

Emitir resolución de recursos

1. Generar resolución de recursos

Encargado	Adriana Artavia		
Fecha/hora gestión	11/11/2024 13:43	Fecha/hora resolución	11/11/2024 14:17
* Procesos asociados	Recursos ▼	Número documento	8072024000001914
* Tipo de resolución	Fondo ▼		
Número de procedimiento	2024LY-000002-0032000702	Nombre Institución	Municipalidad de Pococí
Descripción del procedimiento	Conservación de Rutas Nacionales en el Cantón de Pococí, RN-247, RN-249 y RN-814		

2. Listado de recursos

Número	Fecha presentación	Recurrente	Empresa/Interesado	Resultado	Causa resultado
8002024000001764	18/10/2024 21:18	VICTOR JULIO ARIAS HERRERA	DINAJU SOCIEDAD ANONIMA	Parcialmente con lugar ▼	No aplica ▼
8002024000001745	18/10/2024 15:20	DENNIS MONGE CAMPOS	CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA	Parcialmente con lugar ▼	No aplica ▼

3. *Validaciones de control

- Tipo de procedimiento
- En tiempo
- Prórroga de apertura de ofertas
- Legitimación
- Quién firma el recurso
- Firma digital
- Pliego de Condiciones Objetado
- Temas previstos

4. *Resultando

- I. Que mediante auto No. 8052024000002004, del 21 de octubre de 2024, 08:44, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante.
- II. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.

5. *Considerando

5.1 - Recurso 8002024000001764 - DINAJU SOCIEDAD ANONIMA

Multas y Cláusula penal - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986) ▼

SOBRE EL FONDO DE LOS RECURSOS PRESENTADOS. 1) DINAJU SOCIEDAD ANÓNIMA. 1) Fuente de materiales: En cuanto a este requerimiento referido a que el oferente debe presentar la documentación que acredite que la fuente de materiales cumple con los requisitos de la normativa vigente para su explotación y que se encuentra al día, la empresa recurrente señala que resulta innecesario en vista de la normativa que aplica para tales efectos, señalando que se considera que la presentación de dicha información es prematura considerando que no se tiene certeza del momento en que se llevará a cabo la obra, aunado a que considera que según el CR 2020 previo a la colocación del material se debe presentar los informes de aceptación para garantizar en ese momento su calidad; respecto a lo cual señala la Administración que el fin de solicitar la fuente de material es proceder con el análisis de razonabilidad de precios en tanto que el renglón de pagos incluye materiales granulares que es muy representativo desde el punto de vista económico, además que esto no limita a la empresa adjudicataria para que durante ejecución del proyecto pueda variarla. Con vista en lo señalado, la empresa objetante no ha logrado demostrar que la condición cartelaría en estudio restrinja de modo alguno su participación en el presente procedimiento de contratación o bien que se lesione algún principio o normativa vigente. Aunado a lo anterior la recurrente, como potencial oferente, no acredita imposibilidad alguna a efectos de presentar la documentación requerida o bien contradicción entre los distintos puntos del cartel, o que se trate de una trasgresión al ordenamiento jurídico o a los principios de la materia. Por otra parte, con ocasión de la audiencia especial concedida, la Administración justifica el requerimiento del cartel a efectos de proceder con el estudio de razonabilidad de las ofertas, considerando que este elemento resulta de suma importancia en la estructuración del negocio, resultando importante la ubicación de la fuente de materiales para establecer el costo por metro cúbico y su acarreo. Aunado a lo anterior, la empresa recurrente reconoce que el sitio de materiales puede variar durante la ejecución de la contratación, por lo que no se logra evidencia de restricción alguna con ocasión de la referida cláusula cartelaría. De conformidad con lo expuesto procede **rechazar de plano** este punto del recurso.

2) Forma de pago: La empresa recurrente cuestiona que el cartel indique que el pago de las actividades a realizar esté sujeto al presupuesto disponible, en tanto que es obligación de la Administración garantizar el contenido presupuestario, por lo que solicita que se elimine la frase "*en función tanto del presupuesto disponible*". En cuanto a la frase en cuestión señala la Administración que se trata de un error en la redacción en tanto que la Administración tiene el respaldo económico necesario, por lo que se procederá a eliminar del cartel la frase: "*en función tanto del presupuesto disponible*". Conforme a lo señalado por la Administración respecto a la frase en estudio se entiende el allanamiento de la Municipalidad, motivo por el cual procede **declarar con lugar** este punto del recurso. Por otro lado en cuanto al cuestionamiento que realiza la recurrente respecto a que el pliego debe ser claro y establecer los tiempos efectivos de pago, se echa de menos el debido ejercicio por parte de la objetante en el sentido de fundamentar el análisis realizado y la pretensión de su exposición, ejercicio que recae directamente sobre quién acciona con ocasión del recurso de objeción, motivo por el cual, al no desarrollar adecuadamente este aspecto de su recurso procede **rechazar de plano** por falta de fundamentación. Así las cosas, se declara **parcialmente con lugar** este punto del recurso.

3) En cuanto a la reducción de maquinaria, equipo y personal por parte de la Unidad Supervisora: Señala la empresa recurrente que es responsabilidad del contratista garantizar la ejecución de las obras y el cumplimiento del equipo mínimo sin que sea posible que la Administración ordene la demora en la iniciación o avance de las actividades así como la reducción de la maquinaria y el personal, ya que puede afectar los rendimientos de las maquinarias, el programa de trabajo aprobado e incluso puede traer retrasos y afectar el equilibrio económico al generar tiempos muertos, con lo cual señala que no se le puede asignar a la Unidad Supervisora funciones que violan su responsabilidad y que corresponden al contratista, por lo que considera que este aspecto debe ser eliminado; respecto a lo cual señala la Administración que el texto en cuestión se podría considerar para ser excluido del cartel, sin embargo señala que la intención no es entorpecer ni afectar a la adjudicataria sino es contar con un mecanismo que en caso de fuerza mayor y de manera razonada pueda modificar el plan de trabajo de una forma consensuada entre las partes. Es criterio de este Despecho que tanto la recurrente como la Administración expresan claridad en cuanto a las obligaciones y responsabilidades de cada una con ocasión de la ejecución contractual; no obstante, de manera confusa la Administración indica que se podría considerar la exclusión de esta referencia cartelaría aunque aclara que la intención del cartel es establecer un mecanismo para que en caso de fuerza mayor se pueda modificar el plan de trabajo. Al respecto, resulta evidente que este tipo de gestión por parte de la Administración además que podría afectar las responsabilidades que corresponden a la empresa contratista, podrían incidir en el balance económico de la oferta, cambiar la logística de trabajo, afectar el rendimiento, y en definitiva el equilibrio económico y estructura de costos de la oferta respecto a la prestación de los equipos y sus tiempos, siendo que en todo caso la normativa establece las regulaciones para proceder en caso de eventos de fuerza mayor. De conformidad con lo anterior, procede **declarar parcialmente con lugar** este punto para que la Administración analice las razones anteriormente expuestas y defina y precise la forma en que procederá con la definición de la presente cláusula.

4) En cuanto a que la cancelación de los trabajos dependerá de la transferencia de recursos económicos por parte de JAPDEVA: Señala la empresa recurrente que la referencia expuesta en el cartel en cuanto a que los recursos dependen de la transferencia por parte de JAPDEVA, genera incertidumbre e incumple con la normativa vigente en tanto que la Administración debe garantizar la existencia de fondos públicos para la ejecución de las obras y proceder con la cancelación en un plazo que no supere 30 días naturales, adicionalmente señala que de la cláusula en estudio se desprende que los recursos no están siendo administrados por la Municipalidad y que a la fecha no existen. En cuanto a este punto señala la Administración que sí se cuenta con la viabilidad presupuestaria, aunque respecto a la metodología de pago esa Municipalidad se encuentra sujeta a un proceso de supervisión y fiscalización del uso de los fondos transferidos por JAPDEVA por cuanto la gestión de pago está sujeta a dicha revisión, no obstante señala que se trata de un error de redacción por lo que se procederá con la eliminación de dicha frase para no crear incertidumbre, señalando que en todo caso en el expediente consta la información correspondiente al financiamiento con recursos aportados por el canon de JAPDEVA y las contrapartidas municipales. Con base en lo expuesto por las partes y ante el allanamiento de la Administración, procede **declarar con lugar** este punto del recurso.

5) En cuanto a la razonabilidad y proporcionalidad de las sanciones establecidas en el cartel: Señala la empresa recurrente que la determinación y aplicación de multas debe basarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ante lo cual cuestiona que en el presente expediente de contratación que se ubica en SICOP no existe un estudio técnico que sustente las multas y sanciones, por lo que solicita que se realice el estudio que valide y determine dicha proporcionalidad; además señala que en las multas se aplican elementos que están fuera del alcance de esta contratación como diseño de rehabilitaciones, sobrecapas, muros, sistemas de drenaje pluvial y señalamiento horizontal permanente. En cuanto a lo expuesto, señala la Administración que en ningún caso las sanciones se relacionan a montos globales del contrato, por lo que considera que es proporcional de acuerdo a cada actividad, considerando salarios mínimos y además que las sanciones más severas son relacionadas con aquellas circunstancias que ponen en riesgo directo el accionar del proyecto. En cuanto a este aspecto, se tiene que el artículo 116 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública establece que para la determinación de las multas o cláusulas penales dentro de un procedimiento de contratación pública se debe valorar el costo beneficio, la debida y oportuna satisfacción del interés público bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, motivo por el cual, es responsabilidad de la Administración Pública incorporar en el expediente de la contratación aquella documentación y estudio que permitan dar por acreditadas dichas circunstancias. En ese sentido esta Contraloría General ha señalado lo siguiente: "*n. Respecto a este tema, esta Contraloría General ya se ha pronunciado sobre la obligación que tienen las Administraciones de justificar con base en criterios de proporcionalidad y razonabilidad los porcentajes que se establecen en los carteles para el cálculo de las multas y cláusulas penales de la siguiente forma: "(...) Además de lo anterior, no se ubicó en el expediente los estudios y parámetros objetivos que sustenten la cláusula penal, y que se amparen en criterios objetivos, siendo este el momento procesal oportuno para su acreditación. En este sentido, no debe perderse de vista que de acuerdo con el numeral 47 de la LGCP y 116 de su Reglamento, el*

establecimiento de cláusulas penales debe considerar aspectos tales como el monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas; mientras que en el caso concreto, la justificación brindada por la Administración se centra únicamente en las funciones del Ministerio y la definición del profesional y salario base a considerar, sin que exista un verdadero análisis amparado en criterios de razonabilidad y proporcionalidad y que atienda a las condiciones particulares del objeto. De conformidad con lo expuesto deberá la Administración incorporar los referidos estudios que de acuerdo a la citada normativa sustenten las cláusulas penales previstas en el pliego, los cuales deben ponerse a disposición de los potenciales oferentes. Dichos estudios deberán contener el análisis mencionado en cuanto a la relación entre el salario previsto por día del profesional considerado de cara a las tareas que se dejan de realizar por la falta del equipo." (Resolución número R-DCPSICOP-00185-2024) de las nueve horas treinta y tres minutos del once de julio del dos mil dieciséis) (El resaltado es original). De manera tal, que la Administración debe incorporar dicho estudio al expediente de la contratación para que sea conocido por todos aquellos posibles oferentes, razón por la cual se declara con lugar este aspecto del recurso de objeción para que la Administración incorpore el oficio MP-DMPDVA-DG-PI-OF-2024-0093 para que sea conocido por todos los potenciales oferentes" (ver resolución No. R-DCP-SICOP-00384-2024). De conformidad con lo expuesto siendo que no se evidencia en el expediente de la presente contratación los estudios correspondientes a la determinación de las multas y cláusulas penales, procede **declarar con lugar** este punto del recurso. Aunado a lo anterior esa Administración deberá referirse al cuestionamiento expuesto por la recurrente en cuanto a que en las multas se aplican elementos que están fuera del alcance de esta contratación.

6) En cuanto a que el oferente debe indicar en su oferta cada uno de los equipos y/o maquinarias a utilizar. Señala la empresa recurrente que el cartel requiere que el oferente presente el listado de equipo mínimo pese a que no se trata de una contratación de equipo sino de ejecución de obra pública, señalando además la posibilidad de sustituir equipos durante el proceso de ejecución no es claro el cartel dado que asignar un equipo desde la apertura conlleva un compromiso de tener dicho equipo cuando en realidad un equipo es alquilado conforme a la disponibilidad de mercado y dependerá del momento en que se adjudique el proyecto siendo que pueden haber circunstancias por las cuales varíen los equipos y por ende se debe garantizar al momento de la ejecución, así considera que carece de sentido definir los equipos para la ejecución de la obra con la oferta siendo esta una responsabilidad del contratista por lo que considera que resulta improcedente la solicitud de la lista de equipo si esta puede variar en en el proceso de ejecución y no se vuelve una lista definitiva; respecto a lo cual señala la Administración que la intención del cartel es tener seguridad de que la empresa a adjudicar cuente con la maquinaria y equipo que garantice la ejecución del proyecto conforme lo dispone el cartel, aunque reconoce que durante la ejecución del contrato la adjudicataria pueda variar parte del equipo siempre que cumpla con el objeto contractual y cuente con el aval municipal. Al respecto, la empresa recurrente no demuestra las razones por las cuales no es pertinente presentar con la oferta la lista de los equipos mínimos requeridos, en ese sentido no se acredita que dicha circunstancia limite su participación o que viole algún principio de contratación pública o bien normativa vigente, o que sea de imposible cumplimiento o técnicamente improcedente. En ese sentido no se desprende y así tampoco ha sido señalado por la empresa recurrente, que el requerimiento cartelario limite la forma en que se debe acreditar la disposición del equipo, sino que lo que pretende la Administración es que el oferente asuma el compromiso de contar con los equipos mínimos ahí dispuestos para la ejecución de la contratación. Aunado a lo anterior, la empresa recurrente no demuestra que la condición cartelaria en estudio resulte desproporcionada en el sentido que se evidencie una carga o costo adicional respecto a la maquinaria, siendo que su objeción refiere al hecho de tener que acreditar la disponibilidad de los equipos al momento de la apertura de las ofertas. De conformidad con lo expuesto procede **rechazar de plano** este punto del recurso.

7) Sobre el estudio de Mercado. Criterio de la División: Cita el gestionante el Artículo 34 del RLGCP, en relación a que la Administración debe efectuar un estudio de mercado y que este debe ser confiable con el propósito de determinar el precio del proceso de contratación. Es así que afirma que en la plataforma SICOP se localiza el documento denominado "OPM-0632-2024 Análisis de Estudio de mercado Rutas Nacionales.pdf", en el mismo se observa un cuadro donde se aprecia las columnas de renglón de pago, descripción, cotización 1, cotización 2, banco de precios, promedio, bandas de precios (desviaciones estándar), banda de precios (porcentajes), banda de precios finales y porcentajes, siendo que afirma en dicho documento no es visible de donde fueron las fuentes que determinaron este estudio, así como no se logra apreciar de donde se obtiene el resultado del precio de banco de precios, así como no es visible, si en este se está comparando los mismos renglones de pago en cumplimiento con lo establecido en el renglón de pago, así como saber si se compararon en la misma unidad de medida y en acatamiento a lo establecido en el CR-2020, al respecto de ello cita precedente de este Despacho No. R-DCA-00029-2022, la cual establece no solo que debe existir un Estudio de Mercado, sino que este mismo debe basarse en los principios de eficiencia y transparencia que privan la materia de contratación pública, que revele en forma clara, completa, trazable y razonada la información alusiva a los cálculos realizados para justificar cada una de las bandas tarifarias que pretende aplicar como insumo de razonabilidad del precio para analizar las ofertas. Es así que concluye que es necesario presentar un estudio de mercado, que fundamente las bandas de tolerancia, para realizar un correcto análisis de razonabilidad de precio, señala que el estudio de mercado es escueto y no se logra apreciar de donde se obtuvieron los precios, así mismo de donde se determina las bandas +15% +10%, por lo que es requerido que a este proceso se asigne un correcto estudio de mercado, real para el tipo de obra en contratación. Por su parte, la Administración licitante señala que en el estudio de mercado No. OPM-0632-2024, sí menciona las fuentes en donde se obtuvo la información, agrega que el procedimiento se realizó cumpliendo lo indicado en el artículo 44 del RLGCP. Afirma que las empresas que participaron del estudio de mercado son conocidas en la zona y tienen años de ofrecer servicios a esa corporación municipal, en materia de mantenimiento, rehabilitación y construcción de caminos. Es así que indica que los montos cotizados como parte del sondeo de mercado fueron analizados y comparados con una base de datos con la que cuenta el proceso de obra pública. En virtud, del cuadro fáctico expuesto considera esta División que el recurso es carente de fundamentación, pues sin algún elemento de prueba se circunscribe el gestionante a indicar que el estudio de mercado denominado: "OPM-0632-2024 Análisis de Estudio de mercado Rutas Nacionales.pdf" no es idóneo y se debe efectuar un nuevo estudio de mercado. Lo anterior en virtud de que el artículo 88, de la Ley General de Contratación Pública, indica; "Deber de fundamentación. Los recursos se presentarán debidamente fundamentados y con la prueba idónea, con invocación de los principios de la contratación pública y normas infringidas. Se deberá indicar la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado". Así mismo el artículo 254, del reglamento señala; "Recurso de objeción tramitado ante la Contraloría General de la República. Tratándose de una licitación mayor o de lo regulado en el inciso c) del artículo 95 de la Ley General de Contratación Pública, la competencia para conocer el recurso de objeción al pliego de condiciones la ostenta la Contraloría General de la República. El recurso de objeción deberá interponerse en el plazo de ocho días hábiles siguientes a la publicación del pliego de condiciones, en el sistema digital unificado, con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Si se objetan aspectos técnicos del pliego de condiciones se deberá aportar prueba idónea que podrá consistir en criterios profesionales sobre la materia, información del fabricante, entre otros. Todo lo cual deberá estar vinculado con los alegatos formulados en contra del pliego de condiciones. ...". Lo anterior quiere decir que, el objetante tiene el deber de fundamentar la impugnación que realice, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente ésta, aportando cuando así corresponda la prueba respectiva, el indicar que se transgreden principios de contratación pública no es fundamento suficiente, ya que unido a ello debe desarrollarse en qué sentido se ve la norma transgredida y cómo lograr que ello no ocurra. Al respecto de la norma de cita, el recurrente se limita a señalar que dentro del estudio de referencia, no es visible de donde fueron las fuentes que determinaron este estudio, así como no se logra apreciar de donde se obtiene el resultado del precio de banco de precios, así como no es visible, si en este se está comparando los mismos renglones de pago en cumplimiento con lo establecido en el renglón de pago, así como saber si se compararon

en la misma unidad de medida y en acatamiento a lo establecido en el CR-2020. Es así que procede este Despacho a verificar que el estudio de mercado denominado: "OPM-0632-2024 Análisis de Estudio de mercado Rutas Nacionales.pdf", indica lo siguiente: "...Se realizó la búsqueda de los insumos que se desean obtener en el Catálogo de Banco de Precios del SICOP, con el fin de establecer un precio promedio de referencia para las líneas del presente procedimiento de compra. A continuación, se procede a adjuntar evidencia sobre consultas realizadas Catálogo de Banco de Precios del SICOP: (...). Publicación del estudio en SICOP Ahora bien, para el caso de la(s) línea(s) que no ha(n) sido ubicada(s) en el Catálogo de Banco de Precio o que su precio promedio no representaba la realidad del insumo, se procedió a realizar la solicitud de publicación de estudio de mercado en el SICOP, para consultar los precios actualizados del insumo de interés. (...). El análisis de razonabilidad se realiza tomando en cuenta los siguientes precios: — Los precios obtenidos de la publicación en SICOP para la cotización de precios por parte de Empresas Proveedores, — De igual manera, con la intención de obtener precios competitivos, se toma en consideración precios ofertados en procesos de contratación pública en el SICOP, que han sido promovidos por institución distintas a la Municipalidad de Pococí, con naturaleza y alcance similares, y que además los proyectos por ejecutarse cuenten con condiciones socio-económicas y de topografía similar. — Finalmente, tomando en cuenta que esta Municipalidad ha promovido contrataciones anteriores con alcances similares, que estas contrataciones se han concluido de forma satisfactoria y además que fueron ejecutados en el presente año en curso, se consideran los precios ofrecidos en los procedimientos de compra que pertenecen a esta institución. (...)". Es decir no lleva razón el objetante cuando señala que no se determinan las fuentes utilizadas para determinar las bandas de tolerancia, ya que es claro en señalar que se procedió a consultar el Catálogo de Banco de Precios del SICOP y se fundamenta porque se descarta esa herramienta, además consta se procedió a realizar la solicitud de publicación de estudio de mercado en el SICOP y se señala se presentaron dos ofertas, sumado a que para fijar dichas bandas es claro el estudio en señalar que se basó en precios obtenidos de la publicación en SICOP para la cotización de precios por parte de Empresas Proveedores, precios ofertados en procesos de contratación pública en el SICOP, que han sido promovidos por institución distintas a la Municipalidad de Pococí, con naturaleza y alcance similares y contrataciones anteriores con alcances similares, aspectos que no han sido desvirtuados por el objetante, sumado a que no indica por ejemplo cuáles serían las bandas de tolerancia aptas para el concurso. Es a partir de lo anterior, que considera esta División, que es omiso el recurrente en indicar y probar que el "Estudio de Mercado", realizado por ejemplo, arroja información desfasada o no real del mercado actual, como para acreditar que ese estudio y estimaciones de la Administración no deban ser utilizadas. No acredita cuál es el sustento jurídico o técnico, por el que no pueda considerarse el estudio de mercado que lleva a cabo la Administración, no es claro en demostrar cuáles serían los errores del estudio de mercado y cómo con ello no resulte apropiado o apto, por otra parte no refiere a por ejemplo, cuáles son los parámetros o datos que debe considerar, que en su criterio brindarán un dato cierto del mercado. Por otra parte, resultaba esencial que el objetante acreditará con la prueba técnica necesaria que los precios de las cotizaciones no son reales, o bien que los precios promedio y bandas de desviación estándar, resultan por ejemplo desproporcionadas, es decir no demuestra que los precios producto del estudio no sean los que debe reflejar el mercado, sumado a que tampoco probó cómo ese precio promedio referencial, sea irrazonable, o no se ajuste a la realidad del mercado para dichos equipos. (Ver en la misma línea la resolución No. R-DCA-SICOP-00570-2023, del 24/05/2023 23:59). Además, la fundamentación requiere que el objetante demuestre que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general, aspecto que no se da en el presente extremo. Así las cosas, procede el **rechazo de plano** del presente recurso por falta de fundamentación.

Recurso 8002024000001764 - DINAJU SOCIEDAD ANONIMA

Condiciones invariables (admisibilidad) - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Condiciones invariables (admisibilidad) - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986) 

Se remite al criterio vertido por esta División, en el apartado anterior denominado: "Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR".

Recurso 8002024000001764 - DINAJU SOCIEDAD ANONIMA

Requisitos exigidos por normativa técnica-obra - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Requisitos exigidos por normativa técnica-obra - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986) 


Se remite al criterio vertido por esta División, en el apartado anterior denominado: "Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR".

Recurso 8002024000001764 - DINAJU SOCIEDAD ANONIMA

Principios de contratación - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Principios de contratación - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986) 

Se remite al criterio vertido por esta División, en el apartado anterior denominado: "Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR".

5.2 - Recurso 8002024000001745 - CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA

Sistema de evaluación – Factor de evaluación - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Sistema de evaluación – Factor de evaluación - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986)



2) CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA. 1) Sobre el punto 3.1. Metodología de Evaluación de las ofertas. 3.1.1. PYME. Criterio de la División: El pliego de condiciones, establece en relación a evaluación de las ofertas, lo siguiente: *“3.1 METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS El sistema de evaluación de las ofertas admisibles propuesto para esta contratación se basa varios parámetros, la cantidad de puntos asignar para cada parámetro propuesta en esta metodología de evaluación se detalla a continuación: a) Precio 80% b) Pymes 10% d)Criterios sustentables 10%. (...) 3.1.2 PYMES LOCAL (10%). Con la intención de fomentar la participación de las empresas que posean la condición PYME en el cantón de Pococí, se les asignará un puntaje a aquellos oferentes que acrediten mediante certificación emitida por el MEIC que son una PYME registrada, y que además demuestren que, al menos un 60% de su planilla tiene domicilio en dicho cantón. (...)”*. Al respecto de ello, afirma la gestionante que, si bien la asignación de puntaje especial por disponer de una condición de Pyme está reconocida a nivel normativo, lo cierto es que se establecen una serie de requisitos para que esa puntuación especial se pueda asignar y se encuentra limitada en artículo 73, del RLGCP. Es así que afirma como lo establece la normativa de referencia, la habilitación de puntajes especiales para PYMES, se encuentra condicionada a la existencia de estudios sobre las condiciones de mercado que justifiquen la aplicación de esas medidas, así como debe identificar los objetos en los cuales una Pyme mantiene mayor competitividad según el área o localidad en que la misma se encuentra domiciliada. Por ello señala que no es procedente establecer automáticamente puntajes a favor de Pymes sin que exista esa definición y estudios previos y señala que en el caso que nos ocupa no existen estudios que establezcan objetos a privilegiar con asignación de puntajes especiales para Pymes, de donde se desnaturaliza y desvirtúa el objetivo de esta normativa, siendo que se incurre en violación al principio de legalidad, cuando se instaura cartelariamente un privilegio de asignación de puntajes extras, careciendo de los estudios que justificarían la asignación de esos puntajes, conforme lo establece la normativa supra referida. Cita precedentes de este Despacho y requiere se elimine la asignación de puntaje por Pyme del pliego de condiciones. Es así que entiende esta División, que cuestiona el gestor la no existencia de estudios que fundamenten las razones del por qué premiar con asignación de puntajes especiales para Pymes y siendo que no se acreditan los estudio correspondientes, requiere la eliminación del factor “Pyme Local (10%)” del sistema de evaluación. No obstante de la petición expuesta por el gestor, señala el municipio que, la incorporación del factor “Pyme Local (10%)” se basa en el decreto N°42709-H-MEIC MTSS-MINAE MICITT, el cual ha fomentado el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas, aspecto que ciertamente comparte este Despacho, sin embargo como bien señala el recurrente con la promulgación de la LGCP y su reglamento la asignación de puntaje para las Pymes se encuentra respaldado en el artículo 73 de su reglamento y en caso que se analiza según la respuesta dada por el municipio, es criterio de este Despacho que ciertamente se echa de menos el criterio técnico que justifique la incorporación de este factor evaluativo en los términos planteados en el pliego de condiciones, si bien la licitante refiere a que han venido implementado dicho factor de evaluación desde el año 2021, no ha indicado, ni ha identificado la justificación técnica de las autoridades correspondientes, así como tampoco ha logrado acreditar que cuenta con el criterio propio del ente competente que determine y justifique la inclusión de este rubro como parte de los aspectos a evaluar en el procedimiento que nos ocupa de frente al objeto de la contratación. Es así que, de mantener el factor “Pyme Local (10%)”, dentro de la metodología de evaluación, deberá proceder a fundamentar los motivos por las cuales opta por la inclusión del rubro de Pymes en la calificación de las ofertas, considerando el objeto contractual y el porcentaje asignado. Análisis que posterior a ser emitido, deberá ser puesto en conocimiento de las partes a efectos de dotar del debido fundamento y la motivación del acto administrativo. Lo anterior en vista de que debe quedar patentado si la Administración determina si de frente al objeto contractual y a la realidad del mercado existen empresas con condición de Pymes que puedan eventualmente participar en la contratación que nos ocupa, esto por cuanto en caso de que no existan serían un rubro innecesario e impropio dentro del sistema de evaluación de este procedimiento. (Ver en ese sentido la resolución No. R-DCA-SICOP-00529-2023). Expuesto lo anterior se reitera que es fundamental que la Administración fundamente técnicamente por qué dicha certificación otorga un valor agregado en esta contratación según la normativa vigente, lo cual deberá quedar plasmado en el estudio que debe realizar la Administración, con este estudio podrá determinar si de frente al objeto de la contratación que nos ocupa existen empresas con condición Pyme que puedan ser potenciales oferentes, todo lo cual deberá agregar al expediente administrativo para que sea de conocimiento de todos los interesados. Claramente la normativa vigente tiene como objetivo el fomento de las Pymes y esto de ninguna manera se omite por esta División, pero lo que no resulta posible su inclusión en un pliego de condiciones de manera automática, sino que debe la Administración previo a su incorporación realizar un estudio para verificar la procedente de frente al objeto de la contratación, tal y como fue explicado líneas atrás. Así las cosas se procede a declarar **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. Para ello deberá la Administración ponderar cuidadosamente la conveniencia de la modificación que efectúe, lo cual corre bajo su entera responsabilidad y deberá brindarle la debida publicidad.

2) Sobre la omisión de regular estabilidad de consorcios en caso de asignación de puntaje especial por condición de PYME. Criterio de la División: Indica el recurrente que el pliego de condiciones presenta una regulación insuficiente en relación a la posibilidad de asignar puntuación a la condición de Pyme, según se aprecia en la redacción del punto 3.1.2, se establece que, en caso de consorcios, se asignará puntaje especial a la empresa bajo condición Pyme, según la participación que se disponga tendrá en la ejecución contractual. Es así que el pliego de condiciones señala en lo de interés; *“(…) En caso de ofertas en consorcio, el puntaje se asignará proporcionalmente a la participación de la(s) empresa(s) local(es) en la etapa de ejecución contractual. Tratándose de acuerdos consorciales entre pequeñas y medianas empresas, debidamente inscritos conforme lo establecido en la Ley para el fomento de la competitividad de la PYME mediante el desarrollo de consorcios, No. 9576, el otorgamiento del puntaje se hará conforme el porcentaje de ejecución del contrato que ejecutará la(s) empresa(s) local(es), en caso de que el consorcio resulte adjudicatario. La puntuación por asignar de acuerdo con el porcentaje de participación de la(s) empresa(s) PYME local, de acuerdo con lo indicado en el acuerdo consorcial: Porcentaje de participación Puntaje asignado De 1% a 50%: 2%. De 51% a 75%: 6%. Superior al 75%: 10%...”*, siendo que señala lo anterior no regula el evento en que esa Pyme pueda abandonar el contrato, por cesión o por cualquier otra razón, durante o incluso antes de iniciar la ejecución contractual. La posibilidad de cesión de la participación de la Pyme, a todas luces podría generar una ventaja indebida, en el caso de que un consorcio compuesto con una Pymes y por ejemplo, declaren un porcentaje de participación de la PYMES de un 76%, en razón de lo cual se haría acreedora de 10 puntos, pero si posteriormente el consorcio adjudicatario puede modificar el acuerdo consorcial, por ejemplo excluyendo o sustituyendo la participación de la Pyme; lo cual a su entender implica una suerte de “fraude de ley” y por ello la mera posibilidad de que esa situación muy probable llegue a suceder, implica que esta asignación especial de puntaje en favor de la Pyme, resulta contraria a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, y a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (art. 16 LGAP). Es así que requiere se elimine la asignación de puntaje por concepto PYMES a las empresas que entren en consorcio, puesto que es de entender que no existiría fundamento legal para prohibir la cesión parcial del contrato (cesión de participación de la PYMES), dado que no existe norma que así lo establezca. Por su parte la Administración al contestar audiencia señala que se puede someter a consideración la regulación de estabilidad de los consorcios en caso de asignación de puntaje especial por condición de PYME, para tal caso se puede considerar lo expuesto en el artículo 77 del Reglamento de Contratación Pública, donde regula los consorcios Pymes, donde será sujetos para obtener la puntuación aquellos consorcios donde el 100% de sus participantes cuenten con la condición PYME, quedando por asignar de acuerdo con el porcentaje de participación de la(s) empresa(s) PYME local, de acuerdo con lo indicado en el acuerdo consorcial, tal como se estableció en la plica. Por lo que se estaría proponiendo la variación en el pliego de condiciones de acuerdo a lo acá planteado. Es en virtud de lo anterior que estima este Despacho la incorporación municipal, procederá a ajustar lo anteriormente descrito en el pliego de condiciones, referente a la puntuación pymes en caso de ofertas en consorcio, ello con la finalidad de que no ocurra la práctica que señala el recurrente. Es así que deberá proceder con la modificación respectiva y brindarle la debida publicidad. Así las cosas se procede a declarar **parcialmente con**

lugar este extremo del recurso. Para ello deberá la Administración ponderar cuidadosamente la conveniencia de la modificación que efectúe, lo cual corre bajo su entera responsabilidad y deberá brindarle la debida publicidad.

3) Sobre la puntuación otorgada por “Criterios Ambientales”. Punto 3.1.3.1 del cartel. Criterio de la División: La cláusula de referencia establece: “3.1.3.1 **CRITERIOS AMBIENTALES (5%):** *Corresponde a certificaciones emitidas por entes acreditados que permitan garantizar que los oferentes están aportando a la calidad ambiental del país, a partir de proyectos o prácticas productivas amigables con el ambiente y que de esta forma también contribuyen a alcanzar el desarrollo sostenible de nuestro país. Se otorgará cinco puntos al oferente que aporte una acreditación vigente, en cualquiera de los siguientes rubros: a) Bandera Azul Ecológica. (La categoría debe ser acorde con la naturaleza del oferente). b) Producción más Limpia (Gestión de residuos sólidos) *. (*No corresponde al Programa de Manejo de Residuos ya que de acuerdo con el Artículo 14 de la Ley 8839, todos los generadores de residuos sólidos deben tener su programa elaborado e implementado.) c) Eco-eficiencia. d) Cualquier otra certificación que corresponda a prácticas ambientales. El reconocimiento por presentar debe haber sido emitido por la institución competente y su naturaleza debe ser acorde con el proceso de contratación.*”. De conformidad con lo anterior, indica el recurrente que, si bien resulta apto que los pliegos de condiciones establezcan reconocimientos especiales para factores que puedan coadyuvar a buenas prácticas ambientales, es lo cierto que ello deberá estar revestido de todas las condiciones necesarias para que estos reconocimientos no se presten a favoritismos, que puedan encubrir más bien un fraude de ley en el sentido de que se utilicen las formas para beneficiar en forma ilegítima, incluso de forma involuntaria, a ciertos oferentes en perjuicio de otros. Refiere a que el RLGCP, regula dicha incorporación en los artículos 46 y 56, siendo que en dicha norma refiere a que para que resulte procedente la incorporación de criterios sustentables deben contar los estudios correspondientes que justifiquen dentro del sistema de evaluación ese tipo de criterios. Es así que afirma el objetante que al no existir el estudio técnico correspondiente que justifique qué tipo de beneficios o de acciones o esfuerzos resultarían idóneos para ser premiados bajo esta mecánica, carece de “inaplicables”, o nulos para efectos de evaluación de ofertas y al respecto lanza una serie de interrogantes en relación a los criterios ambientales definidos, reitera que queda claro que no existen estudios de mercado coordinados por la autoridad de Contratación Pública y por ello el parámetro resulta contrario a lo dispuesto por el Reglamento como requisito puntual de validez de cualquier tipo de ponderación especial por concepto de variables ambientales y por ello procede en derecho la eliminación de este punto del cartel objetado. No obstante lo expuesto, se tiene que al contestar la audiencia especial la municipalidad señala que, con base al artículo 21 de la LGCP, incluye dentro de los factores de evaluación, los criterios ambientales y ante ello adjunta las justificaciones para la utilización de estos factores, mediante el oficio No. SPCA-636-2024, de 31 de octubre de 2024, denominado “Justificación criterio sostenible, 2024LY-000002-0032000702 Conservación de Rutas Nacionales en el Cantón de Pococí, RN-247, RN-249 y RN-814”. Es decir procede la licitante a emitir el estudio correspondiente que justifica la incorporación de criterios sustentables, entendiendo este Despacho que el estudio efectuado sustenta los criterios sustentables incorporados en el sistema de evaluación, de frente al objeto específico de la licitación, es decir que bajo su discrecionalidad y responsabilidad ha determinado los criterios sustentables incluidos resultan ser pertinentes, trascendentes, proporcionados y aplicables. anteriormente citados y en respeto al principio de legalidad. (Al respecto, en nuestra resolución R-DCA-SICOP-00529-2023 de fecha 08 de mayo de 2023). Así las cosas se procede a declarar **parcialmente con lugar** este extremo del recurso. Para ello deberá la Administración poner el documento denominado “Justificación criterio sostenible, 2024LY-000002-0032000702 Conservación de Rutas Nacionales en el Cantón de Pococí, RN-247, RN-249 y RN-814”, en conocimiento de las partes a efectos de dotar del debido fundamento y la motivación del acto administrativo.

4) Sobre la omisión de incorporar parámetros para evaluación financiera y por ende capacidad financiera de los oferentes. Criterio de la División: Ciertamente el RLGCP, establece sobre el pliego de condiciones, que el mismo debe regular, entre otros aspectos: “3- *Requerimientos especificaciones técnicas y evaluación de ofertas: (...) c) Indicación de los estudios que realizará la Administración a las ofertas, ya sean legales, técnicos, financieros u otros. (...) e) Indicación precisa, de los documentos que se deberán aportar para la evaluación de la idoneidad del oferente en aspectos económicos, legales, técnicos u otros.*”. Por su parte el artículo 91, establece: “Artículo 91. *Condiciones invariables. En el pliego de condiciones, se deberá identificar con claridad aquellos requisitos cuyas condiciones son invariables, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia que deba reunir el personal técnico en la fase de ejecución.*”. En virtud de lo anterior, señala el recurrente que en un concurso que se pretende adjudicar por cerca de 8.936.630.297,68 [CRC] (presupuesto de la Administración); requiere la necesaria verificación de que el oferente y potencial contratista, disponga de una capacidad financiera idónea, pues el contratista deberá soportar con su capital de trabajo, los avances de obras que se financian a su cargo, hasta tanto haga entrega del avance mensual, trámite la factura, se apruebe la factura, se presupuesten los recursos y se paguen los avances, para con ello, reiniciar el proceso y continuar con el avance. Así mismo señala que, no se facilitará ningún tipo de adelanto o anticipo económico, por ende no es típico y es irregular, la tramitación de un concurso, en donde el contratante no verifique la idoneidad financiera de su potencial contratista, pues ello implica asumir un riesgo absoluto e irracional, sobre la posibilidad real de que el contratista tenga capacidad para ejecutar el contrato, lo cual genera múltiples beneficios a la Administración; (Proporcionan una visión a futuro de la solvencia, eficiencia, liquidez y rentabilidad de las empresas oferentes; garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales, evitando al máximo retrasos y problemas en la etapa de ejecución del proyecto, minimiza los riesgos financieros para la Administración, como por ejemplo la declaración de insolvencia de un oferente que lo lleve a la quiebra, la participación de oferentes con solvencia financiera le brinda a la Administración una mayor probabilidad de mantener la continuidad y calidad de los servicios, entre otros). Por lo anterior requiere se incluya en el pliego de condiciones los siguientes requerimientos financieros: “1) *Presentación de estados financieros auditados preparados de acuerdo con las normas internacionales de información financiera (NIIF) para los años 2023, 2022 y 2021. 2) Cumplir con los siguientes índices financieros: i. Liquidez: Razón de liquidez (Activo corriente / Pasivo Corriente) para el informe auditado del último periodo fiscal mayor o igual a 1 (Uno). ii. Endeudamiento: Razón de endeudamiento (Pasivo Total / Activo Total) menor o igual a 0.70. iii. Acreditar un capital de trabajo de al menos un 20% del monto ofertado. Este requerimiento se acredita mediante la suma de 1) capital de trabajo neto del informe auditado del último periodo fiscal (Activo Corriente menos Pasivo Corriente) y 2) Monto disponible de líneas de crédito bancarias para capital de trabajo emitidas con entidades reguladas por la SUGEF*”. Es ante dicha solicitud que señala la Administración, para efectos de mejorar el pliego de condiciones se incluirá lo siguiente: “Capacidad financiera del oferente: Para minimizar el riesgo de contratar empresas con riesgos financieros que puedan resultar en incumplimientos, atrasos, fallas en la calidad de las obras o sobrepagos, se evaluará la capacidad financiera de la empresa, profesional o consorcio oferente como requisito de admisibilidad. Este requisito de aceptabilidad está compuesto por tres criterios: 1. Medición de razones financieras. 2. Patrimonio neto. 3. Precio máximo de la oferta. El incumplimiento de cualquiera de los tres requisitos de aceptabilidad anteriormente indicados resultará en la descalificación inmediata de la oferta, ya que se relacionan con aspectos imprescindibles e insustituibles del requerimiento. A continuación, se detalla en qué consisten los tres criterios de capacidad financiera. 1. Medición de las razones financieras: La capacidad financiera será determinada de acuerdo con el siguiente procedimiento: • Se toma como base los estados financieros de la empresa de los últimos tres años. La medición se realizará mediante las siguientes razones financieras: o Prueba ácida = (Activo circulante – Inventarios) / Pasivo circulante. o Razón de deuda = (Pasivo total / Activo total) x 100 o Solidez a largo plazo = Activo a largo plazo / Pasivo a largo plazo. • Se obtiene el promedio de cada razón financiera para los años 2021, 2022 y 2023. • El parámetro de medición que se debe cumplir es que el promedio de las razones financieras para los 3 años cumple con los siguientes indicadores: o Promedio de la prueba de ácido ≥ 1 o Promedio de la razón de deuda $< 70\%$ o Promedio de la Solidez ≥ 0.8 . En caso de consorcios además de multiplicar la razón resultante por el peso del periodo, se deberá multiplicar por el porcentaje de participación financiera de cada miembro integrante y la suma algebraica será el valor de la razón correspondiente al periodo. Queda establecido que, al aplicar la metodología anteriormente descrita para obtener el valor resultante de la razón, en todos los pasos se redondeará

al segundo decimal. Evidencia de cumplimiento: Se deberá certificar mediante declaración jurada y certificación de contador público autorizado que se cumple con los parámetros de medición de las razones financieras. Además, textualmente indicar que: el Promedio de la prueba de ácido es ≥ 1 ; el Promedio de la razón de deuda es $< 70\%$, el Promedio de la Solidez es ≥ 0.8 ; el promedio es obtenido sobre las razones financieras para los años 2021,2022 y 2023". Es así que de conformidad con lo manifestado, ante la ausencia de parámetros que midan la capacidad financiera del potencial oferente y de la respuesta dada por el municipio, que se **declara parcialmente con lugar** el recurso de objeción en el presente extremo, en el entendido que procederá la Administración a incluir y dar la debida publicidad, bajo su discrecionalidad y responsabilidad a los elementos que analizará referente a la capacidad financiera de los potenciales oferentes, lo cual todas luces es un filtro que beneficiará la selección del mejor contratista.

CONSIDERACIÓN DE OFICIO. De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Decreto Ejecutivo N°41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley N°9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante, su deber de verificar desde la fase de presupuestación de la contratación, el cumplimiento al límite de regla fiscal previsto para el ejercicio económico del año 2024, así como el marco de presupuestación plurianual dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política. Para estos efectos, la Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias para verificar que el monto asignado a la contratación que se licita cumple con dichas disposiciones, debiendo advertirse que su inobservancia podría generar responsabilidad administrativa del funcionario, conforme lo regulado en el artículo 26 de la citada Ley.

Recurso 800202400001745 - CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA

Sistema de evaluación – Metodología del factor - Argumento de las partes

Los argumentos de las partes pueden ser consultados en el expediente digital.

Sistema de evaluación – Metodología del factor - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986) 

Se remite al criterio vertido por esta División, en el apartado anterior denominado: "Sistema de evaluación – Factor de evaluación - Argumentación de la CGR".

6. Aprobaciones

Encargado	ADRIANA ARTAVIA GUZMAN	Estado firma	La firma es válida
Fecha aprobación(Firma)	11/11/2024 13:55	Vigencia certificado	07/05/2024 14:28 - 06/05/2028 14:28
DN Certificado	CN=ADRIANA ARTAVIA GUZMAN (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=ADRIANA, SURNAME=ARTAVIA GUZMAN, SERIALNUMBER=CPF-01-1137-0068		
CA Emisora	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		

Encargado	GERARDO ALBERTO VILLALOBOS GUILLEN	Estado firma	La firma es válida
Fecha aprobación(Firma)	11/11/2024 13:57	Vigencia certificado	20/05/2024 10:53 - 19/05/2028 10:53
DN Certificado	CN=GERARDO ALBERTO VILLALOBOS GUILLEN (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=GERARDO ALBERTO, SURNAME=VILLALOBOS GUILLEN, SERIALNUMBER=CPF-04-0161-0647		
CA Emisora	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		

Encargado	KAREN MARIA CASTRO MONTERO	Estado firma	La firma es válida
Fecha aprobación(Firma)	11/11/2024 14:17	Vigencia certificado	08/03/2022 10:05 - 07/03/2026 10:05
DN Certificado	CN=KAREN MARIA CASTRO MONTERO (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=KAREN MARIA, SURNAME=CASTRO MONTERO, SERIALNUMBER=CPF-04-0181-0227		
CA Emisora	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		

7. Notificación resolución

Fecha/hora máxima adición aclaración	14/11/2024 23:59		
Número resolución	R-DCP-SICOP-01795-2024	Fecha notificación	11/11/2024 14:21