

R-DCA-287-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del seis de abril de dos mil dieciséis.-

Recurso de objeción interpuesto por **LUMAR INVESTMENTS, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000002-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SAN MATEO** para el servicio de recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos del cantón.-----

RESULTANDO

I. Que Lumar Investments, S.A., el diecisiete de marzo del dos mil dieciséis, presentó ante este órgano contralor vía fax, recurso de objeción en contra del cartel de la referida Licitación Pública No. 2016LN-000001-0005800001 y el dieciocho de marzo de dos mil dieciséis presentó el original del recurso de objeción.-----

II. Que mediante auto de las trece horas del dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso presentado, audiencia que fue atendida mediante oficio MSM-AM-CA-10-2016 del veintinueve de marzo del dos mil dieciséis.-----

III. Que para emitir la presente resolución se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO. 1) Punto 18 – multas. Señala el objetante que en esta cláusula se indica: "... Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio...", frase que la estima abusiva y arbitraria porque violenta el derecho a la defensa y el debido proceso. Expone que si hay un daño o un perjuicio éste necesariamente debe demostrarse no solo porque se trata de una multa o sanción, sino porque la actuación de la Administración debe estar debidamente motivada. Señala que los Tribunales de Justicia, Sala Constitucional, Sala Primera y el Tribunal Contencioso Administrativo han determinado que para el establecimiento de cláusulas penales y de multas se debe respetar la razonabilidad y proporcionalidad al daño que se causaría por la omisión, imprudencia, negligencia, u otra acción en que incurra el contratista. Añade que si la Administración estima que existe un motivo por el cual se debe cobrar una multa, debe justificar su acción y demostrar el daño o perjuicio. La Administración indica que la frase: "*Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar*

la existencia del daño o perjuicio ", corresponde a una transcripción literal del artículo 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, con lo cual no se está violentando la Ley de Contratación Administrativa y su reglamento. **Criterio de la División.** Vista la objeción presentada, queda claro que no se objeta que las multas que regula la cláusula objetada resulten desproporcionadas e irracionales, sino que lo que se ataca es que para cobrar las multas no sea necesario demostrar el daño o perjuicio. Ante esto, ha de tenerse presente que el artículo 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone: *"Para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio. /En caso de incumplimiento total de las obligaciones por parte del contratista, no procede el cobro de multas, posteriores a ese momento, sino la ejecución de la garantía de cumplimiento y la adopción de cualquier otra medida que resulte necesaria. /El cobro de las multas, podrá hacerse con cargo a las retenciones del precio, que se hubieran practicado y los saldos pendientes de pago. En caso de que ninguna de esas dos alternativas resulte viable, se podrá ejecutar la garantía de cumplimiento hasta por el monto respectivo. /El cobro por concepto de multas no podrá superar el veinticinco por ciento del precio total..."*. Y por otra parte, en el voto No. 06639-2013 de las dieciséis horas con un minuto del quince de mayo del dos mil trece, la Sala Constitucional indicó: *"Está claro que ante la ausencia de una disposición que regule específicamente este punto en la Ley de la Contratación Administrativa, previo a la ejecución de una cláusula penal lo procedente es instaurar al menos un procedimiento administrativo sumario, con lo que queda satisfecha la garantía del debido proceso y la defensa, dada la naturaleza jurídica de la cláusula penal que está referida a un tipo de incumplimiento contractual muy preciso..."* (El subrayado no es del original de la Resolución). Si bien hay diferencias entre las multas y cláusulas penales, es lo cierto que ambas comparten la misma naturaleza sancionatoria, por lo que en el caso particular resulta de aplicación lo dispuesto por la Sala Constitucional en la sentencia antes transcrita. En razón de lo expuesto, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso en este extremo. **2) Punto 21 – términos de pago.** El objetante indica que en el punto 21 del cartel se indica lo siguiente: *"... la Municipalidad cancelará al contratista el monto correspondiente por la cantidad de niños y niñas debidamente matriculados y reportados por el operador al finalizar el mes de operación..."* Expone que dicha frase no tiene ninguna relación con el objeto de la contratación, por lo que asume que obedece a un error de transcripción, lo que genera una gran inseguridad jurídica a las partes, por lo que deberá ser modificado. La

Administración indica que existe un error material en esta cláusula que no altera los términos de pago porque el mecanismo de pago y la forma de pago, son acordes con lo estipulado en los artículos 33 y 34 del RLCA. **Criterio de la División.** Tomando en cuenta que la Municipalidad reconoce que existe un yerro en el cartel, se deberá omitir la frase cuestionada por lo cual se declara con lugar el recurso en este extremo. **3) Especificaciones técnicas. Punto 3** *“El objeto contractual contará con contenedores debidamente cerrados los cuales deberán ser suministrados por el contratista”* y **punto 17** *“El contratista deberá promover la conservación ambiental y el adecuado manejo de los residuos mediante rotulación en zonas públicas y en los principales ríos turísticos del cantón”*. **El objetante** indica que la información que se brinda en el cartel es escasa porque no se dice cuántos contenedores y rótulos hay que aportar, tampoco se indican las características y material requerido; omisión que estima genera inseguridad jurídica y un eventualmente desbalance entre los posibles oferentes, razón por la cual solicita que se aclaren dichos requerimientos a efecto de definir la posibilidad de participar en el proceso. La Administración señala que en el punto 3 se indicó: *“... contará con contenedores debidamente cerrados, los cuales deberán ser suministrador por el contratista”*, cláusula que no indica la cantidad de rótulos ni contenedores a aportar; sin embargo, en el punto 1) de las especificaciones técnicas, se señala: *“El adjudicatario debe brindar el servicio para los cuatro distritos del cantón: San Mateo, Desmonte, Jesús María y Labrador”*; por lo que al no indicar el cartel la cantidad de rótulos y contenedores, se debe asumir como mínimo un rótulo y un contenedor para cada uno de los cuatro distritos, lo cual, se puede pactar en el momento de la formalización contractual con el adjudicatario respectivo. **Criterio de la División.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del RLCA, el cartel debe constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar. De ahí que la Administración debe confeccionar un cartel de manera clara, toda vez que un pliego de condiciones bien elaborado, donde se reflejen adecuadamente las necesidades de la Administración; se permita una amplia participación y su clausulado sea claro, de manera que evite al máximo todo tipo de interpretaciones y no contenga en sí mismo contradicciones; permite que el procedimiento de contratación administrativa discurra de manera más eficiente al minimizar la posibilidad de presentar recursos ya sea en contra del mismo cartel o bien, en contra del acto final, lo cual redundaría en la pronta satisfacción de la necesidad pública. En el caso particular no basta con señalar que el pliego cartelario dispuso

que el servicio se debía brindar en cuatro distritos, ya que tal señalamiento no implica, necesariamente, que debe utilizarse solamente un contenedor por distrito. En consecuencia, en aras de contar con un instrumento cartelario claro, la Municipalidad deberá consignar de modo expreso en el cartel el número de rótulos y contenedores que requiere. -----

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 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 170 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por **LUMAR INVESTMENTS, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000002-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE SAN MATEO** para el servicio de recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos del cantón. **2)** Proceda la Administración a modificar el cartel según lo dispuesto en esta resolución, observando lo dispuesto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

MCHA/ksa
NI: 7861-7976-8364-8424
NN: 04270 (DCA-0871-2016)
G: 2016001402-1