

## **R-DCA-821-2015**

**CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las quince horas con treinta y un minutos del quince de octubre del dos mil quince.-

**Recursos de objeción** interpuestos por las empresas **SEGURIDAD SALAS Y ACUÑA S.A. y SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2015LN-000003-63000**, promovida por el Ministerio de Salud para la contratación de “*Servicios de Seguridad y Vigilancia*”.-----

### **RESULTANDO**

**I.-**Que las empresas **SEGURIDAD SALAS Y ACUÑA S.A. y SEGURIDAD ALFA S.A.** presentaron en fecha 29 y 30 de setiembre del 2015 respectivamente, recursos de objeción contra el cartel de referencia.-----

**II.-**Que mediante auto de fecha 01 de octubre del 2015, se confirió audiencia especial a la Administración a efecto que se refiriera a los recursos de objeción interpuestos por Seguridad Salas y Acuña S.A. y Seguridad Alfa S.A. respectivamente y para que remitiera a su vez, copia del cartel de la contratación. Dicha audiencia fue atendida por la Administración por medio del oficio DFBS-UBS-1550-2015 de fecha 06 de octubre de 2015. -----

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

### **CONSIDERANDO**

**I.-Sobre el fondo de los recursos:** a) **Sobre el recurso de objeción interpuesto por la empresa SEGURIDAD SALAS Y ACUÑA S.A. 1) Sobre la obligación cotizar la totalidad de los puestos señalados.** Señala la objetante que el cartel claramente establece que el Ministerio de Salud está requiriendo 92 puestos de Seguridad y Vigilancia en diferentes sedes a Nivel Central, Sedes Regionales y Áreas Rectoras del Ministerio de Salud, con un contrato prorrogable a 4 años y un presupuesto de \$2.500.000.000.00 conforme se indica en la previsión autorizada. De acuerdo con el detalle de puestos requeridos establecidos en el mismo cartel, se mencionan por lo menos nueve puestos (aprox. 10% del total nacional) que corresponden a la Zona Norte o Zona de San Carlos que es donde su empresa tiene su funcionamiento y está brindando servicios actualmente a Instituciones como la Universidad Técnica Nacional- Sede San Carlos. Sin embargo, el cartel como reglamento obligatorio para este concurso, establece en página 8 un requisito que su empresa no puede cumplir y donde en forma anticipada se les impide brindar los servicios que el Ministerio de Salud requiere en sus Sedes Regionales y Áreas Rectoras de la Zona de San Carlos, el cual está indicado en página 8 del cartel donde

establece: "Se debe cotizar la totalidad de los puestos señalados anteriormente no se admitirán a concurso ofertas parciales". Señala que este requisito es una violación al Principio de Libre Competencia estipulado en el Artículo 2, Inciso d) del Reglamento a la Ley de la Contratación Administrativa que entre otras consideraciones establece: "No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes". Indica que en el cartel respectivo no existe ningún asidero técnico o legal que justifique el escoger una sola empresa para dar todo el servicio a nivel nacional. Solicita que el Ministerio de Salud, sustituya la obligación de cotizar la totalidad de los puestos y acepte la presentación de ofertas parciales según el Área de Cobertura Regional que tenga la empresa debidamente establecida y con experiencia demostrada en el área de acción. En cuanto a este punto, **la Administración** indica que la Institución actualmente cuenta con el Servicio de Seguridad y Vigilancia, mismo que es realizado por una sola empresa, que brinda un muy buen servicio, en todo el territorio nacional. Señala que un aspecto a considerar en esta contratación y que se encuentra establecido en el mismo cartel de licitación, es la supervisión por parte de la Administración en el Nivel Central del servicio a contratar, para lo que se cuenta con limitada cantidad de personal, lo que hace imposible la posibilidad de adjudicar por líneas, ya que esto generaría complicaciones para la supervisión en el segundo nivel, es decir, desde el Nivel Central, como dependencia encargada de unificar la información proveniente de las Áreas Rectoras de Salud y Sedes Regionales, ya que sería imposible controlar y fiscalizar la correcta ejecución contractual, de existir más de una empresa brindando dicho servicio. Indica que según lo expuesto en el artículo 269 de la Ley General de la Administración Pública, que señala: *"La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia"*, la institución se encuentra en apego a la norma, al pretender que solo una empresa brinde el servicio en todo el país. En este mismo sentido, la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 4 párrafo primero establece: *"Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales"*. Señala que la limitación para la supervisión, control y manejo de la información del servicio contratado, es la principal razón que no le permite a la Administración realizar el presente concurso por líneas independientes, ya que sería imposible fiscalizar la labor que

realizarían las empresas adjudicatarias para cada una de las líneas, por lo que, la designación de una línea única, lo que busca es la aplicación de los principios de eficiencia y eficacia de los recursos públicos. Adicionalmente, indica que no se está violando el Principio de Libre Competencia en su artículo 2 inciso d) como lo indica el documento presentado, ya que actualmente existen empresas regionales que le brindan servicios a todo el país, tal es el caso de una de las empresas contratadas para brindar los servicios de limpieza, al amparo de la Licitación Pública 2009LN-000002-CMBYC, que desde su inicio y hasta la fecha tiene su sede de operaciones en la Provincia de Puntarenas y le brinda este tipo de servicio al Ministerio de Salud en todo el territorio nacional, de igual manera con otros Ministerios o Instituciones públicas. **Criterio de la División:** La Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo estas deben ser satisfechas. Bajo esa línea de ideas, el cartel debe ser un reflejo de dicha voluntad, para lo cual goza de discrecionalidad siempre que no se atenten contra principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como la lógica y la ciencia (artículo 16 de la Ley General de Administración Pública). En el presente caso, el planteamiento de la Administración de requerir cotizar la totalidad de los puestos, responde según lo indica, a la obligación de su parte de ejercer la supervisión, control y manejo de la información del servicio contratado y de contar con una cantidad limitada de personal para hacerle frente, más no aporta razones técnicas como fundamento para imponer tal requisito, más allá de aspectos de mera conveniencia para la fase de ejecución. Sobre este tema vale mencionar, que según se observa del cartel remitido por esa Administración, los servicios se agrupan en cuatro grandes ítems, los que a su vez se descomponen en una serie de puestos según el lugar de prestación del servicio, que en algunos de los ítems resulta en una gran cantidad de líneas o subítems, por lo que permitir la cotización por puestos o por cada una de las zonas o región específicas -según lo pretende la recurrente-, podría provocar inconvenientes operativos, logísticos y de coordinación a la Administración, al momento de ejercer la supervisión indicada, pues podría caerse en el exceso que por ejemplo para el ítem 4 que se compone de más de treinta puestos para igual número de lugares, pueda existir también igual número de adjudicatarios, lo que convertiría casi en imposible una adecuada coordinación durante la ejecución. No obstante lo anterior, no encuentra desmedido este Despacho que en lugar de exigir a los oferentes la cotización de la totalidad de los ítems (4), se permita cotizar por cada ítem completo según lo estime cada oferente y sobre esa base poder llegar a adjudicar (que en todo caso según la

distribución en un escenario posible, los adjudicados no podrían superar la cantidad de cuatro), lo cual permitiría a la Administración contar con mayor participación oferentes y con ello con eventuales ofertas atractivas para prestar el servicio, evitando con ello la concentración del objeto del concurso solo en aquellas empresas de amplia estructura, posibilitando la participación de otros proveedores que aunque de menor envergadura comercial, puedan igualmente ofrecer un servicio de calidad y sobre todo, a precios competitivos para beneficio de la Administración. Bajo esta consideración, si bien el planteamiento de la recurrente en este aspecto considera este Despacho resulta desproporcionado para los efectos de la Administración, sí estima igualmente este órgano contralor, que en aras de garantizar una mayor participación, sí debe esa Administración posibilitar al menos, la presentación de ofertas por ítems, sin perjuicio desde luego que todo aquel oferente que pueda participar en la totalidad de estos, lo realice. Lo anterior, considerando además, que la Administración no ha establecido justificaciones amplias y técnicamente sustentadas para concluir, que el concurso bajo la lógica de su planteamiento, sólo puede ser adjudicado en su totalidad a un solo oferente. De conformidad con lo indicado se **declara parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, por lo que deberá la Administración realizar las modificaciones cartelarias que correspondan, y brindarles la publicidad respectiva. **2). Sobre la metodología de evaluación y calificación de las ofertas.** Señala el objetante que la definición del Sistema de Evaluación de Ofertas si bien es un aspecto discrecional, es cierto también que dicha capacidad discrecional tiene sus límites fundamentados en la razonabilidad y justicia, principios superiores al cartel y que considera que no se están observando en dicha Metodología por lo siguiente: **a) FACTOR PRECIO 40%.** Considera que establecer tan bajo porcentaje al factor precio es contrario al espíritu de la sana utilización de los fondos públicos, contrario al mismo Principio de Eficiencia. Indica que con la ponderación establecida, una empresa perfectamente puede ser adjudicada con un precio excesivo si lleva acumulados gran cantidad de años o gran cantidad de clientes privados o institucionales que aparte se califican con un 60%, ya que no necesariamente los años de estar en el mercado son los que brindan la idoneidad en el servicio sino los requisitos personales y formales del personal a cargo (los que brindan el servicio de vigilancia y seguridad), personal que va rotando de una empresa a otra según encuentre mejores condiciones laborales o cercanías a su residencia. Riñe contra la lógica y técnica establecer así no más solo un 40% de ponderación al precio que debe ser el elemento más

importante a considerar. Solicita se establezca un 70% al precio ya que no se encuentra justificado el porqué un 40% de ponderación al precio y no otro a satisfacción del Interés general. **b) Antigüedad de la Empresa: 30%.** Señala que no necesariamente la idoneidad de una empresa se mide por sus años de existencia o fundación, si no por su experiencia positiva específica que es lo que correctamente debe medirse en un sistema licitatorio. Para empezar, el cartel no es claro de cómo se demuestra esa Antigüedad si por Escritura del Registro Nacional, por Declaración Jurada, o por Cartas de los Clientes, es decir se deja a manejo de la empresa Interesada cómo demostrar su antigüedad sin que esto pueda aportar alguna ventaja cualitativa al sistema de ponderación establecido. Solicita que el punto b) se lea correctamente: Años de Experiencia específica en lugar de Antigüedad y que el puntaje sea con un máximo del 15% así: De 3 años a 6 años de experiencia 7 %; De 6 años y un día en adelante de experiencia: 15%. La experiencia a considerar debe ser positiva en el mismo objeto contractual Servicio de Vigilancia y Seguridad, y para comprobarlo deberá presentarse documento oficialmente válido emanado por personal competente de Institución Privada o Pública que acredite dicha experiencia positiva estableciendo claramente el año de inicio del servicio y su satisfacción. **c) CARTAS DE RECOMENDACIÓN 30%.** Señala que al establecer al precio un porcentaje de al menos un 70% y un 15% a los años de experiencia positiva, la experiencia a establecer por cartas de recomendación debe ser no mayor a un 15%, y así asignar un 3% por cada carta de recomendación específica que indique la calidad del servicio en cumplimiento a los requisitos de contratación requeridos. Solicita que el punto c) se lea correctamente: Cartas de Recomendación: 15%. Máximo 5 cartas de recomendación donde se asigna 3% por cada carta presentada. La experiencia a considerar debe ser positiva en el mismo objeto contractual-Servicio de Vigilancia y Seguridad y para comprobarlo deberá presentarse documento oficialmente válido emanado por personal competente de institución privada o pública que acredite dicha experiencia positiva, estableciendo claramente el año de inicio del servicio y su satisfacción todo conforme a demás requisitos cartelarios. En cuanto a este punto, la Administración señala que la combinación precio, antigüedad y cartas de recomendación, se da principalmente ya que el tema costo va ligado a nivel de servicio y calidad del mismo. Adicionalmente, las empresas participantes deben tomar en cuenta dentro de su costo final, que cada oficial cuente con el equipo obligatorio, para el correcto cumplimiento de sus funciones, entre los cuales citamos: Radio de Comunicación, Vara Policial o BLACK-JACK, Linterna,

Bastón Controlador, Revólver , entre otros. Por lo anterior, es que la ponderación establecida en la metodología de evaluación se encuentran distribuida de manera tal, que le permita a la Administración darle peso al tema de calidad del servicio, lo cual queda como referencia en los porcentajes que se le dan a la antigüedad y a las cartas de recomendación. Señala que los temas de antigüedad y cartas de recomendación van de la mano, ya que las empresas que tienen más antigüedad, tienen mayor experiencia y trayectoria, lo que se traduce, en que al mantenerse en el tiempo han prestado un buen servicio, lo cual demuestra solidez, respaldo, profesionalismo y responsabilidad. Indica que de conformidad con el artículo 269 de la Ley General de la Administración Pública que establece que *“La actuación administrativa se realizará con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia”*, es que no puede presentarse un cartel ligado principalmente al costo, ya que esto dejaría de lado el tema de eficiencia y calidad del servicio y por ende todo lo que esto conlleva, más si se trata, de un tema de seguridad de instalaciones, de funcionarios y de resguardo de bienes públicos. Igualmente, una metodología ligada únicamente al costo, podría estar dejando de lado, que las empresas participantes cumplan con aspectos tan importantes como: pago de salarios de ley, pago de cargas sociales, pólizas del INS, cancelación de vacaciones, aguinaldo, incapacidades, entre otros; siendo estos aspectos de cumplimiento obligatorio según la Directriz N° 34 publicada en el Diario Oficial “La Gaceta N° 39 del 25 de febrero del 2002. **Criterio de la División:** A efecto de atender la gestión interpuesta, resulta oportuno enfatizar, que el recurso de objeción constituye el instrumento para que las partes interesadas en participar del procedimiento de contratación coadyuven con la Administración en la depuración de las condiciones cartelarias tanto técnicas, legales y financieras necesarias para la correcta satisfacción del interés público, y así mismo garanticen su derecho a participar bajo parámetros de equidad y en condiciones claras, suficientes, concretas, objetivas y precisas. En ese sentido, debe tenerse presente que el sistema de evaluación contempla los factores que son ponderables, a criterio de la Administración, a fin de seleccionar la oferta que mejor satisfaga el interés público todo de acuerdo con su discrecionalidad, y en este sentido el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que *“La Administración podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente.”* Como puede observarse, la Administración tiene discrecionalidad para establecer los factores de evaluación que considere

relevantes -de conformidad con el objeto que se licite- y que resulten ser una ventaja comparativa para la selección de la mejor oferta. Debe tenerse presente, que el sistema de evaluación no limita la participación, en la medida que se trata de aspectos ponderables que reflejan las ventajas comparativas entre ofertas y por sí mismos, no tienen la virtud de limitar las posibilidades de presentar ofertas. En ese sentido, del argumento expuesto por la empresa objetante, no se logra apreciar de qué manera el sistema de evaluación establecido en el cartel de la licitación limita su participación, o lesiona los intereses generales y limita el derecho de participación general en esta contratación. Ahora bien, es claro que las razones que brinda la Administración en defensa de las condiciones y requerimientos señalados en el cartel son importantes, pues es ella quién en principio conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el respectivo concurso, y en virtud de esos requerimientos establece las diversas cláusulas en los pliegos cartelarios, desde luego sustentada en parámetros técnicos o jurídicos, tratando así de satisfacer, en última instancia el interés público. En otras palabras, le asiste a la Administración una amplia discrecionalidad en la definición del clausulado cartelario y en particular, del sistema de evaluación, definiendo esta aquellos factores que en su consideración resulten relevantes para la selección de la mejor oferta, y además el peso relativo que le asignará a cada uno de estos. Ahora bien, ello no implica que el sistema de evaluación como tal, no pueda ser objeto de impugnación, pero ello en el tanto el recurrente demuestre que esos factores resultan desproporcionados, inaplicables o no resulten pertinentes de frente al objeto contractual, situación que no ha quedado acreditada en el presente recurso, en el que la objetante simplemente se ha limitado a proponer un porcentaje diferente para cada factor, sin demostrar con claridad de qué forma el asignado en el cartel a cada uno de ellos, no resulta adecuado o proporcional. Sin perjuicio de lo expuesto, sí considera este Despacho que lleva razón el objetante, al considerarse necesario que esa Administración para el factor de evaluación denominado Antigüedad de la Empresa, defina con claridad qué tipo de información deben aportar los oferentes para demostrar esa antigüedad, debiendo definirse igualmente a partir de qué hito o momento es que la Administración computará esa antigüedad, razón por la cual se **declara parcialmente con lugar** el recurso en este extremo. **b) Sobre el recurso de objeción interpuesto por la empresa Seguridad ALFA S.A. 1) Sobre la obligación de presentar currículos con el carnet de portación de armas, el carnet de identificación vigente extendido por el Ministerio de Seguridad Pública.** Señala la objetante que el cartel

en los puntos 2 y 3 de las CONDICIONES TECNICAS INVARIABLES incisos g y h, solicita currículos con copia del carnet de portación de armas, el carne de Identificación vigente extendido por el Ministerio de Seguridad Pública. Dicho requisito violenta los principios de la Contratación Administrativa entre los cuales están el de eficiencia y eficacia, ya que la actividad de contratación (en este caso el pliego de condiciones y el análisis de ofertas admisibles) debe estar encaminado entre otros a garantizar la legalidad y el cumplimiento de requisitos básicos para el ejercicio de la actividad de seguridad privada la cual se encuentra regulada mediante la Ley No. 8395. Así también debe estar encausada al uso eficiente de los fondos públicos, por lo que solicitar entre 200 y 250 currículos implica que para el análisis de los mismos se requiere personal y tiempo, si se toma en cuenta que para este tipo de concurso se presentan en promedio 10 oferentes, esa Administración tendrá que revisar 2500 currículos sin que por ello pueda asegurarse que el adjudicatario contará con ese personal para el inicio de la ejecución del contrato. Es evidente que el requisito tal y como está redactado en el clausulado, no tiene ningún fin práctico de frente a lo que la administración pretende (o sea no está adecuado al fin) y deja vaciado el propósito del requisito, ya que para poder incluir un oficial en el sistema CONTROLPAS éste debe cumplir con todos los requisitos legales. Lo solicitado excede las posibilidades del oferente en ésta etapa de análisis, siendo que dichos requisitos sólo los puede acreditar personal que ya esté laborando para la empresa, personal que evidentemente está destacado en otros puestos, por lo que la presentación de los atestados de personal con esos requisitos no tiene ninguna repercusión positiva en la etapa de análisis de ofertas, siendo que esto no le garantiza al contratante que los atestados de los agentes propuestos, serán los que finalmente brinden el servicio, ya que no es posible contar con personal ocioso que posea el carne de portación de armas e identificación ligado a la empresa de seguridad, los cuales se reitera, son documentos que la Dirección de Armas y Explosivos únicamente extiende a aquellas personas que se inscriban mediante la herramienta ControlPas y para su debido registro como oficiales de seguridad privada en una determinada empresa y que se realiza cuando se tiene certeza de que serán contratados para la prestación de un servicio. Aunado a lo anterior señalar, que los carné se extienden de manera que el oficial está ligado a una determinada empresa. Como es sabido, por lo general la empresa adjudicada realiza un protocolo de mapeo de los puestos, indaga al cliente sobre su nivel de satisfacción respecto de los oficiales que estuvieron brindando el servicio, y se valora el reclutamiento de personal de la

empresa que sale de la institución, con el afán de contar con personal capacitado y con experiencia, lo que muchas veces ayuda a evitar el desempleo, especialmente en zonas del país donde escasean las fuentes de trabajo, cumpliendo así la empresa adjudicada con su parte de responsabilidad social empresarial, al ofrecer trabajo a aquellas personas que en definitiva resulten despedidas por el anterior contratista. En cuanto a este punto, **la Administración** señala que al tratarse de un “Servicio de Seguridad y Vigilancia”, la presente contratación, requiere establecer ciertas condiciones necesarias para el debido cumplimiento de los fines, metas y objetivos que busca la Administración y así lograr la efectiva utilización de los recursos públicos. Es por ello, que en el presente cartel de licitación, se establecieron condiciones técnicas invariables, que encuentran su asidero legal en la normativa vigente relacionada con el tema de Seguridad y Vigilancia, donde se establecen los requisitos y condiciones indispensables, para el cumplimiento de este tipo de servicio. Ejemplo de lo anterior, señala el punto 2, concerniente a que el personal cuente con el Curso Básico de Instrucción impartido por la Escuela Nacional de Policía, es decir, la necesaria capacitación del personal a cargo, lo cual, se fundamenta en la Ley General de Policía N° 7410. Igualmente, los aspectos referentes al permiso de portación de armas, otorgado por el Ministerio de Seguridad Pública, así como el debido registro en la Dirección del Servicio Privado del citado Ministerio, que encuentran su fundamento jurídico en el numeral 14 de la Ley de Servicios de Seguridad Privados N° 8395, que habla sobre los requisitos que deben cumplir los agentes propuestos por el oferente, lo cual demuestra la necesidad por parte de la Administración de valorar desde el inicio los diferentes factores trascendentes en esta contratación y realizar su valoración respectiva. Señala que la Ley de Contratación Administrativa, desde el inicio del procedimiento establece que la Administración debe determinar, la procedencia, descripción y estimación de costo del objeto contractual, así como el cronograma con las tareas y los responsables de su ejecución, razón que lleva a la Administración a cumplir y respetar la normativa vigente, buscando el acatamiento de los requisitos, así como, un cumplimiento de los objetivos trazados. Adicionalmente indica, es importante establecer que dentro del tema de CONDICIONES TECNICAS INVARIABLES, el único requerimiento obligatorio, dentro de esta etapa de recepción de ofertas y análisis, es la visita que deben realizar los oferentes a los inmuebles objeto de la presente contratación. **Criterio de la División:** Visto el cartel tenemos, que en el apartado de CONDICIONES TECNICAS INVARIABLES en el punto 2 establece: “*El personal*

*que se destaque deberá estar altamente capacitado, contar con el Curso básico de instrucción impartido por la Escuela Nacional de Policía o por cualquier otra entidad similar autorizada de conformidad con la Ley General de Policía No. 7410, situación que deberá ser demostrada.”, y en el punto 3. del mismo apartado indica: “Los agentes del servicio de seguridad propuestos por el oferente deberán cumplir, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Servicios de Seguridad Privados N°8395, con los siguientes requisitos: (...) d) Haber aprobado el curso básico de instrucción citado en el punto 3.2 de estas condiciones.(...) h) Deberán estar registrados en la Dirección del Servicio Privado de Seguridad del Ministerio de Seguridad Pública, debiendo portar el respectivo carné de Identificación vigente y aportar copia del mismo.”* Respecto a la exigencia de los requisitos establecidos, se debe indicar que resulta muy razonable que de frente al objeto de la licitación, la entidad licitante exija requisitos que debe cumplir el personal de quien resulte adjudicatario, en aplicación de la normativa vigente. Sin embargo, esto no implica que los oferentes, ante la expectativa de poder realizar el proyecto, deban mantener dentro de su planilla personal que eventualmente, estaría subutilizado. De este modo, se podrá requerir que el oferente brinde la nómina y atestados de quienes podrían llegar a integrarse como parte del equipo con el que realizaría el proyecto, pero la exigencia de que estén incorporados en la planilla deberá ser únicamente para el adjudicatario. En relación con lo que viene dicho, resulta oportuno citar lo expuesto por este órgano contralor en la resolución RDCA-359-2012 del 12 de julio de 2012 donde, sobre un tema similar, indicó: “ ....debe ser removido toda vez que tal requerimiento obligaría a todos los potenciales oferentes a tener en su planilla un personal durante todo el proceso de selección, sin tener la certeza que resultará ganador del concurso, lo cual rebasa los límites dispuestos en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública..” En consecuencia, tomando en consideración lo pretendido por el objetante quien de manera expresa solicita se incluya este requisito para el adjudicatario y requerir una declaración jurada a los oferentes respecto del cumplimiento de dichos requisitos, se **declara con lugar** el recurso en este extremo, debiendo la Administración realizar las modificaciones cartelarias que correspondan. Todo con la finalidad de evitar imponer a los oferentes requisitos desproporcionados que pueda llegar a convertirse en limitante de la participación, de forma tal que los requisitos a imponer a estos sean aquellos que sin disminuir las posibilidades de verificación de la licitante, permita una fluidez de participación, trasladando para la fase de ejecución aquellos requisitos que deben ser de acatamiento solo del contratista seleccionado y

que se deriven de la condición de personal en planilla, visto que para este momento ya se cuenta con la certeza por parte del oferente seleccionado, que ha sido elegido para la ejecución de dicho contrato. **2) Sobre la reubicación de los puestos requeridos.** Señala la objetante, que en cuanto a este punto, el cartel omite indicar que estos cambios procederán con arreglo a lo establecido en el artículo 200 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ni la forma en que se procederá a determinar el eventual costo que esto genere al contratista. Considera que el cartel debe ser explícito al respecto, ya que muchas veces las administraciones solicitan cambios por los cuales no están dispuestos a cancelar las sumas justas al contratista y mantener el equilibrio financiero del contrato, violentándose disposiciones legales en concreto los artículos 38 y 39 del Código de Trabajo, el cual establece que en caso de variarse el lugar de trabajo debe reconocérsele al trabajador alguno de estos derechos laborales como 1.- El pago del transporte en caso de que la distancia sea igual o supere los 10km y 2.- el traslado de su familia y el propio, ambos en caso de que la distancia sea igual o supere los 10 km. Señala que los cambios o reubicaciones de puestos tiene una incidencia en el costo del servicio, y que por lo tanto de cumplirse las disposiciones legales establecidas en el Código de Trabajo, se requiere una modificación del precio ya que el cambio es una prerrogativa de la Administración que debe contrastar con el equilibrio financiero del contrato, por lo que proponen la siguiente redacción: *“La Administración a través de Proveeduría Institucional podrá solicitar la reubicación de alguno de los puestos cuando así lo requiera, para lo cual mediará la correspondiente modificación contractual de conformidad con el artículo 200 del RLCA, solicitando la anuencia al contratista en cuyo caso de ser la distancia igual o mayor a los 10 kilómetros del lugar habitual de trabajo al nuevo solicitado por la Administración, se procederá al reajuste de precio que correspondo; todo previa coordinación con el adjudicatario.”* En cuanto a este punto, la Administración señala que se debe considerar, que la Ley de Contratación Administrativa en su artículo 200 del Reglamento establece de manera clara, la facultad de la Administración de modificar unilateralmente sus contratos tan pronto éstos se perfeccionen, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, bajo ciertos supuestos, es decir, la modificación unilateral de contratos por parte de la Administración se constituye en una posibilidad debidamente regulada, la cual debe ajustarse a lo establecido, recordando que forman parte de un contrato administrativo el cartel, la oferta, especificaciones técnicas y la normativa vigente de la Contratación Administrativa. Otro punto por mencionar, es el referente a

que cada Área o Región tiene una ubicación estratégica ya que cada una de ellas, van enfocadas a grupos poblacionales, por lo que ninguna Área o Región va a desplazarse en un rango mayor a 10 km. **Criterio de la División:** La Ley de Contratación Administrativa en su artículo 12 y 200 de su Reglamento, establece el derecho de la Administración de modificar unilateralmente sus contratos tan pronto se perfeccionen, variación que puede consistir en aumento o disminución, aún antes de iniciar su ejecución y durante ésta, siempre que cumpla los supuestos indicados en la norma. Ahora bien, el cartel regula la posibilidad para la Administración, a través de Proveeduría Institucional, de solicitar la reubicación de alguno de los puestos cuando así lo requiera, previa coordinación con el adjudicatario, no obstante no establece con claridad en qué consiste esta reubicación y su alcance, visto que algunos de estos movimientos no necesariamente deban estar sujetos a las disposiciones de los artículos 12 y 200 antes citados, sino que pueden corresponder a la dinámica propia de este tipo de contratos, que requieren durante su ejecución de cierta flexibilidad sin que ello implique necesariamente, que nos encontramos en presencia de una modificación contractual en sentido estricto. Desde luego que estos ajustes, ya sea que se determinen propios de la ejecución o bien amparados en la norma respectiva, deben venir provistos del respectivo reconocimiento o ajuste al contratista cuando así corresponda, motivo por el cual, y con la finalidad de dotar de esa seguridad jurídica a los oferentes, deberá clarificar la Administración en el cartel a modo de referencia, los supuestos que originarían esa reubicación, mecanismo de implementación, límites y su alcance, debiendo tener presente la Administración que cuando esa reubicación pudiere generar costos extraordinarios al contratista, más allá de su alea normal, estos deben serle reconocidos, una vez demostrada esa condición por este último. Razón por la que se **declara con lugar** el presente recurso en este extremo, debiendo la Administración llevar a cabo las modificaciones correspondientes al cartel. **3) Sobre la póliza de responsabilidad civil exclusiva a favor del Ministerio de Salud.** Señala la objetante que suscribir una póliza de responsabilidad civil exclusiva del Ministerio de Salud, como lo exige el cartel (página 17 párrafo 4to), excede las posibilidades legales de las empresas participantes por lo que hay quebranto del ordenamiento jurídico costarricense, al solicitar un requisito de imposible cumplimiento. Señala que mediante consulta a su corredor de seguros, informa que no es legalmente procedente establecer pólizas suscritas a favor de un tercero, ya que lo que se protege es la actividad desplegada por las empresas, motivo por el cual el INS, ni ninguna otra entidad

aseguradora, pueden extender pólizas exclusivas para su uso en una institución en particular, lo que sí es posible es aportar una certificación donde se de fe de que la póliza suscrita contempla los servicios brindados al Ministerio de Salud. En cuanto a este punto, la Administración señala que el recurrente alega que el suscribir una póliza de responsabilidad civil exclusiva del Ministerio de Salud, excede las posibilidades legales de las empresas participantes, al solicitar un requisito de imposible cumplimiento. Al respecto indica, que la póliza de responsabilidad civil, es un mecanismo con que cuenta la Administración para asegurar el resarcimiento económico ante cualquier daño o robo ocasionado en las instalaciones, equipos, mobiliarios, objetos de valor científico o histórico, es decir, el contratista en la etapa de ejecución contractual deberá responder ante cualquier circunstancia como la antes mencionada, que se derive de la negligencia de alguno de sus empleados, por lo que, dicha póliza debe suscribirse a favor del Ministerio para que pueda utilizarla en algún de estos casos. Se debe tener en cuenta, que el monto fue establecido tomando en consideración el equipo existente así como otros objetos de gran valor económico, pertenecientes al Ministerio, los cuales estarán en custodia de los oficiales designados. **Criterio de la División:** Señala la objetante que la obligación impuesta de suscribir una póliza de responsabilidad civil exclusiva del Ministerio de Salud, excede las posibilidades legales de las empresas participantes por lo que hay quebranto del ordenamiento jurídico costarricense, al solicitar un requisito de imposible cumplimiento. Al respecto el cartel de estudio dispone: ***“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. Es obligación del contratista suscribir a favor del Ministerio de Salud, una póliza de responsabilidad civil por un monto de ₡50.000.000.00 (cincuenta millones de colones exactos) para responder por cualquier daño o robo ocasionado en las instalaciones, equipos, mobiliarios, objetos de valor científico o histórico, dicha póliza deberá ser extendida explícitamente para ser usada en el Ministerio de Salud. Cada año debe presentar el recibo de pago de la prima cancelada.”*** Analizado el requisito cartelario, es claro que la obligación de suscribir la póliza de responsabilidad civil corresponde al contratista, y no a los potenciales oferentes como lo expone el objetante en su recurso, por lo que de entrada no existe una limitante a la participación por esa condición. No obstante lo anterior, también es reconocible, que la Administración debe contar con un cartel claro y preciso no solo para la fase de evaluación, sino también para la de ejecución, que brinde certeza ahora sí al contratista sobre esa condición. De esta forma, siendo que la Administración no ha debatido con claridad tanto el argumento como la prueba aportada por el recurrente, se

impone ordenarle la verificación como corresponde de la forma en que ha sido dispuesto este requisito, y en caso de mantenerse, incorporar al expediente el respectivo criterio con el debido sustento legal que así lo concluye, todo con la finalidad de evitar que durante la fase de ejecución se imponga al contratista, requisitos de imposible cumplimiento. De conformidad con lo expuesto, se declara parcialmente con lugar el recurso en este extremo. **4) Sobre las cartas de experiencia.** Señala la objetante que en cuanto a las cartas para acreditar experiencia, en el punto c. cartas de recomendación páginas 27, puntos 3 y 4, se indica que solo se admitirá una carta por empresa o institución, con una vigencia de 6 meses anteriores a la fecha de apertura y los incisos e y f (página 28), solicitan que las cartas indiquen información sobre el tipo de trabajo realizado e indicar el número de puestos contratados y el tipo de puesto. Al respecto, indica que la Administración Pública es renuente a estar brindando cartas, constancias o certificaciones de servicios, por lo general aunque se solicitan con cierta información y anticipación, hay instituciones que no ponen en sus cartas todo lo que se les solicita ya que utilizan sus propios formatos y no incluyen las cantidades de puestos por mucho que se insista y se solicite, es por ello que consideramos que el requisito es excesivo y violenta el principio de igualdad de trato, por cuanto no todas las empresas están en la posibilidad real y material de obtener las cartas con toda la información que se exige, toda vez que reiteran, la administración pública es renuente a brindarlas como se le solicitan, lo que hace el requisito de difícil o imposible cumplimiento y favorece a empresas cuya mayoría son de contratos privados. Señala además, que el plazo de emisión de las cartas es también desproporcionado e impertinente, ya que la experiencia es un hecho histórico, atribuible dentro de un lapso de tiempo y corroborarlo es parte de las prerrogativas de las administraciones con el fin de determinar si el oferente ha faltado a la verdad en sus manifestaciones, por lo que solicitamos se permita cumplir el requisito, aportando una declaración jurada en la que se de fe de la cantidad de puestos correspondiente a cada carta. El requisito impide la participación por cuanto resulta gravoso para el oferente obtener las cartas con todas las exigencias cartelarias (plazo de suscripción, cantidad de puestos, tipo de puesto) y lo coloca en una situación de impotencia frente al aparato estatal y una desventaja frente a competidores cuya clientela sea más empresa privada que pública, ésta última con serios problemas de personal que responda a este clase de solicitudes y que tantas veces desatiende los plazos legales para responder a los administrados, poniendo en una desventaja a quienes cuentan con sendos contratos

públicos y experiencia comprobable, así como permanencia de 20 años en el mercado nacional ofreciendo servicios de alta calidad. Expresa, que la exigencia de requisitos como los apuntados hacen del cartel, una maraña de exigencias antojadizas que no responden a los principios de igualdad de trato, a la objetividad y oportunidad de los mismos, sino que pareciera que buscan obstaculizar las oportunidades de participar, es importante destacar que el artículo 52 del RLCA establece que el cartel no puede imponer restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean indispensables, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia, en este caso la comprobación de experiencia de una empresa puede acreditarse mediante otro mecanismo de igual relevancia cómo sería la presentación de una declaración jurada protocolizada, donde bajo fe de juramento se hagan constar los requisitos, siendo que toda falsedad introducida en un procedimiento de licitación conlleva sanciones administrativas y penales y se encuentra sujeta a confirmación al igual que las cartas. Señala que su representada frente a estos requisitos, ve mermada la posibilidad de participar ante la dificultad que supone que instituciones del estado le emitan cartas con semejantes requisitos a solo pocos días de la apertura de ofertas, y sin que para compeler a la Administración exista instrumento legal alternativo al recurso de amparo, con el evidente fenecimiento del plazo para presentar la oferta. De no modificarse estos requisitos gravosos y excesivos nos veríamos privados de participar. Así mismo se solicita modificar o aclarar el requisito de las cartas en cuanto a que solo se tomará una por empresa o institución, lo anterior por no ajustarse a los principios elementales de la justicia, lógica y conveniencia ya que considerar solo una carta por empresa o institución, desconoce la independencia financiera y funcional que muchas instituciones de gobiernos tienen, estableciendo el cartel una disposición contraria al ordenamiento jurídico. Por ejemplo en instituciones tan grandes como el ICE, INDER, CCSS, REGISTRO NACIONAL, Poder Judicial; estas instituciones se subdividen en regiones, en áreas de salud, hospitales, oficinas regionales entre otros, los cuales tramitan sus licitaciones de bienes y servicios en forma separada debido a que su presupuesto está descentralizado o se maneja por programas, lo que las hace independientes presupuestariamente, de hecho en una misma institución se tramitan distintas licitaciones, por ejemplo los hospitales con desconcentración máxima las cuales podría la administración considerar como parte de la Caja y por tanto no tomar en cuenta esa experiencia obtenida mediante la prestación de servicio a un Hospital desconcentrado así como áreas de salud que cuentan con su propio presupuesto y

realizan sus concursos. Por lo anterior solicitan se permita la presentación de cartas de una misma institución pero con distinto concurso público o privado, ya que con este requisito se establece una limitante y coloca en una desventaja al potencial oferente cuya clientela sea en su mayoría gobierno central, instituciones públicas y otros entes descentralizados o con autonomía presupuestaria. En cuanto a la vigencia máxima de las cartas se solicita se amplíe a un año, ya que las instituciones son renuentes a estar brindando cartas y en el caso de solicitarlas no cumplen con los 10 días de ley que establece la Ley General de la Administración Pública para atender la solicitud de un ciudadano, motivo por el cual se hacen de difícil obtención, además se reitera que carece de importancia la fecha de su emisión puesto que la carta demuestra es un hecho histórico, perdiendo trascendencia la fecha en que fue emitida. Si la finalidad del requisito es comprobar experiencia, ésta puede ser corroborada, por lo que complementar la información de las cartas con una declaración jurada, permitiría a un número mayor de empresas presentar oferta válida para éste concurso, ampliándose la opción de precios competitivos entre empresas de mayor experiencia y trayectoria. En cuanto a este punto, **la Administración** señala que alega el recurrente que en el punto c. cartas de recomendación páginas 27, puntos 3 y 4, solo se admitirá una carta por empresa o institución, con una vigencia de 6 meses anteriores a la fecha de apertura y los incisos e y f (página 28), solicitan que las cartas indiquen información sobre el tipo de trabajo realizado e indicar el número de puestos contratados y el tipo de puesto. Respecto a este punto, indica se debe aclarar lo siguiente, el punto 3 “Cartas de Recomendación”, indica el cartel: “Para una misma empresa o instituciones para la cual, se brinden servicios en distintas instalaciones, se considerará como una sola”. Es decir, se pueden presentar varias cartas de recomendación de una misma empresa con sedes en distintas localidades del país, sin embargo no se tomara cada lugar del país como un contrato distinto o independiente, ya que el servicio se brinda para una misma empresa, razón por lo que la carta de recomendación que extienda una misma empresa para distintos lugares del país se tomara como una sola. Con relación al alegato presentado por la empresa Seguridad Alfa S.A., referente a la violación del principio de igualdad, se aclara que el principio de igualdad en materia de contratación administrativa, consiste en respetar la participación de todos los oferentes potenciales, estableciendo condiciones y requisitos que todos deban cumplir, sin la aplicación de ningún trato ventajoso hacia alguno de los oferentes, por lo que lo expuesto en el recurso, es totalmente erróneo, ya

que la Administración en la presente contratación, en ningún momento está aplicando requisitos especiales para algún oferente en particular. En cuanto al plazo de vigencia máximo de las cartas solicitado por la empresa recurrente, cabe resaltar, que el fin de las cartas de recomendación es, conocer la información de primera mano de quien recibió o recibe el servicio y no de quien lo genera, en un momento histórico determinado, por lo que, un plazo de 1 (un) año en la vigencia máxima de las cartas, puede considerarse desproporcionado y muy lejano de la realidad que puede estarse presentando en las prestación de los servicios. **Criterio de la División:** La Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo estas deben ser satisfechas. Bajo esa línea de ideas, el cartel debe ser un reflejo de dicha voluntad, para lo cual goza de discrecionalidad, siempre que no se atenten contra principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como la lógica y la ciencia (artículo 16 de la Ley General de Administración Pública). En el presente caso el cartel de la contratación de estudio establece en el apartado de “METODOLOGIA DE EVALUACION Y CALIFICACION DE LAS OFERTAS ADMITIDAS AL CONCURSO PARA UNA EVENTUAL ADJUDICACIÓN / Cartas de recomendación “ en lo que interesa lo siguiente: *“Únicamente se consideraran referencias comerciales que cumplan con lo siguiente: 1.Plazo mínimo de brindar el servicio: 6 meses en forma continua. 2. Que correspondan a empresas o instituciones. 3. No se aceptarán referencias brindadas a título personal. 4.. Para una misma empresa o instituciones para la cual se brinden servicios en distintas instalaciones, se considerará como una sola. Vigencia máxima de las recomendaciones será 6 meses, antes de la fecha de apertura de las ofertas.”* El recurrente indica que le resulta gravoso los requisitos impuestos a este factor del sistema de evaluación, en cuanto a los puntos 3 y 4, pues se indica que solo se admitirá una carta por empresa o institución, con una vigencia de 6 meses anteriores a la fecha de apertura y los incisos e y f, que solicitan que las cartas indiquen información sobre el tipo de trabajo realizado e indicar el número de puestos contratados y el tipo de puesto, lo anterior por no ajustarse a los principios elementales de la justicia, lógica y conveniencia, visto que considerar solo una carta por empresa o institución, desconoce la independencia financiera y funcional que muchas instituciones de gobiernos tienen, estableciendo el cartel un disposición contraria al ordenamiento jurídico. Ahora bien, de la respuesta de la Administración no se logra determinar en primer lugar, las razones por las cuales no resulta pertinente contabilizar para efectos de experiencia, diferentes servicios prestados a sedes o sucursales por ejemplo, pero que

pertenecen a una misma institución, siendo que debe tener claro la Administración que las empresas acumulan experiencia en la prestación de servicios en este tipo de instituciones, que muchas veces son producto de procesos contractuales diferentes, y aunque correspondan a una misma institución, su ejecución puede darse en diferentes sedes o regiones que en nada impide acumularla, antes bien se propicia aún más la libre participación, considerando este Despacho que sí es posible encontrar alguna limitación a dicho principio de aceptarse la tesis de la Administración, la que en todo caso no sustenta con claridad, las razones del porqué debe mantenerse el requisito. Así las cosas, deberá la Administración modificar en lo correspondiente la cláusula de evaluación en mención, por lo que en este aspecto, se **declara con lugar** el recurso. En lo referente al plazo de vigencia exigido para la emisión de las cartas, la Administración indica que el fin de las cartas de recomendación es, conocer la información de primera mano de quien recibió o recibe el servicio y no de quien lo genera, en un momento histórico determinado, por lo que un plazo de 1 (un) año en la vigencia máxima de las cartas, puede considerarse desproporcionado y muy lejano de la realidad que puede estarse presentando en la prestación de los servicios. Al respecto considera esta División, que la determinación del plazo exigido para la vigencia de la emisión de las cartas de recomendación, así como los requisitos que deben reunir las mismas, son aspectos que se encuentran dentro del ámbito de discrecionalidad de la Administración. En este orden, respecto al plazo de las cartas, no ha acreditado el recurrente mediante un ejercicio fundamentado y con la respectiva prueba, cómo este resulta de imposible cumplimiento, haciendo mención únicamente a ciertas prácticas en la Administración Pública que tampoco demuestra. Igual situación se presenta con los requisitos o contenido que debe incorporarse en cada carta, donde se indica por el recurrente alguna imposibilidad de cumplimiento pero sin acreditar con claridad las razones en las cuales este argumento descansa, requisitos que en todo caso, este Despacho no encuentra desproporcionados ni ajenos a la razonabilidad. Bajo esta consideración, procede el **rechazo de plano** del recurso en estos extremos, por carecer de la debida fundamentación. **5) Sobre la cláusula penal.** Señala la objetante que la misma resulta desproporcionada por cuanto la cláusula penal es una liquidación anticipada de daños y perjuicios, por lo que debe responder exactamente a la situación o hecho que se presente y su respectiva repercusión y su costo, de conformidad con principios de proporcionalidad y razonabilidad en atención a lo señalado en el artículo 47, en cuanto que responden a aspectos

como monto, plazo, riesgo y repercusiones y su debida fundamentación de previo mediante el estudio correspondiente que debe agregarse al expediente de licitación. Indica que lo anterior se hace evidente cuando se observa que la cláusula se aplica irrestrictamente, lo mismo para el caso en que un oficial no haga las marcas, o la ausencia o abandono del puesto. De acuerdo a lo establecido, ambas conductas se sancionarían con el 3% del total de la facturación del mes, o sea \$8.333.333.33 aproximadamente, si partimos de que el monto mensual aproximado de conformidad con la estimación de la licitación es de \$277.777.777.77 según consta en el documento denominado SOLICITUD DE MATERIALES. En otro supuesto de incumplimiento de las condiciones técnicas invariables, como sería que uno o varios oficiales no realicen las marcas estaríamos ante la misma cuantía, pese a la diferencia que existe en las repercusiones, riesgos y otros aspectos, como incidencia, frecuencia, impacto; puesto que las consecuencias de una acción y otra son totalmente distintas, el uso irrestricto de un porcentaje de 3% para todos los incumplimientos no guarda relación de proporción y razonabilidad, es evidente que la falta de una linterna o de un juego de pilas de repuesto que se liquida anticipadamente con \$8.333.333.33 es totalmente ilegal e implica un enriquecimiento ilícito por parte de la Administración. La aplicación de una cláusula tan severa no persuade a la empresa a evitar a toda costa incumplimientos contractuales, sino que persuade de participar, ya que ante un monto tan significativo, la contratación corre el riesgo inminente de volverse ruinosa, y la incidencia de eventos como falta de marcas, ausencia de anotaciones en bitácora, no realizar el reporte en bitácora del inventario del equipo a su cargo, la falta de un juego de baterías, la falta de un adaptador de manos libres porque por error se lo lleva uno de los oficiales; algún incidente en que se considere que el oficial ha faltado al respeto a un funcionario, uso del teléfono o celular para asuntos personales; son hechos cuyo incumplimiento no tiene el mismo impacto que dejar desatendido el puesto o no portar el arma debiendo hacerlo. Por otra parte señala que, se observa una arbitrariedad en cuanto a la forma en que la Administración pretende cobrar la cláusula penal, sea reteniendo el pago total de la factura mensual. Indica que la Administración debe considerar que los pagos de salarios por ejemplo se hacen por quincena, debiendo el contratista invertir recursos propios a la espera del pago dentro de 30 días plazo posteriores al fin de mes, por lo que el contratista se financia inicialmente dos meses de operación continua sin que haber recibido pago alguno; así desde el inicio del contrato, el contratista asume de priori todos los costos sin haber recibido utilidad alguna, por lo que al estar

el pago de la factura supeditando al depósito de la cláusula penal, la retención total de la factura pone en riesgo el financiamiento de los pagos a que debe hacer frente la empresa como son: la Caja, las cargas sociales, los salarios de los trabajadores, la compra de insumos y la propia utilidad, ya que de incumplirse en estos otros aspectos también se daría lugar a otra cláusula penal con lo que el riesgo de endeudamiento crece en relación a la magnitud del contrato mismo. Por lo anterior solicita sea modificada dicha cláusula y se agregue al expediente el estudio previo que debe existir para determinar el monto de la cláusula penal, tal y como lo ha señalado la CGR en su resolución No. R-DCA-620-2014. En cuanto a este punto, la Administración señala que respecto al tema de la cláusula penal, se debe considerar lo siguiente, el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, establece: “La Administración, podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato, considerando para ello, aspectos tales como monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinda o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el cobro máximo para el cobro de multas, se considera, sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. Señala que como se desprende de la norma antes citada, la Administración estableció una cláusula penal conforme a lo que establece la ley, respetando los principios antes mencionados y en protección de los recursos públicos. Indica que, cabe aclarar que no es el monto total de la facturación del mes, como lo indica el recurrente, el cartel claramente indica que el incumplimiento de uno o varios de los puntos señalados en las Condiciones Técnicas Invariables de este Cartel, dará lugar a una multa del 3% sobre el monto de la factura del mes en que el contratista incurra en el incumplimiento. Igualmente, el recurrente alega que será retenido el pago total de la factura por parte de la Administración, lo cual es erróneo, toda vez, que en la cláusula penal punto B, se establece que ante el incumplimiento el mismo será notificado y deberá realizar un depósito correspondiente, si dicha condición no se cumple por parte del contratista, la Administración procederá a rebajar los montos adeudados de la o las facturas pendientes de pago. **Criterio de la División:** Sobre este punto resulta oportuno reiterar, que en el caso particular, la Administración estableció una

serie de multas por defectos en la prestación del servicio, no obstante debe tener presente esa Administración, que para la fijación de estas sanciones pecuniarias, debe existir en el expediente administrativo un estudio previo que justifique el "quantum" de esas sanciones que se pretenden imponer, motivo por el cual en el evento de no disponerse de este estudio, deberá incorporarse este en el respectivo expediente a efecto que sea de consulta de los potenciales oferentes. Ahora bien, para utilizar el mecanismo de las multas, en el cartel deben puntualizarse y detallarse claramente los supuestos bajo los cuales la Administración las podrá hacer efectivas, de modo que los oferentes conozcan antes de someter su oferta, las multas que deberán pagar en caso de que la ejecución contractual resulte defectuosa, por lo que la cláusula penal o el establecimiento de multas no puede ser un recurso utilizado de manera arbitraria por la Administración. Ello implica que la Administración para cada uno de los supuestos que puede generar la imposición de una multa, se establezca con claridad mediante ese estudio, las razones que justifican ese porcentaje, ya sea el equivalente al 3% o bien otro u otros, siempre que apegado a condiciones de proporcionalidad y razonabilidad se justifique su imposición. Para este propósito, la Administración en uso de sus facultades discrecionales y atendiendo a las especiales particularidades de cada contratación, debe ponderar cuándo la inserción de esos mecanismos resulta necesaria, así como la razonabilidad de la cuantía de las multas a imponer. En ese orden de ideas, la Administración debe considerar cuando decide insertar en el cartel una sanción pecuniaria, algunos elementos tales como: **a)** el monto del contrato y **b)** el plazo convenido para la ejecución o entrega total, debiendo valorar además las repercusiones de su eventual incumplimiento. Cabe agregar que desde el momento en que la Administración incluye una cláusula penal o multas en el cartel, con ello está dando una especial relevancia al plazo de ejecución o a la calidad en la ejecución de determinadas prestaciones del contrato. Si la Administración debe ponderar cuidadosamente la inserción de la cláusula penal o multas en el cartel, debe ser igualmente o más cuidadosa para establecer el *quantum* de la sanción, la cual debe guardar proporcionalidad con el interés público que tutela. Por ende, la fijación del monto de la cláusula penal o de las multas en ningún caso puede ser arbitraria o antojadiza. Una conducta contraria a este postulado, en nuestro criterio, podría desincentivar la participación de potenciales proveedores y hasta eventualmente pagar un mayor precio, ante un mayor riesgo que podría asumir el contratista. En este punto, resulta relevante considerar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al

establecer que: “(...) El Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038-H es claro en cuanto establece la posibilidad de que el cartel de licitación contemple las referidas cláusulas, siempre y cuando a la hora de estipularlas se tomen en consideración: el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento. De echarse de menos un análisis de esos estos elementos, se reitera, no pude (sic) actuarse la cláusula. En lo que interesa, la cláusula penal se incorpora con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se pueden ocasionar por retrasos en la entrega de lo pactado. Por lo tanto, dentro de un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirla y fijar su contenido (importe de la sanción), debe contar con estudios previos que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se cumpla de forma tardía con lo pactado. Se trata entonces de una determinación anticipada de los menoscabos económicos que pudiera causarle los retrasos por parte de la contratista.” (Resolución No. 00416-F-S1-2013 de las catorce horas veinticinco minutos del nueve de abril de dos mil trece). Ya sobre lo anterior este órgano contralor ha indicado además que “(...) No debe perder de vista la Administración, que un punto sensible en la relación con los contratistas es precisamente, la determinación a priori de los supuestos y los montos que hacen aplicable una cláusula penal, de ahí la importancia que este aspecto quede claramente identificado desde las bases mismas del cartel con la finalidad de dotar a esa relación contractual, de la suficiente seguridad jurídica a efecto de evitar interpretaciones que puedan llegar a hacer nugatorio para la Administración o lesivo para la contratista, el ejercicio de esta potestad por la primera” (ver resolución R-DCA-250-2014 del 28 de abril de 2014). De conformidad con lo expresado, deberá incorporar la Administración previo a la aplicación de las sanciones pecuniarias establecidas, el estudio que justifique asignar los porcentajes a estas, al igual que definir con claridad la forma en que sería ejecutada, sea por ejemplo sobre la facturación mensual, pero en este caso de mantenerse, debe tomar en cuenta la Administración que el cartel se encuentra previsto para adjudicar gran cantidad de puestos y por zonas o regiones, de manera tal que en esa ponderación que realice, debe tomar en cuenta que puede resultar desproporcionado aplicar una sanción al contratista sobre una facturación mensual de la totalidad de las líneas o puestos que comprende el contrato, debiendo valorar más bien si el porcentaje de esa sanción debe ser en forma proporcional del costo facturado que tiene, el servicio en la zona donde la falta se cometió. Así mismo y para efectos de la ejecución de estas

sanciones, deberá tomarse en cuenta lo señalado por la Sala Constitucional en la resolución No. 6639-2013 del 15 de mayo del 2013, en punto al respeto al debido proceso que debe seguirse para la imposición de esas sanciones, sin que sea factible entender, que puede operar una ejecución automática. Así las cosas procede **declarar con lugar**, el recurso en este extremo, con la finalidad que la Administración incorpore en el respectivo expediente los estudios respectivos que justifiquen la determinación de cada uno de los supuestos de multa así como el cuántum asignado a cada uno, a efecto que pueda ser consultado por los potenciales proveedores y conozcan de antemano las valoraciones efectuadas por la Administración que tomando en consideración entre otras, el objeto contractual, plazo, impacto en el servicio y costo estimado del contrato, han determinado el porcentaje que por multa y cláusula penal, modificando cuando así corresponda, la respectiva cláusula cartelaria.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **SEGURIDAD SALAS Y ACUÑA S.A. y SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2015LN-000003-63000**, promovida por el Ministerio de Salud para la contratación de “*Servicios de Seguridad y Vigilancia*” **2) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

**NOTIFIQUESE.**-----

Edgar Herrera Loaiza  
**Gerente Asociado**

Andrea Serrano Rodríguez  
**Fiscalizadora**