

CONCURSO DE ANTECEDENTES: MODALIDAD DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

INTRODUCCION

El Estado colombiano lleva a cabo una amplia gama de actividades de carácter administrativo y económico de interés público.

A raíz de la reforma de la Ley 173 de 1945 y de la Ley 173 de 1945...

La Ley 173 de 1945...

El artículo 173 de la Ley 173 de 1945...

El artículo 173 de la Ley 173 de 1945...

El artículo 173 de la Ley 173 de 1945...

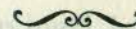
SUMARIO: Resumen; I introducción; II concurso de antecedentes: elementos y características; III certamen; IV dictámenes; V conclusiones; VI cartel ilustrativo y VII bibliografía básica.

<i>Siglas:</i>	LARF	Ley de Administración Financiera de la República
	LAP	Ley General de la Administración Pública
	RCA	Reglamento de la Contratación Administrativa
	CGR	Contraloría General de la República
	CP	Constitución Política
	CA	Concurso de antecedentes
	AP	Administración Pública

RESUMEN

Este artículo trata de dar una idea general de la figura contractual conocida como concurso de antecedentes y sus modalidades como el certamen. Aspectos básicos como precios, factores técnicos, pliegos de condiciones, dictámenes y otros se analizan con ese objetivo.

Esta figura tiene una historia breve en el país. Lamentablemente, la Administración Pública costarricense tiende a erosionar el Ordenamiento Jurídico (derecho escrito más los principios generales del derecho), siendo por ello completamente necesario el papel que desempeña la Contraloría General de la República, como entidad fiscalizadora de la Hacienda Pública, cuya competencia —chocosamente— se ha extendido (como debió ser desde antes) al Instituto Costarricense de Electricidad —ICE— y al Banco Popular y de Desarrollo Comunal.



I. INTRODUCCION

El Estado costarricense lleva a cabo una amplia gama de contratos de derecho público referentes al campo de los recursos humanos.

A raíz de la reforma (de 1976) a la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y de la emisión de su respectivo Reglamento (Gaceta N° 108 del 5 de junio de 1976; y, 23 de setiembre de 1977, fecha de la Casa Presidencial), se da la figura del concurso de antecedentes debidamente institucionalizada. Antes de esas fechas, tal figura negocial, se regía por una circular de la Contraloría General de la República, publicada en La Gaceta N° 137 del 18 de junio de 1969. En esta *circular*, se decía que "con base en el art. 49 de la LAFR, la contratación de otras personas que no pertenecan a la Administración Pública, requiere la aprobación previa" (o sea, la autorización) "y por escrito" (obviamente, que el principio de la escritura es básica para integrar un expediente administrativo) "de la Contraloría General de la República".¹

¹ Romero Pérez, Jorge Enrique. *Contribución al estudio de la selección del contratista público en Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 1975, p. 359).

La Administración Pública, (como la misma Contraloría General de la República lo ha venido sosteniendo en sus últimas *Memorias Anuales* presentadas ante la Asamblea Legislativa y sus manifestaciones publicadas en la prensa escrita de estos años de la década de 1970) muestra una tendencia a la ilegalidad y a la conducta lesiva al Ordenamiento Jurídico.

A pesar de las llamadas constantes de atención del ente contralor, la arbitrariedad y la ilegalidad aparecen como una constante en la Administración Pública.

Dice así el actual Contralor:

"uno de los mayores problemas que presenta la Administración de los entes estatales, es el desajuste de su actividad con el régimen jurídico".

De esta forma:

"el principio de legalidad, básico en la función pública, vive permanentemente en crisis.

Puntualizando que:

"quienes llegan a la función pública y se encuentran con el ordenamiento legal, constantemente se quejan de la camisa de fuerza que el mismo significa; a él se le atribuyen las mayores culpas en la difícil gestión de gobierno".²

Tal es el grado de lesión al Derecho que una institución, por ejemplo, pretendió hacer pasar por licitación privada un concurso de antecedentes con el objeto de que no fuere apelada ante la Contraloría, que es el órgano constitucional encargado del control jurídico - contable de la hacienda pública.

En virtud de la denuncia hecha a tiempo ante la Contraloría, el Banco Popular no tuvo más remedio que anular la pretendida licitación privada;³ asimismo se hicieron gestiones directamente

² Chinchilla Fallas, Rafael Angel. *La Contraloría y la vigencia del Derecho* (San José: Presentación a la Ley General de la Administración Pública, Imprenta Nacional, 1979, p. 3).

³ Banco Popular y de Desarrollo Comunal, "licitación privada" N° 55 - 79 para contratar servicios profesionales, Gaceta del mes de noviembre de 1979; oficio N° 909 - 79 DPR de 21 de diciembre de ese año.

ante ese ente de derecho público sujeto a la fiscalización de la Contraloría.⁴

De acuerdo con lo anterior, podemos decir que la figura contractual del concurso de antecedentes es nueva, en cuanto regulada en la ley y en el reglamento correspondiente. También añadimos que la Administración Pública es reacia a sujetarse a derecho en el uso de este mecanismo de selección del contratista público.

II.—CONCURSO DE ANTECEDENTES.

1.—Definición.

Medio de selección del contratista público, caracterizado todo por su procedimiento como por el objeto de su negociación: cursos humanos.

El art. 105 de la LARF da su definición así: "es concurso de antecedentes aquella contratación de servicios profesionales que no constituya relación laboral".

¿Qué significa esta definición?

Veámoslo mediante este desglose:

- * Contratación pública administrativa.
- * El cocontratante con el Estado es una persona física o jurídica, según el caso.
- * Tal persona contratista debe ser una firma empresarial que tenga en su *staff* profesionales (conforme al *cartel*) o ser un profesional factible un solo profesional del ramo pedido por la Administración.
- * Tal profesional (persona física) (o, la persona jurídica) debe estar fuera de la planilla de la Administración, es decir, no ser parte laboral de la entidad que promueve dicho concurso.

⁴ Cf. Resolución de la Contraloría N° 10-80 de las 14 hrs. del 16 de enero de 1974 y, resolución N° 882 de las 16 hrs. mins. del 23 de abril de 1974 del Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

En esta clase de contratación el factor precio no es determinante para adjudicar ni para apelar. O sea, que son otros los elementos que sirven para decidir una selección del contratista (v. gr. solvencia técnica y/o financiera).

El art. 174 del reglamento de la contratación administrativa (RCA) indica que este concurso es el procedimiento que se sigue en los contratos administrativos que tengan por objeto la prestación de servicios técnicos o profesionales sin relación de subordinación jurídica laboral y en donde, para adjudicar, el precio no constituye factor decisorio unilateralmente (como puede serlo en la licitación pública para obra y suministros, v.gr.), si el precio de la oferta adjudicada es menor que aquellos cotizados por la competencia apelante.

2. Naturaleza.

Se trata de un contrato administrativo bajo el régimen del derecho público. Parte de su homologación con la licitación pública,⁵ explica por qué el art. citado (105 de la LARF) afirma que la adjudicación de esos recursos debe hacerse en La Gaceta, teniendo el recurso de apelación ante la Contraloría "en los mismos términos que puede serlo la de las licitaciones públicas".

Por su parte, el art. 175 del RCA manda que este concurso es un procedimiento de carácter público, el que se inicia o comienza con el aviso (de invitación a participar en él a quienes así lo deseen) en La Gaceta de las condiciones o bases del mismo, que pueden ser un resumen elemental (pero a la vez fundamental) de las reglas del juego de esta invitación (cartel del concurso de antecedente —c. a.—)

Agregando este numeral que entre las condiciones que se deben publicar deben estar las que señalan los elementos que serán tomados en cuenta para clasificar ofertas en la fase de precalificación (si ella existe) y luego para seleccionar la que le parezca mejor a la Administración.

⁵ Romero Pérez, Jorge Enrique. *La licitación pública en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 1975, agotado; en preparación una monografía sobre el tema de la contratación administrativa tomando en cuenta las significativas y numerosas reformas que han venido a modernizar esa institución).

Esos elementos o parámetros de ponderación, que sirven para valorar objetivamente a las propuestas, plicas u ofertas, deben ser claros, finos, precisos y técnicamente bien contruidos. Se dará un porcentaje adecuado a cada uno y el grado de incidencia o importancia para clasificar y adjudicar en el respectivo concurso.

En este aspecto, la mayoría de la Administración elabora concursos defectuosos debido a que los carteles, instructivos y pliegos de condiciones están técnicamente mal confeccionados.

Al respecto, se puede decir que, cabe impugnar el cartel correspondiente, de acuerdo a la fase de "apelación" al pliego de bases que se establece para la licitación pública, ya que este concurso se comporta como una licitación pública *mutatis mutandis*. Incluso, puede apelarse una adjudicación de un concurso de esta clase por vicio en el cartel, que produce nulidad absoluta, en vista de que esta clase de vicios pueden ser impugnados en cualquier etapa del procedimiento administrativo, y por supuesto jurisdiccional. En el supuesto, la tesis de la Contraloría (para casos de nulidades relativas) es: a) deben ser interpuestas en tiempo y forma ante el órgano respectivo y b) se debe respetar el principio procesal de preclusión.

Así, por ejemplo, la resolución No. 7-79 de las 10 hrs. de las 17 de enero de 1979, concurso de antecedentes No. 1 - 78 de J. DEVA para la contratación de los servicios de auditoría externa. En esta resolución la Contraloría, anuló la adjudicación por que el cartel no fue hecho en forma tal que se pudiera comparar las ofertas desde el ángulo técnico, ya que no estableció factores terminados de la excelencia ni de la incidencia en la calificación ni porcentajes correspondiente, no pudiéndose establecer una evaluación objetiva de las ofertas. Así, las cosas, tal evaluación resulta torna inexistente por deficiente.

En esta resolución, la Contraloría pudo anular la adjudicación al detectar nulidades absolutas en el concurso, a instancia de parte (por supuesto, que de oficio también lo puede hacer el defiscalizador), sin embargo, hizo un razonamiento diverso, que compartimos pues, al detectar los errores graves del cartel en sus aspectos técnicos) pasó al análisis del factor precio y dijo que como éste era menor en el apelante, entonces anulaba la adjudicación, cuando lo que debió haber afirmado era que el cartel tenía vicios graves que implicaban nulidades de pleno derecho.

que hacían al concurso nulo totalmente. Pero, evitó referirse así al cartel (con su efecto dicho de nulidad del concurso), cuando lo pudo hacer perfectamente sin violar el principio de preclusión (impugnación del pliego de bases en su momento oportuno), ante la existencia de las citadas nulidades absolutas.

3.—Aranceles.

Los *aranceles* responden a las tablas de fijación de honorarios profesionales que se establecen para cada colegio profesional mediante los procedimientos legales respectivos.

La polémica, todavía vigente, la tiene el Colegio de Ingenieros y Arquitectos y la Contraloría, ya que los profesionales mencionados consideran que ellos pueden negociar los honorarios, una vez adjudicado el concurso, con la Administración promotora del mismo, mientras que la Contraloría se opone a ese procedimiento por considerarlo inadecuado, peligroso e ilegal.

a) *Inexistencia de aranceles.*

Al respecto el art. 177 del RCA, manda que cuando no existan aranceles legales obligatorios para la remuneración de los servicios profesionales correspondientes, los honorarios deberán cotizarse en sobre cerrado, independiente de la oferta de antecedentes. En cuanto a los sobres de honorarios (*oferta económica* o financiera) no serán abiertos sino una vez establecido el orden de excelencia de las plicas de antecedentes (*ofertas técnicas*), en acto formal convocado al efecto (acto de apertura de plicas) con señalamiento de la fecha y hora respectiva, con la debida y anticipada notificación a las empresas o personas físicas participantes, como medio de control sobre la Administración (Cf. nuestro estudio sobre la *licitación pública*).

(El art. 177 se refiere al caso de la *inexistencia de aranceles*).

b) *Existencia de aranceles.*

Quando *sí existen aranceles* (art. 176 RCA), los honorarios pertinentes al servicio que se ofrece, se entienden regidos por la tabla respectiva de aranceles profesionales. En este caso no juegan máximos ni mínimos, sino la suma fijada por el arancel sin rango de oscilación. Pero, cuando en el arancel se dice que los honorarios son *mínimos*, tal es el que rige el factor precio. Aquí radica

el conflicto con el Colegio de Ingenieros, pues éste considera aunque tengan una tabla de aranceles, sus colegiados pueden pagar honorarios superiores a los establecidos en la tabla, de acuerdo a las curvas de oferta y demanda de cada profesional en su momento respectivo.

En la realidad se dan las dos situaciones:

- i) se llega a un pacto de honorarios por debajo de las tarifas de la tabla correspondiente
- ii) se pacta por honorarios superiores a los fijados por el arancel respectivo.

Estas dos circunstancias son las que la Contraloría atiende, pues en la primera se da una *competencia desleal*, y, en la segunda podría dar lugar a corruptelas y compadrazgos, en donde se darían comisiones (tomadas del sobreprecio pagado en el concurso de antecedentes) a determinados funcionarios que manipulan tales recursos. Ambos casos se pueden dar en la realidad, como desprende de esta situación fáctica; y, por ello, tales cosas no se han solucionado; y, probablemente no se definan del todo.

Sobre esta figura se pueden consultar los oficios Nos. 3709 del 3 de junio de 1971 (el concurso de antecedentes y la cotización en la oferta); 4709 del 22 de julio de 1971 (rechazo de la propuesta en concurso de antecedentes de una asociación estatal) publicados en la *Revista de la Contraloría* N° 13 de diciembre de 1971 y el oficio N° 695 del 31 de enero de 1973 (concurso de antecedentes: adjudicación), impreso en la citada revista N° 16 de junio de ese año.

Claro está que en relación a la situación que se podría dar cuando un colegio tenga aranceles para los profesionales de ese ramo, cuando ellos concursen ofrecerían el mismo *precio*, estando la diferencia en la calidad del recurso humano que se cotiza. Esta circunstancia no es estimuladora para los profesionales, pues el precio de sus servicios (de la venta de su trabajo) es un factor atrayente para participar en concursos públicos de antecedentes. De ahí el principio de que el precio no es un factor determinante para la adjudicación, se torna en ofertas con diversos precios de acuerdo a la estimación de su trabajo que hace el profesional o la firma jurídica concursante.

Al respecto Hermann Rodríguez Arce, Director del Departamento de Licitaciones de la Contraloría, dice que en esta clase de concursos, el elemento precio pierde su carácter de primacía, recordando lo que la resolución de las 15 hrs. 30 mins. del 4 de junio de 1968 afirmó sobre este contrato: procedimiento a base de atestados o méritos que sirve para seleccionar personas físicas o jurídicas para la elaboración de proyectos, supervisión de trabajos intelectuales.

Desde su punto de vista, el colegio mencionado desea que el factor precio no sea necesario citarlo en la oferta ni en el cartel, ya que de todos modos la Administración y el profesional, luego se ponen de acuerdo sobre el pago de tales servicios. Por su parte, la Contraloría mantiene el criterio de que si se debe exigir en el cartel que el concursante señale con claridad y firmeza su precio. El problema sigue discutiéndose.

Asimismo, el colegio de ingenieros argumenta que los aranceles son tarifas mínimas y que sus colegiados pueden cotizar precios por encima de esos aranceles (cf. tarifa mínimas obligatorias para la prestación de servicios profesionales en ingeniería y arquitectura, colección de leyes y decretos, 1966, primer semestre, Imprenta Nacional, San José, pp. 112 a 119).⁶

4. Precio

Toda oferta debe indicar su precio, llamado precio de la plica. Así también todo cartel debe exigirlo. Se trata de un elemento esencial en toda negociación tanto privada como pública. Y, responde a la teoría clásica del contrato que lo define como el acuerdo de voluntades en precio y cosa.

En el caso del concurso de antecedentes, este factor no es primario, sino que los aspectos relevantes vienen a ser las cualidades del concursante (convenio *intuitu personae*) como las características técnicas de la plica (administrativa, financieras, propiamente técnicas, etc.).

⁶ Cf. Rodríguez Arce, Hermann. *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José; tesis de grado, licenciatura en Derecho, inédita, 1974, pp. 156 a 163). *Memoria Anual* de la Contraloría General de la República (San José: 1967) y sus *oficios* Nos. 3391 y 4518 del 27 de mayo y 3530 del 3 de junio de 1971 (ambos).

En igual sentido se pronuncia la Agencia Internacional del Desarrollo (AID).⁷

En las demás licitaciones o convenios administrativos, el factor precio es importante para adjudicar, respetando el principio de que se puede seleccionar una oferta de mayor precio que las restantes siempre que esa mayor erogación se justifique en otras condiciones y ventajas de la plica; si no hay justificación de ese mayor precio no procede seleccionar una oferta con mayor precio si hay otras plicas que cumplen con el cartel y tienen precios menores. (nuestra *Contribución al estudio de la selección del contratista público*, cit.).

¿Cabe el reajuste de precios?

En este concurso es factible el reajuste de precios de conformidad con la normativa tanto de la LAFR como del RCA, y, además, de la autorización de la Contraloría (CGR).

5. Plazo

Se han dado a la publicación carteles para concursos de antecedentes que omiten indicar el plazo en el cual se realizará el contrato administrativo público, bajo la modalidad específica del concurso de antecedentes. En este caso, este elemento es nulo y debe ser impugnado ante la Contraloría General de la República (CGR), con el objeto de que la Administración señale el tiempo de ejecución del convenio. Incluso, siendo un defecto grave (que produce nulidad absoluta, por ser un elemento esencial del contrato), puede ser objetado, por medio de la apelación respectiva, —en tiempo y forma— para que la CGR anule en sentencia la selección de esa forma viciada.

Lo anterior es así, en vista de que al no indicarse plazo en el cartel, los cotizantes pueden ofrecer tiempos de ejecución del convenio diversos sujetos a honorarios o precios de la fuerza de trabajo calificada asimismo distinto. Ello, hace imposible la comparación entre las plicas, ya que podrían presentar precios con plazos heterogéneos.

⁷ M O 1442, 1 January 1969 T L (San José: Revista de la Contraloría N. cit., p. 13).

Para que exista una posibilidad de ponderación de las propuestas se hace necesario que el plazo de la ejecución del contrato lo fije la Administración igual para todos los oferentes. Se trata, pues de una cláusula fija del pliego de bases del concurso, no pudiendo —por lo tanto— quedar al criterio de los concursantes.

Ejemplo: Si la Administración no indica ese plazo, entonces los oferentes desconocen en qué tiempo requiere el ente público realizar el trabajo especializado. No se sabe si en diez años, un año, un semestre o una semana. La urgencia en la terminación del trabajo lo conoce la Administración, por ello bien podría ella usar estas fórmulas: plazo máximo de ejecución: seis meses; o, dar un lapso fijo de seis meses. Claro está, que los propios técnicos de la institución pueden determinar si existen en las ofertas plazos temerarios, en los cuales obviamente un determinado trabajo profesional o técnico es imposible de realizarlo en una semana, (v.gr.: auditoría externa de la Caja Costarricense de Seguro Social).

Es recomendable que cuando un cartel relativo a un concurso de antecedentes se publique sin indicación del plazo, los interesados lleven a cabo una impugnación ante la CGR, con el fin de que la Administración subsane ese error.

6. *Oferta atrayente.*

Será una plica atrayente para ser adjudicada aquella que cuente con características técnicas, financieras, administrativas, etc., que le ofrezcan seguridades a la Administración, fundamentalmente en cuanto a su ejecución definitiva y con satisfacción plena para la entidad promotora del concurso. Bien puede adjudicarse a una oferta de mayor precio, pero la diferencia no puede ser exagerada. Por supuesto que a la Contraloría (CGR) le corresponde, mediante apelación interpuesta, analizar cada caso concreto.

La solución puede estar encaminada hacia la expresión: si el mayor precio no es muy grande, cabe adjudicar a una oferta de mayor precio, con la justificación de las ventajas de orden técnico (integral) de la plica. Sin embargo, esa ambigüedad la salva la Contraloría al solucionar cada apelación que se le presenta.

El principio es adjudicar la oferta más ventajosa técnicamente, subordinando el precio a ese criterio; pero, la limitación

juega en el sentido de no adjudicar ofertas con precios inflados. Quedando a la Contraloría la calificación y resolución de cualquier conflicto dado.

7. *Precalificación.*

Para llevar a cabo este sistema de calificación previa, se debe contar con la autorización de la Contraloría.

Este procedimiento está regulado en los arts. 33 al 35 del RCA. Y tiene estos requisitos:

- a) ser autorizado por la Contraloría
- b) se usa en casos muy calificados y complejos
- c) sigue el procedimiento de una licitación pública corriente
- d) puede ser apelado ante la Contraloría el acto de adjudicación de la precalificación
- e) el cartel de la precalificación puede ser impugnado ante el organismo contralor, según los artículos que regulan esta etapa procedimental (cf. 75 a 80 del RCA)
- f) el acuerdo de adjudicación previa debe ser razonado y publicado en La Gaceta
- g) basta el uso del papel sellado de un colón para interponer razonadamente el citado recurso de impugnación al acto de precalificación
- h) una vez firme la precalificación, se publicará en La Gaceta el aviso de invitación, a las firmas o personas precalificadas para que concursen.
- i) el acto de adjudicación puede ser apelado (cf. LARF).

Tales son las normas específicas de este procedimiento.

Tanto el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) como las negociaciones que realiza el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (MOPT), con cierta frecuencia utilizan esta etapa de precalificación, para las cuales existen numerosas normas en correspondientes carteles.

8. Sobres técnico y financiero.

En este procedimiento concursal, se pueden dar dos sobres: i) el que contiene la oferta técnica y ii) el que presenta los precios de la cotización. Generalmente, se abre primero, el sobre o plica técnica (o); y, posteriormente se abre la propuesta de los precios.

La adjudicación sobre una plica, debe quedar supeditada a la disponibilidad presupuestaria de la institución en vista del principio de la Ley de la Administración Financiera (LAFR) que manda que los presupuestos son el límite de acción de los poderes públicos (art. 31), como —también— debe tomar en consideración si la plica que desea adjudicar tiene un precio *razonable* (concepto jurídico indeterminado que se ejerce mediante la potestad discrecional de la Administración). (Art. 178 del RCA).

9. Cauciones

En los concursos de antecedentes, las cauciones, garantías o fianzas pueden ser requeridas por el cartel; o, la Administración simplemente no las pide.

Al respecto manda el art. 179 del RCA:

“A juicio de la Administración y según la naturaleza del concurso, se podrá exigir garantía, tanto de participación como de cumplimiento, las cuales serán prudencialmente tasadas, ajustándose en lo posible a los límites establecidos en los arts. 56 y 57 de este reglamento, a efecto de que sirvan para respaldar adecuadamente la seriedad de la oferta y la correcta ejecución de las obligaciones contractuales y que, por otra parte, no restrinjan innecesariamente la libre concurrencia”.⁸

En otras palabras, dichas cauciones no son indispensables en el concurso de antecedentes.

⁸ Arts. 56 y 57 del RCA, indican una garantía de participación entre un uno y un cinco por ciento; y la de un cinco por ciento, para la caución de cumplimiento.

10. Excepciones

Las excepciones que se aceptan —legalmente— a la f estudiada se refiere a la contratación de los servicios profesionales de:

- notariado *(reformado en '83: tiene q' ser p...)*
- abogacía para la dirección de asuntos o negocios jurídicos
- intervenciones médicas
- avisos o publicaciones ocasionales por los medios de comunicación colectiva (radio, prensa escrita o televisión)
- correduría de comercio o peritaje y, un *portillo*⁹ potencial que afirma que a juicio de la Contraloría, otros contratos similares pueden ser negociados directamente (contratación directa), haciendo a un llamado en un concurso público de antecedentes y sus límites, restricciones y controles. (Cf. art. 180 del RCA).

Tales excepciones, dan lugar a la *contratación directa* de los servicios profesionales (arts. 197 a 219 del RCA). La negociación directa, es el mecanismo de selección del contrato público en condiciones en que la Administración, sin hacer uso de licitación alguna, selecciona (en el mercado respectivo) la firma o el profesional que se encargará de un trabajo profesional específico. En tales casos, se debe contar con la autorización de la Contraloría.

Claro está que ese procedimiento de contratación directa por el hecho de estar en uno de los supuestos de las excepciones citadas, podría conducir a que la Administración seleccionara arbitrariamente siempre a una firma y convierta esos contratos en privilegios y monopolios en favor de una empresa o profesional dado.

En esos términos se entiende lo que afirma el párrafo final del art. 180 del RCA, cit.:

⁹ Salida que puede ser fácil para violar la ley y su “espíritu”, pudiendo ser usada para abusar del procedimiento de excepción y convertido en un sinónimo de inexistencia regulatoria.

"La Administración procurará dar oportunidad en las contrataciones que celebre, las cuales se harán en forma directa, a diferentes profesionales o empresas que reúnan características de idoneidad y confiabilidad, de tal manera que la prestación de tales servicios no se convierta en privilegio de sólo una o pocas personas".

11. *Licitación privada*

Esta modalidad de concurso, que consiste en la invitación a varias empresas o personas físicas a licitar o participar en el llamado administrativo está regulado de los arts. 159 a 173 del RCA.

Por lo que atañe al concurso de antecedentes, en el capítulo de *excepciones*, éstas dan lugar a la posibilidad de que la Administración contrate directamente con una (o varias) firma(s), pero siguiendo —art. 180, párrafo cit.— el procedimiento de la licitación privada. Es decir, invita a varias empresas a participar, selecciona a una o a varias, debe razonar su escogencia y el acto de adjudicación está sujeto al recurso de revisión o reposición.

Sin embargo, el art. 180, mencionado, no es obligante o vinculante, por cuanto el verbo que el reglamento usa es el de *procurar* (como sinónimo de lo *conveniente*) y no la expresión obligatoria *deberá* o *tendrá que*... Al ser una recomendación, el camino fácil para la Administración es no seguirla, incurriendo en las situaciones de privilegio que la norma quiso evitar, en forma débil. De ahí, que este artículo debe ser reformado para que en lugar de que la Administración procure el uso de esa modalidad de licitación privada, se mande que ese procedimiento es obligatorio, en aras de la sanidad y de la moral administrativa; y, de su legalidad.

12. *Actividad ordinaria.*

Esta actividad es la que llevan a cabo los entes públicos en forma rutinaria o normal. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Acueductos y Alcantarillados (INAA), la venta de agua potable; la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), el proporcionar servicios médicos.

Puede ser tal actividad ordinaria, el servicio público mencionado al ente administrativo estatal.

El artículo 180, mencionado, (RCA) dice en su parte que las situaciones de *excepción* examinadas (punto 9 de exposición) se asimilan a lo que contempla el art. 199 del RCA que juega como contratación directa. Este numeral 199 define la *actividad ordinaria* como la que realiza la Administración dentro del ámbito de su competencia a través de una actividad servicio (prestación última para el cumplimiento de sus cometidos u objetivos), cuya relación contractual constante o frecuente con los usuarios tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico impone, resultan incompatibles con el procedimiento usual del concurso público o licitación.

Agregando ese art. 199 que no se tienen incluidos, en secuencia, como *actividad ordinaria* del ente público, *entre otros* (aquí la lista es de *numerus apertus*, lista abierta, a título de ejemplo; pero normativo, por cierto):

- los contratos que los entes públicos hagan para su *instalación* (compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc.).
- para su *funcionamiento* (arrendamiento o compra de equipo, vehículos, materiales, útiles, combustibles, etc.).
- transporte de productos para su uso o comercio
- información y prestación ajenas a la finalidad inmediata de su *servicio público* (Cf. nuestro estudio sobre el *servicio público*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1977).

Por su parte la Contraloría se reserva la facultad de proceder de oficio, o a instancia de parte, y cuando lo estime oportuno mediante acuerdo que debe publicar en La Gaceta, la *actividad ordinaria* que le corresponde a los entes públicos estatales.

De este modo, la Contraloría se reserva esa facultad de control de la actividad ordinaria (cf. Fernando S. Moreno, *Los conceptos jurídicos indeterminados*, Madrid, ed. Civitas 1977), denominado *actividad ordinaria*.¹⁰

¹⁰ Se explican las facultades y prerrogativas que la Contraloría se reserva en esta legislación, en parte, porque esta institución fue la que redactó el RCA, de modo que es la instancia técnicamente capacitada para hacerlo.

13. Precios base

La Administración cuando no existan tablas de aranceles que les sirvan de orientación en la fijación posible de los honorarios o precios de las plicas, pueden indicar *precios base* en el cartel. Tales *precios* desempeñan el *ról* de *precios mínimos*, ya que por encima de ellos puede contratar que podrían ser seleccionados si cotizan precios similares a los propuestos por la Administración en el cartel.

Tal situación se encuentra regulada en el art. 182 del RCA.

14. Apelación

La impugnación del acto que se escoge una plica se interpone ante la Contraloría, en forma similar a una apelación de una licitación pública, *salvo* que el precio de lo cotizado sea menor o igual a los rangos financieros establecidos en el art. 198 del RCA y su correlación con el art. 24 de ese mismo reglamento:

Grupos de entes estatales	Rango contractual*	Presupuesto ₡
Primero	Menos de: ₡ 10.000	mayor de diez millones entre un millón y diez millones
Segundo	₡ 5.000	
Tercero	₡ 3.750	menos de 1 millón

* En esos casos de excepción, no hay apelación, pues se trata de contratación directa (cf. art. 198 RCA). *A contrario sensu*, si las sumas son mayores, cabe concurso; y, apelación respectivamente.

Claro está que los límites financieros puestos por la Contraloría, tanto en la Ley de Administración Financiera (LAFR) como en el Reglamento de la contratación administrativa (RCA) son bajos de acuerdo a la inflación que padece nuestro país. Por supuesto, que esta Contraloría puede modificar hasta en un 50% los límites citados, según el art. 119 de la LAFR. Consideramos conveniente que este ente fiscalizador hiciera uso de esa facultad, en forma razonada y publica en el Diario Oficial.

15. Factores técnicos globales

Los factores o elementos técnicos (en sentido general) oferta tienen prioridad con relación al precio de la plica, en forma relativa y razonablemente entendido. Ya se sabe que es la Contraloría, apelación mediante, la que ponderará esos aspectos, en forma definitiva. Así, como en la licitación privada y en la pública el precio es un elemento o parámetro que tiene cierta prioridad (art. 102, inciso e de la LAFR: el precio, no obstante su primacía, no será determinante por sí solo para decidir la adjudicación). En cambio, en el concurso de antecedentes, el precio cede en importancia a los atestados, referencias técnicas, y demás partes integrantes de la "oferta técnica" (art. 183 del RCA).

16. Impugnación al cartel

El cartel concurso de antecedentes, tanto en su fase de calificación (si existe) como en situaciones de calificación simple puede ser impugnado ante la Contraloría General de la República siguiendo los aspectos regulados en los arts. 75 a 80 del RCA.

Con anterioridad a la vigencia de la actual normativa la Contraloría estableció un procedimiento denominado "de objeción al cartel", que sirvió de base a la presente situación de impugnación normada.

Cualquier persona física o jurídica puede impugnar el cartel si estima (aspecto subjetivo) que existen vicios en el procedimiento de elaboración y publicación del pliego de bases; o, por consiguiente, que se viola la libertad de concurrencia o de competencia, la igualdad de oportunidades (iguales ante la ley) u otros principios básicos de la libertad de comercio o de contratación.

17. Nombre propio y procedimientos correspondientes

Frecuentemente, la Administración pública en La Gaceta de la Contraloría, en periódicos nacionales, concursos de antecedentes con el nombre de licitación privada o de concurso público o plicitación pública. La Contraloría ha manifestado que esa costumbre es incorrecta ya que el nombre de esa clase de contratos es de *concurso de*

cedentes, con su procedimiento respectivo establecido en la normativa que hemos examinado aquí.¹¹

En ese mismo Oficio o Pronunciamiento oficial de la Contraloría, ésta afirma que el procedimiento de la *precalificación* (apartado 6 de este *scritti minori*) es del orden de excepción, siendo lo normal la calificación simple u ordinaria, sin etapa previa.

Al respecto, es conveniente el examen de las precalificaciones que hace el ICE, ya que en estos casos (autorizados por la Contraloría) sí se justifica (por su complejidad e importancia) tal fase procedimental de la precalificación.

No sólo se trata de un nombre y un procedimiento propios, sino del cauce legal e idóneo para contratar servicios profesionales y demás objetos pertinentes del concurso de antecedentes.¹²

III. CERTAMEN

Esta figura contractual es una modalidad del concurso de antecedentes, que tiene por características:

- i) presentación de un trabajo u obra intelectual completa y terminada.
- ii) la Administración fija el precio o *compensación* que dará al adjudicatario o seleccionado en el certamen o concurso.

Por ejemplo, cuando una institución estatal (o, privada) llama al *certamen de cuento* a aquellos que quieran participar de conformidad con reglas del juego (*cartel*) publicadas debidamente por la entidad promotora de este caso específico de concurso. Así, por ejemplo, los *certámenes* literarios de la Editorial Costa Rica.

El certamen debe tener las características propias generales de un *concurso* (en su forma más amplia: el de antecedentes),¹³

11 Oficio N° 7767 del 21 de setiembre de 1977, publicado en la *Revista de la Contraloría* No. 26, de junio de 1979, pp. 54 y 55 (San José: Imprenta Lehmann, 1979).

12 Resolución de la Contraloría N° 132 - 77 de las 11 hrs. del 1° de agosto de 1977.

13 Concurso en sentido *lato* o amplio: concurso de antecedentes. Concurso en sentido *restringido*: certamen.

como son: cartel; condiciones de participación y de adjudicación; fechas de presentación y de cierre del *certamen*, etc.

*

* *

¿Puede ser el certamen impugnado ante la Contraloría?

Dado que estos concursos específicos son financiados con recursos públicos (y sus *premios* a los vencedores, también), los funcionarios públicos que los promueven y los realizan son responsables por esta gestión. En otras palabras, los *certámenes* sí pueden ser apelados ante la Contraloría General de la República, como también los carteles invitando a concursar, por los motivos ya citados de violación a la igualdad de oportunidades, vicios de procedimiento limitación a participar lesionando derechos humanos,

Tanto el cartel como el acto de selección de los seleccionados (en los certámenes) pueden ser apelados ante la Contraloría. En la práctica no se ha dado un caso de estos, pero legalmente es factible que se den, ya que se trata —en el fondo— de una contratación administrativa o convenio sobre *cosa* y *precio* mediante agentes públicos y fondos de la comunidad.

IV. DICTAMENES

Para los efectos de la adjudicación de concursos de antecedentes se hace necesario la confección de dictámenes legales y técnicos (elaborados por ingenieros, médicos, químicos, etc., según corresponda). Ello en virtud de la Ley de la Administración Pública.

En principio (y, es la regla) los dictámenes son facultativos y no vinculantes para el jerarca que los ha pedido, pero —conforme a Derecho— deben hacerse para informar el criterio del jerarca decisor y ejecutor (arts. 302, 303 y 386 de la Ley de Administración Pública, LAP).

V. CONCLUSIONES

1. El concurso de antecedentes se usa frecuentemente en nuestro país.
2. La Administración Pública costarricense debe ser vigilada por cuanto (por razones de ignorancia, inopia, impericia u otros motivos) tiende a lesionar el Ordenamiento Jurídico que regula este concurso.
3. Cuando se trata de concursos sumamente complejos, se imprime en el Diario Oficial sólo la parte medular del concurso informándole a los interesados que pueden pasar a las oficinas de la Administración a comprar el cartel respectivo.
4. La adjudicación de un concurso puede ser apelada ante la Contraloría, tanto en cuanto a su modalidad genérica (concurso de antecedentes) como a su forma específica (certamen).
5. Igualmente puede ser impugnado el cartel de un concurso de antecedentes o de un certamen ante la Contraloría, conforme a Derecho.
6. Ha sido la práctica de los últimos 15 años, la que ha permitido a la Contraloría una regulación adecuada de este concurso.
7. La *forma* global del concurso de antecedentes, es la licitación pública, siguiéndole (gradualmente) el concurso de antecedentes y el certamen, respectivamente.
8. El factor precio queda subordinado, relativamente, a los factores técnicos integrantes de la plica de cara a la adjudicación. Lo cual no significa que un concurso no pueda ser apelado ante la Contraloría por razones de precio, si éste es desproporcionado, ya sea por ínfimo (*dumping*) o por alto, quedando a la Contraloría la facultad de calificar cada caso concreto. (cf. cits. LARF y RCA).

VI CARTEL ILUSTRATIVO

Ministerio de Hacienda

Proveeduría Nacional

Concurso de antecedentes profesionales

Nº 9-80

Contratación de Servicios Profesionales en el campo de las Ciencias de la Comunicación Colectiva

La Proveeduría Nacional recibirá propuestas hasta las horas del día 14 de marzo de 1980, para la contratación de ser profesionales de una firma o persona (sic) en el campo de las ciencias de la Comunicación Colectiva, para atender el Servicio de Información Fiscal, Dirección de Planificación Fiscal, Ministerio de Hacienda.

Deberá prestar asistencia profesional para organizar la labor y poner en funcionamiento y atender un programa de información y difusión de actividades que incluye entre otras, las siguientes:

- i.—Recopilación, procesamiento, elaboración y distribución de material informativo y publicitario, para fines internos y externos.
- ii.—Organización de reuniones con representantes de los medios de comunicación colectiva.
- iii.—Revisión de publicaciones relacionadas con las funciones del Ministerio.
- iv.—Asistencia en la operación de equipos fotográficos y grabación.

El adjudicatario se compromete a hacer coincidir el desempeño de sus funciones con el horario que se indique.

De conformidad con las previsiones de la Ley de Creación del Colegio de Periodistas y sus reglamentaciones, los textos finales de la circulación a los medios de prensa, será exclusivamente por

dio del periodista contratado o persona facultada para ello, de conformidad con las mismas previsiones legales.

Requisitos:

- i.—La persona que se haga cargo de las funciones a que se refiere este concurso deberá reunir conocimientos a nivel universitario en el campo de las Ciencias de la Comunicación Colectiva, a nivel mínimo de egresado universitario.
- ii.—Excelentes condiciones morales.
- iii.—Experiencia profesional.
- iv.—Estar facultado por la ley del Colegio de Periodistas para el desempeño de la función.

Ofertas de servicio y plazo de recepción:

La oferta de servicio deberá estar presentada en papel sellado de un colón con original y tres copias y acompañadas de todos los atestados, incluidas referencias de la firma o persona oferente, con indicación expresa del profesional que prestará los servicios acompañados de dos fotografías tamaño pasaporte.

Debe hacerse indicación del monto por el cual se contratarían los servicios, bajo el entendido de que la suma a pagar se prorrateará en cuotas mensuales o quincenales para efectos de pago.

Nota: Se deben cumplir las disposiciones que señala la Ley de Administración Financiera de la República y su Reglamento, así como las condiciones de la Proveduría Nacional publicadas en "La Gaceta" N° 111 del 11 de junio de 1977. No se requiere garantía de participación ni de cumplimiento.

San José, 11 de febrero de 1980.—Francisco Durán C., Provedor Nacional a. i.

LA GACETA.—Miércoles 20 de febrero de 1980.

VII. BIBLIOGRAFIA BASICA

Monografías:

(Sobre este tema no hay publicaciones en Costa Rica; por tanto, las siguientes son obras de carácter general)
Calvo Murillo, Virgilio: *El contrato administrativo* José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, inédito.)

Ortiz, Eduardo: *Derecho Administrativo* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis publicadas o mimeografiadas, 1970).

Rodríguez Arce, Hermann *La contratación administrativa en Costa Rica* (San José: tesis de grado Facultad de Derecho, UCR, 1974, inédita).

Romero Pérez, Jorge Enrique *La licitación pública en Costa Rica* (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1975). *Contribución al estudio de la selección del contratista público en Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25; 1975).

Revistas:

Revista de Ciencias Jurídicas (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho - Colegio de Abogados)

Revista de la Contraloría General de la República (San José: Imprentas Trejos; y, Lehmann).

Revista Judicial (San José: litografía del Poder Judicial)

Leyes:

Administración Financiera de la República.

Administración Pública.

Reglamentos:

Contratación Administrativa

Contraloría General de la República.

Resoluciones y pronunciamientos de la Contraloría General de la República (San José: años de 1970 a 1980).

**LA INDEMNIZACION DE DAÑOS
Y PERJUICIOS IMPREVISIBLES**

Prof. Octavio Torrealba