R-DCA-01202-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las siete horas con cincuenta y dos minutos del dos de noviembre del dos mil veintiuno.----------

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el **CONSORCIO RQL INGENIERÍA SOCIEDAD ANÓNIMA - BAXTER & WOODMAN INC – ALGRASA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto que declaró infructuoso el **CONCURSO No. 2021FN-000001-0021400001** promovido por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS** para "El mejoramiento al acueducto integrado Las Trancas II en Carrillo, Guanacaste, Pozos Apestegui".-

RESULTANDO

I. Que el veinte de octubre del dos mil veintiuno, el Consorcio RQL Ingeniería Sociedad Anónima – Baxter & Woodman Inc – Algrasa Sociedad Anónima remitió a la Contraloría General de la República un recurso de apelación en contra del acto que declaró infructuoso el Concurso No. 2021FN-000001-0021400001 promovido por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados.----------

II. Que mediante auto de las trece horas del veintidós de octubre del dos mil veintiuno, esta División le solicitó a la Administración la remisión del expediente administrativo del concurso. Dicha gestión fue atendida mediante el oficio GG-DP-2021-02151 del veinticinco de octubre del dos mil veintiuno.----------

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.----------

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto se tiene por demostrado el siguiente hecho probado: **1)** Que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados promovió el Concurso No. 2021FN-000001-0021400001 para el mejoramiento al acueducto integrado Las Trancas II en Carrillo, Guanacaste, Pozos Apestegui, con fundamento en la normativa de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, lo cual se visualiza en el SICOP de la siguiente manera:

[1. Información general]

Funcionarios relacionados	Funcionarios relacionados con el concurso	Estado del concurso	Apelación o Revocación
Fecha/hora de publicación	18/06/2021 10:44	Cartel	Real
Número de procedimiento	2021FN-000001-0021400001	Número de SICOP	20210502877 - 00
Nombre de la institución	Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados	Concurso confidencial	No
Encargado de publicación, gestión de objeciones y apertura	NIDIA MARITZA SALAZAR ACUÑA	Elaborador	NIDIA MARITZA SALAZAR ACUÑA
Encargado de solicitar estudio de ofertas/recomendación de adjudicación	NIDIA MARITZA SALAZAR ACUÑA	Registro del cartel	Registro
Versiones del cartel		Versión en consulta	20210502877-00
Descripción del procedimiento	0021400001 MEJORAMIENTO AL ACUEDUCTO INTEGRADO LAS TRANCAS II EN CARRILLO GUANACASTE, POZOS APESTEGUI		
Clasificación del objeto	OBRA PUBLICA		
Tipo de procedimiento	CONTRATACIÓN ESPECIAL		
Detalle de la modalidad de CD	Normativa Comisión Nacional de Emergencia		

(ver punto 2. Información de Cartel, número de procedimiento 2021FN-000001-0021400001 [Versión Actual], página denominada “Detalles del concurso” en el expediente del concurso en el Sistema Integrado de Compras Públicas denominado SICOP). **2)** Que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados indicó como normativa aplicable al Concurso 2021FN-000001-0021400001 los Decretos Ejecutivos N°41852-MP-MAG y N°41944-MP, lo cual se visualiza en el SICOP de la siguiente manera:

[2. Información de la contratación]

Estado	Completado
Fecha y hora de elaboración	11/05/2021 08:34
Número de solicitud de contratación	0062021004500004
Número de solicitud institucional	DECRETO EJECUTIVO DE EMERGENCIA N° 41852-MP-MAG Y N° 41944-MP
Descripción del procedimiento	MEJORAMIENTO AL ACUEDUCTO INTEGRADO LAS TRANCAS II EN CARRILLO GUANACASTE, POZOS APESTEGUI
Fecha y hora de solicitud	21/05/2021
Tipo de procedimiento	CONTRATACIÓN ESPECIAL
Tipo de modalidad	Normativa Comisión Nacional de Emergencia

(ver punto 1. Información de solicitud de contratación, número de solicitud de contratación 006202004500004, página denominada “Solicitud de contratación” en el expediente del concurso en el Sistema Integrado de Compras Públicas denominado SICOP).----------

II. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA CONOCER DEL RECURSO INTERPUESTO: El artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa establece que: “*La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisible o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos.”* En relación con lo anterior, el artículo 186 del Reglamento a dicha ley dispone que: “*Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República deberá analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato.”* Además, el artículo 187 inciso a) del mismo reglamento establece lo siguiente: *“Artículo 187.-**Supuestos de inadmisibilidad**. El recurso de apelación será rechazado de plano por inadmisible, en los siguientes casos:/ a) Cuando la Contraloría General de la República carezca de competencia en razón de la materia.”* De conformidad con dichas normas, se procede a analizar la competencia de esta Contraloría General de la República para conocer del recurso interpuesto. En el caso bajo análisis se tiene por acreditado que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados promovió el Concurso No. 2021FN-000001-0021400001 para el mejoramiento al acueducto integrado Las Trancas II en Carrillo, Guanacaste, Pozos Apestegui, con fundamento en la normativa de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, y en los Decretos Ejecutivos N°41852-MP-MAG y N°41944-MP (hechos probados 1 y 2). Además, ello es reiterado por la Administración en el oficio GG-DP-2021-02151 del 25 de octubre del 2021, en donde manifestó lo siguiente: *“Esta contratación se rige por la Normativa de la Comisión Nacional de Emergencias…”* (ver documento registrado con el número de ingreso 31608-2021). Adicionalmente, se tiene que el Decreto N°41852-MP-MAG del 23 de julio del 2019 establece lo siguiente: *“Artículo 1º- Se declara estado de emergencia la situación generada por el déficit hídrico del país, consecuencia del comportamiento anormal de las precipitaciones, como efecto del Fenómeno ENOS, con afectación en todos los cantones de Guanacaste; cantones de Coto Brus, Esparza y cantón Central de la provincia de Puntarenas; cantones de Upala, Los Chiles, Guatuso, San Carlos, de la provincia de Alajuela; cantón central de Cartago y Oreamuno, en la provincia de Cartago y cantón de Puriscal, provincia de San José./ Artículo 2º- Para los efectos*

correspondientes, se tienen comprendidas dentro de la presente declaratoria de emergencia las tres fases que establece la Ley Nacional de Atención de Emergencias y Prevención del Riesgo, a saber: a. Fase de Respuesta. b. Fase de Rehabilitación. c. Fase de Reconstrucción./ Artículo 3º- Se tienen comprendidas dentro de esta declaratoria de emergencia todas las acciones y obras necesarias para la atención, rehabilitación, habilitación y reposición de la infraestructura de uso agropecuario, agricultura y ganadería dañadas se ubiquen dentro de la zona de cobertura señalada en el artículo 1º de este Decreto. Todo lo cual debe constar en el Plan General de la Emergencia aprobado por la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, para poder ser objeto de atención conforme al concepto de emergencia." (ver publicación en La Gaceta 156 del 21 de agosto del 2019). El artículo 1 de este decreto fue modificado por el Decreto N°41944-MP.MAG del 17 de setiembre del 2018, el cual establece lo siguiente: *"Artículo 1º—Refórmese el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 41852-MP-MAG del 23 de julio de 2019, para que se lea de la siguiente manera:/* ***"Artículo 1º—****Se declara estado de emergencia la situación generada por el déficit hídrico del país, consecuencia del comportamiento anormal de las precipitaciones, como efecto del Fenómeno ENOS, con afectación en todos los cantones de Guanacaste; cantones de Coto Brus, Esparza Golfito y cantón Central de la provincia de Puntarenas; cantones de Upala, Los Chiles, Guatuso, San Carlos, San Mateo y Orotina de la provincia de Alajuela; cantón central de Cartago y Oreamuno, en la provincia de Cartago; distritos Uruca, Hospital, Zapote y San Francisco del cantón Central de San José, distritos San Miguel, San Juan de Dios, San Rafael Arriba y Patarrá del cantón de Desamparados, distrito San Antonio del cantón de Alajuelita, distrito Aserrí del cantón de Aserrí, distrito San Jerónimo del cantón de Moravia, distritos Santa Ana y Salitral del cantón de Santa Ana, distrito San Isidro del cantón de Vásquez de Coronado, distritos Guadalupe y Calle Blancos del cantón de Goicoechea, cantón de Pérez Zeledón y cantón de Puriscal provincia de San José."* (ver publicación en La Gaceta 181 del 25 de setiembre del 2019). Así las cosas, se tiene que el Concurso No. 2021FN-000001-0021400001 aquí impugnado se origina en una declaratoria de emergencia, y al amparo de un régimen especial de contratación establecido mediante la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo N°8488 y en el Reglamento para las contrataciones por el Régimen de excepción y funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgo y Atención de Emergencia. Ahora bien, esta División ha sostenido que, en estos casos, el acto final debe ser recurrido ante la entidad que dictó dicho acto y, por ende, este órgano contralor no ostenta competencia para conocer del recurso interpuesto. Concretamente, en la resolución R-DCA-1185-2019 del 20 de noviembre del

2019, se indicó lo siguiente: "*Ahora bien, se tiene que la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo en su artículo 4 establece como actividad extraordinaria: "Actividad que la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias deberá efectuar frente a un estado de emergencia; para ello se utiliza procedimientos excepcionales, expeditos y simplificados dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes." Y como estado de emergencia, el mismo numeral denomina: "Declaración del Poder Ejecutivo, vía decreto ejecutivo, con fundamento en un estado de necesidad y urgencia, ocasionado por circunstancias de guerra, conmoción interna y calamidad pública. Esta declaratoria permite gestionar, por la vía de excepción, las acciones y la asignación de los recursos necesarios para atender la emergencia, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política." De igual manera, como se ha dicho el procedimiento se genera al amparo del Decreto N° 40027-MP, tal y como lo dispone el cartel en Volumen 1 Capítulo 1, dentro del artículo 1 Objeto de la Contratación y Capítulo 2, Términos de Referencia, dentro del punto 2 Antecedentes (ver folios 2777 y 2758 vuelto del expediente de contratación). En el caso particular, siendo que el acto impugnado se origina en un procedimiento fundamentado en una declaratoria de emergencia, es claro que no debe ser tramitado bajo las regulaciones de la Ley de Contratación Administrativa. Conforme a lo expuesto, es preciso establecer el régimen recursivo aplicable a este tipo de procedimientos, para lo cual resulta de interés señalar que el Reglamento para las contrataciones por el régimen de excepción y funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, en su numeral 39 indica lo siguiente: "Recurso de apelación: Procede en contra de las contrataciones cuyo monto adjudicado sea igual o superior al monto mínimo establecido para la licitación pública por parte de la Contraloría General de la República para la CNE. Deberá presentarse en el plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente que se comunicó el acto a recurrir y será resuelto por el superior del funcionario que emitió el acto impugnado. La resolución de este recurso agotará la vía administrativa". Así las cosas, pese a que el procedimiento de contratación no es realizado por la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Emergencias se tiene que, al fin de cuentas se trata del uso de fondos asignados por la Comisión Nacional de Emergencias, por lo que debe entenderse que los actos finales de adjudicación derivados de concursos de excepción promovidos al amparo de la Ley 8488, resultan sujetos de impugnación mediante recurso de apelación, en el supuesto de que dicho acto administrativo iguale o supere el monto mínimo establecido para la licitación pública por parte de la Contraloría General de la República ante, en este caso particular, la Institución que promovió el concurso, dentro de un plazo de tres días*

hábiles, misma que será la competente para resolver el recurso por medio del superior del funcionario que emitió el acto impugnado. (…) Así las cosas, realizando una interpretación armónica de las normas jurídicas antes señaladas y la disposición cartelaria, es posible concluir que este órgano contralor no ostenta la competencia para conocer del recurso incoado, por lo que a la luz de lo establecido en el artículo 187 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se impone rechazar de plano por inadmisible el recurso presentado." Por su parte, en la resolución R-DCA-01090-2020 del 14 de octubre del 2020, se indicó lo siguiente: "*Asentado lo anterior, se tiene que la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley No. 8488, dispone: "Artículo 1º-**Objeto**. La presente Ley regulará las acciones ordinarias (…) así como la actividad extraordinaria que el Estado deberá efectuar en caso de estado de emergencia, para lo cual se aplicará un régimen de excepción". Y el artículo 4 de esta norma, entre otros, dispone: "**Definiciones**. Para efectos de claridad e interpretación de la presente ley, se definen los siguientes conceptos: / **Actividad extraordinaria**: Actividad que la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias deberá efectuar frente a un estado de emergencia; para ello se utiliza procedimientos excepcionales, expeditos y simplificados dentro del régimen de administración y disposición de fondos y bienes (…) **Estado de emergencia**: Declaración del Poder Ejecutivo, vía decreto ejecutivo, con fundamento en un estado de necesidad y urgencia, ocasionado por circunstancias de guerra, conmoción interna y calamidad pública. Esta declaratoria permite gestionar, por la vía de excepción, las acciones y la asignación de los recursos necesarios para atender la emergencia, de conformidad con el artículo 180 de la Constitución Política". Dado que se ha hecho referencia al decreto ejecutivo N°40027–MP, es menester indicar que el artículo 1 del referido decreto, establece: "Se declara estado de emergencia nacional la situación provocada por el Huracán Otto, en los siguientes cantones: Upala, Guatuso y los Chiles, así como los distritos de Aguas Zarcas, Cutris y Pocosol, del cantón de San Carlos, Río Cuarto, del cantón de Grecia y Peñas Blancas, del cantón de San Ramón, todos de la Provincia de Alajuela, cantón de Sarapiquí de la Provincia de Heredia, cantones de Bagaces y La Cruz de la Provincia de Guanacaste, los cantones de Osa, Golfito, Corredores, Buenos Aires y Coto Brus de la Provincia de Puntarenas, Pococí de la Provincia de Limón, y el cantón de Pérez de Zeledón de la Provincia de San José". Por otra parte, resulta relevante señalar que el Reglamento Específico para el proceso de compra y contratación al amparo de los mecanismos de excepción por la declaratoria de emergencia bajo decreto N° 40027-MP, en su artículo 1 establece: "**Propósito**: El presente reglamento tiene como propósito permitir que las Proveedurías de las Instituciones que la Junta Directiva de la CNE nombró como Unidades*

*Ejecutoras, tramiten las compras y contrataciones para el cumplimiento del Plan General de la Emergencia bajo Decreto Ejecutivo N°40027-MP (…)" (subrayado agregado). Y que en el artículo 5 de este Reglamento se consigna: "**Autorización y potestades conferidas a la Proveeduría de Unidad Ejecutora**: (…) La potestad para que las proveedurías de las Unidades Ejecutoras tramiten las contrataciones comprenderá de manera estricta y exclusiva la aplicación del procedimiento descrito en el Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias, referente al papel de la Proveeduría en las contrataciones por emergencia declarada" (subrayado agregado). Además, el artículo 9 de este Reglamento, establece: "**Contrataciones de Bienes y Servicios:** Todas las contrataciones de bienes y servicios que requieran las Unidades Ejecutoras se realizarán con estricto apego a la Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo, Ley de Contratación Administrativa y demás normativa interna de la CNE" (subrayado agregado). Y en el artículo 14 del mismo cuerpo reglamentario se consigna: "**Recursos:** El régimen recursivo para este tipo de contrataciones será el dispuesto en el Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias y en forma supletoria la Ley de Contratación Administrativa y su respectivo Reglamento" (subrayado agregado). Por otra parte, en el Reglamento para las Contrataciones por el Régimen de Excepción y Funcionamiento de la Proveeduría Institucional de la Comisión Nacional de Prevención de Riesgo y Atención de Emergencia, en el capítulo V denominado **"De los procedimientos para las Contrataciones por Emergencia Declarada",** propiamente en el artículo 39, establece: "Los recursos que proceden contra el acto de adjudicación o contra aquel que declara desierto o infructuoso el concurso en las contrataciones por emergencias declaradas, son los siguientes: / **Recurso de apelación:** Procede en contra de las contrataciones cuyo monto adjudicado sea igual o superior al monto mínimo establecido para la licitación pública por parte de la Contraloría General de la República para la CNE. Deberá presentarse en el plazo de tres días hábiles contados a partir del día siguiente que se comunicó el acto a recurrir y será resuelto por el superior del funcionario que emitió el acto impugnado. La resolución de este recurso agotará la vía administrativa. / **Recurso de revocatoria:** Cuando por monto no proceda el recurso de apelación, podrá presentarse recurso de revocatoria. Deberá presentarse en el plazo de dos días hábiles contados a partir del día siguiente en que se comunicó el acto a recurrir y será resuelto por el mismo funcionario que emitió el acto impugnado y agotará la vía administrativa" (subrayado agregado). En vista de lo expuesto queda claro que el concurso*

se promovió al amparo de un régimen especial en el cual se establece que el acto final debe ser recurrido ante la entidad que dictó dicho acto y por ende, este órgano contralor no ostenta competencia para conocer la presente acción recursiva." (los destacados son del original). Así las cosas, y en concordancia con los criterios expuestos en las resoluciones citadas, se concluye que este órgano contralor no tiene competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto. Por lo tanto, lo procedente es rechazar de plano por falta de competencia el recurso de apelación interpuesto.----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 86 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 186, 187 inciso a) y siguientes de su Reglamento, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO POR INADMSIBLE** el recurso de apelación interpuesto por el **CONSORCIO RQL INGENIERÍA SOCIEDAD ANÓNIMA - BAXTER & WOODMAN INC – ALGRASA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del acto que declaró infructuoso el **CONCURSO No. 2021FN-000001-0021400001** promovido por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS** para "El mejoramiento al acueducto integrado Las Trancas II en Carrillo, Guanacaste, Pozos Apestegui".----------

NOTIFÍQUESE.----------

Firmado digitalmente por ROBERTO JOSE RODRIGUEZ ARAICA
Fecha: 2021-11-02 09:04

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División interino

Firmado digitalmente por ALFREDO AGUILAR ARGUEDAS
Fecha: 2021-11-02 14:07

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado a.i.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
SAN JOSE - COSTA RICA

Firmado digitalmente por EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA
Fecha: 2021-11-02 08:38

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

CMCH/mjav
NI: 30842
NN: 17000 (DCA-4218-2021)
G: 2021003868-1
Expediente electrónico: CGR-REAP-2021006606