

R-DCA-0030-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con cinco minutos del veinte de enero del dos mil diecisiete-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **GRUPO EMPRESARIAL COOPERATIVO DE SERVICIOS EDUCATIVOS R.L.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2017LN-000001-01** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESCAZÚ** para la “Contratación de los servicios de operacionalidad de centros de cuidado y desarrollo infantil.”-----

RESULTANDO

I. Que el tres de enero del dos mil dieciséis, Grupo Empresarial Cooperativo de Servicios Educativos R.L. presentó en forma electrónica ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública 2017LN-000001-01 promovida por la Municipalidad de Escazú.-----

II. Que mediante auto de las trece horas del once de enero del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto, la cual fue atendida mediante oficios DA-005-2017 y PR-017-2017 del dieciséis y dieciocho de enero del dos mil diecisiete, respectivamente.-----

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

CONSIDERANDO

I.SOBRE EL FONDO: 1) Sobre el equilibrio económico del contrato. El objetante solicita la modificación de las cláusulas 3.8, 3.9, 3.10 y 3.11 para que se establezca un mínimo de ingreso (mínimo de niños, aún si la matrícula no alcanza) que se respeten tanto los gastos como la utilidad proyectada por los oferentes en sus respectivas ofertas; o bien, flexibilizar los gastos fijos (prescindir de personal si la matrícula no alcanza), para cubrir el contrato con un ingreso menor; toda vez que la contratación es por demanda donde el oferente asume costos de planillas, cargas obreras, mantenimientos, servicios públicos, entre otros. Señala que la normativa del IMAS solicita un número determinado de personal según la composición de los grupos, lo que origina que el cartel no incluye una fórmula para el reajuste de precios, elementos que en la práctica son costos fijos y obligan al contratista a una erogación fija de efectivo, mientras que los ingresos, al ser por demanda serían variables, lo que contraviene directamente con el derecho del contratista de percibir la remuneración o pago a convenir, exponiéndolo a un empobrecimiento ilícito o sin causa que puede llegar a dañar su patrimonio y

refiere a la resolución de esta Contraloría General No. R-DCA-194-2016. Solicita se incorpore la facultad del contratista de ajustar su planilla según la matrícula para respetar el equilibrio económico del contrato y a incluir a niños de 0 a 2 años como parte de la población a atender. La Administración señala que asume la operación del CECUDI mediante un contrato con terceros y financia su operación, principalmente, con los subsidios que el IMAS gira a las familias calificadas en condición de pobreza y vulnerabilidad social con niños/as dentro de la población objetivo del Programa, de modo que el monto no puede variar y depende del subsidio dado por el IMAS según la cantidad de niños y niñas que asisten. Menciona que en el cartel se indica claramente que el número máximo de niños y niñas que pueden matricular es de 75 entre edades de 2 años a 6 años y 11 meses; y, que el pago va a ser de acuerdo a la cantidad de niños que asistan. **Criterio de la División:** Analizado este extremo del recurso, se procede a declarar sin lugar por cuanto la Administración es clara al señalar que el subsidio que da el IMAS depende de la cantidad de menores que asistan, asumiendo especial relevancia que, en cuanto a la operatividad del centro, se financia “...principalmente con los subsidios que el IMAS gira a las familias calificadas en condición de pobreza...” (folio 49 vuelto del expediente del recurso de objeción). De lo anterior queda claro que el aspecto financiero descansa en gran medida en los aportes del IMAS –y no tanto de la Municipalidad- y que éstos van asociados al número de infantes que se atiendan, de modo que resulta entendible que en función de tal realidad se elabore la propuesta que se presente ante la Administración. En cuanto al tema del reajuste de precio, aplica lo indicado en la resolución No. R-DCA-184-2016 de las trece horas con cincuenta minutos del primero de marzo del dos mil dieciséis, donde este órgano contralor señaló: “En lo que respecta a la solicitud de la recurrente de incorporar la fórmula de reajuste de precios a esta contratación, señala que no se acoge, debido a que al ser un subsidio brindado por el IMAS a esa municipalidad para el pago por la cantidad de niños y niñas matriculados en un mes específico, el reajuste lo efectúa directamente la Secretaría Técnica del IMAS, por lo tanto, no puede la Municipalidad aplicar una fórmula de reajuste de precios sobre otra fórmula que es aplicada por el IMAS, siendo dicha institución la que periódicamente les brinda la información de acuerdo a los índices de variación que aplican en esta materia. Aunado a todo lo anterior señala que esa administración Municipal se compromete a efectuar todas las gestiones y coordinaciones interinstitucionales necesarias para que la capacidad de los niños que tiene el CECUDI llegue a su capacidad máxima. **Criterio de la División** [...] En cuanto al alegato sobre

*incorporar una cláusula de reajuste de precios, se declara **sin lugar** el recurso por cuanto esta no procede al estar contemplado dicho reajuste en las fórmulas que aplica el IMAS...*” Por otra parte, ha de tenerse presente que la Administración es la que mejor conoce las necesidades que pretende solventar mediante el procedimiento que promueve, de ahí que son los potenciales oferentes los que deben adecuarse a lo requerido. En el caso particular, corresponde enteramente a la Administración fijar la edad de los infantes que van a ser atendidos en el Centro de Cuido –la cual, lógicamente, debe ir en consonancia con las políticas que se fijen para este tipo de centros-, debiendo los oferentes adecuarse a lo pedido por la Administración. **2. Calidades del personal.** **El objetante** solicita que se modifique la cláusula 9.1 del porque estima que causa un perjuicio económico a la empresa oferente, ya que solicita un grado de licenciatura en educación en preescolar, criterio que no concuerda con la directriz 02-2015 emitida por el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS). Hace ver que se deben cancelar los salarios de acuerdo al decreto de salarios mínimos del Ministerio de Trabajo y que si se requiere un licenciado, tiene que pagar un salario de acuerdo a ese grado académico. La Administración rechaza la pretensión del objetante porque estima que no contraviene la directriz 02-2015 emitida por el Instituto Mixto de Ayuda Social, ya que lo que se busca es que el personal que integra el CECUDI satisfaga las necesidades acorde con los requerimientos, funciones y responsabilidades del cargo que desempeña. Expone que si bien el IMAS establece categoría académica de bachiller en educación preescolar o carrera afín para la persona que asuma la coordinación, se considera que dadas las funciones del puesto, las competencias profesionales deben ir acorde a ello, de ahí que se requiera una persona con mayor grado académico que posea el manejo teórico-metodológico debidamente certificado a nivel de licenciatura. Refiere al artículo 10 del Reglamento para Regular el Funcionamiento y Operación de los Centros de Cuido y Desarrollo Infantil-Cecudi del Cantón de Escazú, donde establece el perfil del Coordinador Técnico del Cecudi y dice: *“El Centro estará integrado por una persona Coordinadora Técnica que deberá contar como mínimo con el título de Licenciatura en Preescolar o carrera afín, y quien deberá tener a su cargo un grupo de niños y niñas. Además, con una persona profesional docente, con el grado mínimo de bachillerato en Preescolar o carrera afín y una persona asistente con al menos noveno año de escolaridad, por cada grupo de 25 niños o niñas...”* **Criterio de la División:** Visto el punto 9.1 del cartel que se objeta, se aprecia que en él se indica: **“9.1 PUESTO: COORDINADOR O COORDINADORA**

TÉCNICA DEL CECUDI:/ 9.1.1. Requisitos: / a) Título de Licenciado (a) en Educación Preescolar.” (folio 92 del expediente de la objeción). Por otra parte, vista la directriz 02-2015 que aporta el objetante, se denota que en el punto 5 se establece: *“Perfiles profesionales [...] Coordinador Técnico: Exigible en Centros donde el servicio se brinde a 75 niños y niñas o más. Uno de los profesionales podrá asumir la Coordinación Técnica (Dirección) del Centro Infantil, esta persona deberá contar con un nivel universitario mínimo de bachillerato.”* (folio 13 del expediente de la objeción). De lo anterior se extrae que sobre el punto que se objeta no se observa quebranto alguno a lo establecido en la directriz del IMAS, en tanto ahí se fija, como requisito mínimo el bachillerato, y al establecerse tal requisito académico como mínimo, se deja abierta la posibilidad a que se fije un requisito mayor. Lo anterior lleva a declarar sin lugar el recurso. No obstante lo anterior, visto el sistema de evaluación, se observa que en el punto No. 2 en cuanto al coordinador técnico, se otorga un 10% a la “licenciatura”. Al respecto debe tenerse presente lo indicado en el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que dispone: *“No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.”*

3. Competencias del operador como patrono. El objetante solicita se modifiquen las cláusulas 3.15, 14.5 y 14.8 del cartel donde se establezca la obligación del oferente de informar sobre los cambios del personal, pero no así de requerir la aprobación a la municipalidad para realizarlos, con la finalidad de que no se violenten sus derechos como patrono. La Administración señala que el objetante confunde la finalidad de la cláusula objetada porque la responsabilidad patronal y dirección del personal (cláusula 14.8), son competencia exclusiva de la empresa que brinde el servicio, y la Municipalidad dentro de la figura de la red de cuidado tiene la función de ente fiscalizador debiendo ser vigilante que el personal cumpla con los atestados indicados por el cartel. Hace ver que la Municipalidad lo que realiza son medidas de control interno, ligadas con la potestad de control y verificación del cumplimiento de las condiciones cartelarias que no influye en la potestad que tiene el patrono de despedir a sus funcionarios. En cuanto a la solicitud de modificación para la cláusula 3.15 la rechaza porque indica que los cambios de personal tienen que ser comunicados; así como que las personas que vayan a sustituir tengan iguales o mejores condiciones que las establecidas en el cartel, lo que no implica que la Administración co-administre, sino que está fiscalizando.

Criterio de la División: Resulta entendible la posición que expone la Administración, en cuanto

a que es su deber verificar que los funcionarios cumplan con los atestados indicados en el cartel y que quienes vengan a sustituirlos, cuenten con iguales o condiciones a las fijadas cartelariamente. No obstante, al ver el contenido de la cláusula 3.15 se observa que en ella se fija el deber del adjudicatario de informar a la Municipalidad de los cambios de personal *“con el propósito de que la Municipalidad apruebe o no la sustitución de personal”*. (folio 86 del expediente de la objeción). Lo consignado en la norma cartelaria puede entenderse como una aprobación para proceder con la sustitución y no a una verificación de atestados para que no se desmejore el servicio. Ante esto, siendo que a la luz del artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cartel debe ser un cuerpo de especificaciones claro, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso. En relación con lo expuesto, resulta oportuno citar lo indicado por este órgano contralor en la resolución R-DCA-263-2016 de las doce horas con tres minutos del veintinueve de marzo del dos mil dieciséis, donde se dijo: **Criterio de la División:** *[...] Esta División considera válido que se establezca en el cartel la obligación al contratista de informarle a la Municipalidad cuando el contratista realice algún cambio de su personal, ello únicamente con carácter informativo y no condicionado a ningún visto bueno ni aval de la Municipalidad. Por otra parte, sí se considera válido que el contratista le informe a la Administración sobre los atestados de la nueva persona con la cual pretende sustituir a aquél que cambió, y en tal caso el contratista sí requiere que la Municipalidad otorgue su aval o visto bueno al nuevo personal que utilizará para la prestación del servicio, ello en aras del control que debe ejercer la Municipalidad sobre el personal que atienda a los niños y niñas del Centro de Cuido. En razón de todo lo expuesto, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción en este aspecto, a fin de que la Administración modifique las cláusulas cartelarias en los términos aquí indicados...”* **4) Retención del 2% impuesto sobre la renta:** El objetante solicita la modificación de la cláusula 15 que regula la forma de pago, al señalar que: *“Del monto de cada factura se rebajará el 2% (dos por ciento), por retención adelantada del impuesto de la renta.(...)”*, a efecto que se indique que la retención se efectuará únicamente a aquellas personas jurídicas que se encuentren sujetas al impuesto a las utilidades de conformidad con lo que dispone el artículo 3 de la Ley 7092 que señala en su artículo 3, lo siguiente: *“Artículo 3.- Entidades no sujetas al impuesto. d) Las cooperativas debidamente constituidas de conformidad con la Ley No. 6756 del 5 de mayo de 1982 y sus reformas...”* Lo anterior, por ser la objetante una cooperativa de conformidad con la Ley de Asociaciones

Cooperativas No. 4179. La Administración manifiesta que esta cláusula no limita la participación de ningún oferente y que si un oferente adjudicado goza de algún régimen especial se exime de la deducción. **Criterio de la División:** En el presente caso resulta de aplicación lo indicado en la resolución de este órgano contralor No. R-DCA-263-2016 indicada, donde se expuso: **“Criterio de la División:** *En primer lugar, debe tenerse presente, tal y como se indicó líneas atrás, que el recurso de objeción al cartel ha sido establecido en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras razones, como un mecanismo para cuestionar las cláusulas cartelarias que violenten el ordenamiento jurídico. En el caso bajo análisis, la empresa recurrente cuestiona la cláusula cartelaria que establece la obligación de la Municipalidad de retener el 2% del impuesto sobre la renta, sobre los montos a liquidar en cada factura, ya que a su criterio dicha retención no le aplica a las cooperativas por así establecerlo expresamente el artículo 3 de la Ley N°7092. En efecto, la Ley N°7092 denominada “Ley del impuesto sobre la renta” establece en su artículo 1 un impuesto sobre las utilidades de las empresas y de las personas físicas que desarrollen actividades lucrativas, sin embargo el artículo 3 de esa misma ley menciona en forma expresa una serie de entidades que no están sujetas a ese impuesto, dentro de las cuales menciona las siguientes: “d) las cooperativas debidamente constituidas de conformidad con la Ley N° 6756 del 5 de mayo de 1982 y sus reformas.” De esta manera, se observa que el artículo 3 de la Ley N° 7092 menciona en forma expresa una serie de entidades que no están sujetas al pago del impuesto sobre la renta, dentro de las cuales se encuentran las cooperativas, sin embargo la cláusula cartelaria impugnada establece la retención del 2% del impuesto sobre la renta al contratista sin hacer distinción o salvedad alguna, lo cual puede resultar en una retención ilegal si el contratista se ubica en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 3 de la Ley N°7092. Por lo tanto, a fin de armonizar el cartel a las normas legales, la cláusula cartelaria debe ser modificada a fin de que se establezca que la Administración procederá a la retención del 2% del impuesto sobre la renta, salvo en aquellas excepciones que la Ley del impuesto sobre la renta contempla en forma expresa, y para lo cual el contratista deberá acreditar debidamente tal condición. De conformidad con lo expuesto, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción en este extremo...”* Siendo que lo anterior sirve de motivación para la resolución de este extremo del recurso, éste se declara parcialmente con lugar.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 51, 55, 170 y 172 del Reglamento a dicha ley, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **GRUPO EMPRESARIAL COOPERATIVO DE SERVICIOS EDUCATIVOS R.L.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2017LN-000001-01** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESCAZÚ** para la "Contratación de los servicios de operacionalidad de centros de cuidado y desarrollo infantil. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, dentro según lo previsto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **3) Se da por agotada la vía administrativa.- NOTIFÍQUESE.**-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

MCHA/tsv
NN: 00708 (DCA-0122-2016)
NI: 151-153-832-1015
G: 2017000385-1