

R-DCP-00078-2024

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Pública. San José, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del veinte de noviembre del dos mil veinticuatro.

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS, S.R.L.**, en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL No. 2024LPI-0012-PROERI-CONAVI**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para la “Contratación de estudios, diseño y construcción de las obras de estabilización CA-Lote 4-1”.

RESULTANDO

I. Que mediante auto de las ocho horas cincuenta y dos minutos del veintiocho de octubre de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración para que indicara si el procedimiento promovido tiene sustento en alguna normativa de un sujeto de derecho internacional. Además se debía indicar la fecha y medio por el cual se cursó invitación e indicar el monto estimado de la contratación. Dicha audiencia y su respuesta consta en el expediente.

II. Que mediante auto de las nueve horas veintisiete minutos del treinta de octubre de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración. Dicha audiencia y su respuesta consta en el expediente.

III. Que mediante auto de las dieciséis horas treinta y un minutos del catorce de noviembre de dos mil veinticuatro, se previno a la Administración a efectos de remitir copia del pliego de condiciones.

IV. 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. SOBRE EL FONDO.

SOBRE LA COMPETENCIA PARA CONOCER EL RECURSO

En el caso bajo estudio se está ante una Licitación Pública Internacional, que se rige por un contrato empréstito aprobado por la Ley 10456, Ley que aprueba contrato de préstamo No.

2317 que financia el “Programa de Emergencia para la Reconstrucción Integral y Resiliente de Infraestructura”, suscrito con el Banco Centroamericano de Integración Económica. Por lo tanto aplican las “Normas y Políticas del BCIE”. Pese a lo anterior, en materia recursiva este órgano contralor resulta competente, aspecto sobre el cual se ha indicado: *“El artículo 92 LGCP dispone también que “para todos los efectos, los concursos se asumirán como licitación mayor”, con lo que podría considerarse que cualquier contratación al amparo del empréstito resulta impugnabile ante la Contraloría General, incluso aquellas que por su cuantía podría asimilarse bajo la LGCP a licitaciones menores o reducidas. Sobre el particular, estima este órgano contralor que corresponde precisar los alcances de la norma y dimensionar necesariamente la competencia de esta Contraloría General de forma que resulte consistente con las regulaciones de la LGCP y resulte un ejercicio proporcionado y razonable del control frente a los proyectos que contempla la Ley No. 10456. Sobre el particular, considera este órgano contralor que bajo la derogada Ley de Contratación Administrativa las reglas de las impugnaciones de las contrataciones derivadas de los empréstitos se regulaban de forma general bajo el artículo 143 RLCA en aplicación de los principios constitucionales, con lo que originalmente se brindaba un tratamiento para efectos de impugnación y tramitación bajo las reglas de las contrataciones regidas por principios en los términos del artículo 182 RLCA pero que posteriormente fue rectificado expresamente para aplicar las reglas más garantistas del procedimiento de licitación pública para su interposición y tramitación. De esa forma, en afán de brindar una mayor seguridad jurídica y claridad para efectos de impugnación, se contempló esa lectura ya conocida por todos los operadores del sistema de contratación pública al artículo 92 LGCP. De ahí entonces, el sentido de la referencia que hace la norma sobre entender los concursos como licitación mayor para su interposición y tramitación, dejando claras las reglas; pero en modo alguno se pretendió equiparar todos los procedimientos de un crédito a licitación mayor. (...) De ahí entonces que una lectura armónica del artículo 92 LGCP necesariamente implica reconocer que se ostenta la competencia en aquellos procedimientos bajo la nomenclatura de la normativa del sujeto de derecho público internacional que alcance el límite inferior del procedimiento de licitación mayor. (...) Partiendo de la delimitación cuantitativa expuesta sobre el límite inferior de los procedimientos de licitación mayor y el dimensionamiento ampliamente realizado del artículo 92 LGCP, debe necesariamente concluirse que este órgano contralor ostenta la competencia para conocer los recursos de objeción al pliego.”* (Resolución R-DCP-00030-2024 del 27 de junio de 2024). De lo transcrito entonces se concluye que este órgano contralor ostenta la competencia en este tipo de procedimientos siempre y cuando la estimación alcance el límite inferior del procedimiento de licitación mayor. En el caso particular y de conformidad con el oficio No. PRO-01-2024-0459 (0703) del 29 de octubre de 2024, así como la cláusula 17.1 del pliego de condiciones, se tiene que la estimación de esta contratación es de \$4.172.815,88. Siendo que dicha Administración

señala que la última publicación del pliego lo fue en fecha 17 de octubre de 2024, el tipo de cambio para ese día era $\text{¢}517,31$, por lo que se tiene que el monto estimado de esta contratación asciende a $\text{¢}2.158.639.382,88$. En vista que para el régimen ordinario el umbral para la licitación mayor de obra es $\text{¢}702.633.295$, se concluye que se tiene la competencia para conocer el recurso en cuestión.

SOBRE EL PLAZO PARA OBJETAR. Este órgano contralor mediante auto de las ocho horas cincuenta y dos minutos del veintiocho de octubre de dos mil veinticuatro le solicitó a la entidad licitante señalar el medio y fecha mediante la cual se cursó invitación del concurso en cuestión. Mediante oficio No. PRO-01-2024-0459 (0703) del pasado 29 de octubre, la Administración señala que se cursaron diferentes invitaciones y por diferentes medios, los cuales se dieron entre el 14 y 17 de octubre. En vista de lo anterior, por seguridad jurídica, y en pro del derecho de recurrir, esta Contraloría General estima que para los efectos de interposición del recurso de objeción, se debe considerar la última de las fechas. En vista que la última fue el pasado 17 de octubre, se tiene que el plazo para recurrir vencía el 29 de octubre. En este caso el recurso ingresó el 24 de octubre de 2024, por lo que ingresó en tiempo.

SOBRE EL FONDO.

Nulidad del procedimiento. Criterio de la División: La objetante señala que conforme con el numeral 16 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP) toda actividad de contratación pública debería efectuarse por el sistema digital unificado (SICOP). Menciona que el principio de publicidad es de orden constitucional y precisamente se definió en la LGCP, que toda contratación debe realizarse por medio del sistema digital unificado (SICOP). Menciona que en este procedimiento la oferta y documentación se deben presentar en otra plataforma "E-PROERI". Alega que sin justificación legal o técnica la Administración se aparta del sistema digital unificado. Agrega que al ser un procedimiento que le aplican las Normas y Políticas del BCIE, las Políticas para la obtención de bienes, obras, servicios y consultorías con recursos del BCIE, reconocen la aplicación obligatoria del principio de transparencia, igualdad y publicidad de los recursos. Señala que no se regula la facultad de apartarse del sistema ordinario de tramitación existente en el país contratante. Se aplica de manera supletoria la LGCP, por lo que al no haber norma expresa en la la Ley de préstamos o en las normas y políticas del BCIE, se

debe entender que el sistema que corresponde es el SICOP. Agrega que la plataforma E-PROERI no mantiene los estándares de publicidad que sí tiene SICOP, con afectación al principio de seguridad jurídica y ejercicio del derecho de defensa. Indica que tal es la inseguridad que se procedieron a descargar documentos el 22 de octubre de 2024, pero en fecha 24 de octubre se ingresa y se detectan diferencias en el contenido inicialmente cargado y se verifica una enmienda de fecha 23 de octubre de 2024, la cual varía el pliego. No pueden publicarse documentos sin control de versiones. Solicita que se disponga el uso obligatorio de la plataforma alternativa al sistema digital unificado y declare la nulidad absoluta del procedimiento. Por su parte, la Administración, al atender la audiencia especial indica que el uso de plataforma E-PROERI se encuentra dentro de los parámetros permitidos para ese tipo de licitaciones. La Ley 10456, los acuerdos relacionados, así como las políticas de adquisición del BCIE permiten el uso de plataformas alternativas. Aunque el numeral 16 de la LGCP obliga al uso del SICOP, la misma disposición permite excepciones. En la plataforma E-PROERI la información está disponible. El uso de estas plataformas se enmarca dentro de la flexibilidad que las políticas de adquisición permite para facilitar procesos de acceso internacional. Al respecto se debe indicar que si bien el numeral 16 de la LGCP dispone la obligatoriedad del uso del sistema digital unificado, no debe perderse de vista que en este caso, el procedimiento se realiza al amparo de la Ley No. 10456 citada previamente, según la cual en su numeral 5 regula que se exceptúan de la aplicación de los procedimientos de contratación pública ordinaria y se efectuará conforme a la Política para la obtención de bienes, obras, servicios y consultorías con Recursos del BCIE y las Normas para la aplicación de la política. Particularmente sobre este tema, ya el órgano contralor se refirió en un caso similar. De esta forma en la Resolución R-DCP-0070-2024 del 13 de noviembre de 2024 se indicó en lo que interesa *“Como ya se indicó, la LGCP dispone una serie de regulaciones sobre la aplicación de la plataforma electrónica para las contrataciones cubiertas bajo esa norma legal, pero en el caso se tiene que la Ley No. 10456 mediante la cual la Asamblea Legislativa aprobó el Contrato de Préstamo No. 2317 que financiará el “Programa de Emergencia para la Reconstrucción Integral y Resiliente de Infraestructura (PROERI)” suscrito entre la República de Costa Rica y el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE), dispuso precisamente en su artículo 5 que se exceptuaba de la aplicación de los procedimientos de contratación pública, regulados por la legislación ordinaria, las adquisiciones de bienes, servicios necesarios para la ejecución de las obras que se financien con recursos del préstamo, para lo cual remitió a la Política para la*

*Obtención de Bienes, Obras, Servicios y Consultorías con Recursos del BCIE y las Normas para la Aplicación de la Política, dejando salvadas las contrataciones de emergencia que se regularían por la Ley 8488, Ley Nacional de Emergencias y Prevención del Riesgo. Sobre este tipo de prerrogativas en la negociación de empréstitos ha reconocido este órgano contralor que resulta factible que el legislador aplique la normativa específica de los organismos acreedores, todo conforme había reconocido la Sala Constitucional (...) De esa forma, tal y como ya se había indicado, el artículo 5 de la norma en mención, señala que: “Se exceptúan de la aplicación de los procedimientos de contratación pública, regulados por la legislación ordinaria, las adquisiciones de bienes, servicios necesarios para la ejecución de las obras que se financien con recursos del préstamo.”; con lo cual únicamente se exceptuó de la aplicación de los procedimientos de la LGCP remitiendo a la Política para la Obtención de Bienes, Obras, Servicios y Consultorías con Recursos del BCIE y las Normas para la Aplicación de la Política, a efectos de cualquier contratación requerida (...) En el caso se discute la obligación de utilizar el sistema digital unificado regulado por la LGCP, la cual no existe en tanto no resulta aplicable a los procedimientos la LGCP sino los procedimientos y regulaciones previstas en la Política para la Obtención de Bienes, Obras, Servicios y Consultorías con Recursos del BCIE y las Normas para la Aplicación de la Política, por lo que se impone **declarar sin lugar** ese extremo del recurso. Desde luego es responsabilidad de la Administración licitante verificar el cumplimiento de esas regulaciones, todo lo cual también cuenta con los mecanismos de verificación del Banco sobre cumplimiento de políticas y normas denominados usualmente “no objeción”. Por paridad de razones también se **declara sin lugar** el argumento complementario relacionado a que no existe ninguna situación de caso fortuito o fuerza mayor que justifique la exclusión total o parcial del uso del sistema digital unificado, toda vez que no resulta aplicable el artículo 16 LGCP según se ha analizado.” Sumado a ello y si bien la objetante manifiesta que la plataforma E-PROERI no mantiene los estándares de publicidad que sí tiene SICOP, con afectación al principio de seguridad jurídica y ejercicio del derecho de defensa, tales aspectos no se han demostrado técnicamente. No se aporta documentación técnica mediante la cual se demuestre qué estándares de publicidad no se cumplen y por qué, tampoco cómo se ha visto afectado su derecho de defensa, careciendo por ende de la debida fundamentación. Por otra parte, el objetante señala que la inseguridad es tal que se procedieron a descargar documentos el 22 de octubre de 2024, pero en fecha 24 de octubre se ingresa y se detectan diferencias en el contenido inicialmente cargado y se verifica una enmienda de fecha 23 de octubre de 2024, la*

cual varía el pliego. No pueden publicarse documentos sin control de versiones. Sobre este punto, y si bien la firma objetante llama la atención sobre documentos con inconsistencias, es claro que la entidad licitante puede incorporar los documentos o modificaciones necesarias, no obstante debe comunicarlas a los interesados por los medios correspondientes. Ahora el recurrente no ha demostrado tampoco que el hecho que existan documentos contradictorios se hubiera evitado con la plataforma SICOP. Sin embargo, sí se llama la atención a la Administración para que procure en aras de los principios de publicidad, transparencia y seguridad jurídica incorporar de forma ordenada y planificada los documentos que conforman el pliego de condiciones, y el expediente en general. Por otro lado tampoco se desconoce que la Administración procedió a publicar la invitación en diferentes plataformas con diferentes fechas, por lo que, también en aras de la seguridad jurídica se advierte la necesidad de procurar efectuar el comunicado en un mismo momento. Finalmente la objetante solicita que se declare la nulidad absoluta de los procedimientos, al no haberse tramitado en SICOP, no obstante tal y como se indicó, para el caso particular, la plataforma SICOP no debía usarse de forma obligatoria como lo supone el objetante, por lo que no procede la declaratoria solicitada. En todo caso se reitera lo indicado en la Resolución R-DCP-00070-2024 *“Al respecto, debe precisarse en primer término que la anulación de oficio ocurre en aquellos casos en los que este órgano contralor se encuentra ante una nulidad absoluta, evidente y manifiesta en los términos del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (en adelante LOCGR) y precisamente se trate de un aspecto no alegado en el recurso respectivo. De ahí entonces que si el argumento está alegado en el recurso, no se haría necesario el ejercicio de una competencia oficiosa en el caso del procedimiento en específico. Por otro lado, la acción ejercida por la recurrente ciertamente activa la competencia prevista por el artículo 92 LGCP pero en modo alguno esa norma o el propio artículo 28 LOCGR activan una competencia genérica para anular cualquier procedimiento desde el trámite de un recurso de objeción, pues a lo sumo en caso de que resultara procedente se declararía para el caso en concreto del procedimiento impugnado. Por lo demás, valga señalar que la competencia de oficio que puede ejercer este órgano contralor no se activa a instancia de parte, sino precisamente en forma oficiosa y supone una circunstancia de carácter excepcional a partir de la existencia de una nulidad absoluta, evidente y manifiesta. En el caso, conforme lo que ya se ha expuesto sobre aplicación de procedimientos bajo normas y regulaciones del BCIE y que no resulta obligatoria la utilización del sistema digital unificado, no se aprecia ninguna nulidad de esa naturaleza que*

corresponda analizar.” Así las cosas y de todo lo que viene dicho se declara **sin lugar** este punto del recurso.

Porcentaje de subcontratación. Criterio de la División: la firma objetante señala que sin justificación se incorpora en el pliego de condiciones una restricción al límite máximo de subcontratación dispuesto en la LGCP, la cual dispone que no podrá superar el 50%, sin embargo el pliego cuestionado indica 20% como porcentaje máximo de la subcontratación. Señala que las Normas y Políticas del BCIE no dispone ninguna restricción expresa sobre limitar el porcentaje. De allí que solicita que se valore esta ilegalidad. La Administración al atender la audiencia especial señala que la limitación al 20% responde a la naturaleza del proyecto. Con ello se busca reducir riesgos y asegurar la calidad, minimizando la posibilidad de problemas derivados de la participación de múltiples subcontratistas. La política del BCIE permite establecer restricciones cuando la naturaleza del proyecto lo amerite. Por lo que resulta válido lo establecido en el pliego. En relación con este tema resulta importante reiterar que se está ante un procedimiento que se rige por las Normas y Políticas del BCIE y el contrato de préstamo, por lo que, no le resulta aplicable la Ley de Contratación Pública conforme el numeral 5 de la Ley 10456. En ese sentido no es obligatorio sujetarse al porcentaje de subcontratación establecido en la LGCP. En este punto no debe olvidarse que la Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo satisfacerlas, y la entidad ha señalado que el 20% responde a la naturaleza del proyecto. En todo caso el objetante se limita a citar normas sin la debida fundamentación del por qué debe ser 50% y cómo el 20% señalado en el pliego limita su participación. Siendo ello así se **rechaza de plano** este punto por falta de fundamentación (ver en forma similar la Resolución R-DGP-00070-2024). Finalmente la Administración al atender la audiencia especial, hace alusión a una objeción temeraria y señala que lo señalado por la recurrente representa una interpretación subjetiva de los términos de la licitación. La normativa BCIE permite la presentación de objeciones siempre que haya buena fe, pero interponer recursos sin sustento retrasa los proyectos. Además las objeciones temerarias obligan a destinar recursos adicionales. Pese a lo anterior, resulta importante tener presente que conforme con el numeral 93 de la LGCP, las actuaciones se entenderán temerarias cuando el recurrente abusa ejercitando acciones infundadas, de mala fe, cuando éste alegue hechos contrarios a la realidad. No obstante tales aspectos no han sido demostrados por la entidad licitante por lo que se rechazan de plano por falta de fundamentación.

II. CONSIDERACIÓN DE OFICIO. De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Decreto Ejecutivo N°41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley N°9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante, su deber de verificar en caso de corresponder para este caso, desde la fase de presupuestación de la contratación, el cumplimiento al límite de regla fiscal previsto para el ejercicio económico del año 2024, así como el marco de presupuestación plurianual dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política. Para estos efectos, la Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias para verificar que el monto asignado a la contratación que se licita cumple con dichas disposiciones, debiendo advertirse que su inobservancia podría generar responsabilidad administrativa del funcionario, conforme lo regulado en el artículo 26 de la citada Ley.

Edgar Herrera Loaiza
Asistente Técnico
Contraloría General de la República

Lucía Golcher Beirute
Fiscalizadora
Contraloría General de la República



LGB/arb
NI: 23185, 23389, 24387, 24885
NN: 19796 (DCP-0338)
G: 2024005066-1
Expediente: CGR-ROC-2024008007