

R-DCA-0375-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas con veinte minutos del cinco de junio del dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuesto por **CSE SEGURIDAD SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2017LN-000003-0007000001**, promovida por el **MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**, para la contratación de servicios de seguridad y vigilancia para ese Ministerio.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa CSE Seguridad S.A., el veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete interpuso ante este órgano contralor, recurso de objeción en contra del cartel de la referida licitación pública.-----

II. Que mediante auto de las once horas con quince minutos del veinticinco de mayo de dos mil diecisiete, se confirió audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto, la cual fue atendida mediante el oficio No. DGAF-OF-315-2017, del treinta de mayo de dos mil diecisiete.-----

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

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo del recurso: 1) Sobre las multas. El objetante manifiesta que las multas plasmadas en el cartel resultan desproporcionadas, irrazonables, ilógicas y alejadas de la realidad de este tipo de contrataciones. Señala que el cartel dispone una multa de un 1% del monto correspondiente al valor total de servicio incumplido, indicándose diferentes circunstancias por las que se impone dicha multa. Considera que el monto de un 1% es exageradamente alto para una contratación así, pues el cartel no hace referencia a la facturación mensual del servicio sino al valor total del servicio, es decir, al tratarse de un contrato de un año, el monto del 1% sería sobre ese valor anual. Agrega que la equiparación de una llegada tardía con una ausencia o abandono, denota que no hubo una debida diligencia en el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de las faltas, lo mismo de la comparación de una ausencia de supervisión con una vulneración de la seguridad que ocasione un daño, es decir, que se metieron en un mismo monto, sin análisis alguno, una serie de actos que deberían ser graduados por su afectación al interés público. Propone reducir la sanción máxima al 0.6% del monto facturado mensual, siendo para los casos de afectación directa -como los puntos A, C, D

y E-, dos puntos menos en los casos en que el incumplimiento sea de afectación parcial -como los puntos H, I, K, M, N, O y P-, y 0.2% para cuando se refiera a aspectos administrativos que no afectan en nada la ejecución del proyecto. Toma como base el porcentaje de 0.6% que estableció la Administración en el mismo cartel en el caso de la cláusula penal por atraso. Referencia la regulación del numeral 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa e indica que la Administración debe tener un estudio serio y profundo, que considere aspectos como el monto, plazo, riesgo y repercusiones del eventual incumplimiento para efectos de establecer el *quantum* de la multa. Menciona resoluciones de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia donde se ha abordado el tema, entre las que se encuentran la 1176-F-S1-2011 y 416-F-S1-2013. Adiciona que la Contraloría General se ha referido al tema en la resolución No. R-DCA-209-2017. Concluye que en el presente caso no existió un análisis que determine si los porcentajes son adecuados y que, por lo tanto, solicita la modificación de la cláusula para que el cartel se refiera a la facturación mensual del puesto o línea específica. Indica que de acuerdo a la resolución No. 556-2012 de la Sala Primera no se le puede cargar al petente la obligación de aportar o demostrar un hecho negativo, sino que le corresponde a la parte accionada la obligación de demostrar su cumplimiento. La Administración indica que evaluada la información suministrada por la empresa objetante, de acuerdo a los riesgos que cada uno de los incumplimientos puede representar a nivel de la contratación y servicio, se determina que la cláusula debe leerse de la siguiente forma: **“Cuando se detecten conductas o eventos, por parte del Contratista, debidamente comprobados, se podrá imponer una multa al monto mensual del servicio incumplido, previa observancia del debido proceso; y sin perjuicio de las acciones penales y civiles correspondientes. Para lo cual se utilizará la siguiente tabla porcentual acorde a cada incumplimiento”**. Determina riesgos de cada uno de los incumplimientos, entre los que se encuentran: riesgo alto cuando la afectación puede repercutir en la seguridad de las instalaciones del Ministerio y sus bienes o personas tanto funcionarios como visitantes, aplicando un 0.6% de multa a la facturación mensual del contrato; riesgo medio en aquellos casos en que la falta puede ser corregida con prontitud, o que dicha falta no afecte la vulnerabilidad de la institución en temas de seguridad pero que debe ser prontamente corregida, aplicando para estos casos un 0,4% de multa en valor mensual por la prestación del servicio en cuestión; y en caso de riesgo bajo se aplica la multa de un 0,2% por aquellas faltas que pueden ser corregidas en un tiempo prudencial o bien que

no afectan la seguridad de los funcionarios, visitantes o bienes del estado. Adjunta tabla de porcentajes de aplicación de multas según cada incumplimiento, de la siguiente forma:

TABLA DE PORCENTAJES DE APLICACIÓN DE MULTAS SEGÚN CADA INCUMPLIMIENTO			
Item	Incumplimiento	Riesgo	Porcentaje de aplicación a facturación mensual
A	No prestar el servicio contratado en el tiempo y forma pactados; una vez notificado el pedido de compra y la orden de inicio de ejecución contractual; emitida por el Administrador del Contrato	Alto	0,6%

TABLA DE PORCENTAJES DE APLICACIÓN DE MULTAS SEGÚN CADA INCUMPLIMIENTO			
Item	Incumplimiento	Riesgo	Porcentaje de aplicación a facturación mensual
B	Incumplimiento en la ejecución del Plan Operativo de Seguridad y Vigilancia aprobado por la Administración, según se requiere el punto 1.1.5. del presente pliego y demás obligaciones o requerimientos emanados de la presente contratación.	Medio	0,4%
C	Ausencia o abandono del puesto respectivo durante la jornada por parte de un agente. Para los efectos, entiéndase "Ausencia" cuando el trabajador no se presenta a laborar en el horario correspondiente. Asimismo, debe entenderse "Abandono" cuando el trabajador se presenta a laborar, y estando en el lugar de trabajo deja de hacer, sin justificación alguna, las funciones que le corresponden.	Alto	0,6%
D	Vulneración a la seguridad que comprometa u ocasione daño a los bienes patrimoniales de la Administración y/o de los funcionarios, así como integridad física de los usuarios y/o funcionarios, o que atente contra su vida.	Alto	0,6%
E	Cuando se compruebe el consumo bebidas alcohólicas, sustancias psicotrópicas o sustancias análogas que afecten la calidad del servicio.	Alto	0,6%

TABLA DE PORCENTAJES DE APLICACIÓN DE MULTAS SEGUN CADA INCUMPLIMIENTO			
Item	Incumplimiento	Riesgo	Porcentaje de aplicación a facturación mensual
F	No portar el ControlPAS para el permiso de armas y/o para agentes de seguridad, extendido por el MSP.	Bajo	0,2%
G	Que el ControlPAS respectivo no se encuentre vigente al momento de brindar el servicio el Contratista.	Medio	0,4%
H	Por la falta de portación de arma por el Agente, en los casos que así lo requiera, en óptimas condiciones de funcionamiento y con la munición necesaria o por falta de inscripción de la misma en la Dirección respectiva del MSP.	Medio	0,4%
I	Por falta de equipo de radio comunicación especial para seguridad y/o frecuencia de radio requeridos, según el Plan Operativo, por parte de alguno de los agentes.	Medio	0,4%
J	Por carecer, alguno de los agentes, de los implementos y suministros, requeridos en el presente contrato, para garantizar condiciones óptimas de operación necesarias para el cumplimiento y ejecución del servicio pactado.	Medio	0,4%
K	Por carecer del equipo mínimo solicitado en el presente contrato, por parte de los oficiales de seguridad, y no acatar la indicación de 24 horas posteriores para que sustituya cualquier equipo que no presente las condiciones idóneas.	Medio	0,4%

TABLA DE PORCENTAJES DE APLICACIÓN DE MULTAS SEGUN CADA INCUMPLIMIENTO			
Item	Incumplimiento	Riesgo	Porcentaje de aplicación a facturación mensual
L	Falta de supervisión o monitoreo por parte de la Contratista en las diversas jornadas o servicios.	Medio	0,4%
M	Retraso de personal en la llegada a su respectivo puesto.	Medio	0,4%
N	Pérdida o extravío del libro de actas(bitácora)establecido en el Plan Operativo.	Medio	0,4%
O	Ausencia de la elaboración de actas e informes en los casos de hurtos, robos, pérdida, sustracción y desaparición de los bienes de la institución.	Bajo	0,2%
P	A falta del reporte por escrito de cualquier anomalía que suceda durante la prestación del servicio en un plazo no mayor de veinticuatro (24) horas de ocurrida la situación particular que se constituya en novedad o asunto eventual que afecte el servicio o a la Institución.	Bajo	0,2%

Criterio de la División: Vista la respuesta brindada por la entidad licitante, donde de manera expresa indica: “(...) se reconsidera dicho apartado para que se lea de la siguiente forma (...)

se podrá imponer una multa al monto mensual del servicio incumplido... (subrayado agregado) (folio 50 del expediente de objeción), se logra determinar que la cláusula impugnada se propone modificar para no hacer referencia al “valor total” del servicio incumplido, sino que se variaría para referenciar al “monto mensual” del servicio incumplido. Además, se desarrolla una tabla de porcentajes de aplicación de multas según cada uno de los incumplimientos y sus riesgos -anteriormente adjuntas-, lo que lleva a declarar parcialmente con lugar este extremo del recurso. **2) Sobre los montos de facturación en las cartas de experiencia.** El objetante alega que la solicitud de incluir el monto de facturación en las referencias positivas adicionales, es un impedimento para la participación. Señala que la obtención o no de las cartas no depende del oferente sino de la apertura que tenga el cliente en firmar una carta de recomendación, más aún si se trata de una empresa privada. Afirma que las empresas privadas e incluso algunas instituciones como el Poder Judicial, ICE, Scotiabank, entre otras, se niegan a emitir cartas en las que tengan que incluir el monto anual de facturación, aún si es como referencia. Considera que no importa cuántos contratos de experiencia positiva pueda tener una empresa si no se puede obtener la carta con ese requisito, lo cual puede ser solventado mediante otros mecanismos. Adjunta una declaración jurada de parte del gerente Johnny Delgado Barahona en la que declara que la empresa CSE Seguridad S.A. ha contactado a las empresas a las que les brinda el servicio y las mismas se han rehusado a otorgar la carta en los términos del cartel. Señala que no resulta lógico, razonable o prudente que se limite la participación de las empresas por un requisito cuya obtención no depende de la empresa. La Administración expone que se reconsidera dicho apartado para que se lea de la siguiente manera: **“Cinco (5) referencias comerciales, emitidas con una antigüedad máxima de 1 año; referidas a contratos que el Oferente haya suscrito por servicios, de la misma naturaleza a la del objeto de la presente licitación, entre los años 2010 y 2017; y que acrediten experiencia contractual positiva; entendida como tal, el recibido a entera satisfacción de los servicios. Dichas referencias comerciales deberán cumplir con lo siguiente: / Nombre del emisor: persona, entidad o empresa que extiende el documento. / Número de Contratación o Trámite, cuando proceda. / Período de ejecución del contrato o vigencia. / Descripción del objeto contractual: especificar el tipo de servicio prestado. / Monto Total del Contrato y cantidad de puestos de seguridad pactados en el servicio (al menos tres contratos deben ser iguales o superiores a los ₡120, 000,000.00 anuales y para cinco (5) o más puestos de seguridad, en cada caso). Para aquellos casos en los que el emisor no incluya el monto del contrato, el oferente podrá**

aportar una “declaración jurada” refiriéndose al monto del mismo. / Indicación expresa de que los servicios fueron recibidos de manera satisfactoria.” **Criterio de la División:** Respecto a este punto, la cláusula objetada por el recurrente preceptúa lo siguiente: **“Referencias positivas adicionales (10 puntos):** / Una vez corroborada (sic) el requisito de admisibilidad de cinco (5) referencias comerciales escritas, por un período contractual, continuo mayor o igual a un año; emitidas por instituciones públicas, empresas privadas o por ambas, a las que el oferente haya prestado servicios de la misma naturaleza al objeto de la presente contratación; se procederá a evaluar este factor como sigue: se asignarán 2 puntos por cada referencia adicional, que acredite experiencia positiva, por un monto contractual igual o superior los \$120,000,000.00 anuales y para, al menos, cinco (5) puestos de seguridad, en cada caso; hasta un máximo de 10 puntos.” (folio 78 del expediente de objeción). De lo antes transcrito se denota que, como requisito de admisibilidad, se solicitan referencias comerciales y, cumplido lo anterior, se puntuarían las referencias positivas adicionales. Así, la cláusula de admisibilidad dispone: **“3.ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS:** (...) Cinco (5) referencias comerciales, emitidas con una antigüedad máxima de 1 año; referidas a contratos que el Oferente haya suscrito por servicios, de la misma naturaleza a la del objeto de la presente licitación, **entre los años 2010 y 2017;** y que acrediten experiencia contractual positiva; entendida como tal, el recibido a entera satisfacción de los servicios. Dichas referencias comerciales deberán cumplir con lo siguiente: / • Nombre del emisor: persona, entidad o empresa que extiende el documento. / • Número de Contratación o Trámite, cuando proceda. / • Período de ejecución del contrato o vigencia. / • Descripción del objeto contractual: especificar el tipo de servicio prestado. / • Monto Total del Contrato y cantidad de puestos de seguridad pactados en el servicio (al menos tres contratos deben ser **iguales o superiores a los \$120, 000,000.00 anuales y para cinco (5) o más puestos de seguridad, en cada caso**). / • Indicación expresa de que los servicios fueron recibidos de manera satisfactoria. / • Quien los suscriba, deberá ser el representante legal, o la autoridad competente de la empresa o institución; o la unidad fiscalizadora de los servicios recibidos.” (folio 73 del expediente de objeción). Ante el recurso interpuesto, el Ministerio de Trabajo, en relación con este punto, manifiesta: **“Sobre el requerimiento de incluir los montos de facturación en las cartas de experiencia** interpuesto en dicho recurso por parte de la empresa CSE Seguridad contra la licitación Pública **2017LN-000003-000700000**, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social da por aceptado el recurso (...) Ante el eventual recurso se reconsidera dicho apartado para que se lea de la siguiente manera: / Cinco (5)

referencias comerciales, emitidas con una antigüedad máxima de 1 año; referidas a contratos que el Oferente haya suscrito por servicios, de la misma naturaleza a la del objeto de la presente licitación, **entre los años 2010 y 2017**; y que acrediten experiencia contractual positiva; entendida como tal, el recibido a entera satisfacción de los servicios. Dichas referencias comerciales deberán cumplir con lo siguiente: / Nombre del emisor: persona, entidad o empresa que extiende el documento. / Número de Contratación o Trámite, cuando proceda. / Período de ejecución del contrato o vigencia. / Descripción del objeto contractual: especificar el tipo de servicio prestado. / Monto Total del Contrato y cantidad de puestos de seguridad pactados en el servicio (al menos tres contratos deben ser iguales o superiores a los \$120,000,000.00 anuales y para cinco (5) o más puestos de seguridad, en cada caso). **Para aquellos casos en los que el emisor no incluya el monto del contrato, el oferente podrá aportar una “declaración jurada” refiriéndose al monto del mismo.** / Indicación expresa de que los servicios fueron recibidos de manera satisfactoria.” (folio 53 a 55 del expediente de objeción). Considerando lo anterior, es constatable que la Administración propone la modificación de la cláusula del pliego referente a la admisibilidad, dejando fuera de su respuesta la cláusula impugnada por el objetante, quien cuestionó la cláusula de evaluación. Al respecto, solamente existe la indicación de que “(...) en dicho recurso por parte de la empresa CSE Seguridad contra la licitación Pública **2017LN-000003-000700000**, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social da por aceptado el recurso (...)” Considerando la situación expuesta, donde por un lado de modo expreso la Administración indica que da por aceptado el recurso –que versa sobre una cláusula del sistema de evaluación-, pero por otro lado, la propuesta de modificación que formula la entidad licitante gira en torno a una cláusula de admisibilidad, se impone declarar parcialmente con lugar el recurso, debiendo proceder la Administración con la modificación que propone y también variar la cláusula objetada, para que ambas cláusulas del pliego sean consistentes y armónicas en su regulación. De allí que se deberá efectuar tal ajuste en las cláusulas indicadas, ello con la finalidad de evitar interpretaciones contrarias al sentido pretendido por la Administración, toda vez que el pliego de condiciones, rector de la contratación, debe consolidarse como un instrumento claro, completo y no abierto a interpretaciones que puedan dilatar el procedimiento de selección y con ello la satisfacción oportuna de la necesidad. De frente a lo anterior, se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y siguientes del Reglamento a dicha ley, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **CSE SEGURIDAD SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2017LN-000003-0007000001**, promovida por el **MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**, para la contratación de servicio de seguridad y vigilancia. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Rosaura Garro Vargas
Fiscalizadora Asociada

Estudio y redacción: Rosaura Garro Vargas.
RGV/tsv
NN: 06312 (DCA-1150-2017)
NI: 12691, 12832, 13282
G: 2017001923-1