

R-DCA-0209-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas del treinta y uno de marzo del año dos mil diecisiete.-----

Recursos de objeción interpuestos por las empresas **Agencia Valverde Huertas S.A., Charmander Servicios Electrónicos en Seguridad S.A., Consorcio de Información y Seguridad S.A., Seguridad Alfa S.A., Servicios Administrativos Vargas Mejías S.A y CSE Seguridad S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2017LN-000002-0009200001**, promovida por el **Ministerio de Salud** para la contratación de servicios de vigilancia y seguridad.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Agencia Valverde Huertas S.A., el diecisiete de marzo del año dos mil diecisiete, presentó recurso de objeción contra el cartel de la referida Licitación Pública No. 2017LN-000002-0009200001.-----

II. Que las empresas Charmander Servicios Electrónicos en Seguridad S.A., Consorcio de Información y Seguridad S.A., Seguridad Alfa S.A., Servicios Administrativos Vargas Mejías S.A y CSE Seguridad S.A., el veinte de marzo del año dos mil diecisiete, presentaron recursos de objeción contra el cartel de la referida licitación pública.-----

III. Que mediante auto de las quince horas un minuto del veinte de marzo de dos mil diecisiete y auto de las doce horas con treinta minutos del veintinueve de marzo de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. DFBS-UBS-0304-2017, del veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete.-----

IV. Que esta resolución se emite dentro del plazo fijado en el ordenamiento jurídico, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre la fundamentación de los recursos de objeción. El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (antes 170 del mismo cuerpo reglamentario), entre otras cosas, dispone: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”* Al respecto, en

la resolución No. R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, esta Contraloría General señaló: *“La Administración Licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por tanto es, la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo al interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. (...) el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. Lo anterior, tomando en consideración que como resultado del fin público que en principio, persiguen los actos administrativos, estos se presumen dictados en apego al ordenamiento jurídico. Derivado de lo expuesto, cada pliego de condiciones se entiende circunscrito a los principios de contratación administrativa, y en general al ordenamiento jurídico. No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego integro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la posibilidad a los sujetos particulares de desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general.”* Bajo las anteriores consideraciones, esta Contraloría General analizará los argumentos expuestos en los recursos presentados y declarará sin lugar aquellos carentes de fundamentación, para lo cual servirá de sustento y motivación lo antes indicado.-----

II. FONDO. A) Sobre el recurso interpuesto por la empresa CSE Seguridad S.A. 1) Sobre la proporcionalidad y racionalidad de las multas. La empresa recurrente objeta las cláusulas

penales, pues considera que éstas son desproporcionadas e irracionales, ilógicas y alejadas de la realidad en relación con el tipo de contratación que se pretende. Así, apunta que en el cartel se determinan las multas tipo “A” y “B” y señala que dicho aspecto ha sido abordado por la Sala Primera, donde expone que se ha considerado que la posibilidad y conveniencia de una multa o cláusula penal es una potestad y prerrogativa discrecional de la Administración, pero que en lo relacionado al monto o quantum no puede quedar supeditado a la discrecionalidad o arbitrariedad administrativa. Así, al referirse al artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, señala que de dicho numeral se deriva la posibilidad de la Administración de establecer multas, pero también la obligación de considerar aspectos como monto, plazo, riesgo y repercusiones ante un eventual incumplimiento para el servicio y el interés público, lo cual, considera, debe ser supervisado por la Contraloría General de la República. Señala que de lo anterior deriva que la Administración debe contar con un estudio serio y profundo que considere los aspectos mencionados en la disposición legal y refiere a las resoluciones No. 1176-F-S1-2011 y No. 416-F-S1-2013. Señala que las multas tipo A y B, hacen referencia al monto completo de una región, cuando los incumplimientos que protegen se refieren a incumplimientos puntuales de los puestos de trabajo, toma como ejemplo las multas que se imponen por incumplimientos de los puntos 2 y 3 de las condiciones técnicas invariables, y solicita se modifique de la siguiente manera: “Se considera de importancia un incumplimiento en el Plan de Trabajo, así como el incumplimiento en más de un 50% del personal respecto a la obligación contenida en los puntos 2 y 3 del apartado “Condiciones técnicas invariables”, por lo que se aplicará un multa tipo A.” Indica que otro ejemplo de esto, es el punto 4 de las condiciones invariables, en relación con el punto 5, donde se equipara un incumplimiento del uniforme a un incumplimiento del servicios prestado (Multa tipo C). Expone que según la legislación y los pronunciamientos de los tribunales, para determinar si una conducta u omisión implica la imposición de una multa, se debe considerar “el monto del contrato, el plazo convenido para la ejecución o entrega total y las repercusiones de su eventual incumplimiento.” Así en lo que respecta a los puntos a), b) y c), considera que el incumplimiento parcial de un empleado no puede significar la sanción del resto de puestos que sí cumplieron, ni guarda relación con la afectación del servicio. Adicionalmente, señala que dentro del expediente administrativo no se encuentra un estudio o análisis respecto a la proporcionalidad y razonabilidad de la multa, lo cual considera no se cumple con las multas tipo A y B, así como

los supuestos bajo los cuales se deben aplicar. Señala que no puede determinar si los porcentajes son adecuados, pues no existe un estudio, considerando que aplica en ese sentido la concepción de prueba negativa, señalada en la resolución No. 556-2012 de la Sala Primera, por lo que considera que quien debe demostrar es la Administración. Por lo que solicita se requiera dicho estudio. La Administración señala que se regirá por el cambio que se encuentra en la directriz DGABCA-005-2016 para multa y cláusula penal que rige para el convenio marco avalado por el Ministerio de Hacienda. **Criterio de la División.** En el caso particular, si bien la parte objetante se refiere a la proporcionalidad o racionalidad de los porcentajes determinados por la Administración en las multas, no aporta prueba que llegue a acreditar tal desproporcionalidad, incurriendo así con la falta de fundamentación a que se ha hecho referencia líneas arriba. No obstante, lo anterior se observa que, según señala la Administración, consideró para la determinación de tales extremos cartelarios la directriz No. DGABCA-005-2016. Vista tal directriz, se aprecia que en ella se señala: *“Directriz de Uso de la Licitación Pública 2014LN-000008-CMBYC “Convenio Marco de Servicios de Seguridad y Vigilancia para las Instituciones Públicas que utilizan CompraRed” y particularmente sobre las multas se indica: “Las instituciones usuarias que detecten la realización de las siguientes conductas o eventos debidamente comprobados, podrán imponer una multa al contratista entre el 2% al 10% del monto correspondiente al valor total del(os) servicio(s) incumplido(s), previa observancia del debido proceso. Sin perjuicio de las acciones penales y civiles correspondientes.”* Ahora bien, en relación con el tema en análisis, ha de tenerse presente que el artículo 47 del RLCA, dispone: *“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 brinde 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.”* Al respecto, este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-573-2016 de las nueve horas treinta y tres minutos del once de julio del dos mil dieciséis, expuso: *“Ahora bien, en relación con la incorporación de los estudios técnicos sobre los que se basan las cláusulas penales, en la resolución No. R-DCA-264-2016 de las catorce horas con doce minutos del veintinueve de marzo del dos mil dieciséis, este Despacho indicó: “... resulta necesario señalar*

que el artículo 50 del RLCA indica: “La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales, los supuestos y montos deberán incluirse en el respectivo cartel y le serán aplicables las disposiciones indicadas en los artículos anteriores.” (Destacado es propio) Y el artículo 47 del RLCA, dispone: “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 brinde 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.” (Destacado es propio). Por su parte, en la resolución No. 416 de las catorce horas con veinticinco minutos del nueve de abril del dos mil trece, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia indicó: “El tema de las cláusulas penales y su aplicación fue objeto de discusión ante esta Sala en un asunto similar al presente, en esa oportunidad se resolvió: “IV. A la luz de estos datos es claro que, contrario a lo sostenido por el casacionista, los órganos de las instancias precedentes no señalan que la cláusula penal sólo pueda aplicarse si se demuestra que el monto previsto en la cláusula corresponde a los daños y perjuicios. Ello supondría que ningún sentido tendría estipular una cláusula penal. Lo exigido, criterio que comparte la Sala, tiene lugar en el artículo 36.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa no. 25038-H -no así en el artículo 34 del Reglamento de Contrataciones de la actora, que se ocupa de la garantía de cumplimiento, pero no de la cláusula penal-. Aquella norma señala: “Igualmente el cartel podrá contemplar la existencia de cláusulas penales por ejecución tardía o prematura o multas por defectos en la ejecución, tomando en consideración el monto del contrato y el plazo convenido para la ejecución o entrega total, y las repercusiones de su eventual incumplimiento. Por la naturaleza de estas cláusulas, para su aplicación no será necesario demostrar el daño.” (El destacado es suplido). Esto evidencia que, **en efecto, el establecimiento de la cláusula penal no tiene como base el criterio discrecional de la Administración, pues para fijarla debe contar con elementos que no sólo descarten el enriquecimiento sin causa, como se ha advertido por los juzgadores de las instancias precedentes, sino también, y particularmente, que el fin público insatisfecho por la demora en el cumplimiento sea resarcido conforme al parámetro fijado por el canon 41 de la Constitución Política, esto es, de manera integral. Para ello debe acreditarse entonces que la**

*cláusula fue el resultado de un análisis que tomó en cuenta tres variables; el monto del contrato, el plazo convenido y las repercusiones de un eventual retardo en el cumplimiento. De echarse de menos estos elementos, no pude (sic) actuarse la cláusula. En el sub-lite,[...] no demostró que un análisis de este tipo sirva de basamento a la cláusula penal que pretende ejecutar, ante lo cual deviene en ineficaz por ausencia de un requisito reglamentario. Ahora bien, esto en modo alguno supone que la Administración no tenga derecho a reclamar el pago de esos daños y perjuicios, pero no por la vía que pretende ahora, por insubsistencia de la cláusula, sino a través de la demostración fehaciente de los daños que soportó ante el retraso en el cumplimiento (...). Resolución no. 1176-F-S1-2011, de las 9 horas 15 minutos del 22 de setiembre de 2011. El criterio transcrito resulta de aplicación en la especie. En tesis de principio, **la Administración puede discrecionalmente incluir o no cláusulas penales en los contratos que suscribe, empero, no posee igual libertad para fijar los montos de las sanciones en ellas contenidas.** 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 (sic) 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. Tal y como indica el voto salvado, en línea con tesis de esta Sala: **“No es una inclusión irrestricta y “machotera” que puede hacer cada institución al elaborar el cartel de licitación pública, sino que la cláusula penal debe venir antecedita de un estudio que demuestre cuales son efectivamente los daños y perjuicios que se ocasionarán por parte del contratista, y precisamente debido a ello es que una vez que la situación se da, la administración no tiene que probar aquellos, pues los mismos ya fueron debidamente***

analizados antes de prepararse el cartel licitatorio.” En el caso en estudio, no se discute el cumplimiento tardío en la entrega de los suministros pactados, ello constituye un hecho no controvertido. [...] Así las cosas, siendo que la Administración reconoce que en el presente caso, no se cuenta con estudios técnicos sobre los cuales se sustenta el quantum determinado en las respectivas cláusulas penales, más allá de las consideraciones que ésta expone en su respuesta, se le indica a la Administración que conforme lo dispuesto tanto por la normativa como por la Sala Primera en la resolución antes mencionada, para el presente objeto y en relación al porcentaje determinado en las cláusulas penales del cartel, **éstos deben de contar con los estudios correspondientes por lo que debe proceder la Administración a incorporarlos al expediente de la contratación.**” (Destacado es propio). **De frente a lo expuesto es posición de esta Contraloría General, que las cláusulas penales fijadas en el cartel, respecto a su cuantificación, deben estar sustentadas en actos motivados que consideren lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA,** que a los efectos dispone: “[...] considerando para ello, aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, 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.” Ahora bien, en el presente caso la Administración expone: “[...] considerando de manera muy respetable que a pesar de que no exista un estudio técnico-financiero, debido a lo complejo y específico de la situación bajo análisis, sí se contemplan cada una de las variables ahí indicadas al analizar los riesgos y cada una de las posibles repercusiones de un eventual incumplimiento por parte del contratista [...]” (Destacado es propio) (folio 32 del expediente del recurso de objeción) Ante esto, si bien la Administración brinda razones por las que considera son necesarias las cláusulas penales, así como los aspectos que pretenden cubrir los porcentajes en dichas cláusulas; es lo cierto que reconoce no contar con los análisis que le llevaron a determinar el porcentaje de esas cláusulas, siendo un requisito necesario para su sustento y ejecución. En consecuencia, deberán incorporarse al expediente los actos debidamente motivados, los que, observando lo dispuesto en el numeral 47 del RLCA, vengán a dar soporte a las sanciones económicas que se incorporen al cartel. Dichas actuaciones deben de constar en el expediente a fin de poder ejecutar tales cláusulas, conforme con lo señalado por la Sala Primera.” (Destacado es propio) De lo antes transcrito se

denota que la determinación de las multas como las cláusulas penales imponen un ejercicio razonado por parte de la Administración, el cual debe ponderar el objeto y sus particularidades, es decir que su determinación responden a las particularidades que se presenten en cada caso. Ahora en el presente asunto, la Administración parece exponer -ya que su redacción no es clara-, que se avocó a utilizar la directriz mencionada para determinar el monto y demás aspectos de la multa, lo cual es improcedente; por cuanto la definición de estos aspectos está ligado a las particularidades del objeto, lo cual no se ha acreditado sea el mismo que el que se presentó en caso que originó la directriz en mención. Ante esto, la Administración deberá acreditar en el expediente todos los estudios y análisis que sustentan la determinación de las multas. Finalmente, referente al tema de las multas que es objeto de análisis, resulta oportuno citar lo indicado por este Despacho en la resolución No. R-DCA-785-2016, de las doce horas treinta y siete minutos del veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis, donde expuso: *“(...) sí es constatable por este Despacho cierta desproporción en la definición cartelaria que estimamos oportuno comentar. Esto por cuanto en los términos actuales del pliego cartelario, se observa que está diseñado para afectar económicamente un puesto o puestos de servicios que podrían no haber presentado incumplimiento al momento de ejecución contractual, siendo entonces que el sistema paliativo más bien se volvería en un sistema confiscatorio en contra del eventual contratista, por lo que se considera que el [...] debe elaborar un pliego de condiciones, que al amparo de principios de justicia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad defina cláusulas penales o multas cometidas por puesto o puestos de servicio, ello considerando además de que la respuesta brindada por la Administración no defiende ampliamente el tema de que las multas deban ser por la totalidad del monto del contrato, y revisando el denominado documento “CLAUSULAS PENALES SERVICIOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA Estudio para determinar los porcentajes y/o montos de Cláusulas Penales” citado supra, del mismo, este órgano contralor no extrae conclusión precisa que dé claridad o exactitud en punto a las razones por las cuales, las cláusulas penales o multas deben fijarse por el monto total del contrato. En efecto, en criterio de este Despacho, pretender por ejemplo que por una falta cometida en un puesto, se sancione al contratista por el valor integral de todos los puestos, aún aquellos sobre los cuales no ha existido falta alguna, deviene en irrazonable y desproporcionado, convirtiendo el régimen de multas cláusulas penales más que en un mecanismo sancionatorio en uno confiscatorio, pues podría llegarse al extremo que con una falta mínima o de poca*

trascendencia, se termine reteniendo al contratista una suma de dinero ampliamente incongruente por esa falta, lo cual es claro no debe ser el objetivo de un sistema de sanciones económicas en materia de contratación administrativa, lo anterior considerando que no existió una defensa contundente y justificada de la Administración en punto al porqué la sanción económica debía brindarse de esa manera. Es por ello, que la Administración debe diseñar una disposición cartelaria de multas y cláusulas penales, proporcionado y razonable, que permita imponer sanciones económicas pero determinadas en función de cada puesto al cual se le pueda atribuir un incumplimiento. (...)" (Resolución No. R-DCA-785-2016, de las doce horas treinta y siete minutos del veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis) Considerando lo que ha sido expuesto, se impone declarar parcialmente con lugar este recurso. **B) Sobre el recurso interpuesto por Agencia Valderde Huertas S.A. 1) Sobre el plan de trabajo.** La empresa objetante indica que la solicitud de un plan de trabajo para los oferentes y posteriormente exclusivamente para el adjudicatario implica una contradicción porque en primera instancia se dice que con la oferta hay que aportar un plan de trabajo, lo cual es bastante gravoso y requiere tiempo, pero de inmediato se indica que es sólo para el adjudicatario. Señala que las posiciones expuestas generan una dualidad y una condición que puede dar al traste con una debida presentación de ofertas. En relación con dicho alegato, la Administración expone que es el adjudicatario el que debe presentar el Plan de Trabajo como lo indica el punto 1 página 17 y se amplía en el inciso d) de la página 18. **Criterio de la División.** En atención a lo expuesto, se estima que la Administración se allana a lo pretendido por la empresa recurrente, pues aclara que la obligación del plan de trabajo no es para el oferente, sino que es una obligación del adjudicatario. Así las cosas, con el objeto de contar con un cartel claro, deberán introducirse las modificaciones a las cláusulas correspondientes. Por lo tanto, se procede a declarar con lugar este aspecto del recurso. Dado que se asume que se da un allanamiento de la Administración, según lo regula el artículo 175 del RLCA, presume este órgano contralor que la Administración valoró la conveniencia de la modificación propuesta, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. Dicha presunción aplica para aquellos casos, en que la Administración se allana a lo requerido por los recurrentes. **2) Sobre los requisitos de los agentes de seguridad.** La empresa objetante señala que pedir que los agentes tengan un tiempo de labor de 12 años en el servicio activo va más allá de lo que solicita la Ley No. 8395, lo cual hace al requisito impropio e indebido. Menciona que un agente nuevo, recién capacitado, documentado

e inscrito puede funcionar en la operación del servicio. Alega que no hay una válida y verdadera razón para la experiencia que se pide a los oficiales con que se brindaría el servicio, se trata de un requisito que no está en la ley y no está justificado. La Administración expone que ha sido sano que el agente tenga experiencia y que es obligación de la empresa que se encargue que sus oficiales de seguridad la adquieran en lugares donde no se requiera ese requisito, pero en lo que respecta al Ministerio, lo consideran necesario, pues se trata de atender al público y dar seguridad a los activos de la institución, así considera el mantener el requisito. **Criterio de la División.** Al respecto, el cartel requiere: *“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:/ [...] f) Contar con una experiencia mínima de 12 meses en el servicio activo.”* (<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cartel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)) Ante dicha disposición, la empresa recurrente manifiesta: *“Si bien es cierto se dice en el cartel que se pide que los Agentes a Emplearse en el Servicio Cumplan con lo Dispuesto en la Ley No 8395 en su literal 14, lo cierto es que impropia, indebida e injustificadamente se va más allá y se pide, cuando menos, un requerimiento ajeno a dicha ley. Y es que los Agentes tengan un tiempo de labor de 12 años en el Servicio Activo. [...] Como ya se dijo, la EXPERIENCIA DE 12 MESES EN SERVICIO ACTIVO NO ESTÁ EN LA LEY ES ALGO NO JUSTIFICADO. EN FIN: NO HAY UNA VÁLIDA Y VERDADERA RAZÓN DE SER, NINGUNA JUSTIFICACIÓN MERITORIA, PARA LA EXPERIENCIA QUE SE PIDE A LOS OFICIALES CON QUE SE BRINDARÍA EL SERVICIO.”* (folios 10 y 11 del expediente del recurso de objeción). Ante esto, si bien es cierto el artículo 14 de la Ley No. 8395, denominada “Ley de Regulación de los Servicios de Seguridad Privados”, no contempla el requisito de experiencia ahí apuntado, es lo cierto que la Administración sí cuenta con la facultad para solicitarlo, y no por las disposiciones de la mencionada ley, sino conforme lo determina el artículo 54 del RLCA, que dispone: *“En el cartel se deberá exigir el cumplimiento obligatorio de aquellos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el*

objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como, capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia.” Así las cosas, siendo que el sustento para mantener el requisito cartelario no se encuentra en la citada ley, se debe hacer el ajuste necesario para que así quede establecido. Ahora, en lo que respecta al requerimiento de 12 meses de experiencia en el servicio, siendo que la Administración puede solicitarlo, conforme lo ya expuesto, y que el recurrente no hace ejercicio alguno que acredite la desproporcionalidad de dicha disposición, se concluye que su argumento se encuentra falto de fundamentación. Ahora, en atención a lo dispuesto, se procede a declarar parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **3) Sobre el radio de comunicación.** La empresa objetante expone que la solicitud de un radio de comunicación en buen estado es omisa y ambigua, pues no señala o aclara si puede ser un celular, walkie talkie, radio frecuencia autorizada, entre otros. En caso de que se trata de una radio frecuencia, indica que tampoco se dispone qué requisitos se deben aportar. La Administración expone que lo indicado es claro, y que no es comunicación sola como tal, sino que se pueden abarcar distintos medios hasta el teléfono, pero lo solicitado es “Radio comunicación”. **Criterio de la División.** En atención a lo expuesto por las partes, se denota que lo requerido por la empresa apelante se trata de una aclaración la cual, conforme lo dispuesto en el artículo 60 y 180 del RLCA, no son materia propia del recurso de objeción. En razón de lo anterior, se procede a declarar sin lugar este aspecto del recurso, pues las aclaraciones son de resorte de la Administración. Ahora bien, visto que la Administración no es clara en la respuesta que brindó, deberá señalar expresamente en el cartel si lo que requiere es únicamente radio comunicación, o bien, si permitirá otros medios. **4) Sobre otros requisitos de los agentes u oficiales de seguridad.** La objetante afirma que el término bravucón dentro del perfil requerido es indefinido, polisémico, vago y ambiguo, que es incierto poder fijar un perfil en cuanto a tal palabra. En segundo lugar, indica que es discriminatorio que no se contraten a personas mayores de 60 años, las cuales están en edad de trabajo y producción económica. Finalmente, cuestiona la prohibición de contratar personas con discapacidades por ser absolutamente violatoria a las disposiciones de la Ley No. 7600 y 7935. La Administración señala que les parece y comparten la objeción, pues no se ha definido el término y la edad, pero estas son las condiciones del cartel, y no la de las empresas que deben ofertar lo solicitado, dentro de sus políticas, señala que se tiene toda flexibilidad de contratar al personal que se quiera y poner a disposición una vez adjudicado el personal solicitado. **Criterio de la División.** El artículo 51 del

RLCA, dispone que el cartel: *“Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar.”* Por otro lado, en cuanto a la cláusula que se objeta, el cartel dispone: *“u. Perfil requerido:/ [...] 2) Que no sean personas con perfil “bravucón”, ni mayores de 60 años.”* (<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cártel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)). Vista la respuesta de la Administración, se observa que se indica que si bien comparten las objeciones, esas son las condiciones del cartel, de lo cual no queda clara la posición que asume la entidad promotora del concurso. Al respecto, este órgano contralor no comparte la posición de la Administración, pues se estima que el cartel conforme lo dispone el artículo 51 del RLCA, debe ser un instrumento claro, que evite al máximo todo tipo de subjetividades, lo que en el caso del término “Bravucón” no se cumple, de ahí que debe la Administración proceder a suprimirlo. Por otro lado, en el caso del requisito del personal no mayor a los 60 años, en efecto, la Ley No. 7935 denominado “Ley Integral para la Persona Adulta Mayor”, en el artículo 2 dispone: *“Definiciones/ Para los efectos de esta ley, se definen los siguientes términos:/ Persona adulta mayor: Toda persona de sesenta y cinco años o más.”* Por otro lado, el numeral 4, dispone: *“Las personas adultas mayores disfrutarán de los siguientes derechos laborales:/ a) Ser seleccionadas para ocupar cualquier puesto, siempre que sus calidades y capacidades las califiquen para desempeñarlo. No podrán ser discriminadas por razón de su edad./ b) Contar con los horarios laborales y los planes vacacionales adecuados a sus necesidades, siempre que tal adecuación no perjudique la buena marcha de la entidad empleadora./ c) Disfrutar de los mismos derechos que los otros trabajadores. No serán explotadas física, mental ni económicamente.”* De frente a tal disposición, se vislumbra que no debe existir restricción para acceso al trabajo para las personas mayores de 65 años, en el tanto el puesto así lo permita. Así, en el presente caso, la Administración bajo una respuesta confusa, parece indicar que se debe cumplir el requisito cartelario; sin embargo, no analiza si bajo los servicios requeridos no se puede contratar a estas personas. Ante esto, debe la Administración cumplir la disposición legal verificando que las calidades y capacidades de las

personas las califiquen para desempeñar las funciones. En virtud de lo señalado, se procede a declarar parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **5) Sobre las retenciones de pago.** La empresa objetante expresa que de conformidad con el criterio de Karla González, Ministra de Transportes, no es tan simple disponer que ante cualquier incumplimiento contractual la sanción al oferente sea la retención de su pago, si esta ha cumplido por lo menos la parte sustantiva de la prestación convenida. Agrega que la Sala Constitucional ha señalado que no aplica ninguna retención, sanción o multa sin un debido proceso y previo procedimiento administrativo. La Administración expone que el anterior contrato y el actual convenio marco están iguales y no se ha presentado conflicto al respecto, que la responsabilidad de cada empresa está en la ejecución del contrato y sobre todo en el debido proceso según la normativa vigente. **Criterio de la División.** El cartel del concurso dispone: *“7. Otras condiciones./ Si se detecta algún incumplimiento contractual, **el Ministerio se reserva el derecho de retener el pago correspondiente al mes en que se presentó el supuesto incumplimiento**, hasta que por el medio que considere idóneo, se dé por demostrado que no existió tal incumplimiento; caso contrario, se rebajará el monto proporcional al tiempo en que el incumplimiento prevaleció, por ejemplo se solicitará la confección de una nueva factura con el nuevo monto, una vez rebajados el o los días en que el oficial no se presentó a laborar.”* (<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cártel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)) Por su parte, el artículo 46 del RLCA dispone: *“La Administración, podrá incorporar en el cartel cláusulas de retención porcentual de las sumas pagadas, cuando ello resulte conveniente para asegurar una correcta ejecución contractual. El monto máximo de esas retenciones será de un 10% de los pagos a realizar.”* Al respecto, en la resolución No. R-DCA-383-2016 de las catorce horas con veinte minutos del nueve de mayo del dos mil dieciséis, este órgano contralor señaló: *“El artículo 46 del RLCA, dispone: [...] En relación con lo anterior, en la resolución No. R-DCA-855-2015, de las catorce horas con treinta y cinco minutos del veintidós de octubre del dos mil quince, esta Contraloría General indicó: “Al respecto, se debe señalar que la disposición contenida en el artículo 46 del*

Reglamento a la Ley **tiene como objetivo que la Administración se asegure una correcta ejecución contractual para lo cual retendrá un porcentaje de los pagos que realiza al contratista.**” (Destacado es propio) Y respecto a dicha cláusula, la Administración expone: “Como se observa, la disposición cartelaria no es antojadiza de esta Administración, sino que su establecimiento se hace con base en una potestad otorgada por la normativa en contratación administrativa. En este sentido, este Ministerio debe procurar asegurarse que diversas situaciones que ponen en riesgo la ejecución total de la obra no afecten la satisfacción del interés público; así como evitar el acaecimiento de escenarios en los que se pretende hacer responsable a la Institución por relaciones “de carácter privado” entre el contratista y otras partes involucradas.” (Destacado es propio) (folio 72 del expediente del recurso de objeción). De frente a lo anterior, **es claro que la determinación de las retenciones se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración, en el tanto se sujete a los supuestos descritos por el artículo 46 del RLCA.** No obstante, en el pliego de condiciones respecto a dicho aspecto, se señala: “Además, el ADMINISTRADOR DEL CONTRATO podrá retener, a causa de evidencia descubierta, y también anular todo o parte de cualquier pago, hasta donde sea necesario para proteger al Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes y el Ministerio de Justicia y Paz de incurrir en pérdidas a causa de: a. Demandas presentadas contra el CONTRATISTA./ b. Incumplimiento del CONTRATISTA en los pagos a los subcontratistas o a sus proveedores de materiales y mano de obra./ c. Obras defectuosas que no hayan sido corregidas./ d. Una duda razonable de que la obra pueda ser terminada con el saldo a pagar./ e. Daño a otro CONTRATISTA./ f. Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento imputable al CONTRATISTA.” (Destacado es propio) (folio 104 vuelto del expediente del recurso de objeción). **Ante esto, en primera instancia se le indica a la Administración que el artículo 46 del RLCA, es claro al indicar: “El monto máximo de esas retenciones será de un 10% de los pagos a realizar.”** (Destacado es propio), por lo que no es posible que se realicen retenciones de todo el pago, debiendo proceder a suprimir tal aspecto.” De acuerdo con lo dicho, se estima que la disposición de la Administración sobre la retención es contraria a lo establecido por el RLCA, pues no puede superar el 10% de los pagos a realizar, por lo que deberá proceder a ajustar dicho aspecto. Por otro lado, la empresa apelante considera que para efectuar las retenciones la Administración debe proceder a realizar el debido proceso, y se fundamenta en la resolución No. 006639-2013 de las dieciséis horas un

minuto del quince de mayo del dos mil trece de la Sala Constitucional; no obstante, como bien se desprende de la resolución de referencia, la sala no aborda la obligación de realizar el debido proceso para el caso de retenciones, de ahí que el argumento del recurrente no se encuentra debidamente fundamentado y se procede a rechazar. De frente a lo expuesto, se procede a declarar parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **6) Sobre las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social.** La empresa objetante indica que se genera una duplicidad indebida e innecesaria cuando se requiere por un lado copia de la planilla de pago de la CCSS -para demostrar que se pagó y se está al día- y por otro lado se solicita certificación de estar al día, es decir, se piden dos documentos que son lo mismo y tienen la misma finalidad. La Administración aclara que en la certificación lo que se informa es que la empresa como tal se encuentra al día con el pago de las cuotas obrero patronales. **Criterio de la División.** Según se extrae de lo expuesto por la empresa recurrente, no se evidencia cómo afecta la participación el extremo que objeta, siendo que estos elementos están referidos a la factura de pago, es decir están consideración para la etapa de ejecución y no análisis de las ofertas. Por otro lado, de los requisitos dispuestos, este órgano contralor denota que no cumplen el mismo fin, pues uno pretende acreditar que la empresa contratista cuenta con todos los trabajadores asegurados y el otro, lo que pretende es que se acredite que la empresa se encuentra al día con las obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS). Ante esto, se procede a declarar sin lugar este extremo del recurso. **7) Sobre las multas y cláusula penal.** La empresa objetante alega que las multas sobre un solo o único porcentaje, es muy alto sobre la base del monto total mensual facturado por el puesto en que se genere el incumplimiento, es irrazonable y desproporcionado, siendo lo dable que se apliquen las multas en cuanto al incumplimiento en específico y no sobre un porcentaje injustificado y fijado al azar. Asimismo, menciona que se dispone de un esquema confiscatorio del pago, pues se dispone que en caso de multas no se pagaría hasta que se dé la restitución o pago de lo multado, lo cual no es procedente. En caso de proceder una sanción, afirma el objetante, lo procedente es que sea de conformidad con los principios de racionalidad y proporcionalidad y que solamente se aplique un cobro parcial y puntual de lo incumplido. La Administración señala que se regirá por el cambio que se encuentra en la directriz DGABCA-005-2016 para multa y cláusula penal que rige para el convenio marco avalado por el Ministerio de Hacienda. **Criterio de la División.** Respecto a dicho aspecto, se deberá estar a lo expuesto por este órgano contralor en el recurso interpuesto

por la empresa CSE Seguridad S. A., por lo que se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso. **8) Sobre otras multas y sanciones.** La empresa objetante menciona que los incumplimientos referentes a salarios, órdenes patronales, pólizas del INS, entre otros, no son de incumbencia de la Administración. Señala que los mismos si bien podrían constituir incumplimientos, se tratan de situaciones internas, propias y privadas de una empresa, por lo que la injerencia resulta improcedente, contraria al derecho societario y empresarial y a la libre autonomía de la voluntad. La Administración señala que es competencia del adjudicatario velar por que se paguen los salarios mínimos para tener un buen servicio. **Criterio de la División.** Respecto a dicho aspecto, se denota que el argumento planteado por la empresa recurrente, se encuentra ayuno de fundamentación, pues no llega a acreditar bajo qué normativa, lo establecido por la Administración es improcedente o rebasa los límites de la discrecionalidad. Adicionalmente, siendo que el tema de las multas ya ha sido abordado, se deberá estar a lo expuesto por este órgano contralor en el recurso interpuesto por la empresa CSE Seguridad S. A., por lo que se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **9) Sobre la valoración de la experiencia.** La empresa objetante cuestiona, en primer lugar, que no se acepten notas de experiencia brindadas a título personal, desdeñándose los contratos y la experiencia cuando se trate de empresas personales o individuales, en las que el propietario sea una persona física. En segundo lugar, menciona que se menosprecia el precio como factor medular de selección de la mejor oferta, otorgándosele solamente un 40% y dejando para experiencia un 60%. En tercer lugar, alega que se da una doble calificación de la experiencia, un 30% en antigüedad y otro 30% en experiencia laboral, lo cual es exagerado y limita la más amplia y libre participación estimando que se trata de labores simples de seguridad y vigilancia, sin mediar ningún requerimiento especial o calificado. Aunado a lo anterior, estima que se piden rangos de antigüedad de la empresa que son improcedentes, que hay diferencias muy marcadas entre los rangos de ponderación definidos, entre los primeros tres niveles hay diferencias de cinco puntos, pero en el último estrato se fija una diferencia marcada de diez puntos, sin explicación alguna. Todo lo anterior, considera la empresa objetante, se agrava con la solicitud de certificación de la Dirección de Servicios de Seguridad Privados del Ministerio de Seguridad Pública, la cual no es dable ni racional o proporcional, ya que los registros debidos de empresas operadores de servicios de seguridad datan del año 2006 en adelante, es decir, que no se pueden pedir certificaciones de rangos mayores a la existencia de la Dirección

aludida, como lo hace el cartel. La Administración expone que ostenta discrecionalidad para establecer factores de evaluación que considere relevantes, según el objeto que se licite y que resulte ser una ventaja comparativa para la selección de la mejor oferta, lo cual considera es para este caso. Señala que para la institución la seguridad y vigilancia es un aspecto delicado, y por eso considera importante la trayectoria que ha tenido la empresa en el tiempo, por lo que se solicite la experiencia como un factor medular en los criterio de evaluación. **Criterio de la División.** Respecto a la objeción de elementos de contenidos en el sistema de evaluación, en la resolución No. R-DCA-909-2016 de las once horas con veinte minutos del nueve de noviembre del dos mil dieciséis, se indicó: *“En razón de que el alegato que se encuentra en discusión se basa en aspectos de evaluación, resulta de interés indicar lo señalado por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-265-2015 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del diez de abril del dos mil quince, donde se: “Como punto de partida es necesario precisar la diferencia que existe entre las cláusulas de admisibilidad y las del sistema de evaluación. Las cláusulas de admisibilidad o condiciones invariables, son aquéllas de cumplimiento obligatorio por parte de los oferentes, y que por ende, en caso de no cumplirse pueden llegar a limitar la participación. Por su parte, en el sistema de evaluación se establecen los aspectos que la Administración ha estimado otorgan ventajas comparativas a efectos de seleccionar la oferta que mejor satisfaga su necesidad. El no cumplir lo dispuesto en este tipo de cláusulas de valoración, no genera la exclusión de la propuesta, sino que la consecuencia en caso de incumplimiento es que no se otorgan los puntos asignados. Al respecto, en la resolución R-DCA-203-2013 de las nueve horas del dieciocho de abril de dos mil trece, este órgano contralor indicó: “(...) existen diferencias importantes entre ambos tipos de cláusulas, por cuanto el incumplimiento de las cláusulas de admisibilidad implica la descalificación de la propuesta, según lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) en tanto que la inobservancia de una disposición del sistema de calificación trae como consecuencia el no otorgamiento los puntos, pero no descalifica la oferta” Asimismo, en la resolución No. R-DCA-447-2011 de las nueve horas del once de setiembre de dos mil once, se expuso: “(...) el alegato presentado por la recurrente en este punto se refiere a uno de los factores que componen el sistema de evaluación establecido por la Administración, con lo cual no se limita la participación de determinados oferentes que no cumplen con las características contempladas en el pliego de condiciones. El sistema de evaluación de las ofertas está orientado a que la Administración*

escoja la oferta que satisfaga mejor el interés público, mismo que es entera discrecionalidad de la Administración, la cual debe ser conforme a lo establecido en el artículo 55 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa y lo dispuesto en el artículo 16 de Ley General de la Administración Pública.” Por otra parte, resulta relevante señalar que los aspectos a valorar como parte del sistema de evaluación, recaen dentro del ámbito de la discrecionalidad de la Administración, tal y como lo indicó esta Contraloría General en la resolución R-DJ-284-2010 del 24 de junio de 2010, donde señaló: “En primer lugar, debe tenerse claro que el sistema de evaluación se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración con lo cual sería la Municipalidad la llamada a establecer cuáles factores de evaluación vienen a dar un valor agregado al bien o servicio que pretende adquirir. En el presente caso, se denota que la recurrente si bien objeta un aspecto del sistema de evaluación, alegando que es desproporcionado o irracional, no llega a demostrar que los porcentajes establecidos por la Administración sean tales; o bien, que no tenga relación con el objeto, ni que le impida la participación, de modo que ese alegato carece de la fundamentación exigida por el ordenamiento jurídico” De frente a lo transcrito, se concluye que los factores que contemplan el sistema de evaluación no constituyen en sí mismos una limitación a la libre participación; además, en cuanto a la fundamentación para la objeción de factores que forman parte del sistema de evaluación, se requiere que el objetante acredite la desproporcionalidad e irracionalidad de dichos aspectos. Ante esto, el objetante desarrolla varios temas, entre los que destaca, la consideración de mayor valor al precio, que se está valorando dos veces la experiencia y la determinación de los rangos, aspecto que encuentra este órgano contralor carecen de fundamentación, pues no se aporta prueba que acredite ninguno de los supuestos, según se expuso supra. Sin embargo, en lo que respecta a la emisión de cartas de recomendación que se emiten a título personal, la Administración señala que cuenta con discrecionalidad para fijar dichos aspectos, lo cual este órgano contralor comparte, pero dicha prerrogativa no da pie para que se impongan requisitos de los cuales bajo la ciencia y la técnica no son procedentes. De frente a esto, no encuentra sustento este órgano contralor para limitar la emisión de dichas notas sólo a empresas, pues coincide esta Contraloría General, que dentro del mercado existen tanto personas jurídicas como físicas que reciben los servicios y le permitirían a la Administración conocer cómo se ha brindado el servicio. Ante esto, debe la Administración proceder a ampliar la posibilidad que las referencias puedan ser emitidas por

personas físicas y jurídicas. Por tanto, se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **C) Sobre el recurso interpuesto por la empresa Charmander Servicios Electrónicos en Seguridad S.A.** **1) Sobre la cláusula penal.** La empresa objetante expone que el apartado referente a la cláusula penal implica un castigo exagerado por la comisión de una falta, que donde existe la posibilidad de sancionar el puesto afectado, se aplica una multa sobre todos los puestos de una región, lo cual infringe el principio de proporcionalidad y razonabilidad. Indica que la aplicación de multas o sanciones, debe darse en forma proporcional al daño causado y por lo tanto no es de recibo que se multe puestos ubicados en una región, solo por pertenecer a la región donde no ha ocurrido ningún hecho que amerite una sanción económica. La Administración indica que se regirá por el cambio que se encuentra en la directriz DGABCA-005-2016 para multa y cláusula penal que rige para el Convenio Marco avalado por el Ministerio de Hacienda. **Criterio de la División.** Respecto a dicho aspecto, se deberá estar a lo expuesto por este órgano contralor en el recurso interpuesto por la empresa CSE Seguridad S. A., por lo que se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **2) Sobre el sistema de evaluación.** La empresa objetante manifiesta que la Administración establece varios ítemes para definir la calificación basada en precio, experiencia y referencias dejando de lado la calidad de los servicios del oferente. En primer lugar, indica que el puntaje referente a la antigüedad se encuentra incompleto, por cuanto no puntúa el rango de los 5 años a 8 años, lo que le resulta equilibrio y razonabilidad. En segundo lugar, expone que las cartas de recomendación tienen un peso fuerte en la calificación final pero que no necesariamente se mide la calidad del servicio, de frente a lo cual propone otorgar un puntaje específico por la acreditación de certificaciones de calidad que haya obtenido la empresa en procura de ser mejores proveedores de servicios. Con la propuesta, se hace una readecuación del sistema de evaluación contemplado en el pliego de condiciones. La Administración no se pronuncia sobre este aspecto. **Criterio de la División.** La cláusula objetada del pliego de condiciones dispone, para lo que interesa, lo siguiente: “**METODOLOGIA DE EVALUACION Y CALIFICACION DE LAS OFERTAS ADMITIDAS AL CONCURSO PARA UNA EVENTUAL ADJUDICACIÓN** / *Con las ofertas admisibles para una eventual adjudicación, se procederá a aplicar la metodología de evaluación. La oferta adjudicada será la que obtenga el mayor puntaje, el cual deberá ser igual o mayor al 80%. / Para efectos de asignar el puntaje a cada una de las ofertas admitidas al concurso, el Sistema SICOP lo hará de forma automática, de acuerdo a la información*

registrada por los oferentes en los factores de evaluación. Sin embargo debe considerarse que la calificación final está sujeta al análisis de la Administración, con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos legales y técnicos, incluidos en el presente cartel. / Se tomarán en cuenta los siguientes elementos: / a. Precio 40% / b. Antigüedad de la empresa 30% / c. Cartas de recomendación 30% (...) **b. Antigüedad de la empresa: 30%** / Se calificara en este punto de acuerdo con la siguiente tabla:

Rubro	Puntaje
Menos de 5 años	10%
De 6 a menos de 10 años	15%
De 11 a menos de 15 años	20%
De 16 años o más	30%

Para la evaluación de este punto deberá aportarse una Certificación emitida por la Dirección de Servicios de Seguridad Privados del Ministerio de Seguridad Pública, donde se muestre la fecha de inscripción por primera vez de la empresa participante, en el Registro de Personas Jurídicas que brindan servicios de seguridad privados, la misma deberá indicar que dicha empresa se encuentra al día.” (<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cártel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)) En virtud de esa metodología de evaluación el objetante expone la necesidad de que la calificación de las ofertas recopile criterios que tutelen la calidad del servicio, por lo que su propuesta abarca la inclusión de certificaciones de calidad. Respecto a este punto, debe estarse a lo preceptuado en el numeral 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que dispone: “En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor. / 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. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.” En este sentido, como ya fue dicho, la Administración cuenta con discrecionalidad

al momento de establecer los elementos que ella considera pertinentes evaluar a los posibles oferentes. Así, la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de las reglas cartelarias, sin que ello implique que no puedan ser impugnadas, pero en caso de una eventual objeción es deber del recurrente presentar su alegato debidamente fundamentado, requisito que no se cumple con apreciaciones subjetivas como las expuestas por la recurrente en su escrito, en el que no se logra determinar cómo las cláusulas referentes a la evaluación de la antigüedad o experiencia, de la forma en la que se encuentran redactadas, le impiden o le limitan la participación. Las razones expuestas por la empresa objetante no resultan suficientes para evidenciar ilegitimidad alguna al cartel, derivada de lesión a la normativa o principios de contratación aplicables, así como tampoco logra demostrar que su sugerencia de modificación constituya una mejor forma para constatar lo requerido por la Administración. Respecto a la puntuación de la antigüedad de la empresa, el objetante hace ver que la calificación deja por fuera el rubro compuesto por 5 años a menos de 8 años, expresamente indica lo siguiente: *“El sistema de valoración permite establecer una diferenciación de las empresas por antigüedad, solo que la escala es incompleta, pues premia a las empresas con todo el puntaje pero deja al descubierto el rango de 5 años a 8 años, al cual ni lo suma ni lo resta, lo cual le quita equilibrio y razonabilidad a su propuesta realizada (...)”* (folio 59 del expediente de objeción). En el cuadro adjunto del cartel, que se visualiza anteriormente, hace referencia a los rubros de antigüedad y se consigna una puntuación de un 10% a empresas con menos de 5 años de antigüedad y un 15% a empresas de 8 a menos de 10 años de antigüedad, consecuentemente se encuentran sin puntuación el rango comprendido de 5 años a menos de 8 años, por lo que las empresas que tengan una antigüedad entre esos rangos no tiene la asignación de un porcentaje específico, por lo que la Administración deberá hacer la corrección de dicha asignación de puntuación. De conformidad con lo expuesto, lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso en este extremo. **D) Sobre el recurso interpuesto por la empresa Consorcio de Información y Seguridad S.A. 1) Sobre la cláusula penal.** La empresa objetante manifiesta que la cláusula penal es muy alta sobre el total del puesto de una región, lo cual es irrazonable y desproporcionado, siendo lo factible que se apliquen las multas en cuanto al incumplimiento en específico del costo del puesto afectado y no sobre un porcentaje injustificado y fijado al azar, sin ningún parámetro real de ponderación y con un porcentaje muy alto. Menciona que de proceder alguna sanción la misma no puede ser ajena a los principios fundamentales de

razonabilidad y proporcionalidad. La Administración indica que se regirá por el cambio que se encuentra en la directriz DGABCA-005-2016 para multa y cláusula penal que rige para el Convenio Marco avalado por el Ministerio de Hacienda. **Criterio de la División.** Respecto a dicho aspecto, se deberá estar a lo expuesto por este órgano contralor en el recurso interpuesto por la empresa CSE Seguridad S. A., por lo que se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **E) Sobre el recurso interpuesto por la empresa Seguridad Alfa S.A. 1) Sobre la cláusula penal.** La empresa objetante alega que la Administración pretende cobrar multas desproporcionadas primero porque la base de su cálculo es el costo total del servicio por región, sin que consten los motivos por los cuales se pueda considerar que las posibles acciones u omisiones descritas en el cartel afecten el servicio en la totalidad de la región sobre la que se aplica y no solo sobre el puesto en que se efectuó la falla, máxime cuando el costo de cada puesto es individualizable. Por otro lado, indica que no ha quedado demostrado cómo la remisión de un currículum fuera del plazo de cinco días hábiles le depare al Ministerio un daño o perjuicio de esa magnitud económica, lo mismo que un retraso en cualquier puesto de la región. Manifiesta que si bien es cierto las llegadas tardías son un hecho que puede afectar la continuidad de los servicios de seguridad y vigilancia cuando un puesto queda totalmente desatendido, no es cierto que la llegada tardía siempre ponga en riesgo la continuidad del servicio, ya que la empresa de seguridad tiene un protocolo para atender este tipo de situaciones que son bastante usuales, lo que convierte la multa en desproporcionada. La Administración señala que se regirá por el cambio que se encuentra en la directriz DGABCA-005-2016 para multa y cláusula penal que rige para el convenio marco avalado por el Ministerio de Hacienda. **Criterio de la División.** En relación con dicho aspecto, se deberá estar a lo resuelto por esta División en el recurso de la empresa CSE Seguridad S. A, por lo que se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **2) Sobre las cartas de recomendación.** La empresa objetante expresa que el punto 3 de las cartas de recomendación limita la participación por cuanto no ha quedado acreditado el motivo técnico por el cual no es factible demostrar experiencia acumulada mediante distintos procedimientos licitatorios a una misma institución o cliente, cuando incluso pueden haber sido brindados en diferentes momentos y lugares. Dispone que establecer en el cartel un requisito contrario al propio ordenamiento jurídico, que autoriza, prevé y permite este tipo de situaciones desconoce una realidad material y objetiva del mercado de la seguridad privada, en la que esta es una de las

formas más usuales de acumular experiencia. En segundo lugar, respecto al punto 4 de las cartas de recomendación, menciona que el hecho de que un cartel exija una determinada forma y pedir el cumplimiento de un requisito, en sí mismo se vuelve una barrera para su cumplimiento, ya que las instituciones no están obligadas a brindar cartas de acuerdo a los muy particulares gustos de otra institución, por más que estén solicitados dentro de un cartel. Finalmente, indica que en lo que respecta a la vigencia de seis meses de las cartas de recomendación, esto genera un problema, debido a que muchas veces los actos de apertura se van prorrogando y las cartas que se tienen quedan a pocos días de dicha apertura, fuera del plazo de vigencia y las instituciones no están dispuestas a otorgarlas nuevamente, lo cual es un obstáculo a la participación y lo mejor sería ampliar el requisito al plazo de un año. La Administración expone que es discreción de la Administración establecer los factores de evaluación que considere relevantes según el objeto y que resulten ser una ventaja comparativa para la selección de la mejor oferta, lo cual considera conveniente para los intereses de la institución. Sobre las vigencias de las cartas considera que se puede ampliar a un año, pues hay empresas que no es fácil que las otorguen en tiempo. **Criterio de la División.** En cuanto a lo expuesto, el cartel del concurso dispone: *“c. Cartas de recomendación: 30%/ Se asignarán 02 puntos por cada carta de recomendación que la empresa presente hasta un máximo de 30 puntos./ 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. No se aceptarán referencias brindadas a título personal./ 3. Para una misma empresa o instituciones para la cual se brinden servicios en distintas instalaciones, se considerará como una sola./ 4. Vigencia máxima de las recomendaciones será 6 meses, antes de la fecha de apertura de las ofertas./ Nota: En el caso de que la carta de referencia comercial no cumpla con estos requisitos no se considerará para efectos de calificación de ofertas./ Para calificar este aspecto el oferente deberá presentar referencias comerciales originales o en copia certificada por Notario Público y las mismas deberán cumplir con los siguientes requisitos:./ a. Indicar los datos de la empresa o institución que la brinda razón social, dirección y número telefónico./ b. Indicar los datos de la persona que suscribe la referencia; nombre, número de cédula y puesto que desempeña./ c. La referencia debe presentarse en papelería oficial de la empresa o institución que corresponde./ d. Indicar con claridad, fecha de inicio y finalización del servicio. En el caso de que el servicio continúe prestándose momento de la presentación de*

ofertas, se tomará como "fecha de finalización", la fecha de apertura de las ofertas./ e. Brindar información sobre el tipo de trabajo realizado./ f. Indicar el número de puestos contratados y el tipo de puesto./ g. Indicar si el servicio fue recibido a satisfacción.”

(<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cártel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)) En atención a dicha disposición, la empresa objetante se sustenta en tres aspectos, el primero de ellos se refiere a la posibilidad que se compute la experiencia obtenida con una misma institución, el siguiente punto, se refiere a la forma que impone el cartel para la presentación de las referencias, y como tercer punto, se refiere a la vigencia de los seis meses de las cartas. De frente a lo cual, la Administración se refiere únicamente a la posibilidad de ampliar la vigencia de dichas cartas, indicando que podrá ser de un año, por lo que se procede a declarar con lugar este aspecto del recurso. Ahora, en relación con el segundo punto, el cartel indica: “3. Para una misma empresa o instituciones para la cual se brinden servicios en distintas instalaciones, se considerará como una sola.” En cuanto a este requisito, conviene señalar que mediante la resolución No. R-DCA-821-2015 de las quince horas con treinta y un minutos del quince de octubre del dos mil quince, este órgano contralor señaló: “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.” Así las cosas, encuentra este órgano contralor que la Administración debe permitir que se acredite experiencia de una misma institución, por lo que debe modificar el cartel en ese sentido. Por lo que, se procede a declarar con lugar este aspecto del recurso. Por último, sobre la formalidad, encuentra este órgano contralor que la empresa recurrente no llega a acreditar de lo solicitado, cuál formalidad es la que se le dificulta, por lo que se procede declarar sin lugar este aspecto del recurso, por falta de fundamentación.

F) Sobre el recurso interpuesto por la empresa Servicios Administrativos Vargas Mejías S.A. 1) Sobre la portación de armas. La empresa objetante afirma que el cartel solicita que los puestos de vigilancia requieren de un arma de fuego para cada oficial uniformado que se disponga en el puesto, sin embargo el Ministerio de Seguridad Pública, como encargado de otorgar los permisos y de regular las actividades de prestación de dichos servicios, ha indicado que las personas físicas o jurídicas que no se encuentren en los supuestos de custodia y transporte de valores, mercancías y protección de personas físicas, deberán justificar de forma técnica y razonada con base en un estudio para cada puesto específico dicha necesidad. De esta forma, el objetante indica que los puestos de vigilancia por empresas de seguridad privada deben estar autorizadas por el Ministerio de Seguridad, mediante un estudio, el cual debe realizarse previo a la prestación del servicio. Indica que la Administración transgrede esta norma y no se sujeta a las regulaciones en la utilización de armas de fuego, lo cual vicia de nulidad las cláusulas cartelarias que requieren portación de armas, ya que el Ministerio de Salud no cuenta con un estudio técnico que autorice la utilización de dichos implementos en cada puesto de trabajo. La Administración expone que con base en la legislación y el ordenamiento jurídico es procedente omitir el punto 6, salvo justificación de la Administración del uso de armas y fuego en determinado lugar, bajo

razonamiento técnico y autorizado por el Ministerio de Seguridad Pública. **Criterio de la División.** La cláusula cartelaria objetada por el recurrente es la referente a las condiciones de la prestación de los servicios, en la que se dispone lo siguiente: “**5. Prestación del Servicio / La prestación del servicio implica el cumplimiento de todos los puntos descritos a continuación, adicionalmente es deber de la empresa adjudicada velar por el cumplimiento de cada uno de estos ítems y porque se cumplan en todo momento que se esté dando este servicio. (...) s. Equipo Obligatorio (por oficial de seguridad), para desarrollar sus labores: (...) 6) Un revólver calibre .38SPL debidamente registrado ante el Ministerio de Seguridad Pública.**” (<https://www.sicop.go.cr/index.jsp>, Número de solicitud de contratación 0062017000100007, [2. Información de Cartel], Número de Procedimiento 2017LN-000002-0009200001 [Versión Actual], https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170300531&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00, [F. Documento del cartel], Documento: No. 1, Documentos del cártel, Condiciones Generales, Archivo adjunto: CONDICIONES GENERALES VIGILANCIA Y SEGURIDAD.pdf(0.69MB)) Sobre este punto, la Administración indica que: “*Con base en la legislación y el ordenamiento jurídico es procedente omitir el punto 6, salvo justificación de la administración del uso de armas de fuego en determinado lugar, bajo razonamiento técnico y autorizado por el Ministerio de Seguridad*” (folio 218 del expediente de objeción). En vista de que la Administración se allana a la pretensión del objetante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, haciendo la consideración de que la supresión de la cláusula es “*salvo justificación de la administración del uso de armas de fuego en determinado lugar, bajo razonamiento técnico y autorizado por el Ministerio de Seguridad Pública.*” (folio 418 del expediente de objeción), lo procedente es declarar parcialmente con lugar el recurso en este extremo, bajo la advertencia de que en caso de que el Ministerio de Salud justifique el uso de armas de fuego en determinado lugar, debe estarse a lo preceptuado en el Acuerdo No. 2016-132-MSP del Ministerio de Seguridad Pública y las leyes y reglamentos conexos a la materia.

G) Consideración de oficio: En vista que la Administración refiere -en la contestación a la audiencia especial- a la directriz DGABCA-005-2016, del 12 de abril del 2016, “*Directriz de Uso de la Licitación Pública 2014LN-000008-CMBYC “Convenio Marco de Servicios de Seguridad y Vigilancia para las Instituciones Públicas que utilizan CompraRed”*”, deberá determinar si debe utilizar o no tal convenio marco, lo cual queda aquí expresamente advertido.-----

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, 46, 47, 51, 54, 55, 60, 175, 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** los recursos interpuestos por las empresas **Agencia Valverde Huertas S.A., Charmander Servicios Electrónicos en Seguridad S.A., Consorcio de Información y Seguridad S.A., Seguridad Alfa S.A., Servicios Administrativos Vargas Mejías S.A** y por **CSE Seguridad S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2017LN-000002-0009200001**, promovida por el **Ministerio de Salud** para la contratación de servicios de vigilancia y seguridad. **2)** Conforme lo dispone el artículo 180 del RLCA, deberá esa Administración realizar las modificaciones al cartel, según lo indicado en la presente resolución. **3)** Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Fernando Madrigal Morera
Fiscalizador

Rosaura Garro Vargas
Fiscalizadora Asociada

FMM/RGV/tsv
NI: 7185, 7312, 7307, 7317, 7324, 7329, 7390, 7399, 7431, 7849, 7954.
NN: 03920 (DCA-0734-2017)
G: 2017001437-1