

## R-DCA-1051-2016

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las catorce horas cinco minutos del veintitrés de diciembre del dos mil dieciséis.----

**Recursos de objeción** interpuestos por **Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A.**, y **Multinegocios Internacionales América, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública 2016LN-000021-PRI**, promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para la “Contratación de servicios de limpieza para los edificios de la sede Gam, planteles y planta de tratamiento”.-----

### RESULTANDO

**I.-** Que la empresa Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A., presentó recurso de objeción el nueve de diciembre de dos mil dieciséis ante esta Contraloría General en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

**II.-** Que la empresa Multinegocios Internacionales América, S.A., presentó recurso de objeción el doce de diciembre de dos mil dieciséis ante esta Contraloría General en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

**III.-** Que mediante auto de las catorce horas veintitrés minutos del trece de diciembre de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera a los alegatos de los recursos interpuestos, la cual fue atendida mediante oficio sin número y sin fecha presentado el dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis.-----

**IV.-** Que mediante auto de las once horas trece minutos del veinte de diciembre de dos mil dieciséis, el recurso interpuesto por Multinegocios Internacionales América, S.A., fue acumulado con el recurso interpuesto por Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A., computándose el plazo para resolver a partir del día siguiente al de la interposición del último recurso.-----

**V.-** Que para emitir esta resolución se han observado las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

### CONSIDERANDO

**I.- Sobre el fondo del recurso presentado por la objetante Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A.: 1) Sobre la inclusión de criterios sustentables de carácter social:** Manifiesta la empresa objetante que el sistema de evaluación de ofertas no considera los criterios de tipo social dentro de los aspectos sustentables, que la recurrente califica como un factor esencial; y, además, el peso otorgado a algunos factores del sistema de evaluación de ofertas es desproporcionado. Señala la objetante que la actividad de contratación administrativa

está regida por los principios de rango constitucional de eficiencia y eficacia, de tal forma que los fines, metas y objetivos que el Estado persigue mediante la adquisición de bienes y contratación de bienes y servicios requeridos, procura una sana administración de recursos, aunque el propósito consiste en erradicar y superar las desigualdades del conglomerado social; aspectos que quedan incorporados en el cartel como reglamento específico de la contratación (artículo 51 del RLCA), de modo que la oferta que mejor satisfaga el interés público será aquella que pueda ser evaluada si bien conforme la discrecionalidad administrativa (artículo 42, inciso c, de la LCA), también sometida a las reglas de la ciencia, técnica, justicia, lógica y conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), aún cuando el precio tenga un papel preponderante. Por ello, señala la objetante, el pliego de condiciones debe contener las especificaciones técnicas, financieras y de calidad que correspondan al objeto contractual. Agrega la empresa objetante que el ordenamiento jurídico costarricense regula las normas sustentables, las cuales podrán entenderse como *“el proceso mediante el cual las organizaciones satisfacen sus necesidades de bienes, servicios y obras obteniendo el mejor valor por el dinero gastado”* (citando definición del Grupo de Trabajo Internacional en Compras Públicas Sustentables, SPP, Reino Unido, 2008), tipo de compras que genera beneficios tanto para la organización como para la sociedad y la economía, a la vez que minimiza los daños al ambiente; donde los criterios de sustentabilidad se refieren tanto a condiciones ambientales, sociales y económicas. La objetante puntualiza que para la implementación de los criterios sustentables fue emitida la *“Normativa técnica para la aplicación de criterios sustentables en las compras públicas y guía para su implementación”* (La Gaceta No. 69 del 10 de abril de 2015); además de la autorización que el artículo 29 de la Ley para la gestión integral de residuos (ley No. 8839) confiere a las instituciones del Estado para promover la compra y utilización de materiales amigables con el ambiente; donde los criterios sustentables de tipo social referidos al cumplimiento de las obligaciones laborales contempladas en el bloque de legalidad constituyen requisitos de admisibilidad para contratar con el Estado. Respecto de este último aspecto, señala la empresa objetante que los aspectos laborales de cumplimiento obligatorio son los relativos a la jornada de trabajo y otros aspectos de la relación laboral; y que debería ser obligatorio que los procedimientos de contratación administrativa apoyen la promoción de oportunidades de empleo, que se incluye en el artículo 56 de la Constitución Política, y el Convenio de cooperación y beneficio económico promovido por el Ministerio de Trabajo para

crear plazas a jóvenes de 18 a 35 años. Manifiesta la objetante que el objeto de la presente licitación es la prestación de servicios de limpieza, que constituye una de las principales fuentes de trabajo, sobre todo para la población con alguna discapacidad; en tanto que la empresa objetante absorbe una buena cantidad de personal que en otra actividad económica no tendría gran oportunidad de trabajo, y que por ello es importante que los carteles sean más equilibrados en términos de calificación. Sostiene la empresa objetante que de conformidad con lo expuesto dentro de la calificación del cartel deben considerarse los criterios sociales por su trascendencia, y no únicamente los criterios ambientales; en cuyo respaldo cita el oficio No. 1390 (DGCA-154) de 11 de febrero de 1999 en cuanto dispone que el sistema de calificación debe ser útil para reflejar las diferencias cualitativas y cuantitativas del objeto licitado, en cumplimiento de las características de completez de los factores de evaluación, proporcionalidad de los porcentajes de evaluación según su incidencia, pertinencia, y trascendencia. La empresa objetante cita como fundamento normativo de los criterios sociales en cuanto a discapacidad, las siguientes: la ley No. 7600 (Igualdad de oportunidades para personas con discapacidad), ley No. 8661 (Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad), No. 8862 (Inclusión y protección laboral de las personas con discapacidad en el sector público), No. 7092 (Incentivo a favor de los empleadores que contraten personas con discapacidad); y respecto de adolescentes: ley No. 7739 (Código de la Niñez y Adolescencia) en su capítulo VII (Régimen especial de protección al trabajador adolescente), y decreto ejecutivo No. 29220-MTSS (Reglamento para la contratación laboral y condiciones de salud ocupacional de las personas adolescentes); y cita como respaldo de la proporcionalidad y razonabilidad que el cartel como acto administrativo debe contemplar respecto del tema en discusión, la resolución de la Contraloría General de la República No. R-DCA-629-2012 de las 11:00 horas del 28 de noviembre de 2012. Con base en ello, la empresa objetante solicita modificar el sistema de evaluación del presente concurso; partiendo de las disposiciones específicas vigentes divididas en dos fases, donde a la experiencia de la empresa le es asignado un 50%, a la utilización de productos de bajo impacto ambiental o productos biodegradables un 25%, y a la certificación ISO-9001 un 25%, y en la segunda fase sería adjudicada la empresa con el mejor precio global, fase a la cual podrán acceder las empresas que alcancen un 65% en la primera fase; la recurrente plantea que el rubro de criterios sustentables sociales ostente un peso del 20%, el referente a la utilización de productos

biodegradables o de bajo impacto ambiental un peso del 20%, y la certificación ISO-9001 un porcentaje del 10%, donde el criterio sustentable de tipo social quede fraccionado en dos: donde la inserción laboral de personas con discapacidad obtenga un 5%, para lo cual el oferente debería presentar certificación vigente emitida por CONAPDIS de que la empresa cuenta con personal con discapacidad en su planilla; y la inserción laboral de personal con edad igual o superior a años obtenga un 15%, debiendo el oferente demostrar que durante los seis meses anteriores a la fecha de apertura de las ofertas ha contado en su nómina con personal con dicha o más edad, en un porcentaje de al menos un 15% de la planilla durante ese período y de manera consecutiva, debiéndose demostrar la continuidad laboral de dichas personas, además de documentación que demuestre cuáles son esas personas y sus datos, sin que pueda considerarse cumplido el requisito si dichas personas son integrantes de la Junta Directiva o accionistas de la empresa oferente. Manifiesta la Administración que en todos los procedimientos de contratación de servicios consideran el personal que interviene como un recurso muy importante para el desempeño de las funciones, el cual debe contar con experiencia que será valorada al momento en que las empresas oferentes presentan la información requerida en el cartel. La Administración sostiene que el cartel no refiere la exclusión del personal de limpieza que la empresa pudiese tener contratado, sean personas con discapacidad, jóvenes o personas mayores de 45 años, ya que por el contrario el ICAA es partícipe de la promoción y de las oportunidades de empleo que las empresas utilizan para seleccionar a su personal; siendo que los contratos suscritos se han caracterizado por haber finalizado sin la necesidad de rescindir, ni aplicar multas o ejecutar garantías de cumplimiento, ya que el personal de servicio siempre se ha comprometido con su trabajo y ha realizado sus labores con responsabilidad. Agrega la Administración que en cuanto a los factores de evaluación, se ha tomado en cuenta lo indicado en el oficio SB-AF-CSA-872-2014, tenido en consideración al contestarse recurso de objeción en otro concurso, el No. 2014LN-000001-PRI, para efectos de explicar porque se ha decidido incluir criterios ambientales y otorgarle una calificación de un 25% a la utilización de productos de bajo impacto ambiental; donde el oficio (memorando) No. SB-AF-CSA-662-2014 constituye la justificación para la incorporación de criterios ambientales en la presente licitación, acorde con el desarrollo de programas sobre cambio climático, eficiencia energética y compras verdes por parte de las UEN Ambiente, Investigación y Desarrollo, y Gestión Ambiental, del AyA, orientados a la política cero carbono

para el año 2021 impulsada por el Ministerio de Ambiente y Energía; oficio en el cual se ha hecho referencia a los criterios ambientales con el fin de minimizar impactos ambientales durante el ciclo de vida del servicio mediante la reducción en la producción de residuos, reducción del consumo de recursos, utilización de alternativas que han hecho uso de productos reciclados, o provenientes de recursos renovables gestionados de forma sostenible; se refiere en dicho documento que el Estado y sus instituciones constituyen agentes de cambio por su gran poder de adquisición en la realización de actividades administrativas y técnicas; además del papel que desempeña el AyA en cuanto a agua potable y saneamiento, según calidad de vida como objetivo en armonía con el ambiente. Para la incorporación de criterios ambientales la Administración refiere como normativa base o concordante, el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 “María Teresa Obregón Zamora” donde se establece como objetivo estratégico que el país cuente con una matriz energética que asegure la sostenibilidad y competitividad, requiriéndose un uso racional y eficiente de la energía y de los recursos de la cual es obtenida; gestión del “Recurso Hídrico y Manejo de Residuos” mediante la sensibilización y educación de la población; implementación de la Ley para la Gestión Integral de Residuos, No. 8839, al establecer el desarrollo de gestión ambientales en todas las dependencias institucionales; la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554, que tiene como objetivo la dotación a individuos como al Estado de los instrumentos necesarios para la consecución de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; el Reglamento para la Elaboración de Programas de Gestión Ambiental Institucional en el Sector Público de Costa Rica, decreto ejecutivo No. 36499, en aras del desarrollo sostenible; y mejora de normativa y procedimientos técnicos para prevenir impactos sociales y ambientales negativos. Luego, la Administración refiere la resolución de la Contraloría General de la República No. RC-116-2002 del 27 de febrero de 2002, que ha definido como no arbitraria la decisión de las administraciones de solicitar la certificación ISO, que es un factor que busca garantizar la calidad de los potenciales oferentes, mediante la acreditación de sus servicios, aunque su ausencia no significa descalificación de la oferta por no constituir un requisito de admisibilidad. En consecuencia, considera la Administración que el sistema de evaluación no impiden o restringen la participación de ninguna empresa, puesto que dichos criterios no constituyen un criterio de admisibilidad, no violentándose la igualdad y libre concurrencia de ningún potencial oferente, citando en su respaldo las resoluciones del órgano contralor No. R-DCA-282-2013, R-DCA-251-2013, R-DCA-335-2013, y R-DCA-125-2013.

**Criterio de la División:** La empresa recurrente objeta el sistema de evaluación del volumen 3 del cartel en cuanto no ha incorporado los criterios sustentables sociales, proponiendo una modificación del esquema de distribución de porcentajes, de tal forma que el 50% de la primera etapa de evaluación se modifique así: que el porcentaje actualmente asignado para el criterio de evaluación No. 2, denominado “Empresas que utilicen productos de bajo impacto ambiental (Productos Biodegradables)” se reduzca del 25% al 20%; que el porcentaje actualmente asignado para el criterio de evaluación No. 3, denominado “Certificación ISO 9001” sea reducido de un 25% a un 10%; y que sea agregado un criterio de evaluación adicional referente a los criterios sustentables sociales con un peso del 20%, el cual a su vez se subdividiría en un 5% para evaluar la inserción laboral en la empresa oferente de personal con discapacidad, y un 15% para evaluar la inserción laboral en la empresa oferente de personal con edad igual o mayor a 45 años. El punto 2 del sistema de evaluación del cartel, del volumen 3, define que se entiende por productos biodegradables, cuál debe ser el tiempo y porcentaje de biodegradabilidad, requisitos de acreditación, de modo que si la empresa participante oferta de 5 a 6 productos biodegradables obtendría el 25% del porcentaje, de 3 a 5 productos un 15%, y de 1 a 2 productos un 5%. La empresa objetante ha citado normativa que regula diversos aspectos que considera han sido desatendidos al momento de elaborarse el cartel de la presente licitación, que han tenido como resultado que los criterios sustentables sociales en su aparte de promoción del trabajo de personas con determinadas condiciones no se han incorporado en el cartel. Si bien los fundamentos citados por la empresa recurrente denotan interés en temas programáticos de las compras públicas, no ha logrado acreditar que la estructuración actual del cartel le impida participar en condiciones de igualdad con otros eventuales oferentes, de tal forma que resulte indispensable –para efectos estrictamente concursales– la incorporación del nuevo criterio que propone y consecuentes variaciones porcentuales, para que se alcance en su criterio la referida igualdad. Resulta de especial relevancia señalar que la empresa objetante no ha logrado demostrar que los criterios sustentables sociales del tipo que señala sean de obligatoria implementación por parte de la Administración licitante, ya fuese por disposición legal expresa, o porque una vez efectuados estudios internos o meta institucionales sea recomendable la inclusión del incentivo propuesto a los participantes. De conformidad con lo que viene expuesto, procede **declarar sin lugar** el recurso en este extremo. **Consideración de oficio:** La Administración debe tener en

consideración que la “Normativa técnica para la aplicación de criterios sustentables en las compras públicas y guía para su implementación”, *et al.*, que es acuerdo del Ministerio de Hacienda de 24 de marzo de 2015, publicado en La Gaceta No. 69 del 10 de abril de 2015, en su artículo 5.2 dispone lo siguiente: “*Los criterios de sustentabilidad pueden ser incluidos a través de los criterios de admisibilidad o como criterios de evaluación. [...]*”; sin embargo, de conformidad con los criterios a evaluar de la primera etapa, cualquier oferente que cumpla únicamente con la experiencia (50%) y la certificación ISO 9001 (25%) pasaría a la segunda etapa puesto que para ello se requiere de un 65%, es decir, 10 puntos menos que la suma porcentual que se obtendría de lograr la totalidad de los rubros recién referidos, que son el 1 y el 3; es decir, en dichos supuestos el criterio de sustentabilidad incorporado por la Administración (“2 Empresas que utilicen productos de bajo impacto ambiental (Productos Biodegradables)”), podría no ser necesario del todo para que un eventual oferente pase a la segunda etapa de evaluación de ofertas. A esto debe sumarse el hecho de que la Administración ha incorporado como requisitos de admisibilidad la exigencia de que determinados productos sean biodegradables, como puede apreciarse en el punto 8 del aparte “2- Condiciones generales” del volumen 2, al disponer lo siguiente: “*Se debe garantizar la calidad y la biodegradabilidad de los productos químicos a utilizar. [...]*”; en relación con el punto “c)- Criterios ambientales:” del aparte “3- Requisitos del oferente”, al disponer lo siguiente: “*Los productos utilizados para la limpieza y desinfección deberán cumplir con las siguientes especificaciones mínimas, esto como requisito de **admisibilidad**.*”; es decir, si los criterios sustentables ambientales ya han sido incorporados como un criterio de admisibilidad, la Administración deberá valorar sobre qué aspectos versaría la asignación de puntos a criterios sustentables ambientales. La Administración deberá dejar acreditado en el expediente administrativo que ha advertido estas consecuencias y que con ello no se incumpliría con el fin público por el cual dicha disposición fue incorporada en el cartel. En segundo lugar, el artículo 5.3 de la misma normativa, entre otras, incluye las siguientes regulaciones: “*Si bien es cierto resulta discrecional para cada Administración contratante determinar cuál(es) criterio(s) sustentable(s) utilizará y el porcentaje de evaluación por asignar a este(os), cuando la administración contratante promueva una contratación sustentable, debe considerar y acatar las siguientes pautas: / 1. El 20% establecido en el artículo 29 de la LGIR debe ser utilizado para implementar de criterios sustentables en las compras públicas [...]. / 2. El porcentaje*

mencionado anteriormente representa un mínimo que necesariamente debe respetarse. Las administraciones contratantes podrán elevar dicho porcentaje en atención al objeto contractual, dejando constancia de las razones que justifiquen dicha decisión en el expediente de la contratación. / [...] / 3. Los criterios sustentables por los cuales se asigna puntaje deben estar vinculados con el objeto contractual [...] / [...] / 4. Los criterios sustentables deben ajustarse al estudio preliminar de mercado que sustenta la decisión inicial. / De esta forma, se garantiza que los criterios solicitados puedan ser satisfechos en el mercado estudiado. / [...] / Cuando se decida incorporar criterios sustentables en el sistema de evaluación, deberá efectuarse el procedimiento establecido en la siguiente sección.” Por su parte, el artículo 5.4.1 dispone lo siguiente en su primer párrafo: “El peso asignado a cada una de las categorías evaluadas puede variar en atención al objeto contractual; por ejemplo, no debería darse igual peso a la categoría ambiental en una adquisición de productos de limpieza que en una de software. Como punto de partida, el peso de las categorías respecto de los 20 puntos a otorgarse deberá ser de: un 30% para criterios ambientales, un 30% para criterios sociales, un 30% para criterios económicos y un 10% para criterios de innovación; no obstante, se reitera que estos pesos podrán ser modificados de acuerdo a las condiciones específicas del objeto contractual, atendiendo al estudio preliminar y a la decisión inicial.” En cuanto a los criterios sociales, el artículo 7.2.1 del cuerpo normativo que se ha estado refiriendo, dispone lo siguiente: “Aunado al fomento del cumplimiento de derechos laborales, que -tal como se mencionó anteriormente- debe considerarse como criterio de admisibilidad, también es posible que los procedimientos de contratación administrativa apoyen la promoción de oportunidades de empleo. Entre este apoyo se encuentra: / - Promoción del empleo de jóvenes / - Políticas sobre diversidad y oportunidades de empleo para personas de grupos con desventajas (por ejemplo, minorías étnicas, personas con niveles de educación bajos, entre otros) / - Promoción de oportunidades de empleo para personas con discapacidad / - Entre otros. / Así las cosas, es posible incluir cláusulas que apoyen el cumplimiento de la normativa específica. Por ejemplo, agregarlas que traten aspectos regulados en los siguientes cuerpos normativos: / [...] / Este tipo de cláusulas se pueden incluir en el sistema de evaluación de ofertas, de modo que premien la participación de oferentes que cumplan con dichos criterios. / Por ejemplo, se puede asignar puntaje a la empresa oferente que cuente con personas con discapacidad en su planilla, para tales efectos podrá requerir una certificación que compruebe la discapacidad de su empleado y copia de las

*planillas de la empresa de los últimos meses para constatar que no fue contratado exclusivamente para cumplir con el requisito (se recomiendan al menos 3 meses de antigüedad)."* En concordancia con lo señalado antes en el "Criterio de la División", y de conformidad con los estudios necesarios para tomar la decisión de incorporar criterios sustentables de índole social, siempre como acto discrecional y motivado de la Administración, se hace ver al Instituto licitante que esta categoría de criterios a que hace referencia la empresa objetante están contemplados como una posibilidad en la normativa que se ha citado, puesto que la Administración no ha hecho referencia alguna a este tema específico al momento de contestar el recurso interpuesto. **2) Sobre la estructura evaluativa del rubro de experiencia:** Manifiesta la empresa objetante que el cartel dispone el otorgamiento de un 50% que certifiquen su experiencia en la prestación de servicios de consejería en los últimos 5 años, según determinadas condiciones, donde el puntaje será asignado así: por 5 contratos, 50%; por 4 contratos, 40%; por 3 contratos, 25%; por 2 contratos, 15%; y por 1 contrato, 10%. A este respecto, la objetante considera que la cláusula es contradictoria al hacer referencia, inicialmente, a cinco certificaciones, y luego a cinco contratos; señalando que lo correcto es que el porcentaje sea asignado de manera escalonada en razón del tiempo donde 10 años sería razonable, considerando el metraje cubierto con el servicio prestado, que deberá tener relación con el área a cubrir en la presente contratación, siendo posible que se establezca un mínimo como requisito de admisibilidad con puntaje por experiencia adicional; siendo su propuesta que como requisito de admisibilidad sean requeridos contratos de cierta cantidad de metros cuadrados (por definir), que se hayan ejecutado en los últimos 10 años o en curso de ejecución y de forma satisfactoria; y que de 5 a 7 años de experiencia sean asignados 10 puntos, de más de 7 y hasta 15 años sean asignados 30 puntos, y que por más de 15 años sean asignados 50 puntos. Manifiesta la Administración que goza de una razonable discrecionalidad para determinar los aspectos a incluir en el sistema de evaluación, ante suficiente trayectoria en el manejo de contratos de servicios de limpieza, de tal forma que la redacción actual no contiene ningún tipo de impedimento para la participación, siendo un factor para demostrar conocimientos y la calidad de los servicios ofertados. La Administración cita la resolución de la Contraloría General de la República No. R-DJ-103-2010 para subrayar que el potencial oferente no puede pretender la modificación cartelaria para permitir su participación, o bien para modificarlas según su criterio, puesto que el pliego de condiciones se tendrá como válido hasta

tanto no sea demostrado que sus regulaciones limitan o impidan la participación al significar una transgresión al principio de igualdad o libre concurrencia. En consecuencia, la Administración solicita declarar sin lugar el recurso. **Criterio de la División:** La empresa objetante tiene la obligación de fundamentar su recurso, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el ofrecimiento de los argumentos y pruebas necesarios que acrediten la limitación injustificada de su participación. En el caso no se ha demostrado de qué forma el requerimiento de cinco cartas o certificaciones de experiencia positiva para la obtención del 50% del puntaje correspondiente a este criterio de evaluación le impide participar y resultar acreedora del puntaje referido; como tampoco ha acreditado porqué el sistema de evaluación alternativo que propone sí resulta acorde con los requerimientos de la Administración reflejados en el pliego cartelario, puesto que la empresa recurrente no efectúa ningún análisis ni ofrece justificaciones que resten crédito al sistema adoptado por el cartel, o que avalen el sistema propuesto como más apto; todo conforme lo exige el párrafo cuarto del recién citado artículo 170. Por lo expuesto, el recurso de objeción debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación en el presente extremo.-----

**II.- Sobre el fondo del recurso presentado por la objetante Multinegocios Internacionales América, S.A.: 1) Sobre el no pago de días en los cuales no se preste el servicio:**

Manifiesta la empresa objetante que el punto 1 de la página 20 del cartel hace referencia a la facturación mensual, y al rebajo que la Administración hará de los días de asueto, días feriados de ley y no obligatorios, así como las vacaciones colectivas, lo cual considera que constituye una limitación a la participación porque esos días el contratista debe pagárselos a los trabajadores y esto causaría un desequilibrio económico del contrato, además de atentar con la justicia social que incorpora el Código de Trabajo. Señala la objetante que la relación que sostiene con sus trabajadores es estrictamente laboral, de conformidad con los derechos y obligaciones estatuidos en la normativa laboral, donde el mismo cartel requiere el cumplimiento de los oferentes en el pago de pólizas y cargas sociales; con base en lo cual el contratista debe pagarle el salario completo a sus trabajadores, de modo que algún contratista en aras de lograr la adjudicación podría violentar esta obligación para con sus empleados, y si ello causa un incumplimiento contractual con la Administración, el interés público se vería lesionado al tener que suspenderse el servicio mientras se ubica un nuevo contratista. La recurrente cita la resolución No. DAJ-AE-356-2016 del Ministerio de Trabajo como obligación de pago de los días

hábiles e inhábiles al momento de pagarse el salario de forma quincenal o mensual; y las sentencias de la Sala II No. 313-16 y 499-16 que dispone la similitud entre asuetos y feriados con respecto a disfrute y pago. Manifiesta la Administración que precisamente mediante oficio GJ-140-2003 de 26 de febrero de 2003, de la Contraloría General de la República, se recomendó que para futuras contrataciones únicamente se contemplara el pago al contratista de los días en que efectivamente se ejecute el servicio; siendo que esta recomendación fue tomada en consideración por el AyA y desde el año 2003 se ha dispuesto en los carteles que no serán remunerados los días en que el servicio no sea prestado. Agrega la Administración que con el eventual adjudicatario no lo ligaría una relación laboral, según lo dispone la normativa que rige la contratación administrativa, de tal forma que las obligaciones laborales del oferente (salario mínimo, y cargas sociales) deben quedar contempladas en la propuesta económica, y por ello el pago que el eventual adjudicatario deba efectuar a sus trabajadores será de su exclusiva responsabilidad; además, el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del oferente, entre ellas el salario mínimo, debe quedar claramente estipulado en la oferta para poder determinar que el precio es aceptable y no ruinoso; siendo improcedente que el objetante pretenda que la Administración le indique la forma en que debe cotizar. La Administración solicita declarar sin lugar el recurso interpuesto. **Criterio de la División:** El cartel establece en el volumen 2, "Términos de referencia", en "Obligaciones del contratista", lo siguiente: "1. *Brindar el servicio de limpieza durante todo el año, **excluyendo** días de asueto, días feriados por ley y no obligatorios, así como, vacaciones colectivas o selectivas que designe la Institución (Ejemplo: Semana Santa, fin de año, Comitivas Presidenciales, órdenes del Ministerio de Salud, entre otros) [...]. Al contratista se le rebajará de la facturación mensual, los días y las horas del servicio que no se prestó producto de la decisión de la contraparte institucional*". Por su parte, en el mismo volumen 2 del cartel, en "2- Condiciones generales", se establece lo siguiente: "**1- El servicio se prestará en forma continua, de Lunes a Viernes dentro de los horarios que se detallan anteriormente.**" Por último, resulta necesario citar el artículo 10 del volumen 1 del cartel, el cual estipula lo siguiente: "[...] / Los oferentes deberán cotizar el precio tanto mensual como anual, de acuerdo a cada lugar para cada posición, de la siguiente manera: / [...] / El oferente deberá presentar el desglose de la estructura del precio junto con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen (Entre ellos: los insumos requeridos, gastos administrativos, la utilidad, seguros, cargas sociales y salario de acuerdo a lo

establecido en Decreto de Salarios Mínimos del Ministerio de Trabajo). Asimismo, deberá incluir el monto unitario mensual del servicio por conserje ofrecido y por los coordinadores de Autofores, Plantel La Uruca y Plantel de Guadalupe, no se aceptarán cobros adicionales por este rubro.” De conformidad con las anteriores disposiciones cartelarias, la Administración licitante ha establecido que los servicios requeridos serán de lunes a viernes excluyendo feriados, asuetos y vacaciones colectivas de la entidad, lo cual queda inmerso dentro de las facultades discrecionales de la Administración y del uso racional de los recursos públicos en tanto no tiene razón de ser el pago de servicios de limpieza para días en los cuales la Administración no laborará. Resulta contradictorio que la empresa objetante no encuentre contrario a la estabilidad financiera del contrato el no pago de los días sábados y domingos pero sí el no pago de los días feriados, asuetos y vacaciones institucionales, pese a que no todos los meses tienen la misma cantidad de sábados y domingos, lo que no le ha significado mayor dificultad para efectos de cotizar eventualmente con su oferta. Luego, debe tenerse en consideración que el cartel requiere de la indicación de un precio mensual por cada posición, precio del cual serán rebajados los días feriados, asuetos y vacaciones; sin embargo, la objetante no ha expuesto las razones que le impedirían cotizar teniendo en consideración estas circunstancias, no habiendo demostrado que se esté ante situaciones imprevisibles; todo conforme lo exige el párrafo cuarto del recién citado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Por lo expuesto, el recurso de objeción debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación en el presente extremo. **2) Sobre los equipos necesarios para efectuar la limpieza:** Manifiesta la empresa objetante que el punto 25 de la página 23 del cartel no se apega a las disposiciones del artículo 51 del RLCA en cuanto requiere que el pliego de condiciones constituya un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar, donde para ello se puede contar con los expertos necesarios para cumplir con los requerimientos establecidos en la normativa vigente; de esta forma, la cláusula objetada dispone que el contratista deberá suministrar todos los equipos necesarios para efectuar la limpieza e higiene de las instalaciones, tales como escobas, palas, mopas y cualquier otro equipo requerido, el cual deberá ser suficiente, disposiciones respecto de las cuales la recurrente objeta en específico el término “y cualquier otro equipo requerido”, norma que considera está relacionada con la disposición 28 de la página 23 del cartel, el cual dispone que la Administración podrá requerir al

contratista –durante la ejecución del contrato– el cambio, modificación o aumento de los implementos, equipos, servicios, productos u otros elementos que haya aportado si el AyA considera que son inadecuados, ineficientes o insuficientes para la calidad del trabajo. La objetante considera que la cláusula recurrida es abierta al dejar al arbitrio de la Administración la determinación de la lista de equipos, donde “cualquier otro equipo” podría ser tanto un cepillo para limpiar loza como un camión barredor, con costos de adquisición y operación muy diferentes entre uno y otro. Agrega la recurrente que este tipo de disposiciones impiden la participación porque no es claro que implementos se requieren, para lo cual plantea la siguiente situación hipotética: el cartel dispone que las aceras deben limpiarse, donde el oferente consideró que con una pala y un escobón es suficiente, sin embargo, la Administración con base en dicha disposición abierta podría indicarle al contratista que para llevar a cabo dicha tarea requiere de una hidro lavadora de gasolina con determinadas características; siendo que en la cotización no se contempló la compra de este último equipo ni el combustible, de tal forma que se generaría un desequilibrio y un eventual incumplimiento por parte del contratista. Es decir, –considera la recurrente–, estas condiciones harían que muchos oferentes se abstengan de participar ante la falta de claridad que existe en las condiciones cartelarias y las eventuales lesiones económicas que ello podría causar. La objetante considera que en el cartel no se hace referencia a que la determinación del equipo insuficiente, ineficiente o inadecuado sea efectuada mediante un criterio técnico, con lo cual se violenta el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Concluye la recurrente que la etapa de preparación del cartel es el momento para determinar con certeza en qué consiste el equipo y las necesidades de equipo y productos que se requieren para el debido cumplimiento. En consecuencia, la recurrente solicita eliminar la cláusula objetada. Manifiesta la Administración que su posición respecto de los insumos no es arbitraria porque no son solicitadas cantidades; en las visitas de campo las empresas oferentes pueden valorar qué tipo de implementos requerirían para realizar la labor de la mejor manera; y en el cartel se detallan las funciones que deben realizar los misceláneos, de modo tal que el AyA no podría asignar funciones adicionales a las ahí descritas. La Administración considera que las disposiciones cartelarias están fundadas legal y técnicamente (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública), y por ello las considera procedentes y ajustadas al ejercicio de facultades discrecionales en relación con la definición del objeto contractual acorde con las necesidades del AyA; donde el cartel exterioriza la

voluntad administrativa que integrará normativamente el contrato, pasando a constituir fuente de interpretación y conocimiento de toda cuestión que se suscite entre las partes. Agrega la Administración que la empresa recurrente no logra demostrar de qué forma dicho requerimiento le podría impedir su participación, al no aportar pruebas que así lo demuestre; solicitando que el recurso de objeción sea declarado sin lugar porque no se está en presencia de ningún obstáculo injustificado, infundado o arbitrario respecto de la participación de eventuales proveedores. **Criterio de la División:** La disposición 25 de las “Obligaciones del contratista”, volumen 2 “Términos de referencia” del cartel, establece lo siguiente: *“Suministrará todos los equipos necesarios para efectuar la limpieza e higiene de las instalaciones, tales como: escobas, palas, mopas, mechas, trapos, ganchos (palos de pisos), aspiradoras, barredora manual para recoger hojas, cepillos industriales, escaleras, mangueras, pulidores y cualquier otro equipo requerido debe ser suficiente para atender las áreas designadas, sí como, reponer el que se deteriore.”*; luego, en el mismo aparte, la disposición 28 dispone lo siguiente: *“Si en cualquier tiempo, antes del comienzo o durante la ejecución del contrato, AyA encuentra que los implementos, equipos, servicios, productos u otros elementos aportados por el contratista, son inadecuados, ineficientes o insuficientes para la calidad del trabajo, podrá ordenar su cambio, modificación o aumento según sea el caso.”* La empresa recurrente considera que el cartel debe describir todas las clases de equipos que serían necesarios durante la ejecución contractual, no siendo aceptable que la lista sea abierta (“cualquier otro equipo requerido”), puesto que ello le otorga facultades a la Administración no fundadas siquiera en un informe técnico. Ante ello, debe atenderse al objeto de la presente contratación: el artículo 1 del volumen 1 establece que el objeto lo constituye la “contratación de servicios de limpieza”; el punto 1 del volumen 2 al describir las posiciones 1, 2 y 3 hace referencia a los “puestos de conserjería”; y el punto 1 de las “Obligaciones del contratista” del volumen 2, señala que lo será el “brindar el servicio de limpieza”. Con base en dichas disposiciones, estima ese órgano contralor que es posible colegir que en el contratista recaerá la obligación de aportar todos los implementos necesarios para el cumplimiento del objeto contractual para el cual ha sido contratado, de tal forma que todo oferente es conocedor de los medios necesarios para el cumplimiento de las labores a las cuales se compromete, y de conformidad con su deber de ejecutar las labores de la mejor manera, tendrá en consideración diferentes medios para cumplir con su deber, y por ello no es atendible la argumentación del recurrente en cuanto a que la

Administración debe indicarle mediante el pliego cartelario todos los implementos necesarios para el cumplimiento de su función. Las disposición 25 objetada no puede entenderse de otra forma que como una lista ejemplificativa de los implementos con que debe contar el contratista como parte de sus obligaciones y la naturaleza del objeto contractual, y que no recaerá en la Administración su aporte para el desarrollo de las labores de limpieza. Bajo este contexto, el requerimiento cartelario de la disposición 28 objetada no podrá entenderse más que como el control necesario que la Administración debe ejercer en caso de que note que las labores no están siendo ejecutadas de la mejor forma ante la específica razón que enuncia, es decir, implementos inadecuados, ineficientes o insuficientes. Esta decisión administrativa puede considerarse que se enmarca dentro de la buena fe en la ejecución del contrato, ya que el cumplimiento del objeto contractual recae en el contratista, y la puntualización que en el tema en comentario pueda efectuar la Administración es acorde con el mantenimiento del contrato. El cartel dispone en el punto 5 del punto 2 "Condiciones generales", del volumen 2, lo siguiente: *"El Área de Servicios Generales establecerá los mecanismos de control que considere necesarios para fiscalizar adecuadamente esta contratación, ejemplo: reuniones periódicas con coordinador y/o contratista, comunicación verbal y escrita, registros y otros."* Es decir, el contratista no puede pretender que ante el desarrollo del contrato, todo requerimiento por parte de la Administración para su correcta ejecución requiera de un informe técnico; sin detrimento del cumplimiento del debido proceso y la correcta motivación de los actos administrativos, incluso verbales como se refiere en la cláusula. De conformidad con este deber de actuación acorde con la buena fe, el eventual contratista deberá cumplir con sus obligaciones con la debida propiedad, y es esperable que desde la etapa de elaboración de ofertas sea proactivo en la forma en que proyecta el cumplimiento del contrato en caso de resultar contratista. De conformidad con lo que viene expuesto, procede **declarar sin lugar** el recurso en este extremo, por no estarse ante una disposición cartelaria que pueda considerarse arbitraria, y no haber demostrado el recurrente que las disposiciones recurridas le exijan más allá del propio objeto contractual.-----

### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de objeción

interpuesto por **Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública 2016LN-000021-PRI**, promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para la “Contratación de servicios de limpieza para los edificios de la sede Gam, planteles y planta de tratamiento”; y SIN LUGAR el recurso de objeción interpuesto por **Multinegocios Internacionales América, S.A.**, en contra del cartel de la misma licitación. **2) La Administración deberá tener en consideración lo indicado mediante consideración de oficio en el punto 1 del considerando I. 3) Se da por agotada la vía administrativa.-----**  
**NOTIFÍQUESE. -----**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Rolando A. Brenes Vindas  
**Fiscalizador Asociado**

Estudio y redacción: Rolando Brenes Vindas.

AAA/RBV/chc  
NI: 34090, 34281, 34977.  
NN: 17481 (DCA-3236)  
G: 2016004184-1