

R-DCA-0431-2018

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las doce horas veintiséis minutos del once de mayo de dos mil dieciocho.-----

Recurso de apelación interpuesto por **GUILLERMO ANGULO ALVAREZ** en contra del acto de adjudicación dictado en la **Licitación Pública 2017LN-00002-MJ**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE JIMENEZ** para la “Contratación de un abogado externo para el cobro judicial de tasas e impuestos municipales”, recaído a favor de **GILBERT MONGE AGUIRRE**, por **cuantía inestimable**.-----

RESULTANDO

I.- Que el señor Guillermo Angulo Álvarez, presentó en fecha nueve de marzo del año en curso, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación dictado en la licitación pública de referencia.-----

II- Que mediante auto de las siete horas treinta y ocho minutos del veintidós de marzo del año en curso, se otorgó audiencia inicial a la Municipalidad licitante y al adjudicatario, a efecto que se refirieran a los argumentos del recurso. En la misma audiencia a su vez, se brindó audiencia de nulidad a todas las partes, lo cual fue atendido en tiempo por el apelante y el adjudicatario, y de manera extemporánea por el Municipio por medio de escritos agregados al expediente de recurso de apelación.-----

III.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.-Hechos Probados: Con vista en el expediente administrativo de la Licitación Pública de referencia, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la apertura de ofertas de este concurso fue inicialmente programada para el 27 de setiembre de 2017, a las diez horas, según publicación en el diario oficial La Gaceta N°169 (ver folio 5 del expediente administrativo). **2)** Que en el expediente administrativo del concurso, en el folio sin numerar que se encuentra entre folios 105 y 106 del expediente de cita, consta sello del municipio de recibido a las 09:10 horas del 27 de setiembre de 2017, que se entiende corresponde al sello de recibido de la oferta del señor Gilbert Alejandro Monge Aguirre. Asimismo se observa en folio sin numerar, entre los folios 84 y 85 de ese mismo expediente, sello del municipio de recibido a las 07:18 horas del 27 de setiembre de 2017,

que se entiende corresponde al sello de recibido de la oferta del señor Guillermo Angulo Álvarez. **3)** Que en el folio 47 del expediente de licitación, se observa constancia emitida por Daniella Quesada Hernández, Proveedora de la Municipalidad, en la que señala hace constar que a la apertura de ofertas de la licitación de marras, se presentaron el Lic. Gilbert Alejandro Aguirre, Brenda Alvarado Aguilar y Alejandra Monge Araya, y que sin embargo, por recurso de objeción interpuesto al cartel de licitación, no se pudo realizar la apertura de la misma, constancia que data de fecha 27 de setiembre del 2017, sin indicar la hora de emisión. **4)** En el folio 52 del expediente administrativo, consta el oficio 46-2017-PMJ del 29 de setiembre de 2017, emitido por la Proveedora Municipal Daniella Quesada, en el que se indica y señalamos en lo *que interesa*: “...Señores: *Participantes en la Licitación Pública 2017LN-000001-MJ (...)* Por este medio les saludo y a la vez se hace invitación a la apertura de ofertas (...) La cual será el martes 3 de octubre del 2017 a las 10:00 horas en la Sala de Reuniones de la Municipalidad de Jiménez...”, y a folio 53 consta lo que en principio son las notificaciones por correo electrónico de ese oficio. **5)** Que la apertura de ofertas se realizó el 3 de octubre de 2017, según consta en el folio 106 del expediente administrativo.-----

II.-Sobre la audiencia final de conclusiones: De conformidad con el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la audiencia de conclusiones es de carácter facultativo, por lo que a efectos de la tramitación del recurso es necesario señalar, que este órgano contralor estimó innecesario realizar la audiencia de conclusiones en este caso, en el tanto con los documentos que constaban en el expediente de recurso de apelación y en el expediente administrativo, se cuenta con los elementos suficientes para resolver el asunto, aspecto que se señala a las partes.-----

III.-Sobre la existencia de vicios de nulidad absoluta en el procedimiento administrativo de contratación. Con fundamento en las disposiciones del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, siendo que uno de los argumentos del recurrente versó sobre una eventual nulidad por lo que se dirá, este órgano contralor, mediante auto de las siete horas treinta y ocho minutos del veintidós de marzo de dos mil dieciocho, concedió audiencia todas las partes respecto a una eventual nulidad absoluta del procedimiento, con relación al hecho que la Municipalidad de Buenos Aires no realizó la apertura de ofertas en la fecha inicialmente programada 27 de setiembre de 2017, (ver folio 47 del expediente administrativo), siendo reprogramada para el día 3 de

octubre del mismo año (ver folios 52 y 53 del mismo expediente), sin haber comunicado el cambio de fecha de apertura en el Diario Oficial La Gaceta, siendo que lo promovido es una licitación pública. Lo anterior considerando entre otros, el artículo 42 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 60 y 93 de su Reglamento. Respecto a la audiencia concedida **el apelante** expuso que ratificaba su recurso de apelación y con mayor razón la nulidad detectada en la adjudicación, pues la oferta del adjudicatario, fue recibida de manera extemporánea y para ello, la Proveduría arregló o más bien extendió la hora y fecha de apertura alegando supuestas directrices de este órgano contralor, lo que no es cierto. Que la única oferta recibida en tiempo fue la suya, solicitando se declare la nulidad alegada por los hechos citados, y se excluya al adjudicado. **La Administración** expuso que si bien cometió un error involuntario en no haber publicado el cambio de fecha de apertura a la Licitación Pública en cuestión, se informó mediante correo electrónico a las dos ofertas que se recibieron en tiempo y forma, siendo que se hizo la convocatoria mediante oficio 46-2017-PMJ (folio 52 del expediente). Que la apertura no se realizó el día y la hora establecida, ya que había un recurso interpuesto ante esta Contraloría General, el cual no informó a la Administración, sino hasta el 28 de setiembre del 2017, a las 10:27 am (folio 48), un día después de la fecha y hora fijada para la apertura. Que la apertura de las ofertas en la fecha y hora establecida el señor licenciado Guillermo Angulo Álvarez no se presentó (folio 47). Señala que adjuntan correos donde se envió el oficio en mención, ambos con fecha 29 de setiembre del 2017, para la apertura de las ofertas. **El adjudicatario** no se refirió al tema. **Criterio de la División:** Como primer aspecto a considerar, tenemos que la apertura de este concurso, estaba inicialmente programada para el 27 de setiembre de 2017, a las diez horas (ver hecho probado 1). En este sentido, se observa en el expediente administrativo, en el folio sin numerar que se encuentra entre folios 105 y 106 del expediente de cita, sello del municipio de recibido a las 09:10 horas del 27 de setiembre de 2017, que se entiende corresponde al sello de recibido de la oferta del señor Gilbert Alejandro Monge Aguirre. Asimismo se observa en el folio sin numerar que consta entre los folios 84 y 85 de ese mismo expediente, sello del municipio de recibido a las 07:18 horas del 27 de setiembre de 2017, que se entiende corresponde al sello de recibido de la oferta del Señor Guillermo Angulo Álvarez (ver hecho probado 2). Por su parte, en el folio 47 del expediente de licitación, se observa constancia que es emitida por Daniella Quesada Hernández, Provedora de la Municipalidad, en la que hace constar que

a la apertura de ofertas de la licitación de marras, se presentaron el señor Gilbert Alejandro Aguirre, Brenda Alvarado Aguilar y Alejandra Monge Araya, y que sin embargo, por recurso de objeción interpuesto al cartel de licitación, no se pudo realizar la apertura de este procedimiento, constancia que data de fecha 27 de setiembre del 2017, sin indicar la hora de emisión (ver hecho probado 3). Entiende esta División que entonces la apertura de ofertas no se realiza ese 27 de setiembre de 2017, como fue debidamente comunicado en su oportunidad, sino que esta se suspende y se traslada para un momento posterior. A ello se le añade que se observa en el folio 52 del expediente administrativo, el oficio 46-2017-PMJ del 29 de setiembre de 2017, emitido por la misma Proveedora Municipal en el que se indica y señalamos en lo que interesa que: “...*Señores: Participantes en la Licitación Pública 2017LN-000001-MJ (...) Por este medio les saludo y a la vez se hace invitación a la apertura de ofertas (...) La cual será el martes 3 de octubre del 2017 a las 10:00 horas en la Sala de Reuniones de la Municipalidad de Jiménez...*”, oficio que es notificado a algunas direcciones de correo electrónico (ver hecho probado 4). Es decir, hasta aquí no existe duda para este Despacho que la apertura de ofertas no se realizó en la fecha originalmente programada, sea el 27 de setiembre del 2017, sino más bien, esta es trasladada para el 3 de octubre del mismo año, debiendo analizarse la forma en que fue efectuado este traslado de fechas, especialmente su comunicación. Sobre el particular, se debe que indicar que efectivamente en este caso, no observa esta División dentro del expediente administrativo, que el Municipio haya publicado en el Diario Oficial La Gaceta, la nueva fecha de apertura de ofertas al concurso programada para el 3 de octubre de 2017, reconociendo más bien esa Administración que por error no se da la publicidad, pero que se informó ese cambio por correo electrónico al ser solo dos ofertas que se recibieron en forma el día 27 de setiembre, comunicación que se da mediante documento 46-2017-PMJ (folio 52 del expediente administrativo) descrito en el hecho probado 2. En ese sentido, procede destacar que el artículo 42 inciso d) de la Ley de Contratación Administrativa establece: “...*Estructura mínima. El procedimiento de licitación pública, se desarrollará reglamentariamente, y se respetarán los siguientes criterios mínimos: (...) d) La publicación, en La Gaceta, de la invitación a participar (...)*”, de lo que se debe desprender, sin que esto implique estar haciendo una interpretación auténtica de la Ley, que esa publicación se refiere tanto a la invitación inicial a participar así como cualquier cambio de fecha para la apertura de ofertas que esa misma invitación debe indicar, línea similar que se evidencia

además, en el numeral 93 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En ese sentido, siendo que el procedimiento promovido por la Municipalidad de Jiménez es una licitación pública, el cambio de fecha de apertura de ofertas que operó justamente por la suspensión de la fecha de apertura inicial de plicas, debió haber sido comunicado por medio de publicación en el Diario La Gaceta, sea de la misma forma en que se hizo la invitación inicial, no siendo viable la posición del municipio en el sentido que a pesar que no se dio la publicidad requerida por error, al menos se informó por correo electrónico a los participantes en ese momento, con lo cual procura establecer la inexistencia de vicio alguno. Al respecto debe considerarse que el procedimiento de contratación administrativa se encuentra permeado de una serie de principios informadores de raigambre constitucional y cuyo respeto se convierte en una máximo dentro de estos, siendo uno de ellos el principio de publicidad, que supone que las etapas respectivas dentro de un procedimiento de contratación, deben darse a conocer por los medios acordes con su naturaleza, y ello porque el proceso ordinario de compra se establece como un proceso abierto, donde todos los potenciales oferentes deben tener las mismas posibilidades de participar en igualdad de condiciones y sobre todo, bajo reglas claras y objetivas. En el presente caso, al no publicitar la Municipalidad por el medio respectivo acorde con el procedimiento promovido (publicación) el cambio en la fecha de apertura de ofertas, provoca una lesión más que potencial a uno de esos principios pilares, visto que más allá del cumplimiento de una mera formalidad, la debida publicación en La Gaceta o bien en medios electrónicos de la invitación al concurso cuando corresponda y su fecha de apertura supone, la máxima expresión del principio de publicidad, pues por este medio se pone en conocimiento de la generalidad de potenciales oferentes el llamado a concurso, y ello bajo una lectura como se indicó, de un procedimiento de compra que procura bajo el mecanismo de licitación de la más amplia posibilidad de participaciones y con ello, beneficiar a la misma Administración al contar con mayores posibilidades de selección. En el presente caso, al no dar la debida publicidad la Administración al cambio en la fecha de apertura de ofertas, cercenó la posibilidad de haber contado con otras propuestas además de las ya acercadas al proceso, reduciendo el concurso solo a dos oferentes que si bien presentaron de buena fe sus ofertas en la fecha inicial, ello no implica por sí mismo que un cambio en esa fecha generara el deber de solo comunicar a estos únicos oferentes iniciales la variación como lo pretende hacer ver la Municipalidad. Es menester indicar

entonces que si se modifica una fecha de apertura esto puede implicar la posibilidad de recibir más ofertas, y bien podría entre otros ese cambio, abrir la posibilidad de que terceros que por alguna circunstancia no pudieron haber presentado en este caso una oferta en la fecha inicial (27 de setiembre de 2017 en este caso concreto) si pudieran hacerlo en la nueva fecha pactada pero no comunicada adecuadamente por la Administración (3 de octubre de 2017). Es por ello que ese descuido de la Administración, genera un afectación potencial a la libre participación de oferentes y con ello una limitación al principio de publicidad, que solo por la potencialidad de su producción, genera un vicio insalvable en el procedimiento en cuestión, por tratarse de una actividad que no puede ser revertida, así sea incluso, se haya efectuado la apertura de ofertas en la segunda fecha comunicada, 3 de octubre de 2017 (hecho probado 5). Por lo tanto, en vista de la lesión potencial que esa conducta administrativa provoca en el principio de publicidad, y con ello también en otros principios como el de transparencia de los procedimientos y seguridad jurídica, siendo que por paralelismo de formas el cambio en la fecha de apertura debió comunicarse por el mismo medio previsto para la invitación inicial, se tiene entonces que este órgano contralor, ha podido determinar que en el caso de marras la falta de publicidad del traslado de la fecha de apertura de plicas, ha provocado un vicio existente desde antes del momento de apertura de las ofertas presentadas, y que además, a pesar del vicio cometido, se consolidan etapas procesales posteriores tales como el análisis técnico de ofertas, el procedimiento de desempate de plicas, y el dictado del acto final. El vicio de cita, genera que esta División proceda con la anulación de la integridad del proceso de licitación promovido, al evidenciarse la nulidad absoluta de las actuaciones procesales sucedidas a partir de la apertura de ofertas, por infracción a los principios de publicidad, transparencia, y seguridad jurídica, lo cual provoca que resulte innecesario para este Despacho referirse al resto de alegatos del recurrente. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 5, 6, 42 de la Ley de Contratación Administrativa; 93, 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar el recurso de apelación** interpuesto por **GUILLERMO ANGULO ALVAREZ** y **declarar la nulidad absoluta del procedimiento de Licitación Pública 2017LN-00002-MJ** promovida

por la **MUNICIPALIDAD DE JIMENEZ** para la “Contratación de un abogado externo para el cobro judicial de tasas e impuestos municipales”. **2)** Se da por agotada la vía administrativa de conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa. **NOTIFIQUESE.** -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Kathia Volio Cordero
NN: 6501(DCA-1682)
Ni: 6976, 7870,9163, 9488,9747
Ci: Archivo central
G: 2017002897-3

