

R-DCA-0806-2018

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas cuarenta y siete minutos del veinte de agosto del dos mil dieciocho.-
Recurso de objeción interpuesto por **Seguridad Alfa, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2018LN-000001-0018600001**, promovida por el **Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura** para la "Contratación de servicios de vigilancia en la Terminal Pesquera, Puntarenas."-----

RESULTANDO

- I. Que Seguridad Alfa, S.A. presentó en fecha tres de agosto de dos mil dieciocho recurso de objeción, contra el cartel de la referida Licitación Pública No. 2018LN-000001-0018600001.-----
- II. Que mediante auto de las once horas y tres minutos del siete de agosto se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. PEP-720-08-2018.-----
- III. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo. 1) Cláusulas penales y multas La **objetante** señala que la regulación cartelaria del punto 7. Condiciones del Contrato, sobre las multas y las cláusulas penales es contraria a lo dispuesto en el numeral 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y los criterios reiterados del órgano contralor, ya que se establece que para el cálculo de las mismas se tomará el "monto total del contrato". Indica que basándose en los datos de los montos estimados por la Administración señalados en "Detalles del Concurso 1. Información General", y tomando en cuenta que los costos por agente de seguridad aproximadamente son de $\text{¢}625.000,00$, con una sola falta, por ejemplo no llevar la bitácora, la multa del 1% sobre el costo total del contrato que es anual sería de $\text{¢}577.200,00$ diarios lo que implica que equivale a 27.7 días de servicio de un solo agente de seguridad, por un incumplimiento de uno solo de los 7 agentes que cubren los tres turnos de la línea 1, y además el costo del agente que cubre el horario de la línea 2 tiene para la empresa. Agrega que no consta fundamento técnico alguno donde se establezca que el daño indemnizable por la falta de bitácora, le causa un perjuicio a INCOPESCA de $\text{¢}577.200,00$ diarios y volviéndose prácticamente con una sola falta en ruinoso el contrato, ya que el pago de dicha multa implicaría seguir prestando el servicio sin utilidad alguna. Así, si el contrato no puede

sostenerse por sí mismo, porque las multas exceden por mucho el rubro de la utilidad, las demás obligaciones se verán necesariamente desatendidas. Estima que las cláusulas penales y las multas deben ser calculadas sobre el horario y la jornada y no sobre la totalidad del monto del contrato porque así lo dispone el artículo 47 del RLCA que los incumplimientos pueden ser por líneas o incluso parciales, y no sobre la totalidad del contrato. Recalca que se trata de un objeto divisible y que los incumplimientos en la ejecución pueden ser parciales, incluso dentro de la misma línea o puesto de trabajo como sucede con los horarios de 24 horas donde 6 personas distintas a lo largo del día ocupan el puesto, de forma que las acciones u omisiones son totalmente independientes y no afectan el resto de la prestación del servicio. La Administración en primer término se refiere al plazo para atender la audiencia especial, y aclara que contestan de forma extemporánea en virtud de que si bien el servidor del fax de INCOPECA sí recibió el fax del órgano contralor por medio del cual se confiere audiencia especial, sin embargo, indica que la herramienta del fax electrónico Elastic por error no realizó la distribución electrónica hacia los correos de los destinatarios asignados. Solicita que se acepte la contestación a la audiencia conferida. Con respecto al recurso, manifiesta que la objetante carece de legitimación por cuanto por medio de la resolución No. PEP-633-2016 de las diez horas del 1° de setiembre de 2016 se inhabilitó a la firma Seguridad Alfa por un período de dos años en razón de los incumplimientos contractuales. **Criterio de la División. a) Ausencia de legitimación de la empresa recurrente.** De previo a analizar el fondo del recurso resulta necesario hacer referencia al alegato de la Administración sobre la supuesta falta de legitimación de la empresa objetante. Sobre el particular, es preciso destacar que la Administración no acreditó que la empresa efectivamente se encuentre inhabilitada, puesto que únicamente aporta copia de la resolución por medio de la cual se impuso dicha sanción, pero sin que demostrara la firmeza de la misma. Por otra parte, este órgano contralor verificó en la página web del Ministerio de Hacienda, así como en el Sistema Integrado de Contratación Pública (SICOP) y no se encontró reflejada la sanción alegada, con lo cual, lo procedente es entrar a conocer los alegatos de la recurrente en contra del cartel. Por lo demás, se hace necesario recordar a esa Administración su obligación de atender la audiencia especial en cuanto a los temas objetados, en tanto ciertamente puede cuestionar la legitimación o fundamentación del recurso; pero ello en modo alguno la exime de atender el fondo de los aspectos alegados y por los que se brindó audiencia. En ese sentido, debe considerarse que este órgano contralor puede tener una lectura diferente sobre la legitimación y por ello podría

ocurrir que se ingrese al fondo del recurso, para lo cual se hace también relevante conocer cuál es la motivación técnica de la Administración que sustenta la cláusula objetada y por ello no se trata de una limitación injustificada a la participación. **b) Sobre los aspectos alegados en el recurso.** Al respecto, se debe partir por tener presente que de conformidad con lo especificado en el cartel, la contratación de los servicios de vigilancia en la Terminal Pesquera se encuentra dividida en diferentes líneas por sector, de forma en ese orden debe considerarse la posición que reiteradamente ha señalado esta Contraloría General en torno a la manera en que debe regularse el tema de las multas y cláusulas penales en esos supuestos. Así, conviene traer a colación lo dispuesto, en lo que interesa, en la resolución No. R-DCA-0795-2017 de las siete horas cincuenta minutos del veintiocho de setiembre de dos mil diecisiete: *"(...) En virtud de lo expuesto es criterio señalar, que estando en un escenario donde el cartel está compuesto por diferentes posiciones, -un total de 24, según el artículo 9 del cartel- la redacción sobre el tema de multas y cláusulas penal se debe revisar en este caso, ello porque de esa cláusula puede inferirse que una falta en un puesto, puede implicar la aplicación de la multa sobre la totalidad de la contratación, en otras palabras, podría estarse sancionando a la empresa por el incumplimiento de un puesto, pero económicamente hasta por puestos que no han tenido inconveniente alguno. Sobre este tema ha dicho este Despacho que "(...) las multas se deben calcular sobre la base de cada contrato en forma independiente y no en forma conjunta, toda vez que se trata de servicios brindados en instalaciones distintas, prueba de ello es que la Administración ha decidido efectuar el proceso en líneas separadas, de forma tal, siendo que la Administración no se pronuncia sobre este aspecto, deberá entonces precisarse el cartel en punto a este tema, para una mayor comprensión de sus alcances, lo cual resulta apegado a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no tendría sentido sumar en el cobro de multas, el costo mensual del servicio brindado en un edificio sobre el cual no ha existido incumplimiento alguno". (Resolución R-DCA-296-2016) Es así que para el caso que se analiza, deberá la Administración adecuar la redacción propuesta para que el monto o porcentaje correspondiente a multas y cláusula penal se compute de forma independiente para cada una de las posiciones. Además es criterio señalar que debe quedar reflejado en un estudio técnico previo e incorporarse al expediente administrativo de la licitación o contratación el origen de los montos o porcentajes establecidos. Al respecto mediante la resolución R-DCA292-2016, se indicó: "...resulta relevante considerar lo indicado por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia al indicar que: "(...) 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 estos elementos, se reitera, no puede (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.” (Resolución No. 00416-F-S1-2013 de las catorce horas veinticinco minutos del nueve de abril de dos mil trece). Ya sobre lo anterior este órgano contralor ha indicado además que“(…) No debe perder de vista la Administración, que un punto sensible en la relación con los contratistas es precisamente, la determinación a priori de los supuestos y los montos que hacen aplicable una cláusula penal, de ahí la importancia que este aspecto quede claramente identificado desde las bases mismas del cartel con la finalidad de dotar a esa relación contractual, de la suficiente seguridad jurídica a efecto de evitar interpretaciones que puedan llegar a hacer nugatorio para la Administración o lesivo para la contratista, el ejercicio de esta potestad por la primera” (ver resolución R-DCA-250-2014 del 28 de abril de 2014). Así las cosas, resulta esencial que esa Administración incorpore en el expediente esos estudios, a efecto que los potenciales oferentes conozcan de antemano, las valoraciones efectuadas por la Administración que tomando en consideración entre otras, el objeto contractual, plazo, impacto en el servicio y costo estimado del contrato, han determinado el porcentaje que por multa y cláusula penal esta ha definido en dicho cartel...”. Tomando en consideración el criterio citado, lleva razón la objetante respecto a que la cláusula cartelaria que regula el tema de las multas y las cláusulas penales debe ajustarse, a efectos de que el monto o porcentaje correspondiente a multas y cláusula penal se compute de forma independiente para cada una de las líneas y no teniendo como base la totalidad del monto contractual. Adicionalmente, deberá la Administración emitir el respectivo estudio técnico que justifique los porcentajes por multa y cláusula penal definidos, estudio que debe incorporarse en el expediente del concurso. Es por ello que, en cuanto a ese extremo de lo alegato se debe declarar con lugar el recurso. Ahora

bien, en cuanto al argumento de la objetante relativo a que las multas y cláusulas penales se deberían definir no solamente por líneas, sino además que se calculen sobre el horario y jornada de cada puesto, es preciso recordar en primer término, que el recurso de objeción no está concebido como un medio para que los potenciales oferentes realicen “propuestas” de la forma en que estiman más conveniente que se regulen las cláusulas cartelarias. Antes bien, mediante la interposición de un recurso de objeción, el recurrente debe indicar en forma precisa las infracciones que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones a 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. Bajo esa tesitura, no podría simplemente alegarse que existe una mejor forma de calcular los porcentajes de las multas y cláusulas penales, si no que tendría que haber acompañado su argumento con la realización del ejercicio a partir del cual se demuestre que de otra forma la definición de los montos a cancelar por concepto de multa o cláusula penal resultarían desproporcionados e irrazonables. Por el contrario, la objetante solicita que el cartel se ajuste a la posición que reiteradamente ha señalado este órgano contralor respecto a que cuando el concurso está compuesto de varias posiciones o líneas, el monto o porcentaje a cobrar correspondiente a multas y cláusula penal se debe computar de forma independiente para cada una de las posiciones, ya que no tendría sentido sumar en el cobro de las multas el costo del servicio brindado en una posición o línea sobre la cual no ha existido incumplimiento alguno. De forma tal, que ir más allá en el cálculo de los montos, por puesto, horario, etc. es un aspecto que carece de fundamentación, sin que se demuestre cómo el esquema de la Administración en este caso no resulta proporcionado o razonable frente al objeto del concurso, por lo que en este punto no lleva razón la recurrente. Así las cosas, lo procedente es **declarar parcialmente con lugar el recurso.**

c) Observaciones de oficio sobre la motivación de las multas y cláusulas penales. Con respecto a la necesidad de incorporar al expediente los criterios técnicos y estudios que justifiquen la imposición de las multas y cláusulas penales, conviene citar lo manifestado por este órgano contralor en la resolución R-DCA-264-2016, de las diez horas del siete de abril de dos mil dieciséis, que en lo que interesa dispuso: “...*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: “(…) 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 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 antecedida 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. [...] (Destacado es propio) 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.” En consecuencia, deberá esa Administración incorporar 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 las respectivas multas cláusulas penales, conforme con lo señalado por la Sala Primera.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su Reglamento se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar Seguridad Alfa, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2018LN-000001-0018600001**, promovida por el **Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura** para la “Contratación de servicios de vigilancia en la Terminal Pesquera, Puntarenas”. **2) Se ordena a esa Administración atender las observaciones en relación con la motivación de la sanción pecuniaria. 3) De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFIQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociada

Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

APV/chc
NI: 19950, 20859, 20893
NN: 11852 (DCA-2982)
G: 2018002595-1

