

Emitir resolución de recursos

1. Generar resolución de recursos

Encargado	Jorge Carmona		
Fecha/hora gestión	11/07/2024 09:54	Fecha/hora resolución	11/07/2024 09:58
* Procesos asociados	Recursos	Número documento	8072024000001062
* Tipo de resolución	Fondo		
Número de procedimiento	2024LY-000004-0008000001	Nombre Institución	MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD
Descripción del procedimiento	SERVICIO LIMPIEZA PARA LOS EDIFICIOS CENAC Y ANTIGUA ADUANA PERTENECIENTES AL MINISTERIO DE CULTURA Y JUVENTUD.		

2. Listado de recursos

Número	Fecha presentación	Recurrente	Empresa/Interesado	Resultado	Causa resultado
8002024000000949	14/06/2024 15:40	JUAN CARLOS GUEVARA ABARCA	DISTRIBUIDORA Y ENVASADORA DE QUIMICOS SOCIEDAD ANONIMA	Rechazo de plano (Le	Por preclusión (Artícul

3. *Validaciones de control

- Tipo de procedimiento
- En tiempo
- Prórroga de apertura de ofertas
- Legitimación
- Quién firma el recurso
- Firma digital
- Cartel objetado
- Temas previstos

4. *Resultando

- I. Que mediante auto No. 8002024000000949 de las quince horas cuarenta minutos del catorce de junio de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante.
- II. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.

5. *Considerando

5.1 - Recurso 8002024000000949 - DISTRIBUIDORA Y ENVASADORA DE QUIMICOS SOCIEDAD ANONIMA

Multas y Cláusula penal - Argumento de las partes

Se remite al expediente.

Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR

Rechazo de plano (Ley 9986)

1) Sobre el punto 5.8. Criterio de División. En lo que interesa, para el extremo objetado el pliego de condiciones establece lo siguiente: “Si existiera atraso en la entrega del producto de acuerdo con el pliego de condiciones y de la oferta, el Contratista deberá pagar al Ministerio por concepto de cláusula penal la suma del 1% por cada día hábil el valor de la parte incumplida./ Sí (sic) existe un defecto en el objeto contractual, el contratista deberá pagar al Ministerio por concepto de multa el 1% por cada día hábil del valor de la parte incumplida.” (ver en “Ingreso del pliego de condiciones”). El recurrente indica que la motivación de los actos constituye un parámetro de legalidad y un elemento fundamental del debido proceso. Señala que según el punto referido no se aclara qué debe entenderse por “defecto” en el objeto contractual por lo que hace que la aplicación de la multa sea arbitraria, apartada de la seguridad jurídica y genera incertidumbre. Señala que la Administración no definió técnicamente cómo determinó el quantum de la multa por medio de algún ejercicio matemático o metodológico. Finalmente, cita desconocer si el porcentaje a aplicar es por sobre el monto mensual o diario del costo del servicio. La Administración responde que según el oficio MCJ-DVA-DSG-213-2024 se indica que el 1% se determina por la práctica y experiencia del monto proporcional y razonable de acuerdo con la realidad del mercado nacional y que la multa aplicará en casos de faltante de personal de limpieza e incumplimientos en la entrega de producto. Igualmente que el porcentaje por aplicar corresponde sobre el monto diario (hábil), del costo del servicio. Finalmente, señala que las multas estipuladas en el pliego de condiciones se basaron conforme criterio indicado en el anexo 1 y que mediante el anexo 2 que adjunta con su respuesta realiza la justificación metodológica y matemática para definir el porcentaje de la multa. Sobre el particular, una vez dada lectura a los argumentos de objeción y cotejada la regulación de la versión anterior del pliego y la actual, esta Contraloría General no encuentra modificación efectuada por la licitante, por lo que los alegatos en contra de la cláusula recurrida se estiman precluidos. Respecto a la preclusión, el artículo 250 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública establece, entre otras cosas, lo siguiente: “La preclusión procesal opera en todos los tipos de recursos que regula la Ley General de Contratación Pública e implica la extinción de la facultad para impugnar el contenido del pliego de condiciones o el acto final del procedimiento, según corresponda, cuando ya se tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de recurrir los temas impugnados y no se ejerció en el momento que correspondía.” En consecuencia, debe estimarse extinta la facultad de los potenciales oferentes de recurrir el punto cuestionado al no haber sufrido modificación la citada cláusula 5.8. De esta manera, si el recurrente no estaba de acuerdo con la manera que se encontraba la regulación referida debió impugnar en una fase previa recursiva, y no en la presente. En relación con la preclusión, de igual manera, mediante la resolución No. R-DCA-SICOP-01462-2023 de las catorce horas diecinueve minutos del veintitrés de noviembre de dos mil veintitrés, este órgano contralor señaló: “Sobre este punto es menester señalarle al objetante, que tratándose de la impugnación de modificaciones cartelerias, cuando estas han sido efectuadas como consecuencia de una resolución expresa de este órgano contralor, atendiendo precisamente recursos de objeción presentados contra el cartel original, la nueva impugnación que llegare a plantear debe versar exclusivamente sobre las modificaciones practicadas por la Administración, de forma tal que en estos casos, no es que estamos en presencia de una nueva habilitación para impugnar en su totalidad el cartel, sino que las objeciones que se puedan presentar en este estadio, serán contra el contenido de esas modificaciones. No pudiendo en consecuencia devolvernos a la valoración de aspectos que fueron o debieron ser impugnados durante el primer plazo de impugnación, resultando entonces que sobre estos puntos cartelerios no considerados originalmente, ha operado la figura de la preclusión. Este instrumento supone sencillamente que en materia de recurso de objeción, los aspectos o cláusulas cartelerias no impugnadas oportunamente, adquieren consolidación aún y cuando con posterioridad, se efectuaren modificaciones cartelerias que no afecten aquellas, es en otras palabras, “(...) la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Su objetivo consiste en el rechazo de recursos cuando el argumento de la parte gestionante se centra en reabrir discusiones que se debieron discutir en etapas anteriores, así el proceso se ejecuta de forma sucesiva, en el cual durante su desarrollo se van clausurando en forma definitiva cada una de sus etapas, impidiéndose volver a momentos procesales ya consumados. (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). Asimismo, en el estudio de este tema se ha indicado que “... la institución de la preclusión tiene por objeto obtener concentración del procedimiento evitando la dispersión de los actos procesales al establecer para las partes la carga de tener que realizarlos ensu (sic) momento procesal bajo la sanción tener por perdida la posibilidad de alegación, de prueba o de impugnación...” (GIMENO SENDRA, Vicentey (sic) otros, Curso de Derecho Procesal Administrativo, Valencia, 1994, p. 266). Tomando en consideración lo expuesto, se puede concluir que recae bajo responsabilidad del gestionante que alega una determinada situación, esgrimirla en el momento procesal oportuno (...).” De tal manera, los cuestionamientos sobre la palabra “defecto” y el quantum de las sanciones se rechazan de plano por preclusión. Finalmente, el recurrente externó desconocer si el monto de la sanción es aplicable a la suma mensual o al costo diario. Sobre el particular, este extremo se rechaza de plano por corresponder a una solicitud de aclaración que debió presentarse directamente a la licitante y no mediante recurso en esta sede según el artículo 93 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. **I. CONSIDERACIÓN DE OFICIO.** Sin perjuicio de lo anteriormente resuelto, por seguridad jurídica se instruye a la licitante a incorporar en el pliego de la contratación el detalle de lo que debe entenderse por “defecto en el objeto contractual” así como incorporar en el expediente, la metodología que explica y justifica el quantum, y la manera en que aplicará las sanciones, de conformidad con lo señalado en información aportada en audiencia especial. **2) Sobre el estudio de mercado. Criterio de División.** El recurrente menciona que lo que la institución llama estudio de mercado es un simple formulario en donde la persona a cargo se limitó a llenar espacio en blanco con dos cotizaciones lo cual dista mucho de cumplir con los requerimientos del artículo 34 de la LGCP. Indica que al basar el “precio de referencia” en dos cotizaciones responde más a la subjetividad de los cotizantes y a las circunstancias en las que decidió responder al pedido de cotización. Señala que no se explica cómo de un total de 668 potenciales oferentes inscritos en SICOP bajo el código 76111501, dos cotizaciones estadísticamente representan una muestra significativa para definir el precio de referencia, por lo que estima, es inexistente parámetros de calidad u oportunidad del servicio. La Administración responde que el estudio de mercado se basa en cotizaciones que se presentaron y que solicitó a otras empresas lo anterior vía correo electrónico y por consulta telefónica sin obtener respuesta de conformidad con el oficio MCJ-DVA-DSG-226-2024. Señala que el precio de referencia fue promediado entre los precios de las cotizaciones recibidas. Además, indica que los precios ofrecidos en las cotizaciones no son necesariamente reales o finales, dado que los precios reales que muestran las empresas son en el momento de presentar sus ofertas. Sobre el particular, este órgano contralor observa que el documento “Estudio referencial de precios” (ver [1. Información de la Institución]) y que sirve de base para la presentación de la acción recursiva se encontraba en el expediente de la contratación desde la ronda pasada de objeciones. Por consiguiente, cualquier vicio, incerteza, imprecisión u omisión que a consideración del objetante contuviera el citado documento, debió advertirse en el momento procesal oportuno y no hasta este momento. En consecuencia, este extremo se rechaza de plano por preclusión. **II. CONSIDERACIÓN DE OFICIO.** Sin perjuicio de lo anterior, y en vista de la importancia que tiene el estudio de mercado dentro de un procedimiento licitatorio, es relevante realizar unas precisiones de oficio. Es imperativo recordarle a la Administración que el numeral 34 de la Ley General de Contratación Pública indica: “Previo a la estimación de la contratación, la Administración debe considerar lo indicado en el artículo 17 de la presente ley como un insumo más, debiendo realizar un sondeo o un estudio de mercado según lo que disponga el reglamento de esta ley, sustentado en información de fuentes confiables con el propósito de obtener los precios de referencia a los que podrá adquirir los bienes, las obras y los servicios y determinar los precios ruinosos o excesivos, conforme lo establezca el reglamento de esta ley. /El estudio de mercado tendrá también como fin establecer la existencia de bienes, obras o servicios, en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas, así como verificar la existencia de proveedores, permitir la toma de decisiones informadas respecto del procedimiento de contratación y proporcionar información para la determinación de disponibilidad presupuestaria. Dicho estudio deberá considerar todo el ciclo de vida de la contratación y tomar en cuenta el principio de valor por el dinero, todo lo cual se deberá desarrollar en el reglamento de la presente ley.” Igualmente, el artículo 44 de su respectivo reglamento establece: “La Administración determinará la razonabilidad del precio del bien, obra o servicio entre las ofertas elegibles, conforme a las siguientes reglas: a) a) Para efectos del análisis de razonabilidad, el sistema digital unificado proveerá información con base en la comparación de precios ofertados del catálogo de bienes y servicios, tomando como marco de referencia los datos de los últimos seis meses (...) b) Cuando el precio ofertado difiera con respecto del precio de referencia del sistema digital unificado, según los rangos de tolerancia definidos por la Administración en el pliego de condiciones, por fuera de esas bandas, deberá incorporarse al sistema digital unificado un acto motivado por el cual la Administración justifica la razonabilidad del precio ofertado (...) c) La Administración deberá emitir un acto motivado para justificar la razonabilidad del precio en los casos de concursos de licitaciones mayores o menores, cuando la oferta adjudicable supere el monto presupuestado./ d) Cuando la Administración no pueda determinar la razonabilidad del precio de conformidad con lo señalado en el inciso a), sea porque no existen datos suficientes o porque se han dado situaciones excepcionales en el mercado específico, deberá realizar un sondeo o estudio de mercado en que considerará, la cuantía y complejidad del objeto, la realización de una investigación exploratoria del mercado (oferta y demanda), considerando

información histórica disponible, gestionando información mediante diversos mecanismos de consulta y en general, utilizando todo aquel material y otros medios complementarios que permitan una mejor comprensión del producto o servicio por adquirir." De lo antes citado, se revela la importancia del estudio de mercado como insumo que no solo sirve para la toma de decisiones de la contratante, motivadas no solamente por la disponibilidad de los bienes, obras o servicios, y aseguramiento de calidad del objeto que persigue contratar, sino para la obtención de los precios de referencia confiables, de modo que la Administración no pague por precios ruinosos o excesivos. Es decir, el estudio de mercado brinda información relevante para la determinación de la razonabilidad del precio, esto es, mediante la utilización del banco de precios o catálogo de bienes y servicios del sistema para definir tanto los precios de referencia como las bandas de tolerancia que precisen, o no, si los precios ofertados se encuentran dentro de lo razonable según el mercado. Sobre el particular, mediante la resolución NO. R-DCP-SICOP-00986-2024 de las once horas cuarenta minutos del ocho de julio de dos mil veinticuatro, este órgano contralor indicó: "En relación con el estudio de mercado, ciertamente la contratante remite un archivo donde se observa la comparación de ciertas características técnicas entre 5 marcas de vehículos, sin embargo, este órgano contralor estima que esa información está muy lejos de cumplir lo establecido en los numerales 34 de la Ley General de Contratación Pública y el artículo 44 de su respectivo reglamento (...) De tal manera (...) se logra concluir que el estudio de mercado persigue el cumplimiento de varios objetivos, el primero de ellos es la razonabilidad de los precios ofertados, pues no solo busca generar insumos a la contratante que utilizará para obtener los precios de referencia y bandas de tolerancia mediante la consulta al banco de precios, y además, busca evaluar la disponibilidad de bienes, obras y servicios en términos de cantidades, calidad y disponibilidad o plazo, elementos que no son concluyentes mediante el documento remitido por la licitante al contestar la audiencia especial. Respecto al estudio de mercado y lo que implica dentro del sistema de contratación pública, este órgano contralor mediante la resolución No.R-DCP-SICOP-00537-2024 de las diez horas trece minutos del diecisiete de abril de dos mil veinticuatro, indicó: "de previo a la estimación de la contratación, la Administración debe considerar ese catálogo o banco de precios como un insumo más, debiendo realizar un sondeo o estudio de mercado sustentado en información de fuentes confiables para obtener los precios de referencia y posteriormente, determinar si los precios que se oferten son ruinosos o excesivos (...)el artículo 34 de la LGCP explica el objetivo del estudio de mercado y establece que éste tiene como fin establecer la existencia de bienes, obras o servicios en la cantidad, calidad y oportunidad requeridas, así como verificar la existencia de proveedores, permitir la toma de decisiones informadas respecto del procedimiento de contratación y proporcionar información para la disponibilidad presupuestaria. Asimismo, tal como se indicó, el citado artículo señala que como resultado del sondeo o estudio de mercado se obtienen los precios de referencia (...) la Administración debe utilizar el catálogo o banco de precios y además, debe realizar un estudio de mercado, el cual implica la realización de un proceso sistemático cuyo objetivo principal es obtener información actualizada y confiable acerca de las condiciones del mercado en relación a los bienes, obras o servicios que se requieren adquirir mediante un procedimiento de contratación (...) Este análisis busca evaluar precios, disponibilidad, calidad y otros aspectos relevantes de los bienes o servicios en cuestión, con el propósito de respaldar la toma de decisiones informadas por parte de la Administración y asegurar la transparencia, competencia y eficiencia en los procesos de contratación. La obligatoriedad de llevar a cabo por parte de la Administración un estudio o sondeo de mercado en la contratación pública, conforme a la normativa previamente indicada, se justifica en que ello le permitirá a la entidad licitante garantizar la transparencia, eficiencia y equidad en los procedimientos de adquisición de bienes, obras y servicios bajo la tutela de la LGCP y el RLGCP (...) Este estudio no se restringe a solicitar cotizaciones sino que la norma legal dispone que el mismo se debe sustentar en fuentes confiables para obtener precios de referencia que permitan determinar los precios adecuados para adquirir los bienes, obras y servicios. Más allá de la determinación de precios, el estudio de mercado tiene el propósito de evaluar la disponibilidad de los bienes, obras o servicios en términos de cantidades, calidades, opciones y oportunidades requeridas, así como verificar la disponibilidad de proveedores y su ubicación, ya sea en el mercado local o internacional, lo cual influye incluso en aspectos como plazos de entrega y vigencia del contrato (...) el estudio de mercado debe considerar el ciclo de vida completo de la contratación y adherirse al principio de obtener el mejor valor por el dinero invertido. Este análisis, respaldado por información confiable y actualizada, servirá luego de fundamento para determinar la razonabilidad del precio de los bienes, obras y servicios." De tal manera, para este órgano contralor llama la atención que la Administración cite que para la determinación del precio de referencia se basara en cotizaciones vía correo electrónico y llamadas telefónicas sin que llegue a quedar claro si utilizó o no y por qué, la consulta del banco de precios de SICOP según lo establece el mencionado artículo 44 inciso a) del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. Por consiguiente, de conformidad con lo antes expuesto, este órgano contralor instruye a la Administración a que cumpla con la elaboración de un estudio de mercado, precio de referencia y bandas de tolerancia en los términos establecidos en el artículo 34 de la Ley General de Contratación Pública y 44 de su reglamento y que corrija y/o justifique lo que estime pertinente en el pliego de condiciones. **III. CONSIDERACIÓN DE OFICIO.** De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Decreto Ejecutivo N°41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley N°9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante, su deber de verificar desde la fase de presupuestación de la contratación, el cumplimiento al límite de regla fiscal previsto para el ejercicio económico del año 2024, así como el marco de presupuestación plurianual dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política. Para estos efectos, la Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias para verificar que el monto asignado a la contratación que se licita cumple con dichas disposiciones, debiendo advertirse que su inobservancia podría generar responsabilidad administrativa del funcionario, conforme lo regulado en el artículo 26 de la citada Ley.

6. Aprobaciones

Encargado	JORGE ALBERTO CARMONA JIMENEZ	Estado firma	La firma es válida
Fecha aprobación(Firma)	11/07/2024 09:57	Vigencia certificado	22/07/2020 10:16 - 21/07/2024 10:16
DN Certificado	CN=JORGE ALBERTO CARMONA JIMENEZ (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=JORGE ALBERTO, SURNAME=CARMONA JIMENEZ, SERIALNUMBER=CPF-01-1232-0335		
CA Emisora	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		
Encargado	EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA	Estado firma	La firma es válida
Fecha aprobación(Firma)	11/07/2024 09:58	Vigencia certificado	29/11/2023 09:19 - 28/11/2027 09:19
DN Certificado	CN=EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=EDGAR RICARDO, SURNAME=HERRERA LOAIZA, SERIALNUMBER=CPF-01-0884-0876		
CA Emisora	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		

7. Notificación resolución

Fecha/hora máxima adición aclaración	16/07/2024 23:59		
Número resolución	R-DCP-SICOP-01015-2024	Fecha notificación	11/07/2024 10:43

