

**Al contestar refiérase
al oficio N° 18745**

20 de diciembre, 2023
DFOE-DEC-3207

Señores

Víctor Julio Carvajal Porras

Ministro

MINISTERIO DE AGRICULTURA Y GANADERÍA (MAG)

Nelson Morera Paniagua

Director Ejecutivo

SERVICIO FITOSANITARIO DEL ESTADO (SFE)

Glenda Ávila Isaac

Proveedora Institucional

SERVICIO FITOSANITARIO DEL ESTADO (SFE)

Estimados señores:

Asunto: Orden **Nro. DFOE-DEC-ORD-00014-2023** sobre el procedimiento de contratación Nro. 2023PX-000007-0090100001, Servicio de infocomunicación y telecomunicación, de los Sistemas de Inspección no Intrusiva 24/7, en las diferentes entradas y salidas del territorio costarricense.

Este Órgano Contralor en el ejercicio de sus potestades de fiscalización superior de la hacienda pública, otorgadas mediante los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y 11, 12 y 22 de su Ley Orgánica nro. 7428, ha venido realizando un seguimiento de la advertencia emitida mediante el oficio Nro. DFOE-DEC-1338(07701)-2023 del 13 de junio del año en curso, girada por el presente órgano contralor al Ministerio de Hacienda.

A partir de la información recabada como parte del proceso de seguimiento, y de las actuaciones que constan en el sistema público digital unificado y considerando también, los diferentes actos administrativos emitidos por el Ministerio de Hacienda y las demás instituciones vinculadas al Sistema de Inspección no Intrusiva, se procede con la emisión de una orden vinculante considerando lo siguiente:

I. SOBRE EL SISTEMA DE INSPECCIÓN NO INTRUSIVA (SINI)

Antecedente I.1: El 29 de noviembre de 2022 se emitió el Decreto Ejecutivo Nro. 43806-H¹, mediante el cual se declaró de interés público el 'Sistema de inspección no intrusiva' (SINI), y refiere competencias y eventuales actividades de Radiográfica Costarricense, S.A. (RACSA), en la atención de la fase de ejecución del referido Sistema.

Antecedente I.2: El 25 de abril de 2023 fue emitido el Decreto Ejecutivo Nro. 44024-H², para la oficialización de la política nacional para la integración de información aduanera, la instalación de los equipos y los sistemas de la tecnología de inspección no intrusiva.

La Política Nacional quedó incorporada en el documento referenciado en el artículo 4 del citado Decreto, en el cual se indica lo siguiente:

“[...] se ha optado porque Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA) opere como integrador tecnológico, por tener este la capacidad de proveer una solución y el equipamiento de última tecnología que permita la digitalización de imágenes e inspección no intrusiva por medio de hardware y software, con apego a la legislación y regulación vigente aplicable, así como el acondicionamiento, infraestructura necesaria, soporte y mantenimiento técnico especializado, para lo cual generará los estudios financieros que definan los costos del servicio a cargo de los usuarios finales del sistema.

Asimismo, dicha norma declaró de interés público el Sistema de Inspección No Intrusiva (SINI), definiéndose las actividades que deberán realizar el Ministerio de Hacienda y RACSA para conceptualizar, diseñar, implementar, desarrollar y operar el SINI, en el lugar designado por la autoridad aduanera para el arribo y salida de mercancías en tráfico marítimo, aéreo o terrestre. / [...]” (p. 6 archivo .pdf)

Antecedente I.3: El 26 de abril de 2023, la Gerencia General de RACSA, mediante oficio Nro. GG-793-2023 emitido por José Mario Murillo Meléndez, manifestó lo siguiente:

¹ Publicado en el Alcance Nro. 260 a La Gaceta Nro. 230 del 1 de diciembre de 2022, pp. 593-599.

² Publicado en el Alcance Nro. 99 a La Gaceta Nro. 95 del 30 de mayo de 2023, pp. 247-249.

“[...] / El Ministerio de Hacienda no ha contratado a RACSA como contratista para la implementación del Sistema de Inspección no Intrusiva (SINI). / [...]”

“[...] / La política nacional emitida por el Ministerio de Hacienda se presentó el 27 de febrero 2023 en el Consejo Nacional de Facilitación del Comercio (CONAFAC) sin llegar a acuerdo entre las partes del sector público y el privado, sin embargo, se presentó el día 28 de febrero ante la Contraloría General de la República por parte del Ministerio de Hacienda. RACSA es ajeno al procedimiento relacionado a la oficialización de políticas nacionales que regula el Mideplan [...]”

Antecedente I.4: El día 10 de mayo de 2023, el Ministro de Agricultura, en conferencia de prensa en Casa Presidencial, indicó que RACSA ya contaba con un socio comercial para la instalación de escáneres en inspección no intrusiva (ver minutos 1:16:42 a 1:17:28 del video oficial).

Por disposición del legislador ordinario, la formulación, diseño, administración y operación del Sistema de inspección no intrusivo pasó al Ministerio de Hacienda (Transitorio XL de la ley Nro. 9635 de 2018; reiterado por transitorios II y III de la ley 10068 de 2022)

Antecedente I.5: Mediante oficio Nro. DFOE-DEC-1338(07701)-2023 de 13 de junio de 2023, la Contraloría General emitió advertencia dirigida al Ministerio de Hacienda, indicando de manera expresa lo siguiente:

“a) La declaratoria de interés público del Sistema de Inspección no Intrusiva no puede entenderse ni conducir a la selección de ningún contratista público ni privado que, ante normas de rango superior, está sujeta a esquemas preestablecidos. / [...]”

c) El marco jurídico en materia de contratación administrativa es vinculante para el Ministerio de Hacienda, por lo que la selección de cualquier contratista debe ajustarse al marco legal local e internacional aplicable.”

Antecedente I.6: El Ministro de Hacienda, Nogui Acosta Jaén, mediante su oficio Nro. MH-DM-OF-1252-2023 de 3 de agosto de 2023 de 3 de agosto de 2023, en relación con la citada Advertencia, manifestó lo siguiente:

“[...] / Conforme lo indicado por el ente Contralor, el Ministerio de Hacienda es conteste en que los mecanismos de control no pueden ser obviados en ningún caso, sin importar la vía que la Administración elija para satisfacer una necesidad específica; esto implica que la selección de un contratista por parte de la Administración, debe ser siempre el resultado de un procedimiento que esté respaldado y fundamentado en criterios técnicos y jurídicos, siguiendo el procedimiento establecido por la normativa de contratación pública correspondiente.

En este sentido, el decreto en cuestión no implica automáticamente un acto de adjudicación ni representa una etapa específica del proceso de contratación pública a favor de RACSA o cualquier otra entidad. / [...]”

Antecedente 1.7: El 29 de setiembre de 2023, Nogui Acosta Jaén, en su condición de Ministro de Hacienda, Víctor Julio Carvajal Porras, en su condición de Ministro de Agricultura y Ganadería, Cristian Montiel Torres, en su condición de Subdirector General de Aduanas, y Nelson Morera Paniagua, en su condición de Director del Servicio Fitosanitario del Estado, firmaron el "Convenio de cooperación interinstitucional entre el Ministerio de Hacienda y el Servicio Fitosanitario del Estado para la inspección no intrusiva de las mercancías sujetas a los controles fitosanitarios y aduaneros en fronteras terrestres, puertos y aeropuertos de Costa Rica", que en su cláusula "2. Obligaciones del Servicio Fitosanitario del Estado", estipula lo siguiente:

a) Adquirir, instalar, operar y dar mantenimiento a los equipos y los sistemas de la tecnología que posibiliten la inspección no intrusiva del cien por ciento (100%) de las mercancías que pasen como exportaciones o importaciones por las fronteras terrestres, puertos y aeropuertos de todo el país.

b) Suscribir los acuerdos y las contrataciones necesarias, de conformidad con la legislación vigente, para la adquisición, instalación, operación y mantenimiento de los equipos y los sistemas de la tecnología que posibiliten la inspección no intrusiva del cien por ciento (100%) de las mercancías y productos agropecuarios que pasen como exportaciones o importaciones por las fronteras terrestres, puertos y aeropuertos de todo el país, en calidad de órgano coadyuvante y auxiliar de la DGA, reservándose su competencia en materia fitosanitaria. / [...]”

El citado convenio entre el Ministerio de Hacienda y el Servicio Fitosanitario del Estado fue incorporado en la documentación relativa al registro de procedimiento excepcionado, el 9 de noviembre de 2023.

Antecedente I.9: El 23 de octubre de 2023, copia de la advertencia incorporada en el oficio Nro. DFOE-DEC-1338(07701)-2023 de 13 de junio de 2023, fue notificada a Víctor Julio Carvajal Porras, en su condición de Ministro de Agricultura y Ganadería, Nelson Morera Paniagua, en su condición de Director Ejecutivo, y a Gerardo Alberto Castro Salazar, en su condición de Asesor Jurídico, los dos últimos del Servicio Fitosanitario del Estado.

Antecedente I.10: El 6 de noviembre de 2023, mediante oficio Nro. GG-2292-2023³, el señor Mauricio Barrantes Quesada, en su condición de Gerente General de Radiográfica Costarricense S.A. (RACSA), en relación con el SINI, manifestó lo siguiente:

“Asimismo, RACSA acudió a su Reglamento de Asociaciones Empresariales y Otras Formas de Hacer Negocios para activar el proceso de selección de socio comercial que acompañaría a RACSA en ese proyecto. / [...]

El socio comercial seleccionado es un consorcio de empresas llamado Low Risk, quien es el representante local del fabricante de escáneres ASTROPHYSICS, empresa de calidad mundial con más de 35.000 escáneres colocados alrededor del mundo, experiencia en integración de soluciones en inspección no intrusiva con la confianza de CBP Estados Unidos en la frontera con México.”

Antecedente I.11: El 10 de noviembre de 2023, el Servicio Fitosanitario del Estado publicó en SICOP el registro del procedimiento excepcionado Nro. 2023PX-000006-0090100001, para el Servicio de escaneo de carga (exportación-importación), con la provisión de la solución tecnológica en inspección no intrusiva, los equipos de escaneo, videovigilancia de los procesos de inspección, sistema de control y seguimiento de contenedores escaneados, conectividad, redes y almacenamiento de información, y su transmisión al CIR (objetivos específicos del proyecto).

Este procedimiento resultó infructuoso el 27 de noviembre de 2023, ante la no presentación de la propuesta de RACSA dentro del plazo parametrizado por el Servicio Fitosanitario del Estado (SFE).

³ El oficio hace referencia a la confidencialidad de documentación remitida.

Antecedente I.12: Diecisiete días después, el 14 de diciembre de 2023, sin ninguna explicación, el Servicio Fitosanitario del Estado por segunda ocasión publicó en SICOP el registro del procedimiento excepcionado Nro. 2023PX-000007-0090100001, con el mismo objeto, y objetivos específicos del proyecto (excepto el desarrollo del sistema de control y seguimiento de las unidades escaneadas), del procedimiento infructuoso (anterior), pero en esta oportunidad incorporando información sobre un “sondeo de mercado” realizado con anterioridad.

Este procedimiento registra como fundamento normativo el trámite de excepción entre entes de derecho público, dentro de lo cual se determinó invitar a Radiográfica Costarricense, S.A., fijándose las 14:00 horas del 21 de diciembre de 2023 como cierre de recepción de la propuesta.

II. ASPECTOS RELEVANTES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Punto II.1: La Ley General de Contratación Pública (LGCP), ley Nro. 9986 de 2021⁴, establece un régimen unificado de aplicación general, ante la marcada diversidad de regímenes que existían; promueve el uso de procedimientos ordinarios de contratación, de frente al uso indiscriminado de excepciones; y por ende fueron eliminados los regímenes especiales. De ahí que esta nueva normativa obedece a la necesidad de la actualización y ajustes asociados a las demandas, los requerimientos y las posibilidades del presente; para así cumplir con el mandato constitucional del procedimiento ordinario de contratación, como la regla y vía idónea para la adquisición de bienes y servicios.

Punto II.2: El artículo 3 de la LGCP detalla los supuestos que pueden constituirse como excepciones de los procedimientos ordinarios y los artículos 4 de la LGCP y 4 del Reglamento a la LGCP, establecen los requerimientos generales que resultan ineludibles y de acatamiento obligatorio para el uso de esas causales.

Punto II.3: El artículo 4 de la LGCP establece que, para el uso de las excepciones, al igual que para el resto de los procedimientos, por ser un aspecto básico, debe contarse con la decisión inicial dictada por el jerarca de la institución o su delegado, la cual en estos casos debe contar con la acreditación de la procedencia de utilizar la excepción respectiva, dejando constancia de los motivos legales, técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la

⁴

Publicado en La Gaceta Nro. 103 del 31 de mayo de 2021, con entrada en vigencia a partir del 1 de diciembre de 2022.

satisfacción del interés público, así como realizar un sondeo o un estudio de mercado, según corresponda, que considere los potenciales oferentes idóneos del objeto que se pretende contratar. Esto por cuanto, se trata de una excepción, es decir, de una salvedad al régimen ordinario.

Punto II.4: Por su parte, el artículo 3 del RLCP establece una regla general de alta relevancia que deberá ser parámetro principal para todo operador jurídico, al disponer que “[...] *En virtud del principio constitucional de licitación, la aplicación de las excepciones a los procedimientos de concurso será restrictiva. En caso de duda, siempre se favorecerá el concurso, no la excepción.*” (el resaltado no corresponde al original)

Punto II.5: Dentro de las excepciones establecidas por el numeral 3 de la LGCP antes indicado, se encuentra el supuesto de la actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, regulado en el inciso b) de la siguiente forma: “*b) La actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público, cuando el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar. Para recurrir a esta excepción debe quedar acreditado en el expediente electrónico la idoneidad del ente público que se pretende contratar, debiendo este realizar al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual. / Las contrataciones con terceros por parte del ente público contratado deberán estar referidas a cuestiones especializadas y observar los procedimientos establecidos en la presente ley. Esta excepción no podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros sin atender los procedimientos establecidos en esta ley.*”

Punto II.6: En mayor detalle, el numeral 6 del Reglamento de la LGCP refiere a los requisitos que, además de los ya señalados, necesariamente deben ser considerados a la hora de fundamentar la excepción de la no aplicación de los procedimientos ordinarios, para llevar a cabo una actividad contractual desarrollada entre sí por entes de derecho público. Como resulta: “*a) Verificar que el objeto contractual se encuentre dentro de las facultades legales del ente a contratar. / b) Acreditar en el expediente electrónico la idoneidad del ente público en relación con el objeto que se desea contratar. / c) Garantizar que la entidad contratada realice al menos un setenta por ciento (70%) de la prestación del objeto contractual [...] Bajo ningún concepto las prestaciones sustanciales definidas en el contrato podrán ser subcontratadas. / d) Garantizar que las contrataciones con terceros estén referidas únicamente a cuestiones especializadas y accesorias [...] / e) Definir técnicamente, en el pliego de condiciones, el objeto a contratar de modo que queden debidamente plasmados los bienes, obras o servicios que prestará el contratista público [...] / f) Realizar un estudio de mercado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 inciso d) de este Reglamento, que considere a los potenciales agentes públicos*

y privados, idóneos [...]”. En este último aspecto, el artículo 44 inciso d) establece que *“Cuando la Administración no pueda determinar la razonabilidad del precio de conformidad con lo señalado en el inciso a), sea porque no existen datos suficientes o porque se han dado situaciones excepcionales en el mercado específico, deberá realizar un sondeo o estudio de mercado en que considerará, la cuantía y complejidad del objeto, la realización de una investigación exploratoria del mercado (oferta y demanda), considerando información histórica disponible, gestionando información mediante diversos mecanismos de consulta y en general, utilizando todo aquel material y otros medios complementarios que permitan una mejor comprensión del producto o servicio por adquirir.”*

Punto I.7: Finalmente, sobre el artículo 6 del RLCA que se viene mencionando, el último párrafo recalca, para este caso en particular, la regla general ya señalada en el artículo 4 del RLCP, al disponer que en caso de duda sobre la aplicación de esta excepción, se debe acudir a los procedimientos ordinarios previstos en la misma LGCP.

Punto I.8: Establecer requisitos para las excepciones, resulta acorde con la naturaleza contractual y por demás necesario para promover la satisfacción del interés público, toda vez que si bien tales excepciones permiten seleccionar al contratista bajo supuestos específicos, ello no significa en modo alguno desconocer las regulaciones sustantivas, básicas y necesarias para definir y ejecutar obligaciones contractuales.

III. INCOMPATIBILIDAD DE LA ALIANZA ESTRATÉGICA CON LA EXCEPCIÓN DE CONTRATACIÓN ENTRE ENTES DE DERECHO PÚBLICO.

Conforme el antecedente I.10 anterior, de manera previa al registro en SICOP del procedimiento Nro. 2023PX-000007-0090100001, la Administración que se pretende constituir en contratista le manifestó a esta Contraloría General, que ha formalizado una alianza estratégica para suplir los escáneres necesarios en la implementación del SINI. Por su parte, el Servicio Fitosanitario del Estado, dentro del expediente dicho, hizo referencia genérica a las competencias y habilitaciones de RACSA, entre lo cual fueron citadas las alianzas estratégicas de forma conjunta con el requisito del 70% de participación en la excepción de contratación entre entes de derecho público.

De frente a lo anterior, se tiene que el régimen de contratación pública incorpora una serie de excepciones al régimen ordinario, conforme la naturaleza del objeto y las consideraciones relativas a los sujetos intervinientes. Así y dentro de las figuras reguladas legal y reglamentariamente, la excepción de actividad contractual entre entes de derecho público se deriva del numeral 3 inciso b) de la LGCP, en relación con el numeral 6 del RLCP; por su parte, las alianzas estratégicas se han normado en el artículo 3 inciso h) de la LGCP y en el artículo 13 del Reglamento a esta ley, siendo que corresponden a supuestos de

DFOE-DEC-3207

9

20 de diciembre, 2023

hecho y derecho diferentes, a la hora de que alguna Administración Pública pretenda acudir a algún procedimiento de contratación y que, en razón de su naturaleza jurídica distinta, no pueden utilizarse de forma paralela en relación con el mismo objeto.

Bajo esta inteligencia, nótese que el ordenamiento de contratación pública incorpora referencias conceptuales, señalando que las alianzas estratégicas posibilitan el logro de ventajas competitivas, o posicionamiento comercial, en un proyecto común, donde el riesgo y los resultados son pactados de antemano.

Por su parte, la excepción para contratar entre entes de derecho público requiere, que la Administración contratista acredite su idoneidad para la prestación del objeto, debiendo ejecutar directamente la parte sustancial del contrato y, asumiendo como mínimo un 70% de las prestaciones contractuales, con la posibilidad de contratar con terceros únicamente cuestiones especializadas y accesorias, como en cualquier otra contratación. Es decir, que la entidad pública como contratista debe por sí misma contar con las condiciones necesarias para ello.

Cabe mencionar, que el legislador estableció aquí un control relevante, habida cuenta que la contratación de cuestiones especializadas y accesorias, dentro de la causal excepcionada del numeral 3 inciso b) de la LGCP, exige recurrir a los procedimientos ordinarios de contratación; excluyendo así la posibilidad de utilizar la alianza estratégica –o cualquier otra excepción– para completar requisitos y optar por una figura que en sí misma prescinde de los procedimientos ordinarios (excepción para contratar entre entes de derecho público). En otros términos, los procedimientos ordinarios no pueden obviarse mediante la combinación libre de distintas excepciones, menos en oposición a la esencia de la causal prevista en el artículo 3 inciso b) que en este caso es habilitar un mecanismo a la entidad pública, a nadie más, y partiendo de sus competencias, experiencia, posibilidades, etc.

Así las cosas, si los hechos en su constatación simple no describen supuestos amparados por el régimen excepcionado, necesariamente debe acudirse al régimen ordinario.

Véase que el pliego de condiciones, como documento adjunto al formulario electrónico, en la cláusula 6 refiere como producto esperado del contratista el “*Suministro e instalación de escáneres fabricados a la medida de la solución*”, entre otros ítems estrechamente vinculados. De frente al marco normativo de la excepción entre entes de derecho público, la Administración contratante refiere el cumplimiento genérico del 70% de la prestación del objeto contractual por parte de RACSA aunque sin motivar, puesto que se ha limitado a exponer las posibilidades de la empresa pública en su actuar de mercado.

Aunado a lo anterior, se tiene que el suministro de los escáneres –conforme una referencia difusa, por el SFE, a la alianza estratégica– constituye una prestación contractual sustantiva que no se ha demostrado sea cumplida por RACSA, por las específicas razones

antes expuestas. Es decir, al no ser la alianza estratégica una forma de contratación ordinaria de cuestiones especializadas y accesorias, carece de relevancia valorar si RACSA tiene o no el 70% de participación establecido como requisito por la norma para la contratación entre entes públicos, toda vez que independientemente del peso porcentual otorgado a los escáneres, lo cierto es que se trata de una prestación sustantiva que para efectos de la contratación entre entes de derecho público necesariamente debería estar dentro del giro del negocio de la administración contratada. Debe considerarse que la filosofía del sistema de contratación pública, en relación con la excepción de contratación entre entes de derecho público, es que la Administración contratista asuma íntegra y efectivamente la atención del objeto contractual.

Es preciso reiterar que el aporte de los escáneres, y demás renglones vinculados con el proyecto, por parte del socio de RACSA⁵; independientemente de si son coincidentes o no con el porcentaje de participación que requiere la excepción entre entes; son ajenas al cumplimiento del régimen normativo de la última figura, porque no se ha acudido a los procedimientos ordinarios de contratación de las cuestiones especializadas y accesorias. A mayor abundamiento, el procedimiento especial utilizado por RACSA en la escogencia del socio, dentro de la excepción de alianzas estratégicas, no es equivalente a un procedimiento ordinario.

IV. ESTUDIO DE MERCADO

Respecto de la obligación de contar con estudios de mercado, para el caso de la excepción del inciso b) del artículo 3 esta no es facultativa sino obligatoria, ya que a pesar de que en el listado de requisitos generales para la aplicación de excepciones se indica, que el mismo se realizará “cuando corresponda” (entre sondeo y estudio), el inciso f) del artículo 6 del Reglamento impone la realización de estudio de mercado y, exige además, que se ejecute conforme al artículo 44 inciso d) de este Reglamento.

Sobre este requisito, en SICOP –único medio para tramitar contratos– en el expediente Nro. 2023PX-000007-0090100001, que consiste en una excepción por actividad contractual desarrollada entre entes de derecho público, para la adquisición del “Servicio de infocomunicación y telecomunicación, de los Sistemas de Inspección no Intrusiva 24/7, en las Diferentes Entradas y Salidas del Territorio Costarricense”, del análisis de los documentos incorporados en el citado procedimiento se concluye que se omitió la realización de estudios de mercado, ya que sólo se visualiza el archivo “2DAF-P_1” (adjunto Nro. 21 al pliego electrónico), el cual se identifica claramente como un sondeo de mercado, sin cumplir con los elementos mínimos esperados de un estudio de mercado indispensable para este tipo de negocio.

⁵ Conforme las regulaciones propias de su alianza estratégica que esta Contraloría tuvo a la vista, según información remitida al presente órgano contralor por RACSA mediante el oficio Nro. GG-2292-2023 de 6 de noviembre de 2023.

En particular, el expediente incluye lo siguiente: **(1)** Documento denominado “Sondeo de mercado” de 14 de diciembre de 2023⁶, en cual se determina un precio promedio con base en la cotización de Racsa y dos operadores de mercado; no obstante, la consulta efectuada por la Administración⁷ estableció como parámetro \$25,00, es decir, fue considerado un precio que no se derivó de un estudio de mercado; **(2)** Conforme las consultas efectuadas por la Administración para el sondeo de octubre de 2023⁸, la Administración había preestablecido las condiciones, pese a que el estudio de mercado tiene como uno de sus objetivos esenciales, precisamente, constituir un *“instrumento para que las instituciones identifiquen las posibilidades ofrecidas por el mercado a través de un estudio riguroso, especializado y a partir de muestras concretas en un mayor espacio de tiempo”* (artículo 4 inciso c del RLCP); **(3)** No queda debidamente sustentado que el estudio financiero, que referencia la tarifa de \$25,00 por contenedor y su proyección a diez años, se haya basado en un estudio de mercado independiente, en la medida que no queda desvirtuada su vinculación con el flujo financiero anual del servicio levantado por RACSA del 10 de julio de 2023⁹.

La omisión de este requisito esencial tiene una afectación directa en la decisión del SFE, pues los estudios de mercado¹⁰ permiten determinar la existencia de las mejores opciones del mercado en la relación calidad - precio y los sujetos con mayor experiencia demostrada para la satisfacción de la necesidad pública; y, en segundo lugar, permite el análisis comparativo entre los potenciales agentes públicos y privados que sean idóneos. Como se observa, la correcta parametrización de los datos por obtener del mercado, resulta indispensable para la correcta toma de decisiones en la descripción funcional del objeto, y la eventual comparación dentro del ámbito de una excepción.

Acorde con lo indicado, ejecutar los estudios de mercado conforme al marco legal y reglamentario, habría permitido explorar el mercado para conocer la oferta y demanda, analizar información histórica sobre el servicio que se espera recibir y, en general, obtener

⁶ Archivo “2DAF-P_1” (adjunto Nro. 21 al pliego electrónico).

⁷ Ver archivos adjuntos al pliego electrónico números 007 a 012. En concreto, la Administración consultó: *“c) Para el escaneo por contenedor se estimada una tarifa de 25 USD por unidad, que cubriría toda la operación descrita. ¿Su representada está en la capacidad de brindar la solución completa en equipo, instalación, infraestructura datos y comunicación, mantenimiento y operación según lo indicado anteriormente?”*

⁸ Ver archivos adjuntos al pliego electrónico números 007 a 012.

⁹ Conforme información remitida al presente órgano contralor por RACSA mediante el oficio Nro. GG-2292-2023 de 6 de noviembre de 2023.

¹⁰ En relación además sobre los alcances de un estudio de mercado, la Contraloría General en el pasado ha señalado algunas bases mínimas que deben contener. Ver oficio 04760 (DCA-1120) del 31 de marzo de 2020, el cual a su vez refiere a los oficios 02593 (DCA-0411) del 17 de febrero de 2015 y 02248 (DCA-0413) del 22 de febrero, 02718 (DCA-0499) del 6 de marzo y 02248 (DCA-0413) del 22 de febrero, estos últimos de 2017. Además, 03660-2008 (DCA-1167), 07673-2009 (DJ-0319), y 02248-2017 (DCA-0413).

Pueden consultarse documentos en el marco de OCDE: “Market Analysis, Preliminary Market Consultations, and Prior Involvement of Candidates/Tenderers”, y “Tool: Template for market study report”.

DFOE-DEC-3207

12

20 de diciembre, 2023

una mejor comprensión del objeto contractual, contando así con evidencia inequívoca de que el sujeto seleccionado es el oferente más idóneo que el mercado puede ofrecer, permitiendo aprovechar al máximo la inversión.

VI. CONCLUSIONES

1. El cumplimiento de los requisitos para recurrir a la excepción de contratación entre entes de derecho público, es incompatible con la figura de la alianza estratégica.
2. La excepción de contratación entre entes de derecho público prevé únicamente la posibilidad de contratar mediante procedimientos ordinarios las cuestiones especializadas y accesorios, por lo que la figura no puede ser confundida con la alianza estratégica.
3. La excepción contenida en el artículo 3 inciso b) de la LGCP impone a la Administración contratante, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de todos los requisitos que dispone la norma y, en caso de duda respecto de la aplicación de esta excepción, debe recurrirse al procedimiento ordinario que corresponda.

VII. ORDEN

Por tanto, con fundamento en las competencias de fiscalización otorgadas a la Contraloría General en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, y ordinales 4 y 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; por ser la excepción prevista en el artículo 3 inciso b) de la LGCP exclusiva para las entidades públicas e incompatible con la alianza estratégica, y siendo además que en el procedimiento de contratación pública que nos ocupa se omitió la realización de un estudio de mercado en los términos antes indicados, se ordena a los destinatarios de este documento, o a quien en su lugar ejerza el cargo; lo siguiente:

1. Dejar sin efecto, de inmediato, el procedimiento de registro en SICOP Nro. 2023PX-000007-0090100001, basado en el artículo 3 inciso b) de la LGCP, excepción entre entes de derecho público.
2. Cumplir con el marco jurídico en materia de contratación pública, de manera tal que la selección de cualquier contratista se ajuste al marco legal y reglamentario aplicable.

En línea con lo anterior, se comunica que esta Área de Fiscalización dará seguimiento al cumplimiento de lo aquí ordenado por el Órgano Contralor, por lo que se solicita informar a la citada Área mediante oficio, el cumplimiento de lo ordenado **A MÁS TARDAR EL 21 DE DICIEMBRE DE 2023**, remitiéndose una certificación en la que se haga constar que se atendió lo ordenado, con la documentación de respaldo correspondiente.

DFOE-DEC-3207

13

20 de diciembre, 2023

Asimismo, se enfatiza que debe designar y comunicar los datos del responsable del expediente donde se documentará el cumplimiento de lo ordenado, a quien le corresponderá la tarea de conformar, actualizar, foliar, custodiar, conservar y dar acceso al expediente. También se solicita informar sobre la(s) persona(s) a quien(es) se le asignó el rol de contacto oficial, para facilitar la comunicación entre la persona a la que se le dirige lo ordenado y la Contraloría General, para el suministro de información cuando ésta así lo requiera. Los roles citados podrán ser ejecutados por una misma persona o por varias, según lo defina la Administración, de conformidad con las competencias establecidas en su marco normativo; y la asignación de dichos roles deberá comunicarse formalmente a la(s) persona(s) que asumirá(n) el respectivo rol y a la Contraloría General, dentro de los **cinco (5) días** hábiles siguientes a la comunicación de lo ordenado. Esta comunicación deberá indicar el nombre, puesto, número de teléfono y correo electrónico de dicha(s) persona(s).

En ese tanto, es necesario que las medidas y decisiones que se adopten, se motiven y documenten en el expediente administrativo respectivo, dejando claro este Órgano Contralor que la responsabilidad de ello recae exclusivamente en esa Administración; sin perjuicio de las acciones de fiscalización concomitante o futura que pueda efectuar esta Contraloría General con respecto a los asuntos advertidos en este documento.

Por otra parte, no se omite señalar que el artículo 69 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Nro. 7428 de 1994, establece que cuando en el ejercicio de sus potestades el Órgano Contralor haya cursado órdenes a los sujetos pasivos y estas no se hayan cumplido injustificadamente, las reiterará por una sola vez y fijará un plazo para su cumplimiento; pero de mantenerse la desobediencia, una vez agotado el plazo, se tendrá como falta grave y dará lugar a la suspensión o a la destitución del funcionario o empleado infractor, según lo determine la Contraloría General.

Finalmente, indicar que de conformidad con lo establecido por los artículos 343, 346 y 347 de la Ley General de la Administración Pública, Nro. 6227 de 1978, contra la presente orden caben los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, los cuales deberán ser interpuestos dentro del **tercer día** a partir de la fecha de recibo de esta comunicación, correspondiéndole a esta Área de Fiscalización la resolución de la revocatoria y al Despacho Contralor, la apelación respectiva. De presentarse conjuntamente los recursos de revocatoria y apelación, el Área de Fiscalización, en caso de rechazo del recurso de revocatoria, remitirá el recurso de apelación al Despacho Contralor para su resolución.

Atentamente,

Lic. Rafael Picado López
Gerente de Área
Contraloría General de la República

DFOE-DEC-3207

14

20 de diciembre, 2023

Licda. Ruth Houed Caamaño
Asistente Técnico
Contraloría General de la República

Lic. Rolando Brenes Vindas
Fiscalizador
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

mfm

Ce: Nogui Acosta Jaén, Ministro, Ministerio de Hacienda, Presidente, Consejo Directivo Hacienda Digital
Leda Madrigal Sandí, Subdirectora, Servicio Fitosanitario del Estado (SFE)
Mauricio Barrantes Quesada, Gerente General, Radiográfica Costarricense, S.A. (RACSA)
Expediente

G: 2023001577-2
C: 316-2023
NI: 8101 (2023)