

R-DCA-0301-2018

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas y nueve minutos del veintitrés de marzo de dos mil dieciocho.-----

Recurso de objeción interpuesto por las empresas **Compañía de Servicios Alimenticios KELAVERS S.A., Compañía Eventos Especiales SASOMA S.A., MJ Aventuras Comerciales S.A., Corporación DÁMASO DEL ESTE S.A.** y las personas físicas **Xenia María Rojas Martínez, Kenneth Varela Mora y Xinia Guadamuz Castro** contra el cartel de la **Licitación Pública N° 2018LN-000001-0011400001** “Contratación del Servicio de alimentación para la XXXVII Edición, Etapa Final, Juegos Deportivos Nacionales” promovida por el **Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER)**.-----

RESULTANDO

I.-Que las Compañías de Servicios Alimenticios KELAVERS S.A., Compañía Eventos Especiales SASOMA S.A., MJ Aventuras Comerciales S.A., Corporación DÁMASO DEL ESTE S.A. y las personas físicas Xenia María Rojas Martínez, Kenneth Varela Mora y Xinia Guadamuz Castro, presentaron en forma conjunta y en tiempo, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

II.- Que mediante auto de fecha doce de marzo del dos mil dieciocho, esta Contraloría General concedió audiencia especial al Instituto Costarricense del Deporte y la Recreación (ICODER), a efecto que se refiriera en forma amplia y bien fundamentada a los argumentos de las empresas recurrentes, solicitando a su vez, la remisión del cartel definitivo, y en caso de ser necesario, modificar el plazo de apertura de ofertas. Dicha audiencia fue atendida por el ICODER, mediante oficios DN-446-03-2018 y DN- 0491-03-2018 de fechas 15 y 22 de marzo del año 2018, indicando que la última versión del cartel consta en la plataforma electrónica de compras Mer-link.-----

III.-Que en la presente resolución se han observado las disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo de los recursos presentados. Sobre las multas y cláusulas penales. 1.) Sobre el rubro 1 de la Tabla 11. Incumplimiento en la cantidad de personal y las funciones asignadas para el manejo de servicio de alimentación. Los objetantes realizan una transcripción de la cláusula 3.1 en la que se incluyen las tablas 11 y 12, relacionadas con la distribución porcentual de la multa y la cláusula penal respectivamente. Al respecto señalan que: **a) En el rubro 1 no se encuentra claro el porcentaje a aplicar, debido a que se indican dos**

porcentajes, 5% y 3%. **b)** El rubro carece de bandas de aplicación del % establecido para los rubros a sancionar. **c)** Carece de la tipicidad de la falta que se aplicará en dichas sanciones, por ejemplo: en caso de falta del personal de limpieza, del cocinero, de la nutricionista, o del incumplimiento del personal según la cantidad de veces que se incurra, paralelamente el equipo o el tiempo que falte dicho mobiliario. En ese sentido indican que estas sanciones recaen en un aspecto arbitrario debido que la Administración pretende aplicar un concepto de forma de pago según la cantidad de servicio, vendidos o consumidos según tiempo de alimentación, por lo que el contratista al momento de ejecutar desconoce a ciencia cierta la cantidad de servicios que va a atender y la Administración solicita que el contratista tenga un mínimo de equipo y personal según el rango de población por comedor de conformidad a las Tabla 5 y la tabla 10. Señalan que en estas tablas se encuentran establecidos el mobiliario y el personal solicitado según el rango de población por cada comedor, sin embargo el proveedor que ejecute una villa deportiva de un rango de 300 a 600 personas tiene el riesgo contractual de atender en un tiempo de alimentación hasta una población únicamente de 10 personas, debiendo de tener en las instalaciones tanto el equipo y personal solicitado para ese rango de población del comedor, pues a contrario sensu puede ser acreedor de una sanción por falta del mobiliario y del personal. La cantidad de personas a atender es clave para una correcta ejecución contractual, ya que el contratista debe de tener la cantidad de personal y mobiliario correspondiente a la cantidad de personas solicitadas, con el objetivo de un equilibrio económico del contrato, ya que una comunicación de las cantidades en cada tiempo de comida fuera del plazo correspondiente generaría al contratista un eventual sanción, una defectuosa ejecución contractual y un menoscabo en la esfera patrimonial del mismo, por ende las sanciones supracitadas recaen en un aspecto arbitrario. **La Administración** señala que en el rubro 2.1 MULTA POR INCUMPLIMIENTO DE CANTIDAD DE PERSONAL, según su descripción la cantidad de personal no está vinculada solamente a la cantidad de platos sino a las funciones a desempeñar en un servicio de alimentación que busque calidad y seguridad ocupacional, porque se debe tomar en cuenta que se cubre un horario de 5:30 am a 10:30 pm en el servicio, generando una jornada de 17 horas sin contar la cantidad de tiempo previo para preparación en la apertura y de tiempo posterior al cierre para limpieza, por lo tanto se sobrepasa la jornada laboral permitida por el Ministerio de Trabajo. Incluye un cuadro en que se establece el tipo de personal, las funciones que debe desempeñar y las cantidades requeridas según los rangos de usuarios por comedor. Indica que esta multa tiene un valor del 5%, porcentaje que está acorde

con la sumatoria total, el 3% es un error, así como que el cálculo de la aplicación del porcentaje se realiza contemplando la cantidad de días del comedor y la cantidad de personal con la cual debe contar, tal cual se muestra en el ejemplo a continuación y como se ha aplicado en las últimas 3 ediciones, que ha sido de conocimiento de los proveedores participantes. Ejemplo: - Comedor de 7 días, con menos de 300 platos diarios, 14 personas (Según tabla 10). -En barra durante 2 días solo tiene 1 persona cuando deberían ser 3 personas eso representa: 0.05% persona/día $((5/7)/14)$. Adicionalmente aclara que se toma en consideración si el faltante de personal cuenta con una justificación de peso (enfermedad, accidente entre otros) el proveedor tiene 24 horas para cubrir el puesto, periodo en el cual no se le aplicará ningún tipo de multa. En ese sentido indica, que la implicación del incumplimiento es que el faltante del personal encarece el servicio y altera el horario de competencia, generando retrasos de los calendarios o incidiendo en la alimentación de los participantes, ya que algunos por el atraso deciden no realizar los tiempos de comida y se retiran, afectando nutricionalmente al atleta y monetariamente al proveedor. La cantidad de personal está estipulado según las jornadas de trabajo y la cantidad de horas de servicio del comedor. Adicionalmente indica que si la cantidad de platos baja, el nutricionista del ICODER está en toda la capacidad de dar permiso para disminuir la cantidad de personal, en mutuo acuerdo con el proveedor sin afectar el rendimiento y la calidad. Por último indica, que se mantiene el porcentaje de multa del 5%, no se vincula la cantidad de personal con la cantidad de platos para cambiarlo en las condiciones cartelarias, pero la cantidad solo puede disminuir bajo la autorización del (a) nutricionista en tiempo real de servicio según condiciones. Es decir, si es de conocimiento que se van a disminuir la demanda de platos por la salida de delegaciones, se podrá disminuir la cantidad de personal. En información adicional presentada señala que la multa está directamente relacionada con la cantidad de personal requerida según funciones y volumen de trabajo, y ajustado a la cantidad de platos esperado según consumo histórico. Señala que la multa se tipifica cuando no se cuenta con al menos la cantidad de usuarios según los siguientes rangos: Menor a 300:14 personas; de 300 a 600:22 personas y más de 600: 31 personas. Por último señala que la aplicación no se establece en bandas porque el incumplimiento está directamente vinculado a la necesidad de la cantidad de personal por día de servicio, estableciendo así una razonabilidad de la falta que sea proporcional a los días de ejecución. **Criterio de la División:** Como primer aspecto debe indicarse que la multa constituye una sanción pecuniaria que tiene como finalidad alcanzar la adecuada ejecución del contrato; siendo que las multas se imponen por ejecución

defectuosa del objeto contractual. Al respecto ha de estarse a lo regulado a nivel reglamentario en el artículo 47 del RLCA que estipula lo siguiente: *“La Administración, podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello, aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. / En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. / Los incumplimientos que originan el cobro de la multa, deberán estar detallados en el cartel. Una vez en firme el cartel, se entenderá que el monto de la multa es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores.”* En este caso, el pliego de condiciones regula las multas en el punto 3.1 y las define en la tabla 11. En relación con el porcentaje asignado al rubro de incumplimiento en la cantidad de personal y las funciones asignadas para el manejo del servicio de alimentación, la Administración señala que el porcentaje correcto es de un 5%, siendo que el porcentaje del 3% se consignó por error, razón por la que se deberá modificar el pliego cartelario para definir el porcentaje correcto. Ahora bien en relación con los argumentos expuestos por los objetantes en cuanto a la falta de bandas de aplicación del % establecido para los rubros a sancionar, la Administración señala que no se establece en bandas porque el incumplimiento está directamente vinculado a la necesidad de la cantidad de personal por día de servicio, estableciendo así una razonabilidad de la falta que sea proporcional a los días de ejecución. En ese sentido debe indicarse que la cláusula establece un porcentaje del 5% que corresponde al total a aplicar como sanción por incumplimiento, no siendo posible la aplicación del porcentaje en rangos menores, en ese sentido se entiende que si el contratista falta con al menos un funcionario de la cantidad requerida en los rangos que expone la Administración, a saber: Menor a 300:14 personas; de 300 a 600:22 personas y más de 600: 31 personas, la falta se configura y el contratista se hace acreedor de la sanción. Ahora bien, en su respuesta la Administración no explica con claridad la forma en la que dicha sanción va a ser aplicada, a saber por hora o por día, por lo que la Administración debe incorporar de forma clara en el pliego cartelario la definición de la falta, la base imponible sobre la cual procederá a aplicar la multa, así como la definición del mecanismo para la aplicación de la misma, esto por cuanto en

fase de ejecución dichas multas no se tornan inaplicables, por lo que se **declara con lugar** el recurso interpuesto. Debe tener claro esa Administración que tanto las multas como la cláusula penal deben tener definido no sólo cuál es el elemento causal que las configura, es decir la falta o incorrección del contratista en la ejecución, sino además debe determinarse la forma en que se aplicará, sea estableciendo cual será la base imponible respecto al cual se deducirá dicho porcentaje, por ejemplo si ese 5% será sobre el monto diario o una franja de este, sobre el monto semanal o incluso mensual, definiendo con claridad si ese 5% se aplicará con independencia de si se falta con una persona o más de estas, aspectos estos que son vitales para una correcta aplicación de la cláusula en el evento de necesitarse pero que ella misma no regula, provocando incerteza entre los potenciales oferentes al no saber con claridad a qué atenerse en el evento de la comisión de una falta. Es por ello que la Administración deberá definir con claridad dichos aspectos en la cláusula, incorporando al expediente además, el estudio que determine la definición de ese porcentaje en razón del monto estimado de la contratación, plazo, riesgo, implicaciones de un eventual incumplimiento entre otros. Para tal efecto la Administración deberá realizar las modificaciones que se indican, cumpliendo con la debida publicidad. **2) Sobre el rubro 2 de las multas. Por incumplimiento de la totalidad del equipo básico disponible durante toda la ejecución del servicio de Alimentación.** Señalan **los objetantes** que el rubro carece de bandas de aplicación del % establecido para los rubros a sancionar; carece de la tipicidad de la falta que se aplicará en dichas sanciones. En ese sentido indica que estas sanciones recaen en un aspecto arbitrario debido que la Administración pretende aplicar un concepto de forma de pago según la cantidad de servicio, vendidos o consumidos según tiempo de alimentación, pero el contratista al momento de ejecutar desconoce a ciencia cierta la cantidad de servicios que va a atender y la Administración solicita que el contratista tenga un mínimo de equipo y personal según el rango de población por comedor de conformidad a las Tablas 5 y la tabla 10. Señalan que en estas tablas se encuentran establecidos el mobiliario y el personal solicitado según el rango de población por cada comedor, sin embargo el proveedor que ejecute una villa deportiva de un rango de 300 a 600 personas tiene el riesgo contractual de atender en un tiempo de alimentación hasta una población únicamente de 10 personas, debiendo de tener en las instalaciones tanto el equipo y personal solicitado para ese rango de población del comedor pues a contrario sensu puede ser acreedor de una sanción por falta del mobiliario y del personal. La cantidad de personas a atender es clave para una correcta ejecución contractual, ya que el contratista debe de tener la

cantidad de personal y mobiliario correspondiente a la cantidad de personas solicitadas, con el objetivo de un equilibrio económico del contrato, ya que una comunicación de las cantidades en cada tiempo de comida fuera del plazo correspondiente generaría al contratista un eventual sanción, una defectuosa ejecución contractual y un menoscabo en la esfera patrimonial del mismo, por ende las sanciones supra citadas recaen en un aspecto arbitrario. **La Administración** señala que para el rubro MULTA POR INCUMPLIMIENTO DE EQUIPO BÁSICO, la cantidad de equipo no está relacionada solamente a la cantidad de platos sino al ciclo de menú y las preparaciones del mismo, al efecto aporta un cuadro que establece la descripción del equipo necesario, la justificación y las cantidades requeridas según los rangos de población de usuarios. Señala que el cálculo de la aplicación del porcentaje se realiza contemplando la cantidad de días del comedor y la cantidad de equipo con el cual debe contar, tal cual se muestra en el ejemplo a continuación y como se ha aplicado en las últimas 3 ediciones, que ha sido de conocimiento de los proveedores participantes. Ejemplo: comedor de 7 días, con menos de 300 platos, 20 objetos entre equipo menor y mayor (Según tabla 5). Una cámara enfriadora se descompone y pasan 48 horas sin que se sustituya: $0.036\% \text{ equipo/día } (5(\text{porcentaje})/7(\text{días}))/20 (\# \text{ equipos})$. Adicionalmente indica que se le da al proveedor 24 horas para reponer el equipo y de necesitar más tiempo y tener una justificación de peso se extiende el periodo y no se sanciona. Señala que la implicación del incumplimiento se basa en que el faltante del equipo genera atraso en el proceso, implicación en la seguridad alimentaria y brindar menos de lo estipulado en el cartel según porciones, que están acorde al valor del plato y aceptado por el adjudicatario al firmar. Por último indica que no se vincula la cantidad de equipo con la cantidad de platos, ya que el equipo está condicionado principalmente al tipo de preparaciones indicadas en el ciclo de menú. En información adicional aportada, indica que aclara que la cantidad de equipo se encuentra limitado al espacio del comedor institucional, para lo cual, bajo la autorización de la nutricionista del ICODER se podrá dar el aval de disminuir el mismo, especialmente para comedores con usuarios proyectados superior a 300 platos. Indica que la falta se tipifica cuando el contratista no cuenta con al menos los 20 aspectos (equipo mayor y menor) y las cantidades de las mismas solicitadas. Según datos de la tabla 10; así como que el cálculo de la multa se contempla de la siguiente forma: 1. Cantidad de días de funcionamiento del comedor. 2. Cantidad de equipo solicitado. Por último señala que la aplicación no se establece en bandas porque el incumplimiento está directamente vinculado a la necesidad de cada uno de los equipos para las preparaciones indicadas en el ciclo de menú a

lo largo de los días de funcionamiento del servicio. **Criterio de División.** El punto 2 de la tabla 11 regula el incumplimiento de la totalidad del equipo básico disponible durante toda la ejecución del servicio de Alimentación, asignando un 5% por concepto de multa. Sobre este punto los objetantes señalan que la cláusula no contiene bandas de aplicación del % establecido para los rubros a sancionar, aspecto que la Administración indica no establece porque el incumplimiento está directamente vinculado a la necesidad de cada uno de los equipos para las preparaciones indicadas en el ciclo de menú a lo largo de los días de funcionamiento del servicio. En ese sentido debe indicarse que este rubro se estructura de forma similar al punto 1 de la Tabla 11 estableciendo un porcentaje del 5% que corresponde al total a aplicar como sanción por incumplimiento, no siendo posible la aplicación del porcentaje en rangos menores, en ese sentido se entiende que si el contratista no cuenta con al menos los 20 aspectos (equipo mayor y menor) y las cantidades de las mismas solicitadas (según datos de la tabla 10) la falta se configura y el contratista se hace acreedor de la sanción. Ahora bien debe indicarse, que la Administración debe incorporar de forma clara en el pliego cartelario la definición de la falta y la definición de la cantidad exacta, esto por cuanto no existe precisión en la cantidad del equipo básico, puesto que aún y cuando la tabla a la que refiere la Administración indica cantidades que oscilan entre dos y tres, entre cuatro a cinco y de seis a siete, por ejemplo para el caso de las cámaras enfriadoras, existe una incerteza en punto a qué cantidad exacta es la que por cuya omisión generaría el incumplimiento, pues la cantidad a requerir se definen hasta el momento de la ejecución. Lo mismo sucede respecto de los empaques desechables y bandejas plásticas, que oscilan en un porcentaje del 50% y el 60% dependiendo de la cantidad de personas a atender, así de 100 a 300 personas se requiere el 60%, más debe tomar en cuenta la Administración que existe una diferencia de 200 personas en el rango establecido, por lo que el contratista deberá siempre contar con el total de la cantidad que represente el porcentaje para no incurrir en el incumplimiento, lo cual no parece razonable, por lo que deberá esa Administración mostrar el histórico promedio para al menos establecerse la cantidad a proyectar. Por otra parte igual que el punto anterior, la Administración no ha definido cuál es la base sobre la que aplicaría el porcentaje de multa indicado, sea por el monto correspondiente a un día de servicio, una semana o más, habida cuenta que los oferentes deben tener la certeza sobre qué rubro o cantidad es que se rebajaría en caso de necesitarse el porcentaje respectivo, así como el mecanismo de aplicación, por lo que dicho aspecto al igual que los demás indicados deben ser regulados expresamente en el cartel, esto

para evitar que en fase de ejecución dichas multas se tornen inaplicables, por lo que se **declara con lugar** el recurso interpuesto, debiendo la Administración a realizar las modificaciones que se indican. **3) Sobre el rubro 3 de las multas. Por incumplimiento de los productos y preparaciones del menú.** Los objetantes señalan que este punto establece las bandas a aplicar según la tipicidad de los incumplimientos, penalizando hasta un máximo del 10% del total de la línea por la falta de productos o la preparación defectuosa del mismo a partir del producto 1 hasta más de 12 veces que incurra el contratista, recayendo esta sanción en un aspecto desproporcionado al tipo de contrato. Los tiempos de alimentación se encuentran establecidos por un promedio de 8 preparaciones y productos diferentes para cada menú, al sancionar con un porcentaje tan alto como es un 3% del total de la línea, al incurrir en un rango de 1 a 3 cambios de productos sanciona de manera desproporcionada al contratista, no contemplando lógica entre la razonabilidad del monto a castigar y la repercusión del incumplimiento en el objeto contractual. La Administración señala que en el rubro de INCUMPLIMIENTO DE PRODUCTOS O PREPARACIONES DEL MENÚ, el cartel de licitación incluye un ciclo de menú y un anexo (#2) con un “manual de selección de productos”, en el cual se indican las especificaciones organolépticas y nutricionales de los mismos, aspectos de obligatoriedad porque responden al precio del plato establecido, según los estudios de mercado realizados; además de cumplir con especificaciones nutricionales acorde a las necesidades del atleta en etapa de competencia., por ejemplo: se solicita jamón de pavo, por tener menos grasa, más cantidad de proteína, menor cantidad de sodio, si en su lugar se diera algún tipo de mortadela (aspecto que ya se ha presentado en el servicio), no se cumple ni con las especificaciones nutricionales del producto solicitado, ni con el precio pactado, por lo tanto se ve afectada la alimentación del atleta y el pago realizado por el ICODER. Indica que los objetantes solicitan factor de razonabilidad de la aplicación de la multa e indican que dicha multa se le aplica al valor total de la línea, aspecto que no es cierto, porque siempre se ha realizado al precio de la línea ajustado, ya sea por disminución de valor de insumo o cantidad de plato real “Solicitados y servidos”. Señala que la implicación del incumplimiento se basa en el hecho de que si no se cumple con lo pactado en el cartel de licitación con respecto a tipo y características del producto, se genera un perjuicio para la calidad del servicio, la alimentación del atleta, una falta en lo que pactó y una pérdida monetaria para el ICODER, ya que no recibe acorde a lo que está pagando. Indica que la cláusula se ajusta a la razonabilidad según la cantidad de preparaciones durante el día, para lo cual la aplicación de la multa se establecerá

de la misma manera que se realiza para el incumplimiento de equipo y de personal, la cual se detalla a continuación:-Siguiendo la plantilla del ciclo de menú el desayuno cuenta con 11 preparaciones, el almuerzo y la cena con 8 c/una, para un total de 27 preparaciones diarias. - Dividir el porcentaje/# de días de funcionamiento de la villa / entre la cantidad de preparaciones. Ejemplo: Se brindó muslo de pollo deshuesado en lugar de pechuga deshuesada para el almuerzo del día 4 de julio, en una villa de 7 días. Es decir $10/7/27= 0.052$ día/preparación.-Se establece que si el proveedor omite la inclusión de una preparación que está estipulada en el ciclo de menú, debe pagar el valor del total de la preparación según la cantidad de platos, de acuerdo al valor de mercado del producto que el ICODER establezca según referencia y además se le aplicará la multa correspondiente. Adicionalmente indica que los cambios de productos en el menú por falta de suministro, solo serán autorizados por la nutricionista asignada por el ICODER al servicio de alimentación, si el proveedor propone sustituir el producto por otro, este debe ser al menos del mismo valor del mercado al anterior, es decir, si no tiene manzana no lo podría cambiar por banano o naranja, sino por melocotón o nectarina, en razón de que el ICODER pague de acuerdo al producto que recibe. Dichos cambios siempre se deben hacer por solicitud y se deja en claro que sin la autorización del profesional indicada y firmada en la bitácora, el cambio no tiene validez y será razón de incumplimiento. Además de las sanciones pecuniarias antes citadas, el contratista podrá ser acreedor de otras sanciones contempladas en la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa, según corresponda (Art.99 y 100 LCA). Por último indica que procederá a modificar el punto de la siguiente manera:-----

3. Por Incumplimientos de los productos o preparaciones del menú (Sin autorización)

- De 1 a 3 productos o preparaciones (3%)
- De 4 a 7 productos o preparaciones (5%)
- De 8 a 11 productos o preparaciones (7%)
- Más de 12 productos o preparaciones (10%)

10%

Siguiendo la plantilla del ciclo de menú el desayuno cuenta con 11 preparaciones, el almuerzo y la cena con 8 c/una, para un total de 27 preparaciones diarias. Dividir el porcentaje total de la multa entre el # de días de funcionamiento de la villa / entre la cantidad de preparaciones. Ejemplo: Se brindó muslo de pollo deshuesado en lugar de pechuga deshuesada para el almuerzo del día 4 de julio, en una villa de 7 días. Es decir $10/7/27= 0.052$ día/preparación. Se establece que si el proveedor omite la inclusión de una preparación que está estipulada en el ciclo de menú, debe pagar el valor del total de la preparación según la cantidad de platos, de

acuerdo al valor de mercado del producto que el ICODER establezca según referencia y además se le aplicará la multa correspondiente. Los cambios de productos en el menú por falta de suministro, solo serán autorizados por la nutricionista asignada por el ICODER al servicio de alimentación, si el proveedor propone sustituir el producto por otro, este debe ser al menos del mismo valor del mercado al anterior, es decir, si no tiene manzana no lo podría cambiar por banana o naranja, sino por melocotón o nectarina, en razón de que el ICODER pague de acuerdo al producto que recibe. Dichos cambios siempre se deben hacer por solicitud y se deja en claro que sin la autorización del profesional indicada y firmada en la bitácora, el cambio no tiene validez y será razón de incumplimiento. Además de las sanciones pecuniarias antes citadas, el contratista podrá ser acreedor de otras sanciones contempladas en la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa, según corresponda (Art.99 y 100 LCA)" **Criterio de la División.** Del argumento de los objetantes se observa una falta de fundamentación ya que basa su argumento en indicar que sancionar con un porcentaje tan alto como es un 3% del total de la línea al incurrir en un rango de 1 a 3 cambios de productos sanciona de manera desproporcionada al contratista, no contemplando lógica entre la razonabilidad del monto a castigar y la repercusión del incumplimiento en el objeto contractual, sin explicar dónde radica la desproporcionalidad que refieren, ni exponer las razones por las cuales el requerimiento limita la libre participación o el interés general, razón por la cual se **rechaza de plano** el recurso de plano por falta de fundamentación. No obstante como se indicó en los puntos anteriores, la Administración debe incorporar de forma clara en el pliego cartelario la definición de la falta, la base imponible sobre la cual procederá a aplicar la multa, así como la definición del mecanismo para su aplicación, observando que exista congruencia entre los elementos que componen la misma, esto para evitar que la ejecución de dichas multas no se tornen inaplicables, debiendo la Administración definir con claridad y sobre una base objetiva no solo la causa que genera la activación de la multa, sino además, la base o el monto sobre el cual la fijará, pero además definiendo un mecanismo que resulte aplicable y claro y no genere distorsiones al momento de su implementación. Por lo que para este propósito, la Administración deberá efectuar la modificación respectiva al cartel para incorporar estos elementos en la cláusula en cuestión, por lo que se **declara parcialmente con lugar** el recurso interpuesto, debiendo la Administración a realizar las modificaciones que se indican, cumpliendo con la debida publicidad. **4) Sobre la cláusula penal.** Los objetantes señalan que objeta los mismos aspectos (los 3 rubros tipificados), ya que considera que son sanciones desproporcionales e

irracionales debido que los porcentajes son aplicables al monto total de cada línea, penalizando desde el retraso numero 1 hasta el 4 que incurra, no existiendo lógica entre el monto a castigar sobre el plazo a ejecutar. La ejecución contractual se realiza durante 15 días naturales, en los cuales se brindan 3 servicios de alimentación dando un resultado en la mayoría de los casos de 42 servicios aproximados por villa deportiva. Señala que entiende la gravedad que conlleva los atrasos en los tiempos de alimentación en el camino y proceso de los Juegos Deportivos Nacionales, de la misma manera entienden que el cartel establece la posibilidad de modificar los horarios, por lo cual señala que se adapta al sistema así como que sus incumplimientos deben de ser sancionados. Señala que el fundamento de la objeción de la cláusula penal corresponde a la proporcionalidad y lógica que debe de existir entre el monto de la sanción, el plazo de ejecución y la repercusión de su incumplimiento, el cual se ha desarrollado que en todo procedimiento de contratación Administrativa exista un estudio previo donde demuestre, se determine y se cuantifique los posibles daños que se podría sufrir en una eventualidad de atraso. De manera general tanto en las multas como en la cláusula penal, debe existir una justificación que sustente el quantum a castigar versus el daño a producir teniendo presente los aspectos que establece la normativa en contratación administrativa, que esta dispone el deber de valorar el monto, los plazos de ejecución, el riesgo y la repercusión del incumplimiento. En el caso en común se debe ponderar el monto de cada una de las líneas versus el valor de cada uno de los servicios a brindar; contemplando que cada una de las líneas posee un promedio de dos villas deportivas y cada una de estas villas brindarían aproximadamente 42 servicios correspondiendo a 94 servicios mínimos por línea, de aquí es donde debe existir una lógica en la ecuación de plantear las sanciones pecuniarias, debido a que se sancionan con un porcentaje alto basado en el valor de la línea en su totalidad al incurrir en un defecto dentro de un solo servicio, a lo cual se le debe adicionar el aspecto plazo de la ejecución y paralelamente debe fundamentar la Administración la repercusión que conlleva las sanciones tipificadas en el cartel. Indica que en el caso de los puntos que objeta, estos carecen de toda lógica, justicia y técnica, al imponer un porcentaje tan alto según el total de la línea por un incumplimiento, como se expuso en el ejemplo donde un servicio puede producir 490 000 colones y la multa o cláusula penal puede llegar a ser aproximadamente el doble del monto producido, recayendo en sanciones económicas excesivas, desproporcionales e irracionales, así mismo dentro del expediente administrativo tramitado mediante la plataforma electrónica de SICOP no se encuentra el estudio de los montos a penalizar versus la repercusión del daño que incurre el

eventual defecto o incumplimiento. Por ende, se solicita la modificación de punto 3 MULTAS Y CLAUSULA PENAL de la sección IV denominada DESCRIPCION DEL SERVICIO, de conformidad al fundamento supracitado. Como recomendación se solicita que las sanciones económicas se apliquen de conformidad a cada uno de los servicios en que se incurra el defecto o incumplimiento, teniendo en cuenta que cada villa deportiva posee aproximadamente 42 servicios y cada línea se encuentra compuesta en promedio por 94 servicios de alimentación, por lo que requiere que la sanción sea acorde y proporcional al servicio brindando. **La Administración** indica en relación con el punto A. CLAUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO EN HORARIO DE SERVICIO *Porcentaje total de la cláusula: 5% Se refiere al incumplimiento en el horario de servicio, al retraso en la apertura del servicio según el tiempo de comida. *Tipificación de la cláusula: Por incumplimiento en el horario de servicio, no abrir el servicio de alimentación en el horario establecido, desayuno (5:30 am), almuerzo (11:00am) y cena (6:00pm). Solo puede variar el horario si cuenta con la autorización de la nutricionista del ICODER. Tanto el proveedor como el nutricionista del ICODER, deben coordinar la hora entre ambos para unificar los horarios. El proveedor no debe esperar la orden de la nutricionista para abrir el comedor, él es el responsable de los horarios y debe abrir aunque no se hallen usuarios *Cantidad de tiempos de comida por día. Cada atraso en apertura, el incumplimiento representa 0.042%. En relación con el punto B. CLAUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO ATRASOS EN LA LINEA DE DISTRIBUCIÓN. *Porcentaje total de la cláusula: 5% Por incumplimiento en atrasos en la línea, espera en la línea de servicio por parte del usuario. *Tipificación de la cláusula: Por incumplimiento en atrasos en la línea, refiriéndose a que la línea se queda detenida por más de 20 minutos por falta de producto en barra, problemas con equipo, suministro, personal u otro, para desayuno almuerzo y cena. Dicho atraso será documentado por la nutricionista del ICODER. Para evitar atrasos el proveedor puede solicitar a la nutricionista sustituir preparaciones con igual gramaje, calidad y especificación del producto faltante, con la autorización del profesional a cargo no será causante de aplicación de cláusula. *Cálculo de la cláusula: No se va a establecer la aplicación de la cláusula en bandas, con el fin de cumplir con la razonabilidad según días de funcionamiento y cantidad de tiempos de comida que debe brindar cada servicio según el calendario de competencias. Por lo tanto, para el cálculo se contempla: 1. Cantidad de días de funcionamiento del comedor. 2. Cantidad de atrasos en apertura o tiempos de espera barra según tiempos de comida totales brindados. - Dividir el porcentaje de la cláusula penal / # de días de funcionamiento de la villa / entre la

cantidad de tiempos de comida a brindar. Ejemplo: un comedor de 7 días de funcionamiento que brindó 17 tiempos de comida, (según la siguiente distribución) abrió hubo 1 atrasa de 30 minutos en la fila por falta de pollo en la barra de servicio. Cantidad de tiempos de comida por día. Cada atraso en apertura, el incumplimiento representa 0.042%. **Criterio de la División:** La cláusula penal se encuentra regulada en la Tabla 12 de la cláusula 3.2 de la siguiente manera:-

3.2. CLAUSULA PENAL

Por incumplimiento del contratista, en retraso en horarios de servicio se aplicará un 12% en clausula penal (Tabla 12).

Tabla 12. DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LA CLAUSULA PENAL

Rubro de evaluación	% sanción
1. Incumplimiento del montaje completo del servicio de alimentación 24 horas antes del arranque del servicio (Tabla 6)	2%
2. Por Incumplimiento del horario del servicio (Sin autorización previa)	
<ul style="list-style-type: none"> • De 2 a 3 retrasos de 15 minutos en el horario (1%) • De 1 a 3 retrasos de 20 minutos en el horario (2%) • De 1 a 3 retrasos de 25 minutos en el horario (3%) • De 1 a 3 retrasos de 30 minutos en el horario (4%) • Más de 4 retrasos en cualquiera de las bandas del horario (5%) 	5%
3. Atrasos en línea de distribución (Tiempo de espera sin servir, barra detenida)	5%
<ul style="list-style-type: none"> • De 1 a 3 atrasos de 25 minutos en tiempo de espera (1%) • De 1 a 3 atrasos de 30 minutos en tiempo de espera (2%) • De 1 a 3 atrasos de más de 35 minutos en tiempo de espera (3%) • De 1 a 3 atrasos de más de 40 minutos en tiempo de espera (4%) • Más de 4 atrasos en cualquiera de las bandas (5%) 	
Total	12%

Ahora bien en su respuesta la Administración pareciera que propone la modificación de la cláusula sin que encuentre este Despacho claridad en lo que expone, ya que refiere a dos puntos únicamente “A. *CLAUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO EN HORARIO DE SERVICIO* *Porcentaje total de la cláusula: 5% y B. *CLAUSULA PENAL POR INCUMPLIMIENTO ATRASOS EN LA LINEA DE DISTRIBUCIÓN*. *Porcentaje total de la cláusula: 5%”, dejando de lado el porcentaje original del 12% establecido y la forma en la que se encontraba estructurada dicha cláusula. Sobre este tema es importante señalar, que la Administración se encuentra plenamente habilitada para establecer dentro de las reglas del concurso, sanciones pecuniarias para aquellos casos en que exista incumplimiento de las obligaciones contractuales para el eventual adjudicatario. El objetivo de incorporar estas regulaciones a nivel cartelario, indudablemente obedece a la necesaria seguridad jurídica que todo oferente debe tener al momento de ofertar, pues en estos casos tendrá claro de antemano

las sanciones de carácter económico a las que será objeto en caso faltar a sus obligaciones en fase de ejecución contractual. Ahora bien, dentro de las sanciones económicas que puede imponer la Administración, se encuentran las previstas en los artículos 47 y 50 del Reglamento a la Ley General de Contratación Administrativa, que se refieren por su orden a las multas por defectos en la ejecución y la cláusula penal propiamente dicha por ejecución tardía o prematura. Ambas regulaciones, si bien son perfectamente factibles que la Administración las utilice simultáneamente, debe tenerse claro que ello siempre debe obedecer atendiendo a la naturaleza de la contratación, y sobre todo a las consecuencias que podría generar un eventual incumplimiento del contrato, de manera que su uso no implique una aplicación arbitraria por parte de la Administración. Lo anterior sin perjuicio que la Administración pueda recurrir a la ejecución de la garantía de cumplimiento cuando se presente un incumplimiento total o grave de las obligaciones, y desde luego también al apercibimiento o la misma inhabilitación según los supuestos expresamente definidos en los artículos 99 y 100 de la Ley de Contratación Administrativa. El objetivo de las multas y cláusula penal son desde luego procurar resarcir a la Administración de una ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones contractuales, definiendo de antemano ese quantum necesario, siendo claro que el objetivo de estos mecanismos son en esencia no el obtener un rédito económico para la Administración con su aplicación, sino más bien desincentivar el incumplimiento de los contratista, que conociendo las sanciones que puedan recibir, se abstengan de incurrir en los supuestos que las activen. Sobre este tema indicó este órgano contralor mediante la resolución No. RDCA-573-2016 que: *“De frente a lo expuesto es posición de esta Contraloría General, que las cláusulas penales fijadas en el cartel, respecto a su cuantificación, deben estar sustentadas en actos motivados que consideren lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA, que a los efectos dispone: “[...] considerando para ello, aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad.” En ese sentido debe indicarse que es posición de este órgano contralor que la Administración debe incorporar en el expediente del procedimiento que promueve, los estudios que justifiquen la determinación de cada uno de los supuestos de multa y el “quantum” asignado a cada uno, ello, a fin de que los potenciales oferentes puedan consultarlo y conozcan tales valoraciones efectuadas por la Administración licitante y por las*

cuales se llegó a definir el porcentaje de la multa finalmente plasmado en el cartel. En consecuencia, deberán incorporarse al expediente los actos debidamente motivados, los que, observando lo dispuesto en el numeral 47 del RLCA, vengan a dar soporte a las sanciones económicas que se incorporen al cartel. Dichas actuaciones deben de constar en el expediente a fin de poder ejecutar tales cláusulas, conforme con lo señalado por la Sala Primera.” Como puede verse, en la resolución se dispone como posición de la Contraloría General, la necesidad de atender la normativa reglamentaria motivando las sanciones incorporadas al cartel. Ahora bien, en el presente caso, lo que el recurrente alega es una desproporción entre los diferentes componentes que comprende este punto, respecto a cada uno de los porcentajes asignados a la cláusula, sin que llegue a demostrar con claridad en dónde radica esta desproporción. Sin embargo, la Administración conforme a lo dicho, deberá incorporar en el expediente los estudios que justifican el porcentaje asignado a esa multa y además establecer con claridad en el cartel al igual que lo abordado en puntos anteriores, el monto o base sobre el cual se aplicará la multa así como el mecanismo definido para su aplicación, motivo por el cual se **declara parcialmente con lugar** el recurso en este extremo. **5) Sobre el Sistema de Pago, el modelo de contratación y la descripción del servicio.** Los objetantes transcriben las cláusulas relacionadas con el Sistema de Pago, el modelo de contratación y la descripción del servicio, Sección I (Condiciones Generales). Sistema de pago; Sección IV Descripción del Servicio 1.1.8, 1.3.18 y 1.4.1. Al respecto señalan que la Administración Activa intenta definir este tipo de concurso como un contrato según demanda, en el cual cancelará al contratista únicamente los servicios consumidos, brindando un cuadro de consumos histórico de dos años anteriores, sin embargo no garantiza el pago o consumo alguno de la alimentación, orientando al contratista a un tipo de servicio estilo restaurante donde el proveedor (poseedor de un derecho adquirido mediante un contrato) deberá prácticamente vender plato por plato desconociendo a ciencia cierta cuanto será el monto a contratar, a pesar de tener un derecho subjetivo a la ejecución según la proyección de la confección de su oferta pues en la modalidad de entrega según demanda, se desarrollan reglas que deben de cumplirse para una adecuada satisfacción del interés público y un equilibrio de intereses de las partes siendo que la Administración se aparta de las características establecidas. Indica que es de cabalidad tener como ejemplo la licitación pública 2017LN-000001-0011400001 mediante la cual el ICODER promueve esta modalidad de contratación, obteniendo los siguientes hechos históricos: En el cartel se estableció de igual manera al presente año, un cuadro de consumo donde coloca el punto máximo, promedio y

mínimo deservicios, no garantizando el pago alguno de los servicios a contratar, sino de la misma manera de este año se pagó respecto al plato servido y consumido por el atleta. El oferente confecciona su plica en base a ese cuadro de consumo sin embargo desconocía el pedido puntual de cada uno de los tiempos de alimentación, pudiendo enfrentar un consumo más elevado o consumo menor al mínimo ponderado. Al momento de la confección de los contratos, la Administración los realizó según la adjudicación de la totalidad de los servicios según el punto máximo, así mismo se emitieron las órdenes de compras. En la etapa de ejecución contractual, se trabajó mediante el cuadro de consumo teniendo presente los 3 rangos de cantidades, máximo, promedio y mínimo establecidos en el cartel. Sin embargo, al desconocer el consumo puntual de cada uno de los tiempos de alimentación, tanto la Administración como el contratista pusieron en riesgo el objeto contractual; se presentaron servicios donde el consumo incrementó el punto máximo estimado por la Administración, donde el contratista a pesar de tomar las previsiones del punto máximo debió incumplir con aspectos de tiempo de entrega o productos faltantes los cuales se encontraban tipificados como sanciones, recibiendo un objeto incompleto y deficiente la Administración por la falta de un pedido puntual. Así mismo se dieron ocasiones donde el contratista previo a su ejecución por lo menos al punto mínimo de la proyección tratando de evitar sanciones, incurre en la preparación y adaptación del punto mínimo de consumo y no logró vender un 10% de los servicios mínimo. Señala que en la licitación del año pasado se encontraban una serie de sanciones de carácter económico, las mismas se hacían sujetas de acuerdo a la cantidad de población de comedor, sin embargo al no contar con el pedido exacto de cada uno de los tiempos, el contratista debía ajustar sus recursos tanto humano como mobiliario de acuerdo a la producción que enfrentaba para no incurrir en pérdidas, pero el cartel se encontraba consolidado al momento de la ejecución contractual por ende las multas y cláusulas penales ya estaban en firme y debieron de aplicarse. Teniendo como antecedente la licitación pública 2017LN-000001-0011400001, la cual se promovió con el mismo sistema al concurso en marras, se presentaron una serie de riesgos contractuales para ambas partes. Si la Administración en el presente concurso desea contratar mediante dicha modalidad debe ser sujeta a las reglas que establece la normativa y que las amplía la jurisprudencia en virtud de evitar inconsistencias en el objeto contractual, paralelamente respetando los derechos subjetivos que ostentan los contratistas al ejecutar plenamente lo pactado y de obtener el beneficio proyectado en su oferta. La determinación de la modalidad utilizada en el concurso en marras integra las demás condiciones que se objetan,

como es la obligación de tener todos los recursos mínimos según la población a atender como personal, mobiliario. Adicionalmente este aspecto se encuentra ligado con las sanciones en caso de incumplimiento, penalizando parámetros con los que ni siquiera se cuenta con ciencia cierta la demanda a enfrentar durante la ejecución contractual. Por tal motivo se solicita la modificación de las cláusulas objetadas en este inciso, donde el cartel establezca por lo menos una cantidad mínima de servicios a ejecutar con la que el contratista cuente y así establecer la proyección del beneficio a obtener como recomendación y respetando las reglas establecidas en el numeral 162 del RLCA por lo menos que la Administración coloque en el cartel el plazo a comunicar las cantidades por requerir en los diferentes servicios a ejecutar. **La Administración** indica que para las ediciones del 2011 al 2016 de acuerdo a la cantidad de personas acreditadas se debía contemplar la cantidad por tiempo de comida por villa según el calendario de competencia, donde se le daba al proveedor una cantidad de platos máxima. En el siguiente cuadro ese detalla por edición la facturación de las ediciones del 2011 al 2017.-----

Facturación Ediciones 2011-2017

Año	Sede	Precio Promedio	Contratados	Consumidos	% Consumo	Facturación
2011	Puriscal, Ciudad Colon, Santa Ana, Escazú y San José	₡3.247,26	114579	71365	62,28%	₡372.067.413,50
2012	Acosta, Aserrí, Desamparados, Curridabat	₡3.626,78	114049	72384	63,47	₡408.241.341,22
2013	Zona Norte-Zona sur	₡3.192,04	117635	98759	83,95%	₡375.495.460,13
2015	Los Chiles, Guatuso, Ciudad Quesada, La fortuna y Zarcero	₡3.199,63	118400	107377	86,70%	₡390.910.189,83
2016	Ciudad Colón, Santa Ana, Escazú, San José, Cartago	₡2.573,00	120393	94493	78,49%	₡309.739.164,00
2017	Ciudad Colón, Santa Ana, Escazú, San José, Cartago	₡49.000,00	129252	99196	76,75%	₡480.142.288,18

Con las estadísticas de consumo de los años **2011 y 2012** se evidenció que la diferencia en cantidad de platos contratados y consumidos, era bastante significativa, representando un 37.72% y 36.53% de platos no utilizados por la población meta, los cuales se direccionaban a donación, pero el pago era el total de platos contratados. Las razones por la cual esos platos no

se consumían se debía a que los atletas, delegados o cuerpos técnicos no se presentaban para hacer uso del servicio porque lo realizaban fuera de las villas muchas veces costado por los Comités Cantonales, los padres de familia o por ellos mismos. En el año **2012** se estableció un precio para el valor del plato, mediante el estudio de mercado correspondiente y la revisión del historial de facturación de las ediciones anteriores. De ahí la disminución en el precio promedio del plato para las ediciones del 2013 y 2015 a pesar de la zona geográfica. En las ediciones de los años **2013, 2015 y 2016** se trabajó recuperando el valor del insumo de los platos no consumidos, tanto en cocido para donación como en crudo para disminución del monto de la facturación, además de la aplicación de las multas o sanciones económicas. Es importante detallar que para las ediciones 2013 y 2015 el porcentaje de consumo aumenta debido a que los juegos se realizaron fuera de la zona metropolitana, lo cual obliga a la población a hospedarse en las villas deportivas y de realizar la alimentación en los comedores porque las posibilidades de alimentación eran más limitadas, en especial de comida rápida, comida gustaba por adolescentes. Posterior a la edición del 2015 por una "recomendación" de parte de la Contraloría General de la República, según el criterio emitido por la División de Contratación Administrativa, oficio #03742, como resultado de las apelaciones interpuestas por los oferentes de ese entonces, estableció desarrollar un historial del consumo de la edición **2016** y aplicarlo para el 2017 bajo un modelo de plato "solicitado y servido", ya que las siguientes 2 ediciones serían en zonas y con características similares, por lo tanto estableció que solo se debía pagar la cantidad de platos realmente consumidos para evitar el no uso de platos contratados. Esto generó un aumento en el valor del plato según el estudio de mercado por el factor riesgo que enfrentaba el proveedor, para lo cual el precio del plato varió de ₡3.700,00 a ₡4.900,00. El precio promedio del plato para el año **2016** disminuyó en comparación a las demás ediciones porque hubo competencia entre los proveedores participantes, lo cual generó un precio inferior y de ahí el monto menor de facturación de las ediciones con el mismo modelo de pago, plato contratado. Para el año **2017** aunque se presentó un consumo de 76.75%, el mismo representa el 100% de los platos reales, aunque por el aumento del precio del plato ha sido la edición con el monto más alto en facturación. Es importante establecer que las ediciones del 2011 y 2012 se pueden comparar con las ediciones del 2016 y 2017 (por sus características de ubicación), donde se evidencia un aumento significativo del consumo, el cual demuestra que el trabajo que se ha realizado a lo largo de cada edición, ha logrado cumplir los objetivos trazados por el área, el de mejorar el servicio de alimentación tanto desde el punto nutricional, como operativo, con

una visión de calidad en sus productos y reforzando la importancia del servicio al cliente, de la mano con la utilización pertinente del fondo público invertido. Señala que los objetantes solicitan que se les establezca una cantidad de platos mínima por tiempo de comida por villa deportiva, porque el desconocer la cantidad genera un factor de riesgo que se traduce en pérdidas para los mismos. En ese sentido indica que según se mencionó en la descripción, el Departamento de Juegos Deportivos Nacionales acata la solicitud por parte de la Contraloría General de la República de la forma de pago del servicio de alimentación y que el proveedor no está carente de información para la elaboración de la propuesta a dicha licitación, ya que en el cartel se incluye el historial del consumo del 2016-2017 de atletas y jueces, y se indica que pueden solicitar las estadísticas de consumo por villa deportiva de la edición anterior. Además es importante establecer que la Administración como interesada en la participación del servicio son los responsables de realizar el estudio de mercado pertinente de acuerdo a volúmenes de consumo y comportamientos, como en cualquier otra propuesta de servicio de alimentación tanto pública como privada. **Criterio de División:** Sobre este punto debe indicarse que el procedimiento de Licitación Pública N° 2018LN-000001-0011400001 “Contratación del Servicio de alimentación para la XXXVII Edición, Etapa Final, Juegos Deportivos Nacionales” se promueve bajo la modalidad de consumo por demanda, modalidad en la que no se puede pretender establecer un mínimo de consumo, en ese sentido la Administración señala que el proveedor no está carente de información para la elaboración de la propuesta a dicha licitación, ya que en el cartel se incluye el historial del consumo del 2016-2017 de atletas y jueces, y se indica que pueden solicitar las estadísticas de consumo por villa deportiva de la edición anterior. Dicha información se constituye en una herramienta que le permite a los potenciales oferentes la elaboración de ofertas basada en consumos históricos, de manera referencial, y así establecer una proyección más aproximada de la necesidad que requiere la Administración. Deben tener en cuenta los recurrentes que bajo el esquema de entrega según demanda no es posible garantizar a los oferentes un mínimo de consumo, por cuanto aceptarse así ello iría en contra de la naturaleza misma de la modalidad de ejecución prevista, que es justamente el pago del consumo efectivamente recibido, siendo que precisamente las proyecciones o históricos de consumo es lo que permite al oferente proyectar su oferta bajo su cuenta y riesgo. Ahora bien, en el presente caso ha logrado ubicar este órgano contralor en el cartel existente en la plataforma SICOP correspondiente a este concurso, una referencia en punto al consumo para jueces y atletas para el 2016, no obstante no consta dato alguno en punto al año 2017, que

permita por ejemplo a los oferentes un mayor espectro en cuanto a las proyecciones, sin que exista indicación alguna por parte de la Administración por qué razón esta información no ha sido incorporada. Motivo por el cual la Administración deberá incluir junto con la del 2016, la referencia más cercana a históricos de consumo, que corresponde a 2017, a efecto que los potenciales oferentes puedan estructurar con mayor amplitud su oferta, razón por la cual se **declara parcialmente con lugar** el recurso en este extremo. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso objeción interpuesto por las empresas **Compañía de Servicios Alimenticios KELAVERS S.A., Compañía Eventos Especiales SASOMA S.A., MJ Aventuras Comerciales S.A., Corporación DÁMASO DEL ESTE S.A.** y las personas físicas **Xenia María Rojas Martínez, Kenneth Varela Mora y XiniaGuadamuz Castro** contra el cartel de la **Licitación Pública N° 2018LN-000001-0011400001** “Contratación del Servicio de alimentación para la XXXVII Edición, Etapa Final, Juegos Deportivos Nacionales” promovida por el **Instituto Costarricense del Deporte (ICODER)**. **2)** Proceda la Administración a realizar las modificaciones correspondientes al cartel y brindarles la debida publicidad. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFIQUESE. -----

C

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Andrea Serrano Rodríguez
Fiscalizadora

ASR/svc
NI: 7015,7697,7739.
NN: 04483-2018(DCA-1190)
Ci: Archivo central
G: 2018001466-1

