

R-DCA-445-2011

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas del doce de setiembre del dos mil once. -----

Recurso de apelación interpuesto por el **Consortio conformado por Monitoreo Electrónico Alfa S.A., y Seguridad Alfa S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2011LN-000002-99999**, promovida por el **Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)**, contratación de los servicios de vigilancia para el IAFA, acto recaído a favor del **Consortio de Información y Seguridad S.A.**, por un monto de **¢78.195.384.48**. -----

RESULTANDO

I. El consorcio conformado por Monitoreo Electrónico Alfa S.A., y Seguridad Alfa S.A., presentó su recurso de apelación el 23 de junio de 2011. -----

II. Esta División a las 14 horas del 24 de junio de 2011, requirió al IAFA el expediente administrativo de la licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.-----

III. Esta División a las 9 horas del 13 de julio de 2011, confirió audiencia inicial al IAFA, y a la adjudicataria Consortio de Información y Seguridad S.A., por el plazo improrrogable de 10 días hábiles para que se refirieran a los argumentos de la apelante, la cual fue atendida en tiempo, mediante escritos agregados al expediente.-----

IV. Esta División a las 11 horas del 26 de agosto de 2001, solicitó criterio técnico al Equipo Gestión y Asesoría Interdisciplinaria de esta Contraloría General de la República. -----

V. Esta División a las 15 horas del 31 de agosto de 2011, confirió audiencia especial sobre el criterio técnico emitido por el referido Equipo Gestión y Asesoría Interdisciplinaria, y audiencia final, las cuales fueron atendidas únicamente por el apelante y en forma extemporánea. La Administración licitante y la adjudicataria no atendieron tales audiencias. -----

VI. La presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución de este asunto se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Instituto Costarricense sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA) promovió la Licitación Pública 2011LN-000002-99999, contratación de servicios de vigilancia para el IAFA, la cual se adjudicó al Consortio de Información y Seguridad, por un monto de ¢78.195.384.48 (ver Gaceta 116 del 16 de junio de 2011). **2)** Que el cartel requiere la contratación de seis vigilantes destacados en forma permanente en las instalaciones

centrales del IAFA, de los cuales cuatro vigilantes destacados en el Centro de Personas Menores de Edad durante el segundo semestre del 2011, dos de ellos en horario diurno de 7am a 7pm, y los otros dos en horario nocturno de 7pm a 7am, de lunes a lunes inclusive feriados; y dos vigilantes destacados en forma permanente, en horario nocturno de 7pm a 7am de lunes a lunes inclusive feriados con la finalidad de proteger el IAFA. Las jornadas serán de 12 horas diarias: de 7am a 7 pm y de 7pm a 7am (ver folios 5, 6, 9, 13 del expediente administrativo). **3)** Que la oferta de la adjudicataria cotizó la suma de ¢6.516.282.04 mensuales, y la oferta de la apelante la suma mensual de ¢6.000.000. Ambas ofertas acreditan tener más de 7 años de experiencia en el mercado y acreditan sus referencias comerciales (ver folios 115, 116, 141, 270 al 289, 397, 435 al 440 911 del expediente administrativo). **4)** Que el Estudio Técnico excluye la oferta de la apelante, por estimar que el monto cotizado resulta insuficiente para asegurar el pago del salario mínimo profesional para esa clase de trabajadores (ver folios 954 al 964 del expediente administrativo). **5)** Que mediante oficio DCA-2185 del 26 de agosto de 2011, se solicitó criterio al Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria a fin de determinar si el precio de la apelante es o no insuficiente para el pago de la mano de obra, rindiéndose el mismo por oficio DCA-2226 del 31 de agosto de 2011, concluyendo que el monto ofertado por la adjudicataria para el rubro de mano de obra presenta un faltante de ¢95.936.90, al comparar el monto calculado por esta instancia con el monto asignado por la apelante para la partida de mano de obra, diferencia que representa un 1.60%, lo que significa que es insuficiente para solventar el pago mínimo de salarios y respectivas cargas sociales (ver folios 52 al 54, 62 al 69 del expediente de apelación).-----

II.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LA APELANTE Y EL FONDO: En el presente caso resulta indispensable analizar estos dos temas en forma conjunta, por lo que corresponde determinar si la ofertas del apelante adolece de algún vicio capaz de restarles la posibilidad de resultar eventual readjudicatario de este concurso. En ese sentido, deviene de relevancia recordar que todo recurrente que acuda ante esta sede a solicitar la anulación de un acto debe contar con una propuesta elegible y además acreditar que en caso de anularse el acto que recurre, sería el beneficiario con la adjudicación, pues de lo contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y lo señalado por este órgano contralor en reiteradas resoluciones, procede el rechazo de plano del recurso. **ÚNICO: Precio ofertado por el apelante:** La Administración licitante excluye la oferta del apelante, por estimar que el monto

cotizado de ¢4.640.000 resulta insuficiente para asegurar el pago del salario mínimo (ver hecho probado 4). El servicio llamado a cotizar es el servicio de seguridad para las instalaciones del IAFA, se trata de 6 vigilantes, en un rol de 7am a 7pm y de 7pm a 7am. Las características de este servicio no pueden darse dentro de un esquema de guardia dormilón. El rol debe ser guarda con esquema 6NO y 6NE, lo que genera un faltante en la oferta de la apelante para cubrir la mano de obra de ¢95.235.71. Por su parte, **el apelante** ofrece un estudio técnico de costos elaborado por el CPA. Humberto Quirós Rodezma, en donde pretende demostrar que el precio ofertado cubre todos los costos derivados de la contratación. La oferta fue indebidamente descalificada, por considerarse que era insuficiente puesto que no cubre el costo de la mano de obra. El costo de la mano de obra calculado por el IAFA es ilegal, contraviene la normativa laboral vigente, ya que el cálculo de mano de obra se hace tomando como base la existencia de dos jornadas de 12 horas para cubrir un puesto de 24 horas diarias, incluyendo para tal cálculo 4 horas extraordinarias en la jornada diaria y 6 horas extraordinarias en la jornada nocturna, sea se implementan ilegalmente jornadas extraordinarias fijas durante la vigencia del contrato, es decir, no se respeta el derecho de los trabajadores a que el trabajo de jornada extraordinaria tenga un carácter temporal o contingente y nunca fijo o definitivo. La normativa laboral vigente establece como límite máximo a la jornada diurna en 12 horas, no pueden los patronos convertir la jornada extraordinaria en una jornada fija. Lo anterior afectó directamente el costo de la mano de obra, siendo que en el caso de cubrir dos jornadas con un solo oficial por cada puesto, durante las 12 horas, además de la ilegalidad, implica la obligación del pago de 4 horas extraordinarias en la jornada de 7am a 7pm, y 6 horas extraordinarias en la jornada de 7pm a 7am, para cada uno de los oficiales contratados. Lo anterior también afecta el cálculo de vacaciones, aguinaldo, pagos a la CCSS, provisión de cesantías, ya que dicho incremento de horas deben cancelarse con un 50% adicional al salario contractual. El Estudio Técnico elaborado por el Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria de la Contraloría General de la República, desconoce la ilegalidad de las jornadas de trabajo de 12 horas diarias, por lo que el mismo no debe tomarse en cuenta. **Criterio para resolver:** En el caso bajo examen, se tiene acreditado que se requirió criterio técnico a fin de determinar si el precio ofertado por el apelante resulta o no suficiente para el pago de mano de obra y sus respectivas cargas sociales. En razón de tal requerimiento, el Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria (EGAI), en oficio DCA-2226-2011 (ver hecho probado 5), señala que el modelo de costos aplicado para determinar la suficiencia o no del precio del apelante, contempla los

siguientes puntos de interés: **a)** Cubre todos y cada uno de los días feriados, y todos los días de descanso semanal. **b)** El valor del día de descanso se considera proporcional a la jornada efectivamente laborada y se agrega al salario semanal de las horas laboradas. **c)** El cálculo del día de descanso proporcional utilizado es el siguiente: el costo por hora del trabajador se multiplica por la cantidad de horas efectivamente laboradas y se divide entre la cantidad de días laborables de una jornada de 48 horas semanales, es decir 6 días. **d)** El porcentaje de las cargas sociales a la fecha de apertura de las ofertas corresponde a un 43,05% sobre el costo de la mano de obra directa. Después del sexto año de implementación de la Ley de Protección al Trabajador (Ley 7983 del 18 de febrero de 2000) este porcentaje contiene los siguientes componentes: Aguinaldo (8.33%), Enfermedad y Maternidad de la CCSS (9.25%), Invalidez, Vejez y Muerte de la CCSS (4.92%), Riesgos del Trabajo del INS para “Actividades de seguridad y vigilancia” (3.22%), Ahorro Obligatorio del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (0.25%), Asignaciones Familiares (5%), IMAS (0.5%), INA (1.5%), Cuota de Cesantía (5.33%), Fondo de Capitalización Laboral (1.5%) y Pensión Complementaria Obligatoria (3.25%). **e)** La fecha de apertura de las ofertas fue el 6 de mayo del 2011. **f)** El salario mínimo por mes, vigente a la fecha de presentación de la oferta, para trabajadores semicalificados es de ¢237.353.28. **g)** El salario mensual indicado en el supuesto anterior, es el mismo que se señala en el análisis de costos realizado por la Administración, además coincide con el empleado en el estudio de costos aportado como prueba por el apelante. **h)** Se considera el costo por reposición de vacaciones, su cálculo equivale a 2 semanas de vacaciones al año por trabajador, costo que está sujeto al pago de cargas sociales. **i)** Se considera para el cálculo del costo de reposición de feriados 9 días. **j)** Se utiliza la información contenida en el cartel referida a la cantidad de puestos requeridos y horarios para la prestación del servicio. **k)** La estructura porcentual del precio ofertado que indica el apelante en su oferta está conformada por 82% Mano de Obra, 4% Insumos, 4% Gastos Administrativos y 10% Utilidad. **l)** El precio mensual cotizado por el apelante para brindar el servicio es de ¢6.000.000. **m)** Para el cálculo de las horas extras, se tiene que la misma se configura desde que se excede el límite diario, aunque no se alcance el semanal, tal y como lo ha señalado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Apunta el referido estudio del EGAI, que aplica el anterior modelo de costos al precio ofertado por el apelante, para determinar si es o no suficiente para el pago mínimo requerido de mano de obra, considerando para ello el servicio total requerido en el cartel (servicio de seis vigilantes: cuatro vigilantes para el Centro de Menores, dos en

horario diurno de 7am a 7pm, y dos en horario nocturno de 7pm a 7am; dos vigilantes para el IAFA en horario nocturno de 7pm a 7am), los términos y esquema de organización que establece el apelante en su oferta, así como en el criterio técnico aportado en su recurso como prueba del CPA Humberto Quirós Rodezma, se tiene que el costo por hora para el puesto de un trabajador semicalificado durante el primer semestre del año 2011 es ¢988.97 (diurno ordinario), ¢1.483.46 (diurno extraordinario), ¢1.318.63 (nocturno ordinario), ¢1.977.94 (nocturno extraordinario), ¢1.130.25 (mixto ordinario), y ¢1.695.38 (mixto extraordinario), para un salario mínimo mensual de ¢237.353.28. Ahora bien, el esquema de organización que contempla el apelante en su oferta y en la prueba técnica aportada (estudio de costos), se desprende para el puesto de 24 horas un horario de 7am a 7pm y de 7pm a 7am, horas por jornada DO: 8, DE: 0, NO: 6, NE: 2, MO: 7, y ME: 1, para un total de 168 horas por jornada, la cual incluye Lunes a Domingo y feriados. En virtud de lo cual, tal esquema de organización para cubrir el horario requerido, consiste de 3 jornadas de 8 horas. Asimismo, con respecto al servicio solicitado para 12 horas en horario nocturno, el apelante señala en la prueba técnica aportada que es con un horario de 7pm a 7am, horas por jornada, Nocturnas Ordinarias: 6, Nocturnas Extraordinarias: 6, para un total de 84 horas por jornada, la cual incluye Lunes a Domingo y feriados. Bajo ese panorama, el EGAI calcula el costo requerido para el pago de salarios y cargas sociales de la oferta del apelante, el cual asciende a un total de ¢5.015.936.90, y el apelante cotiza un precio de mano de obra ¢4.920.000, por lo que se produce una insuficiencia del costo de la mano de obra de ¢95.936.60, lo que significa que ese precio es insuficiente para solventar el pago mínimo de salarios fijado en el Decreto Ejecutivo 36292-MTSS para el primer semestre del año 2011, publicado en La Gaceta 238 del 8 de diciembre de 2010 y las respectivas cargas sociales que corresponden al 43.05% sobre el costo directo de la mano de obra y de conformidad con los porcentajes señalados en la Ley de Protección al Trabajador (Ley 7983 del 18 de febrero de 2000), para el Aguinaldo, Enfermedad y Maternidad CCSS, Invalidez, Vejez y Muerte CCSS, Riesgos del Trabajo INS, Actividades de Seguridad y Vigilancia, Ahorro Obligatorio del Banco Popular, Asignaciones Familiares, IMAS, INA, Cesantía, Fondo Capitalización Laboral y Pensión Complementaria Obligatoria. Como se puede observar, el modelo de costos utilizado por el apelante y por el EGAI se basan en jornadas de 12 horas, tal y como lo requería el cartel, con la particularidad de que la jornada nocturna de 12 horas se parte en 6 nocturnas ordinarias y 6 nocturnas extraordinarias, lo que significa que se están cubriendo las jornadas requeridas, independientemente

de la forma (esquema de organización) en cómo se cubren las mismas. Sobre este particular, este Órgano Contralor en diversas oportunidades (ver entre otras R-DAGJ-323-2005 de las 11 horas del 7 de junio de 2005, y R-DCA-120-2009 de las 9 horas del 16 de marzo de 2009), ha determinado que las jornadas de 12 horas, tales como las requeridas por el IAFA, no resultan ilegales, siempre que se cumplan las regulaciones existentes y se cuente con la debida rotación de los empleados, sea no se estaría violentando la normativa constitucional y legal vigente, en la medida que las jornadas no superan las 12 horas diarias que como máximo dispone el artículo 140 del Código de Trabajo, y que se reconozca el pago de horas extraordinarias en forma diaria según lo indicado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en resolución 235-2007 de las 09:30 horas del 20 de abril de 2007: *“En cuanto al reparo de que el tiempo extraordinario debe calcularse por jornada semanal acumulativa, esta Sala en forma reiterada ha señalado que el tiempo extraordinario debe computarse diariamente y no en forma acumulativa, semanal, porque si bien es cierto la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, en aplicación de la regla de la norma más favorable - Principio Protector- que rige esta materia (artículo 15 del Código de Trabajo), la hora extra de trabajo se configura desde que se excede el límite diario, aunque no se alcance el semanal, ello es así porque dicha condición favorece más al trabajador, toda vez que sin que exceda de la jornada semanal, perfectamente se puede hacer acreedor al pago de tiempo extraordinario por el exceso diario de la jornada. No puede pretender entonces, el empleador, hacer laborar a sus empleados una jornada máxima de doce horas diarias -suma de la jornada ordinaria con la extraordinaria- durante cuatro o cinco días a la semana, y solo reconocerle para efectos de pago de tiempo extraordinario, el exceso de horas de la jornada ordinaria semanal -sea esta diurna, mixta o nocturna-, por resultar menos favorable para el trabajador en comparación con la jornada ordinaria diaria.”* Así las cosas, dada la insuficiencia del precio de la mano de obra que presenta la firma apelante, la cual no permite solventar el pago mínimo de salarios y las respectivas cargas sociales, lo que se traduce en una inobservancia de la normativa laboral vigente relacionada con la obligatoriedad del pago de esos rubros, lo que propicia la debida exclusión de la oferta del apelante, tal y como lo hizo la Administración licitante al estimar que la misma era inelegible (ver hecho probado 4), lo que conlleva a concluir que el apelante no cuenta con legitimación para recurrir, es decir, de prosperar su recurso no podría alzarse con la adjudicación, lo que impone rechazar el

recurso por improcedencia manifiesta por falta de legitimación, de conformidad con lo indicado en el artículo 180.a del RLCA. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 180.a del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y las jurisprudencias citadas, **se resuelve: Rechazar por improcedencia manifiesta el recurso de apelación** interpuesto por el **Consortio conformado por Monitoreo Electrónico Alfa S.A., y Seguridad Alfa S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Pública 2011LN-000002-99999**, promovida por el **Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)**, contratación de los servicios de vigilancia para el IAFA, acto recaído a favor del **Consortio de Información y Seguridad S.A.**, por un monto de **¢78.195.384.48, acto el cual se confirma.** 2) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

OCU/yhg
NN: 08613 (DCA-2339-2011)
NI: 10668-10884-12641-12976-15371
Ci: Archivo central
G: 2011001577-2