

R-DCP-00082-2024

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

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS, S. R. L.**, en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL No. 2024LPI-0016-PROERI-CONAVI**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para la contratación de estudios, diseño y construcción de obras de estabilización CA Lote 3-2 una etapa - dos sobres por el Consejo Nacional de Viabilidad.

RESULTANDO

I. Que el cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro, se recibió en este órgano contralor por medio del Sistema de Gestión Documental de la Contraloría General de la República, en adelante SIGED, el recurso de objeción interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS S. R. L.**, contra el pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL No. 2024LPI-0016-PROERI-CONAVI**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD**, en adelante Conavi, para la contratación de estudios, diseño y construcción de obras de estabilización CA Lote 3-2 una etapa - dos sobres.

II. Que el cuatro de noviembre de dos mil veinticuatro, mediante el auto No. 18838 (DCA-0305), esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara respecto de la normativa aplicable, el origen de los fondos (préstamo) que se utilizarán en esta contratación e indicara a su vez la fecha y el medio por el cual se cursó la invitación al concurso. Dicha audiencia fue contestada por la Administración, mediante respuesta que se encuentra incorporada al expediente del recurso de objeción.

III. Que el seis de noviembre de dos mil veinticuatro, mediante el auto No. 18950 (DCA-0308), esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara respecto del recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue contestada por la Administración, mediante respuesta que se encuentra incorporada al expediente del recurso de objeción.

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. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. A efectos de los puntos que se resolverán en el caso bajo análisis, resulta necesario tener claro algunas consideraciones generales y preliminares necesarias para la resolución del mismo.

a) Sobre la observancia de la regla fiscal: 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 No. 41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley No. 9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante, su deber de verificar 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.

b) Sobre la competencia del órgano contralor para conocer el recurso de objeción interpuesto: sobre el tema de la competencia, en primer lugar se debe señalar que la Administración no ha cuestionado que esta Contraloría General cuente con la competencia para resolver la presente impugnación.

A partir de lo anterior, únicamente como referencia, es necesario mencionar que desde las resoluciones No. R-DCP-00030-2024 y R-DCP-00031-2024, se realizó el análisis de competencia de los casos cuyo régimen recursivo corresponde a los procedimientos de compra pública tramitados con ocasión del contrato de préstamo No. 2317 que financia 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)*", Ley No. 10456.

En este sentido, esta División ha señalado que al encontrarse en presencia de un empréstito público aplica el artículo 2 inciso c) de la Ley General de Contratación Pública, en adelante LGCP que indica lo siguiente: "*Los procedimientos de contratación derivados de ellos se regirán por la presente ley, salvo que la ley que apruebe el empréstito disponga otro régimen de contratación*".

Por su parte el artículo 92 de la LGCP dispone que cuando se promueven concursos con sustento en normativa de un sujeto de derecho público internacional, al respectivo

concurso le resultará aplicable el régimen recursivo previsto en LGCP, salvo cuando en la ley que aprueba el empréstito se establezca un régimen recursivo especial.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en la Ley No. 10456, el legislador no dispuso expresamente la aplicación de un régimen impugnatorio especial y distinto al establecido en la LGCP. Según lo expuesto, el análisis de competencia señaló que en aplicación del principio de legalidad y reserva de ley, esta Contraloría General cuenta con la competencia otorgada por el artículo 92 de la LGCP para el conocimiento del recurso de objeción interpuesto en contra del presente procedimiento; ello en atención que el contrato de préstamo No. 2317 que financia 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)*", aprobado mediante la Ley No. 10456 no ha dicho expresamente que cuenta con un régimen impugnatorio especial que lo excluye de la aplicación de la LGCP.

Delimitado lo anterior, una vez superado que no existe un régimen recursivo especial en las condiciones del contrato de préstamo, necesariamente para activar la competencia de este órgano contralor para el conocimiento del recurso de objeción deben verificarse dos supuestos adicionales: **a)** la nomenclatura del concurso y **b)** que el concurso alcance el límite inferior del procedimiento de licitación mayor dispuesto para la Administración Licitante.

De conformidad con lo indicado en 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 impugnante ante la Contraloría General, incluso aquellas que por su cuantía podrían asimilarse bajo la LGCP a licitaciones menores o reducidas.

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. Una lectura diferente rompería con la lógica de umbrales bajo los cuales se definieron los procedimientos y también las competencias de impugnación ante la Contraloría General, en dónde el legislador fue contundente en asignar el conocimiento de los

recursos de objeción y apelación de la licitación mayor (salvado el caso de los artículos 95 inciso c) y 97 inciso c) LGCP), bajo una lógica de simplificación del modelo y de concentrar las labores de fiscalización en la materia de contratación pública en los procedimientos que invierten mayores recursos.

En atención con lo antes señalado, si bajo el régimen ordinario de la LGCP el legislador no atribuyó competencia para conocer un procedimiento diferente, no resultaría consistente que en el caso de leyes especiales como el empréstito de la Ley No. 10456, se considere que podría conocer todos aquellos procedimientos incluso cuando su cuantía no alcance el monto de la 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 siempre que alcance el límite inferior del procedimiento de licitación mayor.

Visto lo anterior, en lo que atañe al régimen recursivo no se regula en forma expresa uno especial, por lo que deberá estarse a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 92 de la LGCP, por lo que el concurso se asume para todos los efectos como una licitación mayor, razón por la cual debe verificarse la cuantía del concurso No. 2024LPI-0016-PROERI-CONAVI, siendo necesario que sea equiparable a ese tipo de procedimiento ordinario.

Así, de conformidad con las reglas establecidas en el ordinal 36 de la LGCP y la resolución R-DC-00123-2023 de las 13:00 horas del 12 de diciembre de 2023, por medio de la cual se actualizaron los umbrales para determinar los procedimientos de contratación del año 2024; se tiene que el umbral del régimen ordinario para la licitación mayor en las contrataciones de obra pública se encuentra establecido en la suma de $\text{¢}702.633.295,00$ (setecientos dos millones seiscientos treinta y tres mil doscientos noventa y cinco colones exactos), de conformidad con la resolución del Despacho Contralor número R-DC-00123-2023.

Según el punto “3. *Presentación del proceso de Licitación*”, se establece que el objetivo de la contratación es el siguiente: “**Contratación de estudios, diseño y construcción de obras de estabilización CA / (...)**” (resaltado corresponde al original), según el folio 07 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188, el cual contiene el pliego de condiciones de la contratación que nos ocupa.

Definido el objeto de la contratación, consta en la “*Sección II. Datos de la Licitación*”, cláusula 17.1 que el monto presupuestado para la contratación es de

USD\$4.414.503,72, (cuatro millones cuatrocientos catorce mil quinientos tres dólares americanos con setenta y dos centavos de dólares americanos), el cual, al ser convertido a colones, según el tipo de cambio para la venta del dólar fijado por el Banco Central de Costa Rica a la fecha de publicación del pliego de condiciones, o sea el 25 de octubre de 2024 (folio 06 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188), era de ¢517,00 por dólar; suma en colones costarricenses que asciende a la suma de **¢2.282.298.423,24** (dos mil doscientos ochenta y dos millones doscientos noventa y ocho mil cuatrocientos veintitrés colones con veinticuatro céntimos).

Según lo anterior, se tiene por acreditado que la suma total estimada de la presente licitación corresponde a un monto que supera el umbral de la licitación mayor para el régimen ordinario en obra pública actualmente determinado en ¢702.633.295 y como resultado de ello esta Contraloría General resulta competente para conocer el recurso de objeción presentado.

c) Sobre el plazo para objetar el pliego de condiciones: se ha señalado en anteriores resoluciones de este órgano contralor tales como la R-DCP-00072-2024 y R-DCP-00078-2024, que en aplicación de las regulaciones del Banco acreedor y con el interés de alcanzar la mayor participación de oferentes, se han realizado diversas publicaciones de la invitación al concurso.

Ante lo anterior, se estimó oportuno por parte de este órgano contralor dimensionar dicha circunstancia con el fin de evitar graves distorsiones a la seguridad jurídica y el fin último de los procesos licitatorios promovidos o que se promuevan, pues a partir de su tramitación correcta podrán atenderse las distintas obras de infraestructura pública en riesgo inminente y emergencia, restaurando la funcionalidad de cada obra y así fortalecer su resiliencia ante futuros desastres.

Por ello, en aplicación del principio del informalismo y el mayor acceso a la justicia administrativa se ha venido utilizando la última de las publicaciones para efectos de considerar la interposición en tiempo de los recursos de objeción que sean promovidos en los concursos derivados del contrato de préstamo No. 2317 que se financian con 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)*", aprobado mediante la Ley No. 10456.

Conforme a lo expuesto, se tiene que mediante el oficio No. PRO-01-2024-0478 (0703) del 05 de noviembre de 2024, se indicó que la última publicación del pliego de condiciones se realizó el 25 de octubre de 2024. (folio 06 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188).

En atención con lo anterior, el recurso de objeción ha sido interpuesto por la objetante el día 04 de noviembre de 2024 (folio 01 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188) razón por la cual la impugnación ingresó en tiempo y corresponde conocerlo a esta Contraloría General.

d) Sobre la temeridad alegada por la Administración ante la interposición del recurso de objeción interpuesto por la empresa recurrente: de lo dispuesto en la respuesta a la audiencia especial, el Conavi señala que la impugnación de la objetante es temeraria, por cuanto la misma ha participado como oferente en otros concursos promovidos por la Administración, razón por la cual cuenta con el conocimiento de los temas objetados. Señala que se plantean los mismos argumentos en todas las impugnaciones presentadas.

Menciona que cada objeción presentada obliga a un análisis y respuesta detallada, lo cual implica un uso significativo de recursos administrativos y legales, generando retrasos en la tramitación del concurso; demora que no sólo afecta el cumplimiento de los plazos establecidos, sino que también pone en riesgo la disponibilidad de los fondos del financiamiento, afectando negativamente el avance del proyecto y el interés público. En su conclusión final, señala que el recurso debe declararse temerario y proceder con respecto a lo dispuesto en el artículo 93 de la LGCP.

Criterio de la División. Sobre lo expuesto, ha de tomarse en cuenta que el artículo 93 de la LGCP dispone sobre la temeridad cuando se determine que la impugnación ha sido interpuesta con mala fe, abuso de derechos procedimentales al interponer acciones totalmente infundadas o incluso hechos contrarios a la realidad.

A partir de lo anterior, se tiene que la norma transcrita dispone una serie de presupuestos que deben presentarse para que un recurrente pueda ser sujeto a una multa. En ese sentido, la posición de esta Contraloría General ha sido que cuando una parte alegue la temeridad de un recurso, su argumento debe venir acompañado de un desarrollo consistente y claro del por qué el mismo debe ser considerado temerario, así como aportar los elementos probatorios suficientes cuando así corresponda.

Esto implica que no basta únicamente con las manifestaciones que la impugnación es temeraria, sino que le correspondía a la contratante realizar el desarrollo y aportar la prueba necesaria para acreditar que la recurrente actuó de mala fe o que abusó de los derechos procedimentales como lo indica la norma; aspecto que ha sido omiso en su escrito de audiencia especial, siendo que no se ha demostrado con prueba contundente la temeridad de la recurrente.

En este sentido, observa este órgano contralor que más allá de lo anterior, el Conavi señaló en su respuesta a la audiencia especial que debe corregir un error en la redacción del pliego de condiciones y realizar otra precisión al pliego cartelario, razón por la cual para el caso en estudio, la impugnación ha servido para que se realicen dichos ajustes, por la cual no procede concluir que este recurso de objeción sea temerario.

Así las cosas, a partir de lo expuesto **se rechaza** el planteamiento de la Administración sobre la temeridad de la objetante. Sobre la temeridad se pueden consultar -entre otras-, las resoluciones R-DCA-SICOP-00435-2023, R-DCA-SICOP-01463-2023, R-DCP-SICOP-0098-2024, R-DCP-SICOP-00171-2024 y R-DCP-00057-2024.

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO POR LA EMPRESA CONSTRUCTORA HERNAN SOLIS S. R. L.: con respecto de los argumentos de la empresa objetante y la posición de la Administración, se remite a los escritos que constan en este expediente electrónico de la Licitación Pública Internacional No. 2024LPI-0016-PROERI-CONAVI contenido en el SIGED.

1) Sobre los argumentos expuestos por parte de la empresa recurrente con respecto a la nulidad del procedimiento de compra pública: en atención a que la impugnación presentada por la recurrente coincide en este tema con otros casos atendidos por este órgano contralor, es necesario precisar que es un cuestionamiento que ha sido debidamente resuelto por esta Contraloría General en las resoluciones No. R-DCP-00070-2024, R-DCP-00072-2024 y R-DCP-00078-2024.

En ese sentido, dada la coincidencia de los argumentos de la parte apelante y en razón que la Administración incluso señala que este tema ha sido sujeto de resoluciones anteriores de este órgano contralor, se procederá a puntualizar la posición reiterada de este órgano contralor sobre el extremo del recurso de objeción denominado *“De la nulidad absoluta de los procedimientos de la Licitación, por la utilización de la plataforma E-PROERI y la no utilización de SICOP como “Sistema*

Digital Unificado” previsto en la LGCP”; ello conforme lo dispuesto en la resolución No. R-DCP-00072-2024 que en lo que interesa señaló:

“A) Sobre la nulidad absoluta de los procedimientos de la licitación por utilizar la plataforma E-PROERI y no utilizar el sistema digital unificado previsto en la LGCP. Criterio de la División: 1) Sobre la validez del procedimiento promovido bajo la plataforma PROERI. a) Principios constitucionales y la utilización del sistema digital unificado. (...) / En el caso de la contratación pública costarricense, el sistema digital unificado contiene información clave que pone a disposición de todos los actores para la toma de decisiones y para garantizar una mejor consecución de los fines públicos en distintas etapas del ciclo de vida del contrato. Es por ello que este órgano contralor coincide con la recurrente cuando refiere a la importancia del sistema en el contexto de la LGCP, sin embargo, conviene analizar si a estos procedimientos les resulta o no aplicables la LGCP. / (...) / b) El ámbito de aplicación de la LGCP respecto del artículo 5 de la Ley No. 10456. / (...) 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. / c) Sobre las competencias de anulación de la Contraloría General. (...) / 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. /

2) Sobre las garantías de seguridad jurídica de la plataforma electrónica utilizada por la Administración. Criterio de la División. / (...) / *Es por ello, que este órgano contralor estima que ese punto debe rechazarse de plano por falta de fundamentación, en tanto los alegatos carecen de la prueba que impone la normativa para acreditar sus argumentos. Desde luego, es responsabilidad de la Administración licitante garantizar las seguridades tecnológicas necesarias para atender principios de transparencia, seguridad jurídica e igualdad de trato, todo lo cual se deja bajo su responsabilidad. En igual sentido, entiende este órgano contralor que se trata de aspectos verificados oportunamente por el Banco acreedor conforme la vigilancia ordinaria de que se respeten los principios y regulaciones previstos en sus normas de adquisiciones de reiterada citada.*

3) Sobre la publicidad de los procedimientos promovidos. (...) / *la Administración valore en coordinación con el Banco acreedor la regulación de un plazo cierto para efectos de la publicación de los avisos tanto para participar como para conocer el acto final, todo lo cual deberá realizarlo conforme la políticas y normas del BCIE, así como en observancia de los principios constitucionales.”*

En ese sentido, nótese que los temas expuestos incluso en forma más breve por parte de la recurrente en el actual recurso de objeción han sido objeto de pronunciamiento por este órgano contralor, razón por la cual para el presente caso se **declara sin lugar** este extremo del recurso de objeción, según los términos antes señalados, remitiendo a las partes a las resoluciones antes citadas para conocer en forma integral el contenido de la posición de esta División.

2) Sobre las inconsistencias del requisito de capital de trabajo o recursos financieros disponibles por acreditar: con respecto a este extremo del recurso de objeción, se establecen dos temas cuestionados por la empresa recurrente. El primer tema señalado corresponde a la incongruencia con respecto a los Criterios No. 2.5 y 2.6: cálculo de la capacidad financiera señalada con un monto exacto en colones costarricenses (punto 2.5) o mediante la suma del monto de la oferta multiplicado por 4

(punto 2.6) del pliego de condiciones. (según el folio 07 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188).

En el caso del Conavi, se considera relevante señalar expresamente lo dispuesto en la audiencia especial, según el siguiente detalle: *“(...) en relación al requisito 2.6, en el cual se establece la condición de que los Recursos Financieros disponibles para el proyecto objeto de la contratación (D) deberán ser: “igual o mayor al valor resultante de Monto de la oferta x 4 meses Plazo en meses” cabe reconocer que se ha cometido un error involuntario de tipeo, el cual será enmendado por la Administración. / (...) / El objetivo de este requisito es evaluar si el oferente posee la capacidad financiera para poder hacer frente al flujo de pagos que demande el contrato resultante del proceso licitatorio durante los primeros cuatro meses de ejecución. Así las cosas, según lo expuesto anteriormente, una vez enmendado el error, la “evidente inconsistencia” entre los requisitos planteados en los apartados 2.5 y 2.6 dejaría de existir”.*

En ese sentido, considerando la respuesta de la Administración, en cuanto a que mediante la corrección del error en la redacción de la cláusula corregirá la supuesta incongruencia entre los puntos cuestionados del pliego cartelario y siendo que el Conavi no señaló expresamente la redacción final propuesta para las cláusulas de forma tal que se supere esa posible contradicción, se procede a **declarar parcialmente con lugar** este punto específico de ese argumento; ello a efectos que la Administración realice los ajustes necesarios a la redacción; mismos que según ha indicado Conavi, procederán a corregir la posible inconsistencia entre los puntos de referencia.

El otro tema corresponde a considerar que todos los litigios pendientes se resuelven en contra del oferente y su impacto en la valoración de la capacidad financiera: en este sentido, la recurrente señala sobre el impacto de considerar que todos los litigios pendientes se resolverán en su contra y el impacto en los cálculos respectivos. Indica que el Conavi ha realizado modificaciones en otros concursos con respecto a este tema.

Conavi señala que los importes de las demandas de los litigios no se restan de los valores o importe de los conceptos extraídos de los estados financieros auditados, mismos en los cuales se encuentran registrados los pasivos contingentes según las NIF; menciona que no se está evaluando doblemente el efecto de los posibles fallos de los litigios y que el pliego contiene el uso que le dará la Administración a dicha información.

En atención con este extremo del recurso de objeción, la resolución No. R-DCP-00072-2024, en la parte que interesa para este caso dispuso: *“En relación con lo expuesto, este órgano contralor observa que la objetante, a partir del análisis que ha presentado, no ha desarrollado cuáles son los niveles recomendados por la norma técnica y cómo se ajusta al caso en concreto, así como tampoco se indica en el recurso cuántos son los litigios que deben considerarse o asumirse como resueltos en contra del oferente, ni se ha referido al riesgo que podría implicar asumir tal situación conforme a lo dispuesto en el pliego de condiciones. / Lo anterior, dado que, tal como se ha señalado a lo largo de este apartado, la objetante se limita a manifestar su disconformidad con el punto impugnado sin acreditar la existencia de una limitación injustificada en su perjuicio, ni ha formulado una pretensión concreta”*.

Conforme a lo anterior, la empresa recurrente no ha presentado elementos de fundamentación para demostrar la limitación que dicho clausulado le impone a su representada, en el sentido del impacto de la redacción actual, a efecto de acreditar que la misma es contraria a la norma contable y además perjudica la libre participación de los oferentes.

Asimismo no desarrolla la forma en que las cláusulas deben ser propuestas en el pliego cartelario, acreditando mediante su sugerencia, la correcta vinculación del fin que persigue la cláusula, la norma contable y el principio de libre competencia, favoreciendo la mayor participación y con ello el interés público.

Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** este punto del recurso de objeción, aclarando que sobre este punto en concreto en otros casos este órgano contralor ha realizado una serie de precisiones sobre el tema del manejo de los litigios pendientes para la evaluación de la solvencia financiera de la empresa oferente.

En ese sentido, se recomienda a la Administración la lectura integral de esas resoluciones, a modo de consulta, que podrían coadyuvar en caso que sea necesario incluir algunas aclaraciones o modificaciones al pliego de condiciones. Entre las resoluciones que pueden citarse se encuentran las No. R-DCP-00025-2024, R-DCP-00036-2024, R-DCP-00035-2024, R-DCP-SICOP-00827-2024, R-DCP-SICOP-01026-2024 y R-DCP-SICOP-01488-2024.

Las mismas han previsto la necesidad de que los términos cartelarios sean redactados de forma tal que las reglas de aplicación del factor de evaluación contengan los términos mediante los cuáles se realizará la evaluación a cada oferente; lo anterior a

efecto de que no sea interpretativo ni para los oferentes ni para los evaluadores por parte de la Administración. Lo anterior, siempre y cuando resulten vinculantes para el presente caso, considerando que el Conavi ha señalado que el pliego cartelario se considera correcto según los cuestionamientos de la recurrente.

3) Sobre el cálculo de los recursos financieros y el Formulario FIN-3: en atención con lo dispuesto en este punto del recurso de objeción, la empresa recurrente indica que existe una incongruencia en el cálculo del capital de trabajo, específicamente los puntos 2.6 del Criterio 2: Solidez de la situación financiera actual y el Formulario denominado FIN-3.

Indica que este punto ha sido modificado por la Administración en otros concursos. Concluye que el cálculo del capital de trabajo debe ser consecuente con las normas contables, específicamente las NIC No. 1 y 8 y que se resuelva conforme a la resolución R-DCP-SICOP-00827-2024.

Conavi menciona que el objetivo de las condiciones cartelarias es evaluar la capacidad financiera del oferente para hacerle frente a los compromisos financieros que demande la ejecución del contrato, razón por la cual se evalúan los activos líquidos y las líneas de crédito bancario. Indica que en el formulario FIN-3 se efectúa una valoración de los “recursos financieros” y no de capital de trabajo, por ejemplo no se toman para su valoración activos corrientes, como cuentas por cobrar, los documentos por cobrar del inventario, entre otros. Menciona que la recurrente no demuestra una limitación que se derive de la aplicación de las cláusulas cuestionadas por lo cual carece de fundamentación el extremo impugnado.

En razón de lo anterior, según se ha dispuesto en la reciente resolución de este órgano contralor emitida bajo el numeral R-DCP-00072-2024, misma que resulta aplicable a este caso, se determinó para la resolución de este aspecto, lo siguiente:

i) En cuanto a la determinación de las normas contables, en el recurso de objeción la recurrente únicamente menciona que el criterio no se encuentra previsto en forma correcta en el pliego cartelario, siendo que no es conforme con la norma contable NIC 1.

Sobre este particular, según se dispuso en la resolución anterior, se considera en lo que interesa resaltar que: *“(...) si bien el argumento de la recurrente se sustenta en lo establecido en la norma técnica, no se observa explicación alguna respecto a la limitación o afectación que la redacción actual de la cláusula le pueda ocasionar. Es preciso señalar que el hecho de sustentar su argumento en una norma técnica, no*

exime a la objetante de acreditar el perjuicio ocasionado ni las implicaciones específicas en el caso en cuestión”.

En atención con lo anterior, al igual que el antecedente antes mencionado, la recurrente omite el ejercicio de fundamentación en cuanto a la limitación de la cláusula para participar en el concurso y tampoco demuestra la forma correcta de redactar la condición cartelaria ajustada a lo que resulte aplicable con la norma contable señalada.

Por lo tanto, ante la falta de fundamentación del argumento, lo procedente es **rechazar de plano** este punto.

ii) En cuanto al formulario FIN-3: según lo señalado en el antecedente antes mencionado, de importancia para este caso se indicó: *“Lo anterior, dado que, la objetante no ha expuesto más allá de las referencias a la norma técnica, cuál sería la forma correcta de calcular el capital de trabajo, ni ha especificado cuáles son los ajustes o modificaciones que deberían aplicarse al pliego de condiciones para resolver la contradicción que señala”.*

En igual sentido, en el recurso de objeción en trámite, la empresa recurrente no señala la limitación del clausulado para participar ni evidencia las contradicciones desde el punto de vista contable, legal o financiero entre las cláusulas impugnadas.

Lo anterior, por cuanto es necesario al menos el ejercicio hipotético para demostrar a este órgano contralor que la contradicción perjudica los principios de libre concurrencia y seguridad jurídica, en cuanto a que las condiciones cartelarias incluso no resulten aplicables en la fase de estudio de ofertas, ante la supuesta discrepancia de su redacción; ello resulta necesario, dado que el Conavi en su respuesta a la audiencia especial, ha señalado que son revisiones diferentes para medir la capacidad financiera de la empresa ante escenarios que pueden presentarse durante la ejecución contractual.

Asimismo, no demostró cómo el clausulado resulta ser contrario a la normativa contable y la propuesta correcta en apego a la misma. Por último, ha señalado que la Administración ha realizado modificaciones en otros pliegos de condiciones con respecto a este tema, siendo omiso de acreditar las mismas y la trazabilidad en cuanto cómo esa redacción resulte aplicable al argumento expuesto en su recurso de objeción.

Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** este punto por falta de fundamentación.

4) Sobre la inconsistencia en el requisito de experiencia en cuanto a la incorporación de un subcontratista especializado: para este extremo del recurso de objeción, la empresa objetante ha señalado una posible contradicción en las reglas del concurso, por cuanto se permite en el Criterio punto 4), inciso ii), puntuar la experiencia en el diseño por medio del subcontratista pero en la Sección de Datos de la Licitación (DDL), en el punto 20.3 se indica que la misma *“No Aplica”*. (según el folio 07 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188).

Asimismo señala que el punto 20.3 de la sección denominada Instrucciones a los oferentes (IAO) permite realizar la subcontratación especializada, por ende existe una ambigüedad o inconsistencia en el punto 20.3 de la sección DDL.

El Conavi señala que no existe contradicción entre las cláusulas, pero que ha considerado que para una correcta interpretación de las condiciones cartelarias, realizará un ajuste a la redacción actual con respecto al tema de la experiencia. Menciona que los oferentes deben poseer una experiencia mínima de competencia técnica y conocimiento especializado para ejecutar el objeto contractual. Asimismo manifiesta que el pliego no prohíbe la subcontratación especializada, siempre que se cumpla con los requisitos impuestos en el pliego de condiciones. Concluye que debe rechazarse el extremo del recurso de objeción por falta de fundamentación.

Conforme a lo anterior, primeramente es necesario señalar que la cláusula 20.3 de la sección IAO dispone en lo que interesa que: *“El Oferente no podrá valerse de las calificaciones del subcontratista para solicitar la adjudicación de las Obras, a menos que el Contratante haya establecido previamente en los DDL que las partes especializadas a cargo de este último podrán ser realizadas por subcontratistas denominados en adelante “Subcontratistas Especializados” (...)”*. (según el folio 07 del expediente electrónico No. CGR-ROC-2024008188).

Nótese que el uso de las calificaciones que puedan obtenerse derivado de un subcontratista especializado debe reclamarse por parte del oferente, siempre y cuando el punto 20.3 de la sección DDL así lo autorice para el concurso específico.

En el presente caso, tal y como lo señala la recurrente, dicho punto 20.3 de la sección DDL no lo prevé, razón por la cual no resulta aplicable para el presente concurso - el uso de las calificaciones del subcontratista para las labores de diseño-; aspecto que no sería una incongruencia del pliego cartelario en ambas cláusulas, dado que realizando la trazabilidad de las mismas, para la aplicación de dichas calificaciones (cláusula 20.3

del IAO) es necesario que la cláusula de la sección DDL No. 20.3 lo disponga como válido. Lo anterior se confirma con lo aclarado por parte del Conavi en su respuesta a la audiencia especial, en el sentido que el punto 20.3 de la sección DDL no aplica y por ende no es posible reclamar esas calificaciones en atención a los atestados del subcontrato designado por el oferente en labores de diseño.

Ahora bien, considerando que la pretensión de la recurrente dispone la necesidad que el Conavi realice una enmienda del pliego de condiciones de manera que se adecue la cláusula de la sección DDL, punto 20.3, para que se permita el uso de un subcontratista especializado para las labores de diseño con respecto a lo dispuesto en el Criterio de Experiencia, 4 inciso ii), la Administración realizará para una correcta aplicación de las reglas del concurso una enmienda oficiosa a la última cláusula; misma que debe haber valorado técnicamente en cuanto a su procedencia, siendo la única responsable de su implementación, razón por la cual, lo procedente es que realice la publicación respectiva, según los alcances de dicha modificación.

En este sentido, nótese que la cláusula 20.3 de la sección DDL se mantendrá incólume, por cuanto no se permitirá la acreditación de la calificación de experiencia del subcontrato en labores de diseño, lo cual coincide con la enmienda que de forma oficiosa plantea la Administración. Lo anterior, considerando que la recurrente no ha demostrado la limitación para participar que le genera la cláusula impugnada o bien las razones técnicas o jurídicas que impliquen considerar el cambio propuesto para la satisfacción de la necesidad propuesta en el presente concurso.

Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** este extremo del recurso de objeción, por falta de fundamentación.

5) Sobre la ilegal restricción y limitación en el porcentaje de Subcontratación (20%): en este sentido, la recurrente señala que en el pliego de condiciones en el apartado apartado C. Preparación de las Ofertas, punto No. 20.2 se dispone un límite para los oferentes de subcontratar hasta el 20% del monto del contrato. Menciona que no existe una justificación legal para dicha limitación, considerando lo dispuesto en los artículos 49 de la LGCP y 133 del RLGCP. Alega que por el principio de jerarquía normativa dichas normas se encuentran por encima del pliego cartelario.

La Administración dispone que la Ley No. 10459 mediante la que se aprobó el contrato de préstamo No. 2317, en su artículo 5 exceptúan las contratación de obras, bienes o servicios de la aplicación de los procedimientos de contratación pública. Señala que el concurso dispone como margen de subcontratación un 20% del monto de contrato,

dada la necesidad técnica de control operativo y responsabilidad directa del contratista principal con respecto al objeto de la contratación.

Criterio de la División: en este sentido, es importante recapitular con respecto al argumento de la empresa objetante, la aplicabilidad o no de lo dispuesto en los artículos 49 y 133 de la LGCP y el RLGCP, para consignar de forma obligatoria en las reglas del concurso, la posibilidad de subcontratar hasta un 50% del monto del contrato.

Sobre ese particular, en primera instancia es importante señalar que la Ley No. 10456, Ley que aprueba 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 BCIE (normativa publicada en el Diario Oficial La Gaceta, edición No. 38 del día 28 de febrero de 2024), en su ANEXO I – CONDICIONES ESPECIALES SEGÚN FUENTE DE RECURSOS, en el artículo 5 párrafo segundo dispone: *“Los principios constitucionales y el régimen de prohibiciones de contratación administrativa, establecidos en la legislación ordinaria, serán de aplicación obligatoria, y los procedimientos del ordenamiento jurídico nacional se aplicarán de manera supletoria”*.

En ese sentido, las disposiciones previstas en el LGCP y el RLGCP deben ser aplicadas en forma supletoria; ello dado que el procedimiento objeto de análisis se rige por lo dispuesto tanto en las Normas y Políticas del BCIE como en el contrato de préstamo, siendo obligación del CONAVI acatar lo ahí establecido.

En igual sentido, es necesario puntualizar que la fundamentación de la empresa recurrente en su recurso de objeción ha sido omisa en señalar los motivos de orden jurídico que respalden su posición, referente a la obligatoriedad del Conavi de regir el tema de la subcontratación mediante los artículos antes citados, correspondientes a la LGCP y su Reglamento.

Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** este extremo del recurso de objeción, por falta de fundamentación.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 88, 92, 95 de la Ley General de Contratación Pública, 93, 246, 252, 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS, S. R. L.**, en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA**

INTERNACIONAL No. 2024LPI-0016-PROERI-CONAVI, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para la “*Contratación de estudios, diseño y construcción de obras de estabilización CA Lote 3-2 una etapa - dos sobres por el Consejo Nacional de Viabilidad*”. **2) PREVENIR a** la Administración para que proceda a incorporar las modificaciones que ha señalado se realizarán al pliego cartelario y cualquier aclaración requerida, dentro del término y condiciones previstas en los artículos 96 de la LGCP y 257 del citado Reglamento. **3) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**

Adriana Pacheco Vargas
Asistente Técnica

Andrea Muñoz Cerdas
Fiscalizadora Asociada

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

AMC/rmr
NI: 23784-23885-25198
NN: 20094-2024 (DCP-0346)
Gestión: 2024005170-1
Expediente: CGR-ROC-2024008188