

R-DCA-055-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas con cuarenta minutos del veintiuno de enero del dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por **CONSTRUTEO** en contra del acto de adjudicación de la contratación directa EJA-01-2015, promovida por la **Junta de Educación de la Escuela Joaquín Arroyo**, para la contratación de **la mano de obra para la construcción de la escuela**, acto recaído a favor de la empresa **EL RENACER DE TAMARINDO**.-----

RESULTANDO

I. Que **CONSTRUTEO**, el trece de noviembre de dos mil quince interpuso ante este órgano contralor, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida contratación directa.-----

II. Que este órgano contralor mediante autos de las diez horas del diez de noviembre de dos mil quince y de las ocho horas treinta minutos el dieciocho de noviembre de dos mil quince –donde se reitera la solicitud-, requirió a la Administración el expediente administrativo, lo cual fue atendido mediante oficios sin número recibidos el once y diecinueve de noviembre de dos mil quince.-----

III. Que mediante resolución No. R-DCA-973-015 de las ocho horas con treinta minutos del veintisiete de noviembre de dos mil quince, se otorgó audiencia inicial y audiencia de nulidad, la cual fue atendida de conformidad con los términos de los escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----

IV. Que mediante auto de las quince horas treinta minutos del catorce de diciembre de dos mil quince, se otorgó audiencia especial al apelante y adjudicatario para que se refieran exclusivamente a la respuesta brindada por la Administración al atender la audiencia de nulidad, la cual fue atendida de conformidad con los términos que constan agregados al expediente de apelación. -----

V. Que mediante auto de las ocho horas con cuarenta minutos del trece de enero de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia final a las partes, la cual fue atendida de conformidad con los términos de los escritos que constan agregados al expediente de apelación.-----

VI.- Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Se tienen por acreditados los siguientes hechos de interés: **1) Que en el acta de apertura de ofertas se indica:**

Recibo de ofertas.

Yo, Laura Gómez Vásquez , cedula 6-294-883, presidenta de La Junta de Educación de la Escuela Joaquín Arroyo de Abangares recibió las ofertas de la Contratación Directa (Bajo la modalidad de procedimiento abreviado para obra nueva menor) N° EJA 1-2015 DE Mano de Obra y de Materiales el día 6 de noviembre , 2015 al ser las 10 am.

Mano de Obra

- EL RENACER DEL TAMARINDO (Representante legal. Gerardo González Rojas)
- CONSTRUCOSTA S.A. (Representante legal Marvin Juarez Castillo)
- TRANSPORTE BONI BONI (Representante legal Felix Ángel Boniche Anchía)
- CONSTRU TEO (Representante legal Teodoro Chaves Álvarez)

Materiales.

- TRAMABAL S.A (Representante legal Manuel Bonilla Solano.)
- FERRETERÍA TECNICA. (Representante legal Luis Ledezma Miranda)
- TRANSPORTE BONI BONI (Representante legal Felix Ángel Boniche Anchía)

(Visible en el expediente administrativo de la contratación). **2)** Que de conformidad con el acta 114, la Junta de Educación de la Escuela Joaquín Arroyo de Abangares, el 10 de noviembre de 2014, adjudicó la contratación directa EJA-01-2015, "(...) en el campo de la mano de obra a la **Constructora Renacer de Tamarindo (...)**"(Visible en el expediente administrativo de la contratación). **3)** Que **Constructora Renacer de Tamarindo E.R.T S. A.**, presentó oferta un por un monto de ¢91.240.295.50. (ver oferta en el expediente administrativo).-----

II. SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA EVIDENTE Y MANIFIESTA DEL CARTEL DE LICITACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN.

El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en el artículo 168 dispone: *“Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto.”* Con fundamento en lo anterior, este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-973-2015 de las ocho horas con treinta minutos del veintisiete de noviembre del dos mil quince, otorgó audiencia de audiencia de nulidad absoluta, para que las partes se refieran a una eventual nulidad absoluta evidente y manifiesta del cartel de la contratación de mano de obra y en consecuencia de todo el procedimiento, dado que en el citado pliego de condiciones, no se aprecia un sistema de calificación de ofertas, lo cual podría generar que no se permita seleccionar de manera objetiva a la oferta ganadora del concurso. En relación con esta audiencia la Administración indicó que reconoce el error de no incorporar un sistema de evaluación al cartel de la contratación. La adjudicataria no se refirió al particular. El apelante en escrito remitido por correo sin firma digital, indicó que la Administración admitió que el procedimiento no contó con metodología de evaluación, por lo que el vicio de nulidad es más que evidente y manifiesto. Además, señaló que el procedimiento no tenía forma de evaluar las ofertas presentadas a concurso, por lo que la adjudicación no obedece a ningún parámetro objetivo. **Criterio del Despacho:** En el presente caso, el recurrente presentó plica para el procedimiento promovido para la contratación de la mano del proyecto de construcción de la Escuela Joaquín Arroyo (hecho probado 1), el cual fue adjudicado a favor de Constructora Renacer del Tamarindo (hecho probado 2), empresa que ofertó por un monto de ¢91.240.295.50 (hecho probado 3). Durante el estudio de admisibilidad de la acción recursiva, esta Contraloría General detectó que podría existir una eventual nulidad absoluta y manifiesta del cartel y por ende, en todo el procedimiento de contratación, dado que en el cartel no se aprecia un sistema de calificación de ofertas que permita seleccionar de manera objetiva a la oferta ganadora del concurso, razón la cual otorgó audiencia de nulidad. En virtud de esta audiencia, la

Administración indicó: *“Esta Junta de Educación reconoce el error de no incorporar un sistema de evaluación con el cartel de la contratación EJA-2015 (...) Para no perder más tiempo preferimos reconocer con prontitud el error (...)”* (Folio 85 del expediente de apelación). De frente a lo anterior, resulta de interés señalar que en cuanto al sistema de evaluación, el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), establece: *“En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor”*. Asimismo, el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), consagra el principio de eficacia en los siguientes términos: *“Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales”*. Además, el artículo 5 de este cuerpo legal, establece que en virtud del principio igualdad: *“En los procedimientos de contratación administrativa, se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales”*; siendo que, en este mismo sentido el artículo 2 inciso e) del RLCA establece que con sustento en el principio de igualdad: *“En un mismo concurso los participantes deben ser tratados y examinados bajo reglas similares”*. Aunado a lo anterior, se ha de indicar que la Sala Constitucional, en el voto No. 998 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998, estableció que la materia de contratación administrativa, está regida por el principio de legalidad o transparencia de los procedimientos, en virtud de la cual *“(...) los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción (...)”*. Asimismo, la Sala Constitucional en esta resolución precisó que los procedimientos de contratación administrativa están sujetos al principio de seguridad jurídica el cual deriva del principio de legalidad *“(...) puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas, se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación”*. Considerando lo que viene dicho, este se estima que en la contratación cuyo acto final se

apela, la Administración se apartó del numeral 55 del RLCA y los principios rectores en materia de contratación administrativa, en el tanto no incorporó en el pliego de condiciones un sistema de evaluación mediante el cual de previo a la apertura de ofertas los oferentes conocieran los parámetros objetivos que la Junta de Educación consideró como ventajas comparativas para elegir la mejor oferta. Esto es así, en tanto en el pliego de condiciones, se dispuso: ***“La JUNTA se reserva el derecho de establecer parámetros de evaluación para analizar las ofertas. /Si se presentara un empate de precios, ganará el oferente que cuente con mayor experiencia (...) 4.2 ELEGIBILIDAD DE LAS OFERTAS. (...) La JUNTA se reserva el derecho de establecer parámetros de evaluación para analizar las ofertas./ 4.3 EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO. Serán evaluadas las ofertas que resulte admisibles (...) Resultará adjudicataria la oferta admisible que obtenga las perspectivas completas que la JUNTA tomará en cuenta para tal efecto.”*** (Folios 126 y siguientes del expediente de la apelación, al que se incorporó copia del cartel). Se observa entonces, que en el pliego de condiciones no se estableció un sistema de evaluación que contuviera los factores a calificar para la valoración de ofertas, su grado de importancia con la asignación del porcentaje respectivo, así como, el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor. Si bien en el cartel se hace referencia al precio y a la experiencia, no se llega a desarrollar el sistema de calificación a fin de conocer cuáles factores lo conforman. Así las cosas, los oferentes no tenían ninguna certeza sobre las reglas a aplicar para la selección de la oferta adjudicataria. Al respecto, en la resolución R-DCA-349-2012 de las 12:00 del 09 de julio de 2012, esta Contraloría General indicó el: *“(...) sistema de evaluación, que es vital en tanto permite a la Administración valorar o calificar las ofertas en forma objetiva, en la medida que el sistema de evaluación se constituye como un instrumento de selección del contratista, como reflejo de los principios de igualdad, transparencia, eficiencia, legalidad y seguridad jurídica. Desde esa óptica, debe recordar la Junta que el sistema de evaluación debe ser reglado, en el sentido de que todos los participantes puedan conocerlo con anticipación y así también, los aspectos sobre los cuales se basará la Administración para determinar la selección de la oferta más conveniente (adjudicación), es decir, la decisión de*

adjudicación viene a ser objetiva en tanto se ajusta al sistema de evaluación previamente definido". En virtud de las anteriores consideraciones, resulta contrario al ordenamiento jurídico que los oferentes no hubieran conocido de previo a la apertura de ofertas las reglas bajo las cuales serían valoradas sus ofertas para determinar la oferta adjudicataria del concurso, de frente a lo cual, debe acudirse al artículo 3 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual dispone: "(...) *El régimen de nulidades de la Ley General de la Administración Pública se aplicará a la contratación administrativa (...)*". Sobre el particular, el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), preceptúa: "*Habrá nulidad absoluta del acto cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos, real o jurídicamente*". Al respecto, debe señalarse que este órgano contralor mediante la R-DCA-119-2011 de las 11:00 horas del 9 de marzo de 2011, señaló que: "*La doctrina está conteste en que el acto administrativo cuyo objeto o contenido resulten desarmónicos con el orden jurídico vigente, es un acto inválido, caracterizado como "nulo", de nulidad absoluta.*" (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p 534)." Con sustento en lo que viene dicho, se llega al convencimiento que lo procedente es declarar la nulidad absoluta del cartel del procedimiento para la contratación de la mano del proyecto de construcción de la Escuela Joaquín Arroyo, lo cual a su vez conlleva a la anulación del procedimiento de contratación celebrado para la contratación de la mano del proyecto de construcción de la Escuela Joaquín Arroyo. Una vez determinado lo anterior, debe analizarse si el vicio de nulidad absoluta, a su vez es evidente y manifiesto. En este sentido, el artículo 223 de la LGAP, dispone: "*1. Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento./ 2. Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión.*" En virtud de lo anterior, se concluye que en el presente caso efectivamente ha tenido lugar una nulidad absoluta, por cuanto de haber contenido el cartel un sistema de calificación, bien podría ser otro el ganador del concurso. Establecido que existe una nulidad absoluta, ésta es evidente y manifiesta en tanto su determinación es palpable y de fácil constatación, toda vez que al observar el cartel se determina que no contiene ningún sistema de evaluación

de ofertas. Así las cosas, se concluye que el cartel presenta una nulidad absoluta, evidente y manifiesta; y por lo tanto así se declara. Lo anterior genera que el procedimiento concursal promovido no pueda continuar, en virtud de la nulidad absoluta que afecta al pliego cartelario. De conformidad con el artículo 183 del RLCA, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos por carecer de interés práctico.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política 28, 34 y 37 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 3, 166 y 223 de la Ley General de la Administración Pública, 1, 3, 4, 5, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 168, 182 y 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1)** Declarar la nulidad absoluta evidente y manifiesta del cartel y de la contratación promovida por la Junta de Educación de la Escuela Joaquín Arroyo, para la contratación de la mano del proyecto de construcción de la Escuela Joaquín Arroyo, recaído a favor de la empresa El Renacer de Tamarindo, acto el cual se anula. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado