

R-DCA-1105-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas cincuenta y seis minutos del dieciocho de diciembre.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA ESTRADA, S.A.** en contra del acto de que declara desierto el Concurso 150-2016, promovido por la **ASOCIACIÓN PRO AYUDA AL ADULTO MAYOR DE UPALA – HOGAR DE ANCIANOS BIJAGUA**, para la “Construcción de 7 dormitorios en el ala norte”. -----

RESULTANDO

I. Que mediante correo electrónico, ingresado el veintitrés de octubre de dos mil diecisiete a las catorce horas veintiocho minutos, presentó la empresa Constructora Estrada, S.A. recurso de apelación. -----

II. Que mediante el auto de las diez horas treinta y un minutos del veinticinco de octubre de dos mil diecisiete se solicitó el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido mediante nota de fecha veintiséis de octubre de dos mil diecisiete. -----

III. Que mediante auto de las ocho horas nueve minutos del seis de noviembre de dos mil diecisiete del seis de noviembre de dos mil diecisiete se otorgó audiencia inicial a la Asociación Pro Ayuda al Adulto Mayor de Upala – Hogar de Ancianos Bijagua para que se refiriera a los argumentos expuestos por la recurrente. -----

IV. Que mediante el auto de las once horas veintiséis minutos del veintidós de noviembre de dos mil diecisiete se otorgó audiencia especial a la Administración para que explicara los motivos con base en los cuales declaró desierto el concurso, que remitiera los comprobantes de la notificación de la decisión a los oferentes y se refiriera sobre lo expuesto por la apelante del descuento ofrecido en su recurso de apelación. -----

IV. Que mediante el auto de las trece horas veintitrés minutos del veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete se otorgó audiencia a la empresa apelante respecto a lo manifestado por la Administración al contestar el auto de las once horas veintiséis minutos del veintidós de noviembre de dos mil diecisiete. -----

V. Que mediante el auto de las ocho horas veintinueve minutos del ocho de diciembre de dos mil diecisiete se otorgó audiencia final de conclusiones a las dos partes. -----

VI. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Con vista en el expediente administrativo de Concurso 150-2016, remitido físicamente mediante nota del 26 de octubre de 2017, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Asociación Pro Ayuda al Adulto Mayor de Upala – Hogar de Ancianos Bijagua tramitó el Concurso 150-2016, para la “Construcción de 7 dormitorios en el ala norte” (Folio 142 expediente administrativo del concurso). **2)** Que en el concurso se recibieron 4 ofertas: i) Materiales Sarapiquí del Norte S.A., ii) Constructora RS del Norte, Consultora & Constructora, iii) Armando Carpio Rojas, iv) Constructora Estrada (Folio 141 expediente administrativo del concurso). **3)** Que la Junta Directiva de la Asociación declaró desierto el concurso mediante acta número 650 del 25 de setiembre de dos mil diecisiete, en la cual se indicó lo siguiente: *“Artículo #4 Informes: Se le da espacio al Ing. Fajardo donde nos recomienda declarar desierto el concurso anterior y nos presenta una nota aclaratoria sobre los oferentes para desarrollar el Proyecto N° 150-2016, ya que hay ofertas ruinosas, otras no llenan las normas del Colegio de Ingenieros sobre los valores de construcción; por lo tanto la junta directiva determinará sacar nuevamente a concurso la construcción de dicho proyecto, según las recomendaciones del consultor Luis Fajardo en el documento presentado por su persona. También se expone la necesidad de que se exprese la calidad del material de construcción a utilizar. Art. #5 Acuerdos: Acuerdo “2. La junta directiva una vez hechas las consultas y análisis respectivos del documento sobre el proyecto N°150-2016 conjuntamente con el ingeniero Fajardo, acordó declarar desierto el concurso anterior y realizar un nuevo concurso con un cartel que se valore específicamente recomendaciones que no se especificaron en el concurso anterior y ser mas explícito en solicitar que se tome en cuenta especificaciones en las cualidades de los materiales que se van a ocupar para la construcción así como los gastos administrativos, CCSS e INS.”* (Folio 69 expediente apelación). -----

II. Sobre el fondo del recurso incoado. Manifiesta la apelante que su oferta fue la única elegible y de no haber sido declarado desierto habría resultado adjudicada. Argumenta que a su criterio no existen razones de interés público en las que se fundamente toda vez que su oferta fue la única elegible y la Administración dispone de recursos suficientes debidamente

aprobados por la Junta de Protección Social para la construcción de una obra de carácter social. Agrega, que si bien los recursos no fueran suficientes toda vez que su oferta sobrepasa el presupuesto estimado, la Administración debió proceder según lo dispuesto en el artículo 30 inciso c) del RLCA. Además expone, que la Administración no proporcionó este dato bajo el argumento de que se trata de un ente privado. Continúa manifestando que al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 inciso c) del mencionado Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) aplica un descuento a su oferta original por la suma de ¢6.675.012,04 (5%). Por lo que, manifiesta que su precio cierto y definitivo pasaría a ser la suma de ¢126.825.228, para lo cual afirma se mantendrán las condiciones y calidad de lo inicialmente cotizado. Agrega que al tratarse de una contratación para la construcción de un hogar de ancianos financiada con fondos públicos de la Junta de Protección Social necesariamente debe adjudicarse vista la necesidad pública. Asimismo, indica que la declaratoria de desierto atenta contra la satisfacción de la necesidad, en perjuicio de la calidad de vida de personas adultas mayores. Para lo cual, remite al artículo 86 del RLCA para concluir que la declaratoria de desierto que aquí se discute carece de motivación, en consecuencia es un acto viciado toda vez que la Asociación no aportó razones para justificar dicho resultado. Por su parte, la Asociación responde que entre las razones de interés público para haber declarado desierto el concurso se encuentra en primer orden la finalidad de la organización dispuesta en los estatutos, cual es la ayuda al adulto mayor de Upala, lo cual significa velar de la mejor forma para administrar todos los recursos y bienes que le sean propios. Menciona que como entidad privada que realiza actividades que benefician a una parte de la población, administra recursos públicos como los que transfiere la Junta de Protección Social una vez acreditados una serie de requisitos tanto financieros, contables, legales y funcionales, según lo dispuesto en su ley orgánica número 8718. Continúa indicando que la Junta de Protección Social posee competencia para verificar y controlar los recursos aprobados para financiar a las entidades privadas. En ese sentido, explica que la Asociación recomendó al oferente con mayor puntaje, el señor Armando Carpio Rojas, sin embargo el Ingeniero por parte de la Junta de Protección Social, Eddy Mejías, rechazó la recomendación toda vez que del análisis iniciado por otro profesional de la Junta y que se pensionó durante el trámite, determinó que la oferta recomendada no presentaba desglose de los gastos de administración ni lo correspondiente a

las cargas sociales a lo que la Asociación respondió se trataba de un error de valoración. Ante esta situación, alega que la Gerencia de Desarrollo Social de la Junta de Protección Social nombra al Ingeniero institucional Gilberto Chacón Sarmiento, para que revise todo lo actuado y elabore un dictamen final sobre las cláusulas del cartel del concurso, quien finalmente determina que los documentos técnicos, planos y especificaciones del cartel contiene elementos constructivos que carecen de una adecuada descripción, situaciones que afectan el interés público, ya que la falta de una buena descripción de los elementos constructivos hace imposible la formulación de criterios de aceptación uniformes; no se sabe a ciencia cierta qué es lo que se tiene que recibir o entregar. En consecuencia, las ofertas presenten la diferencia económica de hasta un 30%, lo cual lesiona el buen recaudo y utilización de los fondos públicos. De lo anterior, la Junta decide no girar recursos financieros a la Asociación hasta tanto no se corrijan las deficiencias señaladas. Por lo cual, señala que es en virtud de lo anterior que la Junta de Protección Social estima declarar desierto el concurso y promoverlo nuevamente una vez corregidos los aspectos cartelarios. Apunta que al tenor de la normativa vigente, le corresponde observar las recomendaciones de acatamiento obligatorio por parte del ente estatal donante. Por otra parte, en cuanto a la propuesta del recurrente de presentar a la asociación un descuento a la oferta original, menciona que esta oferta no fue analizada en razón de los principios de ahorro procesal y valor actual, de frente a la recomendación de la Junta que imposibilitó la conclusión normal del concurso por deficiencias en las cláusulas contractuales. **Criterio de la División.** En el presente caso se tiene que la Asociación Pro Ayuda al Adulto Mayor de Upala – Hogar de Ancianos Bijagua tramitó el presente concurso (Hecho probado 1), en el cual se presentaron 4 ofertas, entre ellas la empresa apelante (Hecho probado 2); el cual fue declarado desierto (Hecho probado 3). En el acta mediante la cual la Junta Directiva de la Asociación toma el acuerdo de declarar desierto el concurso únicamente se indica que obedece a una recomendación del Ing. Luis Fajardo, dado que él les indicó que hay ofertas ruinosas, otras que no llenan las normas del Colegio de Ingenieros sobre los valores de construcción y la necesidad de que se exprese en el cartel la calidad del material de construcción (Hecho probado 3). Una vez analizado lo indicado por la Asociación, este órgano contralor determinó que el acto adoptado carecía de la debida justificación, en vista de que no se explicaron puntualmente los motivos de interés público que llevaron a que se declarara

desierto el concurso, razón por la cual le remitió una audiencia especial solicitando que justificara las razones de interés público con base en las cuales se fundamentó la declaratoria de desierto. Al respecto, la Asociación manifestó que de acuerdo con el dictamen final de Ing. Chacón Sarmiento de la Junta de Protección Social se determinó que en los documentos técnicos, planos y especificaciones del cartel hay elementos constructivos que no tienen una adecuada descripción, de lo cual se extraen dos situaciones que afectan el interés público: a) Se hace imposible la formulación de criterios de aceptación uniformes y b) Diferencias económicas de las ofertas de hasta un 30%, no pudiendo velar por el buen recaudo y utilización de los fondos públicos. Ahora bien, en relación con la posibilidad de que se declare desierto un concurso, el artículo 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone lo siguiente: “Cuando la Administración, decida declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos específicos de interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución que deberá incorporarse en el respectivo expediente de la contratación.” (El subrayado no es original). Por lo cual, en aquellos casos en los cuales estime la Administración que un concurso se debe declarar desierto se deben explicar detenidamente los motivos de interés público que sustentan su decisión mediante resolución motivada. En el caso específico, considera este Contraloría General que aún y cuando la Asociación tuvo dos oportunidades procesales, audiencia inicial y audiencia especial, para explicar ampliamente las razones que fundamentaban su decisión de declarar desierto el concurso esto no fue realizado, careciendo el acto final adoptado de la exigida fundamentación expuesta en la norma antes citada. Lo anterior, debido a que si bien es cierto la Asociación indicó que de conformidad con el criterio del Ing. Chacón Sarmiento en el pliego de condiciones hay elementos constructivos que no tienen una adecuada descripción, no detalla o explica de una manera amplia y con la fundamentación técnica requerida en la normativa en estos casos cuáles son esos elementos constructivos que carecen de descripción y las razones por las cuales resultan fundamentales en el objeto del concurso, ni tampoco refiere el impacto que éstos presentan para el interés público, el cual es el elemento principal para justificar una declaratoria de desierto. De manera tal que, tenía la obligación la Asociación de explicar puntualmente cada uno de los aspectos de interés público que la llevaron a determinar que la mejor decisión era la declaratoria de desierto, lo cual no fue realizado siendo que únicamente al

contestar la audiencia especial se remite a un dictamen final de un ingeniero que no se adjuntó a la respuesta a dicha audiencia y no fue conocido por este órgano contralor, así como se afirma que en el cartel hay elementos constructivos que no tienen una adecuada descripción, pero sin analizar, explicar y demostrar cada uno de ellos con el fin de acreditar que efectivamente la decisión final adoptada para este concurso se encontraba motivada. Esta referencia, resulta de relevancia si se considera que los concursos con fondos públicos están orientados a la consecución de los objetivos de ese mismo carácter, por lo que naturalmente deberían resultar adjudicados y no desiertos. De ahí entonces, justificar en este caso los elementos técnicos o de ingeniería sin la adecuada descripción, resulta clave para sostener una imposibilidad de adjudicación por razones de interés público; esto independientemente de si la orden viene de la Junta de Protección Social o si fue la Asociación la que concluyó que resultaba necesario. Esta motivación debe constar en forma clara para que sea de conocimiento de los participantes y en general de la sociedad civil bajo un principio de rendición de cuentas por la utilización de estos fondos al amparo de principios de eficiencia y transparencia. En el caso, si la Junta de Protección Social ordenó actuar de una forma determinada según afirma la Asociación, es deber entonces de la Asociación requerir toda la información para sustentar su acto final y consecuentemente de la Junta brindar toda la documentación y justificaciones que la Asociación necesite para que el acto final de desierto sea motivado. Ante la insuficiente motivación y fundamentación del acto que declaró desierto el concurso, se declara con lugar el recurso de apelación. En razón de lo anterior, se impone anular el acto final para que la Asociación proceda a realizar el análisis pertinente mediante resolución motivada que justifique las condiciones lesivas para el interés público que sustenten la declaratoria de desierto del concurso, o bien proceda a valorar si existe mérito para el dictado de un acto de adjudicación con las ofertas que fueron presentadas en el concurso. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1, 4, 5, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 2, 191 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA ESTRADA, S.A.** en contra del acto de que declara desierto el Concurso 150-2016, promovido por la **ASOCIACIÓN PRO AYUDA AL ADULTO MAYOR DE**

UPALA – HOGAR DE ANCIANOS BIJAGUA, para la “Construcción de 7 dormitorios en el ala norte”. **2)** Se ANULA el acto de declaratoria de desierto. **3)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción: Karen Castro Montero.

KMCM/chc
NN: 16142 (DCA-3528)
NI: 26883, 27486, 27861, 28380, 29286,29295, 30724, 31241
G: 2017003433-2

