



CORRECCIÓN DE DEFECTOS SUBSANABLES EN LA OFERTA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA Y CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Licitación Pública.
Palabras Claves: Licitación Pública, Defectos Subsanables, Oferta, Principios de la Contratación Administrativa.	
Fuentes de Información: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia.	Fecha: 27/01/2014.

Contenido

RESUMEN	2
NORMATIVA	3
1. Principios de la Licitación Pública: Eficacia, Eficiencia, Primacía de la Sustancia sobre la Forma y el Principio de Conservación de los Actos y Actuaciones	3
2. La Corrección de Defectos Subsanables en el Proceso de Licitación Pública.....	3
3. Defectos Subsanables en la Oferta de la Licitación Pública	4
4. Consecuencias de No Atender las Prevenciones Sobre la Corrección de Defectos Subsanables en el Proceso de Licitación Pública	5
DOCTRINA	5
1. Principio de Eficacia y eficiencia	5
2. Principio de Primacía de la Sustancia Sobre la Forma	8
3. Principio de Conservación de los Actos y Actuaciones.....	10
4. Subsanación de Defectos Formales	10

JURISPRUDENCIA	13
1. Relación de los Principios de Eficiencia y Eficacia con la Subsanación de Defectos en la Oferta de la Licitación Pública	13
2. ¿Cuándo la Falta de Firma de un Documento Constituye un Defecto Subsanable en la Contratación Administrativa?	15
3. El Régimen Excepcional de Contratación Directa en Materia Administrativa; el Procedimiento para la Corrección de Defectos Subsanables y Requisitos para la Adjudicación del Contrato	16
4. El Cambio de las Cartas de Recomendación Presentadas en la Oferta de la Licitación Pública	25
5. Aspectos Subsanables de la Oferta	29
6. La Subsanación de la Oferta en los Procedimientos de Contratación Administrativa	32
7. Los Defectos Subsanables	34
8. El Artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: Consecuencias de la Omisión en la Corrección de Defectos Subsanables en la Oferta de la Licitación Pública	38

RESUMEN

El presente informe de investigación recopila información sobre el tema de la Corrección de los Defectos Subsanables en la Oferta realizada dentro de la Contratación Administrativa; en este sentido son aportados los extractos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que desarrollan tales supuestos.

En este sentido la normativa por medio del artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 80 a 82 del Reglamento a dicha ley, se encargan de determinar los principios aplicables ante tal situación, la determinación los defectos subsanables, el procedimiento para su corrección y la sanción ante la omisión de tal corrección.

En este sentido tanto la doctrina como la jurisprudencia realizan un desarrollo aplicado a los casos concretos sobre la forma en la cual las normas anteriores han de ser aplicadas y los alcances de las mismas.

NORMATIVA

1. Principios de la Licitación Pública: Eficacia, Eficiencia, Primacía de la Sustancia sobre la Forma y el Principio de Conservación de los Actos y Actuaciones

[Ley de Contratación Administrativa]ⁱ

Artículo 4. **Principios de eficacia y eficiencia.** 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.

Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior.

En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo.

Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación.

Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.

(Así reformado mediante el artículo 1° de la ley N° 8511 del 16 de mayo del 2006).

2. La Corrección de Defectos Subsanables en el Proceso de Licitación Pública

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱ

Artículo 80. **Corrección de aspectos subsanables o insustanciales.** Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales.

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.

Esta prevención podrá realizarse de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes o a solicitud de parte interesada.

Luego de finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente.

No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta las condiciones.

3. Defectos Subsanables en la Oferta de la Licitación Pública [Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]ⁱⁱⁱ

Artículo 81. **Aspectos subsanables.** Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Los aspectos formales, tales como, la naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, copias de la oferta, especies fiscales o certificaciones de la CCSS.
- b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de presentación de la oferta, así hubieren sido referenciadas en la oferta y lo logre acreditar el interesado.
- c) La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros.
- d) Las formalidades que así se hayan exigido en el cartel, tales como traducciones libres de la información complementaria.
- e) Datos consignados en unidades diferentes a las del Sistema Internacional de Medidas.
- f) El plazo de vigencia de la oferta, siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel.
- g) El monto o vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando originalmente hayan cubierto, al menos, un 80%.

- h) Cualquier error material relacionado con la garantía de participación, incluyendo los referidos a la identificación del concurso o del sujeto respaldado. De igual forma, en los bonos de garantía es válido corregir cualquier error sustancial, siempre y cuando la entidad emisora acepte la enmienda y garantice que no existe problema alguno para su liquidación.
- i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta. Esto es procedente aún tratándose de aspectos relacionados con la calificación de la oferta.
- 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, tal como la traducción oficial o libre de la información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante cuando así haya sido permitido por el cartel.

Se entiende que la falta de la firma de una oferta no es un aspecto subsanable.

4. Consecuencias de No Atender las Prevenciones Sobre la Corrección de Defectos Subsanables en el Proceso de Licitación Pública

[Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa]^{iv}

Artículo 82. **Consecuencias de no atender la prevención.** Si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, la Administración, procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación.

DOCTRINA

1. Principio de Eficacia y eficiencia

[Jinesta Lobo, E]^v

[P. 208] Uno de los fines primordiales de la contratación administrativa reside, precisamente, en permitirle a las administraciones públicas la adquisición de bienes y servicios para el cumplimiento de sus fines y cometidos públicos y, en general, para la satisfacción de las necesidades e intereses generales de la colectividad. Consecuentemente, uno de los principios rectores de los procedimientos de contratación y, en general, de cualquier acto relativo a la actividad de contratación lo debe ser la eficacia, esto es el cumplimiento efectivo de los objetivos, metas y fines de

carácter público, todo con la mayor eficiencia, es decir, con el uso racional y el mayor ahorro posible de los recursos institucionales (artículo 4º, párrafo 1º de la LCA).

El párrafo 2º del artículo 4º de la LCA manda a que todas las disposiciones que regulan la actividad de contratación -en lo formal y lo sustantivo- deben ser interpretadas de la manera más favorable a la consecución de la eficacia y la eficiencia, por lo que deben ser objeto de una interpretación extensiva y no restrictiva. Es así como este principio asume, también, una connotación de carácter material o sustantiva que informa el contenido de los diversos contratos administrativos por lo que, durante la fase de ejecución contractual en la que se ejercen recíprocamente los derechos de cada una de las partes y se exigen las obligaciones en cabeza de éstas, tales principios constituyen una fuente relevante para interpretarlas, integrarlas y delimitarlas.

Respecto de la proyección específica de los principios de eficacia y eficiencia en el terreno formal y material de la contratación administrativa, la Sala Constitucional en el Voto No. 14421-04 de las 11 hrs. de 17 de diciembre de 2004, estimó lo siguiente:

"Redacta el Magistrado Jinesta Lobo; y Considerando:

(...) III.- EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA. La contratación administrativa es un mecanismo con el que cuentan

[P. 209] las administraciones públicas para adquirir de forma voluntaria y concertada una serie de bienes, obras y servicios que se requieren para la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de sus competencias. Por su parte, las administraciones públicas son organizaciones colectivas de carácter y vocación servicial que deben atender de modo eficiente y eficaz las necesidades y requerimientos de la comunidad, con el fin de alcanzar el bienestar general. Por lo anterior, los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos atinentes a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumariedad en la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos de la organización social. Sobre el particular, es menester recordar que dentro de los principios rectores de los servicios públicos, en el marco de una Administración Pública prestacional o de un Estado Social y Democrático de Derecho, se encuentran, entre otros, la eficiencia, la eficacia, la continuidad, la regularidad y la adaptación a las necesidades socio-económicas y tecnológicas, con el propósito de erradicar y superar las desigualdades reales del conglomerado social (...) Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos -todos de la Constitución Política-140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de "Vigilar el buen

funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de "buena marcha del Gobierno " y el 191 al recoger el principio de "eficiencia de la administración").

[P. 210] En lo relativo al rango de tales principios, debe señalar que sólo pueden tener la fuerza y resistencia de la ley cuando existen lagunas en los procedimientos y en el contenido contractual (artículo 7º, inciso 2º, LGAP), sino que también alcanzan el rango constitucional, habida cuenta que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado reiteradamente, que los principios de eficacia y eficiencia lo son de orden constitucional e informan la entera organización y función administrativas, con lo que forman parte del estatuto constitucional de las administraciones públicas. Así, a partir del Voto No. 7532-04 de las 17:03 de 13 de julio de 2004, se indica que "IV- (...) *La Constitución Política, en su parte orgánica, recoge o enuncia algunos principios rectores de la función y organización administrativas, que como tales deben orientar, dirigir y condicionar a todas las administraciones públicas en su cotidiano quehacer. Dentro de tales principios destacan la eficacia, eficiencia, simplicidad y celeridad (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de "Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de "buena marcha del Gobierno" y el 191 al recoger el principio de "eficiencia de la administración"). Estos principios de orden constitucional, han sido desarrollados por la normativa infraconstitucional, así, la Ley General de la Administración Pública los recoge en los artículos 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, y manda que deben orientar y nutrir toda organización y función administrativa. La eficacia como principio supone que las organización y función administrativa deben estar diseñadas y concebidas para garantizar la obtención de los objetivos, fines y metas propuestos y asignados por el propio ordenamiento jurídico, con lo que debe ser ligado a la planificación y a la evaluación o rendición de cuentas (artículo 11, párrafo 2º, de la Constitución Política). La eficiencia, implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos o el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.*

No obstante lo anterior, debe aclararse que los principios generales del Derecho, incluso aunque tengan un asidero constitucional, expreso o razonablemente implícito, no pueden ser interpretados y aplicados en un sentido que quebrante los derechos fundamentales o humanos de los [P. 211] administrados contenidos en la parte dogmática de la constitución o en los instrumentos internacionales, de modo que cuando exista una colisión entre los primeros y los segundos, el operador jurídico debe concederles una preferencia o prevalencia a los derechos fundamentales y humanos, en cuanto son la base del entero ordenamiento jurídico. Tal aclaración surge de la necesidad de establecer el justo alcance y dimensión de tales principios de manera que

no sean reputados por los entes y órganos administrativos como una patente de corso o una peligrosa cláusula de orden público y habilitante para infringir y atropellar los derechos fundamentales y humanos de los administrados que entran en relaciones con las administraciones públicas en un procedimiento o un contrato administrativo. En resumen, durante los procedimientos de contratación administrativa y las diversas etapas de los contratos administrativos deben imperar la eficacia y la eficiencia, pero siempre, con respeto de los derechos fundamentales y humanos de los administrados. Basta recordar, sobre el particular, la magnífica y sabia fórmula contenida en el artículo 10, párrafo 1º, de la LGAP al disponer que "*La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular*".

2. Principio de Primacía de la Sustancia Sobre la Forma

[Jinesta Lobo, E]^{vi}

[P. 211] Los procedimientos administrativos son, ante todo, una relevante institución de orden formal, para asegurar la correcta y sana inversión de los fondos públicos, sin embargo, en ocasiones, las previsiones meramente adjetivas pueden entrar en conflicto con los fines sustanciales o materiales que se propone todo contrato administrativo (satisfacción del interés general o público y de las necesidades colectivas).

El párrafo 3º del artículo 4º de la LCA previendo tal tensión entre las exigencias formales impuestas en los procedimientos de contratación y los fines sustanciales que se buscan satisfacer con los contratos administrativos, enuncia el principio de la primacía de la sustancia sobre la forma al indicar que "*En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente (...)*". Se trata de un precepto de gran importancia que impone [P. 212] subordinar la forma al contenido, cuando la observancia rigurosa y excesiva de la primera frustra, directa o indirectamente, la obtención de los fines. En resumen, la finalidad de toda norma o disposición procedimental debe permitir la aplicación de la normativa sustantiva o de fondo.

Así, la Sala Constitucional en el referido Voto No. 14421-04 11 hrs. de 17 de diciembre de 2004, consideró lo siguiente:

Redacta el Magistrado Jinesta Lobo; y, Considerando:

III.- (...) Los mecanismos de control y fiscalización diseñados por el legislador para garantizar la transparencia o publicidad, libre concurrencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos -a través

de la escogencia de la oferta más ventajosa para los entes públicos, desde el punto de vista financiero y técnico- en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y

[P. 213] tecnológica de la colectividad (...) Sigúese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta \ perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional debido y correcto de los fondos públicos.

Asimismo, en el Voto No. 2660-2001 de las 15:24 hrs. de 4 de abril de 2001, la Sala Constitucional, señaló que en la contratación administrativa "(...) no puede partirse de un análisis simplista o formal, pues (...) es una materia sumamente compleja que se desenvuelve en un entorno de cambios constantes, muchas veces con un ritmo vertiginoso. En efecto, el proceso de adquisición de bienes y servicios está inmerso y a la vez determinado por las condiciones y reglas del mercado, cuyas variables difícilmente pueden aprehenderse en la rigidez de una norma. Por esa razón, y tomando en cuenta que (...) los procedimientos de contratación tienen un carácter instrumental de frente a la satisfacción de los intereses públicos, nunca podrían verse convertidos en un fin en sí mismo, sino que deben conservar su naturaleza de simples medios para la consecución del fin superior".

Cabe advertir que este principio debe proyectarse no solo en la fase de formación, perfección y formalización del contrato administrativo, sino también, en las etapas de ejecución e, incluso, de extinción de modo que cuando entre en colisión una norma formal, se facilite el cumplimiento de los fines del contrato y, por consiguiente, la aplicación del ordenamiento jurídico sustantivo.

3. Principio de Conservación de los Actos y Actuaciones

[Jinesta Lobo, E]^{vii}

El párrafo 4º del artículo 4º de la LCA establece que "*Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general (...)*". Este principio responde a uno general que es el de la economía y racionalidad procedimental, de manera que ante una situación invalidante se debe procurar conservar todos los actos y actuaciones posibles, evitándose la nulidad por la nulidad. Se trata de la proyección, al terreno de los procedimientos de contratación la administrativa, del principio del *favor acti*, de modo que si el operador jurídico tiene alguna duda acerca de la existencia, calificación o trascendencia del vicio invalidante de un acto o actuación debe estarse a la interpretación más favorable para la conservación del acto, siempre que tal interpretación suponga una condición ventajosa y beneficiosa para el interés general, dado que, de lo contrario debe invalidar para evitar cualquier eventual lesión al interés público. Consecuentemente, el principio de la conservación no puede ser empleado por el operador jurídico para subsanar aquella disconformidad sustancial con el ordenamiento jurídico que supone una lesión del interés público o general.

Cabe advertir que el párrafo 4º del artículo 4º LCA proyecta, específicamente, este principio a la oferta¹ y el acto de adjudicación, estableciendo que los defectos subsanables en la primera no la descalificarán y que, en caso de duda, se debe favorecer, siempre, la conservación de ésta o de la adjudicación.

4. Subsanación de Defectos Formales

[Jinesta Lobo, E]^{viii}

[P. 298] El principio general en materia de subsanación de los defectos en los requisitos de una oferta (Voto Sala Constitucional No. 998-98), es que resulta procedente respecto de los requisitos estrictamente de carácter formal y no esenciales (v. gr. falta de timbres, copias, autenticación de firmas o documentos), no así cuando

¹ Así, no importa que el oferente haya denominado a la garantía de participación "carta de garantía de cumplimiento", pues dé un análisis sustancial del documento y de la etapa del procedimiento, cabe concluir que se trata de la primera V. CGR RSL 114-99 de las 15:30 hrs. de 26 de marzo de 1999.

se trata de elementos esenciales (v. gr. precio, objeto, condiciones, etc.) o cuando versa sobre defectos formales que afectan contenidos fundamentales o esenciales de la oferta -v. gr. que la administración contratante haya establecido en el cartel que la literatura técnica y complementaria debe presentarse en idioma español-² o se trata de una oferta que contiene "condicionamientos ilícitos" que impiden la realización del objeto contractual y, por consiguiente, la satisfacción del interés público³.

Sobre el particular, el artículo 80, párrafo 2º, RLCA dispone 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*

*[P. 299] posibilidad de obtener una ventaja indebida"*⁴. Incluso, hay aspectos que se estiman que no requieren de subsanación alguna, por cuanto, se sobreentiende la adhesión del oferente a los términos del pliego de condiciones, así el artículo 80,

² V. CGR RSL Nos. 203-99 de las 15:30 hrs. de 18 de mayo de 1999 y 233-99 de las 14:30 hrs. de 7 de junio de 1999.

³ V. CGR oficio No. 15929 -DGCA-1687-96 de 11 diciembre de 1996.

⁴ El artículo 81 RLCA dispone cuáles son los aspectos subsanables al indicar los siguientes: "a) Los aspectos formales, tales como, 1a naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, copias de la oferta, especies fiscales o certificaciones de la CCSS. b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran a! momento de presentación de la oferta, así hubieren sido referenciadas en la oferta y lo logre acreditar el interesado, c) La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros, d) Las formalidades que así se hayan exigido en el cartel, tales como traducciones libres de la información complementaria, e) Datos consignados en unidades diferentes a las del Sistema Internacional de Medidas. J) El plazo de vigencia de la oferta, siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel, g) El monto o vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando originalmente hayan cubierto, al menos, un 80%. h) Cualquier error materia<1 relacionado con la garantía de participación, incluyendo los referidos a la identificación del concurso o del sujeto respaldado. De igual forma, en los bonos de garantía es válido corregir cualquier error sustancial, siempre y cuando la entidad emisora acepte la enmienda y garantice que no existe problema alguno para su liquidación, i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciadas de forma completa en la oferta. Esto es procedente aún tratándose de aspectos relacionados con la calificación de la oferta, j) Cualquier otro extremo que solicitado como un requisito de admisibilidad, sea requerido por la Administración, para una cabal valoración de ja propuesta y no confiera una ventaja indebida frente a los restantes oferentes, tal como la traducción oficial o libre de la información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante cuando así haya sido permitido por el cartel. Se entiende que la falta de la firma de una oferta no es un aspecto subsanable". El artículo 26, inciso f), RLCA admite la subsanación de la omisión en el desglose de precios, si no le produce una ventaja indebida al oferente que incumple. La CGR ha admitido como error subsanable que la garantía de participación no se deposite en la cuenta que indica el pliego de condiciones, sino en una especial o que la presente en la oficina administrativa al momento de la apertura de las ofertas, pues lo sustancial es que la oferta esté respaldada por una garantía válidamente rendida y presentada en tiempo RSL 47-99 de las 9 hrs. de 16 de febrero de 1999 y R-DAGJ-030-2000 de las 9:45 hrs. de 25 de enero de 2000.

párrafo in fine, del RLC A estatuye que *"No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta las condiciones "*. Se ha estimado, también, que son subsanables los hechos históricos acontecidos sobre [P. 300] los cuales las partes no pueden ejercer ninguna influencia para variar su contenido⁵.

De modo general, podemos afirmar que en esta materia, se imponen los principios "de la conservación de las actuaciones del oferente" y de igualdad o libre concurrencia. Estos principios generales son sentados por la propia LCA en su artículo 4º, párrafo 4º, al preceptuar de manera explícita que *"Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación "* y en el numeral 42, inciso j), al indicar que cabe la subsanación de los defectos contenidos en la oferta dentro de los plazos que indique el reglamento *"siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con los demás oferentes"*.⁶

Reglamentariamente se regula, el trámite de la subsanación (artículos 80 y 82 RLCA), así se establece un plazo para subsanar los defectos que debe ser de 5 días hábiles -después de los 5 días hábiles posteriores a la apertura de las ofertas-. La prevención que, sobre el particular, formule la administración contratante, puede ser de oficio o a instancia de otro oferente o de la parte interesada. Si el oferente incumple con la prevención podrá ser descalificado, si el defecto lo amerita -lo que exige un examen de la administración de la entidad y trascendencia del requisito no [P. 301] subsanado⁷, y ejecutarse la garantía de participación previa audiencia. Pasado ese momento

⁵ V. CGR RSL Nos. 63-98 de las 13 hrs. de 10 de marzo de 1998, 103-98 de las 9:30 hrs. de 22 de abril de 1998, 213-98 de las 15:30 hrs. de 29 de julio de 1998, 245-98 de las 10 hrs. de 19 de agosto de 1998 y 166-99 de las 11 hrs. de 27 de abril de 1999. Así, por ejemplo, es subsanable la estimación por un operador de bolsa de un bono o certificado presentado como garantía de participación, dado que, se trata de un dato histórico inmodificable V. CGR RSL 289-96 de las 11:30 hrs. de 17 de diciembre de 1996 y oficios Nos. 3807 -DGCA-331-98- de 17 de abril de 1998 y 13377 -DAGJ-365-99- de 19 de noviembre de 1999.

⁶ *"el instituto de la subsanación está arbitrado con el objeto de que la Administración conserve el mayor número de propuestas elegibles, en aras de satisfacer en mejor forma el interés público perseguido en la contratación, lo cual compromete un ejercicio interpretativo de aquéllos defectos u omisiones que por lo general presentan las ofertas, de la forma en que mejor favorezca su conservación, pero con el claro límite de no infringir otros principios igualmente importantes de la contratación administrativa como resulta ser el de trato igualitario"* CGR RSL No. 245-98 de las 10:00 hrs. de 19 de agosto de 1998.

⁷ V. COR RSL 78-97 de las 13:00 hrs. de 21 de abril de 1997, en este caso no se cumplió con la prevención de aportar certificación de propiedad del capital accionario -para verificar si el oferente está incurso en prohibición- y se estimó que basta la declaración jurada de no estar afectado por el régimen de prohibiciones para contratar. CGR oficio No. 9851 -DGCA 1038-99- de 31 de agosto de 1999, se estimó que el no cumplir la prevención para acreditar que está inscrito en el registro de proveedores, no puede suponer la descalificación, a lo sumo la consecuencia es que no sea invitado en futuras contrataciones.

procedimental, cabe la subsanación de cualquier defecto, no advertido durante el plazo indicado, a requerimiento de la administración contratante o por instancia del oferente, con lo cual se evita la aplicación estricta y rígida del principio de preclusión.

JURISPRUDENCIA

1. Relación de los Principios de Eficiencia y Eficacia con la Subsanación de Defectos en la Oferta de la Licitación Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^x

Voto de mayoría:

XXXVII. Sobre la supuesta lesión a los principios de la contratación administrativa en el acto de refrendo. Sobre el reproche específico que se hace sobre el refrendo en la ampliación de la demanda, sin perjuicio de lo ya señalado en los apartes previos sobre la reiteración de temas ya tratados, cabe indicar de manera más concreta, como esos temas no llegan afectar la validez del refrendo otorgado por la CGR. **a) Principio de legalidad y transparencia.** Sobre este aspecto cabe señalar, en el oficio No. 2739-2012 del 21 de marzo de 2012 (**DCA-0692**), en el que la CGR otorga el refrendo del contrato, señala que este convenio incluía una indebida jerarquización de las fuentes aplicables al procedimiento, lo que supone por el contrario a lo argüido por la accionante, una manifestación de respeto al principio de legalidad. De igual modo, la CGR advirtió en el refrendo, el régimen jurídico aplicable al caso, no solamente invocando a las particularidades propias del reglamento de refrendos, sino además, señalando que el cartel de licitación utilizado para el análisis del contrato (punto III.ii). Precisamente en el ejercicio de las potestades conferidas en el ordinal 13 del reglamento aludido, la CGR realizó la solicitud de información adicional al CNC mediante los oficios DCA-2836 del 28 de octubre del 2011 y el DCA-0082 del 17 de Enero del 2012, para verificar que el contrato se ajustara al pliego de condiciones de la licitación promovida. Con todo, debe retomarse lo expuesto en cuanto al principio de eficacia y eficiencia en las contrataciones públicas. No indica el accionante las razones por las cuales las supuestas lesiones al principio denunciado llevan a una nulidad sustancial que ameriten la supresión del concurso. Sobre el tema, vale traer a colación lo resuelto sobre el principio de eficiencia y eficacia por parte de la Sala Constitucional en el fallo No. 14421-2004 de las 11:00 horas del 17 de diciembre del 2004, en el siguiente sentido: "*Por lo anterior, los procedimientos de contratación administrativa y todos los aspectos atinentes a la formación y perfección de los contratos administrativos están imbuidos por la celeridad y sumariedad en la debida e impostergable atención y satisfacción de las necesidades y requerimientos de la organización social. Sobre el particular, es menester recordar que dentro de los principios rectores de los servicios*

públicos, en el marco de una Administración Pública prestacional o de un Estado Social y Democrático de Derecho, se encuentran, entre otros, la eficiencia, la eficacia, la continuidad, la regularidad y la adaptación a las necesidades socio-económicas y tecnológicas, con el propósito de erradicar y superar las desigualdades reales del conglomerado social. Los mecanismos de control y fiscalización diseñados por el legislador para garantizar la transparencia o publicidad, libre concurrencia e igualdad y la gestión racional de los recursos o dineros públicos –a través de la escogencia de la oferta más ventajosa para los entes públicos, desde el punto de vista financiero y técnico- en materia de contratación administrativa, deben tener por norte fundamental procurar que la misma se ciña a la ley de modo que resulte regular o sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, para evitar cualquier acto de corrupción o de desviación en el manejo de los fondos públicos. Bajo esta inteligencia, todos los requisitos formales dispuestos por el ordenamiento jurídico para asegurar la regularidad o validez en los procedimientos de contratación, el acto de adjudicación y el contrato administrativo mismo, deben, también, procurar la pronta satisfacción del interés general a través de la efectiva construcción de las obras públicas y la prestación de los servicios públicos, consecuentemente no pueden transformarse en instrumentos para retardar la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos y, sobre todo, su adaptación, a las nuevas necesidades socio-económicas y tecnológicas de la colectividad. Sobre este particular, el artículo 4º, párrafo 2º, de la Ley de la Contratación Administrativa al enunciar el “Principio de eficiencia” estatuye que “(...) En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán de forma que se favorezca su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones favorables para el interés general (...). Síquese de lo anterior que las formas propias de los procedimientos de la contratación administrativa así como los recaudos de carácter adjetivo que establece el ordenamiento jurídico para la validez y eficacia de un contrato administrativo deben interpretarse de forma flexible en aras del fin de todo contrato administrativo, sin descuidar, claro está, la sanidad y corrección en la forma en que son invertidos los fondos públicos. Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos de contratación son la sombra (forma) que debe seguir, irremisiblemente, al cuerpo (sustancia) que son los fines y propósitos del contrato administrativo de satisfacer el interés general y, desde luego, procurar por el uso racional, debido y correcto de los fondos públicos. Por último, debe recordarse que los principios de la eficiencia y la eficacia en cuanto informan la organización y gestión administrativa tienen fuerte asidero constitucional (artículos –todos de la Constitución Política- 140, inciso 8, en cuanto le impone al Poder Ejecutivo el deber de “Vigilar el **buen funcionamiento** de los servicios y dependencias administrativas”, el 139, inciso 4, en la medida que incorpora el concepto de “buena marcha del Gobierno” y el 191 al recoger el principio de “eficiencia de la administración”)

2. ¿Cuándo la Falta de Firma de un Documento Constituye un Defecto Subsancionable en la Contratación Administrativa?

[Sala Primera]^x

Voto de mayoría

“V. Finalmente, en cuanto al escrito que se aduce, fue presentado sin firma, el Tribunal indicó, de las resoluciones 05-04-2010 y 05-07-2010 se desprende, el memorial de contestación del traslado de cargos que el CNC recibió el 7 de octubre de 2009, carecía de la rúbrica del representante legal del consorcio actor. No obstante, dicen los juzgadores, en el expediente administrativo no consta el escrito en cuestión. Asimismo, expresan, la copia de ese documento que el demandante presentó para sustentar el recurso de revocatoria contra el acto final 05-04-2010, sí aparece firmada, lo cual implica, medió un error al momento de presentar el escrito original y la copia para efectos de recibido. Por ello afirman, tomándose en consideración que el representante del Consorcio ya había presentado varias gestiones ante el CNC, es evidente que se estaba ante un yerro de la parte. De lo anterior, aseveran, siendo que el procedimiento contenido en el canon 205 del RLCA es de naturaleza sumaria, en aras de la celeridad que debe mediar en la ejecución de las contrataciones administrativas; y que la razón de ser de todo procedimiento es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final, en aplicación de los principios de informalismo y búsqueda de tal verdad, el Consejo debió otorgar al Consorcio la posibilidad de subsanar la falta de firma, ratificando lo planteado. De haber actuado de esa manera, enfatizan, se habría evitado colocarle en estado de indefensión o desventaja, permitiéndole combatir en forma efectiva los argumentos esbozados en su contra, y practicar, de resultar admisibles, las pruebas ofrecidas. En síntesis, manifestaron los juzgadores, debió otorgarse al consorcio actor la posibilidad de subsanar la falta de firma, a fin de brindar oportunidad efectiva de defensa, permitiendo al Consejo verificar mediante la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 205 del RLCA, los hechos objeto de investigación. Al respecto, considera esta Cámara, si bien el reclamo del casacionista se sustenta en el ordinal 285 de la LGAP, (imposibilidad de subsanar la falta de firma en los escritos), dicho requisito se refiere a la petición o escrito inicial de la parte, dirigido a la apertura del procedimiento, la cual se ubica en el Capítulo I del Título V de la LGAP, referente a la “iniciación” del procedimiento. De esta manera, el requerimiento de la firma como aspecto no subsancionable, al cual alude el recurrente, ha sido dispuesto para otro tipo de documentos. En efecto, es claro, la consecuencia del archivo del escrito que da inicio al trámite por falta de firma, no necesariamente posee los alcances del rechazo del escrito de descargo u ofrecimiento de pruebas, o cualquiera otro que implique el vencimiento de un plazo, puesto que en ese supuesto, el procedimiento ha sido ya iniciado, con las consecuencias del caso, que en materia de prueba, podrían ser

irreversibles, lo que no ocurre irremediamente en la mera petición de apertura, pues no se traba aún la litis. A ello debe añadirse, el precepto 80 del RLCA, permite la posibilidad de subsanar aspectos “*insustanciales*”, entendiéndose como tales, los errores u omisiones “*...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*”. De tal forma, no se objeta que dicha facultad ha sido dispuesta para corregir la oferta, por el contrario, es incuestionable que el principio sí opera en la contratación administrativa. (De esta Sala, resolución 1476-2011 de las 9 horas 30 minutos del 8 de diciembre de 2011). En forma complementaria, es también innegable, conforme al numeral 286 de la LGAP, que la presentación de escritos en esta temática, se caracteriza por el principio de informalidad. Lo anterior es claro al permitir dicho ordinal que la petición se tenga por válida sin necesidad de autenticaciones, salvo facultad de la Administración de exigirla, resultando este último aspecto también interesante, puesto que evidencia la posibilidad de conferir audiencia a efecto de subsanar los yerros. Finalmente, estima esta Sala, la facultad de corregir o subsanar elementos no esenciales de los escritos presentados dentro de un procedimiento administrativo, es consustancial a los principios de acceso a la justicia y antiformalismo, así como al derecho de defensa. El rechazo o archivo por falta de firma, del escrito de descargo o del documento en el cual se ofrece la prueba por parte del administrado, no solo causa indefensión sino que impide acceder al objetivo esencial del proceso, cual es la obtención de la verdad real. Atendiendo a la naturaleza fundamental del proceso, en el asunto de examen, el órgano administrativo estaba en la obligación de prevenir la falta de firma del escrito en el cual se sustentaba la defensa del administrado a quien se le habían imputado incumplimientos. De ahí que no se encuentre justificación a una conducta administrativa que impida, por razones de forma, la presentación del descargo y el ofrecimiento de probanzas que documenten los alegatos de las partes. Por las razones expuestas, procede el rechazo el cargo.

3. El Régimen Excepcional de Contratación Directa en Materia Administrativa; el Procedimiento para la Corrección de Defectos Subsanables y Requisitos para la Adjudicación del Contrato

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{xi}

Voto de mayoría

“II) SOBRE EL FONDO: II.1) EN TORNO AL REGIMEN EXCEPCIONAL DE CONTRATACION DIRECTA EN MATERIA DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA, PROCEDIMIENTO, DEFECTOS SUBSANABLES Y REQUISITOS PARA “LA ADJUDICACION DEL CONTRATO”:

Establece el numeral primero de la Ley de Contratación administrativa, número 7494 del 02 de mayo de 1995, que dicha normativa regirá la actividad de contratación

desplegada por la Administración Pública Central y descentralizada cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos (numeral 182 constitucional). Dicho procedimiento en sus diferentes modalidades garantiza la transparencia y la selección de un adjudicatario bajo reglas preestablecidas, para lo cual se establecen plazos y garantías en favor de la libre participación. No obstante, en situaciones excepciones, como las estipuladas en el numeral segundo, como compras realizadas con fondos de caja chica, cuando exista un proveedor único, así como actividad de escasa cuantía, en cuyo caso se podrá celebrar una contratación directa. Respecto a la contratación directa es dable indicar que el numeral 27 de la Ley de Contratación Administrativa, dispone que cuando la Ley no establezca un procedimiento específico en función del tipo de contrato, el procedimiento se determinará según el monto contratado en relación al presupuesto de la entidad, situación que definirá si se debe acudir a una licitación pública, a una licitación abreviada o bien a una contratación directa (Voto de la Sala Constitucional 5882-93). Tratándose de la contratación directa, la ley supracitada dispone la modalidad concursada limitada, siendo aquella en la cual sin deber de apegarse a todos los trámites estipulados en la pública y la abreviada, se debe al menos invitar a tres potenciales proveedores idóneos, se estudiarán las ofertas que se presenten al concurso y se adjudicará a la de mejores condiciones, lo cual se definirá en la invitación (ordinal 2 ibid). Además se confeccionará un pliego de condiciones en donde se describa el objeto contractual, el plazo y forma de la entrega, así como también se debe fijar la hora y fecha para la recepción de las propuestas. La entidad dará un plazo mínimo de un día y un máximo de cinco días hábiles para la presentación de las cotizaciones y las ofertas podrán ser presentadas por fax o correo electrónico, de acuerdo a lo que establezca el cartel, debiendo realizarse la convalidación de la que resulte mejor posicionada de la evaluación realizada antes de dictar el acto de adjudicación. El acto de adjudicación, deberá dictarse en un plazo máximo de diez días hábiles, prorrogable por un plazo igual en casos debidamente justificados, contados a partir del día de la apertura de ofertas y de inmediato será comunicado a los participantes, quienes podrá interponer recurso de revocatoria, dentro del plazo de dos días hábiles siguientes a su notificación. Si el recurso es admisible, se concederá audiencia al adjudicatario por el plazo de dos días hábiles, vencido el cual la Administración deberá resolver dentro de los tres días hábiles siguientes. En los casos declarados urgentes no habrá recurso alguno (ordinal 136 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Bajo esta modalidad de contratación directa concursada las ofertas de los invitados deben ser estudiadas, analizadas, evaluadas y calificadas en forma técnica y precisa, justificando adecuadamente su admisión o su rechazo, determinando el cumplimiento de los requisitos especificados en el cartel y estableciendo el puntaje obtenido. En el caso de encontrarse algún defecto, se determinará si puede ser subsanado y de serlo se debe prevenir la corrección de los defectos en los términos del ordinal 42 inciso j) de la de rito. Al respecto la jurisprudencia del órgano contralor, recogida de manera posterior

por este Tribunal ha aceptado la doctrina de los hechos históricos, de suerte que aquellos hechos que forman parte de la historia es posible enmendarlos en tanto fueran invocados en su oportunidad, aún cuando no fueran acreditados; bajo el entendido que no esta en dominio del agente variarlos. Con base a dicho numeral la Administración subsanará los defectos de las ofertas siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida en relación con los demás oferentes. En ese sentido se determinará la naturaleza de los defectos, para establecer si se trata de defectos formales, insustanciales subsanables o bien defectos sobre aspectos esenciales y sustanciales. Cuando se trate de aspectos formales se le concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles para que corrijan los errores o se supla la información no presentada y de contener la oferta omisiones o defectos en los requisitos o aspectos esenciales del cartel, no se podrán subsanar (ordinal 80 del Reglamento). Los defectos o errores referidos a requisitos sustanciales o esenciales, que no puede ser subsanados o corregidos en la contratación administrativa, son los que de prevenirse su corrección implicaría una variación en los elementos esenciales de la oferta, como lo son las características fundamentales de los bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega, garantías de los productos, falta de firma, o se coloque el oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida (ordinal 80 del Reglamento). Prevención que se puede realizar de oficio o a solicitud de parte interesada. A tenor del Reglamento supracitado son aspectos formales subsanables la naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, copias de la oferta, especies fiscales, certificaciones de la CCSS, certificaciones de las cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido existentes al momento de presentación de las ofertas, documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, estados financieros, plazo de vigencia de la oferta siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel, errores materiales relacionados con la garantía de participación, identificación del concurso o del sujeto respaldado, documentos necesarios para probar la veracidad de los hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y referenciados en ella, y extremos relacionados con requisitos de admisibilidad y que no confieran una ventaja indebida frente a los restantes oferentes (numeral 81 del Reglamento *ibid*). En lo referente a la experiencia estatuye el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que cuando la Administración solicite acreditarla, se aceptará en el tanto haya sido positiva, entendida ésta como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo expresar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea. La experiencia se podrá subsanar cuando ha sido referenciada y asentada en la oferta y la Administración tiene duda sobre ella, pudiendo en ese caso ser aclarada o ajustada a las condiciones exigidas en el cartel o bien verificada su existencia por constituir un hecho histórico inmodificable a gusto del oferente, previamente acreditado. Caso contrario si la experiencia se consignó en la oferta y se pretende ampliar o modificar posteriormente a la apertura de las ofertas, o acreditar la no presentada, ello

constituiría una ventaja indebida en su favor que le generaría una condición violatoria del principio de igualdad en detrimento de los demás oferentes. En torno a los requisitos de admisibilidad de las ofertas, se dispone en el ordinal 65 del Reglamento supracitado que toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá necesariamente y en forma obligatoria declaración jurada de encontrarse al día en el pago de los impuestos nacionales, de no estar afectado por ninguna causa de prohibición, certificación de encontrarse al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense del Seguro Social o tener un arreglo de pago aprobado por ésta, sin que se pueda contratar con la Administración Pública de no cumplirse con tal obligación social de tributaria. En igual sentido si el oferente presenta certificación de no encontrarse inscrito como patrono ante la CCSS y del objeto licitado se derive tal obligación, la Administración le debe solicitar explicación, la cual de resultar insatisfactoria implicará según la norma citada, la exclusión del concurso y la denuncia ante las autoridades de dicha entidad, aspecto que como se expresó supra ha sido objeto de múltiples cuestionamientos constitucionales. Respecto a dicha obligación tributaria, tal disposición históricamente ha sido cuestionada por dudosa constitucionalidad y ha implicado diversos pronunciamientos de la Sala Constitucional, entre otros el 8583-2002 de las 14:51 horas del 04 de setiembre del año 2002 y el 787-1994, en los que se ha debatido sobre la procedencia de exigir el estar al día en el pago de las cuotas obrero patronales como causal de inadmisibilidad de la oferta concursal. En todo caso, de momento, la norma sigue manteniéndose dentro del ordenamiento jurídico con el reglamento vigente. Por su parte, una vez subsanadas las ofertas, se estudiarán y valorarán como se expresó los requisitos de admisibilidad y se dejarán fuera del concurso las que incumplan los aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico, realizándose un cuadro comparativo de análisis de las ofertas según las especificaciones del cartel (artículo 83 del Reglamento ibid). Por ello al sistema de calificación se someterán las ofertas que sean elegibles y la que obtenga la mayor calificación será la más conveniente (numeral 83 del reglamento ibid). Una vez hechos los estudios y valoraciones anteriores, la Administración dictará el acto de adjudicación, el cual será motivado, razonado y sustentado (artículo 86 del Reglamento ibid).

II.2) CASO CONCRETO: Aplicado, lo anteriormente expuesto a la resolución del presente asunto, tenemos que **no lleva razón la gestionante en sus pretensiones** al accionar con el objeto de que se declare la responsabilidad del Instituto Costarricense de Turismo por los daños y perjuicios causados por la no adjudicación de la contratación directa 2010CD-000253-PROTURISMO, los cuales estima en el monto de veinticinco millones de colones por el daño material y quince millones de colones por el daño moral. Tal y como se acreditara en los hechos probados, la probanza documental, la prueba testimonial evacuada y del fundamento jurídico expresado en el

considerando de fondo II.1, no acontecen los requisitos y presupuestos necesarios para acreditar el acaecimiento de los daños y perjuicios liquidados. **Como se observa en el cuadro fáctico la promovente no demostró en los autos haber cumplido con el requisito de acreditar la experiencia de trabajos similares en el suministro e instalación de purificadores de agua** mediante la presentación de cartas o referencias extendidas por personas físicas o jurídicas, en los términos del punto 3.3, de metodología de evaluación de las ofertas en cuanto al rubro de experiencia de trabajos similares (hecho probado tercero y treinta). De este modo, tal cláusula debe interpretarse en el sentido de que no bastaba con citar en la oferta como lo hizo la actora las referencias de las empresas que acreditaran su experiencia, sino que debían de presentarse tales cartas o referencias extendidas por tales personas físicas o jurídicas, por lo que en mérito de lo expuesto la promovente incumplió tal obligación. Como ya se indicó la acreditación de tales atestados era totalmente subsanable, de oficio o a instancia de parte, de suerte que la concursante desde el momento que vio que la Administración estaba requiriendo más allá que un mero listado debió proceder a aportar las cartas correspondientes; mientras que el ente público, tenía el derecho a verificar los referidos atestados o en su defecto prevenir al interesado que procediera a aportar las cartas correspondientes. Véase como no se iba a dar un beneficio indebido, en la medida que los datos de las referencias se encontraban debidamente señaladas dentro de la oferta, lo que determina que no se estaría generando un trato desigual o un beneficio contrario a derecho. Si bien el Instituto Costarricense de Turismo incumplió en sede administrativa con prevenirle a la actora que subsanara tal omisión, por ser un defecto subsanable, sin embargo se echa de menos la acreditación fehaciente, la demostración indubitable y la aportación de la prueba idónea, mediante la cual estableciera sin ninguna duda que tenía la experiencia requerida para haber resultado adjudicataria en tal contratación administrativa. Por lo tanto, su accionar deviene en improcedente y resulta infructuoso, toda vez que al menos debió de haber demostrado en estrados judiciales para acceder a los daños y perjuicios, que efectivamente tenía los requisitos para resultar adjudicataria y obtener un puntaje mayor al recibido por su inmediata competidora, sin que bastara para ello la mera mención de personas físicas o jurídicas. Por ello, la actora incumple con los requisitos probatorios requeridos en sede judicial en los términos del ordinal 317 del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente acorde al artículo 220 del Código Procesal Contencioso Administrativo, de haber acreditado tener al momento de la presentación de la oferta, la experiencia necesaria que le hubiera permitido resultar adjudicataria de la contratación directa 2010CD-000253-PROTURISMO (hecho no probado primero y séptimo). En igual sentido, tampoco tiene asidero el criterio de la actora, expresado en su declaración, en cuanto al rubro de experiencia en torno a que su experiencia personal la había trasladado a la empresa Consultora Roxi S.A., lo cual no es admisible, toda vez que quien había aplicado la oferta y se encuentra inscrita en el registro de proveedores es la Sociedad y no el señor Picado Castro en su carácter personal,

además de no haber utilizado la figura de la oferta en consorcio, en los términos del numeral 38 de la Ley de Contratación Administrativa. **De igual forma tampoco demuestra fehacientemente la promovente que en la contratación directa número 2010CD-000253-PROTURISMO el Instituto Costarricense de Turismo haya incumplido con el procedimiento debido en materia de contratación administrativa.** De la revisión del expediente administrativo y como se observa en los hechos probados, resulta sumamente cuestionable que el ente público no haya cumplido a cabalidad con el procedimiento de contratación de una forma transparente y diáfana como debiera, violentando la igualdad de trato entre los oferentes. Véase como es solamente a la sociedad actora la que se le solicita que demuestre un respaldo en caso que la sociedad desapareciera, como si dicho infortunio no pudiera ocurrirle a cualquier empresa; por más consolidada que se encuentre. Tampoco presenta su debida justificación, el que no se hubieran realizado las prevenciones ya señaladas; pese a que el ordenamiento instituye lo contrario. Todas estas situaciones son anormales, y debe la Administración adoptar las medidas necesarias para evitar que vuelvan a ocurrir. Pese a no haberse cumplido el iter procedimental en su mejor nivel, no existen elementos de convicción que permitan acreditar la voluntad de perjudicar a la actora o de beneficiar indebidamente a la empresa StarLine Internacional S.A. Recuérdese al respecto que la buena fe se presume, mientras que la mala fe se prueba de forma indubitable, lo que en la especie no ocurre. Reiteramos existen trastoques en el iter procedimental de la contratación, pero no es posible llegar a concluir que sea con el único interés de perjudicar a la actora. Mal que bien la contratación directa concursada objeto de análisis fue realizada de conformidad con el procedimiento estipulado en el ordinal 136 de la Ley de Contratación Administrativa, invitando al menos a tres potenciales proveedores idóneos , confeccionando un pliego de condiciones (hechos probados uno al cuarto), otorgando un mínimo de un día y un máximo de cinco días hábiles para la presentación de las cotizaciones (hechos probados quinto y sexto), calificándose las ofertas (hecho probado 23) debiendo dictarse el acto de adjudicación (hecho probado 24) y resolviendo los recursos formulados por la gestionante (hechos probados 25 y 26). Si bien, como se ha dicho, se omitió por la Administración el haberle prevenido en torno a la omisión de acreditar la presentación de cartas o referencias extendidas por personas físicas o jurídicas, para demostrar la experiencia de trabajos similares, tal omisión no tiene la virtud de generar daños y perjuicios a la oferente, porque la actora en sede judicial no logró probar mediante la presentación de las cartas o referencias supracitadas, el tener la experiencia necesaria que le hubiere generado la posibilidad de obtener un puntaje mayor a la empresa L línea Estrella Internacional S.A y con ello haber demostrado que fue indebidamente calificada e ilegítimamente excluida de la posibilidad de resultar adjudicataria. **Además, no demostró la accionante que en la contratación directa número 2010CD-000253-PROTURISMO, a la empresa Línea Estrella Internacional S.A. se le haya otorgada una ventaja indebida o trato privilegiado en perjuicio de las demás**

oferentes doloso o mal intencionado o que tal empresa no haya cumplido con el requisito de demostrar la experiencia en el suministro e instalación de purificadores de agua mediante la presentación de cartas o referencias extendidas por personas físicas o jurídicas. De los autos se desprende con claridad que la tramitación administrativa se efectuó en los aspectos básicos cumpliendo el ordenamiento jurídico, salvo en el tema de los requerimientos solicitados de más y la ausencia de prevención de las cartas; más uno u otro aspecto, a la luz de la prueba evacuada en el juicio no habrían cambiado la decisión en tanto se mantiene sin prueba la experiencia requerida. Es evidente que a la contraparte de la contratación, si se procuró su manutención en el concurso, pero sin poder ubicar frente a esa empresa que se le haya otorgado puntaje adicional o algún otro extremo que determinara que resultara victoriosa. Del análisis de la oferta presentada por dicha empresa se obtiene con claridad que cumplió a cabalidad con acreditar su experiencia en trabajos similares (hecho probado noveno), presentando una carta fechada 21 de mayo del año 2009, firmada y sellada por la Arquitecta Adriana Camacho Masís en su condición de coordinadora de la Unidad de Diseño del Proceso de Infraestructura y Proyectos del Banco Popular y de Desarrollo Comunal en la cual hace constar que la empresa Starline Internacional S.A. ha instalado 84 equipos Ultra Pure con purificador de agua UV y dispensador de agua fría y caliente en los edificios del Banco Popular y de Desarrollo Comunal y que estos fueron instalados y recibidos a entera satisfacción . En razón de ello, es que se le asigna el puntaje de 75% (hecho probado 23), en mérito de haber obtenido el total de 30% por concepto de experiencia (hecho probado segundo).

Manifiesta además la promovente que se le rechazó indebidamente el recurso de revocatoria, pese a que lo formuló en tiempo, y que no se lo resolvió el jerarca, lo cual no se admite, como se desprende del acervo probatorio y del artículo 136 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa , una vez dictado el acto de adjudicación, los participantes tendrán el término de dos días hábiles contados a partir de su notificación para formular el recurso de revocatoria, lo cual no realizó en tiempo la actora (hecho probado 25), pese a que se le notificó desde el día el día cinco de agosto del año 2010 , con lo cual al formular el recurso citado el día 12 de agosto del año 2010 , lo hizo fuera de tiempo, con lo cual extemporánea . Siendo por ello que el oficio PRO-1194-2010 el 16 de agosto del 2010, dictado por el Licenciado Miguel Zaldivar Gómez, Proveedor Institucional del ICT , el cual dispuso que el recurso de revocatoria presentado por la actora es extemporáneo (hecho probado 26) , se dictó a derecho, sin que la autoridad competente para resolverlo lo sea el jerarca, sino que compete más bien al señor Miguel Zaldivar, en su condición de Proveedor Institucional y haber sido la autoridad que dictó el acto de adjudicación (hecho probado 24) . Sin que sean de recibo las manifestaciones expresadas por la actora en el sentido que debe aplicarse el ordinal 186 del Reglamento citado para que el jerarca le resolviera el recurso, lo cual no es admisible, toda vez que este aplica en defecto de norma expresa, y en este caso como se expresó resulta de aplicación por la naturaleza de la

contratación el numeral 136 citado. Sin que se observe violación alguna con el hecho de que el ICT haya aplicado en este caso el trámite que dispone el ordinal supracitado, toda vez que como se expresó en el considerando II.1, es el idóneo tratándose de contrataciones directas concursadas. **En torno a los alegatos esbozados por el ICT, y expresados en el criterio técnico expresado mediante oficio PA-549-2010 del 30 de julio del año 2010, en el cual el señor Alcides Mora Sánchez, en su condición de líder del Proceso Administrativo en la contratación directa número 2010CD-000235-PROTURISMO de Purificadores de Agua, emite criterio técnico manifestando al señor Proveedor Institucional Miguel Zaldívar Gómez, que la empresa Consultora Roxi no tiene personal a su cargo, y que no cuenta con personal capacitado para brindarle el servicio de suministro e instalación de purificadores de agua**, por lo que debe adjudicarse dicha licitación a la empresa Línea Estrella Internacional S.A. (hecho probado 22 y 29). Tal motivo, efectivamente se trata de un hecho no demostrado por parte de la Administración (hecho no probado primero de la accionada), de lo cual se hace patente en este fallo, sin que de ello se puedan derivar acciones resarcitorias, toda vez que como se expresó no demostró la empresa Consultora Roxi S.A. que al momento de participar en la contratación directa número 2010CD-000253-PROTURISMO haya contado con la experiencia requerida (hecho no probado séptimo). Como se observa del hecho probado octavo la empresa Consultora Roxi S.A es distribuidor autorizado de las sociedades AquaSmarter Internacional y de G.P.Importaciones S.A. , cuenta con respaldo solidaria de tales empresas en cuanto al mantenimiento del equipo iónico de purificación de agua (hechos probados trece y catorce) , tiene la asistencia de personal técnico al cual contrata por servicios profesionales y que es supervisado por su persona (hecho probado 15), cuenta con el respaldo solidario en cuanto al mantenimiento de los equipos que se presentan en la oferta por parte de empresa GP importaciones S.A y el personal técnico contratado está protegido con la póliza de riesgos del trabajo número 287592 y tiene seguro voluntario (hechos probados 16 al 18) y además demuestra que los señores Moisés Mena Quirós, cédula de identidad número 1-650-547 y el señor Geovanni Barrios Castro, cédula de identidad número 7-065-879, le brindan servicios a la actora en el mantenimiento de los sistemas en línea dispensador y purificador de agua en frío y caliente modelos G3, G4 y G5 (hecho probado veinte). Además, como se observa del cartel de licitación, en ninguna parte de su articulado se estipula que los servicios de instalación de enfriadores y dispensadores de agua tengan que ser brindados propiamente por trabajadores de la empresa y que se impida el que tal empresa pueda contratar servicios profesionales al afecto el cual cuente con el seguro voluntario y la póliza de riesgos del trabajo y que sea supervisado por el señor Roberto Picado Castro (hecho probado 16) o bien que el propio representante de la empresa pueda encargarse personalmente de brindar los servicios en razón de la naturaleza de pequeña empresa (declaración confesional). En razón de ello, no se aprecia, según lo apuntado, que se hayan violentado las obligaciones obrero patronales que estipula

bajo pena de inadmisibilidad el Reglamento de Contratación Administrativa en su numeral 65, o al ordinal 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social número 17 del 22 de octubre de 1943 al obligar a los oferentes a la presentación de una declaración jurada de encontrarse al día en el pago de las obligaciones obrero patronales con la Caja Costarricense del Seguro Social o bien si el oferente presenta certificación de no encontrarse inscrito como patrono ante la CCSS y del objeto licitado se derive tal obligación, la Administración le debe solicitar explicación, la cual de resultar insatisfactoria implicará la exclusión del concurso y la denuncia ante las autoridades de dicha entidad. No obstante, de las explicaciones esbozadas por la actora, de la prueba documental que consta en autos, del tipo de empresa Pymes, de la declaración del señor representante legal de la empresa Consultora Roxi, se desprende que no existe violación acreditada por la Administración a las obligaciones obrero patronales (hecho probado cuarto), con el hecho de que no aparezca inscrito como patrono (hecho probado 12). Por tal razón si un oferente no parece inscrito como patrono, ello por sí solo no es motivo de inadmisibilidad de la oferta, sino que la normativa supracitada requiere que la Administración realice una investigación con el objeto de acreditar si hay violaciones a la normas que regulan estas obligaciones tributarias sociales y en este caso realizada tal averiguación material, no se desprendió que existieran infracciones a las normas supracitadas. No está demás recordar que la vía jurisdiccional no es el mecanismo para reconstruir las actuaciones administrativas, así del expediente no es posible establecer que la empresa hubiera sido excluida del concurso, por el contrario, continuó participando. De manera que este no es el momento para que la Administración venda a argumentar que debió haber actuado de una manera diferente de lo que hizo, salvo que venga a allanarse a las pretensiones de su contraparte, que no es el caso. Por otro lado en abono a la denegatoria de las acusaciones de discriminación, trato desigual y violaciones a los procedimientos de contratación esbozadas por la promovente, tenemos que la Empresa Consultora Roxi S.A. formuló denuncia el día 23 de agosto el año 2010, ante la Contraloría General de la República en torno al procedimiento efectuado en la contratación directa número 2010CD-000235-PROTURISMO de Purificadores de Agua a favor de la empresa Línea Estrella Internacional S.A. (hecho probado 27), sin embargo efectuada la investigación correspondiente por tal órgano contralor, se ordenó su archivo, por trata rse de intereses personales ajenos a su competencia (hecho probado 28).

II.3)- EXCEPCIONES: En virtud de lo expuesto, se acoge la excepción de falta de derecho formulada por la accionada, porque de conformidad con la normativa citada y los fundamentos de hecho expuestos, no le asiste el derecho invocado a la actora en sustento de sus pretensiones, sino que por el contrario debe denegarse la acción incoada, sin que haya podido acreditar la promovente que contaba con la correspondiente experiencia que lo hubiera hecho ganador y a su vez beneficiario de la indemnización a que refiere el canon 90 de la Ley de Contratación Administrativa. No

esta por demás insistir que es posible ubicar incorrectas actuaciones administrativas y tratos desiguales, las que no presentan su debida justificación; pero tampoco es posible asegurar que el interés fuera directamente perjudicar a la empresa actora y beneficiar a su contraparte. De manera que en las condiciones actuales, no es posible declarar derecho alguno a favor del actor, imponiéndose acoger la excepción indicada. **En lo referente a la excepciones de falta de legitimación ad causam activa y pasiva, se rechazan** , toda vez que tanto la promovente, como la accionada, se encuentran legitimadas para actuar en este proceso, debido a que el ICT se constituyó en la Administración contratante que gestionó la contratación directa número 2010CD-000235-PROTURISMO de Purificadores de Agua y por su parte la actora participó en dicha contratación sin que resultara adjudicataria, de lo que deriva un interés legítimo y directo como oferente en los términos del numeral 90 de la Ley de Contratación Administrativa para el reclamo de daños y perjuicios en el caso de contrataciones ejecutadas o en curso de ejecución. ”

4. El Cambio de las Cartas de Recomendación Presentadas en la Oferta de la Licitación Pública

[Sala Primera]^{xii}
Voto de mayoría

“III. Previamente a cualquier análisis procede efectuar algunas precisiones respecto al cartel o pliego de condiciones del procedimiento licitatorio. Conforme lo establecen los artículos 51 y 52 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante el Reglamento), el cartel, constituye el reglamento específico de la contratación, un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Viene a ser aquel conjunto de cláusulas que integran cada contratación, en él se fijan los elementos esenciales del negocio, entre ellos: el objeto concursal, descripción del bien o servicio por adquirir, fecha de recepción de ofertas, así como sus requisitos mínimos y vigencia, bases generales para la selección, documentación a presentar, forma de cotización, plazo de entrega, forma de pago, entre otras. Cabe destacar, que el contenido básico de un cartel muta constantemente según las necesidades que cada contratación pretenda satisfacer. Tiene carácter reglamentario, debido a que contiene una serie de normas de acatamiento obligatorio y es el instrumento básico del procedimiento de selección del contratista público, llegando a constituir el verdadero reglamento específico de la contratación, tanto de los trámites por seguir como de las condiciones contenidas en éstos. Es ley entre las partes, porque es un documento jurídico elaborado por la Administración contratante, el cual se configura en la norma específica que regulará el futuro contrato. Es también fuente de interpretación, ya que en el cartel quedan establecidas las cláusulas o condiciones creadoras de derechos y deberes de las partes.

No obstante lo anterior, jerárquicamente se encuentra subordinado a la Ley y al Reglamento de Contratación Administrativa. Es importante tomar en cuenta también, que todo pliego de condiciones ha de respetar los principios constitucionales que informan la contratación administrativa, los cuales se señalan en los cánones 4, 5, y 6 de la LCA, dentro de los que destacan el de libre concurrencia, igualdad y equidad, legalidad, buena fe, publicidad, proporcionalidad, razonabilidad, eficacia, eficiencia, libertad de oportunidades, equilibrio de intereses y seguridad jurídica. De conformidad con lo dispuesto en el precepto 42 de la Ley de cita en relación a los artículos 51 y 52 de su Reglamento, el cartel contiene las condiciones generales, específicas y técnicas requeridas, así como las bases para calificar y comparar ofertas. Se pueden distinguir tres elementos básicos: un objeto, sea los bienes, obras o servicios que se desea contratar, describiéndolos claramente; una relación jurídica, constituida por las normas, pautas o reglas que regirán el convenio, así como los derechos y deberes de las partes y un procedimiento o formalidades que deben cumplirse con la preparación y ejecución del cartel. Asimismo, debe indicar tanto los requisitos esenciales de admisibilidad, como el sistema de calificación de las ofertas, los porcentajes y metodología de aplicación. El pliego de condiciones puede contener diversos tipos de cláusulas, dependiendo del objeto de cada contratación, aquellas pueden ser variables o invariables. Las primeras, son las que el particular ofrece a la Administración lo solicitado por ella; y la entidad contratante ponderará y escogerá la oferta que más convenga a los intereses públicos. Pueden variar o cambiar de una oferta a otra, pero son de cumplimiento necesario y obligado, ya que de lo contrario queda fuera de concurso. Ejemplo de éstas son las referidas al precio, la forma de pago o plazo de entrega de los bienes o servicios. Las invariables por su parte, son de obligado cumplimiento para el oferente y su sujeción a éstas es vinculante, en tanto no puede cambiarlas y si las incumple queda excluido de la licitación. Algunas de éstas son las que describen el objeto contractual. Existen también cláusulas mercantiles y técnicas, las primeras se refieren a las formas de pago, clases de garantías, plazos de entrega, modalidad mercantil (FOB, CIF), mientras que las segundas a especificaciones o características técnicas del objeto licitado. La Administración contratante fija en el cartel el mínimo de condiciones, cláusulas o requisitos que necesita para la futura contratación. Ello no obsta para que el oferente pueda hacer y ofrecer condiciones de ventaja adicionales y que éstas puedan ser aceptadas por el Estado, siempre y cuando no se violente el principio de igualdad. Otro aspecto a resaltar, conforme lo prevé el artículo 55 del Reglamento en cuestión, constituye el hecho de que en el cartel se establecerá un sistema de evaluación, exigencia que deriva de los principios de legalidad, transparencia, seguridad jurídica y eficiencia; toda vez que permite determinar los aspectos que definirán cuál es la propuesta más conveniente para la Administración licitante. Sin duda, este sistema permite motivar la decisión administrativa contenida en el acto de adjudicación en tanto da a conocer los criterios para seleccionar al contratista, evitando así decisiones arbitrarias. El sistema de

evaluación contenido en el cartel, debe incorporar todos los factores pertinentes que serán valorados en función del objeto, y han de contribuir a agregar valor en aspectos cuantitativos o cualitativos de la oferta que se elija, de modo que a partir de criterios técnicos unívocos, o si fuera el caso, de un razonamiento de simple sentido común, pueda corroborarse que el sistema incorpora factores realmente relevantes. Asimismo, los porcentajes de evaluación que se agreguen deben ser proporcionalmente distribuidos de acuerdo a su importancia real, siendo además que el precio es un punto primordial. Si bien la Administración contratante elige a discreción los aspectos a evaluar, una vez que se alcanza la etapa de estudio y selección de las ofertas, dichos factores y su metodología se aplicarán obligatoriamente, de manera que no puede apartarse del sistema de evaluación seleccionado, y menos aún introducir elementos de evaluación no fijados de previo. Cabe mencionar, tal y como se establece en el canon 60 del Reglamento, la posibilidad que el ordenamiento jurídico brinda para interponer dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, un recurso de objeción al cartel, dispuesto con el objeto de remover cualquier obstáculo injustificado o arbitrario a la participación de eventuales proveedores, así como se confieran ventajas a un eventual oferente en perjuicio de otros. El recurso puede ser interpuesto por cualquier potencial oferente u organización legalmente constituida para la defensa de los intereses de la comunidad, donde vaya a ejecutarse la obra o brindarse el servicio.

IV. Con base en ese marco referencial, procede determinar si en la especie el Tribunal incurre en una indebida valoración de las pruebas, tal y como se acusa. El primer reparo, en lo medular, se encuentra dirigido a cuestionar la valoración realizada por los juzgadores de las cartas de referencia que se aportaron a la oferta, las cuales, según la casacionista, si bien indicaban otros clientes distintos a los que se anotaron en la oferta, subsanaron el hecho de que no se hubieran presentado desde el inicio, conforme lo solicitaba el cartel. Es importante destacar a fin de tener claro el cuadro fáctico que Ortopédica, al presentar su oferta, no aportó las referencias solicitadas en el cartel, página 18, en decir las cartas originales emitidas por al menos cinco clientes, ello pese que a folio 31 de la oferta se mencionan. Ante esta situación, el Departamento de Proveeduría de la Junta, mediante oficio DP 766 del 29 de mayo de 2008, le previno que subsanara la oferta en el plazo de tres días hábiles, en el entendido de aportar las cartas de las organizaciones y personas que se anotaron como referencia, es decir de: Aprocenare, Hospital Siquiátrico, Geremy Cascante Costes, Meylin García Garzón, Andrea Peralta Varela, Luis Carlos Quintana Cruz, Nazareth Alvarez Caballero y Deyrin Francisco Barrantes Venegas. Sin embargo, Ortopédica presentó recomendaciones de personas diferentes a las indicadas en la oferta, a saber de: Pamela Alfaro Céspedes, Roger Mora Gamboa, Carolina Carballo Zúñiga y María Carmona Solano. En razón de lo anterior, la Comisión de Licitaciones de la Junta tomó la decisión de descalificarla como oferente en sesión del 2 de julio de

2008. El Tribunal, a partir de lo expuesto, determinó que en la especie no existía ilegalidad por parte de la Junta a la hora de descalificar la oferta de la actora, pues a pesar de que se le previno corregir la omisión de entregar las cinco cartas de recomendación que ofreció en su oferta, Ortopédica incumplió con dicha prevención. Al respecto consideraron los juzgadores que: *“(...) al incumplir la actora la prevención realizada, al aportar otras cartas de referencia de personas e instituciones que no fueron indicadas en la oferta, esto produce que deba aplicarse el citado artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y la oferta tuviera que ser descalificada. (...) Por otro lado (...) esto constituye un defecto de naturaleza no subsanable por los siguientes motivos: a) Por la sola omisión de no cumplir lo prevenido, se aplica la sanción del artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, consistente en descalificar la oferta; b) la empresa actora nunca demostró que haya aportado ante la Junta (...) las cartas de referencia originales (...) c) aceptar otras cartas de recomendación a las señaladas en la oferta de la actora, significaría una ventaja indebida de la accionante sobre los demás oferentes. En síntesis para este Tribunal, sí existe en este asunto un defecto que no fue debidamente subsanado pese a la prevención realizada, que produce que el principio de eficiencia y eficacia no sea aplicable, ya que el contenido de un contrato solo puede estar sobre la forma, cuando los aspectos formales son subsanables, y en este caso no ha sido así, según lo explicado anteriormente. (...)”* En cuanto al fallo impugnado es menester apuntar lo siguiente. En primer lugar, el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone lo relativo a la corrección de aspectos subsanables o insubsanables de las ofertas, estableciendo la posibilidad de subsanar cuando la corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta ni coloque al oferente en la posibilidad de obtener una ventaja indebida. En segundo término, este mismo Reglamento en el canon 81, regula los elementos subsanables, dentro de los cuales se encuentran: *“i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta...”* En tercer lugar, el precepto 82 del Reglamento aludido es claro al señalar que en caso de que el defecto no sea corregido, dentro del plazo otorgado por la Administración Licitante, se procederá a descalificar al oferente. A criterio de esta Sala, el recurrente pretende obviar con su agravio, el incumplimiento de los requisitos solicitados en el Cartel de licitación y que luego de prevenido, no fueron cumplidos. Nótese además, que el requisito era aportar cinco cartas de recomendación, de las cuales únicamente se entregaron cuatro. Con su reclamo, arguye haber aportado las cartas de recomendación exigidas en el cartel aunque estas no correspondan con las referencias indicadas en la oferta y por esa situación considera que se da una valoración indebida de tales cartas. Para este Órgano Decisor, esa apreciación es incorrecta, toda vez que el Tribunal valoró las probanzas como en Derecho corresponde, de acuerdo a las reglas de la sana crítica. La casacionista quiere dejar de lado que la descalificación como oferente se debió a su

propia omisión, al no subsanar la oferta con los documentos de las organizaciones y personas referenciadas, ya que en su lugar se aportaron cartas distintas y no en el número requerido en el cartel. De lo anterior se desprende, que la oferta no se descalificó por un mero formalismo, sino ante el incumplimiento de los requisitos establecidos en el cartel, pese a que mediante oficio DP 766 el Departamento de Proveeduría otorgó un plazo de tres días hábiles a fin de subsanar la oferta, conforme lo establece el artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. No es posible considerar, como lo hace la empresa Ortopédica, que cartas de recomendación suscritas por personas diversas a las que se indicaron en la oferta, puedan equipararse con aquellas que correspondían adjuntar de acuerdo a las estipulaciones del cartel y de la oferta. El hecho de haber presentado recomendaciones provenientes de personas diferentes, no significa que la casacionista haya subsanado la oferta, debido a que los documentos aportados de manera alguna coinciden con aquellos que fueron solicitados en el oficio de cita. Se trata de cartas distintas, de modo que no puede hablarse de ninguna subsanación. Suponer lo contrario, daría pie a una ventaja a Ortopédica en relación al resto de empresas participantes en el proceso licitatorio, quienes cumplieron a cabalidad lo estipulado en el cartel y lo ofrecido en la oferta. Así las cosas, al haber valorado el Tribunal de forma correcta las cartas de recomendación que se adjuntaron a la oferta, procede rechazarse el agravio invocado.”

5. Aspectos Subsanables de la Oferta

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xiii}
Voto de mayoría

“III- SOBRE EL CARTEL, LA OFERTA Y EL MOMENTO Y ASPECTOS SUBSANABLES DE ÉSTA ÚLTIMA: Es necesario antes de entrar al estudio del caso concreto, realizar un análisis previo y referencial, sobre tres aspectos de la contratación administrativa que son de vital importancia para el caso que nos ocupa, que son el cartel, la oferta y los momentos y aspectos subsanables de esta última. En ese sentido es conveniente citar el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que dispone:

“Artículo 51. Concepto. El cartel, constituye el reglamento específico de la contratación que se promueve y se entienden incorporadas a su clausulado todas las normas jurídicas y principios constitucionales aplicables al respectivo procedimiento.

Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. Para su confección, la Administración podrá contratar o solicitar la asistencia de personas físicas o jurídicas, especializadas en la materia de que se trate, siempre que no tengan ningún interés

particular directo ni indirecto en el negocio, cuando no tuviere en su organización los recursos técnicos necesarios para ello.

En aquellas contrataciones de excepción a los procedimientos ordinarios de contratación, la Administración, facultativamente podrá elaborar un cartel con los elementos esenciales atendiendo al objeto contractual, en armonía con los principios de contratación administrativa."

Esta norma es clara al indicar cuál es la función del cartel dentro de la contratación administrativa, de ser el marco jurídico básico y de referencia el cual determina todos los aspectos a contratar y regula el procedimiento de contratación administrativa desde el punto de vista legal y sobre todo técnico. Ahora bien, el cartel va de la mano con la oferta, que es conceptualizada en el artículo 61 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa de la siguiente manera:

Artículo 61. Concepto. La oferta es la manifestación de voluntad del participante, dirigida a la Administración, a fin de celebrar un contrato con ella, conforme a las estipulaciones cartelarias.

Nótese, que el numeral citado habla de que la oferta debe ser presentada siguiendo las estipulaciones del cartel. Habría que agregar a lo dicho, que la oferta debe cumplir de forma estricta el contenido del cartel, tanto en las reglas del procedimiento a seguir, documentos y sobre todo requisitos solicitados, si la oferta no cumple lo estipulado en el cartel, ésta debe ser excluida del concurso. Es decir, existe una regla general en materia de contratación administrativa, que la oferta debe cumplir exactamente lo que el cartel indica. Sin embargo, toda regla general tiene su excepción, y ésta se presenta cuando existen requisitos o condiciones del cartel que si una oferta no cumplió de forma exacta pueden ser subsanados por la Administración Pública Licitante, y como consecuencia de ello la oferta no es excluida del cartel. Lo dicho se relaciona con el tema de las subsanaciones a la oferta, que precisamente es desarrollado por el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que indica:

Artículo 80. Corrección de aspectos subsanables o insustanciales. Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales.

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.

Esta prevención podrá realizarse de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes o a solicitud de parte interesada.

Luego de finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente.

No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta las condiciones.

Este artículo brinda las pautas para determinar cuándo ciertos aspectos de las ofertas son subsanables o no y además, da los momentos en que tanto la Administración Pública Licitante como los mismos oferentes pueden solicitar la subsanación de la oferta. En este sentido, se debe indicar dos aspectos, para la mejor comprensión de lo indicado, que son los siguientes: **Primero:** Interpretando el artículo citado en un sentido contrario, se puede indicar cuáles son errores u omisiones de la oferta que no son subsanables: **a)** Aspectos que varíen los elementos esenciales de la oferta, como ejemplo de éstos, sin ser una lista cerrada, se encuentran las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, entre otros; **b)** Aspectos o elementos que coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida, es decir, elementos que si no se cumplen por parte de un oferente darían como resultado una violación a los principios de libre concurrencia y de igualdad; **Segundo:** Después de presentadas las ofertas, existen varias etapas que la Administración Pública debe cumplir; **a) Apertura de ofertas:** Es el acto mediante el cual se entregan las ofertas y éstas son abiertas y analizadas de forma preliminar por los funcionarios responsables, aquí perfectamente se puede solicitar corrección de un aspecto subsanable; **b) Estudio de admisibilidad formal de las ofertas:** Esta es la etapa que la norma citada hace referencia, es una fase en la cual la Administración Pública Licitante, realiza un análisis del cumplimiento de los aspectos formales exigidos por el cartel a las ofertas. El artículo indicado indica el procedimiento a seguir para poder subsanar los elementos que puedan efectivamente ser subsanados; **c) Calificación de ofertas:** Esta fase se realiza una vez que la Administración Pública Licitante, admite por aspectos formales las ofertas, o determina el cumplimiento de los requisitos formales, y comienza el análisis y calificación de las ofertas de acuerdo al sistema de calificación o evaluación establecido en el cartel. También en esta etapa la Administración como los oferentes pueden solicitar la corrección de aspectos subsanables. Por lo indicado, es claro que las subsanaciones se pueden hacer prácticamente, en todas las etapas del proceso de contratación administrativa. Ahora bien, este Tribunal es del criterio que las subsanaciones a las ofertas ya no serían posibles durante la fase de inicio o ejecución

contractual, esto es después de emitido el acto final de adjudicación, con más razón en los casos en los cuales el error o omisión en la oferta no era subsanable, ya que esto violaría los principios fundamentales de la contratación administrativa, que es lo que justamente sucedió en este caso, en uno de los requisitos exigidos en el cartel de la contratación administrativa objeto de análisis en esta sentencia.”

6. La Subsanación de la Oferta en los Procedimientos de Contratación Administrativa

[Tribunal Contencioso Administrativo Sección VI]^{xiv}

Voto de mayoría

“IV. SOBRE LOS SUBSANACIÓN DE LAS OFERTAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. El artículo 42 inciso j) de la Ley de Contratación Administrativa dispone la posibilidad de subsanar los defectos de las ofertas en el plazo que indique el Reglamento de esa Ley. Lo anterior siempre y cuando con ello no se conceda una ventaja indebida, en relación con los demás oferentes. Menciona que podrán ser objeto de subsanación, entre otros, el plazo de vigencia de la oferta, así como el plazo de vigencia y el monto de la garantía de participación, cuando tales extremos no se hayan ofrecido por menos del ochenta por ciento (80%) de lo fijado en el cartel. Finalmente indica que los demás extremos de la garantía de participación podrán ser objeto de subsanación, conforme lo que disponga la norma reglamentaria. Por su parte el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en sus numerales 80 y 81 regulan la posibilidad de subsanar las ofertas. Al efecto, el artículo 80 señala, en lo que interesa, que dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales. Indica además que 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. Luego, el ordinal 81 enlista a modo ejemplificativo, no taxativo, algunos elementos que pueden ser subsanados, entre ellos: a) Los aspectos formales, tales como, la naturaleza y propiedad de las acciones, declaraciones juradas, copias de la oferta, especies fiscales o certificaciones de la CCSS. b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de presentación de la oferta, así hubieren sido referenciadas en la oferta y lo logre acreditar el interesado. c) La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros. d) Las formalidades que así se hayan exigido

en el cartel, tales como traducciones libres de la información complementaria. e) Datos consignados en unidades diferentes a las del Sistema Internacional de Medidas. f) El plazo de vigencia de la oferta, siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel. g) El monto o vigencia de la garantía de participación, siempre y cuando originalmente hayan cubierto, al menos, un 80%. h) Cualquier error material relacionado con la garantía de participación, incluyendo los referidos a la identificación del concurso o del sujeto respaldado. De igual forma, en los bonos de garantía es válido corregir cualquier error sustancial, siempre y cuando la entidad emisora acepte la enmienda y garantice que no existe problema alguno para su liquidación. i) Los documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas y que estén referenciados de forma completa en la oferta. Esto es procedente aún tratándose de aspectos relacionados con la calificación de la oferta. 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, tal como la traducción oficial o libre de la información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante cuando así haya sido permitido por el cartel. Finalmente, advierte que la falta de la firma de una oferta no es un aspecto subsanable. Las normas expuestas, permiten afirmar que no todo incumplimiento cartelario conlleva la exclusión de una oferta, sino que más bien nuestro Bloque de Legalidad habilita la corrección o subsanación de aspectos no esenciales de la oferta. Así, el instituto de la subsanación se convierte en un instrumento para la consecución de principios como el de Eficiencia y Conservación de las Ofertas (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa) Lo anterior a efectos de que la Administración pueda contar con un mayor número de ofertas en el concurso, a fin de que pueda elegir, dentro de la más amplia gama posible, la plica de mayor conveniencia para la necesidad pública que se pretenda satisfacer. Sin embargo, esa posibilidad de subsanación encuentra, a juicio de este órgano colegiado, dos límites infranqueables. El primero de ellos, **la imposibilidad de subsanar aspectos esenciales o sustanciales de la oferta**. En este sentido, la jurisprudencia administrativa y judicial ha señalado que las reglas de la subsanación se han establecido para corregir defectos formales, siempre que con ello no se modifique el contenido mismo de lo ofrecido, ni su precio, entre otros. Lo anterior por cuanto estas últimas exceden la de un defecto formal, y más bien con ellas se pretende completar la oferta en un aspecto sustancial que incide directamente sobre el contenido de aquella; y se estaría permitiendo, por la vía de la subsanación, modificar el contenido esencial de la oferta, aspecto que no pueden modificarse luego de presentada la plica a concurso. Derivado de lo anterior, un segundo límite lo constituye el Principio de Igualdad de Trato y Libre Concurrencia, en el sentido que **la subsanación no puede otorgar ventajas indebidas a los oferentes**, de frente a los aquellos que inicialmente sí han cumplido con todos los requisitos cartelarios. Desde esta perspectiva, es criterio de estos juzgadores que en esta materia es necesario

distinguir entre los aspectos evaluables y que por sí mismos admiten márgenes de desviación entre los mismos oferentes, y aquellos que no lo son y que se conocen como “cláusulas invariables”. En este sentido, si se trata de aspectos no calificables con puntos, se debe observar que la subsanación del defecto no implique por sí una espuria oportunidad de variar aspectos esenciales de la oferta como precio, plazo de entrega, características del objeto. En el otro caso, cuando se trate de aspectos que sí son evaluables, además de lo anterior, se debe observar con sumo cuidado que la subsanación no permita además una ventaja indebida a un oferente que ya ha conocido las características y condiciones de otras ofertas. Así, cuando un aspecto es objeto de evaluación no puede ser subsanada la falta de información referente al mismo que implique una modificación a los términos de la oferta. Sin embargo, sí se puede comprobar la información que quede referenciada en la oferta. En general, puede concluirse que la prevención que válidamente puede realizar la Administración una vez abiertas las ofertas, lo es sobre aquellos aspectos que hayan quedado consignados o referenciados en la ésta. Lo contrario equivaldría a permitir que los oferentes, en momentos posteriores a la apertura de las plicas, completen sus ofertas sobre aspectos que serán objeto de evaluación, lo que conllevaría un quebranto al citado principio de igualdad, toda vez que otorgaría al oferente beneficiado con la prevención, una ventaja indebida en relación con los demás. Obviamente, no existen parámetros únicos, por lo que las diferencias fundamentales entre lo que se evalúa y lo que no, dependerá de cada concurso y el sistema que para tales efectos se establezca. Ello impone la necesidad de que el estudio y valoración de las ofertas se realice de forma mesurada, aplicando en forma responsable los principios de eficacia y eficiencia a efectos de que éstos no vacíen el contenido el postulado de igualdad de trato y libre concurrencia. Solo así se garantizará el llamado principio de equilibrio de intereses, según el cual los intereses públicos no deben ser satisfechos a costa de los privados, sino en consonancia con ellos.”

7. Los Defectos Subsanables

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VII]^{xv}

Voto de mayoría:

“III. [...] A partir de todo lo expuesto, este Tribunal hace las siguientes consideraciones: De previo a analizar la conformidad o no de los alegatos ofrecidos por la parte actora con el Bloque de Legalidad, esta Sección entiende necesario reiterar que uno de los vértices del marco constitucional del régimen de la contratación administrativa costarricense, es el que ordena que mediante los procedimientos que rigen esta materia, las administraciones públicas se procuren bienes y servicios tecnológicamente actualizados y respaldados suficientemente en materia de repuestos, servicios y mantenimientos. La incuestionable relevancia técnica de este

aspecto de la eficaz gestión de las contrataciones públicas, justifica el que, sea completamente lícito y hasta conveniente, que el ente contratante requiera como parte de la oferta, notas, documentos o certificaciones en las que se acredite la existencia del respaldo técnico referido, emitidas directamente por los fabricantes de bienes o, por los proveedores de servicios, sean éstos nacionales o extranjeros. Sobre este particular el ordinal 197 del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa, Decreto Ejecutivo N° 33411-H establece:

*"Artículo 197. Recibo de objetos actualizados. El contratista está obligado a entregar a la Administración bienes y servicios en las mejores condiciones y actualizados, conforme las siguientes reglas: (...) En el caso de adquisición de tecnología, el contratista está obligado a entregar objetos actualizados, cuando el cartel así lo haya dispuesto y sin perjuicio del cumplimiento de las anteriores condiciones. La última actualización se entenderá, entre otras cosas, como que el bien esté en línea de producción al momento de la entrega, o como la última versión del fabricante, cuando el objeto admita actualizaciones de esa naturaleza y ésta haya sido conocida en el mercado al menos un mes antes de la entrega de la orden de inicio. **Para estos efectos, la entidad podrá pedir al contratista que respalde el ofrecimiento con certificación emitida directamente por el fabricante.** (...)"* (El original no está destacado en negrita).

Aquí vale la pena aclarar que, el incumplimiento de la situación apuntada anteriormente, imposibilita la adjudicación al oferente o, en aquellos casos en que la administración tenga noticia de un incumplimiento de estos parámetros por un oferente que ya ha sido adjudicado, se impone la anulación de la respectiva adjudicación, siempre y cuando dicho proceder no conlleve una dislocación mayor a los intereses públicos. Todo esto sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias de los órganos administrativos llamados a evitar la existencia de este tipo de incorrecciones, en los procedimientos de contratación administrativa. Al análisis anterior, es importante acotar que, la apuntada imposibilidad de adjudicar o en su defecto la obligación de anular un acto de adjudicación ya efectuado, se produce en dos escenarios, en primer término cuando en la oferta presentada no se satisface este requerimiento, siempre claro está que éste haya sido debidamente incorporado al cartel. En segundo lugar, el quebranto del Bloque de Legalidad opera allí en donde exista un requisito cartelario de presentar documentación adicional emitida por un proveedor o incluso directamente por el fabricante, acreditando la existencia de repuestos, soporte, etc., y el oferente omita presentarla o la que se haya presentado no sea suficiente o ella de alguna manera no se ajuste al Ordenamiento Jurídico. Lo anterior claro está, si la referida incorrección no ha sido subsanada o ella es de tal magnitud que no permita la subsanación. Aquí es importante aclarar, que tal imposibilidad de adjudicar o el deber de revocar la adjudicación opera, amén de lo recién dicho, siempre que se esté ante un requisito del cartel respectivo, pues diferente sería, el supuesto en el que el oferente presenta voluntariamente como

parte de su oferta, documentación no solicitada, tal circunstancia en nada afectaría la oferta ni requeriría subsanación alguna y menos impediría su adjudicación. Aclarado el punto anterior, resta por indicar que la documentación adicional presentada anexa a la oferta, como parte de los requisitos cartelarios, está cubierta por el mismo marco jurídico (buena fe, lealtad, etc) que la oferta en sentido estricto. En esta dirección el párrafo primero del artículo 62 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece:

“Artículo 62. Generalidades. La oferta, deberá redactarse en idioma español. La información técnica o complementaria y los manuales de uso expedidos por el fabricante deberán, presentarse en idioma español, salvo que en el cartel se permitan otros idiomas con la traducción debidamente consularizada o se acepte una traducción libre de su texto. (...)”. Complementando la norma anterior, el canon 65 del mismo cuerpo reglamentario indica en su primer párrafo

“Artículo 65. Documentos a aportar. Toda oferta presentada por un proveedor nacional contendrá las siguientes declaraciones y certificaciones, sin perjuicio de cualquier otra documentación de la misma naturaleza, que la Administración, requiera en el cartel. En el caso de las declaraciones, se harán bajo la gravedad de juramento y no será necesario rendirlas ante notario público, salvo que así razonablemente lo requiera la Administración en el cartel. Estas serán admisibles en documento separado o bien como parte del texto de la propuesta. (...)”. Aquí se debe reiterar que en determinados supuestos, el Bloque de Legalidad costarricense, permite la corrección o subsanación de aspectos insustanciales de la oferta. En esta dirección el ordinal 80 del mismo reglamento establece:

“Artículo 80. Corrección de aspectos subsanables o insustanciales. Dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura, la Administración realizará el análisis de los aspectos formales de las ofertas, y concederá a los oferentes un plazo de hasta cinco días hábiles, para que corrijan errores o suplan información sobre aspectos subsanables o insustanciales. 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. Esta prevención podrá realizarse de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes o a solicitud de parte interesada. Luego de finalizada esta etapa, se puede corregir o completar, cualquier aspecto subsanable que no se hubiese advertido durante el plazo antes indicado, a solicitud de la Administración o por iniciativa del oferente. No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente.” Integrando el canon 81 de la misma norma señala:

“Artículo 81. Aspectos subsanables. Serán subsanables, entre otros elementos, los siguientes: (...)b) Certificaciones sobre cualidades, características o especificaciones del bien ofrecido, siempre y cuando tales circunstancias existieran al momento de presentación de la oferta, así hubieren sido referenciadas en la oferta y lo logre acreditar el interesado. c) La documentación técnica o financiera complementaria de la oferta, incluyendo los estados financieros.”

En el caso concreto, la parte actora alega que se está ante un problema de legalidad de aplicación de una norma extranjera en lo que a las firmas se refiere. Tal alegato no es compartido por este Tribunal, en primer término, no hay certeza del lugar en que fueron suscritas las notas cuestionadas, y aún más, al estarse ante un proceso de contratación administrativa costarricense, al que no resulta de aplicación ningún régimen especial reconocido y aceptado por el propio ordenamiento (verbigracia: contratación atípica con reglamento propio, contratación amparada a regulaciones específicas de un tratado de libre comercio o de un acuerdo de asociación), es evidente que se debían seguir las reglas ordinarias establecidas en la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento, así como las normas no escritas aplicables a la materia, a partir de las cuales este Tribunal no encuentra disposiciones jurídicas que tutelen lo alegado por la empresa actora. Es importante destacar que la propia empresa accionante reconoció que las firmas cuestionadas no correspondían al señor T. Yamaguchi, y de los propios documentos es claro que no se está ante ningún tipo de representación, contrato de mandato o de firma puesta a ruego, en documentos cuya presentación se constituía en un requisito cartelario (ver punto 26 del cartel), razón por la cual, a partir de las consideraciones anteriores, dicha circunstancia justificaba plenamente la anulación oficiosa que hiciera el Banco de Costa Rica del acto de adjudicación objeto de análisis. A mayor abundamiento nótese que, aún en el supuesto de estar ante un fenómeno jurídico de aplicación de un derecho extranjero, la parte actora únicamente apunta tal probabilidad, sin acreditar o probar debidamente, la existencia de dicho derecho, el cual por ministerio de ley debe ser objeto de prueba, correspondiendo en el presente caso el *onus probandi* a la parte actora. Tampoco es de recibo el argumento relativo a la inexistencia de una sentencia penal que determinara si se está ante firmas falsas, pues de la revisión del expediente administrativo, amén de haber prueba de tal circunstancia, la propia representación de la parte actora presentó documentación aceptando expresamente que las firmas visibles a folios 103 y 105 del expediente administrativo, a nombre del T. Yamaguchi, no fueron suscritas por él (ver folios 307 y 308 del expediente administrativo). En otro orden de ideas, estima esta Sección que lleva razón la representación del Banco de Costa Rica, al señalar que ni en el procedimiento administrativo ni en el presente proceso, se cuestiona la autenticidad de las notas referidas, pues es claro que el tema de la autenticidad de las copias, es un aspecto distinto al de la veracidad de las firmas rubricadas en ellos. En razón de todo lo expuesto, y siendo que es claro que a partir de

los elementos de prueba que obran en autos (en lo que respecta a la anulación oficiosa hecha por el Banco dadas las anomalías presentes en las firmas visibles a folios 103 y 105 del expediente administrativo), el proceder del ente demandado se ajustó al Bloque de Legalidad razón por la cual debe rechazarse este extremo de la acción.”

8. El Artículo 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: Consecuencias de la Omisión en la Corrección de Defectos Subsanables en la Oferta de la Licitación Pública

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI]^{xvi}

Voto de mayoría

“IV. Régimen Jurídico de la vigencia de las ofertas. Generalidades. Punto medular dentro de este proceso es la determinación de los alcances jurídicos de la oferta, con especial énfasis en el tema de su vigencia. Conforme lo establece el canon 61 del Reglamento, la plica debe entenderse como la manifestación de voluntad de un participante, direccionada a la Administración licitante, con el fin de celebrar un contrato con ella, en los términos detallados en las disposiciones cartelarias. El precepto 63 del Reglamento establece una serie de particularidades que deben reunir ese tipo de propuestas, como es el caso de rendirse en idioma español, al igual que su documentación técnica o complementaria y manuales de uso expedidos por el fabricante, salvo que el cartel permita otros idiomas. Desde luego que debe acompañarse de la documentación que la Administración disponga además de las exigencias previstas en el canon 65 ibídem. Para efectos del presente proceso, resulta especialmente relevante el tema de su vigencia, sea, la proyección temporal de la intencionalidad de contratar con la Administración. En este sentido, en materia de contratación administrativa, se impone una presunción de vigencia de la oferta por todo el plazo estipulado en el pliego cartelario, o en su defecto, el plazo máximo para disponer el acto de adjudicación. Por su parte, si el plazo de vigencia indicado en la plica no es inferior al 80% del plazo, la Administración deberá prevenir al oferente la corrección de esa deficiencia dentro del plazo de tres días hábiles, lo que en caso de no ser atendido, dará paso a la descalificación de la oferta. Ahora bien, supuesto relevante resulta el regulado en el párrafo final del mandato 67 del Reglamento en cuanto señala la posibilidad de adjudicar a una oferta cuya vigencia haya expirado, siempre que ante la prevención de la Administración, manifieste por escrito que mantiene los términos de su plica con indicación del tiempo que la prolonga. La vigencia de la oferta constituye el tiempo durante el cual, el proponente mantiene su intención de contratar con la Administración. Al establecer un plazo de vigencia de la oferta, el postulante se obliga a mantener invariable su propuesta por el tiempo establecido, lo que lleva de igual forma a que la Administración licitante no pueda modificar de manera unilateral ese plazo de mantenimiento de la plica. La seguridad y

certeza jurídica que impera en todo procedimiento administrativo exige que al fenecer el plazo de vigencia de la oferta, el concursante se libera de su compromiso, el que solo puede volver a surgir si decide, por su propia voluntad, volver a dotar de vigencia su proposición. Para tales efectos, el aludido canon 67 permite a la Administración Licitante prevenir al concursante para que, de estimar que sus condiciones actuales lo permiten, disponga la prórroga y de esa manera, vuelva a revestir de certeza sus compromisos. Lo opuesto expondría al oferente a mantener de manera indefinida una propuesta, en quebranto evidente de la seguridad jurídica y de los principios que impregnan la materia de la contratación pública. Por tal motivo, en atención a los principios de eficiencia y eficacia, se impone una presunción de conservación de las ofertas, lo que supone, en este extremo en particular, que cuando la Administración advierta que la plica ha vencido, sin que el concurso hubiere culminado o bien, no hubiere dictado el acto adjudicatorio, prevenga a los oferentes si desean mantener su ánimo de contratar, para lo cual, podrán ampliar esa vigencia. Nótese que tal máxima, se insiste, permite incluso adjudicar a una oferta vencida, cuando el oferente prolongue su vigencia, lo que desde luego, pretende empatar el interés público subyacente en las contrataciones públicas con el derecho del proponente de retirar su plica por el vencimiento del tiempo por el cual presentó sus condiciones a la Administración, pues bien, la dilación propia del concurso pudo haber introducido variaciones en su entorno que hacen insostenible mantenerla, v.gr, en el plano financiero. De ahí que el citado numeral 67 del Reglamento establezca que ante la prevención de tres días dada por la Administración para manifestar si se prorroga la vigencia, de no existir respuesta, se deberá proceder a excluir la plica, sin posibilidad alguna de disponer la ejecución de la garantía de participación. Lo mismo sucede si en ese lapso el oferente de manera expresa manifiesta su negativa de mantener la plica. En suma, la caducidad de la oferta solo puede desprenderse si una vez prevenido el oferente de ese aspecto, manifiesta su deseo de no prorrogarla, o bien, no atiende la prevención, caso en el cual el silencio debe entenderse negativo.

V. Tratamiento particular merece la hipótesis sui generis del fenecimiento del plazo por el cual se emitió la oferta sin que haya recaído acto adjudicatorio. Tal supuesto se encuentra regulado por el canon 95 del Reglamento, cuyo párrafo tercero, para efectos de las licitaciones públicas (tipología concursal que aquí interesa) establece: "*Vencido el plazo original más su prórroga, cuando ésta se hubiere dado, sin que se haya dictado el acto de adjudicación, los oferentes tendrán derecho a dejar sin efecto su propuesta y a que de inmediato se les devuelva la garantía de participación, sin que les resulte aplicable sanción alguna por esa razón.*" Igual tratamiento estatuye el párrafo final del canon 39 y artículo 100, ambos del Reglamento, para ese mismo supuesto. Dentro del marco de las relaciones que se producen en la contratación administrativa, con la apertura de un procedimiento licitatorio y la presentación de la oferta, surgen una serie de deberes de ambas partes que se encuentran orientados por

el contenido de las normas cartelarias, así como de las normas legales que regulan la materia. Dentro de éstas, se impone a la Administración dictar el acto adjudicatorio o bien, el que defina el resultado del concurso (sea por adjudicación, declaratoria de desierto o infructuosidad), dentro del plazo fijado por la normativa del procedimiento. Con todo ese plazo puede ser ampliado o prorrogado en un tanto igual al indicado en el cartel, siempre que exista resolución motivada sobre el particular. La infracción de esos plazos si bien no produce nulidad absoluta de lo actuado, hace surgir la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios responsables de ese retraso. Por otra parte, la dilación en el cumplimiento de los plazos para decidir el concurso (tema regulado en el numeral 100 del Reglamento para las licitaciones públicas), hace surgir el derecho del oferente de retirar su propuesta y petitionar la devolución de la correspondiente garantía de participación de manera inmediata, sin que por tal retiro se pueda aplicar sanción alguna. Lo anterior se sustenta en razones obvias. La garantía de participación busca secundar la seriedad de la plica, su vigencia es correlativa a la vigencia de la oferta, que por tesis de principio, se asocia a los plazos fijados por la Administración para adjudicar. De ahí que no pueda exigirse al oferente el mantenimiento de la propuesta de contratar con la Administración, cuando transcurrido el plazo para resolver, no ha concretado tal decisión. En ese supuesto, el proponente queda liberado de su ofrecimiento, estando facultado para retirarse del concurso, junto con la devolución del monto que secundaba su plica, o bien, mantenerse en el concurso y ajustar la vigencia de su oferta y de su garantía a los tiempos que determine la Administración para adjudicar. Ahora bien, a juicio de este Tribunal, resulta claro que para la procedencia del retiro de la oferta y de la garantía, debe mediar de previo, formal solicitud del proponente. Ello se desprende de la correcta comprensión del citado párrafo tercero, dado que concede un derecho de retiro sin penalidad. Empero, no se trata de una situación en la que la Administración, deba de manera oficiosa desechar la oferta, sino que debe ser el oferente quien indique a la Administración que ya no desea mantener su ofrecimiento, para poder hacer surgir la consecuencia jurídica comentada. No otra cosa puede colegirse de la interpretación integral de ese supuesto, pues como se ha indicado supra, la Administración podría adjudicar a una oferta vencida, siempre que el oferente ajuste ese aspecto temporal (artículo 67 ibídem). Tal eventualidad sería inviable de considerar que ante el vencimiento de la plica, ex profeso, la Administración, de manera automática, debe retirarla del concurso. Por ende, es criterio de este cuerpo colegiado, cuando transcurra el plazo para adjudicar sin que ese acto se hubiere emitido, el ordenamiento jurídico otorga un derecho al oferente de retirar su propuesta, con la devolución de la garantía de participación, sin penalidad alguna, empero, tal efecto condicionado depende, de manera impostergable, de la petición expresa del concursante en ese sentido, sin poder entender que tal retiro deba ser desprendido por la Administración sin que medie la manifestación inequívoca del postulante. Tal examen resulta relevante en la especie por las razones que infra se

abordarán. En suma, con el vencimiento de la oferta, cuando la Administración estime que para la conveniencia del interés público subyacente en el concurso público, sea pertinente contar con esa plica en particular (o conjunto de ellas), para poderlas considerar debe requerir a los oferentes a efectos de que manifiesten la actualidad de su interés para permanecer en el concurso, caso en el cual, deberán manifestarlo de esa manera y prorrogar tanto la oferta como la garantía de participación, siempre que hubiere sido solicitada en el cartel. Por el contrario, cuando se omita respuesta o se manifieste su negativa, la Administración no tendrá más opción que devolver la garantía de participación sin penalidad alguna por esa causa. Lo mismo ocurre cuando transcurriera el plazo para adjudicar más su eventual prórroga y no hubiere recaído acto adjudicatorio, supuesto en el cual, conforme a los numerales 67, 95 y 100 del Reglamento, los proponentes tendrán derecho a dejar sin efecto su oferta, y a que de manera inmediata se les reintegre la caución de participación, sin posibilidad alguna de sanción por ese proceder.

VI. Sobre la garantía de participación. Accesoriedad con la oferta. Como parte de las exigencias que ha de satisfacer la oferta dentro de un concurso público, la Ley de Contratación Administrativa en el numeral 33 establece la denominada garantía de participación. Se trata de un instrumento cuya finalidad es respaldar la seriedad de la plica. Empero, no se trata de un requisito que deba satisfacerse en todo concurso público, sino solo cuando la Administración así lo exija. Resulta claro que su finalidad se direcciona a impregnar de seriedad a la oferta que se presenta ante la Administración, para asegurar que, en caso de resultar adjudicatario, se va a concurrir a rendir la garantía de cumplimiento y a formalizar el respectivo contrato, manteniendo las condiciones planteadas en la plica que le procuraron ganar el concurso, como precio, plazos de entrega, garantías, calidad, etc. Es decir, para el correcto cumplimiento de las obligaciones que asume el oferente en un procedimiento licitatorio, la Administración exige la rendición de garantías, en virtud de lo establecido en las normas que rigen la materia, con la finalidad de que respalden la seriedad de la oferta ante omisiones o incumplimientos en que pueda incurrir el obligado. Por ende esa garantía busca, se insiste, asegurar a la Administración que si el adjudicatario no comparece a formalizar el contrato o se niega a rendir la garantía de cumplimiento, puede sancionarlo administrativamente por su actuar, ejecutándole la caución presentada. Este detalle es elemental para los diversos aspectos que en este fallo se abordarán, pues dentro de un marco de interpretación integral y finalista, se relativiza la relevancia de esa garantía atendiendo a cada situación, v.gr, la ponderación de este tema no es homogéneo en una exclusión en fase de admisibilidad que en el caso de que habiéndose adjudicado, el favorecido no formalice el contrato o no rinda la garantía de participación. En aquel primer caso, la intensidad de un potencial daño a la Administración es diametralmente menor al segundo. Sobre este tema se abundará infra. Cabe señalar, cuando se exija la garantía de participación, se constituye en

requisito de validez de la oferta y guarda un vínculo de accesoriedad, siendo que no podría existir garantía sin oferta, toda vez que aquella nace como consecuencia natural de una exigencia de la Administración para respaldar la plica. De igual modo, por principios lógicos, vencida la oferta, se impone un principio de accesoriedad, en virtud del cual, lo accesorio sigue la suerte del principal, ergo, vencida la oferta, igual suerte se produce con esa caución, pues no podría sostenerse la vigencia de una garantía cuando la causa que le fundamenta ha fenecido. Sin perjuicio de lo indicado, debe aclararse que en determinados supuestos, pese a que en términos cronológicos la oferta estuviere vencida, desatenciones del licitante dentro del procedimiento puede permitir la ejecución de esa garantía, cuando la causa de esa ejecución y la apertura del procedimiento hubiere sido por conductas incurridas en el curso de la vigencia de la plica. Sobre este tema se abundará infra. En cuanto a la vigencia, el numeral 45 del Reglamento establece que tal aspecto debe sujetarse a lo regulado por el respectivo cartel. Empero, en caso de omisión, la de participación debe rendirse hasta por un mes adicional a la fecha máxima establecida para dictar el acto de adjudicación. Tal disposición pretende mantener esa vigencia para los casos en que una vez adjudicado el concurso, el seleccionado no rinda la de cumplimiento o se niegue a formalizar. No obstante, ello no implica que en los casos en que la oferta ha vencido, fuera de esas causales, esa caución perviva al margen de la oferta, dado que ciertamente se trata de supuestos muy diversos. El tratamiento específico de esa vigencia no elimina en modo alguno la accesoriedad que en tesis de principio guarda la garantía respecto de la oferta, ni confiere a aquella independencia o vida propia. Por demás, el artículo 45 del mismo Reglamento fija las pautas para la devolución de las garantías, norma que debe complementarse con lo ya comentado en torno a las disposiciones 39, 67, 95 y 100 ibídem.

VII. Procedimiento para ejecución de garantías de participación. Finalidad. La eventual ejecución de las garantías de participación no debe observarse como un fenómeno automático, abstraído del examen de razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto, incluso, del grado de relevancia de los hechos en que se sustenta ese efecto punitivo. En efecto, aunado a la impostergable motivación de los actos que dispongan, como efecto, la ejecución de una garantía de participación, es imperativo que la Administración escudriñe las causas fácticas y jurídicas del caso concreto a fin de que pueda establecer, con mesura y objetividad, cuándo resulta debida esa ejecución. En esa línea, como consecuencia directa del principio de legalidad, la Administración no estaría habilitada para ejecutar una garantía sin causa jurídica y fáctica. Por tanto, la ejecución de una garantía solo es posible luego de un procedimiento en el que se haya satisfecho a plenitud el contradictorio que permita al oferente (y ello aplica además al contratista) alegar y probar lo que en su descargo estime oportuno. Incluso, ese acto final resulta totalmente cuestionable en sede jurisdiccional contencioso administrativa, para cotejar su legalidad. Dentro de esta

línea de exposición, el artículo 39 del Reglamento establece una lista de supuestos que dan cabida a la posible ejecución de esa garantía, a los cuales debe complementarse lo estatuido en los cánones 67 párrafo segundo, artículo 82, ambos del reglamento, entre otros. Con todo, las citadas normas no deben valorarse al amparo de una interpretación gramatical simple, sino que deben ser ponderadas dentro de una percepción integral. Ello supone que las causales que regula el ordenamiento reglamentario referido para ejecutar ese respaldo de seriedad de la oferta, no permiten un efecto automático. Por su parte, el mismo reglamento impone el procedimiento para la ejecución de esa caución. En este sentido, el precepto 39 del Reglamento establece que de previo a ejecutar la garantía, debe concederse audiencia por tres días hábiles al oferente sobre la causal imputada, señalando los hechos concretos y las pruebas. Luego de ello, debe resolver en un plazo de cinco días hábiles de manera motivada, con análisis de cada uno de los argumentos del interesado. Este procedimiento resulta aplicable a las normas que desarrollan supuestos de ejecución de garantía de participación (artículos 67 y 82 ibídem), por integración normativa y como derivación del debido proceso. Este principio exige no solamente el otorgamiento de audiencia para presentar alegatos, sino además, el deber de motivación del acto final con análisis detallados de cada una de las defensas invocadas. Ahora bien, la instauración de un procedimiento de ejecución, se insiste, no debe considerarse como una consecuencia automática que viene impuesta en cada causal de ejecución. En esta dinámica, la Administración no puede partir, como regla de principio, que toda conducta que pueda encuadrarse dentro de esas referencias, al margen de su ponderación de relevancia o trascendencia en el caso concreto, permita iniciar este mecanismo. En efecto, en cada caso, la Administración debe sopesar dentro de un juicio valorativo de proporcionalidad y razonabilidad, la magnitud de la causal y la conducta específica, a fin de establecer la pertinencia del procedimiento. Ello resulta determinante pues en ciertos supuestos, en atención al estado del procedimiento, la ejecución de la garantía sería desproporcionada, como podría ser el caso de la exclusión en fase de admisibilidad dentro de un concurso en el que perviven varias ofertas y se logre llegar al acto adjudicatorio. En este punto, este órgano colegiado es del criterio que el procedimiento de contratación administrativa no nace como una forma o vía de ejecución de garantías; por el contrario, su finalidad es la selección del mejor ponente para la adquisición de bienes y/o servicios que requiera una Administración Pública para el desarrollo de su marco funcional y el debido cumplimiento de sus cometidos. Visualizar este procedimiento como una senda para procurar, como finalidad medular, la ejecución de garantías, desnaturaliza la ideología que subyace en ese sistema y que se desprende del canon 182 de la Carta Magna, siendo que tal ejecución es solo excepcional, pero en modo alguno, primaria. Cabe en este punto recordar que en virtud de las máximas de eficiencia y eficacia, en todas las etapas de la contratación debe imponerse un principio de fondo sobre forma (artículo 4 Ley de Contratación Administrativa), lo que ha dado pie a una importante evolución

en esta temática, redimensionando y ajustando a la dinámica actual, figuras y acciones que en anteriores tiempos constituían verdaderos dogmas de la contratación administrativa y que imponían ataduras a los procedimientos en quebranto de la ratio última de la contratación, sea, mecanismos ágiles para que las unidades administrativas puedan adquirir los insumos relevantes para el cumplimiento de sus quehaceres. De esa evolución participa, entre otros, el tema de las garantías de participación. Ello se pone en evidencia si se observan las reformas practicadas al Reglamento de Contratación Administrativa. Por ejemplo, en regulaciones previas, la garantía de participación era obligatoria en las licitaciones públicas y las licitaciones por registro, según el artículo 33 .1 del anterior Reglamento General de Contratación Administrativa , Decreto No. 25038-H, que indicaba con claridad: *"En las licitaciones públicas y por registro, obligatoriamente, (...) la Administración exigirá a los oferentes una garantía de participación ..."*

Empero, el actual Reglamento (Decreto No. 33411-H del veintisiete de septiembre del dos mil seis) postula en su canon 37: *"Cuando lo estime conveniente o necesario... la Administración, podrá solicitar en el cartel o invitación una garantía de participación porcentual..."*

Lo anterior evidencia la flexibilización que en el tema concreto se ha dado, sin que ello suponga una desvalorización de su importancia, sino un engarce a las particularidades actuales de los mecanismos de contratación y su finalidad. De ahí que ante esta necesidad de formas más ágiles, la interpretación de las normas y de las diversas situaciones jurídicas que se suscitan en esta materia, no pueda, ni deba ser gramatical o literal, sino integral, conforme se desprende del numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto señala que las normas deberán interpretarse de la forma que mejor permitan el cumplimiento del fin público para el cual se emitieron, aspecto que debe completarse con lo dicho por el precepto 10 del Código Civil.

VIII. Sobre la causal de ejecución prevista en el canon 82 del Reglamento. Análisis en el caso concreto. Interesa para los efectos el caso concreto de la causal tipificada en el artículo 82 del Reglamento, que coincide con la expresada en el inciso b) del numeral 39 ibídem. Aquella norma establece: *"Si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, la Administración, procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite y a ejecutar, previa audiencia, la garantía de participación."*

A diferencia de lo que postula la CCSS, la ejecución de la garantía de participación en esta hipótesis dista de ser un fenómeno automático. Ya se ha puesto de manifiesto la relevancia del procedimiento que ha de abordarse para aplicar esa sanción y dentro de ello, como presupuesto de validez, el examen razonado y ponderativo de la pertinencia en el caso concreto de esa ejecución, que permita inferir la conveniencia y

oportunidad de esa consecuencia jurídica. En el contexto de la norma aludida, este deber de la Administración no solo se impone como proceder de principio, sino que incluso en su contexto gramatical, es evidente que de previo a emprender ese procedimiento, es menester adoptar ese examen. Nótese que a diferencia de la automaticidad que apoya el ente demandado, la norma condiciona el proceder público a la ponderación de la trascendencia de la desatención o defecto, por razones de mérito. Ello implica que de previo, la Administración debe valorar la relevancia del requisito exigido en la prevención. Ahora bien, en la particularidad del supuesto de marras, el hecho generador del procedimiento es la omisión del oferente a quien se prevenga de un determinado aspecto, de la subsanación o aclaración oportuna, siempre que esas exigencias fueran determinantes en el concurso. Una vez que se haya establecido esa trascendencia, se produce un efecto de exclusión del concurso y eventual ejecución de garantía. Empero, aún en ese supuesto, la ejecución no viene a ser un efecto directo, sino que la Administración debe ponderar si resulta apropiado y proporcionado ejecutar la caución. Se trata de una potestad de contenido discrecional que exige un análisis de mérito y conveniencia casuístico. Sin embargo, como bien lo estatuye el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública, ese tipo de conductas no se encuentran exentas de límites infranqueables, pues ello daría paso a posibles vías de arbitrariedad. El Ordenamiento somete esa conducta a la lógica, conveniencia, la razonabilidad y proporcionalidad, como criterios rectores frente a casos específicos. Ahora, en el caso concreto, dentro del examen del procedimiento instaurado para la ejecución que aquí se cuestiona, análisis que permite de manera oficiosa el precepto 182 de la Ley General de la Administración Pública, de aplicación a la especie por remisión del mandato 3 de la Ley de Contratación Administrativa y que además, forma parte de los alegatos de la firma actora, se tiene que la Administración omitió por completo el análisis de relevancia de las desatenciones en que incurrió el accionante. En efecto, si bien se tiene por acreditado que el oficio SCA 1739-2008 del veintisiete de agosto del dos mil ocho fue debidamente notificado a la empresa actora y que esta, por razones que resultan irrelevantes en este proceso, no atendió la prevención, lo que llevó a tenerle por excluido, lo cierto del caso es que la Administración nunca razonó los motivos para retirar del concurso al oferente, sino que aplicó de manera automática y sin mayor examen esa plica. Con todo, los requisitos no subsanados se referían a aspectos que conforme al cartel, eran cláusulas invariables y que se relacionaban con aspectos de aseguramiento en la forma de manipulación de alimentos, ello pese a la objeción que en su momento, sobre ese particular planteó la actora. Ello lleva, a criterio de este órgano colegiado, que si resultaban relevantes. Sin embargo, la motivación de esa exclusión era determinante para luego poder dar paso a un procedimiento de ejecución de garantía. En el acto final de sanción se hace referencia a esa motivación, sin embargo, no sirve para cumplir la exigencia de ponderación que debió haberse establecido en el acto mismo de exclusión. En el expediente solamente consta un cuadro de análisis de ofertas en el

que de manera leve se hace referencia a que la oferta de la demandante fue excluida de conformidad con el mencionado artículo 82, pero en modo alguno se motiva esa determinación.

IX. Punto relevante resulta el alegato de la accionante en cuanto a la aplicabilidad del supuesto aludido en el párrafo tercero del artículo 95 del Reglamento. Sobre el particular cabe señalar que esa gestión fue formulada hasta el siete de abril del dos mil nueve, en respuesta de la audiencia para ejecución de la garantía de participación que le fuere otorgada a la licitante en el oficio AL0094-2009 del treinta de marzo de ese mismo año. Es decir, la manifestación en cuanto a la supuesta pertinencia de esa norma se expone cuando ya había dado inicio el procedimiento de ejecución de garantía, por la desatención de prevenciones que le fueran realizadas en el curso de la licitación conforme al canon 82 del Reglamento. Para los efectos, el retiro pretendido resulta inoperante en la especie al considerar que al momento de iniciar las acciones sancionatorias por las causas dichas, no existía pedimento alguno que permitiera al menos suponer que la oferta deseaba ser retirada del concurso (ello al margen de que de antemano hubiere sido excluida por criterios no comunicados), pero además, porque esa ejecución atiende a hechos generados cuando no habían transcurrido los ochenta días de vigencia de la plica. De ahí que el alegato esbozado resulte incorrecto. No obstante, resulta claro que la oferta en cuestión se encontraba vencida al momento de iniciar el procedimiento de ejecución. Véase que la misma Administración en el oficio AL 0118-2009 indica: "... *si bien es cierto la vigencia de la oferta ha vencido al día de hoy ...*", reconociendo que en efecto, la oferta estaba caduca. A su vez, aduce que no debía prevenir una ampliación de la vigencia porque la plica había sido excluida. No comparte este Tribunal el criterio del ente accionado al señalar la oferta y garantía son dos figuras diferentes, que incluso se regulan en normas diferentes, como interpreta la CCSS. Como se ha indicado supra, entre la oferta y la garantía surge una relación de accesoriadad en los términos ya expuestos. La regulación en mandatos diversos no implica, ni supone, ni por asomo, que se traten de figuras independientes. Cuando así se requiera en el concurso, la garantía es condición de validez de la oferta, y aquella solo tiene sentido y razón, en función de esta, lo contrario llevaría a un sin sentido, impregnando de autonomía a la garantía de participación al margen de la vigencia de la oferta que respalda. El hecho de que la caución tenga una vigencia más prolongada en nada cambia esa accesoriadad. Desde esta óptica de análisis, el reconocimiento de la caducidad de la oferta resulta de gran importancia en este caso. Si la Administración deseaba iniciar el procedimiento, en un marco de eficiencia administrativa, debió haberlo instruido como correspondía una vez dispuesta la exclusión y realizado el análisis aludido, cuando la oferta estaba vigente. Empero, según se desprende de los autos, pese a que se desecha la oferta de la actora en septiembre del dos mil ocho, no es sino hasta abril del dos mil nueve que se comunica a la destinataria la apertura de ese marco represivo, es decir, ese inicio se dilata en aproximadamente siete meses.

Esa tardanza incidió de manera directa en la oportunidad del procedimiento, siendo que cuando se comunica el traslado de cargos, la oferta se encontraba vencida. Ello pese a que ya había sido excluida, ya que, se insiste, ante la falta de comunicación de ese acto, no se puede desplegar su eficacia, lo que lleva a que la licitante considerara que su oferta seguía en el concurso. Por ese motivo, el dilema que se suscita en este proceso es solo atribuible al descuido de la Administración de emprender de manera oportuna los mecanismos que le concede el Ordenamiento Jurídico, ello sin perjuicio de las razones de fondo ya expuestas que determinan la nulidad de lo actuado. La emisión de actos posteriores no subsana esas deficiencias. Así las cosas, resulta irrelevante que los hechos que dan paso a la ejecución fueran en el curso de la vigencia de la plica. Lo relevante es el momento de apertura del procedimiento y ello se produjo en un estadio del concurso en que la oferta había fenecido y con ello, la garantía de participación, sin que resulten de recibo los motivos esbozados por el accionado. Distinto es el caso que el procedimiento se instaure cuando la oferta está vigente y luego, en su curso, fenezca. En ese supuesto, no podría alegarse ese vencimiento como causa sobreviniente de pérdida de interés actual o motivo. Empero, lo analizado es diametralmente distinto, por lo que lo actuado resulta inoportuno por causas solo atribuibles a la Administración, introduciendo una causal de invalidez de grado absoluto que hace insalvable lo actuado.

X. Pero además de ello, la Administración incurrió en una deficiencia insalvable y que a la postre, resulta de suma importancia en este proceso. Del análisis de los autos se desprende, tal y como lo asevera con razón la accionante, que la Administración nunca puso en conocimiento de la empresa excluida ese criterio de retirarle del concurso. Esta falencia del procedimiento cercenó el derecho del demandante de cuestionar esa conducta en concreto, colocándole en un evidente estado de indefensión frente a esa determinación, pero además frente al procedimiento de ejecución. En efecto, la exclusión de la oferta es un acto que en su momento, la oferente pudo haber impugnado, en ejercicio de sus derechos recursivos. Empero, ante la falta de comunicación, se hizo imposible desde toda óptica ejercer ese derecho, por la razón de que no estaba enterado de esa consecuencia, sino hasta que se le comunica de la apertura del procedimiento que buscaba ejecutar su garantía. Conforme al numeral 140 en relación al 148 de la Ley General de la Administración Pública, el acto solo puede surtir efectos una vez comunicado, y en ese momento es que cabe su impugnación. No puede argüirse frente a esa omisión que se trata de un acto de trámite o bien, que el oferente debe saber y anticipar las consecuencias de su omisión. En cuanto a lo primero, un acto que determine la exclusión de un oferente debe comunicarse de inmediato, pues se trata de un acto de trámite, pero con efecto propio, pues para el destinatario, el procedimiento ha concluido. Por ello no puede interpretarse que ese acto resulta incuestionable a la luz del canon 163 ibídem, siendo que se trata de uno de los supuestos en que ese tipo de actos produce en efecto per

se, que le hace reprochable de manera directa y no conjuntamente con el acto final. Lo contrario supondría la imposibilidad de recurrir ese proceder, si se considera el criterio restrictivo que en la actualidad pervive en esta materia conforme al canon 85 de la Ley de Contratación Administrativa (que este Tribunal no comparte). La impugnabilidad de ese acto resulta plenamente factible conforme lo establece el canon 163.2 de la Ley General de la Administración Pública y lo confirman los ordinales 2 inciso a) y 36 inciso c), ambos del Código Procesal Contencioso Administrativo. Por otra parte, en cuanto a lo segundo, no podría ampararse la Administración en el supuesto conocimiento que debe tener el contratista del procedimiento (artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa) y por ende, del efecto de su descuido. Se trata de un acto que debe siempre ponerse a conocimiento del destinatario, por aspectos de debido proceso y transparencia del trámite, por afectar derechos e intereses de una parte, según lo ordena el numeral 239 de la Ley General de la Administración Pública. Al haberse omitido esa comunicación y en consecuencia, al vedarse la posibilidad de combatir ese acto, se genera una nulidad de grado absoluto que debe declararse, siendo que consiste en una informalidad sustancial, dado que no solo causó estado de indefensión, sino que además, se trata de un aspecto que de haberse dado, hubiera podido permitir una decisión diferente, conforme al mandato 223 de la Ley General de la Administración Pública. Nótese que la incerteza a que se expone al licitante por esa falta de notificación lleva a que luego, pretenda retirar su oferta por haber transcurrido el plazo para adjudicar sin que se diera esa decisión, lo que confirma la ausencia de comunicación de esas determinaciones. Ahora bien, la nulidad de esa conducta resulta determinante para las actuaciones posteriores. Según se ha indicado, en el contexto del artículo 82 del Reglamento, la instauración de un procedimiento de ejecución solo es viable cuando de previo se ha excluido al oferente del concurso por la falta de atención a una prevención para subsanar o aclarar un aspecto que resultaba trascendente. Con todo, aún en esos casos, se insiste, la ejecución no es consecuencia impostergable de la exclusión. Se impone un análisis de proporcionalidad en el caso concreto conforme al canon 15 de la Ley General de la Administración Pública. La ejecución de la caución solo es procedente luego de ese análisis valorativo. Por ello, si el hecho generador de ese procedimiento se encuentra viciado, el procedimiento que surge a raíz de esa fase previa, también lo está, por depender de éste. Esa supresión surge por la interdependencia que surge entre ese acto y el ulterior procedimiento, según lo establece el numeral 164.1 de la mencionada Ley General, aplicado a contrario sensu. En consecuencia, debe disponerse la nulidad absoluta de la resolución No. AL 0118-2009 del veintidós de abril del dos mil nueve del Hospital Nacional Psiquiátrico, que dispone ejecutar la garantía de participación otorgada por la firma accionante por un monto total del \$12.868.257.79 (doce millones ochocientos sesenta y ocho mil doscientos cincuenta y siete colones con setenta y nueve céntimos) dentro de la licitación pública 2008LN-000001-2304. Asimismo, por las mismas falencias desarrolladas, se declara la nulidad de todo el procedimiento adoptado para la emisión

de dicho acto final, siendo que se parte de un motivo que no puede considerarse eficaz, pero que además, no pondera de manera debida, conforme lo manda el ordenamiento jurídico, las particularidades del caso para justificar el mérito de instaurar un procedimiento de esa naturaleza.

XI. Con todo, al margen de la nulidad que por este medio se dispone y a mayor abundamiento de razones, es criterio de este órgano colegiado que la sanción impuesta tampoco resulta procedente aún de haberse satisfecho el deber de notificación del acto de exclusión. Un análisis de las particularidades de este caso llevan a concluir que la ejecución resultaba desproporcionada. En efecto, en la especie, el descuido de la empresa accionante se produjo en la fase de admisibilidad de las ofertas, en el inicio del procedimiento. Si bien los requisitos prevenidos eran atinentes y de antemano se establecieron como condiciones invariables en el cartel, la exclusión de la oferente no generó mayor consecuencia lesiva para los intereses de la Administración. Otras empresas resultaron calificadas y la Licitación fue adjudicada, lo que implica que los bienes y servicios objeto del concurso fueron asignados a una empresa oferente. El retiro de la plica de la actora no generó por ende afectaciones al concurso. Desde ese plano, al estarse en la fase inicial del concurso, no quedarse sin oferentes y tratarse de meros requisitos, la sola exclusión del concurso constituye per se una sanción de suficiente intensidad. Es criterio de este Tribunal, en la especie, resulta una sanción desequilibrada que la Administración ejecute la garantía de participación de la oferente, por la circunstancia de no haber atendido una prevención, por cuanto ello lesionaría la máxima de proporcionalidad que se impone como límite de toda acción administrativa de contenido discrecional, como la que en este fallo se analiza. Se reitera, la instauración de un procedimiento de ejecución en casos como el presente dista de ser un fenómeno automático de la exclusión, pues debe sopesarse la proporcionalidad de emprender esa medida, lo que en este caso, no se ha realizado. No se observa motivación que permita inferir que la sanción de ejecutar la garantía resulte proporcionada en este caso, siendo que no se está frente a un supuesto de oferente único y dadas las peculiaridades de este caso, ese efecto represivo resulta particularmente intenso en relación al motivo que le da génesis, lo que lleva a considerar que carece de tal exigencia.

XII. Sobre el deber de devolución de las sumas ejecutadas. Intereses legales. Como consecuencia de la nulidad que por este medio se declara, debe disponerse el reintegro de la suma depositada en efectivo por la entidad accionante a favor de la Administración por concepto de garantía de participación dentro de la licitación pública 2008LN-000001-2304.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley 7494 del dos de mayo de dos mil cinco. **Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde 08/06/1995. Versión de la norma 21 de 21 del 26/02/2013. Publicada en: Gaceta N° 110 del 08/06/1995. Alcance 20C.

ⁱⁱ PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. Vigente desde: 04/01/2007. Versión de la norma 9 de 9 del 17/01/2013. Publicado en: Gaceta N° 210 del 02/11/2006.

ⁱⁱⁱ PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit supra nota 2.

^{iv} PODER EJECUTIVO. DECRETO EJECUTIVO 33411 del veintisiete de setiembre de dos mil seis. **Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa**. op cit supra nota 2.

^v JINESTA LOBO, Dr. Ernesto. (2011). **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV: Contratación Administrativa**. Editorial Guayacán. San José, Costa Rica. Pp 208-211.

^{vi} JINESTA LOBO, Dr. Ernesto. (2011). **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV: Contratación Administrativa**. Op cit supra 5. Pp 211-213.

^{vii} JINESTA LOBO, Dr. Ernesto. (2011). **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV: Contratación Administrativa**. Op cit supra 5. Pp 214.

viii JINESTA LOBO, Dr. Ernesto. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV: Contratación Administrativa*. Op cit supra 5. Pp 298-301.

ix TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 153 de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del seis de agosto de dos mil doce. Expediente: 11-001347-1027-CA.

x SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 502 de las diez horas con cuarenta y cinco minutos del veinticinco de abril de dos mil trece. Expediente: 09-003286-1027-CA.

xi TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Sentencia 14 de las once horas del veintisiete de febrero de dos mil trece. Expediente: 10-001585-1028-CA.

xii SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 1476 de las nueve horas con treinta minutos del ocho de diciembre de dos mil once. Expediente: 08-000795-1027-CA.

xiii TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 3184 de las siete horas con cincuenta y cinco minutos del veintisiete de agosto de dos mil diez. Expediente: 10-000301-1027-CA.

xiv TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 1989 de las siete horas con treinta minutos del catorce de septiembre de dos mil nueve. Expediente: 08-000655-1027-CA.

xv TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SÉTIMA. Sentencia 70 de las ocho horas con cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil nueve. Expediente: 07-000210-0161-CA.

xvi TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEXTA. Sentencia 514 de las once horas con cincuenta minutos del dieciséis de febrero de dos mil diez. Expediente: 09-001051-1027-CA.