

R-DCA-1045-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas del cuatro de diciembre del dos mil diecisiete.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **CHARMANDER SERVICIOS ELECTRÓNICOS EN SEGURIDAD S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la licitación pública No. **2017LN-000001-0001600005**, promovida por el **PROGRAMA INTEGRAL DE MERCADEO AGROPECUARIO**, para la contratación de servicios profesionales de seguridad para las instalaciones del Programa Integral de Mercadeo Agropecuario, acto recaído a favor del **CONSORCIO DE INFORMACIÓN Y SEGURIDAD S. A.**, por un monto anual de **¢278.587.434,00**-----

RESULTANDO

- I. Que la empresa Charmander Servicios Electrónicos en Seguridad S. A., el veintidós de setiembre del dos mil diecisiete, interpuso recurso de apelación en contra el acto de adjudicación de la referida licitación pública No. 2017LN-000001-0001600005.-----
- II. Que mediante auto de las ocho horas cincuenta minutos del nueve de octubre de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia inicial a la Administración y a la adjudicataria la cual fue contestada según escritos agregados al expediente de la apelación.-----
- III. Que mediante auto de las nueve horas cincuenta y nueve minutos del nueve de noviembre de dos mil diecisiete, se solicitó a la adjudicataria prueba para mejor resolver, la cual fue atendida mediante oficio No. CIS-LE 166-2017 del trece de noviembre de dos mil diecisiete.-----
- IV. Que mediante auto de las catorce horas catorce minutos del trece de noviembre de dos mil diecisiete, se confirió audiencia especial a la apelante y a la Administración, a efectos que se refirieran al oficio No. CIS-LE 166-2017, reseñado en el punto anterior.-----
- V. Que mediante auto de las trece horas nueve minutos del veintitrés de noviembre de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia final a todas las partes. Se aclara que por error material en el auto se consignó como hora de emisión del auto las tres horas nueve minutos, siendo lo correcto, las trece horas nueve minutos.-----
- VI. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

- I. **Hecho probado:** Para el dictado de la presente resolución se tiene por demostrado el siguiente hecho: **1)** Que en la oferta de la empresa Consorcio de Información y Seguridad S. A., se dispuso: **a)** En cuanto al costo de la mano de obra:

CONSORCIO	
DE INFORMACIÓN Y SEGURIDAD	COSTO DE LA MOD
SALARIOS	1.352.524,80
Unidad Salarial	386.435,66
Oficiales Requeridos	3,5
FERIADOS	33.813,12
Unidad Salarial / Día	12.881,19
Cantidad Feriados / Ley	9,0
Costo Anual	115.930,70
Costo Mensual	9.660,89
VACACIONES	52.598,19
Unidad Salarial / Día	12.881,19
Vacaciones Año/ Días	14,0
Costo Anual	180.336,64
Costo Mensual	15.028,05
CUOTAS Y CARGAS	602.338,65
CUOTAS PATRONALES	41,86%
Total Mano de Obra	1.438.936,10
COSTO MOD	2.041.274,76

(ver folio 757 del expediente administrativo)

b) En cuanto a la estructura del precio:

FORMULA REAJUSTE

RUBRO	PORCENTAJE	MONTO
MANO DE OBRA	87,93	20.412.747,51
INSUMOS	3,10	720.396,30
GASTOS ADMINISTRATIVOS	1,67	387.700,85
UTILIDAD	7,30	1.694.774,84
TOTAL	100	23.215.619,50

(ver folio 755 del expediente administrativo)

II. Sobre la legitimación y el fondo: El artículo 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), establece que: *“Podrá imponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.”* De esta forma, en el presente caso, dado que los argumentos en que la apelante apoya su gestión inciden en la posibilidad de resultar o no adjudicada y por ende en su legitimación, ambos aspectos, legitimación y fondo, serán conocidos y resueltos en forma conjunta. El apelante señala que el cartel pedía que el horario de servicio debía ser de 24 horas al día, 365 días al año, incluyendo horas de alimentación de cada puesto, durante todos los turnos. Según ello, las empresas debían

presupuestar la cobertura de los tiempos de alimentación de todos y cada uno de los puestos solicitados en los términos de referencia lo cual se afirma en el punto 3 de las Condiciones de Trabajo. Señala que conforme lo anterior, las empresas debían incluir una partida para cubrir esos tiempos con personal adicional y tanto la adjudicataria, como el oferente Consorcio de Servicios Vigilancia Operativa BENLO S. A. y Seguridad Alfa S. A., omitieron estos costos en sus respectivas ofertas. Así, respecto a la oferta de la adjudicataria, señala que: 1) Según estudio de CPA que aporta como prueba, basado en los salarios mínimos de ley y según el cartel, la empresa adjudicataria no presupuestó los tiempos de alimentación en los 3 turnos. 2) Según el Código de Trabajo, según estudio de Lic. Espinoza Navarro, las empresas debían incluir media hora de descanso por jornada laboral de todos y cada uno de los trabajadores solicitados y que dichos tiempos fuesen cubiertos por oficiales distintos a los titulares y el costo de reemplazo asciende en cada turno a no menos de 5 horas representando dichas coberturas un costo alto que al no presupuestarse volvería el contrato en ruinoso en mano de obra que es la principal variable en este tipo de servicios, dado que el faltante llega a ser en el caso de la adjudicataria un 4,28% de su costo total de mano de obra. El análisis técnico indica que se requiere la cobertura de al menos 15 horas diarias en tiempo de alimentación, o sea prácticamente 62,50% de la mano de obra de un puesto de 24 horas. El estudio de costos establece que las empresas debieron al menos presupuestar ¢21.527.994,87 en concepto de mano de obra y como expresa que la adjudicataria solamente presupuestó una partida de ¢20.412.747,51, lo que significa un déficit mensual en mano de obra de ¢912.309,07 y anual de ¢10.947.708,82. Adicionalmente agrega que el adjudicatario presupuestó todos los puestos en una misma categoría salarial, cuando el cartel pedía un coordinador interno con unas características muy diferentes a las requeridas para los oficiales, por lo que la categoría no puede ser igual y según el Manual de Perfiles Ocupacionales del Consejo Nacional de Salarios del Ministerio de Trabajo, al tener labores de supervisión y el manejo de personal se ubica en la categoría de trabajador calificado de genéricos. Al presupuestar todos los puestos como iguales habiendo establecido el cartel deberes y obligaciones diferentes entre los puestos, representa una violación que debe conllevar la descalificación de la oferta. Adicionalmente, presenta un ejercicio numérico, mediante cuadros denominados “Análisis mano de obra mínima de Ley con póliza riesgos del trabajo”, a partir de los cuales dice que existe un déficit mensual en mano de obra de ¢1.191.056,99 y anual de ¢14.292.683,84, esto tomando en consideración la póliza de

riesgos del trabajo. Por otra parte, agrega que la mano de obra de un puesto de 24 horas fue presupuestada por el adjudicatario en ¢2.041.274.76 y hay 10 puestos y se indica una mano de obra total de 20.412.747.51. Lo anterior significa ni más ni menos que todos los puestos fueron presupuestados en ese monto, lo que significa que no se hizo diferenciación entre los puestos de Oficial y el puesto de Supervisor Interno (Coordinador G-10). Agrega que también puede observarse que en la oferta, como de la respuesta a la audiencia inicial, como de la audiencia especial y de la certificación de contador público, se omite indicar cómo presupuestaron el tiempo de cobertura de los tiempos de alimentación de los oficiales pedidos en el cartel y que es la base de la apelación. El adjudicatario manifiesta no lleva razón la apelante al aseverar que no se hubiese contemplado el costo para cubrir los tiempos de alimentación del personal que se emplearía en el servicio requerido y adjudicado. Reitera que con el precio ofertado aceptó y cumplirá con todos los requerimientos cartelarios y condiciones que han sido claramente conocidas y aceptadas con la presentación de su oferta. Coincide en que el Código de Trabajo estable un tiempo mínimo de alimentación de al menos 30 minutos por cada jornada, lo cual ha considerado, acatado y cumplirán a cabalidad. Señala que en su caso particular, por su estructura administrativa y organización de costos, cuentan con una estructura administrativa distribuida por zonas en todo el país, lo que les permite tener un equipo de personal disponible que está capacitado y lo utilizan para cubrir ausencias, incapacidades, vacaciones, sustituciones y tiempos de almuerzo, entonces este costo no lo cargarán a cada contrato, sino un porcentaje a cada contrato por las zonas, razón por la cual esto lo contemplaron en los gastos administrativos de su estructura de precio. En su criterio es claro que la apelante argumenta desde su propia conveniencia, sin ser objetiva y racional. Estima que cada empresa tiene su estructura de costos y administrativa que le permite cotizar los proyectos de licitaciones con sus propias estructuras de precio, que no necesariamente es igual para todos los oferentes. También consta en su oferta económica que han cotizado correctamente el puesto de coordinación contemplando efectivamente el recargo de funciones y responsabilidades, para lo cual aporta un desglose por puestos del precio por mes y anual cotizado. Ante consulta de este órgano contralor, indica que de su oferta se desprende que un puesto de 24 horas tiene un costo de ¢2.292.065,70, para el puesto de coordinador el precio del puesto 24 horas es de ¢2.523.590.70, siendo la mano de obra al menos un 87%, esto porque al hacer el porcentaje puede variar. Respecto a las restantes consultas planteadas indica que éstas se concilian según el desglose de mano de obra

certificada por CPA que consta en el expediente y que explica la composición mínima requerida de la mano de obra, según lo requerido en el concurso, además que el esquema de trabajo para los puestos de 24 horas se ha considerado en turnos rotativos. La Administración menciona que se requieren los servicios de seguridad de 10 puestos, incluyendo el supervisor de dicha seguridad. Cada puesto se requiere 24/7, los 365 días de la semana, debido al servicio público que brinda la Institución. En este sentido, considera que tiene razón la empresa apelante, ya que se está hablando de 27 empleados (9 puestos) clasificados como trabajadores no calificados y 3 empleados (1 puesto) que son empleados calificados. Expresa que efectivamente, los tiempos de almuerzo de dichos oficiales debían ser cubiertos, de manera tal que el servicio público no se vea afectado. Indica que la parte técnica encargada del análisis de la estructura de costo el 05 de julio de los corrientes, consideró que la empresa que cumple con todo lo requerido por el cartel y presenta el mejor precio es Consorcio de Información y Seguridad. Asimismo, la comisión de contratación administrativa analizó los costos producto de la mano de obra contemplando la cobertura de almuerzo. En este segundo análisis la comisión llega a la conclusión que el costo por concepto de mano de obra es la suma de 21.842.525,00 colones; pero no generó mayor controversia toda vez que la parte técnica de la oferta fue analizada por los encargados del análisis de las viabilidades técnicas y de idoneidad de las ofertas. Adicionalmente, señala que al parecer la parte técnica del PIMA que realizó el análisis de las ofertas para la Comisión de Contratación Administrativa observó que la diferencia de precios no afectaba la estructura total de la oferta, por lo que se recomienda adjudicar a la empresa que presenta el menor precio. Esta recomendación es la que conoce el Consejo Directivo de PIMA, y la misma se acoge, por lo que para la Administración, no llevaría razón el recurrente toda vez que las diferencias numerarias son mínimas para estar en presencia de precios ruinosos. Posteriormente, conocida la respuesta a la audiencia especial conferida al adjudicatario, indica que dicha empresa hizo incurrir en error a la Administración toda vez que a folio 755 del expediente, por mano de obra establecieron un monto de ¢20.412.747,51 y en el nuevo oficio indican otros rubros, por lo que el monto real de la oferta es de ¢26.611.703,44, por lo que realmente la oferta presentada es ruinoso. **Criterio de la División:** Vistos y analizados los argumentos expuestos por las partes, se observa que uno de los cuestionamientos que plantea la firma recurrente consiste en alegar que el cartel solicitaba un puesto de coordinador el cual, según el Manual de Perfiles Ocupacionales, cuenta con una categoría o clasificación

distinta a los restantes puestos requeridos, sin embargo, que en su criterio la adjudicataria cotizó todos los puestos como iguales, pese a que en el cartel se establecieron deberes y obligaciones diferentes entre los puestos, situación que implica un vicio en la propuesta de empresa Consorcio de Información y Seguridad S. A. Al respecto, debe indicarse que al contestar la audiencia inicial la firma adjudicataria en forma expresa manifiesta que sí cotizó correctamente el puesto de coordinador y que éste tiene un precio distinto. Partiendo de lo anterior, debe indicarse que en la oferta del Consorcio de Información y Seguridad S. A., se estableció un costo de mano de obra de $\text{¢}2.041.274,76$ (hecho probado 1-a), asimismo dentro del desglose del precio dispuso para la mano de obra un porcentaje del 87.93%, el cual correspondía a un costo de $\text{¢}20.412.747,51$ (hecho probado 1-b). Adicionalmente, al atender la audiencia inicial la firma adjudicataria, en forma expresa manifiesta que sí contempló un precio para el puesto del coordinador y presentó un desglose de la siguiente forma:

PIMA 2017LN-000001-0001600005			
PUESTO	HORARIO	PRECIO MES	PRECIO 12 MESES
G-1, G-2, G-3 Y G-4	4*24 hrs	9.185.762,80	110.229.153,60
G-6 Y G-7	2*24 HRS	4.584.131,40	55.009.576,80
G-9, G-8, G-5	3*24 hrs	6.922.134,60	83.065.615,20
G-10	24 HRS	2.523.590,70	30.283.088,40
TOTAL MENSUAL		23.215.619,50	278.587.434,00
TOTAL 12 MESES			278.587.434,00

(ver folio 048 del expediente de apelación). Ante el escenario expuesto, este órgano contralor solicitó a dicho oferente explicar en qué forma se concilia la información aportada en su propuesta económica de frente a los nuevos datos revelados al momento de atender la audiencia inicial conferida, siendo que de lo manifestado por esa empresa, mediante escrito presentado el 13 de noviembre anterior, destaca lo siguiente: *“De nuestra oferta claramente se desprende que un puesto de 24 horas tiene un costo de $\text{¢}2.292.065,70$, para el puesto de coordinador el precio del puesto 24 horas es de $\text{¢}2.523.590,70$, siendo la mano de obra al menos un 87% (...)”* (ver folio 63 del expediente de apelación). Considerando lo antes expuesto, este órgano contralor arriba, al menos, a cuatro conclusiones a partir de las cuales se

determinan vicios en la propuesta de la adjudicataria que generan su exclusión del concurso, a saber: **i)** Como primer aspecto, en la audiencia especial se indica que cada puesto de 24 horas tiene un precio total de ¢2.292.065.70, sin embargo al contrastar dicho monto con los precios revelados a folio 48 del expediente de apelación (contestación de la audiencia inicial del adjudicatario), se observa que al obtener el precio mensual individual por puesto para el grupo conformado por los puestos G-1, G-2, G-3, y G-4 es de ¢2.296.440,7 ($¢9.185.762,80/4$), para el grupo de G-6 y G-7 es de ¢2.292.065.70 ($¢4.584.131,4/2$), para el grupo de G-5, G-8 y G-9 es de ¢2.307.378,2 ($¢6.922.134,6/4$). Así las cosas, se observa que solamente el valor unitario del grupo de los puesto G-6 y G-7, concuerda con la manifestación efectuada por la adjudicataria en la audiencia especial y se desconoce, ante la falta de explicación por parte de dicha empresa, cómo concilian esos datos con la información revelada en oferta. Es decir, existe una indeterminación de su precio por puesto cotizado. **ii)** Como segunda observación, tampoco existe evidencia alguna de cómo concilió el adjudicatario el costo de la mano de obra por puesto revelado en oferta de ¢2.041.274,76, con los datos incorporados en la audiencia inicial, toda vez que aplicando el porcentaje de mano de obra establecido en su desglose del precio de la oferta de 87.93%, se tiene que el costo unitario por mano de obra indicado en la audiencia inicial del grupo conformado por los puestos G-1, G-2, G-3, y G-4 es de ¢2.019.263,30 ($¢2.296.440,7*87.93%$), para el grupo de G-6 y G-7 es de ¢2.015.413,37 ($¢2.292.065.70*87.93%$), para el grupo de G-5, G-8 y G-9 es de ¢2.028.877,65 ($¢2.307.378,2*87.93%$) y para el puesto G-10 es de ¢2.218.993,30 ($¢2.523.590,70*87.93%$). Así las cosas, se observa que no existe coincidencia entre el costo de la mano de obra establecida en la oferta, respecto al costo de la mano de los precios desglosados en la audiencia inicial, situación que, ante la falta de explicación del adjudicatario, evidencia una indeterminación del precio. **iii)** Por otra parte, como tercera conclusión, es factible indicar que en el eventual escenario de validarse la manifestación efectuada por la adjudicataria a folio 63 del expediente de apelación, respecto a que un puesto de 24 horas tiene un precio de ¢2.292.065,70 y que el puesto del coordinador un precio de ¢2.523.590,70, se obtendría que el costo de oferta por los nueve puestos de G-1, G-2, G-3, G-4, G-5, G-6, G-7, G-8 y G-9, sumado al puesto del coordinador de G-10, alcanzaría un total mensual ¢23.152.182,00 ($(¢2.292.065,7*9)+¢2.523.590,70$), mientras que precio mensual establecido en la oferta fue de ¢23.215.619,50, es decir, existe un faltante de ¢63.437,50 por mes, con respecto al precio total indicado en oferta, con lo cual no existe certeza de cuál fue

finalmente el precio cotizado. Valga aclarar que para arribar a dichas conclusiones se parte que las manifestaciones del adjudicatario efectuadas al atender las audiencias conferidas refieren al “precio” y no al “costo de la mano de obra”. **iv)** Finalmente, como se determinó líneas atrás, en su oferta el adjudicatario reveló un desglose porcentual del precio en el cual al rubro de mano de obra le asignó un 87.93%, del valor del precio. Sin embargo, al atender la audiencia especial indicó: “...*siendo la mano de obra al menos un 87%...*” (folio 62 del expediente de la apelación), sin explicar la variación porcentual respectiva, su justificación técnica y legal o bien desarrollar en qué forma impactaba dicho aspecto la propuesta presentada inicialmente, por lo que es factible concluir que se modificó la estructura del precio originalmente planteada como parte de su cotización económica. Partiendo de lo anterior, debe indicarse que el numeral 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), dispone que el precio debe ser cierto y definitivo toda vez que por una parte le permite conocer a la Administración si con su cotización el oferente podrá hacer frente a la ejecución contractual, otorgándole seguridad jurídica respecto al cumplimiento de sus obligaciones y consecuentemente de la debida satisfacción de las necesidades de la licitante, así como del interés público perseguido, como también le permite comparar en pie de igualdad y sin otorgar ningún tipo de ventajas indebidas las ofertas que sean sometidas al sistema de calificación. Al respecto, valga mencionar que este órgano contralor en la resolución R-DCA-485-2014, de las once horas del veintiuno de julio del dos mil catorce, señaló: “(...) *de modo que el precio ofertado debe entenderse como inmodificable –sin perjuicio de reajustes en fase de ejecución contractual-, lo cual brinda seguridad a la entidad licitante en cuanto a que es un precio cierto el que se le ofrece, y de igual manera asegura un trato igualitario a todos los oferentes quienes tienen la seguridad que los precios ofertados son los que van a ser considerados a concurso, sin que se dé ventaja alguna permitiendo variaciones a un aspecto esencial, como lo es el precio. Queda a salvo, claro está, la posibilidad de mejora del precio que se regula en el artículo 28 bis del RLCA.*” Se entiende entonces que, salvo situaciones particulares, el precio es inmodificable, razón por la cual al existir diferencias importantes en el precio cotizado por la adjudicataria se determina su incumplimiento con el referido numeral 25 del RLCA. Adicionalmente, debe señalarse que también ha sido criterio de este jerarca impropio que el desglose del precio, en tesis de principio, no permite modificaciones, así por ejemplo en la resolución R-DCA-081-2013 de las doce horas del ocho de febrero del dos mil trece, en lo que interesa se indicó que: “*En cuanto a*

dicho tema, ya este órgano contralor se ha referido, así en la resolución No. R-DJ-165-2010 de las ocho horas del treinta de abril del dos mil diez, en lo que resulta de interés se señaló que: “Como puede observarse, con la citada resolución R-DCA-567-2008 se modificó expresamente el criterio que en el pasado se había mantenido con respecto a la posibilidad de modificar las partidas que componen la estructura del precio, a fin de determinar la ruinosidad o no de la oferta. A partir de dicha resolución, este Despacho considera que NO procede reacomodar posteriormente la estructura del precio presentada por los oferentes en sus respectivas ofertas, ya que una vez declarada por parte del oferente su estructura de precios, su modificación posterior podría generar una ventaja indebida, lo cual atenta contra una serie de principios y condiciones que rigen la materia de contratación administrativa, principalmente el principio de igualdad.” Conforme con lo anterior, y como se ha dicho, efectivamente se observa un vicio en la oferta adjudicada toda vez que ofreció una cotización menor a la que realmente correspondía de haber observado las reglas del cartel y posteriormente modifica algunos rubros de la estructura del precio, pero tomando en consideración el precio inicialmente ofertado que, como fue dicho, correspondía a una cotización menor, no sujetándose a las reglas cartelarias, lo cual lo coloca en una situación de ventaja de frente a aquellos participantes que sí se ajustaron al cartel.” Aplicando lo dispuesto al caso en concreto, se observa que pese a que este órgano contralor le requirió al adjudicatario explicar y acreditar en qué forman concilian o concordaban los precios de los puestos señalados en su contestación de la audiencia inicial respecto al desglose porcentual del precio consignado en su oferta, también denominado como “fórmula de reajuste”, lo cierto del caso es que solamente indicó que la mano de obra sería de “al menos un 87%”, siendo contrario al porcentaje determinado en su propuesta del 87.93%, por lo que se evidencia no solo una modificación en su estructura del precio, sino también un desconocimiento e indeterminación de dicho rubro. Conforme las explicaciones rendidas procede declarar con lugar la acción interpuesta, siendo que se excluye del concurso la oferta presentada por la firma Consorcio de Información y Seguridad S. A. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 191 del RLCA, y por carecer de interés práctico, se omite pronunciamiento sobre otros extremos del recurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes

de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso apelación presentado por la empresa empresa **CHARMANDER SERVICIOS ELECTRÓNICOS EN SEGURIDAD S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la licitación pública No. **2017LN-000001-0001600005**, promovida por el **PROGRAMA INTEGRAL DE MERCADEO AGROPECUARIO**, para la contratación de servicios profesionales de seguridad para las instalaciones del Programa Integral de Mercadeo Agropecuario, acto recaído a favor del **CONSORCIO DE INFORMACIÓN Y SEGURIDAD S. A.** Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

ASS/tsv
NN: 15180 (DCA-3287-2017)
NI: 23834-25179-26847-27057-29214-29348-29547-30811-30888-30892
G: 2017001786-3

