

R-DCA-0137-2018

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas y quince minutos del doce de febrero del dos mil dieciocho.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N°2017LN-000002-0017700001**, promovida por el **Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM)** para la "*Contratación de servicio de seguridad para las instalaciones del IFAM*". -----

RESULTANDO

I. Que la empresa SEGURIDAD ALFA S.A. presentó en tiempo recurso de objeción en contra del cartel del presente concurso. -----

II. Que mediante auto del 30 de enero del 2018 se otorgó Audiencia Especial a la Administración respecto al recurso presentado por SEGURIDAD ALFA S.A., la cual fue atendida mediante oficio N° DE-0117-2017 del 02 de febrero del año en curso. -----

III. Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.- Sobre el fondo del recurso. 1) En cuanto al Punto 12. Cláusula Penal. Señala **la objeción** que existe desproporcionalidad en las multas respecto a que su cálculo se hará sobre el monto total adjudicado, aunque la falta solo se cometa en un puesto. Igualmente cuestiona qué se entiende por puesto, siendo indispensable y necesario para multas y cláusulas penales. Que el cartel establece 3 puestos, 3 vigilantes y 3 turnos y cita el cartel en lo que refiere a las multas y cláusulas penales (punto 12). Señala que el cálculo de la multa es sobre la totalidad del contrato, pese a que el objeto contractual es divisible y cada posición o ubicación es independiente, por lo que es contrario al artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, (RLCA) siendo que las multas ascenderían a un mínimo de ¢35.000.00 y un máximo de ¢1.750.000.00 considerando la estimación aproximada de siete millones mensuales. Considerando que por turno habrá tres oficiales, y de haber un incumplimiento por un solo oficial la multa aplicaría sobre el costo de todo el contrato, implicaría una multa desproporcionado, además que no pagaría por el servicio recibido a satisfacción, lo

que es ilegal al haber un enriquecimiento ilegítimo. Además se requiere que se indique que es “puesto”, para evitar arbitrariedades o interpretaciones, siendo que a su criterio “puesto” debe entenderse como cada posición, y de acuerdo con el artículo 47 del RLCA, las multas deben aplicar de forma proporcional, razonable y lógica por lo que si el objeto contractual es divisible, de esta forma debe procederse cuando no se afecten las demás líneas, posiciones o puestos, donde la multa se calcule sobre el costo de cada posición y no sobre el monto facturado o total del contrato. Añade que el supuesto estudio técnico sobre el cual se basan los porcentajes utilizados como multa, corresponde a una estimación del costo de los servicios según el anexo 2 (se aporta un análisis para determinar los porcentajes de las multas), por lo que se estaría rebajando el rubro correspondiente a mano de obra y no el rebajo de una multa, ya que el 0.50%, 1% y 3% corresponden al costo proporcional del día de servicio incluyendo a todos los puestos aunque el incumplimiento pueda darse solo en uno, sea que todos los cálculos incluyen a los 3 oficiales por turno, sea el total del contrato, de forma que se pretende con dichas “multas” no cancelar el costo de los servicios recibidos (que puede ser únicamente de un oficial por turno). Considera que la cláusula 12 es confusa y lesiva del principio del equilibrio financiero del contrato, al haber varias interpretaciones que violentan los artículos 47 y 51 del RLCA, ocasionando que las cláusulas penales y las multas sean de aplicación irrestricta, irrazonable, desproporcionada e infundada, por lo que solicita incorporar criterios técnicos y estudios que justifiquen su imposición y pertinencia y razonabilidad conforme a las reglas del artículo 47 considerando que el objeto contractual es divisible. Refiere a resoluciones de esta Contraloría General a efectos de definir el concepto de puesto y dividir según el objeto contractual las multas, señala las resoluciones: R-DCA-716-2017, R-DCA-795-2017 y R-DCA-0031-2018. Considera que la multa se desnaturaliza al utilizarla como un mecanismo para no cancelar los servicios, por lo que no es una sanción que pretenda disuadir al contratista del incumplimiento; sino que pretende confiscar la totalidad del costo de la mano obra no solo del puesto incumpliente sino de otros no afectados y por lo tanto dejando de cancelar el costo de dichos servicios en detrimento del equilibrio financiero del contrato. **La Administración** refiere que en cuanto al método de cálculo de las multas no tiene razón la empresa objetante al indicar que se realiza sobre el monto total adjudicado, ya que depende de la falta si la multa se cobra por el monto mensual por puesto, por hora, por día, según sea el caso. Respecto a la definición de puesto, entiéndase por puesto cada una de las zonas donde debe desempeñar su labor un

oficial de seguridad, siendo que la seguridad cubre los alrededores e interior del edificio, entrada principal, los parqueos internos y externos con una cantidad de 3 puestos. Transcribe la cláusula 12 del cartel y señala que las multas están calculadas de manera proporcional y sobre el monto mensual de la contratación y no sobre la totalidad del contrato, cumpliendo así con el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). Indica que el punto 12.2 establece el cobro del 3% del monto total mensual, en caso de no cumplir con el plazo de inicio del servicio por parte del adjudicatario, sea el cobro por cada día de atraso en el inicio del servicio, equivalente al costo del servicio por día, por lo que el cobro de esta multa es proporcional y debe incluir todos los puestos. En cuanto al punto 12.3 refiere a que en caso de no cumplir con el horario diario completo la multa se demuestra para lo totalidad de los puestos, por lo que la Administración para mejor interpretación y que la multa se demuestre de manera proporcional por cada puesto de trabajo y no por el total, consideró que era conveniente cambiar este punto por lo que, el cartel fue modificado para que se lea: *"12.3. En caso de no cumplir con el horario diario completo por parte del adjudicatario, se cobrará 0.04% por puesto, por hora de atraso. Esta multa se ejecutará hasta lograr un 25% del total de la factura mensual, luego de lo cual, se tendrá por incumplido el contrato por parte del adjudicatario, sin responsabilidad para el IFAM. Queda entendido que toda suma por concepto de multa será rebajada directamente de las facturas presentadas a cobro por parte del adjudicatario."*, indicando que el cartel que contiene esa modificación ya fue publicado en la página del SICOP y es el que se adjunta a la respuesta de audiencia especial. Señala que la multa no se refiere a llegadas tardías como lo expone el objetante, sino al hecho de que a alguno de los puestos no se presente el oficial de seguridad y se vea afectado el servicio, por lo que la administración no estaría cobrando una multa desproporcionada o que no pagaría por el servicio de los otros puestos. Que la empresa Seguridad Alfa S.A, manifiesta que la aplicabilidad de la cláusula 12 del capítulo 1 del cartel, es sumamente confusa y lesiva del principio del equilibrio financiero del contrato y de las cargas contractuales; no obstante, son proporcionales al tipo de incumplimiento que podría tener la empresa adjudicataria del proceso, siendo que se está garantizando que el pago mensual sea por el servicio real recibido, sin que exista una intención de enriquecimiento ilícito con el cobro de las multas. **Criterio de la División:** Como primer aspecto se debe indicar que las multas son establecidas en las contrataciones, no para ser ejecutadas sino más bien bajo el precepto de que como sanción pecuniaria que representan, se

eviten y los contratos sean más bien ejecutados de conformidad con lo pactado. Bajo ese supuesto, se espera más bien que las multas no deban ser aplicadas, pero sí deben definirse a priori para sancionar a aquél contratista que lleve a cabo una ejecución defectuosa (multas) o tardía o prematura (cláusula penal) de sus obligaciones contractuales. Ahora bien, de la revisión del recurso de objeción presentado, se tiene que su argumentación se sustenta en dos aspectos, sea en primer lugar que considera que las multas y cláusulas penales establecidas en el punto 12 del cartel son desproporcionadas con vista en el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) y que el objeto contractual está dividido en puestos y sin embargo el cálculo de las sanciones económicas se realiza considerando la totalidad del costo del contrato; y por otro lado solicita aclaración en cuanto qué debe entenderse por puesto, según el presente pliego cartelario. En cuanto a la referida aclaración, resulta necesario señalar que de frente a lo establecido en el artículo 180 del RLCA, al tratarse de una mera aclaración, esta División carece de competencia para manifestarse, por lo que procede el rechazo de plano de esta primera pretensión, aunado al hecho que la Administración ha sido lo suficientemente clara en indicar que se entiende por puesto, cada uno de las zonas donde debe desempeñar su labor un oficial de seguridad, con una cantidad en esta contratación de 3 puestos. No obstante lo anterior, la consideración sobre la definición de puestos se encuentra ligada con el análisis de proporcionalidad al que lleva la argumentación de Seguridad Alfa S.A., para lo cual resulta necesario acudir y respetar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, sea en ese sentido lo establecido en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa así como el cartel de la presente contratación. Así las cosas, el artículo 47 del citado Reglamento indica, en lo que interesa, lo siguiente: *“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. En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo para el cobro de multas, se considerará sobre el mayor valor de cada una y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. ...”* (el subrayado no corresponde al original). A partir de lo expuesto, debemos indicar que es potestad de la Administración fijar el pago de multas y cláusulas penales a efectos de proteger el interés público de frente a un eventual incumplimiento, eso sí,

respetando que en caso que el objeto contractual esté compuesto por distintas líneas, el monto máximo de dichas multas debe partir del valor de cada una de ellas y no de la totalidad del contrato, considerando para tales efectos que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de obligaciones. Así las cosas parece ser que a efectos de determinar la pertinencia de la aplicabilidad del artículo 47 RLCA, dependerá de determinar que nos encontramos en presencia de un objeto contractual que además de estar compuesto por líneas y los aspectos a sancionar también puedan ser separados. Con vista en el cartel de la licitación, dentro del Capítulo N° 2 Información General, en particular dentro del punto 2.5 se menciona que el número de puestos, de vigilantes y de turnos corresponde a 3 (ver folio 43 del expediente de objeción) de tal manera se entiende que un puesto está integrado por un vigilante cada tres turnos, sea que en definitiva se trata de 3 puestos diferentes, tal como también se entiende de la aclaración realizada por parte de la Administración con ocasión de la consulta del recurrente, sin que se disponga una separación de líneas por puesto ni por objeto contractual. Por otra parte, el punto 12 Cláusula Penal establece una serie de circunstancias a partir de las cuales se impone una sanción económica con ocasión de su incumplimiento. De conformidad con lo expuesto, sea de la revisión del cartel de licitación, esta División tiene por sentado que si bien nos encontramos ante 3 puestos, los mismos no corresponden a uno por línea, sea que del objeto contractual no se desprende de modo alguno que nos encontremos en presencia de un objeto contractual integrado por líneas separadas divisible como lo pretende hacer ver la empresa objetante, siendo incluso que expresamente se indica como objeto de la licitación: *“Contratar a una empresa que brinde los servicios privados de Seguridad, con el fin de vigilar y custodiar los bienes muebles, bienes inmuebles, mobiliario en general, personas (trabajadores y público en general), que se encuentran dentro de su radio de acción, que incluye: edificaciones, parques internos y externos (el asignado a funcionarios del IFAM y de FONAFIFO), zonas verdes otras áreas abiertas. ...”*, sin que de ello se distinga en particular las labores asignadas o los lugares establecidos para la prestación de los servicios por líneas definidas y distintas. Resulta entonces que para este caso no aplica el numeral 47 del RLCA por cuanto no estamos de frente a una objeto contractual divisible por línea, y los puestos del cartel no pueden entenderse entonces como tales. Aunado a lo anterior, el punto 8 referido a precio, no hace diferencia alguna en cuanto a la cotización a partir de líneas. Asimismo el punto 2.5 del Capítulo 2 Información General, solamente indica el número de vigilantes requeridos, el

número de turnos y el número de puestos, sin que a partir de ello deba entenderse que el objeto contractual se encuentra separado por líneas. Así las cosas, el ejercicio desarrollado por la empresa objetante en consideración de la resolución R-DCA-0031-2018, emitida por parte de esta División, corresponde a condiciones de hecho totalmente distintas, sea que en el caso fáctico de dicho antecedente procede la aplicación del artículo 47 RLCA al corresponder a un objeto contractual que de acuerdo a su naturaleza y la forma de satisfacer el interés público que se desea atender, ha sido dividido por la Administración en diversas líneas, sea por lo complejo del mismo, por la gran cantidad de trabajadores que se necesita contratar para la prestación del servicio a brindar por parte del adjudicatario, por aspectos relativos a fiscalización del contrato o bien por cualquier otra condición; no obstante en el presente caso nos encontramos ante una situación distinta en la que únicamente se requiere la prestación del servicio de vigilancia por 3 puestos, que a criterio del IFAM deben integrarse en una sola línea, de manera tal que resulta improcedente la aplicación del referido artículo 47 pues no se puede equiparar la definición de líneas a las de puestos como lo intenta hacer ver el recurrente. Aunado a lo anterior, señala el objetante que las sanciones económicas establecidas en el punto 12 del cartel son consideradas sobre la totalidad del contrato; lo cual no se observa al margen del artículo 47 de cita, pues como se expuso no estamos de frente a un concurso por líneas divisibles. A partir de lo expuesto, el análisis de desproporcionalidad desarrollado por la empresa objetante carece de fundamento, y es importante indicar que la posibilidad de la Administración de determinar una cantidad de puestos de trabajo y a partir de ellos el cobro de multas resulta un aspecto de su absoluta discrecionalidad, que en ningún caso debe confundirse con la también disposición que disfruta la Administración de dividir el objeto contractual en líneas según su entender del mismo, siendo esta quien mejor conoce sus necesidades y la manera de atenderlas. Así las cosas, no procede la modificación señalada por el recurrente en el tanto que su argumentación resulta ajeno al presupuesto establecido en el artículo 47 del RLCA así como al cartel de la licitación. De conformidad con lo expuesto procede declarar sin lugar el recurso de objeción presentado. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar sin lugar, el recurso de objeción** interpuesto por la

empresa **SEGURIDAD ALFA S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N°2017LN-000002-0017700001**, promovida por el **Instituto de Fomento y Asesoría Municipal (IFAM)** para la "*Contratación de servicio de seguridad para las instalaciones del IFAM*". **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.** -----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Gerardo A. Villalobos Guillén
Fiscalizador

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

GVG/svc
NI: 2290, 2917
NN: 02071 (DCA-0568-2018)
Ci: Archivo central
G: 2018001005-1

