

R-DCA-0971-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las trece horas del quince de noviembre del dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **Servicios Técnicos Administrativos S.A.**, contra las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública N° 2017LN-000003-0003400001** “Servicio de Limpieza de vías para el cantón de Montes de Oca” promovida por la **Municipalidad de Montes de Oca.**-----

RESULTANDO

I.-Que la empresa **Servicios Técnicos Administrativos S.A.** en fecha primero de noviembre del dos mil diecisiete, presentó en tiempo recurso de objeción en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2017LN-000003-0003400001.**-----

II.-Que mediante auto de las diez horas diecisiete minutos del dos de noviembre del dos mil diecisiete, esta Contraloría General concedió audiencia especial a la Municipalidad de Montes de Oca, a efecto que se refiriera en forma amplia y bien fundamentada a los argumentos de la empresa recurrente. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio D. Alc 1165-2017 de fecha siete de noviembre de dos mil diecisiete.-----

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

CONSIDERANDO

I.-Sobre el fondo del recurso de la empresa Servicios Técnicos Administrativos S.A. 1) Sobre la ampliación del plazo de apertura de las ofertas. Señala la objetante que el cartel sufrió modificaciones donde se varió el alcance del servicio concretamente cita:“*Apartado 2 "Alcances del servicio", punto 2.3, para que se lea de la siguiente manera:2.3 El oferente deberá cotizar por separado el costo unitario mensual de recolección de desechos dispuestos en basureros, con las frecuencias solicitadas en el cuadro punto 7.12, del pliego de condiciones, dichos basureros se colocarán en un futuro en sitios públicos en las rutas de barrido. Modifíquese el pliego de condiciones en el apartado número 7. Consideraciones importantes, punto 7.12, agregando al final del cuadro las siguientes tres líneas adicionales a cotizar:*-----

Detalle	Precio
Precio mensual de recolección de desechos de un basurero de 1 metro de altura y 55 centímetros de diámetro, con una frecuencia de 1 vez a la semana.	
Precio mensual de recolección de desechos de un basurero de 1 metro de altura y 55 centímetros de diámetro, con una frecuencia de 2 veces a la semana.	
Precio mensual de recolección de desechos de un basurero de 1 metro de altura y 55 centímetros de diámetro, con una frecuencia de 3 veces a la semana.	

Al respecto señala que la modificación implica que se deben realizar tres nuevos presupuestos y al ser una modificación en una Licitación Pública que incide necesariamente en los términos en que se va a elaborar y presentar la oferta, la ampliación del plazo de apertura debió ser de 15 días hábiles según el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa en apego del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RCLA). Indica que pretender que los oferentes realicen esos presupuestos en menos de tres días a partir de su incorporación al cartel, infringe los principios de libre concurrencia, eficiencia y eficacia. Sobre este aspecto **la Administración** indica que la recurrente solicita la ampliación del plazo de apertura de las ofertas aduciendo que con la modificación se varió el alcance del servicio en el apartado 2. "Alcances del servicio". Sobre este alegato debemos manifestar que esa modificación se realizó con base en la resolución número R-DCA-0866-2017, de la Contraloría General de la República, resolución en la cual este tema había sido superado en dicha resolución al señalar este órgano contralor: (...) *Bajo este escenario, entiende este despacho que queda cubierta la pretensión original del recurrente, en el sentido que si bien no se indica de cuantos basureros dispone o dispondrá la municipalidad, si le indica las dimensiones de los basureros que deberá atender, con lo cual le permitirá tanto al recurrente como a los demás potenciales oferentes establecer el costo de atención de cada uno de estos dispositivos unitariamente, motivo por el cual procede declarar parcialmente con lugar el recurso en este extremo. No obstante lo anterior, se le indica a la Municipalidad el deber de revisar la redacción propuesta para la modificación, pues se señala en el texto propuesto que " ..., **El oferente deberá cotizar por separado el costo unitario mensual (un basurero) de recolección de desechos dispuestos en basureros...**" toda vez que podría darse a entender que lo que se requiere se cotice es el costo del basurero como tal, aunque en la tabla del punto 7 se habla propiamente del servicio de recolección, por lo que con la finalidad de evitar confusiones, se debe realizar precisar de mejor manera la redacción del punto 2.3 citado...." Como puede apreciarse el punto objetado por el recurrente ya había sido producto de revisión por parte del*

esta Contraloría, y la Administración lo que hizo fue mejorar la redacción como fue sugerido por la Contraloría General de la República, con el fin de que se entendiera que lo que se debería cotizar era el costo unitario de recolección de los basureros y no el costo del basurero como tal. Por tal razón por haber sido ya este punto revisado y valorado por el ente Contralor, y estar precluido solicita se rechace de plano el mismo. **Criterio de División.** La Municipalidad de Montes de Oca, de conformidad con los términos expuestos en la resolución R-DCA-0866-2017 de este órgano contralor, procedió a realizar modificaciones al cartel de la presente licitación pública. Al respecto, se tiene por acreditado que la Administración procedió a publicar el comunicado sobre el nuevo cartel unificado, en el Sistema de Compras Merlink el 29 de octubre del 2017, y procedió a ampliar el plazo de apertura de ofertas el día 31 de octubre de 2017, estableciendo este nuevo cartel como fecha límite para la recepción de ofertas el día 03 de noviembre del 2017 (ver expediente administrativo en la dirección:-----
https://www.merlink.co.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170800615&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00), de manera que los días hábiles contemplados entre el día siguiente de la publicación de las modificaciones y la fecha establecida para la apertura de ofertas es de 03 días hábiles. Al respecto solicita la objetante en el recurso, que se amplié la fecha de apertura en un plazo razonable, considerando que se realizaron modificaciones sustanciales con las que se varió el alcance del servicio, según lo indicado en el Apartado 2 "*Alcances del servicio*". Sobre lo planteado, esta Contraloría General considera que de conformidad con los términos de la resolución R-DCA-548-2016 de anterior cita, la Administración debía realizar modificaciones al cartel original, que versan desde aspectos técnicos hasta la forma en que se evaluarán las ofertas, de manera que al tratarse de modificaciones que de alguna forma van a incidir necesariamente en los términos en que se vayan a elaborar y presentar las ofertas, se pueden considerar sustanciales, siendo que respecto a la cláusula que cita puntualmente el recurrente, si bien se trata de una precisión efectuada con respecto a la forma de cotizar o reconocer el servicio, al incidir este sobre el precio y la forma de cotizar, estima este Despacho que este elemento en conjunto con las demás variaciones al cartel, implicaban que la Administración respetara al menos un nuevo plazo mínimo para la recepción de ofertas, que en el caso de la licitación pública es mínimo 15 días hábiles según el artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa. Sobre este tema, y respecto a la lectura que de dicha norma debe darse en función de lo dispuesto en el artículo 60

del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, esta Contraloría General ha manifestado que: *“(...) Ahora bien, sobre el tema de modificaciones sustanciales y en colateral con los plazos para recibir ofertas, ha sido criterio de esta División indicar que “...las modificaciones esenciales, se definen como aquellas que cambian o modifican sustancialmente el objeto contractual o constituyen una variación fundamental en su versión original. Así, de operarse una de esas modificaciones con posterioridad a la invitación al concurso, el artículo 60 del reglamento ordena ampliar el plazo para la recepción de ofertas un máximo del 50% del plazo mínimo otorgado para el tipo de contratación de que se trate. Al respecto, este despacho es del criterio que esa regulación deberá interpretarse a la luz del inciso f), del artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, el cual establece que: (... El plazo mínimo para recibir ofertas será de quince días hábiles, contados desde el día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive. ...)* De la regulación transcrita, debe repararse en el hecho de que si bien el legislador ordenó desarrollar lo relacionado al procedimiento de licitación pública en el reglamento correspondiente, también consideró importante dejar constando, a nivel legal, criterios mínimos bajo los cuales cualquier procedimiento de compra ordinario debería implementarse. Ello es fundamental, sobre todo si el plazo mínimo establecido por la ley N° 7494 para recibir ofertas en los procedimientos de licitación pública, es de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive. Esto, definitivamente, es un parámetro legal dentro del cual debe interpretarse y aplicarse el párrafo segundo del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y, por lo tanto, debe entenderse en los siguientes términos: (...) Lo anterior debe ser así, no sólo en el ejercicio de una buena técnica jurídica, (por cuanto una norma reglamentaria no puede contrariar una legal); sino porque prorrogar el plazo para recibir ofertas un 50% del plazo mínimo que corresponda al tipo de contratación particular ante modificaciones esenciales, evidentemente atenta contra los derechos e intereses de los oferentes, en el tanto se infringen principios constitucionales aplicables a los procedimientos de contratación administrativa, a saber: principio de libre concurrencia, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad. / Pero, este perjuicio no sólo se reporta contra los particulares, sino contra la administración, pues esa disminución del plazo para la recepción de ofertas ante modificaciones esenciales, en última consecuencia lesiona su derecho (y correlativamente su deber) de allegarse mejores bienes y servicios. Lo contrario, sería impactar negativamente el interés general inherente a todos los procedimientos de compra pública. / Sobre el particular, nótese que el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, perfila como meta primordial de los procedimientos de compras públicas la satisfacción del interés general y, es precisamente por esta razón, que deben garantizarse las condiciones necesarias para que, sin lesionar ningún derecho a los oferentes, se alleguen más y mejores

ofertas. En consecuencia, resultaría un contrasentido limitar el tiempo para que los oferentes preparen mejor sus ofertas de cara a modificaciones esenciales al objeto contractual, pues se estaría atentando contra el interés general que las mismas compras públicas persiguen.” Oficio No. 4951 del 2 de junio de 2008. Así las cosas cabe señalar que, al estar en presencia de modificaciones esenciales contenidas en la Circular No. 2, para el cartel de la Licitación No. 2013LN-000010-PRI, el plazo que debía computarse, desde la publicación de la circular No. 2, (21 de mayo de 2013) y el día para recibir ofertas (30 de mayo de 2013), debió ser de 15 días hábiles y no de 7 como en efecto ocurrió, por lo anterior el tercio para interponer el recurso se debe contabilizar en 5 días hábiles, es decir, que el plazo para la interposición del recurso vencía el día 28 de mayo del año en curso. Por lo anterior el recurso se encuentra presentado en tiempo y procede esta División a analizar los alegatos.” (R-DCA-334-2013 de las doce horas del once de junio del dos mil trece, lo subrayado no es del original). De lo transcrito, se extrae entonces que cuando se realicen modificaciones sustanciales al cartel, se debe respetar el plazo mínimo de recepción de ofertas de conformidad con el procedimiento de contratación que se está promoviendo, para el caso que nos ocupa el de licitación pública, es decir 15 días hábiles. Este plazo tiene su sustento en las garantías para los principios de libre concurrencia y eficiencia de manera que no solo se permita a los oferentes elaborar y presentar una buena oferta, sino también para que la mayor cantidad de oferentes se apersonen al concurso. Ahora bien, se tiene que con ocasión del recurso que se conoce, la Administración procedió a ampliar nuevamente el plazo de apertura de ofertas estableciendo como fecha límite el 23 de noviembre de 2017, (ver expediente administrativo en la dirección:-----
https://www.merlink.co.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20170800615&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00) de manera que los días hábiles contemplados entre el día 03 al 23 de noviembre de 2017, fecha establecida para la apertura de ofertas es de 14 días hábiles, plazo que tampoco alcanza el plazo mínimo de 15 días hábiles que debe respetarse, como se indicó. Conforme la normativa vigente, estima este órgano contralor que procede **declara con lugar el recurso** en el presente extremo, permitiendo con ello enmendar el plazo menor para evitar cualquier discusión de validez del procedimiento. Por lo demás, se recuerda a la Administración que debe considerar lo expuesto en la presente resolución, en cuanto a la obligación de considerar el plazo mínimo de los 15 días hábiles para la recepción de ofertas, cuando se introduzcan modificaciones sustanciales al cartel de una licitación pública. **2) Sobre la imposición de multas y cláusula penal.** Señala la objetante que la Administración

modificó el Apartado 8.1 "Faltas leves", para que se lea de la siguiente forma: "8.1 Faltas leves. Por encontrarse persona sin el uniforme completo. Por encontrarse laborando personal no comunicado a la unidad responsable. Por no entregar en máximo de una semana documentos que pueda solicitar la Municipalidad, según se indican en este cartel (evidencias de entrega de residuos a relleno sanitario autorizado, copia de planillas CCSS o de INS). Por comprobarse que se está utilizando carros de mano sin la rotulación indicada por la Municipalidad. Por comprobarse que se están utilizando bolsas plásticas con especificaciones distintas a las requeridas en este cartel. Por comprobarse barrido y/o recolección de basura incompleta. Por chapía y/o corta de ramas incompletas. Con base a un cronograma diario de labores. Por comprobarse que uno o más barrenderos brindan el servicio sin el juego establecido por la Municipalidad en el punto 6.3 del cartel. Por encontrarse una persona brindando el servicio, después de que el Administrador del Contrato haya solicitado a la empresa adjudicataria su sustitución. Por agresiones a personas y por conductas inapropiadas. Por conductas inapropiadas se entienden los siguientes actos: Vocabulario vulgar, acoso sexual, daños ocasionados a la propiedad privada de forma deliberada, consumo de alcohol o fumado en horas laborales, portación de armas de fuego. Se sancionará con un 5%, del 100% de la utilidad que el oferente haya considerado en su oferta, toda vez que el mismo incurra en alguno de los incumplimientos descritos anteriormente, partiendo de una base del 10% de utilidad como mínimo, tal y como lo indica el cartel de licitación en la página No.2 de manera textual: "Salvo que el oferente especifique un porcentaje mayor, la Administración considerará el porcentaje de la utilidad en un 10%", de tal manera que si el contratista cobró una utilidad mayor al 10% se aplicará la misma metodología de forma porcentual manteniendo la proporcionalidad. Se podrá aplicar en un mes hasta un máximo de 10 sanciones, o sea, hasta llegar a castigar un máximo del 50% de utilidad, para que dicha multa motive al contratista a cumplir de forma idónea con el objeto contractual solicitado y se garantice la acción coactiva de la administración de una forma proporcional y no abusiva. Con el fin de realizar el debido proceso para la aplicación de la multa respectiva, una vez que se genere el incumplimiento, la administración notificará por escrito al contratista, a partir de la notificación se le otorgará 24 horas para que haga el descargo de sus pruebas y en 24 horas la administración analizará las pruebas recibidas si las hubiere y resolverá de forma motivada si procede o no la aplicación de la multa. Dichos montos serán rebajados de la factura que corresponde al mes donde se incurrió el incumplimiento." Indica que

la modificación establece que para las faltas leves se sancionará con un 5%, del 100% de la utilidad que el oferente haya considerado en su oferta. Sin embargo nuevamente se omite incorporar al cartel el estudio técnico que justifique por qué razón se aplica ese porcentaje de multa, y mucho menos se comprende por qué se aplica ese mismo porcentaje a todas las faltas establecidas en el cartel. Al respecto **la Administración** indica que la resolución número R-DCA-0866-2017, de la Contraloría General de la República de las diez horas cinco minutos del veinte de octubre del dos mil diecisiete indicó en esa oportunidad lo siguiente: “... *Siendo así las cosas, la Administración deberá en primera instancia determinar, **si en función del objeto licitado es requerida y justificada la aplicación de multas y/o cláusula penal, en segundo término y en el evento de confirmarse lo anterior, deberá definir con claridad los supuestos y el porcentaje o quantum que la hacen aplicable, para lo cual deberá incorporar los respectivos estudios que justifiquen lo anterior...***” (La negrita no es del original). Haciendo una revisión detallada de cada una de las multas que en su oportunidad estableció la Administración, esta Municipalidad opta por modificar el cartel y considera se elimine el punto 8.1 Faltas leves en su totalidad, ya que ha determinado que en función del objeto licitado no es requerida la aplicación de multas, lo que procede a justificar de la siguiente forma: “Existe la aplicación de una cláusula penal la cual adquirió firmeza al no haberse objetado la modificación al cartel que en el punto 8.2 establece: “8.2. *Clausula penal. En caso de atraso en la entrega del servicio se cobrará un 3,33 % por concepto de clausula penal por cada día natural de atraso, según lo establecido en el artículo 47 al 50 del RLCA hasta un máximo de un 25%. La metodología de aplicación sería la siguiente una vez que se presente el atraso, la administración procede a notificar al oferente y le concederá a partir de la notificación 24 horas para presentar sus pruebas de descargo, y de inmediato en un plazo no mayor a 48 horas la administración con base en lo sucedido y en contra posición a las pruebas de descargo del contratista determinará si se aplica o no la multa correspondiente, dicho monto se rebajará de la factura que corresponde al mes de servicio en que se incurrió en entrega tardía del objeto.*” De esta forma, indica la Administración que se garantiza el resarcimiento económico por atrasos en la entrega del servicio contratado. Nótese además que el cartel de la Licitación de marras regula expresamente las obligaciones del futuro contratista, por ejemplo en el punto 5.1 se solicita la cantidad mínima de personal requerido y sus respectivas calificaciones para efectos salariales, en el punto 5.4 se indica claramente la obligación que tiene el contratista de uniformar a todo su

personal, en el punto 5.6 se prevé la obligación del contratista de velar por la conducta de su personal y el derecho que se reserva la administración de solicitar la sustitución del mismo, en el punto 6.3 se solicita claramente las herramientas con las que debe contar el personal al realizar labores propias de barrido y así sucesivamente, se encuentran reguladas todas y cada una de las obligaciones que debe cumplir el contratista, obligaciones que serán supervisadas de forma minuciosa y estricta por parte del administrador del contrato, caso contrario al detectarse la presencia de incumplimientos contractuales, los mismos tendrían las implicaciones y responsabilidades del caso, pudiendo la Administración recurrir a la ejecución de la garantía de cumplimiento, si se llegara a presentar un incumplimiento total o grave de las obligaciones y también acudir a la figura del apercibimiento o inhabilitación según lo regulado en los artículos 99 y 100 de la Ley de Contratación Administrativa.” Por lo indicado la Administración modifica el cartel y elimina el punto 8.1 Faltas leves en su totalidad, por no ser necesarias y en razón de la naturaleza del objeto contractual. **Criterio de la División:** De frente al argumento del objetante que señala que nuevamente se omite incorporar al cartel el estudio técnico que justifique por qué razón se aplica ese porcentaje de multa, la Administración modifica el cartel y elimina el punto 8.1 Faltas leves en su totalidad, considerando que las multas no resultan necesarias en razón de la naturaleza del objeto contractual. Al respecto, ha de indicarse que la Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo estas deben ser satisfechas. Bajo esa línea de ideas, el cartel debe ser un reflejo de dicha voluntad, para lo cual goza de discrecionalidad, siempre que no se atenten contra principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como la lógica y la ciencia (artículo 16 de la Ley General de Administración Pública), parámetros que deberá considerar al establecer las cláusulas penales (artículos 47 y 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). En el caso particular, la Administración estableció una serie de multas, sin incluir un estudio previo que justifique el "quantum" de las sanciones pecuniarias que se pretenderían imponer, aspecto en el que lleva razón el objetante y con el nuevo recurso procede a eliminarlas, considerando que cuenta con la cláusula penal a efectos de resarcir atrasos en la entrega del servicio. De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se pueden diferenciar claramente dos tipos de sanciones pecuniarias: por un lado, la cláusula pena *strictu sensu*, referida a la observancia del plazo de ejecución pactado (sea el inicial o aquél modificado mediante *adendum*), dispuesta como un mecanismo para sancionar la ejecución prematura o tardía en la

ejecución del contrato y, por otro lado, las multas por ejecución defectuosa del objeto contractual preceptuado (artículos 47 y 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). En consecuencia, la cláusula penal está referida a asegurar la observancia estricta del plazo del contrato, mecanismo por el que la Administración se decanta por mantener en el pliego cartelario. Por las razones expuestas, siendo que a pesar que no existe evidencia de la existencia de un estudio técnico que justifique la imposición de multas por faltas leves, lo cierto del caso es que con su respuesta la Administración ha manifestado su interés en suprimir esta cláusula, aspecto que queda liberado a su responsabilidad y para lo cual deberá promover la modificación cartelaria respectiva, a la cual deberá brindarse la debida publicidad, motivo por el cual se **declara parcialmente con lugar** el recurso en este extremo. **II) Sobre la gestión presentada por la empresa IBT S.A:** En otro orden de ideas, resulta necesario referirse al escrito de fecha 10 de noviembre de 2017 presentado en esta Contraloría General por la empresa Interconsultoría de Negocios y Comercio IBT S.A., en el cual refiere a una serie de consideraciones en relación con el recurso de objeción presentado por la empresa Servicios Técnicos Administrativos S.A., argumentando morosidad de la objetante con la CCSS así como un interés manifiesto de atrasar el proceso, para lo cual adjunta información en su escrito. En este sentido debe indicarse que el escrito presentado no corresponde a un recurso de objeción en contra del pliego cartelario, sino más bien a un deseo de cuestionar el proceder de la empresa recurrente, aspecto sobre el cual es menester señalarle al gestionante, que el recurso de objeción no es un procedimiento contradictorio en el sentido que se resuelvan intereses contrapuestos de las partes, sino que la filosofía que subyace en este, es el interés de las partes -potenciales oferentes- de coadyuvar con la Administración en la depuración de las reglas cartelarias. De esta forma, el contenido del escrito presentado por la firma IBT no corresponde conocerlo por esta vía a este órgano contralor, siendo que en todo caso es a la Administración a la que le corresponde al momento de apertura de ofertas, verificar entre otras cosas, la condición de los oferentes con la CCSS, motivo por el cual su gestión debe ser rechazada por inadmisibile.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su

Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **Servicios Técnicos Administrativos S.A.**, contra las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública N° 2017LN-000003-0003400001** “Servicio de Limpieza de vías para el cantón de Montes de Oca” promovida por la **Municipalidad de Montes de Oca**, recurso respecto del cual se da por agotada la vía administrativa. **2) Rechazar de plano por inadmisibles**, la gestión presentada en el proceso por la empresa Interconsultoría de Negocios y Comercio IBT S.A. **NOTIFÍQUESE.** -----

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Andrea Serrano Rodríguez
Fiscalizadora

ASR/mgz
NI: 27954,28686,29973,29034
NN: 14164 DCA-2995 -2017)
Ci: Archivo central
G: 2017002658-3

