)
Ni: 12845, 12863, 13619,14669,
G: 201100418-4