



R-DCA-00007-2022

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas cincuenta y cinco minutos del seis de enero del dos mil veintidós.-----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el **CONSORCIO LIMPIEZA- MANAGEMENT** (conformado por las empresas VMA Servicios Integrales de Limpieza S.A., y VMA Management Facilities, S.A) en contra del acto que declara infructuosa la **Licitación Pública 2021LN-000001-0004000001** promovida por la **DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA** para “Contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda para la Sede Central y Sedes Regionales de la Defensoría de los Habitantes”.-----

RESULTANDO

I.- Que el siete de octubre del dos mil veintiuno, el Consorcio Limpieza-Management interpuso ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto final dictado dentro de la licitación pública de referencia.-----

II.- Que mediante auto de las once horas siete minutos del once de octubre del dos mil veintiuno, esta División solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso impugnado; conforme con lo cual la Defensoría de los Habitantes de la República mediante oficio DH-PSG-1442-2021 agregado al expediente de apelación, remitió para su consulta al expediente administrativo electrónico tramitado en el Sistema Integrado de Compras Públicas.--

III.- Que mediante auto de las siete horas cincuenta y dos minutos del veintiocho de octubre del dos mil veintiuno, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante con el objeto de que manifestara por escrito lo que a bien tuviera con respecto a los alegatos de la apelante, y para que ofreciera las pruebas que considerara oportunas. Dicha audiencia fue atendida por la Administración, según escrito agregado al expediente de la apelación.-----

IV.- Que de conformidad con lo establecido en el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite de los recursos se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

V.- Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.-HECHOS PROBADOS: Con vista en el expediente electrónico tramitado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Defensoría de los Habitantes de la República, promovió la Licitación Pública 2021LN-000001-0004000001 para la contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda para su sede central y sedes regionales (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "2. Información de Cartel", 28 de julio de 2021). **2)** Que para la única partida del concurso se presentaron 5 ofertas, entre ellas la del Consorcio Limpieza-Management (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "3. Apertura de ofertas", partida 1, posición 3). **3)** Que como parte de su oferta, el consorcio apelante presentó certificación suscrita por notario público de la personería jurídica de la empresa VMA Management Facilities S.A., cuyo contenido refiere -entre otras cosas- al nombre de las personas que desempeñan los cargos de Presidente, Secretario y Tesorero. Asimismo, en dicho documento se certifica con vista en el libro de accionistas de la empresa referida anteriormente, que las 100 acciones comunes y nominativas de 1000 colones cada una pertenecen a la sociedad Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A., y a su vez se acredita que las acciones de dicha empresa pertenecen en su totalidad al señor Johan Fabricio Vargas Mejias (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "3. Apertura de ofertas", partida 1, posición 3; en la nueva ventana "Detalle documentos adjuntos a la oferta"; en ENTREGABLES VARIOS; Personería de MANAGEMENT.pdf). Asimismo, se presentó formulario 5 "Propuesta técnica de productos de limpieza", en el cual se identifica entre otros el producto cloro marca Lemen y el limpiador de loza sanitaria marca SOS (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "3. Apertura de ofertas", partida 1, posición 3; en la nueva ventana "Detalle documentos adjuntos a la oferta"; en ENTREGABLES VARIOS; OFERTA TÉCNICA - ECONÓMICA.pdf). **4)** Que mediante la solicitud de información 382966 del 2 de setiembre del 2021, la Administración le solicitó al consorcio apelante -en lo que interesa- lo siguiente: *"Aportar certificación de naturaleza y propiedad de las acciones con fecha reciente (menos de un mes de extendida) de la empresa dueña de las acciones de VMA Management, S.A (Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad, S.A) (...)"* (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "[2. Información de Cartel]; resultado de la solicitud de información; en la nueva ventana "listado de solicitudes de información" pág.1 ; Nro. de solicitud 382966; en la nueva ventana "Detalles de la solicitud de información";Contenido de la solicitud). **5)** Que mediante oficio DDC-SIL-0073-2021 del 6 de setiembre del 2021, el consorcio apelante señaló lo siguiente: *"En cuanto a la certificación la misma fue presentada el día de la apertura en el archivo llamado*

Entregables (...) En la misma personería, donde se indica que la empresa dueña de las acciones es Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A. con vista en el libro de accionistas de empresa las cuáles pertenecen en su totalidad al señor Johan Fabricio Vargas Mejías. Dicha certificación fue emitida el 12 de agosto del 2021 (...)" (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "[2. Información de Cartel]; resultado de la solicitud de información; en la nueva ventana "listado de solicitudes de información" pág.1 ; Nro. de solicitud 382966; en la nueva ventana "Detalles de la solicitud de información"; [Encargado relacionado]; Estado de la verificación Resuelto; en la nueva ventana "Respuesta a la solicitud de información"; archivo adjunto OF. DDC-SIL-0073-2021 DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES.pdf). **6)** Que mediante la solicitud de información 383018 del 2 de setiembre del 2021, la Administración le solicitó al consorcio apelante -en lo que interesa- lo siguiente: "(...) *Aclarar en relación a la propuesta técnica de productos presentada cual (sic) de los productos indicados a saber: cloro ó el sustituto de cloro Clean SOS serán utilizados en el servicio, o si se utilizaran (sic) ambos simultáneamente. En caso de utilizar cloro deberá suministrar certificado de biodegradabilidad de producto*" (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "[2. Información de Cartel]; resultado de la solicitud de información; en la nueva ventana "listado de solicitudes de información" pág.1 ; Nro. de solicitud 383018; en la nueva ventana "Detalles de la solicitud de información"; Contenido de la solicitud). **7)** Que mediante oficio DDC-SIL-0072-2021 del 6 de setiembre del 2021, el consorcio apelante señaló lo siguiente: "*El producto a utilizar va hacer el cloro marca Lemen, de acuerdo a lo indicado en la oferta técnica formulario 5 (...)* El cloro no es un producto biodegradable por lo tanto no cuenta con certificado de biodegradabilidad "(En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título "[2. Información de Cartel]; resultado de la solicitud de información; en la nueva ventana "listado de solicitudes de información" pág.1 ; Nro. de solicitud 383018; en la nueva ventana "Detalles de la solicitud de información"; [Encargado relacionado]; Estado de la verificación Resuelto; en la nueva ventana "Respuesta a la solicitud de información"; archivo adjunto OF.DDC-SIL-0072-2021). **8)** Que en el documento "Análisis integral" suscrito por los funcionarios Ronald Retana Pérez, Karen Román Guerrero, Héctor Gutiérrez González y Laura Alvarado Porras, la Administración determinó -en lo que interesa- lo siguiente: "*La Comisión de Análisis y Recomendación de Adjudicación integrada para este acto por el Lic. Ronald Retana Pérez, MBA Director Administrativo, la Licda. Karen Román Guerrero, Jefa del Departamento de Proveeduría y Servicios Generales, Ing. Héctor Gutiérrez González, Encargado de Servicios Generales y la Bach. Laura Alvarado Porras, Analista de Contratación, brindan el informe respectivo del análisis de la contratación supracitada / **Análisis** / Una vez analizadas las ofertas presentadas y de acuerdo con la verificación del cumplimiento de los aspectos legales establecidos en el cartel y en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, se tienen las siguientes observaciones y conclusiones: (...)* **Consortio Limpieza – Management:** Con base en los

artículos 80 y 81 el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se le solicita al oferente subsanar los incumplimientos (Solicitud de información No. 382966). El oferente atendió en tiempo la solicitud, aportando los mismos documentos presentados con la oferta. Sin embargo mediante la aclaración de oficio No. 7242021000000006 presentada el día 07 de setiembre del 2021, el oferente aporta la declaración jurada indicando que los miembros del Consorcio no se encuentran sancionados para contratar con la Administración Pública y la aclaración del aporte de la experiencia de los miembros del Consorcio, **sin embargo no aportan la certificación de naturaleza y propiedad de las acciones dueñas de las acciones de VMA Management, S.A, por lo anteriormente expuesto esta oferta no se puede considerar para una posible adjudicación** debido a que de acuerdo con lo indicado en el artículo No. 82 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual indica que "... si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, la Administración procederá a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la Naturaleza del defecto lo amerite..." (...) **2.3 Aspectos Técnicos / (...) Oferta 3: CONSORCIO LIMPIEZA –MANAGMENT (sic) T (sic) / Dentro del análisis de la oferta se verifico (sic) el suministro de información de costos y propuesta técnica de productos requerida en los formularios: (...) Formulario N°5 Propuesta Técnica de productos de limpieza (...) Al efectuarse la verificación del cumplimiento de biodegradación de los productos químicos mediante la revisión de su certificado de biodegradabilidad por parte de un laboratorio acreditado por el ECA cumplimiento de registro sanitario de producto por parte del ministerio (sic) de salud (sic), así como del suministro de hojas de seguridad MSDS. Se encontró dentro de la propuesta técnica de los productos a utilizar por el oferente e indicados en el formulario N°5: el cloro y el producto CLEAN SOS, este último corresponde a un sustituto de cloro, como se observa en la Fig 16 (...) Al ser dichos productos antagónicos, surge la duda de cuál es el producto propuesto a utilizar en el servicio o si se contempla el uso de ambos productos simultáneamente. Se solicita al oferente aclarar al respecto. En la respuesta de solicitud de información 7042021000000137 el oferente indica textualmente: "El producto a utilizar va hacer el cloro marca Lemen, de acuerdo a lo indicado en la oferta técnica formulario 5. El cloro no es un producto biodegradable por lo tanto no cuenta con certificado de biodegradabilidad". De este modo se determina que el producto Cloro marca Lemen y propuesto para utilizar en el servicio de limpieza no cumple con el requerimiento técnico y ambiental de biodegradabilidad de los productos químicos, siendo lo anterior requerido en el pliego de condiciones. Resultado del análisis de la oferta: Se considera que la oferta no cumple**

técnicamente al presentar dentro de su propuesta técnica de productos químicos a utilizar en el servicio un producto que no es biodegradable. (...) De conformidad con el análisis anterior y conforme lo establecen los artículos 83, 86 y 87 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa se recomienda declarar infructuosa la presente licitación, Licitación Pública Nacional 2021LN-000001-0004000001 “Contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda para la Sede Central y Sedes Regionales de la Defensoría de los Habitantes” debido a que las ofertas presentadas incumplen aspectos sustanciales de las bases de la licitación” (resaltado no es parte del original) (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título “[4. Información de Adjudicación]”; en Recomendación de adjudicación; en la nueva ventana “Informe de recomendación de adjudicación”, Análisis integral contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda FIRMADO.pdf).

9) Que a partir de la revisión efectuada por la Dirección Administrativa y validación de la Dirección de Asuntos Jurídicos, la Defensora Adjunta de los Habitantes declaró infructuoso el presente procedimiento (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en apartado denominado “[4. Información de Adjudicación]” en Acto de adjudicación; en la nueva ventana “Acto de adjudicación”, en Aprobación del acto de adjudicación: en la nueva ventana Detalles de la solicitud de verificación; [3. Encargado de la verificación]; Estado de la verificación; tramitada).-----

II.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO. 1) Sobre la personería jurídica de Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A.

La apelante manifiesta que es la única empresa con posibilidad real de recurrir el acto y de resultar adjudicataria en el concurso, en tanto el primer argumento en contra de su oferta es inexistente y el segundo no tiene la fuerza necesaria para descalificarla. Señala que fue considerada inelegible según el oficio “Análisis Integral” y posterior a la transcripción de dicho documento, explica que se le requirió indicar quién es el propietario de las acciones de la empresa dueña de las acciones de VMA Management Facilities, Sociedad Anónima, para lo cual aclaró que dentro de la misma personería jurídica el notario ya había certificado que el dueño de las acciones llegaba hasta persona física (Johan Fabricio Vargas Mejías), por lo que no era necesario aportar una personería de Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A. Argumenta que pese a que no existe incumplimiento, aporta como anexo en su recurso la personería jurídica de Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A. La Administración no se refirió al respecto. **Criterio de la División.** Para el caso bajo estudio, se tiene que la Defensoría de los Habitantes, promovió la Licitación Pública 2021LN-000001-0004000001 para la contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda para su Sede Central y Sedes Regionales (hecho probado 1); en la que participaron para la única partida del concurso 5 ofertas, entre ellas la del Consorcio Limpieza-Management (hecho probado 2), la cual resultó inelegible

(hecho probado 8) y en consecuencia posterior a la revisión efectuada por la Dirección Administrativa y validación de la Dirección de Asuntos Jurídicos, la Defensora Adjunta de los Habitantes declaró infructuoso el procedimiento (hecho probado 9). En este sentido, la apelante discute el incumplimiento atribuido por la Administración respecto a la no presentación de la certificación de la naturaleza y propiedad de las acciones de Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A., pues a su criterio el requisito de revelar el accionista fue satisfecho desde la apertura de las ofertas. Contextualizado lo anterior, se tiene que el consorcio apelante presentó la certificación notarial de la personería jurídica de la empresa VMA Management Facilities S.A., cuyo contenido refiere al nombre de las personas que desempeñan los cargos de Presidente, Secretario y Tesorero (hecho probado 3). Asimismo, el notario público certificó con vista en el libro de accionistas de la empresa referida anteriormente, que el capital social es la suma de 100,000 mil colones, representado por 100 acciones comunes y nominativas de 1000 colones cada una, las cuales pertenecen a la sociedad Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A (hecho probado 3). Finalmente, se certificó por parte del notario público que las acciones de dicha empresa pertenecen en su totalidad al señor Johan Fabricio Vargas Mejías (hecho probado 3). Pese a lo anterior, la Administración le requirió al consorcio apelante la presentación de la certificación de naturaleza y propiedad de las acciones de la empresa dueña de las acciones de VMA Management, S.A., a saber: Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad, S.A (hecho probado 4). Ante ello, mediante oficio DDC-SIL-0073-2021 del 6 de setiembre del 2021, el consorcio recurrente señaló: *“En cuanto a la certificación la misma fue presentada el día de la apertura en el archivo llamado Entregables (...) En la misma personería, donde se indica que la empresa dueña de las acciones es Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A. con vista en el libro de accionistas de empresa las cuáles pertenecen en su totalidad al señor Johan Fabricio Vargas Mejías. Dicha certificación fue emitida el 12 de agosto del 2021 (...)”* (hecho probado 5). En este contexto, nótese como el requerimiento de la Administración se circunscribe a la indicación expresa de la naturaleza y propiedad de las acciones de la sociedad Comercializadora e Inmobiliaria La Trinidad VMA S.A., lo cual ya se había aportado desde la apertura de las ofertas, indicándose en aquel momento que el accionista de esa sociedad es el señor Johan Fabricio Vargas Mejías (hecho probado 3). De frente a lo expuesto, la Administración omite -tanto en sede administrativa como en esta fase recursiva- referirse a la forma en que realizó el análisis del documento presentado y de qué forma verificó el supuesto incumplimiento que se le atribuye al consorcio apelante, en la medida

que no brindó razonamiento alguno mediante el cual demuestre que la certificación notarial incumpla con alguna disposición normativa o cartelaria o bien, que se vulnere algún requisito sustancial que afecte la validez del documento. De manera que, partiendo de una lectura de los elementos descritos en la certificación de la personería jurídica de la empresa VMA Management Facilities S.A., no se acredita un vicio legal que conlleve la exclusión de la oferta del apelante y por ende, se **declara con lugar** este extremo del recurso. **2) Sobre el incumplimiento técnico del insumo cloro (biodegradabilidad).** La apelante manifiesta luego de la transcripción del cuadro de la propuesta técnica de los productos químicos de limpieza y de señalar cuál es el motivo de su descalificación, que la afirmación de la Administración es parcialmente cierta, ya que si bien el cartel solicitó productos de limpieza biodegradables bajo ciertas características, también requirió la desinfección de las áreas con contagio o posible contagio por Covid-19, por lo que la condición de biodegradabilidad es exigida únicamente para los “productos de limpieza”, debiendo distinguirse entonces qué es limpieza y qué es desinfección. Señala que la limpieza es la remoción de materia orgánica por medios físicos, lo cual remueve pero no mata, mientras que un proceso de desinfección es la destrucción o eliminación de virus y bacterias. En este sentido indica que, tal como lo dispuso el pliego de condiciones, ofrecieron los productos de limpieza biodegradables y así se tuvo por cumplido el requisito, ya que por otra parte se ofreció el insumo cloro con base en una solicitud expresa del cartel de proceder a la desinfección por Covid-19, en tanto no existía prohibición alguna sobre los productos a utilizar para las desinfecciones, pues es precisamente de una disposición del Ministerio de Salud que se propone el uso del hipoclorito de sodio. Como sustento de su argumento, remite al contenido del documento “LS-PG-008. Lineamientos generales para limpieza y desinfección de espacios físicos ante el Coronavirus (COVID-19)”, concluyendo que ahí se recomienda el uso del cloro en distintas diluciones para proceder con la desinfección, razón por la cual el ofrecimiento de dicho producto no es ni antagónico con la propuesta de otros productos, ni es contrario a lo dispuesto en el cartel, sino que más bien es en acatamiento de un requerimiento expreso de la Administración que se requiere el uso de este desinfectante de alto espectro. En adición a lo anterior, remite al contenido de la circular GM-0704-2021 del 19 de enero de 2021 de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante CCSS), señalando que en dicho documento se indica que el espectro del cloro es amplio y presenta una efectividad comprobada contra el Covid-19, micobacterias, esporas e incluso ébola. Afirma que no existe incumplimiento técnico, máxime cuando el uso del cloro pretende garantizar que los

servicios de desinfección se llevan a cabo bajo los lineamientos correspondientes y las mejores prácticas recomendadas y avaladas por la CCSS. Reclama que el acto de infructuosidad carece de la debida fundamentación, ya que no se elabora un razonamiento donde se señale en qué consistiría la imposibilidad que se ejecute el contrato o por qué la oferta de su representada es disconforme con el ordenamiento jurídico, sino que simplemente se indica que el cloro al no ser biodegradable no puede ser considerado en la lista de insumos, lo cual como se dijo no sería lógico ya que el propio cartel solicita que el oferente puede considerar otros insumos de acuerdo a su experiencia y según la visita realizada. Añade que la Administración no elaboró una justificación técnica sobre cómo los incumplimientos que se imputan son de trascendencia que impidan la consecución del interés público, en tanto la decisión de infructuosidad es un acto reglado y de previo a su adopción deben analizarse y agotarse todos los medios de que dispone la Administración, para determinar con grado de certeza que la plica no se ajusta a los términos del cartel, que es contraria al ordenamiento jurídico o que no puede satisfacer sus necesidades, por lo que debió brindar la oportunidad de explicar por qué se propuso el cloro, pero únicamente consultó si dicho insumo se utilizaría en el contrato a lo cual se respondió que sí y que no era posible aportar certificados de biodegradabilidad según los criterios cartelarios ya que el mismo no los reúne, lo que no quiere decir que no sea biodegradable, solo que no lo hará en los 28 días solicitados y en el porcentaje de 68%. De acuerdo con lo anterior, afirma que la Defensoría de los Habitantes no ha demostrado que el uso del cloro vaya en contra de lo dispuesto en el cartel, en contra del interés público y al objeto de la presente licitación. La Administración manifiesta que el consorcio recurrente no lleva razón en su señalamiento, por cuanto el análisis integral llevado a cabo por la Comisión de Análisis y Recomendación de Adjudicación comprende una fundamentación amplia y suficiente donde se abordan cada una de las ofertas, para finalmente recomendar la declaratoria de infructuosa, al considerarse que las ofertas presentadas incumplen aspectos sustanciales de las bases de la licitación, tanto desde el punto de vista técnico como legal. Respecto al incumplimiento técnico atribuido al consorcio, indica que las referencias aportadas como prueba se encuentran desactualizadas y no corresponden a los lineamientos vigentes emitidos por el Ministerio de Salud, siendo que el documento “LS-PG-008. Lineamientos generales para limpieza y desinfección de espacios físicos ante el Coronavirus (COVID-19)”, responde a la primera versión de tales lineamientos emitidos el 29 de mayo del 2020, los cuales fueron actualizados por la versión 007 del 4 de julio del 2020, a saber: “LS-CS-009. Lineamiento general para propietarios y administradores de

Centros de Trabajo por COVID-19". Posterior a la transcripción de un apartado de dicho documento, explica que este remite a la norma de INTECO en relación al uso de productos de limpieza y desinfección, concluyendo que existen productos diferentes al cloro, ambientalmente más amigables que son validados para su uso en procedimientos de limpieza y desinfección de ambientes Covid-19. En cuanto a la circular GM-0704-2021 de la CCSS, aclara que existe una diferencia entre los procedimientos de limpieza y desinfección en un centro de salud y en un centro de trabajo, siendo que la circular contempla un ámbito de aplicación dirigido exclusivamente a centros de salud, con lo cual no es de aplicación para la Defensoría de los Habitantes. Reitera que el apelante pretende confundir al mostrar extractos de una circular dirigida al manejo de la limpieza y desinfección en centros de salud y que no está dirigida a la generalidad de centros de trabajo y a su vez, evita exponer los textos donde se indican otras opciones alternativas al cloro igualmente válidas y autorizadas para proceder con la desinfección. Recalca que el pliego de condiciones es claro en cuanto a los requerimientos de los productos e insumos a utilizarse en el servicio, siendo incorrecto interpretar que los requerimientos técnicos y en específico la biodegradabilidad requerida, sea exclusiva de los productos de limpieza y no de productos cuyo uso sea la desinfección únicamente, siendo que el establecer dicha separación por tipo de uso, no tiene sentido práctico ya que muchos productos químicos en el mercado están diseñados para cumplir ambas funciones, tanto la de limpieza como la de desinfección, con lo cual técnicamente era factible cumplir con el requerimiento de biodegradabilidad de los productos. En virtud de lo anterior, solicita declarar sin lugar el recurso de apelación interpuesto. **Criterio de la División**. Para este punto del recurso, señala el Consorcio Limpieza-Management que todos los insumos en su oferta cumplen a cabalidad con los términos del pliego de condiciones, en tanto fueron presentados los productos de limpieza que cumplen con los certificados de biodegradabilidad y en adición a lo anterior, el producto cloro para proceder a desinfectar las áreas con contagio o posible contagio de Covid-19. En esta línea asegura que, no existe incumplimiento técnico alguno, toda vez que la Administración no ha demostrado que el uso del cloro infrinja las regulaciones cartelarias, el interés público o el objeto de esta licitación. Ahora bien, con la finalidad de resolver este argumento, resulta necesario traer a colación el punto cartelario respecto a las características técnicas de los productos a suministrar, a efectos de determinar la existencia o no de un incumplimiento. Lo anterior, pues de conformidad con el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante Reglamento), el cartel se configura como el

reglamento específico de la contratación, en el cual se incorporan los requisitos mínimos que requiere el objeto contractual para satisfacer la necesidad de la Administración y desde luego al interés público por el cual se ha promovido el proceso. En este sentido, resulta claro que cuando el cartel de un determinado concurso se consolida, sus regulaciones se vuelven obligatorias para todas las partes del proceso, sin que sea factible que en una etapa posterior, se pretendan desaplicar disposiciones de su contenido. Dicho lo anterior, para el caso concreto, el pliego de condiciones dispuso en el apartado VII “Productos suministrados”, lo siguiente: *“Deben proporcionarse productos que se biodegraden en al menos un 65% en un periodo de 28 días naturales de utilizado. El oferente deberá aportar certificado correspondiente, el cual deberá ser extendido por un laboratorio debidamente acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación (ECA). Con el fin de comprender la propuesta técnica de los productos de limpieza propuestos se deberá completar el formulario No. 5. Propuesta técnica de productos de limpieza (...) Se deberá aportar un listado completo de productos, materiales y equipos de limpieza a suministrar para cumplir con el servicio de limpieza. (...) Se deberá contar con productos de limpieza que permitan una limpieza y desinfección efectiva contra la COVID-19 y otros virus (...)”* (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título “[2. Información de Cartel]” versión actual; en la nueva ventana Detalles del concurso; en [F.Documento del cartel]; Pliego de condiciones Contratación servicios de limpieza modalidad ESD 2021.docx). De frente a lo transcrito, resulta evidente que los productos a utilizar deben biodegradarse en al menos un 65% en un periodo de 28 días naturales de utilizado, para lo cual debía de aportarse para su correcta verificación la certificación de un laboratorio acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación. Asimismo, los oferentes debían completar el formulario 5 “Propuesta técnica de productos de limpieza”, cuyo contenido refiere a la categoría de producto, nombre del producto, marca, usos propuestos, área de aplicación en la institución y número de registro en el Ministerio de Salud. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de procedimiento, en título “[2. Información de Cartel]” versión actual; en la nueva ventana Detalles del concurso; en [F.Documento del cartel]; Pliego de condiciones Contratación servicios de limpieza modalidad ESD 2021.docx). Ahora bien, considerando que el objeto contractual refiere a los servicios de limpieza de las distintas sedes de la Defensoría de los Habitantes, las especificaciones técnicas de cada producto se convierten en un elemento sustantivo para la consecución del objeto, teniendo los participantes del concurso la obligación de atender los requisitos plasmados en el contenido del cartel, anexos, formularios, etc. De igual forma, es importante destacar que la Administración cuenta con el deber ineludible de evaluar las ofertas siguiendo los parámetros cartelarios debidamente consolidados, debiendo descartar los productos o excluir a aquellos oferentes que

no logren evidenciar un correcto cumplimiento del pliego. Partiendo de tales consideraciones, el consorcio apelante presentó el formulario 5 “Propuesta técnica de productos de limpieza”, cuyo contenido -en lo que interesa- hace referencia al producto cloro marca Lemen y al limpiador de loza sanitaria marca SOS (hecho probado 3). Así las cosas, la Administración al momento de efectuar la verificación del cumplimiento del recurrente, le requiere aclarar cuál de los 2 productos (cloro o el sustituto de cloro Clean SOS) serán utilizados en el servicio y en caso de utilizar el cloro debía suministrar el certificado de biodegradabilidad del producto (hecho probado 6). Ante dicha prevención, el recurrente indicó mediante oficio DDC-SIL-0072-2021 del 6 de setiembre del 2021, lo siguiente: *“El producto a utilizar va hacer el cloro marca Lemen, de acuerdo a lo indicado en la oferta técnica formulario 5 (...) El cloro no es un producto biodegradable por lo tanto no cuenta con certificado de biodegradabilidad”* (hecho probado 7). Por todo lo dicho, resulta pertinente realizar algunas precisiones en el caso; toda vez que este órgano contralor no comparte la tesis del recurrente, según la cual se entiende que no existe un incumplimiento cartelario. Lo anterior, pues el pliego de condiciones fue claro desde el inicio y condicionó que los productos a utilizar por los oferentes se debían biodegradar en al menos un 65% en un periodo de 28 días naturales de utilizado. Así, si bien el cartel solicitó también el suministro de productos de limpieza que permitieran una limpieza y desinfección efectiva contra el Covid-19 y otros virus, dicho requerimiento no excluyó en modo alguno la acreditación de la condición técnica de biodegradabilidad, por lo que siendo que el pliego del concurso precisó la forma en cómo debían presentarse los productos de limpieza, lo que correspondía era atender las reglas en la oferta o en su defecto objetar el pliego en el momento procesal oportuno, a efectos de modificar el presente requerimiento. En adición a lo anterior, el consorcio recurrente es el que tiene la carga de la prueba, y es al que le corresponde demostrar -en resguardo del artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa- que el cloro sí cumple con las condiciones cartelarias, no obstante, al momento de presentarse el recurso, el apelante indicó: *“Como se puede observar la condición de biodegradabilidad esta (sic) indicada para los “productos de limpieza”, por lo que primero hay que distinguir entre que (sic) es limpieza y que (sic) es desinfeccion (sic), así como tener claro que el hipoclorito de sodio o mas comunmente conocido como cloro si es biodegradable, pero no en las condiciones que solicitaba el cartel, es decir sí se va a degradar pero no en 28 días al 65%, lo que es importante que la administración conozca”* (resaltado no es parte del original) (folio 1 del expediente digital del recurso de apelación). Nótese que el propio apelante ha manifestado que el cloro no cumple con las

condiciones del pliego de condiciones, lo que afecta directa y negativamente su fundamentación. Asimismo, debe aclararse que esta Contraloría General no discute que el cloro sea un insumo utilizado para desinfectar distintas áreas de trabajo, o que este sea un desinfectante de alto espectro que permita un control y desinfección de microorganismos patógenos, todo esto según las pruebas traídas por el apelante, concretamente al documento “LS-PG-008. Lineamientos generales para limpieza y desinfección de espacios físicos ante el Coronavirus (COVID-19)” (folio 3 del expediente digital del recurso de apelación), el criterio suscrito por el Regente Químico (folio 2 del expediente digital del recurso de apelación) o la circular GM-0704-2021 de la CCSS (folio 5 del expediente digital del recurso de apelación). No obstante, ninguno de los documentos referidos anteriormente, logran acreditar la condición de biodegradabilidad requerida en el cartel, por lo que efectivamente se genera un incumplimiento tal cual ha sido evidenciado por la Administración. Dicho incumplimiento no ha sido desvirtuado por el recurrente, ya que su argumento parte de demostrar que el cloro es un insumo utilizado para la eliminación de virus y bacterias, pero sin profundizar en las razones por las cuales dicho producto sí cumple con la condición de biodegradarse en al menos un 65% en un periodo de 28 días naturales de utilizado. En conclusión, no puede considerarse esta Contraloría General que la Administración haya utilizado criterios contradictorios para evaluar la oferta del apelante, en tanto dicha especificación técnica estaba clara desde el pliego de condiciones del concurso y así fue aplicada. No obstante lo anterior y confirmado el incumplimiento del apelante, es necesario individualizar la finalidad del insumo propuesto y su estrecha relación con el objeto a contratar, frente a los requisitos que debió cumplir el producto. En este sentido, debe tenerse presente que el fin último de todo procedimiento de contratación es la satisfacción del interés público (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa). Por ello y en virtud de la naturaleza del acto final suscrito por la Administración, debe dimensionarse lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento, el cual dispone: *“Estudio de admisibilidad de ofertas. Cumplida la anterior etapa, la Administración, procederá al estudio y valoración de las ofertas en relación con las condiciones y especificaciones de admisibilidad fijadas en el cartel y con las normas reguladoras de la materia. Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta, pero así deberá ser razonado expresamente en el respectivo informe”* (resaltado no es parte del original). De frente a lo transcrito, es necesario destacar, que no todo vicio que se

presenta en una oferta amerita la exclusión automática del procedimiento de contratación. Por el contrario, el reglamentista dispuso en resguardo al principio de eficiencia y conservación de ofertas (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa), que antes de proceder a declarar la inelegibilidad de una plica, se debe realizar un análisis con respecto a la trascendencia del incumplimiento que se está evaluando. Considerando lo anterior, es importante indicar que no existe en el expediente administrativo, motivación alguna por parte de la Defensoría de los Habitantes a partir de la cual se pueda desprender que de frente a los requisitos del apartado VII “Productos suministrados”, exista un incumplimiento sustancial que implique descalificar al consorcio recurrente del concurso, máxime cuando al momento de interponer el recurso, se presenta documentación que acredita que efectivamente el cloro se utiliza para desinfectar y combatir el Covid-19 y otros virus, lo cual parece ser la finalidad del objeto de la contratación. Esto es importante resaltarlo, pues, al momento de revisar y analizar la respuesta brindada por parte de la Administración, se echa de menos la existencia de un análisis en virtud del cual se determine que se trata de un incumplimiento cuya trascendencia motive la exclusión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del Reglamento, más allá de lo resaltado en el “Análisis integral” preparado en sede administrativa. Así, no desconoce este órgano contralor, la importancia de incorporar dentro de la propuesta técnica de los oferentes aquellos productos químicos biodegradables, sin embargo, era necesario al momento de atender la audiencia inicial, que la Administración sustentara y justificara de frente a los argumentos y documentos presentados por el apelante en su recurso, que el cloro impediría atender el objeto. Nótese incluso que, en su respuesta a la audiencia inicial, la Administración afirma que existen productos diferentes al cloro, ambientalmente más amigables que son válidos para su uso en procedimientos de limpieza y desinfección, pero sin entrar a analizar cómo el insumo propuesto afecta la correcta atención del objeto, pudiendo haber mencionado tomando como base los estudios técnicos efectuados por las instancias competentes, algún peligro en la utilización del cloro por cuestiones médicas y de salud, algún riesgo de contaminación ambiental que impida atender el interés público, o bien que su uso y aplicación infrinja Directrices o Políticas Públicas para este tipo de objetos contractuales, todo esto a efectos de sustentar la trascendencia del incumplimiento. Lo anterior resulta relevante, pues respecto al análisis y trascendencia de un incumplimiento, esta Contraloría General ha señalado que: *“Frente a lo cual, correspondía llevar a cabo el respectivo análisis sobre la trascendencia del incumplimiento –que en este caso consiste en no presentar una de las cartas con la apostilla-, en atención a lo dispuesto en los*

artículos 64 y 65 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, que disponen que si la prevención de subsanar o aclarar no es atendida oportunamente, se podrá proceder a descalificar al oferente de que se trate, siempre que la naturaleza del defecto lo amerite, y que serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos sustanciales e insubsanables de las bases del concurso o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico, indicándose que los incumplimientos intrascendentes no permitirán la exclusión de la oferta, pero así deberá ser razonado expresamente en el respectivo informe. Dichas normas, al igual que sucede con lo dispuesto en los artículo (sic) 82 y 83 del RLCA, se traducen en una clara materialización del principio de eficiencia y de conservación de las ofertas, en el sentido de que obliga a la Administración a razonar la exclusión de una oferta, de manera que no basta con que exista el incumplimiento, sino que debe analizarse la naturaleza del mismo para determinar si es sustancial o no, y por ende si amerita o no la exclusión por ese aspecto” (resaltado no es parte del original) (R-DCA-00484-2020 de las diez horas cinco minutos del seis de mayo de dos mil veinte). Dicha trascendencia requiere acreditar por qué razón el incumplimiento atribuido no permitiría atender la necesidad pública para la cual se ha promovido el proceso, lo cual necesariamente debe ser examinado por todos los interesados, sobre todo si se considera que el análisis a efectuar parte de la competencia de la Administración y por supuesto, de la actividad comercial de los oferentes participantes. Ahora bien, no se escapa de la óptica de este órgano contralor, que todas las ofertas sometidas a concurso han sido descalificadas, por lo que en este caso la ponderación de la trascendencia del incumplimiento adquiere una mayor relevancia, partiendo que el procedimiento de contratación se tramitó con el único objetivo de resultar adjudicado, a favor de la oferta que mejor convenga a la satisfacción del interés público para que se pueda iniciar con la fase de ejecución de manera oportuna, con el fin de obtener el máximo provecho del procedimiento de contratación y la inversión correcta de los fondos públicos. En virtud de lo expuesto, ante la ausencia del análisis de la Administración con respecto a la trascendencia del incumplimiento atribuido a la oferta presentada por el Consorcio Limpieza- Management, se procede a declarar **parcialmente con lugar** el recurso de apelación y se anula el acto final dictado por parte de la Administración. En consecuencia, la Defensoría de los Habitantes deberá realizar el respectivo análisis sobre la trascendencia del incumplimiento detectado, debiendo determinar si el insumo propuesto por el consorcio recurrente permite cumplir con el objeto contractual. Para ello, debe realizar los estudios

correspondientes que justifiquen las condiciones lesivas para el objeto y las infracciones sustanciales al cartel, o bien, proceder a valorar, si existe mérito para el dictado de un nuevo acto de adjudicación.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso interpuesto por el **CONSORCIO LIMPIEZA-MANAGEMENT** (conformado por las empresas VMA Servicios Integrales de Limpieza S.A., y VMA Management Facilities, S.A) en contra del acto que declara infructuosa la Licitación Pública 2021LN-000001-0004000001 promovida por la **DEFENSORÍA DE LOS HABITANTES DE LA REPÚBLICA** para “Contratación de servicios de limpieza modalidad según demanda para la Sede Central y Sedes Regionales de la Defensoría de los Habitantes”, **acto el cual se anula.** **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente de División a.i.

Adriana Pacheco Vargas
Gerente Asociada a.i

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado



DAZ /apus
NI:29286, 29427,29670, 29942, 32792
NN: 00187 (DCA-0072-2022)
G: 2021002412-4