

R-DCA-1121-2019

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas con cincuenta y tres minutos del cinco de noviembre del dos mil diecinueve.-----

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por las empresas **SERVICIOS MULTIPLES ESPECIALIZADOS S.A.**, y **SERVICIOS DE LIMPIEZA A SU MEDIDA S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000002-0005400001** promovida por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** para la contratación de servicios de limpieza y mantenimiento de zonas verdes.-----

RESULTANDO

I. Que el veintiuno de octubre de dos mil diecinueve la empresa Servicios Múltiples Especializados S.A., presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2019LN-000002-0005400001, promovida por la Contraloría General de la República.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas cincuenta minutos del veintitrés de octubre de dos mil diecinueve se otorgó audiencia especial a la Administración licitante respecto de recurso de objeción interpuesto por la empresa Servicios Múltiples Especializados S.A.-----

III. Que el veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve, la empresa Servicios de Limpieza a su Mediada S.A., presentó recurso de objeción contra el cartel de la citada licitación. -----

IV. Que mediante auto de las once horas quince minutos del veinticinco de octubre de dos mil diecinueve, se dispuso acumular los recursos de objeción interpuestos por las empresas Servicios Múltiples Especializados S.A. y Servicios de Limpieza a su Mediada S.A., y se otorgó audiencia especial a la Administración licitante respecto al recurso interpuesto por Servicios de Limpieza a su Medida S.A. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No.16834 (DGA-USP-0326) del treinta de octubre de dos mil diecinueve, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

V. Para la resolución de los recursos interpuestos se han observado las disposiciones legales respectivas. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre la fundamentación del recurso de objeción. El recurso de objeción ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o para ajustar el cartel a las normas y principios del

ordenamiento jurídico. Al respecto, el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto al deber de fundamentación del recurso de objeción, dispone que: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de 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”*. En relación con la fundamentación de este tipo de recursos, en la resolución R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, este órgano contralor señaló: *“De previo a proceder a realizar cualquier análisis de los argumentos vertidos y a efectos de resolver las objeciones presentadas, es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que la Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: “(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respeto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable “acomodo” a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente” (RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso*

de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. [...] No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego íntegro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la posibilidad a los sujetos particulares de desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. De conformidad con lo anterior, este Despacho procederá a rechazar el recurso en cuyos extremos no se acrediten adecuadamente las razones por las cuales solicita la modificación del pliego cartelario. En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público.”, posición que ha sido reiterada por esta División en múltiples ocasiones y que se mantiene vigente al día de hoy como consta en las resoluciones No. R-DCA-0508-2019 de las a las once horas con cuarenta minutos del veintinueve de mayo del dos mil diecinueve y R-DCA-0557-2019 de las ocho horas con veintidós minutos del catorce de junio de dos mil diecinueve. Estas consideraciones servirán de fundamento cuando en la presente resolución se determine falta de fundamentación.-----

II. Sobre el fondo de los recursos. A) Recurso interpuesto por Servicios Múltiples Especializados S.A. Sistema de evaluación. Indica la objetante que de la evaluación se

desprende que se le asignará puntaje a quienes aporten las certificaciones de la familia ISO 9000 e ISO 14000. Considera que ese parámetro de evaluación es violatorio a lo regulado en los artículos 5 de la Ley de Contratación Administrativa en cuanto a los principios de igualdad y libre competencia, según lo indicó la Comisión para Promover la Competencia del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, en el expediente 033-10-OP, Opinión No. 02-2019 con fecha del 5 de febrero del 2019, de la cual a su juicio se desprende que la Administración está incurriendo en una violación a la libre participación al solicitar certificaciones que no están al alcance de todas las empresas, por lo que solicita variar el parámetro de evaluación y en su lugar se incluyan criterios sustentables sociales como la Inserción laboral de personal con discapacidad, o personal con edad igual o superior a 45 años o criterios sustentables ambientales que acrediten que la organización realiza actividades en mejora del ambiente y que sea otorgado por un Órgano Evaluador acreditado ante el ECA. Marca País, “esencial Costa Rica” o “Bandera Azul”. Propone la siguiente redacción: *“Criterios sustentables 10% a) Inserción laboral de personal con discapacidad. 2.5%/ La empresa oferente debe presentar constancia emitida por CONAPDIS, que certifique que la empresa oferente posee dentro de su planilla vigente personal con capacidades especiales (discapacidad), la misma debe encontrarse vigente (las certificaciones las extienden por el plazo de un año. El oferente debe presentar junto con la oferta una declaración jurada mediante la cual se compromete a mantener contratados, durante un plazo no menor a un año, la cantidad de personal con capacidades especiales indicadas en la certificación del CONAPDIS./ b) Inserción laboral de personal con edad igual o superior a 45 años 2.5 %/ La empresa oferente debe demostrar que durante los seis meses anteriores a la fecha de apertura de las ofertas ha contado, como parte de su nómina, con personas con edad igual o superior a 45 años, en un porcentaje de al menos el 15 % de su planilla durante ese periodo de manera consecutiva. Para ello debe adjuntar copia de las últimas 6 planillas en las que se demuestre la continuidad de la relación laboral de las personas con esta condición./ c) Criterios sustentables ambientales 5% Se otorgará 5% por la presentación de una certificación ambiental que acredite que la organización realiza actividades en mejora del ambiente y que sea otorgado por un Órgano Evaluador acreditado ante el ECA. O la empresa que presente la Marca País o “Esencial Costa Rica”, o alguna otra certificación ambiental como Bandera Azul o Carbono Neutro.”* En cuanto a dicho argumento, la Administración indica que en apego a las facultades que el artículo 55 del RLCA estableció para propiciar una separación de los factores que consideró

eran suficientes para debida tutela de los intereses institucionales. Alega que el factor precio en la licitación es el de mayor trascendencia e importancia, toda vez que siendo un servicio que depende las labores de limpieza e higiene en la Contraloría General de la República, la utilización de los servicios a contratar serán utilizados a diario dentro del ejercicio del cumplimiento de las competencias que legalmente establece la Ley Orgánica de la CGR (Ley N° 7428 del 07/09/1994), lo mismo que de las unidades de apoyo que componen el resto de la institución, por lo que la asignación del puntaje de 90% lo consideran razonable en la medida en que el objeto contractual es fundamentalmente prestación de servicio y por lo tanto lo que se cobre por éste se encuentra ligado a determinar las mejores condiciones desde el punto de vista económico, vinculado con la limitaciones presupuestarias con que se cuenta en este momento para pagar dicho servicio por un periodo de hasta cuatro años, que es el umbral en plazo máximo que se establece en la presente licitación pública. Argumenta que la normativa le permite a la Administración definir factores distintos al precio y que estos en el caso concreto, se les ha asignado porcentajes de calificación razonables, y aseguran que el oferente que los cumpla virtud a la naturaleza de las certificaciones, cumplirá con la ejecución del objeto contractual bajo altos estándares de calidad por un lado (ISO 9000); y atendiendo a estrictas normas amigables con el medio ambiente (ISO 14000). Indica que con ese sistema de evaluación se brinda la posibilidad de que concurren empresas que aunque no cuenten con las certificaciones ISO, sus ofertas económicas podrían estar por encima de empresas que si ostenten la tenencia de tales certificaciones. Expone que en el caso de la certificación ISO 9000 las misma resulta importante por cuanto una empresa que la ostente brindará seguridad en términos de calidad respecto a los servicios que la empresa a contratar le brinde a la Contraloría General, y por ende a sus funcionarios sin distingo alguno y a todas las personas que visitan nuestras instalaciones, pues para su obtención la empresa debió someterse a un certificador para verificar condiciones que responden a aspectos que se han valorado como relevantes lo que implica una preocupación de empresas que tienen que destinar recursos financieros no solamente para ser certificados si no para cumplir de previo los requisitos que dicha certificación le exige. Respecto de la certificación ISO14000 estima que la misma representa relación directa entre el servicio que brinda la empresa a contratar con productos de limpieza que necesariamente deben ser amigables con el ambiente, pues la Contraloría General ostenta entre otras la calificación de bandera azul, por lo que mal se haría si en un objeto contractual como el presente se dejarán de considerar aspectos para la protección al

ambiente, por lo que el sistema de evaluación permite reconocer puntaje a las ofertas que desarrollen sus procesos bajo una gestión ambiental responsable y reconocida, premiando así la diferencia de esfuerzo que hayan realizado y acreditado las empresas que aspiran a altos niveles de calidad y responsabilidad ambiental. Considera que no se da una afectación a los principios de contratación administrativa como el de igualdad y libre competencia pues en el caso concreto no se le imponiendo como un requisito de admisibilidad al pedir las certificaciones ISO, sino que se incorporaron al sistema de evaluación como un elemento que agrega valor. Estima que la cita que menciona del Ministerio de Economía, Industria y Comercio no resulta aplicable al caso por cuanto confunde entre requisitos de admisibilidad y requisitos de evaluación pues los requisitos de admisibilidad eventualmente podrían implicar una afectación a la posibilidad de participar, no así los requisitos de evaluación, en la medida que sean razonables, proporcionales, equilibrados y generen ventaja comparativa, como a su juicio ocurre en este caso. Informa que no se comparte la incorporación de nuevos factores de evaluación como los planteados en el recurso, pues ya decidió cuáles fueron los criterios que se consideraron suficientes, y en forma contundente, se está haciendo prevalecer la voluntad administrativa, misma que como ya se dijo está en nuestro criterio debidamente fundamenta.

Criterio de la División: Se tiene por acreditado que la presente acción recursiva se dirige en contra de lo dispuesto en el sistema de evaluación, específicamente en cuanto a la asignación de puntaje por concepto de la certificaciones ISO 9000 e ISO 14000, al respecto el pliego de condiciones establece lo siguiente:

C. CRITERIOS DE EVALUACIÓN

Precio ponderado	90%
Certificación familia ISO 9000	5%
Certificación familia ISO 14000	5%

(consultando en apartado No.2 [Información de Cartel], ingresando en número de procedimiento “Versión actual”, apartado [F. Documento del cartel], documento No.1, nombre del documento “Documento complementario de cartel”, descargado el archivo denominado “Documento complementario al cartel -Servicios de Limpieza (2).pdf” o del enlace

https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20191001732&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). De la cita anterior se extrae que la Administración ha definido otorgar 5 puntos a los oferentes que presenten certificación de gestión de la calidad de la familia ISO 9000 y otorgar 5 puntos a los oferentes que presenten certificación de gestión ambiental de la familia ISO 14000. En razón de lo anterior, en primera instancia resulta importante recordar a la objetante que en cuanto a las cláusulas cartelarias de evaluación, es discreción de la Administración su definición y sólo puede debatirlos con la respectiva fundamentación, máxime cuando por sí mismas no limitan la participación de ningún potencial oferente, en el sentido de que se trata de ponderar ventajas comparativas con el objetivo de seleccionar la oferta más conveniente para el interés público. De manera que, esta Contraloría General ha reconocido que una cláusula de calificación solamente puede ser objetada en el tanto la misma resulta desproporcionada, inaplicable o intrascendente, de manera que el objetante tiene la obligación de fundamentar, en los términos de lo indicado en el apartado primero de esta resolución, cómo el sistema de calificación incurre en alguna de las condiciones citadas, para proceder a su modificación. En el presente caso se observa que el objetante plantea que bajo las reglas actuales las empresas que cuenten con las mencionadas certificaciones ISO tienen una ventaja respecto de aquellas que no las ostenten pues las primeras recibirían un mayor puntaje, lo cual estima como una limitación a la libre competencia por cuanto no todas las empresas cuentan con dichas certificaciones. Para la resolución de este aspecto, se tiene por acreditado que la argumentación de la objetante de ninguna forma llega a cuestionar y menos demostrar que la cláusula objetada resulte de alguna forma desproporcionada, inaplicable o intrascendente por lo que carece de la adecuada fundamentación el recurso de objeción en este aspecto lo que denota la falta de fundamentación del recurso. En esta línea, la selección de las normas ISO como aspecto evaluable, no ha sido desvirtuado como un aspecto que no refleje una preeminencia o no agreguen mayor valor entre ofertas de frente al interés manifestado por la Administración de ponderar aspectos que denomina como relevantes tanto en aspectos de calidad (ISO 9000) cómo por gestión ambiental (ISO 14000), máxime cuando esta Contraloría General ha sostenido que las normas ISO o similares no pueden establecerse como requisito de admisibilidad pero si se puede valorar su incorporación como factor de evaluación (en ese sentido véanse las resoluciones Nos. R-DCA-0782-2017, R-DCA-292-2016, R-DCA-571-2013, RC-257-2001 y RC-239-2001). Tampoco logra explicar la objetante cómo con la modificación

propuesta la Administración puede evaluar la calidad y gestión ambiental, es decir, no demuestra el recurrente que las certificaciones que propone resulten equiparables a lo pretendido por la Administración. No obstante lo anterior, no pierde de vista esta División el alegato del recurrente en relación con lo resuelto por la Comisión para Promover la Competencia del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, en el expediente 033-10-OP, ante lo cual no se ha demostrado que lo dispuesto por esa Comisión no resulte aplicable al caso concreto, pues la Administración se ha limitado a alegar que dicho criterio de la Comisión resulta improcedente pues confunde entre requisitos de admisibilidad y requisitos de evaluación, sin embargo, de lo portado por la objetante se extrae claramente que la Comisión señala “(...) *algunas instituciones han empezado a solicitar como parte de los ítems a considerar en los procesos de contratación administrativa, que los oferentes cuenten, de forma específica con las certificaciones ISO 9000 e ISO 14000, **otorgándoles a estas un valor dentro de la calificación de las ofertas**. Esta práctica resulta discriminatoria y anticompetitiva, por cuanto existen múltiples certificados de índole ambiental, y no se justifica que las entidades públicas opten por considerar sólo una certificación (...)*” (folios 5 al 7 del expediente de objeción, resaltado es propio). De lo expuesto se tiene que el acuerdo de la Comisión para Promover la Competencia se refiere, en ese extracto, específicamente al sistema de evaluación de los carteles en los cuales se le asigna puntaje a las certificaciones ISO 9000 e ISO 14000, tal como ocurre en el caso concreto. Así las cosas y a efecto de garantizar la competencia y libre participación en el caso concreto se le ordena a la Administración realizar la respectiva consulta ante la Comisión para Promover la Competencia, del Ministerio de Economía Industria y Comercio en relación con la posibilidad de incluir en el sistema de evaluación certificaciones específicas como las que pretende evaluar esa Contraloría General, con el fin de tener certeza si la disposición objetada resulta acorde con los principios que informan esta materia así como o si por el contrario se podría estar incurriendo en prácticas anticompetitivas o discriminatorias ante lo cual se deberá eventualmente eliminar el requerimiento. Finalmente, siendo que parte de la cláusula objetada corresponde a un elemento de carácter sustentable en una contratación pública como lo es la evaluación de la certificación ISO 14000 sobre gestión ambiental, se le recuerda a la Administración que de conformidad con lo establecido en el Reglamento General a la Ley para la Gestión Integral de Residuos, emitido mediante el Decreto Ejecutivo No.37567-S-MINAET-H de fecha 2 de noviembre del 2012, que dispone en su artículo 44 que “*Sobre las compras del*

Estado. Para la debida implementación de los criterios de sustentabilidad aplicables a las compras que realicen las instituciones del Estado, así como de los parámetros de evaluación establecidos por el artículo 29 de la Ley No. 8839, la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en coordinación con los órganos técnicos involucrados, dictará la normativa técnica que deberá considerar la Administración para la aplicación de los criterios sustentables a seguir, así como los mecanismos para implementar la ponderación adicional a los oferentes que en igualdad de condiciones apliquen dichos criterios, entre ellos el de gestión integral de residuos, dictando para ello las políticas, directrices, guías técnicas y cualquier otro medio que ésta estime pertinente para tal fin.”, y partiendo de que en el año 2015 la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, promulgó la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas, debe tomarse en consideración que dicha normativa dispone en su punto 5.3 inciso 4) que *“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”*, por ello se le advierte a la Administración que en el supuesto que pretenda contemplar en el cartel requerimientos de admisibilidad o elementos de evaluación con carácter sustentable, queda bajo su responsabilidad el incorporar estos estudios en el respectivo expediente de la contratación, estudios que deben pre existir al momento de la invitación y que justifiquen no solo el requerimiento de admisibilidad sino que además debe valorar si resulta o no más conveniente su incorporación al sistema de evaluación, asignándole el peso que defina la Administración y respetando la normativa especial citada, todo ello debe estar debidamente justificado en el expediente administrativo. En razón de lo anterior corresponde **declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto. **B) Recurso interpuesto por Servicios de Limpieza a su Medida S.A. i. Anexo No.1 Perfil de puestos a contratar:** Expone la objetante que los puestos a contratar son los de conserjes, trabajadores de mantenimiento de zonas verdes y coordinadores y que para los mismos se exigen dos tipos de condiciones que a su juicio limitan la posibilidad a una mejor, más amplia y a una libre participación, pues se tornan en gravosas de cumplir en su medio. Alega que el cartel requiere para los tres tipos de puestos formación académica a nivel de tercer año aprobado en educación secundaria preferible bachillerato en educación secundaria y capacitaciones (certificaciones) en al menos uno de los siguientes temas: servicio al cliente, manejo de

productos químicos para jardinería o Jardinería y ornato. Alega que conforme a su experiencia en cuanto a contratación de personal, las personas con una escolaridad como la requerida no buscan trabajos en cuanto a labores de limpieza, aseo y ornato, y es esta una de las razones por las que a su empresa se le hace casi imposible procurar mano de obra con una escolaridad tan alta a efecto de las labores y de los salarios que aplican en cuanto a las mismas pues los costarricenses con el nivel académico pedido no quieren realizar tareas como jardineros, misceláneos o conserjes. Afirma que esas labores han quedado para personas con escolaridades menores y además no existe ninguna regulación o normativa que determine u obligue a que trabajadores de limpieza, aseo u ornato ocupen una escolaridad tan alta. Ni, tampoco, se enfocan razones meritorias al efecto. Estima que no hay motivo ni fundamento para tales requerimientos objetados, pues lo requerido en cuanto a escolaridad es al punto más alto del promedio en Costa Rica, según los informes del estado de la nación y que por ello les resulta limitante para una libre y amplia participación. Argumenta que las labores que procura contratarla Contraloría no presentan mayor dificultad ni complejidad sino que son labores normales de limpieza, jardinería y coordinación para las cuales no se justifican los requerimientos objetados ni representan algún valor agregado. Indica que en un ámbito comparativo, se tiene que para labores más gravosas y de mayor riesgo o peligro, como las de seguridad y vigilancia, la Ley No. 8395, pide para los agentes de seguridad sólo sexto grado por lo que califica de desproporcionado el requerimiento para este concurso de solicitar noveno año o más. Expone que los requisitos en capacitaciones resultan confusos o contradictorios por cuanto se piden indistintamente para todos los puestos lo que deriva en que y bien podría presentarse un conserje con capacitación en jardinería y en tal sentido no se tendría ningún valor agregado, un jardinero con capacitación en atención al cliente, cuando por sus funciones y/o área de trabajo tal capacitación no sería pertinente. Por su parte, la Administración indica que lo que busca es contratar es una empresa que brinde los servicios vinculados con el objeto contractual, no contratar personas en forma individual, es decir, dependerá de la organización de la empresa las relaciones que a lo interno mantenga desde el punto de vista laboral con cada uno de sus empleados. Afirma que ha establecido una serie de requisitos para cada uno de los tres puestos o funciones a cumplir en el contrato y aclara que el perfil principal corresponde a las personas que se dedican a limpieza en sentido estricto, y siendo que el puesto de coordinador es una función necesaria para labores de control del resto de personal; y en el caso de servicio de jardinería y ornato, fundamentalmente está

previsto para la atención de las áreas verdes de las instalaciones de la CGR. Indica que por la experiencia previa en este tipo de contratos, sólo se requiere un coordinador y un trabajador para mantenimiento de zonas verdes según el dato aportado en el cartel como histórico de demanda del servicio. Expone que para cada uno de los tres puestos que la empresa debe ofrecer, se plantean una serie de requisitos acordes con la trascendencia, seriedad y profesionalidad del cumplimiento de las competencias legales que tiene la Contraloría General, lo cual implica por sí mismo la necesidad de que las personas que vengán a cumplir funciones como parte del contrato administrativo mantengan un contacto permanente con funcionarios de toda la estructura organizacional, lo mismo que personas que visitan las instalaciones con motivo de reuniones, audiencias, capacitaciones, consultas, revisión de expedientes en materia recursiva, entre otros lo que conlleva una responsabilidad interna de proteger el funcionamiento institucional y principalmente a las personas, en el sentido de que trabajadores de la empresa contratista mantenga el perfil que se ajuste a las exigencias que ese contacto personal diario va a producir en el cumplimiento de labores de limpieza que de las áreas que se les asignen. Señala que el personal de la empresa contratista debe realizar limpieza de pisos, muebles, escritorios, bibliotecas, para citar algunas actividades que realizan, lo cual implica una interacción permanente con funcionarios y personas visitantes, y se parte de una adecuada presentación y además de un trato personalizado lo más respetuoso, unido por supuesto a un desempeño eficiente en las labores propias de limpieza, coordinación y jardinería. Argumenta que los requisitos de cada uno de los perfiles de los puestos que debe ofertar cada empresa surgen de una valoración comparativa de los requisitos que a nivel interno se le pide a los funcionarios que prestan servicios misceláneos como funcionarios de la institución, todo dentro de las exigencias que plantea el Manual de Perfiles de Puestos de la Contraloría General por lo que considera razonable que los requisitos que están planteados como obligatorios para los trabajadores del contratista cumplan con esa equiparación y otros que se agregan se plantean como que deben cumplirse por lo menos una de tres alternativas que se presentan, ya sea en materia de servicio al cliente, manejo de productos químicos y jardinería y ornato. También estima razonable el requerimiento de nivel de escolaridad de hasta tercer año de secundaria aprobado y es análoga al requisito que se le pide en cumplimiento de igualdad de condiciones a los funcionarios de la institución en el mismo puesto. Sobre la referencia del requisito de capacitaciones, indica que son aspectos en donde de tres posibilidades se piden que el personal de la contratista cumpla con al menos una,

según el tipo de funciones que va a cumplir, con lo cual se mantiene la posición de que es un requisito atinente y que se deberá verificar en la fase de ejecución contractual. **Criterio de la División**: La cláusula objetada indica lo siguiente: *“Perfil de requerimientos básicos IV. Educación Formal/ El puesto requiere formación académica a nivel de tercer año aprobado en Educación Secundaria./ Preferible Bachillerato en Educación Secundaria (...) Se requieren capacitaciones/certificaciones en al menos una de los siguientes temas: Servicio al cliente/ Manejo de productos químicos de limpieza/ Jardinería y ornato”* (consultando en apartado No.2 [Información de Cartel], ingresando en número de procedimiento “Versión actual”, apartado [F. Documento del cartel], documento No.1, nombre del documento “Documento complementario de cartel”, descargado el archivo denominado “ Documento complementario al cartel - Servicios de Limpieza (2).pdf” o del enlace https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20191001732&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). De lo anterior se desprende que la Administración requiere que el personal cuente al menos con el nivel académico de tercer año aprobado en educación secundaria y que a su vez ostente capacitaciones en al menos uno de los siguientes temas: servicio al cliente, manejo de productos químicos de limpieza o jardinería y ornato. Lo anterior significa que la Administración, conocedora de sus necesidades, estima que para los puestos a contratar deben poseer un grado mínimo de secundaria a nivel de tercer año, lo anterior en virtud de que de que esos agentes ocuparán una que se relaciona con usuarios y funcionarios. Estima esta División que las razones que brinda la Administración en defensa de las condiciones y requerimientos señalados en el cartel son importantes, pues es ella quién en principio conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el respectivo concurso, y en virtud de esos requerimientos establece las diversas cláusulas en los pliegos cartelarios. Finalmente, se debe considerar que el argumento expuesto por el objetante únicamente califica el requisito como improcedente, y de imposible cumplimiento para su empresa sin que exista una clara fundamentación que permita realizar estas afirmaciones por parte del recurrente en los términos del artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por ejemplo haber demostrado que no resulta necesario para las condiciones en que será prestado el servicio, ni para el tipo de instalaciones donde se pretende ejecutar la contratación, las funciones propias y detalladas que ejecutarán cualquier otro aspecto que permita concluir a esta División que no resulta relevante dicho nivel académico para la mejor satisfacción de la necesidad administrativa y la satisfacción del

interés público; sino que por el contrario el argumento de la empresa recurrente se centra en señalar que no es fácil contratar personal con un nivel que supera el promedio para ese puesto, pues considera que la mayoría con ese grado académico prefiere otro tipo de trabajo, por lo que existe un bajo promedio de este tipo de colaboradores en el sector privado, sin embargo su argumento no demuestra que existe imposibilidad de cumplir el requerimiento impuesto por la Administración pues incluso no remite prueba como la lista de empleados de su representada que cumplen o no con el nivel solicitado por la Administración por lo que no demuestra que no pueda cumplir la disposición cartelaria. Por lo anterior lo procedente es **declarar sin lugar** el recurso en cuanto a este punto. Finalmente, se observa que al atender la audiencia especial la Administración realizó algunas aclaraciones respecto a que el perfil principal corresponde a las personas que se dedican a limpieza en sentido estricto y que en cuanto a las capacitaciones las mismas se deben cumplir según el tipo de funciones que va a cumplir, mismas que no constan en el pliego de condiciones ni en el expediente digital, por lo tanto de oficio se le ordena a la Administración que incorpore dicha aclaración al expediente y deberá darle la adecuada difusión a los potenciales oferentes. **ii) Multas y sanciones.** Señala la objetante que en el pliego de condiciones se fijan sanciones, tanto para las faltas leves como para las graves, aplicando porcentajes de sanción sobre el pago mensual. Indica que no se deja claro si la sanción es sobre el pago mensual del turno o de todo el puesto, lo cual es necesario por seguridad jurídica, lo cual a su parecer rompe los parámetros de razonabilidad y de proporcional que la misma Contraloría ha definido en sus precedentes. Considera que es grave cuando se contrate con márgenes de multas tan altos, ante los cuales sería muy posible llegar al tope del 25% fijado para la resolución contractual, condición de riesgo que evidentemente limita una libre y amplia participación. Estima que se cargan sanciones con porcentajes que califica de inciertos o indefinidos (sin justificación), además de muy altos, exagerados y desproporcionados, lo cual desalienta a la participación, pues los posibles incumplimientos parciales o atrasos y que se calculan no sobre lo de particular incumplimiento, sino que se ponderan de forma desproporcionada y excesiva debiendo existir un estudio previo de la Administración mediante la cual se hayan determinado objetivamente los porcentajes y que los mismos no constan en el expediente, poniendo en riesgo la utilidad del contrato. Señala que lo que opera en el caso de multas, conforme a los principios de racionalidad y proporcionalidad, sería el cobro parcial y puntualmente sobre lo que se hubiera incumplido y por porcentajes menores y más razonables. En cuanto a dicho argumento, la

Administración señala que la contratación corresponde a un sólo servicio que debe brindarse en unas instalaciones ubicadas en un lugar específico, el hecho de que se requiera de varios colaboradores para cubrir el servicio no implica que haya una división o separación del servicio como tal, como para pensar en que una eventual aplicación de multa deba hacerse a una porción. Considera que un hecho que amerite la aplicación de una sanción económica puede ser detectado al momento de realizar una supervisión, por ejemplo, la falta de un equipo, o usar productos no aceptados por la Administración, pero no se sabrá con certeza en qué fecha ocurrió, o si el hecho se originó a causa de la acción o inacción de un trabajador que labora en un área o piso en específico. Para la Contraloría General la falta es una, sea leve o grave, y detectada o cometida en cualquier momento dentro de la ejecución del servicio. Señala que por experiencia y de conformidad con el servicio que se ha venido requiriendo, el precio de este servicio rondará un monto de 9 millones de colones al mes por lo que una falta leve, en cualquiera de los casos y aunque sean varios colaboradores a la vez los que la cometen, implicaría un pago de aproximadamente 180 mil colones por la detección y comprobación de esa falta, mientras que en una falta grave correspondería el pago de unos 750 mil colones, es decir, que independientemente de la cantidad de colaboradores que ocasionen una misma falta, solamente se aplicará el porcentaje global y no una sumatoria de montos por colaborador. Señala que estos datos fueron calculados de previo a establecer los porcentajes de multa en el cartel, considerándose que no son en absoluto desproporcionados y que de ninguna forma implicaría una afectación grave a las finanzas de las empresas. Estima que la empresa contratada debe tomar todas medidas que considere necesarias para minimizar los riesgos de incumplimientos al contrato, y por otra parte la Administración debe ser rigurosa en el cumplimiento de las cláusulas cartelarias para que el contrato se lleve a cabo en forma adecuada en el transcurrir del tiempo. Sostiene que los alcances incorporados al pliego de condiciones del presente concurso público de ofertas, se ajusta no solo a los presupuestos de la LCA y del RLCA, sino que van acorde a la jurisprudencia de la Sala Constitucional por lo que el dejar el cartel tal cual en este sentido, no hace nugatorio el derecho que ostenta el eventual contratista, de activar los instrumentos jurídicos a su alcance, en caso de encontrarse disconforme ante el escenario de la imposición de una sanción asociada a los presupuestos cartelarios previstos para la aplicación de multas y/o cláusula penal. **Criterio de la División:** Como punto de partida se debe indicar que el objetante se ha limitado a indicar en su recurso que lo dispuesto por el cartel en cuanto a multas y cláusula penal carece de razonabilidad y

proporcionalidad pues la Administración pudo definir sanciones según el puesto que cometa la falta. Las cláusulas objetadas indican en lo que interesa lo siguiente: *“Por cada falta leve se multará a la empresa con un porcentaje de 2% del pago mensual a partir de la tercera falta se multará con un 5% de cada falta hasta un máximo de un 25% (...)En caso de faltas graves en la ejecución del contrato por parte del contratista o su personal, se sancionará en forma escrita, comunicándole al adjudicatario que se multará con la deducción del pago mensual de un 8.33% por cada falta grave hasta un tope máximo del 25%, momento en el cual se tendrá por definitivo el incumplimiento contractual.”* (consultando en apartado No.2 [Información de Cartel], ingresando en número de procedimiento “Versión actual”, apartado [F. Documento del cartel], documento No.1, nombre del documento “Documento complementario de cartel”, descargado el archivo denominado “Documento complementario al cartel -Servicios de Limpieza (2).pdf” o del enlace https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20191001732&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00), de la cual se entiende que el porcentaje de sanción que se aplique se calculará con base a costo mensual del servicio contratado. En el caso, observa esta División que el objeto contractual según el cartel se describe como que: *“El objeto de la presente licitación es contratar los servicios de limpieza para el edificio principal, edificio anexo, plazoleta, área de parqueos (interno, externo y sur), y servicios de mantenimiento de todas las áreas verdes de la institución, bajo la modalidad de entrega según demanda, lo que significa que la Administración le define al contratista la cantidad de servicios que requiere en dichas áreas de acuerdo a las necesidades institucionales.”* (consultando en apartado No.2 [Información de Cartel], ingresando en número de procedimiento “Versión actual”, apartado [F. Documento del cartel], documento No.1, nombre del documento “Documento complementario de cartel”, descargado el archivo denominado “ Documento complementario al cartel -Servicios de Limpieza (2).pdf” o del enlace https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20191001732&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00), de lo anterior deja claro que nos encontramos ante una única línea correspondiente al servicio de limpieza y mantenimiento de zonas verdes de todo el edificio principal de la Contraloría General de la República, edificio anexo, plazoleta, área de parqueos (interno, externo y sur). Aunado a lo anterior, al atender la audiencia especial conferida, la Administración manifiesta, que: *“La contratación corresponde a un sólo servicio que debe brindarse en unas instalaciones ubicadas en un lugar específico, el hecho*

de que se requiera de varios colaboradores para cubrir el servicio no implica que haya una división o separación del servicio como tal, como para pensar en que una eventual aplicación de multa deba hacerse a una porción.” (folios 54 al 70 del expediente del recurso de objeción). Analizado ese alegato frente al caso concreto, estima esta División que dicha posición contraviene la línea seguida por este órgano contralor en el sentido de que las multas se deben calcular sobre la base de cada posición de forma independiente y no en forma conjunta. Al respecto, puede verse la resolución No. R-DCA-0795-2017 de las siete horas cincuenta minutos del veintiocho de setiembre de dos mil diecisiete, donde este órgano contralor apuntó: *“En virtud de lo expuesto es criterio (sic) 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 clausulas 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. (...) 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 clausula penal se compute de forma independiente para cada una de las posiciones”*. Aplicado lo anterior al caso concreto se tiene que si bien los servicios a contratar se ubican en una única línea, lo cierto es que las mismas corresponden a actividades distintas como lo son la limpieza y el mantenimiento de zonas verdes, y que las mismas se brindarán en áreas distintas que bien pueden ser localizadas como lo son edificio principal, edificio anexo, plazoleta, área de parqueos (interno, externo y sur). En ese sentido, el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que *“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.”*, de donde se puede derivar que el reglamentista limitó el monto máximo para el cobro de multas en atención a las líneas precisamente porque no podría calcularse la sanción sobre otras prestaciones del mismo contrato que no han sido incumplidas y no afecte el resto de las obligaciones. En el caso concreto, la Administración no logró acreditar que exista un nivel tal de dependencia entre las áreas (edificios, estacionamientos, etc) en donde se brindará el servicio o qué el impacto representará ante un eventual incumplimiento y cómo ello afectará la prestación del

servicio en otros sectores donde se brinda el servicio, pues como se indicó el servicio se prestará en ubicaciones distintas que permiten considerar que existe independencia entre los mismos e incluso entre las actividades de limpieza y mantenimiento de zonas verdes. En ese sentido, la Administración debió hacer un ejercicio mediante el cual demuestre de manera indubitable que un eventual incumplimiento en alguno de los sectores afectará en otro, a manera de ejemplo hipotético demostrar cómo un incumplimiento en el edificio principal afectará la prestación del servicio en otras áreas como los parqueos o edificio anexo. Por lo anterior deberá la Administración adecuar el cartel conforme la posición expuesta. Todo lo anterior debe constar en los estudios de respaldo que deben mediar para sustentar las sanciones. Finalmente ante el argumento del objetante de que los porcentajes de multa carecen de estudios, este órgano contralor mediante la resolución No. R-DCA-573-2016 indicó que: *“De frente a lo expuesto es posición de esta Contraloría General, que las cláusulas penales fijadas en el cartel, respecto a su cuantificación, deben estar sustentadas en actos motivados que consideren lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA, que a los efectos dispone: “[...] 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.”* Ahora bien, en el presente caso la Administración expone: *“[...] considerando de manera muy respetable que **a pesar de que no exista un estudio técnico-financiero**, debido a lo complejo y específico de la situación bajo análisis, sí se contemplan cada una de las variables ahí indicadas al analizar los riesgos y cada una de las posibles repercusiones de un eventual incumplimiento por parte del contratista [...]”* (Destacado es propio) (folio 32 del expediente del recurso de objeción) Ante esto, si bien la Administración brinda razones por las que considera son necesarias las cláusulas penales, así como los aspectos que pretenden cubrir los porcentajes en dichas cláusulas; es lo cierto que reconoce no contar con los análisis que le llevaron a determinar el porcentaje de esas cláusulas, siendo un requisito necesario para su sustento y ejecución. En consecuencia, deberán incorporarse 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 tales cláusulas, conforme con lo señalado por la Sala Primera.” Como puede verse,

en la resolución se dispone como posición de la Contraloría General, la necesidad de atender la normativa reglamentaria en forma motivada de las sanciones incorporadas al cartel. En el caso concreto se observa que la Administración al atender la audiencia especial se refiere a la razonabilidad y proporcionalidad de los porcentajes de sanciones definidos en esta contratación, sin embargo, la Administración no indica cual es el sustento técnico financiero mediante el cual dispuso los porcentajes sancionatorios, por lo que no es posible conocer cómo dicha Institución definió dicho rango de razonabilidad de las sanciones, ni que exista un análisis que sustente esas sanciones pecuniarias. Es por ello, que necesariamente, se debe ordenar a la Administración que se incorporen al expediente administrativo los análisis motivados que fundamenten el “quantum” de las sanciones pecuniarias que en este caso se han venido a discutir y sobre las cuales ha determinado que deben aplicarse en forma global sobre el costo mensual, todo como reflejo de lo dispuesto en la normativa reglamentaria citada, con la finalidad de que sea conocido por todos potenciales interesados. Por todo lo anterior, se **declara parcialmente con lugar** el recurso de objeción en este aspecto.-----

POR TANTO

En virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa, 60, 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por las empresas **SERVICIOS MULTIPLES ESPECIALIZADOS S.A.**, y **SERVICIOS DE LIMPIEZA A SU MEDIDA S.A.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000002-0005400001** promovida por la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** para la contratación de servicios de limpieza y mantenimiento de zonas verdes. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar ordenado por esta División. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ulgalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

David Venegas Rojas
Fiscalizador

DVR/mjav
NN: 17127 (DCA-4131-2019)
Ni: 29122, 29809, 30558
G: 2019004072-1

