

R-DCP-00036-2024

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Pública. San José, a las tres horas con cuatro minutos del diecinueve de julio del dos mil veinticuatro.

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS, S.R.L.**, en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL CR-L1151-P-00003** promovida por el **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES representado por la UNIDAD EJECUTORA DEL PROGRAMA PIV-MU** para la contratación del diseño integral, construcción y mantenimiento por niveles de servicio de las obras de la Ruta Nacional No. 35, carretera a San Carlos, sección Bernardo Soto-Florencia, específicamente el tramo denominado Punta Sur en dos Líneas (No. 1 y No. 2).

RESULTANDO

I. Que el veintisiete de junio de dos mil veinticuatro, la empresa Constructora Hernán Solís, S.R.L. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del pliego de condiciones de la Licitación Pública Internacional CR L1151-P-00003 promovida por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes mediante la Unidad Ejecutora del Programa PIV-MU.

II. Que mediante auto de las ocho horas con cuatro minutos del dos de julio de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que aportara la comunicación de la enmienda No. 1 del procedimiento así como el pliego de condiciones con la inclusión de la enmienda respectiva. Además requirió que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. DM-PACAS-2024-0468 del diez de julio de dos mil veinticuatro.

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

CONSIDERANDO

I.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO POR CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS S.R.L.

1. Sobre el inciso 2.1 Antecedentes de incumplimiento de contratos del apartado 2. Historial de incumplimiento de contratos de la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación. Criterio de la División: El pliego de condiciones en su versión original disponía: *“No haber incurrido en incumplimiento de algún contrato, atribuible al contratista (...).”* Y en ese

pie de página 1, se consignaba: *“El incumplimiento, decidido como tal por el Contratante, incluirá a todos los contratos donde el incumplimiento no fue objetado por el Contratista, en especial mediante la derivación al mecanismo de resolución de controversias previsto en el respectivo contrato, y b) los contratos que fueron objetados y se resolvieron a favor del Contratista (...) Debe basarse en toda la información relativa a las controversias o los litigios plenamente resueltos, es decir, las controversias o los litigios que hayan sido resueltos conforme al mecanismo antedicho previsto en el respectivo contrato y en los que se hayan agotado todas las instancias de apelación a disposición del Oferente”*. Sobre el particular, en la anterior ronda de objeciones mediante resolución No. R-DCP-00025-2024 de las trece horas con cincuenta minutos del cinco de junio del dos mil veinticuatro, se resolvió: **“1.1- El objetante indica que la definición del requisito no tiene relación con el objeto contractual. Al respecto, debe indicarse que el ordenamiento jurídico impone la carga de la prueba a quien alega -numerales 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP) y 246 y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP)-. Así las cosas, el recurrente es llamado a acreditar su dicho. Situación que se estima no tiene lugar en el caso de mérito por cuanto el objetante se limita a afirmar pero no realiza un desarrollo argumentativo sustentado en documentación probatoria a partir del cual puedan tenerse por comprobada su manifestación. En vista de lo expuesto se rechaza de plano el presente alegato. 1.2-El objetante alega que el requerimiento no es proporcional, pertinente, trascendente y aplicable. Refiere al pie de página 1 respecto del cual: 1.2.1- el objetante indica que se intenta definir dichos incumplimientos sin distinguir entre los incumplimientos leves (que se multan) de los graves, que pueden llevar a la resolución contractual. Ante ello, se observa que la Administración al atender la audiencia especial, entre otros, expone: “Conviene reiterar que los criterios objetados sobre Historial y Antecedentes de incumplimiento de contratos están contenidos dentro del DEL del Banco (matriz de Criterios de elegibilidad y calificación contenida en la Sección III del pliego) mismo que está dispuesto para ser utilizado con carácter de obligatoriedad en los procesos de Licitaciones Públicas Internacionales, lo anterior de conformidad con la cláusula 2.19 de la Política GN-2349-15 del Banco, que textualmente indica lo siguiente: / “Los Prestatarios deben utilizar los Documentos Estándar de Licitación (DEL) apropiados, emitidos por el Banco, con los cambios mínimos que este (sic) considere aceptables y que sean necesarios para cubrir cuestiones específicas relativas a un proyecto. Todo cambio de ese tipo se introducirá solamente por medio de las hojas de datos de la licitación o a través de condiciones especiales del contrato, y no mediante**

*cambios en la redacción de los Documentos Estándar de Licitación del Banco” (...) La consideración de este tipo de criterios en la evaluación de los procesos permite determinar los antecedentes de incumplimiento sustanciales de los potenciales oferentes en contratos desarrollados previamente; en contratos de obras de infraestructuras públicas este tipo de verificaciones son cruciales y deben verse como una oportunidad para garantizar la integridad y calidad de los oferentes respecto a los proyectos finalizados, siendo primordial el resguardo de la sana ejecución de los proyectos financiados con recursos públicos. Estos criterios buscan proteger a la Administración de la participación de empresas o contratistas con historiales de incumplimientos graves o sustanciales, caso contrario, se podría poner el riesgo el desarrollo éxito del objeto contractual y por ende el uso eficiente y eficaz de los recursos públicos, lo cual cobra mayor relevancia cuando provienen de fuentes de financiamiento externo. Toda empresa con antecedentes de incumplimientos sustanciales de contratos presume que ha incurrido o faltado a sus compromisos contractuales y lo que representa un riesgo importante para la ejecución de contratos, por lo que estas valoraciones son útiles para tomar decisiones informadas basadas en los antecedentes de las empresas, y así mitigar riesgos asociados a la contratación de empresas afrentadas por sus antecedentes para desarrollar el objeto contractual” (destacado agregado). De lo anterior, se desprende que para la Administración el requerimiento de mérito refiere a antecedentes graves o sustanciales. Lo cual resulta consecuente al principio de razonabilidad y proporcionalidad. Sin embargo, no se observa en el pliego de condiciones que ello se encuentre así definido; así como tampoco se observa la definición de incumplimiento grave o sustancial. En vista de lo que viene dicho se estima que en aplicación del principio de legalidad y seguridad jurídica debe la Administración incorporar al pliego de condiciones dichas definiciones. Como parte de ello, la Administración deberá verificar si para establecer dichas definiciones tiene que tomar en consideración alguna regulación específica de la política BID aplicable al caso de mérito -según lo expuesto al atender la audiencia especial-. Así las cosas, se declara parcialmente con lugar el recurso incoado en el presente extremo. **1.2.2-** El cual el objetante indica que se regula que si el contratista no objetó la imputación, entonces se da la exclusión y si no la objetó mediante los medios de resolución de controversias del contrato. Lo que conlleva una intromisión ya que este es quien decide si objeta o no el incumplimiento que se le atribuye y la vía por la que se hace. Amén que no todos los contratos tienen vías de resolución de conflictos. De frente a lo anterior, este órgano contralor estima que el recurrente no realiza un mayor desarrollo a partir del cual se pueda tener*

por comprobado que resulte contrario al ordenamiento jurídico la cláusula objetada. Debiendo tenerse presente que al objetante le corresponde la carga de la prueba - -numerales 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP) y 246 y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP)-. A mayor abundamiento se tiene que el objetante refiere a una situación cuya consolidación habría consentido; situación que no podría entenderse que el objetante pretenda desconocer. En vista de lo expuesto se rechaza de plano el presente alegato. **1.2.3-** El objetante alega cómo resulta causal de descalificación “los contratos que fueron objetados y se resolvieron a favor del Contratista.” Indica que es un absurdo. Y cuestiona ¿Cómo puede ser esto un incumplimiento, si se resolvió a su favor? Concluyendo que no puede serlo. De frente a lo anterior, se estima que el recurrente lleva razón en cuanto a que no guarda sentido que se considere como un aspecto que podría acarrear su inelegibilidad una situación resuelta a su favor. Así las cosas, lo procedente es que la Administración motive las razones por las cuáles establece, como causal de exclusión: “El incumplimiento, decidido como tal por el Contratante, incluirá (...) los contratos que fueron objetados y se resolvieron a favor del Contratista (...)”; y de frente a dicha motivación realice las enmiendas al pliego que resulten pertinentes, en caso de llegar a determinarlo así. Claro está la Administración deberá incorporar al expediente dicha motivación. En vista de lo que dice dicho se declara parcialmente con lugar el recurso incoado en el presente extremo”. Ahora bien, en la presente versión del pliego de condiciones -modificada mediante la enmienda No. 1-, se establece: “No./ 2.1/ Ítem/ Antecedentes de incumplimiento de contratos/ Requisito/ No haber incurrido en cualquier tipo de incumplimiento de algún contrato, atribuible al contratista en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, que afecte individual o acumulativamente más del 5% del patrimonio del Oferente. No haber sido condenados en firme como resultado de un proceso judicial o administrativo o cualquier procedimiento de investigación ante un organismo regulador de cualquier país, por incumplimiento de algún contrato que haya dado lugar a una resolución contractual, en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, que afecte individual o acumulativamente más del 5% del patrimonio del Oferente. No haber sido condenados en firme como resultado de un proceso judicial o administrativo o cualquier procedimiento de investigación ante un organismo regulador de cualquier país, por incumplimiento de algún contrato que haya dado lugar a una resolución contractual, en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta. Debe entenderse por incumplimiento grave o sustancial

aquellos casos en los que el oferente haya sido condenado mediante sentencia firme en sede judicial; también aquellos casos resueltos en contra del oferente (incumplimientos contractuales en firme) en sedes administrativa o arbitraje./ Entidad Individual/ Debe cumplir el requisito.^{1y 2./ Todos los miembros en su conjunto/ Deben cumplir los requisitos./ Cada miembro/ Debe cumplir el requisito ./ Al menos un miembro/ N/A/ Requisito de presentación/ Formulario CON-2".} Y en las notas 2 y 3 se establece: "1 El incumplimiento, decidido como tal por el Contratante, incluirá a todos los contratos donde el incumplimiento no fue objetado por el Contratista, en especial mediante la derivación al mecanismo de resolución de controversias previsto en el respectivo contrato, y b) los contratos que fueron objetados y se resolvieron en contra del Contratista. El incumplimiento no incluirá a aquellos contratos respecto de los cuales la decisión de los Contratantes fue plenamente invalidada por ese mecanismo. Debe basarse en toda la información relativa a las controversias o los litigios plenamente resueltos, es decir, las controversias o los litigios que hayan sido resueltos conforme al mecanismo antedicho previsto en el respectivo contrato y en los que se hayan agotado todas las instancias de apelación a disposición del Oferente./ 2 Este requisito también se aplica a los contratos ejecutados por el Oferente en calidad de miembro de una APCA" (Subrayado corresponde a lo descastado con celeste por la Administración en la enmienda). **1.1-El objetante** alega que en la enmienda al punto 2.1 se establece que el oferente no puede haber incurrido en "cualquier tipo de incumplimiento de algún contrato" pero con ocasión de la anterior objeción, la Administración señaló que sólo consideraría los incumplimientos graves o sustanciales. Lo dispuesto en cuanto a cualquier tipo de incumplimiento es contradictorio con el último párrafo, donde se determina que son los incumplimientos graves o sustanciales. Además, indica que se abre a que, eventualmente, se consideren no solo los incumplimientos de los contratos de obra, sino también incumplimientos de contratos de diversa naturaleza. Agrega que con la nueva redacción que considera cualquier incumplimiento, conlleva a que en los contratos de obra, se consideren los incumplimientos que son sancionados a través de cláusulas penales o multas y que no son incumplimientos graves. Indica que cuando se aplica una cláusula penal o multa, en mayoría de los contratos de obra, éstas se reducen, automáticamente, de las estimaciones de obra, por lo que, su impacto ya queda considerado en el patrimonio de la empresa, a través del Estado de Resultados, de los Estados Financieros Auditados. Esto, por cuanto, al aplicarse la sanción, en la estimación de obra, el monto de la multa o de la cláusula penal, es descontado del pago que realiza la Administración, reduciendo los ingresos de la obra y, por ende, los resultados de la

empresa, lo que, precisamente, lleva a la disminución del patrimonio de la Empresa. Aunado a lo anterior, el objetante alega que no viene precisado en la enmienda, cómo se pretende acumular los incumplimientos de cinco años. Por su parte la **Administración** al atender la audiencia especial expone que en la enmienda se definió lo que debe entenderse como incumplimiento grave o sustancial. De manera que es evidente la coincidencia o congruencia para referirse al término de incumplimientos (condenados mediante sentencia en firme). No cabe la interpretación para considerar incumplimientos menores en contratos (sancionados con una multa) o incumplimientos de orden comercial o laboral, lo anterior porque esas condiciones no representan sentencias en firme. Señala que debe considerarse lo establecido desde la nota No. 1 en la cual se indica lo que el incumplimiento incluirá. De ello se reafirma que los incumplimientos de contratos serán aquellos que tengan una condición de sentencia en firme. En síntesis, el criterio 2.1 comprende lo siguiente: 1. Cualquier tipo de incumplimiento deberá tener la condición de grave o sustancial (con una sentencia en firme sea en sede judicial o arbitraje), según la definición indicada en el pliego. 2. La cuantía de la sentencia en firme (individual o acumulativos), deberá ser igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión. 3. La magnitud de revisión corresponderá al 5% del total patrimonio neto (PN) declarado por el oferente desde el Formulario FIN-3.1. Los incumplimientos que no cuenten con las características citadas anteriormente no serán objeto de análisis. Asentado lo anterior, es necesario realizar la siguiente precisión. La Administración, como fue expuesto supra, al atender la audiencia especial indica que “(...) *no cabe la interpretación para considerar incumplimientos menores en contratos (sancionados con una multa) o incumplimientos de orden comercial o laboral, lo anterior porque esas condiciones **no representan sentencias en firme***” (destacado agregado). Sin embargo, claro está que un incumplimiento sancionado con multa o cláusula penal eventualmente podría llegar a generar la interposición de un proceso judicial o laudo arbitral cuya terminación sea el dictado de una sentencia firme; de igual la materia comercial o laboral que se ventilen en sede judicial o mediante laudo arbitral. Realizada la anterior precisión se observa que la Administración propone una modificación al pliego en la cual expresamente indica la cláusula de mérito que se refiere a “(...) *incumplimientos (grave o sustancial) de algún contrato 1 de diseño y construcción o construcción de obras viales (...)*”. Ello en tanto propone la siguiente enmienda: “*No./ 2.1/ Ítem/ Antecedentes de incumplimiento de contratos/ Requisito/ No haber incurrido en cualquier tipo incumplimientos (grave o sustancial) de algún contrato 1 de diseño y construcción o construcción de obras viales atribuible al contratista en los últimos cinco*”

(5) años previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, cuya cuantía (sentencia en firme) alcance individual o acumulativamente un valor igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto. Se debe entender por acumulativamente aquellos casos en donde un contrato presenta varios litigios con sentencia en firme y que la suma de los mismos sea igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto. No haber sido condenados en firme como resultado de un proceso judicial o administrativo o cualquier procedimiento de investigación ante un organismo regulador de cualquier país, por incumplimiento de algún contrato que haya dado lugar a una resolución contractual, en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta. Debe entenderse por incumplimiento grave o sustancial aquellos casos en los que el oferente haya sido condenado mediante sentencia firme en sede judicial o arbitraje / Entidad Individual/ Debe cumplir el requisito.1y 2./ Todos los miembros en su conjunto/ N/A/ Cada miembro/ Debe cumplir el requisito ./ Al menos un miembro/ N/A/ Requisito de presentación/ Formulario CON-2 / 1 El incumplimiento, decidido como tal por el Contratante, incluirá a todos los contratos (de diseño y construcción o construcción de obras viales) donde el incumplimiento no fue objetado por el Contratista, en especial mediante la derivación al mecanismo de resolución de controversias previsto en el respectivo contrato, y b) los contratos que fueron objetados y se resolvieron en contra del Contratista. El incumplimiento no incluirá a aquellos contratos respecto de los cuales la decisión de los Contratantes fue plenamente invalidada por ese mecanismo. Debe basarse en toda la información relativa a las controversias o los litigios plenamente resueltos, es decir, las controversias o los litigios que hayan sido resueltos conforme al mecanismo antedicho previsto en el respectivo contrato y en los que se hayan agotado todas las instancias de apelación a disposición del Oferente. 2 Este requisito también se aplica a los contratos ejecutados por el Oferente en calidad de miembro de una APCA” (subrayado lo destacado por la Administración al atender la audiencia especial). En vista de lo expuesto, se entiende que la Administración se ha allanado parcialmente en el entendido que incorporará en la cláusula a qué tipo de objetos contractuales se refiere, el alcance de la frase grave o sustancial y el criterio de acumulación, así como definiendo un parámetro económico para su consideración, y por ende, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento parcial se asume que la entidad licitante valoró detenidamente la conveniencia técnica de la modificación del pliego de condiciones y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con las modificación pertinente

y darle la debida publicidad. **Consideración de oficio:** Se realiza la siguiente consideración a efectos de que en aplicación del principio de legalidad y eficiencia el pliego de condiciones constituya un cuerpo de especificaciones claras sobre las posibilidades de participar. **a-**En relación con la siguiente frase: “*Se debe entender por acumulativamente aquellos casos en donde un contrato presenta varios litigios con sentencia en firme (...)*”; se requiere que la Administración precise en el pliego si se refiere a que un mismo contrato cuente con varios litigios con sentencia firme o si se refiere a varios contratos y que cada uno de ellos tenga sentencia firme. **b-**La Administración debe incluir en el expediente el razonamiento motivado que la llevó a determinar el porcentaje de 5% del total del patrimonio neto. Y debe incluir en el pliego de condiciones, la definición de la frase “*magnitud de revisión respecto del patrimonio neto*”. **c-**La Administración debe establecer a texto expreso en la cláusula de mérito que los incumplimientos ahí contemplados no responden a la interposición de multas durante la etapa de ejecución de un contrato, según su voluntad al atender la audiencia especial. Como parte de ello debe valorar la procedencia de incluir o no el término cláusula penal.

1.2- El **objetante** alega “*(...) tampoco viene precisado o contemplado por la enmienda, es cómo se pretende acumular los incumplimientos de cinco años y como se relaciona esto con el patrimonio de la empresa*”. **1.2.1-**En cuanto al término acumulación debe estarse a lo supra resuelto en el punto 1.1 y por ende, se declara **parcialmente con lugar** el recurso incoado en el presente extremo. **1.2.2-** Respecto a la frase relativa a “*como (sic) se relaciona esto con el patrimonio de la empresa*”; se estima que el recurrente no realiza un mayor desarrollo a partir del cual se pueda tener por comprobado que la cláusula objetada resulte contraria al ordenamiento jurídico, pues únicamente parece manifestar una duda o escenario que no desarrolla para determinar por qué la cláusula resulta ilegítima Debiendo tenerse presente que al objetante le corresponde la carga de la prueba -numerales 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP) y 246 y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP)-. En vista de lo expuesto en este aspecto puntual el objetante incurre en falta de fundamentación y por ende, procede el **rechazo de plano** del presente extremo.

1.3- El **objetante** alega que en la enmienda no se precisa cómo y cuándo se afecta el patrimonio del oferente. Señala que no todos los incumplimientos generan afectación o cuantificación económica; no se define que tratamiento se les dará a los incumplimientos cuando no exista una determinación económica del incumplimiento, lo que conlleva a una violación de los principios constitucionales de seguridad jurídica y transparencia. Expone que considerando

las NIIF y las NIC, los ajustes incorporados en la citada enmienda No. 1 resultan violatorios y contrarios a las citadas normas internacionales. Indica que aporta un criterio al Contador Público Autorizado (CPA) Julio Cesar Camacho Córdoba, el cual indica que transcribe y concluye: *“Conclusión En conclusión, no se registran incumplimientos, los litigios, contratos y otros compromisos hasta que no exista una obligación, una probabilidad de salida de recursos mayor al 50% y una fiabilidad en la estimación, en estricta conformidad con la NIC 37. No siendo correcto, ni conforme a las normas, acumular “cualquier tipo de incumplimiento”, para afectar el patrimonio de la empresa o disminuir la capacidad financiera de la misma, ya que eso sería una desviación de la NIIF, por cuanto en el Estado Financiero solo se consideran, por una parte, las pérdidas que deriven de un fallo judicial en firme o un laudo arbitral y por otra, solo se provisionan los incumplimientos que cumplan con las tres condiciones supra analizadas”* (Anexo 1). La **Administración** expone que la valoración será bajo la documentación, prueba y evidencia que cada oferente aportará desde su propuesta, tomando como referencia los Formularios dispuestos para tal fin desde el Pliego de Condiciones. De manera que la empresa recurrente debe tener claridad que cada una de las revisiones o evaluaciones de ofertas será a partir de dicha documentación, siendo que será responsabilidad de cada oferente presentar una propuesta robusta y suficientemente respaldada a la luz de los criterios definidos. Además, indica que en relación con el punto 2.1 el criterio del CPA no es claro en su redacción. Sin embargo, se puede extraer del informe lo siguiente: *“Los incumplimientos que afectan el patrimonio de la empresa son aquellos donde la Compañía, haya sido condenado mediante sentencia firme en sede judicial, o arbitral y se haya determinado una pérdida o sanción económica en contra de la Compañía, en cuyo caso se procede a realizar el registro contable”* Nótese entonces como el criterio aportado como prueba por el objetante es congruente con la enmienda No. 1, no debe haber incurrido en incumplimientos de algún contrato atribuibles al contratista que afecten el patrimonio del oferente. Asentados los alegatos de las partes es de interés señalar que en virtud del allanamiento parcial resuelto en el punto 1.1 de la presente resolución -según fue supra resuelto-, ésta ha optado por modificar la cláusula de mérito de manera tal que en lo sucesivo se leerá: *“2.1 (...) cuya cuantía (sentencia en firme) alcance individual o acumulativamente un valor igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto (...)”*. En consecuencia, dicha regulación no refiere a una afectación al patrimonio neto del oferente sino a que se alcance un porcentaje respecto equivalente a un 5% o más del mismo. Así las cosas, los alegatos del recurrente sobre la afectación al patrimonio

carecen de interés. En cuanto al alegato del objetante relativo a que en la cláusula no se indica el tratamiento que se le dará incumplimientos cuando no exista una determinación económica del incumplimiento, se tiene que en virtud del referido allanamiento parcial -punto 1.1 de la presente resolución-, en la cláusula de mérito se leerá: “2.1 (...) *No haber incurrido en cualquier tipo incumplimientos (grave o sustancial) (...) cuya cuantía (sentencia en firme)(...)*”. Así las cosas, claro está que la cláusula de mérito versará sobre incumplimientos respecto de los cuales en sentencia firme se hubiere determinado una cuantía. Por último, respecto del incumplimiento de las NIC y NIFF que el objetante refiere con sustento en el criterio técnico que aporta y cuya conclusión fue supra transcrita, se tiene que dicho criterio refiere al tratamiento contable y a los criterios que rigen el registro y/o revelación de transacciones e información que incide en los saldos de las partidas que se presentan en los estados financieros y en el contenido de las notas a los estados financieros, lo cual claro está debe realizarse de conformidad con la normativa técnica que resulte aplicable, sin que observe este órgano contralor que el cartel pretenda que el proceso contable y de emisión de estados financieros de los potenciales oferentes se aparte del deber ser según el marco normativo aplicable. Así las cosas, la cláusula 2.1 no versa sobre dicho registro contable sino sobre los análisis que, a partir de la información requerida a los oferentes, se realizarán para valorar las ofertas por parte de la Administración la cual como concedora de su necesidad y ejercicio de su discrecionalidad y ha estimado necesarios a efectos de determinar la elegibilidad de las ofertas, considerando también las políticas y los consecuentes documentos estándar y criterios de elegibilidad, que ha aceptado el país al suscribir el contrato de financiamiento con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En este sentido, en la cláusula 2.1 se establece que el oferente debe consignar en el formulario CON-02 el listado de incumplimiento (s) en los que hubiere incurrido -si ello es así-, que se enmarquen dentro de los supuestos regulados en la cláusula 2.1. Y que la Administración durante el estudio de ofertas verificará si dicho listado coloca al oferente en la situación dispuesta en dicha cláusula 2.1, a saber que la “(...) *cuantía (sentencia en firme) alcance individual o acumulativamente un valor igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto (...)*” -ello en virtud del referido allanamiento parcial, punto 1.1 de la presente resolución-. Debiendo señalarse nuevamente que en razón de dicha regulación no se estaría analizando las afectaciones o no en el patrimonio sino que se estaría verificando si la situación del oferente en cuanto a litigios -en los términos dispuestos en la cláusula 2.1, según el referido allanamiento-, alcanza o no un porcentaje equivalente a un 5% o más del patrimonio neto. Dicho

de otra forma, con la cláusula 2.1 la Administración analiza el acaecer en el tiempo por parte del oferente en materia de incumplimientos contractuales -en los términos dispuestos en dicha cláusula-. En vista de lo que viene dicho se declara **parcialmente con lugar** el recurso incoado en el presente extremo.

1.4- El **objetante** alega que ahora se vincula el punto 2.1. con la “*capacidad financiera*” del oferente al indicar “*que afecte individual o acumulativamente más del 5% del patrimonio del Oferente*”; con lo cual nuevamente se entendería que se da una mezcla de criterios de evaluación. Los resultados de esos fallos en firme ya estarían contemplados dentro de la situación financiera de la compañía mediante las respectivas provisiones y registro del pasivo correspondiente en los Estados Financieros, dicho impacto se analiza y califica como factor de admisibilidad en el requisito 3.1 sobre “*Capacidad financiera*”. Indica que no resulta procedente pretender aplicar una nueva sanción o afectación derivada de esos mismos hechos en función del porcentaje que implique dicha condena sobre el “*Patrimonio de la empresa*”, en los términos que pretende incorporar la cláusula 2.1. Se estaría en presencia de una doble sanción derivada de un mismo hecho, lo cual es ilegal -principio constitucional del Non Bis In Ídem, numeral 42 de la Constitución Política-. Con lo anterior podría ocurrir que una empresa pueda tener alguna sanción o fallo reciente que efectivamente represente un determinado porcentaje, incluso mayor al 5% del patrimonio del oferente que señala el criterio 2.1; pero que al analizar de manera integral la capacidad financiera de la empresa se tiene que la compañía presenta una “sólida” situación financiera con un “patrimonio” y “*liquidez financiera*” que garantiza de manera objetiva la capacidad de cumplimiento que tiene dicho oferente del objeto contractual que requiere contratar el MOPT; lo cual deja en evidencia que la aplicación del criterio de evaluación sobre los “*Antecedentes de incumplimiento de contratos*” resultaría intrascendente, impertinente y desproporcionado; toda vez que permitiría “excluir” a un oferente que en la realidad al aplicarle el análisis de los requisitos de capacidad financiera (apartado 3.1) demuestra con creces que cuenta con capacidad suficiente para cumplir con los compromisos relacionados con liquidez, solvencia, líneas de financiamiento y solidez patrimonial. La **Administración** no se refirió puntualmente sobre el particular. Asentado lo anterior, en cuanto a la vinculación que el recurrente alega de la cláusula 2.1 respecto de la cláusula 3.1 debe estarse a lo resuelto en el punto 1.3 de la presente resolución. En consecuencia, dado que con la cláusula 2.1 la Administración analiza el acaecer en el tiempo por parte del oferente en materia de incumplimientos contractuales -en los términos dispuestos en dicha cláusula-, y en la cláusula

3.1 se analiza la capacidad financiera del oferente, se trata de temas diversos y por ende, no tiene lugar la doble “sanción” que el objetante alega. En vista de lo que viene dicho se declara **parcialmente con lugar** el recurso incoado en el presente extremo. La presente declaratoria de parcialmente con lugar procede en tanto como se indicó en el apartado 1.3 de la presente resolución, es con ocasión del allanamiento parcial resuelto en el punto 1.1 de esta resolución -según fue supra resuelto-, que la Administración ha optado por modificar la cláusula de mérito de manera tal que en lo sucesivo se leerá: “2.1 (...) *cuya cuantía (sentencia en firme) alcance individual o acumulativamente un valor igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto (...)*”.

2. Sobre el inciso 2.3 Litigios pendientes del apartado 2. Historial de incumplimiento y el inciso 3.1 Capacidad financiera del apartado Situación y resultados financieros de contratos de la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación. Criterio de la División:

El pliego de condiciones inicial, en el inciso 2.3 Litigios pendientes, establecía: *“La posición financiera y las perspectivas de rentabilidad a largo plazo del Oferente son satisfactorias según los criterios establecidos en el ítem 3.1 que figura más abajo y suponiendo que todos los litigios pendientes se resolverán en contra del Oferente”*. Con ocasión de la anterior ronda de objeciones, resulta mediante la resolución No. R-DCP-00025-2024, que sobre el particular se resolvió: **“2.Sobre el inciso 2.3 Litigios pendientes del apartado 2. Historial de incumplimiento y el inciso 3.1 Capacidad financiera del apartado Situación y resultados financieros de contratos de la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación. Criterio de la División:** (...) 2.1- *El objetante alega que no se define qué es o qué no es la posición financiera y las perspectivas de rentabilidad a largo plazo del oferente son satisfactorias. Lo que hace que la elegibilidad esté sujeta a discrecionalidad, ya que no hay parámetros objetivos para determinar si se cumple. De frente a ello se observa que la cláusula objetada indica que dichos aspectos serán “según los criterios establecidos en el ítem 3.1”. Así las cosas, se entiende que el potencial oferente a efectos de cumplir con este extremo deberá acudir a la cláusula 3.1, referida en el pliego de condiciones. Por ende, se declara sin lugar el recurso incoado en el presente extremo. 2.2- El objetante expone que en relación con el 3.1 suponer que todos los litigios pendientes se resolverán en contra del oferente no es conforme a la lógica, la ciencia y la técnica. La valoración de la probabilidad de pérdida la hacen los profesionales a cargo de los*

litigios o arbitrajes y esto se revela en los Estados Financieros, estableciendo provisiones en ellos cuando se esperan pérdidas; por lo que no se pueden afectar la capacidad financiera como establece el cartel. Se rebaja artificialmente la capacidad financiera de los oferentes. Lo que se debe rebajar es lo que se estima una pérdida probable y eso ya se hace en el Estado Financiero Auditado. No se puede volver a rebajar ya que eso sería un doble rebajo, razón por la cual el requisito debe ser eliminado. Agrega que la afectación de los litigios donde se prevé una pérdida, se refleja en los Estados Financieros, donde la contingencia o previsión disminuye la capacidad de la empresa y si ya existe una condena, eso convierte en una cuenta por pagar, que disminuye la capacidad financiera. Si aún con tales provisiones o disminuciones, el oferente tiene suficiente capital de trabajo para afrontar el compromiso contractual, no resulta procedente su eliminación por fallos judiciales o arbitrales en contra. Por lo que, claramente este criterio de evaluación no es pertinente para determinar la elegibilidad del oferente. De frente al alegato del recurrente en primer término conviene recordar que esta contratación se financia y ejecuta al amparo del Contrato de Préstamo No.5823/OC-CR que dispone que la contratación de obras, servicios y bienes se realizará de conformidad con las Políticas de Adquisiciones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), documento GN-2349-15, las cuales en el artículo 2.19 establecen que se “(...) deben utilizar los Documentos Estándar de Licitación (DEL) apropiados, emitidos por el Banco, con los cambios mínimos que este considere aceptables y que sean necesarios para cubrir cuestiones específicas relativas a un proyecto.” (destacado agregado). Para la presente contratación los documentos estándar de licitación a emplear son los que corresponden a la Contratación de Diseño y Construcción de Obras Civiles, CGC FIDIC Libro Amarillo, Segunda Edición 2017, mediante Licitación Pública Internacional de 1 Etapa con 2 Sobres (sin precalificación previa), documento que en la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación, punto 2, establece que “Ninguna otra exigencia que no figure en el texto que se incluye a continuación no podrá utilizarse para evaluar las calificaciones de los Oferentes”, y de seguido enumera los aspectos que se emplearán como criterios para la evaluación dentro de los cuales se incluye el parámetro “historia de litigios”. Asimismo, en dichos documentos estándar, en la tabla de criterios de elegibilidad y calificación de esa misma Sección se establece como ítem 2.3 el parámetro denominado Litigios Pendientes, que dispone: “La posición financiera y las perspectivas de rentabilidad a largo plazo del Oferente son satisfactorias según los criterios establecidos en el ítem 3.1 que figura más abajo y suponiendo que todos los litigios pendientes se resolverán en contra del Oferente” (destacado agregado) y para lo cual se requiere la

presentación del formulario CON-2. De lo anterior se desprende que la obligación de declarar los litigios pendientes y la estipulación de que como parte de la evaluación los litigios consignados en el formulario se utilizarán bajo el supuesto de que todos ellos se resuelven en contra del oferente, es un requisito no disponible para la Administración. Ello dado que forma parte de las reglas estándar para la financiación y ejecución de proyectos establecidas por el BID, mismas que fueron aceptadas por la República de Costa Rica al suscribir el respectivo contrato de préstamo, las cuales como se transcribió líneas atrás, únicamente admiten cambios en los Documentos Estándar de Licitación que sean mínimos y que se refieran a cuestiones específicas del proyecto que se financia. Lo cual difiere de la pretensión de la objetante de eliminar del pliego de condiciones el presente criterio de elegibilidad -que se deriva de las políticas del BID- y cuya fundamentación no se vincula con aspectos específicos del proyecto que se licita. Ahora bien, tomando como punto de partida que el requisito 2.3 Litigios Pendientes se debe mantener como parte de las condiciones de la licitación pública internacional objeto de análisis, este órgano contralor observa que la cláusula 2.3 del pliego de condiciones requiere la presentación del detalle de litigios mediante el formulario CON-2 y vincula esa información con la evaluación de que el oferente posee una posición financiera y perspectivas de rentabilidad a largo plazo satisfactorias, remitiendo directamente a los criterios establecidos en la cláusula 3.1 del pliego. Por su parte la cláusula 3.1, particularmente el inciso iii) estipula que la solidez de la situación financiera y rentabilidad prevista a largo plazo se medirá a partir de los balances generales contenidos en los Estados Financieros Auditados de los últimos 5 años, requiriendo la presentación de esos documentos financieros y del formulario FIN-3.1. Ahora bien, la Administración sobre el particular al atender la audiencia especial expone: “La valoración de los criterios de elegibilidad y calificación se analiza de forma integral y no aislada, pues se busca determinar la integridad e idoneidad de las empresas para desarrollar el objeto contractual. La conclusión de este análisis permite una visión más completa de la situación de los oferentes respecto a su historial y antecedentes de litigios y permite al Organismo Ejecutor realizar acciones anticipadas ante riesgos y desafíos venideros. / Resulta conveniente suponer para una valoración bajo un “escenario crítico” que los litigios pendientes se resolverán en contra del oferente, esto permitirá obtener un resultado conservador y cauteloso tanto para el Organismo Ejecutor como para los oferentes a la hora considerar su situación respecto a la presentación de su propuesta (...) La relación de este criterio (2.3 Litigios pendientes) con el criterio 3.1 Capacidad Financiera radica en el análisis o identificación temprana de potenciales problemas

financieros y legales; de manera que se puede hacer la siguiente reflexión para plasmar la importancia y relación entre ambos criterios, si un oferente tiene vigentes múltiples litigios y se hace el supuesto de que perderá éstos, se podría entonces evaluar el impacto en su estabilidad económica y su capacidad financiera para cumplir con los plazos establecidos para el desarrollo del objeto contractual y su credibilidad ante los organismos reguladores, considerando que ante la resolución desfavorables de los litigios estaría expuesto a un perjuicio financiero que afectaría la salud financiera de la empresa u oferente. De manera que la valoración integral de los estados financieros con los eventuales litigios pendientes de resolver, representan una opción para determinar medidas de contingencia para valorar la oferta ante una eventual adjudicación, es decir, el Organismo Ejecutor podrá disponer de información necesaria que le puede permitir plantear, valorar y analizar posibles riesgos que pueden materializarse en caso de simbolizar un nivel alto, lo cual repercutiría de manera directamente proporcional con los interés del objeto contractual. /Se refuerza aún más la vinculación entre estos criterios a partir de la información que deberán suministrar los oferentes por medio del formulario CON-2, siendo que entonces se podrá analizar cómo será eventualmente la condición financiera de la empresa bajo el supuesto de que los litigios pendientes sean resueltos en su contra (escenario crítico), permitiendo una valoración dentro de un rango de seguridad en caso de que eventuales litigios con características y magnitudes importantes se lleguen a materializar, así no quedaría descubierta la Administración ante una situación que pueda ser perjudicial para el desarrollo del objeto contractual e interés público. /Tal cual lo indica la empresa, los Estados Financieros Auditados son relevantes y permiten determinar y obtener información de interés -150–para validar criterios de esta índole, por esa razón los Balances Generales Auditados (Estados Financieros) forman parte del requisito 3.1 Capacidad Financiera (iii) que deberán ser aportados de forma conjunta al formulario respectivo”. De lo anterior, se desprende que la Administración indica que analizará la información que se presente en el formulario CON-2 para desarrollar un escenario de estimar cómo sería eventualmente la condición financiera de la oferente bajo el supuesto de que los litigios pendientes sean resueltos en su contra, así las cosas si bien el pliego de condiciones no indica que para efectos de cumplir con las disposiciones de la cláusula 2.3 en relación con la cláusula 3.1 se pretenda que los Estados Financieros sean presentados y auditados desatendiendo el marco contable -en el caso de Costa Rica las Normas Internacionales de Información Financiera-, que rige el tratamiento que debe darse a los litigios para efectos de su contabilización o revelación según corresponda, lo cierto es que no es claro respecto del uso

que se dará a la información de litigios -cláusula 2.3- revelada por las partes en el formulario CON-2 de frente a la aplicación del cláusula 3.1 y sus incisos que dispone que la solidez financiera y rentabilidad de largo plazo será establecida con la información de los estados financieros de los oferentes, de forma que no es claro cómo se integran el listado de litigios pendientes con la información proveniente de los estados financieros; por lo que en atención a los principios de transparencia, seguridad jurídica e igualdad de trato que rigen la contratación pública, la Administración deberá aclarar la forma en que operarán y se interrelacionarán ambos criterios durante la evaluación de las ofertas, aspecto que debe ser incorporado al expediente de la contratación. Ello implica que la Administración deberá definir a texto expreso en el pliego, el uso que dará a la información revelada por los oferentes respecto a los litigios, de manera que si los mismos son un criterio que afecta la valoración de la capacidad financiera, se establezcan las reglas objetivas bajo la cual esta información será evaluada. Otro aspecto relevante que debe considerar la Administración es que la presentación de los Estados Financieros, como ya se dijo, se rige por el marco contable aplicable en cada país. En el caso de aquellos países -entre los cuales se encuentra Costa Rica en los que se han adoptado las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) como marco contable, los litigios deberán ser analizados de conformidad con los criterios establecidos en dichas normas y su tratamiento contable puede implicar que éstos sean contabilizados mediante el registro de la provisión respectiva como parte de los pasivos de la empresa o por el contrario, que únicamente sea revelada su existencia junto con la información relevante en las Notas a los Estados Financieros, sin afectación alguna a los pasivos de la empresa. Lo anterior, resalta la importancia de que se aclare la forma en que operarán y se interrelacionarán los ítems 2.3 y 3.1 toda vez que durante la evaluación de las ofertas podría estarse ante un listado de litigios que incluya algunos cuya provisión -para enfrentar el impacto financiero de su resolución en contra del oferente- ya haya sido contabilizada en los Estados Financieros y otros que solamente han sido revelados en las Notas a los Estados Financieros, sin que sea claro la forma en que procederá la Administración en tales circunstancias, lo que amerita que la Administración verifique si los términos en que se requiere la información de los oferentes en el CON-2 deben ser precisados para su mejor comprensión. En vista de lo que viene dicho se declara parcialmente lugar el recurso incoado en el presente extremo. Así las cosas, la Administración deberá realizar la enmienda que corresponda”. Ahora bien, en la presente versión del pliego -modificada mediante la enmienda No. 1-, se establece: “2.3/ Litigios pendientes/ La posición financiera y las perspectivas de

*rentabilidad a largo plazo del Oferente son satisfactorias según los criterios establecidos en el ítem 3.1 que figura más abajo y suponiendo que todos los litigios pendientes se resolverán en contra del Oferente, a menos que el Oferente demuestre claramente que dispuso de provisiones respecto a los litigios pendientes incorporados en el pasivo del último balance general auditado (estado financiero), de conformidad con las Norma Financiera del país de origen, en cuyo caso no se deducirá del examen de la capacidad financiera según el ítem 3.1 (iii)". 2.1) El objetante señala " (...) en el punto 2.3., se señala que se trata de fallos que estén en firme y que se refieran a incumplimientos contractuales que hayan llevado a la resolución del contrato, entendemos, de obra pública. /Debe notarse, además, que, sí se interpretase que lo dispuesto en este punto, se refiere a que, se descalifica al oferente si tienen 5 o más fallos judiciales o laudos arbitrales, es claro que NO se distingue por la naturaleza del litigio o fallo arbitral. De modo, que, no solo se consideran los litigios o laudos relacionados con contratos de obra pública, sino que, por la imprecisión de la modificación, se considerarían todo tipo de litigios: comerciales, laborales, de tránsito, penales y contenciosos. /Al respecto, se debe considerar que, si excluye al oferente, por tener más de 5 fallos judiciales o laudos, en los últimos 5 años, es probable que ninguna empresa constructora cumpliría. A manera de ejemplo, desde ya evidenciamos que según certificación adjunta (Anexo 3), se tiene que, en los últimos cinco años, solo contando los litigios comerciales de algunas constructoras nacionales, ninguna de ellas cumpliría, ya que todas tienen más de 5 litigios. Esto sin siquiera incluir los litigios: laborales, de tránsito, penales y contenciosos. / Finalmente, la enmienda tampoco distingue, por el resultado de los laudos o fallos judiciales, siendo irrelevante si estos se resolvieron a favor o en contra del oferente, ni se toma en cuenta si estos son o no materiales para la empresa". Sin embargo, en la cláusula 2.3 de la presente versión del pliego -modificada mediante la enmienda No. 1-, se establece: "2.3/ Litigios pendientes/ La posición financiera y las perspectivas de rentabilidad a largo plazo del Oferente son satisfactorias según los criterios establecidos en el ítem 3.1 que figura más abajo y suponiendo que todos los litigios pendientes se resolverán en contra del Oferente, a menos que el Oferente demuestre claramente que dispuso de provisiones respecto a los litigios pendientes incorporados en el pasivo del último balance general auditado (estado financiero), de conformidad con las Norma Financiera del país de origen, en cuyo caso no se deducirá del examen de la capacidad financiera según el ítem 3.1 (iii)". Así las cosas, se observa que los alegatos del recurrente no guardan relación con lo dispuesto en el pliego de condiciones en la cláusula 2.3 y por ende, se procede a su **rechazo de plano**.*

2.2- El **objetante** señala que valorados los ajustes no corresponden a lo resuelto en la resolución No. R-DCP-00025-2024, se pretende aplicar *“parcialmente”* las disposiciones de las NIIF de modo que cuando en los Estados Financieros se haya registrado una provisión relacionada con un litigio pendiente no se procedería a reducir dicho monto del análisis de capacidad financiera regulado en el requisito 3.1. El objetante expone que la enmienda no cumple con precisar cómo se relaciona el punto 2.3, litigios pendientes, con la situación financiera y las perspectivas de rentabilidad de largo plazo, ya que, en la modificación que hicieron del punto 3.1. inciso (iii), donde se dice que la solidez financiera se demuestra cumpliendo los puntos 3.1 (ii) y 3.2 (iv), se corrobora que estos incisos no se relacionan con los litigios, por lo que no se cumple con lo ordenado. Agrega que la Administración pretende desconocer la lógica, contenido y funcionamiento técnico de las NIIF en la estructuración y elaboración de los Estados Financieros de las compañías, donde tal y como bien lo expuso el órgano contralor *“los litigios deberán ser analizados de conformidad con los criterios establecidos en dichas normas y su tratamiento contable puede implicar que éstos sean contabilizados mediante el registro de la provisión respectiva como parte de los pasivos de la empresa o por el contrario, que únicamente sea revelada su existencia junto con la información relevante en las Notas a los Estados Financieros, sin afectación alguna a los pasivos de la empresa”*. En este particular, no se comparte el uso que pretende darle el objetante a la cita antes transcrita de la resolución R-DCP-00025-2024 para respaldar su afirmación de que el requisito impuesto en el pliego de condiciones respecto de los litigios desconoce la lógica, el contenido y el funcionamiento técnico de las NIIF en la estructuración y elaboración de los Estados Financieros de las compañías. Al respecto, es preciso aclarar que en la resolución se indicó que el tratamiento contable de los litigios y los criterios que rigen su registro o revelación en los estados financieros debe realizarse de conformidad con el marco contable que resulte aplicable, con lo que lo dicho refiere a la contabilidad en sí misma, sin que observe este órgano contralor que en los criterios de elegibilidad dispuestos en el pliego de condiciones original ni en la enmienda No. 1 del presente concurso se pretenda que el proceso contable y la emisión de estados financieros de los potenciales oferentes se aparte del deber ser según el marco normativo aplicable, en el caso de Costa Rica las NIIF. Ahora bien, una cosa distinta es que la Administración a partir de la información revelada en los formularios por el oferente y consignada los documentos de soporte requeridos, realice escenarios o análisis de sensibilización o de estrés para determinar si el oferente bajo determinados supuestos

-establecidos en el pliego de condiciones- cumple el perfil requerido para su elegibilidad. De frente a lo anterior, no observa este órgano contralor que el objetante lleve razón por cuanto en la modificación del pliego se observa el acatamiento a lo resuelto en la resolución No. R-DCP-00025-2024, en el tanto se establece que dentro del análisis de elegibilidad que la Administración realizará a partir de la información aportada por el oferente, a saber el formulario CON-02 en relación con lo dispuesto en la cláusula 3.1, no se considerarán los litigios para los cuales se hubieren tomado provisiones en los estados financieros, solventando así la posibilidad de que la Administración llegase a descontar un litigio declarado en el CON-2 que a su vez ya fue provisionado en los estados financieros. Lo cual resulta acorde a lo resuelto en la resolución No. R-DCP-00025-2024, en cuanto a que la Administración debe “(...) *aclara la forma en que operarán y se interrelacionarán ambos criterios durante la evaluación de las ofertas, aspecto que debe ser incorporado al expediente de la contratación. Ello implica que la Administración deberá definir a texto expreso en el pliego, el uso que dará a la información revelada por los oferentes respecto a los litigios, de manera que si los mismos son un criterio que afecta la valoración de la capacidad financiera, se establezcan las reglas objetivas bajo la cual esta información será evaluada*”. Siendo que la cita que realiza el objetante -según fue supra transcrito-, no refiere a la valoración de ofertas que realiza la Administración sino a un tema diferente, a saber los temas contables que se consignan en los estados financieros. A mayor abundamiento se tiene que el objetante indica que en la resolución No. R-DCP-SICOP-00827-2024, la CGR se refirió a la improcedencia técnica y legal de “*pretender modificar*” el alcance de las partidas que componen los Estados Financieros de las empresas, cuyo alcance aplica en el caso de mérito por ser el mismo tema. Agrega que los ajustes incorporados en la enmienda No. 1 resultan violatorios y contrarios a la Norma Internacional de Contabilidad 8 (NIC 8), es la entidad la que corrige los errores de los estados financieros y no como lo indica requisito 2.3 “*Litigios pendientes*”. Si un tercero los modifica se apartaría de lo establecido en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública y por ende resultaría ilegal. Sin embargo, este órgano contralor no concuerda con dichas manifestaciones del recurrente por cuanto la resolución R-DCP-SICOP-00827-2024 refiere a una actuación completamente diferente, en la cual una vez presentados los estados financieros la Administración calcularía los indicadores financieros excluyendo o incluyendo partidas de los estados financieros que a su criterio técnico tienen “errores” de registro o de clasificación contable, es decir la Administración se atribuía la detección y corrección de lo que considera

errores de registro y errores de clasificación, lo que en principio equivaldría a señalar y corregir errores no solo en los criterios de registro contable de la empresa sino también a cuestionar los criterios empleados en el proceso de auditoría, ello de frente a que precisamente la corrección de errores ya que se encuentra regulada en las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) y en las Normas Internacionales de Auditoría (NIA). Lo anterior, evidentemente dista de lo regulado en la presente contratación en la cual lo que se realiza no son detecciones de errores, sino como ya se dijo líneas atrás, son sensibilizaciones o escenarios de estrés, a partir de cuyos supuestos o criterios se encuentran enunciados en el pliego de condiciones. Además, el objetante indica que solicitó criterio al Contador Público Autorizado (CPA), lo cual indica que transcribe y concluye: *“Conclusión En conclusión, no se registran los litigios, contratos y otros compromisos hasta que no exista una obligación, una probabilidad de salida de recursos mayor al 50% y una fiabilidad en la estimación, en estricta conformidad con la NIC 37. No siendo correcto, ni conforme a las normas, que, para determinar la posición financiera y las perspectivas de rentabilidad a largo plazo del Oferente, se disminuya de la capacidad financiera, todos los litigios o laudos pendientes, que no tengan una provisión y no estén incorporados en el pasivo del último balance general auditado (estado financiero), ya que eso sería una desviación de la NIIF, por cuanto en el Estado Financiero solo se provisionan los litigios y procedimientos arbitrales cumplan con las tres condiciones supra analizadas”* (Anexo 2). En aquellos casos en donde de conformidad con la normativa técnico contable no resulte procedente realizar una provisión el litigio pendiente únicamente proceda o no revelarse junto con la información relevante en las Notas a los Estados Financieros, sin afectación alguna a los pasivos de la empresa; (según lo indican las NIIF y lo analizó la propia CGR). Indica el objetante que la Administración pretende mantener su posición inicial de *“suponer que estos se resolverán en contra del oferente”*, lo cual se había declarado improcedente en la resolución No. R-DCP-00025-2024. Sobre dicha manifestación se hace ver que como fue supra expuesto en la resolución No. R-DCP-00025-2024 se hizo ver que en virtud de lo dispuesto en los documentos estándar *“(…) se desprende que la obligación de declarar los litigios pendientes y la estipulación de que como parte de la evaluación los litigios consignados en el formulario se utilizarán bajo el supuesto de que todos ellos se resuelven en contra del oferente, es un requisito no disponible para la Administración”*. Sin embargo, se observa que la **Administración** al atender la audiencia especial expone que considerando lo alegado propone una enmienda al criterio 2.3 Litigios pendientes, de manera que se establezca: *“No. 2.3/ ítem/ Litigios Pendientes/ Requisito/*

Declarar los litigios pendientes en el Formulario CON-2, en los últimos 5 años previos a la fecha de la presentación de la oferta. En caso de declarar litigios pendientes desde el Formulario CON-2, se deberán evidenciar las respectivas provisiones desde el Formulario FIN- 3.1 conforme con las Norma Internacionales de Información Financiera (NIIF)./ Entidad Individual/ Debe cumplir el requisito. / APCA (constituida o por constituir)/ Todos los miembros en su conjunto/ N/A/ Cada miembro/ Debe cumplir con el requisito/ Al menos un miembro/ N/A/ Requisitos de presentación/ Formulario CON-2 FIN-3.1” (subrayado lo destacado por la Administración al atender la audiencia especial). Además, la Administración al atender la audiencia especial indica que “(...) se procederá a realizar una revisión documental de la información declarada por los oferentes desde los Formularios CON-2 y FIN-3.1, de manera que los litigios pendientes declarados en el Formulario CON-2 sean considerados en Formulario FIN-3.1 y sus documentos financieros adjuntos según corresponda”. Así las cosas, visto que la Administración ha propuesto una nueva regulación cartelaria se entiende que ésta se ha allanado parcialmente y se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento parcial se asume que la entidad licitante valoró detenidamente la conveniencia técnica de la modificación del pliego de condiciones y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. La Administración debe proceder con las modificaciones pertinentes y darle la debida publicidad. **Consideración de oficio:** Dado que la Administración en respuesta a la audiencia especial propone para la cláusula una nueva redacción que difiere sobre lo dispuesto sobre el particular en los Documentos Estándar de Licitación, resulta necesario que la Administración cuente con el criterio favorable del BID a fin de poder incorporar la cláusula del pliego de condiciones, a efecto de evitar que exista una desviación con respecto al contenido de los documentos estándar aplicables a licitación Ello considerando lo dispuesto en el punto 2.19 de las Políticas de Adquisiciones del BID.

3) Sobre el inciso 2.4 Antecedentes de litigios del apartado 2. Historial de incumplimiento de la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación. Criterio de la División: El pliego de condiciones en su versión original en el inciso 2.4 “*Antecedentes de litigios*” estableció: “*No hay antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra el Oferente, en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta*”. Y en el pie de página 3 se consigna: “*El Oferente proporcionará, en la Carta de Oferta, información exacta acerca de cualquier litigio o arbitraje resultante de contratos terminados o en curso que él se haya*

encargado de ejecutar en los últimos cinco años. La existencia de antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra el Oferente o cualquier miembro de una APCA puede derivar en la descalificación del Oferente”. Con ocasión de la anterior ronda de objeciones resulta que mediante la resolución No. R-DCP-00025-2024, se resolvió: **“3. Sobre el inciso 2.4 Antecedentes de litigios del apartado 2. Historial de incumplimiento de la Sección III. Criterios de Evaluación y Calificación. Criterio de la División: (...) 3.1- Al respecto el objetante alega que se trata de una aplicación discrecional, ya que no se define qué se considera que son antecedentes sistemáticos en contra. No se define si lo que se debe declarar son los que están en curso o son los han terminado, si sólo se consideran los que hayan sido fallados en contra y estén en firme, o si son todos. Por su parte, la Administración al atender la audiencia especial indica que se puede entender como antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales aquellos patrones o tendencias que sugieren una falta identificada por tribunales judiciales o árbitros. La información se debe completar por medio de la presentación del formulario CON-2. La Administración dispondrá de dicha información para las valoraciones respectivas. Así la valoración de los oferentes referente a sus antecedentes de litigios no queda sujeta a la discrecionalidad del comité evaluador. No es cierto que no existan parámetros para realizar las valoraciones de manera objetiva. En el formulario CON-2, la información corresponde a: identificación del contrato en cuestión, año del del laudo/ de la disputa, monto total del contrato, monto en disputa / resultado expresado como porcentaje del valor neto. Además, indica que el ítem 2.4 corresponde a Antecedentes de litigios, es decir hechos posteriores que pueden catalogarse entonces como terminados para los efectos pues el requisito hace alusión a fallos judiciales o laudos arbitrales; los litigios en curso o desarrollo deben declararse en el ítem 2.3 Litigios Pendientes. Sobre el particular, se estima que en apego al principio de legalidad y seguridad jurídica en el pliego de condiciones deben constar con claridad los requerimientos a cumplir a efectos de que a su vez se tenga claridad sobre las posibilidades de participación. Así las cosas, la Administración debe incorporar al pliego de condiciones la definición de “antecedentes sistemáticos” y del término fallo en cuanto al tipo de fallo -a favor, en contra” y la etapa procedimental o procesal en que se encuentre. Ello por cuanto en el pliego de condiciones no se observan dichas definiciones. En vista de lo que viene dicho se declara con lugar el recurso en este extremo. **Consideración de oficio:** En la cláusula 2.4 “Antecedentes de litigios” se hace referencia en plural a la ausencia de “(...) antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales (...)”; lo cual parece tener sentido de frente a**

determinar si se trata o no de un proceder reiterado; sin embargo, en el pie de página No. 3 se indica que debe dar información sobre "(...) cualquier litigio o arbitraje (...)". De frente a ello, en aplicación al principio de legalidad y seguridad jurídica a efectos de que conste con claridad los requerimientos a cumplir por parte de los potenciales oferentes y con ello, estos tengan claridad sobre sus posibilidades de participación; la Administración debe incorporar al pliego de condiciones cuántos fallos en los términos en que llegue a definir conllevan la inelegibilidad del oferente. **3.2-** El objetante alega que el requerimiento no es proporcionado, ni pertinente, ya que no hay conexión entre fallos en contra y la capacidad de ejecución del diseño, la construcción y el mantenimiento de las obras. En este punto se estima que el recurrente no realiza un mayor desarrollo a partir del cual se pueda tener por comprobado que la cláusula objetada resulte contraria al ordenamiento jurídico. Debiendo tenerse presente que al objetante le corresponde la carga de la prueba -numerales 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP) y 246 y 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP)-. Por su parte, la Administración al atender la audiencia especial expone: "Es importante mencionar la relevancia de estos criterios, pues permiten al Organismo Ejecutor tener certeza de que, las empresas participantes han sido responsables con sus ejecuciones contractuales pasadas, sirviendo esto como un respaldo de la responsabilidad y seriedad de las empresas de cara al cumplimiento de las obligaciones contractuales convenidas en el pasado". En vista de lo expuesto se **rechaza de plano** el presente alegato". Ahora bien, en la presente versión del pliego -modificada mediante la enmienda No. 1-, se establece: "No hay antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra el Oferente, en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta. Un antecedente sistemático significa que el Oferente ha litigado 5 o más fallos judiciales o laudos arbitrales en cualquier estado procesal que se encuentren". Y en el pie de página 3 se consigna: "3 El Oferente proporcionará, en la Carta de Oferta, información exacta acerca de cualquier litigio o arbitraje resultante de contratos terminados o en curso que él se haya encargado de ejecutar en los últimos cinco años. La existencia de antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra el Oferente o cualquier miembro de una APCA puede derivar en la descalificación del Oferente.". **3.1-** El **objetante** indica que los requisitos deben ser "proporcionales, pertinentes, trascendentes y aplicables" de cara al objeto que se pretende contratar y que el requisito 2.4 "Antecedentes de litigios", según lo indicado en la enmienda No. 1, no es acorde a lo ordenado en la resolución R-DCP-00025-2024. Ello por cuanto se mantiene la subjetividad para la evaluación dado que indica no se define ningún

parámetro que establezca de forma objetiva, el alcance y características que deben de tener los fallos judiciales o laudos arbitrales. Indica que no se define el tipo de litigios o arbitrajes, si sólo son fallos en contra y firmes, las cuantías mínimas de los mismos, si son los relacionados con el concepto de “*incumplimientos graves*” del punto 2.1 “*Antecedentes de incumplimiento de contratos*” o si por el contrario es cualquier litigio o arbitraje que no guarda relación con obligaciones contractuales derivadas de proyectos de diseño y construcción de obras. Indica que aporta el anexo No. 3 del cual se desprende que de aplicarse la citada cláusula en los términos propuestos ninguna empresa cumpliría. Además, el objetante indica que de frente a la redacción de la enmienda para la cláusula 2.4 debe indicarse que no se litigan los fallos o laudos arbitrales, éstos se recurren o se pide su nulidad; pero no se litigan. No siendo claro a lo que se refieren litigar fallos judiciales o laudos. La **Administración** expone que considerando lo objetado propone la siguiente enmienda: “*No. 2.4/ ítem Antecedentes de litigios/ Requisito/ No hay antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra del Oferente en los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta. Un antecedente sistemático se considera como 5 o más fallos judiciales o laudos arbitrales, tomando en cuenta solamente aquellos fallos judiciales o laudos arbitrales con sentencia en firme por incumplimiento de contratos de diseño y construcción de obras viales o contratos de construcción de obras viales, que alcancen o superen (cada fallos o laudos) una cuantía económica de forma individual del USD \$1.230.000,00 (Un millón doscientos treinta mil dólares) y que hayan sido resueltos en contra del Oferente / Entidad Individual/ Debe cumplir el requisito. / APCA (constituida o por constituir)/ Todos los miembros en su conjunto/ N/A/ Cada miembro/ Debe cumplir con el requisito/ Al menos un miembro/ N/A/ Requisitos de presentación/ Formulario CON-2 /*” (subrayado lo destacado en color por la Administración al atender la audiencia especial). Además, la Administración indica que la cuantía económica se establece (de acuerdo con la sentencia en firme) para cada fallo judicial o laudo arbitral por un monto de USD \$1.230.000,00 (Un millón doscientos treinta mil dólares), tomando en consideración los siguientes supuestos: 1. Presupuesto referencial del proyecto objeto de esta contratación USD \$123.000.000,00. 2. Un monto de utilidad nominal del 5% respecto a la estimación referencial del proyecto (USD \$6.150.000,00). 3. Consideración promedio para cada fallo o laudo arbitral con sentencia en firme por un monto de USD \$1.230.000,00. Así las cosas, de la respuesta de la Administración se desprende que ésta se ha allanado parcialmente y se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento parcial se asume que

la entidad licitante valoró detenidamente la conveniencia técnica de la modificación del pliego de condiciones y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. La Administración debe proceder con las modificaciones pertinentes y darle la debida publicidad.

Consideración de oficio: Se realiza la siguiente consideración a efectos de que en aplicación del principio de legalidad y eficiencia el pliego de condiciones constituya un cuerpo de especificaciones claras sobre las posibilidades de participar. Se observa que la Administración en la modificación que propone y que ha sido aceptada refiere a que la cuantía ahí dispuesta la alcanza cada contrato de forma individual al indicar *“una cuantía económica de forma individual”* pero a su vez indica *“cada fallos o laudos”*; así las cosas se ordena a la Administración a eliminar el plural en la última frase. **3.2-** El **objetante** indica que el presente criterio no es pertinente para determinar la elegibilidad del oferente. Expone que por la forma en la que están redactados los requisitos de la cláusula 2.4 sobre *“Antecedentes de litigios”*, esos fallos judiciales ya estarían contemplados dentro de la situación financiera de la compañía mediante las respectivas provisiones o notas a los estados financieros, cuyo impacto se valora como factor de admisibilidad en los requisitos 2.1 sobre *“Antecedentes de incumplimiento de contratos”*, 2.3 sobre *“Litigios pendientes”* y 3.1 sobre *“Capacidad financiera”*. Indica que se estaría en presencia de una triple sanción derivada de un mismo hecho, lo cual resultaría ilegal por ser contrario al principio constitucional del Non Bis In Ídem -numeral 42 de la Constitución Política-. Los litigios o arbitrajes que hayan generado una condena, que sea cuantificable, genera una cuenta por pagar en el Estado Financiero -preparado bajo las normas NIIF que hacen que la información financiera de los oferentes sea estandarizada y objetiva -resoluciones No. R-DCP-00025-2024 y R-DCP-SICOP-00827-2024-; por lo que, el capital de trabajo viene disminuido por esa cuenta, por lo que ya se considera en la determinación del capital de trabajo disponible que tiene una empresa para enfrentar el contrato, no resultando procedente pretender aplicar una nueva sanción derivada de esos mismos hechos. Si aún con tales disminuciones, el oferente tiene suficiente capital de trabajo para afrontar el compromiso contractual, no resulta procedente su descalificación por fallos judiciales o arbitrales en contra. La **Administración** no se refirió puntualmente al atender la audiencia especial. Sobre el particular, este órgano contralor estima que en virtud de lo que ha sido supra resuelto en los puntos 1, 2 y 3.1 de la presente resolución sobre los requerimientos de las cláusulas 2.1, 2.3 y 2.4, se desprende que éstos responden a diversos aspectos a ser valorados respecto de litigios resueltos o en trámite de potenciales oferentes -según sea el caso-. En ese sentido, se denota que la cláusula 2.3

refiere a litigios pendientes y la 2.4 a litigios ya resueltos por cuanto comprende litigios con sentencia firme. Por otra parte, si bien las cláusulas 2.1 y 2.4 refieren a litigios con resolución en firme se observa que cada uno verifica aspectos diferentes en tanto con lo dispuesto en la cláusula 2.1 el incumplimiento puede tener lugar con un sólo contrato de diseño y construcción o construcción de obras viales dentro de los últimos cinco (5) años previos a la fecha de presentación de la oferta para la presente licitación, cuya cuantía (sentencia en firme) alcance un valor igual o mayor al 5% de la magnitud de revisión respecto del patrimonio neto o con la sumatoria de contratos que se encuentren dentro de dichos parámetros y alcancen dicha cuantía. Sin embargo, la cláusula 2.4 verifica que dentro del mismo plazo dispuesto en la cláusula 2.1 no exista lo que la Administración ha denominado antecedentes sistemáticos de fallos judiciales o laudos arbitrales contra del Oferente. Aspecto determinado en el pliego como la existencia de 5 o más fallos judiciales o laudos arbitrales -lo cual difiere de la cláusula 2.1-, con sentencia en firme por incumplimiento de contratos de diseño y construcción de obras viales o contratos de construcción de obras viales, que alcancen o superen “(cada fallos o laudos)” una cuantía económica de forma individual del USD \$1.230.000,00 (Un millón doscientos treinta mil dólares) - lo cual difiere de la cláusula 2.1-, y que hayan sido resueltos en contra del Oferente. Lo cual implica que con la cláusula 2.4 se verifica la existencia o no de 5 fallos en el plazo y términos dispuesto en dicha cláusula que por sí mismos - o sea cada uno-, alcancen la suma de USD \$1.230.000,00; aspecto que no es valorado en la cláusula 2.1. Además, de frente al alegato del recurrente en relación con la cláusula 3.1 se tiene que con ésta se verifican temas de capacidad financiera a diferencia de la cláusula 2.4 que verifica el comportamiento que en temas litigiosos ha tenido el oferente en los términos dispuestos en dicha cláusula. A partir de lo expuesto, no podría entenderse que tenga lugar la triple sanción alegada por el objetante, ni la impertinencia del requisito de mérito que éste alega. En vista de lo que viene dicho se declara **parcialmente con lugar** el recurso incoado en el presente extremo.

4) Sobre el punto 3.1 de “Capacidad Financiera” inciso (i). Criterio de la División. En relación con este tema, se observa que la enmienda No. 1 al pliego de condiciones establece: *“(i) El Oferente demostrará que tiene liquidez financiera incluyendo líneas de crédito confirmadas, activos líquidos efectivo en caja y fondos bancarios, suficientes para atender las necesidades de flujo de fondos para las Obras, estimadas en USD \$40.000.000,00 (cuarenta*

millones de dólares de los Estados Unidos de América) para el Contrato, descontados otros compromisos del Oferente. / La verificación se realizará estableciendo la consistencia de las informaciones declaradas por los Oferentes desde los Formularios FIN-3.1, FIN-3.3 y FIN-3.4 y sus adjuntos, de manera que se determine claramente la liquidez financiera arriba establecida./ Debe entenderse por otros compromisos del Oferente aquellas obras privadas o públicas en ejecución declaradas por el Oferente desde el Formulario FIN-3.4 y los formularios requeridos como testimonio del ítem 4 Experiencia que aún estén en ejecución. / La base para determinar los montos a deducir como otros compromisos del Oferente es el promedio anual de la facturación aplicado a los plazos remanentes en cada contrato, declarados desde el Formulario FIN-3.4.” y dentro de la documentación requerida se indicó: “Formulario FIN– 3.1, con adjuntos, / Formulario FIN – 3.3 / Formulario FIN – 3.4” (folio 11 del expediente de objeción). Al respecto la objetante considera que la Administración no cumple con lo ordenado por la Contraloría en la resolución de la ronda anterior de objeciones y estima que con la modificación, los incisos resultan contradictorios. Al respecto señala: **4.1-** Que en la redacción original del pliego no quedaba claro cómo se verificaría que una empresa tiene liquidez financiera. Señala que en la resolución de la ronda de objeción anterior, la Contraloría General instó a la Administración a revisar el contenido de la cláusula de mérito y la forma de verificación para entender cómo verificará el cumplimiento de los US \$40.000.000,00. Agrega que en la enmienda que realiza la Administración, no se define qué es la liquidez financiera, ni cómo se verificará la misma, ya que lo único que se indica es que la verificación se hará revisando la consistencia, de las informaciones, de los “FIN-3.1, FIN-3.3 y FIN-3.4 y sus adjuntos, de manera que se determine claramente la liquidez financiera arriba establecida”, sin que realmente se explique cómo se verifica ésta y cómo se determina que una empresa cuenta con liquidez financiera, ello porque los formularios a los que la entidad licitante remite muestran información distinta. Por ende, estima que la Administración no cumplió con lo señalado por el órgano contralor. La Administración propone una modificación a la cláusula en discusión y explica cómo realizará la verificación de la información declarada por los oferente en el formulario respectivo. Además, dispone que para esta cláusula, los oferentes deben utilizar el formulario FIN-3.1. Sobre el particular, resulta pertinente realizar varias precisiones. En primer lugar, se observa que la resolución R-DCP-00025-2024 respecto al punto en discusión señaló en lo de interés: **“Consideración de oficio:** De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3.1.i) a efectos de acreditar el cumplimiento de lo requerido se remite al formulario Formulario FIN– 3.1, con

adjuntos, en el cual se requiere información financiera, así como copia de los estados financieros ahí dispuestos. Así las cosas, la Administración contará con la historia financiera del oferente pero no se entiende cómo con ello podrá verificar el cumplimiento de los USD \$40.000.000,00, dispuestos en la cláusula de mérito. Y por ende, se insta a la Administración a revisar el contenido de la cláusula de mérito y la forma de verificación de lo ahí dispuesto” (destacado es del original). A partir de lo resuelto por este órgano contralor, la Administración emitió la enmienda No. 1 la cual establecía que la verificación se realizaría a partir de la consistencia de las informaciones declaradas por los oferentes en los formulario FIN-3.1, FIN-3.3 y FIN-3.4 y sus adjuntos de manera que se determine claramente la liquidez financiera, los cuales, tal como señala la objetante, muestran información distinta - situación y desempeño en materia financiera, recursos financieros (fuentes de financiamiento) y compromisos contractuales vigentes/ obras en ejecución, respectivamente-. Ahora la recurrente dispone, entre otros aspectos, que con la enmienda No. 1, la Administración no cumple con establecer la verificación del cumplimiento de los US \$40.000.000,00 tal como lo solicitó la Contraloría General en la resolución R-DCP-00025-2024. Ahora, con ocasión de este recurso, la entidad licitante propone la siguiente modificación a la cláusula: *“La verificación se realizará estableciendo la consistencia de las informaciones declaradas por los Oferentes desde el Formulario FIN-3.1 y sus adjuntos, de manera que se determine claramente la liquidez financiera arriba establecida a través del indicador financiero denominado Capital de Trabajo (CT=Activo Corriente - Pasivo Corriente)”*. De la revisión de la propuesta de enmienda, así como de lo señalado por la recurrente se tiene que ahora la entidad licitante establece un parámetro objetivo para determinar claramente la liquidez financiera -el indicador financiero denominado Capital de Trabajo- y remite a un único formulario -el FIN -3.1- que corresponde a la situación y desempeño en materia financiera a efecto de tener la información necesaria para el indicador financiero, aclarando de esta manera la forma en que determinará la liquidez de los oferentes. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. **I. Consideración de oficio.** Sin perjuicio de lo indicado, se observa que el primer párrafo de la cláusula de cita en la propuesta que ahora realiza la Administración señala: *“(i) El Oferente demostrará que tiene liquidez financiera incluyendo líneas de crédito confirmadas, activos líquidos efectivo en caja y fondos bancarios, suficientes para atender las necesidades de flujo de fondos para las Obras, estimadas en USD \$40.000.000,00 (cuarenta millones de dólares de los Estados Unidos de América) para el Contrato”* (Destacado es del original). Sobre esto, se

observa que la cláusula dispone que el oferente debe demostrar que tiene liquidez financiera, y para ello describe algunas opciones, tales como tener líneas de crédito, activos líquidos, etc. Sin embargo, la misma cláusula remite para efectos de verificación del cumplimiento del requisito al cálculo del capital de trabajo a partir de la información del formulario FIN -3.1 en el cual se requiere que el oferente indique los saldos de diferentes partidas de los estados financieros. Por lo tanto, se ordena a la Administración que precise el requerimiento a efecto de que guarde consistencia lo establecido en el pliego con la información que tiene que ser declarada por el oferente en el formulario respectivo. Por otra parte, continuando con el análisis del caso, se observa de la respuesta a la audiencia que la entidad licitante señaló: *“La verificación de la información declarada por los oferentes desde los respectivos Formularios será de la siguiente manera: (...)”*, determinando de esta manera cómo se realizaría la verificación de los US\$ 40.000.000,00, tal como fue requerido por el órgano contralor en la resolución R-DCP-00025-2024. Al respecto, la claridad en cuanto a la definición y verificación del requisito resulta de especial interés, en el tanto el requerimiento en discusión consiste en un aspecto de elegibilidad. De esta forma, se entiende que la Administración atendió la pretensión de la recurrente, ya que establece de forma clara la definición y verificación del requisito dispuesto en el punto 3.1 inciso (i) y en virtud de ello, corresponde declarar **parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. **II. Consideración de oficio.** De la respuesta a la audiencia especial se desprende que la Administración explica cómo realizará la verificación de la información declarada por los oferentes desde los respectivos formularios en el pliego de condiciones pero no parece incluirlo en la cláusula en discusión. De esta forma y a efecto de que el pliego sea un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar y, de conformidad con el principio de transparencia y de igualdad y libre concurrencia que informan la materia de contratación pública, resulta necesario que la entidad licitante incluya cómo realizará la verificación de la información declarada por los oferentes desde los respectivos formularios en el pliego de condiciones. **III. Consideración de oficio.** En la respuesta a la audiencia especial, la Administración señala: *“La verificación de la información declarada por los oferentes desde los respectivos Formularios será de la siguiente manera: (...) 3. Por último, el Capital de Trabajo (liquidez financiera) promedio para los años respectivos referenciados desde el Formulario FIN-3.1, será comparado con el requerimiento de los USD \$40.000.000,00; en caso de que el promedio del Capital de Trabajo del Oferente sea inferior a USD \$40.000.000,00 se determinará que este no tiene la liquidez financiera requerida*

(No Pasa)” (destacado no es del original). Por otra parte, el Formulario FIN -3.1 establece que se debe establecer la información por los últimos cinco años, sea del 2019 al 2023. De esta forma y en línea con la Consideración de Oficio II, resulta necesario que la Administración precise en el pliego este aspecto de forma que se entienda que se utilizará el promedio para efectos comparativos y no el valor de un año en particular. Finalmente, de previo a las incorporaciones que la Administración determine que resulten pertinentes realizar, deberá verificar si ellas resultan o no procedentes de frente a alguna regulación específica de la política BID aplicable al caso de mérito -considerando la cláusula 2.19 de la Política GN-2349-15 y las regulaciones del Documento Estándar aplicable a tipo de procedimiento de contratación y a la modalidad y tipo de contrato que se licita-.

4.2- La objetante señala que la Contraloría General le ordenó a la Administración que debía definir “otros compromisos del oferente”, debiendo establecer la base sobre la cual dichos compromisos serán descontados, pero la entidad licitante no cumplió con lo requerido. Sobre esto, señala que la Administración estableció que se debe utilizar el formulario FIN -3.4 pero esto desafía toda lógica y es contrario a la ciencia ya que dispone que el monto para reducir es *“el promedio anual de facturación aplicado a los plazos remanentes en cada contrato declarados en el formulario FIN -3.4”*, pero esos no son los compromisos vigentes a los que se refiere el formulario FIN-3.4 sino que se refiere a lo que ya fue ejecutado. Estima que además, el formulario al que se referencia, en lo que corresponde a la facturación, lo que se dispone es el promedio mensual de los últimos seis meses, no a la facturación promedio anual. Señala también que a efectos de asignar los compromisos anuales pendientes dentro de la evaluación de la capacidad financiera, se debe considerar entre el 20% al 25% del compromiso anual, como un monto de cuantía a efectos de los recursos financieros requeridos para la operación de un contratista, esto por cuanto el restante 75% a 80% se cubre, precisamente con los pagos de obra de los contratos. La Administración propone una modificación de la cláusula en donde elimina el uso del formulario FIN -3.4 y además la definición de “otros compromisos del oferente” así como la base para determinar los montos a deducir como otros compromisos del oferente. Sobre el particular, se tiene que la resolución R-DGP-00025-2024 de este Despacho resolvió: *“De frente a ello debe indicarse que en apego al principio de legalidad y seguridad jurídica en el pliego de condiciones deben constar con claridad los requerimientos a cumplir a efectos de que a su vez los potenciales oferentes conozcan sus posibilidades de participación. Aplicado lo que*

viene dicho al presente caso y una vez valorado el contenido del pliego de condiciones en la cláusula objetada, se estima que la Administración debe incorporar al pliego la definición de “otros compromisos del Oferente” y establecer la base sobre la cual dichos compromisos serán descontados, a efectos de que los potenciales oferentes conozcan a que refiere la cláusula y cómo se aplica el descuento, así como a si el requisito es la es (sic) únicamente la liquidez para los \$ 40.000.000,00 o si se refiere a la liquidez para los “otros compromisos” en función a la definición que de éstos llegue a realizarse. Ello por cuanto en el pliego de condiciones no se observa dicha información. En vista de lo que viene dicho se declara **con lugar** el recurso en este extremo.” Por su parte, se observa que en la enmienda No.1, la Administración incorpora a la cláusula de cita, la definición de “otros compromisos del oferente” así como la base para determinar los montos a deducir como otros compromisos del oferente y remite al formulario FIN - 3.4. La recurrente señala en esta nueva ronda de objeciones, que la modificación incorporada por la Administración en la enmienda No. 1 es errada y no cumple con lo determinado por el órgano contralor y brinda las razones para ello. Ahora bien, al contestar la audiencia especial, la entidad licitante elimina la definición de “otros compromisos del oferente” y la base para determinar los montos a deducir. Además, suprime en esta cláusula, el formulario FIN -3.4 y con ello, la inconsistencia entre “promedio anual de la facturación aplicado a los plazos” (que indica la cláusula) y “el promedio de facturación mensual en el último semestre” (que indica el formulario), con lo cual se estima que la pretensión de la recurrente se ha suplido, en el tanto se han eliminado las inconsistencias señaladas por la objetante. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en el Documento Estándar de Licitación aplicable al procedimiento de contratación que se licita -Licitación Pública Internacional de una etapa con dos sobres (sin precalificación)- así como a la modalidad y tipo de contrato -Contratación de Diseño y Construcción de Obras Civiles CGC FIDIC Libro Amarillo, Segunda Edición 2017-, la cláusula determina: “(i) El Oferente demostrará que tiene acceso o dispone de activos líquidos, bienes inmuebles libres de gravámenes, líneas de crédito y otros medios financieros (distintos de pagos por anticipos contractuales) suficientes para atender las necesidades de flujo de fondos para construcción, estimadas en USD _____ para el (los) Contrato(s) descontados otros compromisos del Oferente”, de donde se observa que el Documento Estándar alude a descontar otros compromisos del oferente”. En razón de ello, resulta necesario que la Administración, de previo a realizar la modificación que propone, cuente con un criterio favorable del Banco a fin de realizar la eliminación que ahora propone al pliego de condiciones, toda vez que, tal como se ha

indicado en esta resolución, únicamente se admiten cambios en las hojas de datos de la licitación o a través de condiciones especiales del contrato que sean mínimos respecto de lo establecido en los Documentos Estándar de Licitación y que se refieran a cuestiones específicas del proyecto que se financia, según lo disponen las Políticas de Adquisiciones del BID. Aunado a lo anterior, se tiene que el respectivo Documento Estándar, en la Sección V. Formularios de la Oferta, incluye el formato del formulario FIN- 3.4 referido a los compromisos contractuales vigentes y obras en ejecución, el cual fue incorporado por la Administración en el punto 3.1 (i) como parte de la enmienda No. 1, pero que finalmente será eliminado según la respuesta a la audiencia especial, por lo que deberá procederse según lo indicado supra. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso.

4.3- La objetante señala que existe falta de claridad en lo dispuesto en el pliego. En esa línea manifiesta que respecto al formulario FIN -3.3 que se cita en la enmienda No. 1 a la cláusula 3.1 inciso (i) se indican las fuentes de financiamiento. No obstante, según se observa en el formulario, se trata de numerus apertus, ya que éste indica “*fuentes de financiamiento propuestas tales como (...)*” y señala otros medios financieros pero no indica cómo se demuestran. Agrega que en este formulario se descuentan los “compromisos vigentes” y no la facturación que es pasada, por lo que existe una contradicción entre lo dispuesto en el punto 3.1 inciso (i) y el formulario al que se remite. La Administración, en su respuesta a la audiencia especial, propone una modificación a la cláusula y decide eliminar los formularios FIN-3.3 y FIN -3.4 de declaraciones de los oferentes como sustento de este punto. Visto lo indicado por las partes, se tiene que la recurrente realiza su argumento con ocasión de la enmienda No. 1 al pliego de condiciones en dónde la Administración incorporó los formularios FIN -3.3 y FIN-3.4 a la cláusula de estudio como parte de las declaraciones de los oferentes. Es por ello que analiza el contenido de dichos formularios y les señala inconsistencias de frente a lo dispuesto en el punto 3.1 inciso (i). No obstante, en respuesta a la audiencia especial, la entidad licitante elimina del 3.1 inciso (i) el requerimiento de los oferentes de declarar información mediante los formularios antes mencionados, limitando únicamente a que se utilice el formulario FIN-3.1 -formulario que es referido en los Documentos Estándar de Licitación-. A partir de lo dispuesto, se estima que la pretensión de la recurrente se ve satisfecha en el tanto con la modificación que ahora propone la Administración elimina el uso de esos formularios, por lo que

consecuentemente, las falencias e inconsistencias que observó ya no afectarían la cláusula, con lo cual, se declara este aspecto **parcialmente con lugar**.

4.4- La objetante señala que en el formulario FIN-3.4 se pide, entre otros, el valor de trabajos pendientes, la fecha prevista de terminación y el promedio de facturación mensual en el último semestre (USD/mes), no quedando claro cómo se calcula *“el promedio anual de la facturación aplicado a los plazos remanentes en cada contrato, declarados desde el Formulario FIN-3.4”*, que dispone el inciso 3.1 (i) y por ello considera que existe contradicción entre lo dispuesto en este y los otros formularios, y con el punto 3.1 (ii), donde lo que se valora son los compromisos futuros y no la facturación pasada. Concluye que estos formularios tienen información distinta por lo que la enmienda no cumple con definir cómo se verifica la liquidez financiera ya que la cláusula habla de la consistencia de las informaciones de los formularios pero esto no es posible hacerlo con los formularios. Explica que existe contradicción en el formulario FIN -3.4 con el punto 3.1 inciso (i). La Administración propone una modificación a la cláusula y elimina el uso de los formularios FIN-3.4 en esta cláusula. Visto lo dispuesto por las partes, se tiene que la recurrente, a partir de lo dispuesto en la enmienda No. 1 en dónde la entidad licitante incluye dentro del requerimiento del punto 3.1 inciso (i) la presentación del formulario FIN -3.4, señala que existen dudas sobre lo que dispone el formulario FIN-3.4 y a su vez, que existe contradicción con el inciso (ii) del punto 3.1. No obstante, tal como se señaló anteriormente, con la modificación que ahora propone la Administración, elimina la presentación del formulario FIN -3.4. Consecuentemente, la incongruencia que observa la recurrente ya no tendría lugar. Así las cosas, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. Sin embargo, tal como se ha señalado, de previo a las modificaciones que la Administración determine que resulten pertinentes realizar, deberá verificar si ellas resultan o no procedentes de frente a alguna regulación específica de la política BID aplicable al caso de mérito -considerando la cláusula 2.19 de la Política GN-2349-15 y las regulaciones del Documento Estándar aplicable a tipo de procedimiento de contratación y a la modalidad y tipo de contrato que se licita-.

4.5- La objetante señala que a partir de la enmienda No. 1 realizada por la Administración, el inciso (i) del punto 3.1 resulta contradictorio con el inciso (ii) del mismo punto ya que lo que se valora, para los mismos efectos son los compromisos futuros y no los pasados. Explica cuál sería la evaluación considerando la facturación pasada para evidenciar que el pliego no es claro.

Se refiere a lo dispuesto en los formularios FIN-3.1, FIN-3.2 y FIN-3.4 para acreditar que existe contradicción en el pliego. Adiciona que bajo la presunción de considerar el compromiso anual de los contratos, partiendo del supuesto (a pesar de que no se establece ni se valida el método de cálculo en el pliego), de que el cálculo se hace de forma correcta, no lleva razón la contratante de considerar dicho compromiso anual en su totalidad como una pérdida de capacidad financiera total, asumiendo que el oferente debe de contar con el 100% del compromiso anual disponible, como recurso financiero. Lo anterior, porque esto supondría, que durante dicho año, no existen procesos de facturación y pagos al Contratista, lo cual es absurdo, ya que parte del flujo y de la misma facturación anual promedio de la construcción de obras, se conforma de dichas facturas de avance de construcción en cada uno de los contratos. Añade que a efectos de asignar o considerar los compromisos anuales pendientes, dentro de la evaluación de la capacidad financiera, es necesario primero que lo que se evalúe sea la obra por facturar y no la obra facturada (facturación anual promedio reflejada en el FIN-3.1 y/o FIN-3.2), cómo se interpreta del pliego en cuestión. La Administración señala que para clarificar lo objetado, propone una enmienda a la cláusula: *“(i) El Oferente demostrará que tiene liquidez financiera incluyendo líneas de crédito confirmadas, activos líquidos efectivo en caja y fondos bancarios, suficientes para atender las necesidades de flujo de fondos para las Obras, estimadas en USD \$40.000.000,00 (cuarenta millones de dólares de los Estados Unidos de América) para el Contrato. / La verificación se realizará estableciendo la consistencia de las informaciones declaradas por los Oferentes desde el Formulario FIN-3.1 y sus adjuntos, de manera que se determine claramente la liquidez financiera arriba establecida a través del indicador financiero denominado Capital de Trabajo (CT=Activo Corriente - Pasivo Corriente).”* Además, explica cómo realizará la verificación de la información declarada por los oferentes desde los respectivos formularios. Visto lo dispuesto por las partes, se tiene con la propuesta de modificación que ahora plantea la Administración se cambian las condiciones o requerimientos inicialmente establecidos, ya que ahora para verificar el cumplimiento del punto 3.1 inciso (i) sólo se utilizará el formulario FIN-3.1 y no la consistencia entre los formularios FIN -3.3 y FIN -3.4, con lo cual, carece de interés referirse a lo argumentado por la objetante al entenderse atendida la supuesta contradicción entre formularios. Es por ello que este aspecto se declara **parcialmente con lugar**. Sin embargo, tal como se ha señalado, de previo a las modificaciones que la Administración determine que resulten pertinentes realizar, deberá verificar si ellas resultan o no procedentes de frente a alguna regulación específica de la política BID aplicable al

caso de mérito -considerando la cláusula 2.19 de la Política GN-2349-15 y las regulaciones del Documento Estándar aplicable a tipo de procedimiento de contratación y a la modalidad y tipo de contrato que se licita-.

5) Sobre el punto 3.1 de “Capacidad Financiera” inciso (ii). Criterio de la División. En relación con este tema, se observa que la enmienda No. 1 al pliego de condiciones establece: *“(ii) El Oferente también demostrará, a satisfacción del Contratante, que cuenta con fuentes de financiamiento para atender las necesidades de flujo de fondos establecido en el ítem 3.1(i) para las Obras y los compromisos futuros, en base a los formularios FIN-3.3 y FIN-3.4 y sus anexos. Esta demostración corresponde a la declaración documental de la disponibilidad del flujo de caja establecido en el ítem 3.1(i) y cuyo cumplimiento será verificado por el Contratante cotejando las informaciones en los formularios FIN-3.3, FIN-3.4 y FIN-3.1”* (folio 11 del expediente de objeción). La objetante señala que el órgano contralor ordenó en la resolución de primera ronda, que la Administración debía establecer la vinculación entre la cláusula 3.1 (i) y la cláusula 3.1 (ii) y además establecer si se trata o no de un mismo requisito o de requerimientos aparte. No obstante, la entidad licitante no clarificó lo querido y tampoco motivó cuál es el sentido de tener dos requisitos que se refieren a liquidez las fuentes de financiamiento y su vinculación entre ambos. Lo anterior, ya que en el 3.1 (i) los compromisos que se descuentan están relacionados con la facturación anual y en el 3.1 (ii) se pretenden considerar los compromisos futuros, sin que esto sea conciliable. Adiciona que la cláusula referencia a la *“Declaración documental de la disponibilidad del flujo de caja”* establecido en el ítem 3.1 (i) pero en el inciso (i) no existe tal declaración ni en los formularios tampoco. La Administración explica que el criterio 3.1 inciso (i) corresponde a la medición de la magnitud del Capital de Trabajo con el que cuenta el oferente como promedio de los 5 años evaluados desde los Estados Financieros. Por su parte, el criterio 3.1 inciso (ii) corresponde al requisito por medio del cual los oferentes deberán demostrar que cuentan con fuentes de financiamiento para la gestión financiera del flujo de fondos dispuesto desde el punto (i) de Capacidad Financiera a las cuales podrán recurrir en caso de resultar adjudicatarios. Además, señaló que los oferentes deberán indicar de forma puntual cada una de las fuentes de financiamiento propuestas por medio del Formulario FIN -3.3. Explica cómo se realizará la verificación de la información declarada por los oferentes. Señala que modificará la cláusula de forma que se lea: *“(ii) El Oferente también demostrará, a satisfacción del Contratante, que cuenta con fuentes de financiamiento para atender las necesidades de flujo de*

fondos establecido en el ítem 3.1(i) para las Obras, el Contratante verificará la información suministrada en el formulario FIN-3.3 y sus anexos.” Sobre el particular, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en la resolución de este órgano contralor R-DCP-00025-2024, le correspondía a la Administración explicar si el requerimiento establecido en el punto 3.1 (ii) era distinto o no al dispuesto en el 3.1 (i). Además, este Despacho solicitó establecer de forma motivada cuál es el sentido de solicitar el requerimiento por separado siendo que ambos aspectos se refiere a fuentes de financiamiento y la vinculación entre ambos. Con ocasión de lo ordenado por este órgano contralor, la Administración realizó la enmienda No. 1 a la cláusula en discusión. No obstante, no se observa que aclarara si el requisito era el mismo o si se trata de requerimientos aparte ni tampoco la vinculación entre ambos y con base en ello, en la nueva ronda de objeciones, la recurrente cuestiona la actuación de la Administración. Sobre lo indicado por la recurrente, es criterio de esta Contraloría General que lleva razón la empresa, en el tanto la Administración no realizó la modificación requerida por la resolución R-DCP-00025-2024 en la enmienda No. 1 ni aclaró lo pertinente en los términos señalados. Sin embargo, en respuesta a la audiencia de esta oportunidad, la entidad licitante propone una modificación a la redacción de la cláusula y también cambia los formularios que deben llenarse para cumplir el requisito, explicando la diferencia entre el criterio dispuesto en el punto 3.1 (i) y 3.1 (ii). También explica cómo realizará la verificación de la información declarada por los oferentes desde los formularios y modifica el punto, señalando que únicamente se verificará contra la información del formulario FIN - 3.3. Ante la modificación que ahora propone la entidad licitante, se estima que se ve suplida la pretensión de la recurrente por cuanto no sólo aclara las diferencias entre los incisos (i) y (ii) del punto 3.1 y su vinculación sino que como consecuencia también se estarían eliminando lo que en criterio del objetante eran contradicciones entre el inciso (i) y (ii) del punto 3.1 por cuanto para el inciso (ii) sólo se tomará en cuenta el formulario FIN-3.3, y para el punto 3.1 (i) utilizará el formulario FIN -3.1 En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. **I. Consideración de oficio.** Sin perjuicio de lo dispuesto, siendo que la Administración en respuesta a la audiencia especial propone una nueva redacción del inciso (ii) del punto 3.1 del pliego de condiciones, distinto a lo dispuesto en los Documentos Estándar de Licitación, resulta necesario que la Administración cuente con el criterio favorable del BID a fin de poder adecuar la cláusula del pliego de condiciones. Lo anterior, tal como se ha indicado en esta resolución y de frente a lo dispuesto en el punto 2.19 de las Políticas de Adquisiciones del BID. **II. Consideración de oficio.** Adicionalmente si bien en el punto 3.1 (ii) se

indica que en la nueva redacción únicamente se hará remisión al documento FIN 3-3 lo cierto es que el formato de ese formulario en el Documento Estándar aplicable contempla en su texto *“Indique las fuentes de financiamiento propuestas, tales como activos líquidos, bienes inmuebles libres de gravámenes, líneas de crédito y otros medios financieros, **descontados los compromisos vigentes**”* (el destacado no es del original), con lo que se estaría manteniendo dentro del pliego la intención de que los compromisos pendientes sean descontados, sin embargo, como se analizó en el punto 4.2 anterior de la presente resolución, la Administración, según lo expresado en la respuesta a la audiencia especial, pretende eliminar del texto relativo a los criterios de capacidad financiera que los compromisos vigentes, inconsistencia que en todo acaso deberá ser atendida en los términos señalados en el punto 4.2.

6) Sobre el punto 3.1 de “Capacidad Financiera” inciso (iii). Criterio de la División. En relación con este tema, se observa que la enmienda No. 1 al pliego de condiciones establece: *“(iii) Se presentarán los balances generales auditados (estados financieros) correspondientes a los últimos cinco (5) años (desde el año 2019 al año 2023), donde se demuestre la solidez de la situación financiera del Oferente. / La solidez de la situación financiera se entenderá en función del cumplimiento de los parámetros en los tres ítems 3.1 (ii), 3.1 (iv) y 3.2, como corresponde a la participación de cada miembro en caso de APCA.”* (folio 11 del expediente de objeción). Al respecto la objetante señala que la resolución de la primera ronda de objeción le indicó a la Administración que debía incorporar al pliego de condiciones qué debe entenderse por “solvencia de la situación financiera del oferente y su rentabilidad prevista a largo plazo” y cuáles son los parámetros que se utilizarán para medir y confirmar su cumplimiento. Manifiesta que la Administración realizó una modificación al pliego indicando que la solidez de la situación financiera se entenderá en función del cumplimiento de los parámetros en los tres ítems 3.1 (ii), 3.1 (iv) y 3.2, como corresponde a la participación de cada miembro en caso de APCA. Es decir, la Administración indica que el oferente prueba la solidez de la situación financiera cumpliendo los requisitos 3.1 (ii), 3.1 (iv) y 3.2. pero no está definiendo, cómo tal, qué es la solidez de la situación financiera del oferente y su rentabilidad a largo plazo ni tampoco establece los parámetros que se utilizan para medir y confirmar su cumplimiento. Estima que la enmienda no resulta consistente con la respuesta que la Administración dio al órgano contractor en la objeción de la primera ronda, donde le indicó que estos aspectos se valoraban según información de los balances generales e interpretando las razones financieras mínimas típicas

que se obtendrán desde el estado financiero. La Administración señala que consideró suficiente para determinar la solidez de la situación financiera el cumplimiento de parámetros establecidos en la enmienda No. 1. No obstante, procede a explicar cuál será el cumplimiento o no de la solidez financiera. Sobre el particular, se tiene que la resolución R-DCP-00025-2024 requirió de la Administración que incorporara al pliego de condiciones qué debe entenderse por “solvencia de la situación financiera del oferente y su rentabilidad prevista a largo plazo” y cuáles son los parámetros que se utilizarán para medir y confirmar su cumplimiento. Ante lo requerido por este órgano contralor, se visualiza que la Administración modifica la cláusula y establece que: *“La solidez de la situación financiera se entenderá en función del cumplimiento de los parámetros en los tres ítems 3.1 (ii), 3.1 (iv) y 3.2 como corresponde a la participación de cada miembro en caso de APCA”*. Ahora bien, con la respuesta a la audiencia especial, la Administración propone una nueva enmienda al pliego de condiciones y establece la forma de determinar la solidez financiera, pues ahora indica que se determinará en *“función del cumplimiento del coeficiente de solidez igual o mayor a 1, que se determina mediante el promedio (últimos 5 años) de la siguiente razón financiera: $Cs = \text{Activo total} / \text{Pasivo total}$.”* A partir de esta propuesta de modificación, es criterio de este órgano contralor que la Administración atiende lo requerido en el tanto ahora establece cómo determinará la solidez financiera utilizando para ello, parámetros objetivos y claros basado en la razón financiera descrita. Además, con la propuesta, se entiende suplida la pretensión de la recurrente, en el tanto ya el requerimiento no está vinculado con los requisitos de los puntos 3.1 (ii), 3.1(iv) y 3.2, algunos de los cuales los considera contradictorios, sino que ha establecido un parámetro distinto y objetivo para su cumplimiento. Así las cosas, la entidad licitante deberá proceder a realizar la enmienda respectiva en el pliego de condiciones y darle la debida publicidad. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. **Consideración de oficio.** Sin perjuicio de lo dispuesto, siendo que la Administración eliminó la frase “rentabilidad prevista a largo plazo” en la enmienda No. 1 y en la propuesta que ahora hace de modificación y tomando en cuenta que la frase se encuentra dispuesta en los Documentos Estándar de Licitación, resulta necesario que la Administración cuente con el criterio favorable del BID a fin de poder eliminarla del pliego de condiciones. Lo anterior, tal como se ha indicado en esta resolución y según lo dispuesto en el punto 2.19 de las Políticas de Adquisiciones del BID.

7) Sobre los porcentajes de obligatorio cumplimiento para los APCA del punto 3.1 (i).

Criterio de la División. En relación con este tema, se observa que la enmienda No. 1 al pliego de condiciones establece: *“Capacidad financiera - (ii) - (...) **Todos los miembros en su conjunto** / Debe cumplir con el requisito mediante la suma de montos aportados por los socios / **Cada miembro** / Cada socio debe cumplir con al menos el veinte por ciento (20 %) del requisito / **Al menos un miembro** / El socio líder debe cumplir con al menos el cuarenta por ciento (40 %) del requisito”* Además, la cláusula IAO 5.4 de la enmienda dispuso: *“El número máximo de integrantes de la APCA será: de cuatro (4) empresas/ En el caso de APCA, las empresas integrantes deberán acreditar su intención formal de celebrar un convenio, demostrada en una carta de intención, o bajo un convenio existente, en la que todos sus integrantes serán mancomunada y solidariamente responsables, cumpliendo las siguientes condiciones: /a) Uno de ellos será el socio líder con la mayor participación en la Asociación, siendo ella no inferior al cuarenta por ciento (40%). / b) Los restantes socios no podrán tener menos del veinte por ciento (20%) de participación. Es criterio del Contratante que, al no existir el anticipo de obra en el Contrato, es necesario garantizar que cada uno de los miembros del APCA disponga de un flujo de fondos y fuentes de financiamiento que permitan asumir la carga financiera necesaria para llevar a cabo las necesidades del proyecto, de esta manera se establece que cada socio del APCA deberá participar con al menos un 20% equivalente a USD \$8.000.000,00; en consideración con el flujo de fondos establecido en los ítems 3.1(i) y 3.1(ii) de los Criterios de Capacidad Financiera. De manera que, entre los socios del APCA (diferentes al socio líder) deberán aportar el 20% (del monto previsto en los ítems indicados anteriormente) para garantizar un monto mínimo de USD \$24.000.000,00. (...)”* (folio 11 del expediente de objeción).

Al respecto la objetante señala que en el punto 3.1 inciso (i), en cuanto a los porcentajes a cumplir por un APCA y por un oferente individual, la Contraloría le requirió a la Administración que debía precisar el alcance de los porcentajes mínimos regulados en dicha cláusula para cada socio de un APCA, incorporando un análisis motivado de dichos porcentajes pero la entidad licitante no lo hizo. Agrega que la enmienda 1 procedió a mantener el requisito y la exigencia de los porcentajes para cada socio miembro de un APCA pero realizó un ajuste en la cláusula IAO 5.4 incorporando que el número máximo de integrantes de la APCA será de 4 empresas y modificó el inciso b) de dicha cláusula indicando que al menos los otros socios, deben tener, al menos el 20% de participación. Considera que la Administración no atendió lo requerido y más bien procedió a limitar a 4 oferentes como máximo por APCA. No obstante, estima que esto es

contrario al principio de igualdad de trato y al principio de libertad de empresa porque no permite que los oferentes definan la forma en la que procederán a estructurar y organizar su participación en el concurso. La Administración señala que el argumento del oferente carece de un análisis técnico que permita justificar de forma razonada y objetiva que la actuación del organismo ejecutor violenta el principio de igualdad de trato y de libertad de empresa. Procede a realizar un análisis detallado donde evidencia que la composición de una APCA es proporcional, balanceada y legal y muestra un estudio comparativo para determinar cómo repercute la conformación de las APCA dentro de la gestión del contrato. Sobre el particular, en primer término, se observa que la recurrente en el título del alegato se refiere al punto 3.1 subinciso (iii). No obstante, de la revisión de la cita de la resolución R-DCP-00025-2024 así como de la introducción del argumento del objetante, se desprende que lo que alega está es relacionado con el punto 3.1 subinciso (i) y no con el subinciso (iii). Asentado lo anterior, se tiene que en la ronda anterior de objeciones, esta empresa recurrió el punto en discusión, siendo que en aquella oportunidad, este órgano contralor resolvió: *“4.1.3 Cuestiona qué hace que el requisito sea distinto entre un oferente individual y una APCA, donde a esta última se le puede exigir más del 100% del requisito por estas especificaciones. De frente a ello, se tiene que la Administración al atender la audiencia especial expone: (...) De la respuesta de la Administración se desprende que sin importar la modalidad de participación lo que se debe acreditar es la capacidad financiera de \$40.000.000,00. De frente a ello, y considerando lo expuesto por el objetante se estima que la Administración debe precisar el alcance del mínimo dispuesto en la cláusula de mérito para cada socio, a saber, 20%, y sus implicaciones, por cuanto en un escenario en el que el APCA esté compuesto por 5 empresas, el líder aportaría \$16 millones correspondientes a un 40% de los \$40 millones y las restantes 4 empresas aportarían \$8 millones cada una relativos al mínimo del 20% por socio, lo que implica un total para el APCA de \$48 millones, por lo que es necesario precisar lo anterior. En el tanto podría llegar a suceder, como se ejemplificó, que en virtud de la sumatoria de los aportes de cada socio diferente al líder del proyecto, se llegue a un monto mayor al 100%. En virtud de lo anterior, la Administración debe incorporar al expediente el análisis motivado relativo a los mínimos dispuestos en la cláusula de mérito. En vista de lo que viene dicho se declara **parcialmente con lugar** el recurso incoado en el presente extremo”* (destacado es del original). De lo transcrito se tiene que este órgano contralor ordenó a la Administración que incorporara al expediente el análisis motivado relativo a los mínimos dispuestos en la cláusula de mérito. Sobre ello, de la revisión y de la enmienda No. 1 al pliego

de condiciones realizada, se observa que la Administración mantiene los mismos porcentajes que debe cumplir cada parte en la cláusula 3.1 (i) pero modifica la cláusula IAO 5.4 que establece, entre otros aspectos, el número máximo de miembros de la APCA y en el inciso b) de dicha cláusula explica las razones por las cuales los restantes socios no pueden tener menos del 20% de participación. No obstante, es criterio de este órgano contralor que es hasta la respuesta a la audiencia especial de esta oportunidad que la Administración motiva y amplía las razones que justifican los respectivos porcentajes de participación, motivación que debe constar en el expediente. En ese sentido, lleva razón el objetante en cuanto a que la Administración no incorporó un análisis motivado de los porcentajes y por esa razón, este aspecto se declara **parcialmente con lugar** debiendo la Administración incorporar las justificaciones al expediente. Por otra parte, se tiene que la recurrente cuestiona que ahora se limite a 4 oferentes como máximo para conformar un APCA por considerar esto limitante a la participación y a la libertad de empresa. En esa línea, estima que la Administración actúa irrazonable y desproporcionadamente sin fundamento técnico, financiero y legal y además estima que al APCA se le exige más del 100% del requisito. No obstante, tal como se ha dicho a lo largo de esta resolución, observa este Despacho una ausencia absoluta de fundamentación por parte de la recurrente, pues únicamente se limita a plantear su alegato y a señalar que esto limita la participación de empresas dado su estructura de negocios pero omitiendo aportar documentación de sustento que demuestre que la enmienda limita la participación o la igualdad de trato que plantea. Es decir, la recurrente no ha acreditado de manera contundente que la conformación del APCA por cuatro empresas y no más, evidencie inequidad y tratamiento desigual y por qué resulta desproporcionado ya que no se le limita la participación en el concurso, sino que la Administración, bajo su discrecionalidad y en el entendimiento de lo que requiere, es que ha dispuesto que se permitan únicamente 4 empresas que conformen el APCA y no más. En línea con eso, la recurrente tampoco ha demostrado por qué se genera una violación al principio de igualdad de trato en el caso de un oferente individual y una APCA y que a esta última se le exige más del 100%. Lo anterior ya que al requerirse un mínimo de 20% para los socios miembros (los cuales serían 3 socios, para un total de 60%) y un 40% para el socio líder y tomando en cuenta que el máximo de empresas permitido para conformar el APCA son 4, el porcentaje que se cumpliría sería un 100% tal como está planteado para el oferente individual. De esta forma no se observa que genere una desigualdad entre tipos de oferente tal como lo

quiere hacer ver el objetante. Así las cosas y con fundamento en el artículo 88 de la LGCP y 246 y 254 del RLGCP se **rechaza de plano** el recurso en este extremo.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 88, 92, 95 de la Ley General de Contratación Pública, 93, 246, 252, 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS, S.R.L.** en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL CR L1151-P-00003** promovida por el **MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES representado por la UNIDAD EJECUTORA DEL PROGRAMA PIV-MU** para la contratación del diseño integral, construcción y mantenimiento por niveles de servicio de las obras de la Ruta Nacional No. 35, carretera a San Carlos, sección Bernardo Soto-Florencia, específicamente el tramo denominado Punta Sur en dos Líneas (No. 1 y No. 2). **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en los artículos 96 de la LGCP y 257 del citado Reglamento. **3) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**

Edgar Herrera Loaiza
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Olga Salazar Rodríguez
Fiscalizadora
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

OSR/EHL/LCHA/SZF/arbb
NI: 13588, 14611
NN: 11831 (DCP-0177)
G: 2024002099-3
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2024004246