

R-DCA-0472-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas cuarenta y seis minutos del treinta de junio de dos mil diecisiete. -
Recursos de objeción interpuestos por **Servicios de Consultoría de Occidente, S.A. y Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A.**, en contra del cartel de la Licitación Pública N° 2017LN-000006-0007300001, promovida por el **Ministerio de Educación Pública** para la "Prestación de Servicios de Limpieza Diario en Oficinas". -----

RESULTANDO

- I. Que la empresa Servicios de Consultoría de Occidente, S.A. presentó en fecha 16 de junio de 2017 recurso de objeción. -----
- II. Que mediante auto de las trece horas del diecinueve de junio de dos mil diecisiete se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio N° D.PROV-I-CA-AS 2014-2017 del 22 de junio de 2017. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo. A) Recurso de objeción interpuesto por Servicios de Consultoría de Occidente S.A. 1) Inclusión de criterios sustentables en el sistema de evaluación.
Manifiesta la objetante que existe una normativa técnica para la aplicación de criterios sustentables en las compras públicas. Agrega, que las directrices emitidas por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda en ejercicio de su rectoría en el Sistema Complementario de Administración de Bienes y Contratación Administrativa preceptuado en la ley N° 8131 Ley de la Administración Financiera y Presupuestos Públicas, circunscriben su rango de aplicación a la Administración Central y son de carácter vinculante y obligatorio. Por lo cual, discute que es posible evaluar otros factores adicionales al precio cuando esto signifique un beneficio para la Administración. En sentido, indica que dentro de los factores que podrían ser evaluados se encuentran: certificados ISO 9001, ISO 14001, bandera azul, sirea producción más limpia, exclusividad de la empresa, procesos en pro del carbono neutralidad de nuestro país en el 2021, responsabilidad social, etc. Es así como, expone que existen en el mercado varias empresas (posibles oferentes) que ostentan diferentes certificaciones de calidad, ambientales y sociales, por lo que la inclusión de estos factores no deja en calidad de indefensión a otras empresas. Por el contrario, señala que motiva y promueve a las mismas a mejorar sus estándares y brindar un servicio de mayor calidad al sector público. Por lo que, solicita incluir dentro del sistema de evaluación inicial otros

factores que brinden un valor agregado al servicio, tal como certificaciones ISO, certificaciones ambientales (bandera azul, SIREA producción más limpia, SIREA ecoeficiencia), entre otras, autorizadas en la Ley para la Gestión Integral de Residuos Sólidos, la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas. Al respecto, la Administración señala que se rechaza ya que el mismo lo que refiere a la Administración es la importancia de incluir dentro del sistema de evaluación inicial otros factores que brinden un valor agregado al servicio, tal como certificaciones ISO, certificaciones ambientales (bandera azul, SIREA producción más limpia, SIREA ecoeficiente), entre otras, autorizadas en la Ley para la Gestión Integral de Residuos Sólidos, la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas, como una sugerencia para mejora y el mayor beneficio social, ambiental y para la institución. Sin embargo, argumenta que en el cartel de la página 09 a la 14, Productos, materiales y equipo mínimo a utilizar se detallan los productos de limpieza tales como: jabón detergente en polvo, desinfectante, limpiador sustituto de cloro, desodorante ambiental, cera para pisos, limpiador de cristales, desengrasante, jabón lavaplatos en pasta los cuales deben ser biodegradables debiendo sustentarse la biodegradabilidad con evidencia científica (certificación) por parte de un tercero acreditado por el ECA. Adicional, expone que en la página 14 se indica: *“Los productos líquidos deben ser amigables con el ambiente y suministrarse sellados y concentrados. Para no contribuir a la contaminación ambiental, en cada uno de los productos que se solicitan se les debe restringir el uso de los siguientes ingredientes en los mismos: 1. Amoníaco, 2. Fosfatos y tripolifosfatos, 3. Ácido dodecibencenosulfónicos ramificados 4. APEOS. Lo cual mediante oficio SG-AES-02-213-2017, ante aclaración solicitada por la empresa SERVICIOS DE CONSULTORÍA DE OCCIDENTE S.A., se procede a solicitar al Departamento de Contratación Administrativa de la Dirección de Proveeduría Institucional del MEP, se modifique en el cartel a: Los productos líquidos deben ser amigables con el ambiente y suministrarse sellados y concentrados. Para no contribuir a la contaminación ambiental, en cada uno de los productos que se solicitan no utilizar los siguientes ingredientes en los mismos: 1. Amoníaco (excepción del limpiador para vidrios), 2. Nonifenol, 3. Fosfatos y tripolifosfatos, 4. Ácido Dodecibencenosulfónicos Ramificados. 5. APEOS (alquilfenol de óxidos de etileno): son derivados de alquilfenoles y óxidos de etileno, 6. Triclosan o triclocarbán, 7. Formaldehído”*. En la página 24 del cartel Requisitos de admisibilidad, se detalla: *- La empresa oferente debe presentar certificados de biodegradabilidad, extendidos por laboratorios debidamente acreditados por el ECA, que demuestre que los productos de limpieza: jabón en polvo,*

desinfectante, desodorante ambiental, cera líquida, limpiador de cristales, jabón lavaplatos, deben ser biodegradables. Estos productos de limpieza, deben de presentar al menos una biodegradabilidad del 60% en un tiempo de 28 días, determinado por los métodos: ASTM D1720-01R08 o 302B OECD. - El oferente debe presentar una certificación de un Regente Químico que sus productos no contienen Nonifenol y por lo tanto son amigables con el ambiente así como aportar las hojas de seguridad química (MSDS) de cada uno de los químicos de limpieza ofertados y que estén registrados ante el Ministerio de Salud y la ficha técnica del producto o certificado del fabricante". De esta manera, señala que con todos los requisitos anteriormente expuestos la Administración se está asegurando que los productos ofertados por las empresas participantes sean amigables con el ambiente, cumpliendo de esta forma con el compromiso del Ministerio de Educación Pública en materia ambiental. **Criterio de la División.** En primer término debe señalarse que el artículo 29 de la Ley para la Gestión Integral de Residuos (Ley N° 8839), en lo que interesa indica: *"Artículo 29 - Compras del Estado. [...] Para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas concursables deberán dar un veinte por ciento (20%) adicional a los oferentes que, en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos incorporan criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo una vez terminada su vida útil. Para el caso de las compras directas deberán incorporarse criterios que promuevan la gestión integral de residuos. [...] Respecto a dicho artículo, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa en el documento denominado "Normativa Técnica (Artículos: 29 de la Ley 8839 y 44 de su Reglamento General) para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas y Guía para la Implementación" indica lo siguiente: "El artículo 29 de la LGIR establece una autorización y no una obligación para que las instituciones del Estado promuevan la compra y utilización de materiales reutilizables, reciclables, biodegradables y valorizables, así como de productos fabricados con material reciclado bajo procesos ambientalmente amigables que cumplan las especificaciones técnicas requeridas por la Administración Pública. Ahora bien, si se decide que es viable su aplicación atendiendo siempre a la debida satisfacción del interés público, se deberá aplicar el porcentaje establecido en la norma supracitada, por lo que para cada caso concreto deberá valorarse, el objeto contractual, condiciones de mercado viabilidad económica, entre otros aspectos, para determinar si es conveniente realizar una compra de ese tipo." (El subrayado no es original). De la cita anterior, se extrae que la disposición contenida en el artículo 29 de dicha ley dispone una habilitación para que se puedan incorporar dentro del*

sistema de evaluación criterios sustentables, pero no una obligación que pueda contravenir el propio interés público. Por lo cual, dependerá de las valoraciones que realice la Administración en cada caso particular si procede a incluir o no dichos aspectos dentro de los criterios de evaluación. Es así como, la decisión de incluir o no dichos parámetros en los aspectos de evaluación está dentro de la discrecionalidad administrativa de la que goza la Administración. Ahora bien, en presente caso explica la Administración, al contestar la audiencia especial, que los aspectos ambientales fueron incorporados al cartel del concurso en otros apartados referentes a la admisibilidad, por lo que el Ministerio está cumpliendo con el compromiso en materia ambiental. En este orden de ideas, se debe indicar que siendo que la disposición del artículo 29 de la Ley para la Gestión Integral de Residuos, N° 8839 no es de aplicación obligatoria para las Administraciones Públicas podía el Ministerio de Educación Pública determinar, al amparo de la discrecionalidad administrativa, si en el caso particular y en atención al objeto contractual, entre otros criterios, no incluía dentro del sistema de evaluación criterios sustentables. Lo anterior, fue precisamente lo que ocurrió en el caso en examen dado que la Administración determinó regular los criterios sustentables como aspectos de admisibilidad y no dentro de los criterios de evaluación. En razón de las explicaciones anteriores, se declara sin lugar este punto del recurso de objeción. **2) Visita Técnica.** Solicita la objetante que se elimine la visita técnica del sistema de evaluación, pues si bien es importante para conocer las condiciones del servicio que requiere la Administración, el no hacerla es responsabilidad de la empresa, no pudiendo alegar ninguna condición particular del servicio que pudo ser contemplada durante la misma. Al respecto, la Administración señala que rechaza eliminar la visita técnica del sistema de evaluación, en el cartel promovido por el Ministerio de Educación Pública para la Adquisición de Servicios de Limpieza en la página 01 y 02 Visita de sitio, se justifica: “La visita técnica se realizará al quinto día hábil posterior a la publicación del Cartel electrónico en SICOP, con el fin de verificar las condiciones de trabajo, aclarar dudas del servicio a brindar y valorar las circunstancias que rodean la labor; esta será de carácter único, deberá adjuntarse a la oferta el comprobante de asistencia emitido por el Departamento de Administración de Edificios.” Agrega, que cabe mencionar que dicha visita se realizó el día jueves 15 de junio del 2017, tal y como se estipuló en el cartel, por lo que las empresas oferentes ya cuentan con sus respectivos comprobantes de visita. **Criterio de la División.** En cuanto a este punto del recurso, considera esta Contraloría General que ante los cuestionamientos de la recurrente no existe por parte de la Administración la justificación de las

razones o motivaciones por las cuales consideró procedente incluir dentro del sistema de evaluación la visita técnica, aún y cuando pudo haberlas expuesto al responder la audiencia especial, situación que no ocurrió. Siendo que únicamente, se limitó a indicar que la visita técnica ya fue realizada. Es así como, deberá la Administración fundamentar y explicar las razones por las cuales determinó procedente en el caso concreto incluir en los criterios de evaluación la visita técnica y cual es el valor agregado para la selección del contratista en el presente concurso (trascendencia del factor de evaluación). Dicha justificación deberá incorporarse en el expediente de la contratación y que sea accesible a todos aquellos interesados en participar en esta contratación. Ahora bien, respecto a lo argumentado por el objetante tampoco se desarrolla en el recurso cuáles son las valoraciones por las que se ha estimado que no agrega valor la visita, sobre todo si se considera que el argumento de que el oferente asume el riesgo tiene relación con disponerla como un requisito de admisibilidad, pero no respecto de que pueda generar un valor agregado que precisamente es lo que no ha justificado la Administración ni tampoco ha desvirtuado la recurrente. Por lo expuesto, se declara parcialmente con lugar este punto en discusión. **3) Áreas de Servicio.** Solicita la objetante eliminar las áreas de servicio del sistema de evaluación y establecer una cantidad de contratos con características similares al objeto contractual como requisito de admisibilidad, asegurándose la Administración que las empresas oferentes tengan la experiencia y capacidad demostrada en el servicio requerido. Al respecto, la Administración señala que rechaza eliminar las áreas de servicio del sistema de evaluación, en el cartel promovido por el Ministerio de Educación Pública para la Adquisición de Servicios de Limpieza en la página 27 Áreas de limpieza, se indica: *“Deberán presentarse constancias de los sitios donde se han prestado el servicio en los últimos 5 años, o bien, se están prestando actualmente, servicios similares a los del objeto de esta contratación. Indicar lugar donde se prestó o presta el servicio, tipo de servicio, área en metros cuadrados, número de teléfono y contacto de la persona que pueda brindar referencia del servicio prestado.”* Al respecto, expone que el recurrente solicita establecer una cantidad de contratos con características similares al objeto contractual como requisito de admisibilidad, asegurándose la Administración que las empresas oferentes tengan la experiencia y capacidad demostrada en el servicio requerido, en el cartel promovido por el Ministerio de Educación Pública para la **Adquisición de Servicios de Limpieza** en la página 24, **Requisitos de admisibilidad** se indica: *“El oferente que desee participar en este proceso debe contar con: Un mínimo de 10 años de experiencia en el mercado costarricense en*

*Servicios de Limpieza. Un mínimo de 3 contratos de Servicios de limpieza que incluya insumos. Se aceptaran únicamente contratos de complejidad y volumen similares al presente concurso. Para lo cual deberá aportar una **declaración jurada** rendida ante notario público debidamente protocolizada que haga constar la cantidad de años de experiencia y la cantidad de contratos que han realizado en los últimos 2 años. Incluyendo: - Cantidad de metros cuadrados. - Descripción general los trabajos ejecutados. - Ubicación geográfica. - Razón social de la empresa dueña del inmueble. - Nombre del representante. - Número de teléfono, fax o correo. - Monto del contrato. - Numero de licitación o contrato (en caso de contratos públicos). - El periodo de rige y vence del servicio (día/mes/año). - Se debe indicar el recibo a satisfacción y que las relaciones con el contratista fueron buenas.”* **Criterio de la División.** En este punto del recurso, se debe indicar que se echa de menos el análisis del objetante que demuestre que el factor de evaluación elegido por la Administración en este concurso, a saber las áreas de servicio, sea intrascendente, de manera que no resulte procedente o que no agregue valor para la determinación del oferente que sea el más idóneo para la correspondiente ejecución contractual. Asimismo, debió el objetante acreditar que dicho factor de evaluación no es correcto en atención al objeto contractual del presente concurso o que no resulta aplicable, todo lo cual no fue realizado por la recurrente. Siendo que, se limitó a solicitar que se eliminaran las áreas de servicio pero sin ninguna fundamentación al respecto, tal y como se indicó anteriormente, y en su lugar simplemente requirió que se estableciera una cantidad de contratos con características similares al objeto contractual como requisito de admisibilidad. Al respecto, se debe indicar que la Administración manifiesta que en el cartel del concurso se establecen requisitos de admisibilidad por medio de los cuales se está asegurando que las empresas oferentes tengan la experiencia y capacidad demostrada en el servicio requerido, cuyas cláusulas no son mencionadas ni cuestionadas por la recurrente. Por las razones antes expuestas, se rechaza de plano este extremo del recurso. **B) Recurso de objeción interpuesto por la empresa Distribuidora y Envasadora de Químicos S.A. 1) Certificados de biodegradabilidad.** Señala la objetante que en la página 25 del cartel se establece lo siguiente: “*La empresa oferente debe presentar certificados de biodegradabilidad, extendidos por laboratorios debidamente acreditados por el ECA, que demuestre que los productos de limpieza: jabón en polvo, desinfectante, desodorante ambiental, cera líquida, limpiador de cristales, jabón lavaplatos, deben ser biodegradables. Estos productos de limpieza, deben de presentar al menos una biodegradabilidad del 600/o en un tiempo de 28 días, determinado por*

los métodos: ASTM D1720-01R08 o 30213 OECD." Al respecto, manifiesta que la cláusula en cuestión limita de manera infundada los principios de la libre competencia e igualdad de trato, pilares fundamentales del régimen de la contratación administrativa. Agrega, que se debe considerar que en Costa Rica se utilizan otros métodos de ensayo alternativos a los exigidos en el cartel de licitación, métodos con alto grado de precisión y exactitud en sus resultados finales y que son equivalentes a los obtenidos por los métodos impugnados y exigidos en el pliego de condiciones (métodos impugnados ASTM D1720-01R08 y 30213 OECD), según se demuestra con el criterio técnico que adjunta el cual fue emitido por el Licenciado David Meseguer Monge, químico industrial debidamente colegiado y autoridad en la materia. Asimismo, argumenta que los otros métodos o ensayos aplicados por laboratorios que están acreditados ante el Ente Costarricense de Acreditación (ECA) y que son de gran renombre, seriedad y rigurosidad científica, y que a su vez cumplen con las exigencias del cartel en cuanto al porcentaje de biodegradabilidad en el tiempo requerido son: ASTM D1720-01-R08, 302B OECD, 301 OECD, ASTM D2667 - 89. Y ASTM D2667 - 95 (2008). Discute que el requisito de establecer solo dos tipos de ensayos como cláusula de admisibilidad impide injustificadamente la participación de los oferentes. Además, expone que se debe recordar que ya esta Contraloría General ha avalado la utilización de otros métodos, siempre y cuando se cumpla con un grado de biodegradabilidad del 60% en 28 días, caso concreto fue estipulado por este órgano contralor en el cartel del Ministerio de Trabajo, según se puede apreciar en las resoluciones R-DCA-081-2017 de las 7:53 horas del 9 de febrero y en la R-DCA-231-2017 de las 8:05 horas del 18 de abril, ambas del 2017. Lo anterior, a su criterio considerando lo establecido en el artículo 34 de la Ley 8279 "Sistema Nacional para la Calidad", que en lo pertinente señala: "*Todas las instituciones públicas que, para el cumplimiento de sus funciones, requieren servicios de laboratorio de ensayo, laboratorios de calibración, entes de inspección y entes de certificación, deberán utilizar los acreditados o reconocidos por acuerdos de reconocimiento mutuo entre el ECA y las entidades internacionales equivalentes. Los laboratorios estatales deberán acreditarse ante el ECA, de conformidad con el reglamento respectivo.*" Al respecto, la Administración señala que se acepta la implementación de otros métodos y ensayos que cumplan con el requerimiento para determinar la biodegradabilidad de los productos en al menos un 60% en un tiempo de 28 días, propuestos por el recurrente, con el fin de que con ello pueda haber una mayor participación y en cumplimiento del principio de igualdad y libre competencia. Por lo que, solicita al Departamento de Contratación Administrativa de la

Dirección de Proveeduría Institucional del MEP se modifique en el cartel indicando: *“La empresa oferente debe presentar certificados de biodegradabilidad, extendidos por laboratorios debidamente acreditados por el ECA, que demuestre que los productos de limpieza: jabón el polvo, desinfectante limpiador sustituto de cloro, desinfectante, desodorante ambiental, cera para pisos, limpiador de cristales, desengrasante, jabón lavaplatos, deben ser biodegradables. Estos productos de limpieza, deben de presentar al menos una biodegradabilidad del 60% en un tiempo de 28 días, determinado por los métodos: ASTM D1720-01R08, 302B OECD u otros similares.”* **Criterio de la División.** En razón de que la Administración se allanó a lo pretendido por la empresa recurrente, **se declara con lugar** el recurso en este punto. Por lo anterior, se deja bajo responsabilidad de la Administración las justificaciones técnicas del allanamiento. En este sentido, deberá la Administración realizar las modificaciones correspondientes al cartel del concurso y brindar la debida publicidad. **2) Cláusulas penales y multas.** Expone la objetante que no se hace referencia al estudio técnico en que se fundamentan las cláusulas penales y las multas. Agrega, que este órgano contralor ha manifestado: *“...esta División ha señalado que si bien conforme a la normativa reglamentaria, tanto en cláusula penal como en las multas procede incorporar al expediente del concurso los criterios que respalden la razonabilidad y proporcionalidad de los porcentajes establecidos en las cláusulas del cartel; también se ha estimado que el establecimiento de sanciones pecuniarias, no contempla en sí misma una limitación a la participación de los oferentes, sino que se trata de un tema de ejecución contractual, donde claramente para su aplicación se deben respetar las reglas del debido proceso, de conformidad con lo ordenado por la Sala Constitucional mediante las resoluciones 4431-11 y 4518-11 del 1 de abril de 2011, de manera que será en esa fase contractual, cuando que se verifique la procedencia y aplicación de las sanciones pecuniarias. En relación con el quantum, conviene reiterarle al Banco, que no debe olvidarse que ese artículo 47 del RLCA regula las multas y dispone la debida motivación de las mismas, por lo que resultan fundamentales los estudios que haya realizado para efectos de determinar las sanciones pecuniarias, con la idea de no hacer nugatorio el cobro en fase de ejecución... ”.* Resolución RDCA-383-2015 de las 15:24 horas del 22 de mayo del 2015. Al respecto, la Administración señala que adjunta el oficio N° SG-AES-02-217-2017 y el documento denominado “Estudio de Razonabilidad de precios”, emitido por el Ing. Gerardo Azofeifa Rodríguez, Oficial Mayor y Jefe del Programa de Presupuesto 55100, los cuales se incorporan al expediente digital de la contratación mediante el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP. **Criterio de la**

División. Siendo que la Administración manifiesta que con la respuesta a la audiencia especial adjunta el documento denominado “Estudio de Razonabilidad de precios”, el cual se incorpora al expediente digital de la contratación, se declara con lugar este punto del recurso, en tanto no fue posible conocerlo al oferente y poder de esa forma eventualmente impugnarlo si se encontraba en desacuerdo. Así las cosas, deberá la Administración incorporar dicho estudio al expediente de la contratación y darle la debida publicidad para que todos aquellos interesados en participar conozcan el contenido de dicho análisis. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 49 y 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 181 de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **Servicios de Consultoría de Occidente, S.A.**, en contra del cartel de la Licitación Pública número 2017LN-000006-0007300001, promovida por el **Ministerio de Educación Pública** para la “Prestación de Servicios de Limpieza Diario en Oficinas”. **2) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **Distribuidora y Envasadora de Químicos, S.A.**, en contra del cartel de la Licitación Pública número 2017LN-000006-0007300001, promovida por el **Ministerio de Educación Pública** para la “Prestación de Servicios de Limpieza Diario en Oficinas” **3)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Karen Castro Montero
Fiscalizadora

KMCM/chc
NI: 14947, 14985, 15014, 15455, 15733
NN: 07470 (DCA-1385)
G: 2017002132-1