

R-DCA-813-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas diez minutos del cinco de octubre de dos mil dieciséis. -----

Recursos de objeción interpuestos por **WPP CORICLEAN WASTE COLLECTION S.A.** y por **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2016LN-000005-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ALAJUELA** para la *“Contratación del servicio de recolección y disposición final de los residuos sólidos ordinarios y no tradicionales generados en el cantón de Alajuela”*.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa WPP Coriclean Waste Collection S.A. interpuso recurso de objeción en contra del cartel de la licitación de referencia, el diecinueve de setiembre de dos mil dieciséis.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas del veinte de setiembre de de dos mil dieciséis se confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso interpuesto y remitiera copia del cartel. -----

III. Que el veintiuno de setiembre de dos mil dieciséis Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. interpuso recurso de objeción contra el cartel de referencia. -----

IV. Que mediante auto de las trece horas treinta minutos del veintidós de setiembre de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso interpuesto por Empresas Berthier EBI de Costa Rica S.A. y a la vez, se acumuló éste al recurso que ya había sido interpuesto por WPP Coriclean Waste Collection S.A. -----

V. Que la Administración atendió las audiencias especiales conferidas mediante oficio No. MA-A-3614-2016 del veintisiete de setiembre del dos mil dieciséis. -----

VI. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, observándose las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO. A.- RECURSO INTERPUESTO POR WPP CORICLEAN WASTE COLLECTION S.A. 1) Sobre declaración jurada. El objetante se refiere a que el cartel como requisito de admisibilidad, solicita la presentación de declaración jurada sobre vida útil del relleno sanitario. Señala que tratándose de la declaración jurada, cualquier posible oferente puede realizarlo, no obstante lo anterior, el Municipio, toma como punto de partida para la declaración jurada un aspecto que no se ajusta a la realidad imperante en el medio, esto por cuanto, las autoridades competentes en materia de salud, no emiten manifestación alguna en lo que

concierno a la vida útil de los sitios de disposición tal y como se demuestra adjunto, con copia de notas certificadas emitidas por el Ministerio de Salud. Afirma que de ese modo se evidencia que no se gesta seguridad jurídica para los posibles oferentes, al sustentarse en una tramitología inexistente por parte de las autoridades, encontrando el requisito de admisibilidad fundamento jurídico, únicamente en lo que bajo la fe de juramento refieran los oferentes. Indica que no puede establecerse como elemento de admisibilidad el predictor de medición establecido en el pliego cartelario. La Administración afirma que en pleno conocimiento que el Ministerio de Salud no tiene la potestad de emitir certificaciones sobre la vida útil de rellenos sanitarios tal y como se establece en el oficio DPA1-1 UNSSAH-188-2014; claramente requiere a todo oferente como requisito de admisibilidad la presentación de una declaración jurada que acredite la vida útil del relleno sanitario al momento de la apertura, y manifiesta que nunca ha solicitado una certificación de vida útil emitida por el Ministerio de Salud, SETENA o cualquier otra instancia relacionada; por lo que evidentemente no existe sujeción alguna a tramitología inexistente por parte de las autoridades. Señala que la objetante omite referirse a que como parte de la respuesta del Ministerio de Salud emitida en oficio DPAH-UNSSAH-188-2014 se adjunta copia del oficio DPAH-UNSSAH-0135-2014 de la Unidad de Normalización de los Servicios de Salud en Ambiente Humano (visibles a folios 97 al 99 del expediente administrativo), en el que afirma se indica que: *"el que determina la vida útil del proyecto es la empresa que lo desarrolla mediante una memoria de diseño que se exige como requisito en el trámite de revisión de los planos constructivos"*. Expone que además el Ministerio de Salud indica que: *"la vida útil de los rellenos sanitarios puede sufrir variaciones dependiendo de las fluctuaciones en el ingreso de residuos sólidos esperados, esto por cuanto a que está sujeto a factores diversos tales como la competencia de otras empresas, la demanda en el mercado, la valorización de los residuos conforme a la Ley de Gestión Integral de Residuos"*, razón técnica emitida por el ente rector en residuos sólidos (Ministerio de Salud según Ley No. 8839) que justifica que sean los desarrolladores quienes determinen la vida útil de sus proyectos, así acogida por la Municipalidad en los términos de referencia supracitados. Indica que en oficio DPAH-UNSSAH-0135-2014 ese Ministerio señala que: *"ya ha emitido criterios en dicha materia, adjunto oficio ORS-UN-0624-2012 (...) en el cual señala que ni el Reglamento sobre Rellenos Sanitarios ni la Ley de Gestión Integral de Residuos otorgan al Ministerio de Salud la facultad de emitir certificaciones sobre la vida útil de los rellenos sanitarios"*. Señala que se hace evidente que las tres principales empresas del país en el tema de disposición de residuos conocen de previo a la

promoción de este concurso que quien determina la vida útil del proyecto es la empresa que lo desarrolla. Considera que la declaración jurada en la que se acredite la vida útil del relleno sanitario por parte del oferente, es un requisito indispensable para asegurar la continuidad del servicio público durante el plazo contractual propuesto, razón por la cual lo cataloga como un requisito de admisibilidad, pues no puede permitirse riesgos que afecten la prestación de un servicio público relacionado con la salud y el ambiente, cuya afectación se extendería a más de doscientos cincuenta y ocho mil habitantes. Señala que dado que es el desarrollador el único que puede determinar la vida útil de su proyecto, considera que una declaración jurada respaldada por los cálculos correspondientes que demuestren lo acreditado por el oferente, es el mecanismo legal idóneo para asegurar primeramente que lo consignado tenga respaldo técnico y de seguido, sujetarlo al marco legal aplicable a las declaraciones juradas emitidas bajo falso testimonio tal y como se señala el Código Penal. Indica que no obstante, se establece claramente que en el caso que cualquier resolución emitida por la SETENA (ya sea la viabilidad ambiental u otra) y/o el Ministerio de Salud haya indicado formalmente la vida útil del relleno ofertado; el oferente no podrá variar de forma alguna lo señalado por la autoridad competente en dicho caso; sin que ello signifique que se haya solicitado como requisito de admisibilidad la certificación de una u otra de estas entidades como erróneamente fue interpretado por la objetante. **Criterio de la División:** el cartel, como aspecto de admisibilidad solicita la presentación de declaración jurada que acredite que la vida útil del relleno sanitario al momento de la apertura de ofertas soporta un plazo mínimo de seis años; declaración que debe estar respaldada con cálculos que lo demuestren, para lo cual se debe señalar el volumen total registrado según la bitácora de disposición final del relleno. Asimismo, como medio de comprobación y respaldo, se deben establecer una serie de elementos como mínimo, a saber, proyecciones de ingreso durante el período, levantamiento topográfico de áreas disponibles, área correspondiente a obras complementarias, densidad de compactación. Asimismo, en la cláusula se indica que en caso que cualquier resolución emitida por SETENA y/ o por el Ministerio de Salud haya indicado formalmente la vida útil del relleno ofertado, el oferente no podrá variar lo señalado por la autoridad competente, siendo que en tal caso, se considera como real, única y procedente la vida útil indicada por las autoridades competentes señaladas. De ello se deriva, que el medio solicitado por la Administración como requisito de admisibilidad es declaración jurada emitida por el oferente, con datos que debe plasmar el oferente. El señalamiento a la posible existencia de documento formal emitido por SETENA o el Ministerio de

Salud obedece únicamente al caso en que tal pronunciamiento exista, caso en el cual, prevalecerá. Así, no parece indicarse que deban ser las autoridades en materia de salud que deban pronunciarse sobre la vida útil, sino que el requerimiento es una declaración jurada por parte del oferente, con lo cual el requisito no se sustenta en lo dispuesto por las autoridades, sino por los oferentes. En razón de lo dicho, y a partir de lo alegado en particular por el objetante, se declara sin lugar el recurso en este punto. **2) Sobre la continuidad del servicio.** La objetante remite al cartel, apartado de especificaciones técnicas, ítem denominado continuidad del servicio, respecto al cual alega que partiendo de las garantías sociales establecidas en la Constitución Política, el Municipio pretende vulnerar el derecho de los trabajadores, al descanso en los días feriados, situación que se opone en todo sentido a normas de rango jerárquico superior, lo cual resulta ser un asunto de mera legalidad que no debe formar parte del pliego cartelario. La Administración señala que es obligación del contratista el "cumplir con el servicio contratado, obligándose a proveer la mano de obra necesaria – incluyendo salarios, cargas sociales, pólizas, indumentaria personal, etc. -" tal y como se establece en el cartel; es decir, no existe relación laboral alguna entre la Municipalidad y los colaboradores que necesita la adjudicataria para la prestación del servicio, por lo que en dicho caso, sería únicamente la adjudicataria la que podría vulnerar los derechos de sus trabajadores, claramente establecidos y regulados en el Código de Trabajo y sus reformas, específicamente artículos del 147 al 152 en lo referente al trabajo en feriados y días de descanso. Señala que la razón por la que la Municipalidad se reserva el derecho de coordinar con el adjudicatario la posible prestación del servicio radica en que muchos de los usuarios disponen sus residuos en esos días aún sin que se dé la prestación del servicio lo que a su vez acarrea problemas ambientales y de salud. Señala que el día de prestación siguiente al feriado de ley el servicio se recarga de residuos por lo que sufre retrasos en el horario de prestación, expone los residuos a terceros como indigentes y animales, así como el arrastre por el viento y la lluvia, siendo que la jornada de trabajo se extiende sustancialmente por lo que también se afecta a todos los colaboradores que intervienen en el proceso y se desmejora sustancialmente la calidad del servicio y la opinión hacia el trabajo que realiza la Municipalidad. Afirma tener claro que la prestación del servicio los días feriados podría representar un elemento a considerar en el precio final adjudicado, no obstante, considera que su impacto económico es menor que la afectación social y ambiental relativa a su no prestación. **Criterio de la División** la cláusula impugnada dispone: "*La contratista deberá asegurar la continuidad del servicio, salvo los días domingo. En cuanto a los feriados de ley; (1*

enero, 11 abril, jueves y viernes santo, 1 mayo, 25 julio, 15 agosto, 15 setiembre, 25 diciembre) la Administración se reserva el derecho de coordinar con el Adjudicatario la posible prestación del servicio (...).” Sobre el particular, conviene indicar que el artículo 148 del Código de Trabajo de manera expresa señala que se considerarán días feriados y por tanto, de pago obligatorio los siguiente: “*el 1 de enero, el 11 de abril, el Jueves y Viernes Santos, el 1 de mayo, el 25 de julio, el 15 de agosto, el 15 de setiembre, y el 25 de diciembre*”, los cuales resultan coincidentes con los feriados indicados en el cartel. Ahora bien, que la legislación contemple días feriados ello no implica que no pueda laborarse en tales días, sino que en caso de que se labore debe pagarse la contraprestación según corresponda, de acuerdo con la normativa laboral y demás particularidades del servicio prestado. Así las cosas, la empresa –el oferente- dentro de su propio esquema organizativo debe considerar tales particularidades y ajustarse a la normativa laboral considerando que la prestación del servicio debe ser continua según lo requiere la Administración, y considerar tal circunstancia al momento de plantear las jornadas laborales de sus colaboradores, todo en apego a los parámetros dados por la legislación laboral. Así las cosas, de la cláusula impugnada de modo alguno se deriva que se vulneren los derechos de los trabajadores al descanso en los días feriados como lo pretende hacer ver la objetante, sino que se exige el cumplimiento de ciertas condiciones a partir de las necesidades que se le presentan a la Administración en ajuste a la normativa laboral para garantizar la oportunidad en el servicio. No obstante, considerando que la prestación del servicio en días feriados se dispone como una posibilidad sujeta a coordinación, es decir, una eventualidad, la Administración deberá definir desde el cartel: si se dará la prestación del servicio en días feriados, cuáles y que ello sea cotizado, o bien, que se establezca que los oferentes indiquen desde oferta, el costo de laborar un día feriado de ley, considerando todos los extremos laborales que deben garantizarse a los trabajadores, por ejemplo, debiendo regularse un modo que permita comparar en pie de igualdad las propuestas. Cualquiera de las posibilidad se plantea a fin de no dejar la coordinación para etapa de ejecución y alcanzar mayor seguridad sobre las circunstancias que han de considerar los posibles oferentes al momento de cotizar el precio y que la Administración conozca cuál será el precio que pagará ante tales circunstancias, tomando en cuenta la importancia que tiene la continuidad del servicio. Por lo tanto, se impone declarar parcialmente con lugar este extremo del recurso. **3) Sobre cantidad de unidades recolectoras.** La objetante se refiere a las especificaciones técnicas, unidades recolectoras y cuestiona la cantidad de unidades que exige el cartel. Afirma que el requerimiento de doce (12) unidades recolectoras, es excesivo, ya que

desde una perspectiva técnica no se requieren tantas unidades recolectoras para la prestación del servicio de recolección, en virtud de que no coincide la cantidad de unidades con la extensión geográfica para la prestación del servicio, bajo una adecuada planificación se pueden reducir la cantidad de unidades para la recolección sin que ello vaya en detrimento de los intereses del Municipio y de la seguridad ambiental de los habitantes. Indica que lo pretendido no justifica los intereses que persigue el municipio, ni resulta ajustado al principio de razonabilidad, por el contrario, vulnera el principio de libre concurrencia de los posibles oferentes. Afirma que de forma antojadiza se establece como mínimo de participación 12 unidades, sin que se asiente un sustento de orden técnico, que permita acreditar que dicha cantidad permitirá garantizar la eficiencia en el servicio requerido, indica que el fundamento está ausente en el pliego de condiciones por lo que resulta necesario ajustar el cartel a los aspectos técnicos y legales, de la realidad y de los intereses que pretende satisfacer y por consiguiente deberá ser explícita la Administración en la necesidad de exigir como mínimo 12 unidades recolectoras, ya que esto eventualmente generaría una odiosa desventaja para aquellos oferentes, incluso los que actúan como PYMES, para poder presentar su plica. Señala que si se ajusta a una adecuada planificación de las rutas no resulta técnicamente necesario la exigencia de ese excesivo mínimo requerido. La Administración señala que la objetante habla de una perspectiva técnica pero no aporta ningún dato o elemento de dicha índole que muestre, desde la ciencia y la técnica, que lo solicitado por la Municipalidad es más que a su criterio "excesivo". Indica que es improcedente que en un pliego de condiciones se sustente técnicamente cada uno de los elementos requeridos. Afirma que la cantidad de unidades solicitadas como mínimo, obedece en primera instancia a que es la misma con la que actualmente se presta el servicio en los catorce distritos del cantón, cuya área es de 388.43 km², pero dado el periodo contractual pretendido y para asegurar la continuidad en la prestación del servicio señala estar obligada a considerar los cambios en las condiciones básicas de su prestación, como lo son: 1) ampliación cobertura, 2) crecimiento poblacional, generación per cápita, y 3) horario de prestación, entre otras. Afirma que Alajuela es un cantón casi paritario entre lo rural y urbano por lo que aún tiene mucho espacio para desarrollarse a nivel residencial, comercial e industrial, requiriendo la ampliación del servicio y su prestación a una población cada vez más densa, de igual forma, se está en un proceso de reordenamiento vial que a la larga influirá en los horarios de prestación y el tiempo de recorrido, esto sin dejar de lado la tasa de crecimiento poblacional que según INEC es cercada al 4% y que en los últimos años ha liderado la tasa de construcción a nivel país lo que

se traduce en proyectos que generan más empleo atrayendo nuevos munícipes y una población flotante que también requiere del servicio. Si bien, bajo una adecuada planificación se puede optimizar el servicio en términos de cumplimiento de horario, recorrido de las rutas y calidad; bajo la experiencia de la prestación del mismo en el cantón Alajuela por más de veinte años (desde 1995) bajo contratación de terceros de orden privado, considera que difícilmente permita reducir el mínimo requerido de unidades y más bien siendo que este proceso de licitación busca mejorar el servicio actual, se estima que a mediano plazo se requieran aún más unidades, razón por la que se requirió que cada oferente debe *"garantizar mediante nota de compromiso que de ser necesario y debido al crecimiento poblacional, la disponibilidad de unidades adicionales de las mismas características ofertadas (...)"* Realiza un ejercicio según afirma para demostrar que el requerimiento de doce unidades corresponde al mínimo que puede requerir considerando como capacidad de carga para cada camión una media de 12 Tm por viaje y un promedio de dos y medio viajes al día: *"Días lunes 11 enero 2016. Distritos 231.48, Centro 120.88 Total = 352.36 / 352.36 tm/12 Tm/viaje = 29.36 viajes / 12 camiones = 2.44 viajes/camión al día / Día lunes 4abril 2016: Distritos 225.36; Centro 133.87 Total = 359.23 tm / 359.23 tm/12 Tm/viaje = 29.94 viajes / 12 camiones = 2.49 viajes/camión al día Día lunes 12 setiembre 2016: Distritos 228.58, Centro 129.21 Total= 357.79 tm / 357.79 tm / 12 Tm/viaje = 29.82 viajes / 12 camiones = 2.48 viajes/camión al día."* **Criterio de la División:** la cláusula cuestionada se ubica como parte de las especificaciones técnicas, siendo que para las unidades recolectores dispone una cantidad de mínimo doce unidades recolectoras. Tal cantidad si bien es cuestionada por la objetante aduciendo que es excesiva y que técnicamente no se requieren tantas unidades, lo cierto es que su alegato se trata de una opinión respecto a la cláusula sin desarrollar a partir de criterios objetivos por qué la cláusula deviene en no razonable, por ejemplo, no realiza un ejercicio de por qué es improcedente la solicitud a partir de una cantidad específica de metros cuadrados, ya que se limita a hacer referencia a la "extensión geográfica", siendo que su decir tampoco se ampara en prueba idónea. Esta falta de desarrollo argumentativo amparado en prueba contrasta la justificación que brinda la Administración sobre la pertinencia del requisito en los términos solicitados por el cartel, considerando las áreas y cantidad de cantones en que se presta el servicio, por ejemplo. Asimismo, ha de indicarse que aunque la objetante hace mención a la violación del principio de libre concurrencia y a que el requisito constituye un mínimo excesivo, no desarrolla ni acredita en primer término, que en efecto se incurra en una limitación a la libre participación, ya que tan siquiera afirma de modo expreso que se vea imposibilitada a participar en razón de la cantidad de unidades recolectoras exigidas. Debe agregarse que una

limitación a la participación en sí misma no es improcedente, es sólo si no posee justificación. Finalmente, apunta el objetante que eventualmente el requisito se puede posicionar como una desventaja por ejemplo para las pequeñas y medianas empresas, sin aclarar el alcance de su afirmación, cómo impacta y si a ella como oferente le aplica su decir ante una eventual limitación, lo cual en todo caso apunta como una eventualidad. En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **4) Sobre el equipo de recolección.** La objetante se refiere a la cláusula de equipo de recolección al que se le otorga un valor de 10 puntos y señala que en torno al punto de calificación, el Municipio valora a partir de unidades recolectoras cuyo modelo es 2012 en adelante, sin que en las especificaciones técnicas del cartel, se haya indicado este requisito técnico, y tampoco se evidencia la existencia de una justificación técnica del por qué el modelo mínimo de las excesivas 12 unidades debe ser a partir del año 2012; situación que a su criterio evidencia nuevamente, la intención de dirigir el pliego cartelario, para que sea solamente un único oferente el que pueda cumplir con la licitación, vulnerándose así el principio de igualdad y de libre concurrencia. Aunado a lo anterior, señala que si se valoran los puntos otorgados poseen un cálculo desproporcionado:

Año	Puntos por cada unidad ofertada *	Puntos totales por 12 unidades (Esta columna no forma parte del pliego cartelario)
2012 a 2013	0.250	3
2014 a 2015	0.375	4,5
2016 en adelante	0.834	10,0

Afirma que si se observa el cuadro indicado se tiene lo siguiente: i) Si se ofertan vehículos del 2012 a 2013 se obtendrá una puntuación de 3 puntos. ii) Si se ofertan vehículos del 2014 a 2015 se obtendrá una puntuación de 4,5 puntos. iii) Si se ofertan vehículos del 2016 se obtendrá una puntuación de 10 puntos. Indica que como se puede observar, el crecimiento de la puntuación lo es en forma desproporcionada, entre el primer y segundo escenario hay un crecimiento de 1,5 puntos por año del vehículo, y el tercer escenario presenta un crecimiento de 5,5 puntos por año del vehículo; este aspecto además de evidenciar una arbitrariedad, evidencia la ausencia de un cálculo matemático científico, que permita la libre participación y que garantice un trato de igualdad. La Administración se refiere al artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) sobre el sistema de evaluación. Señala que en el apartado de calificación, equipo de recolección; el municipio valora las unidades recolectoras a partir del año 2012, que es claramente parte integral e imprescindible del cartel o pliego de condiciones que para los efectos de la actividad de contratación administrativa rige como parte

de las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo. Es decir, no puede promoverse un cartel o pliego de condiciones sin un sistema de evaluación, por lo que a su vez, dicho sistema es parte ineludible del pliego de condiciones. Afirma que luego de una contratación continua de 10 años, es decir, de prestar el servicio con los mismos camiones contratados en el 2006, ha definido bajo el principio de autonomía municipal y en resguardo de los intereses de sus munícipes que el servicio requiere ser prestado con camiones lo más nuevos posible, cuyo costo de mantenimiento (insumos) sea el menor posible, a fin de reducir su impacto en reajuste futuros. Indica que camiones del año 2012 o posterior son menos susceptibles a fallas mecánicas como ruptura de mangueras o fallas del sistema de compresión, al escape de lixiviados y emisión de gases; lo que permite asegurar la continuidad en el servicio y una mayor eficiencia y eficacia en su prestación. Señala que considerando el escenario menos atractivo, es decir, adjudicando camiones año 2012 y de terminarse la contratación del servicio bajo el plazo contractual previsto, se tendría que estas unidades tendrían 10 años desde su fabricación, plazo estimado como vida útil de un vehículo de este tipo en las condiciones económicas y legales de los países latinoamericanos. Afirma que el crecimiento en la puntuación a otorgar por unidad, muestra el grado de importancia que da la Administración a su necesidad expresa de contar con unidades lo más nuevas posible, buscando un equilibrio entre la técnica (criterio de vida útil), el costo y la calidad en su prestación. Afirma que no existe norma legal o técnica que obligue a establecer márgenes proporcionales entre una y otra categoría de un factor o elemento a evaluar, más bien, el crecimiento en la puntuación es el elemento que permite marcar claramente el objeto que es contar con equipos lo más nuevos posible en beneficio económico y ambiental de los usuarios finales del servicio municipal.

Criterio de la División: la cláusula cuestionada se ubica en el punto VIII referido a calificación, siendo que el equipo de recolección (transporte) de residuos sólidos ordinarios se posiciona como un factor de evaluación el cual corresponde a un puntaje de 10 como parte del total. El cartel dispone que para determinar la puntuación obtenida en dicho factor, se calificarán los años de las 12 unidades recolectoras, tomando como referencia la siguiente tabla:

Año	Puntos por cada unidad ofertada *
2012 a 2013	0.250
2014 a 2015	0.375
2016 en adelante	0.834

Se indica en el cartel, que se realiza el redondeo a un decimal y que debe tenerse claro que la tabla aplica tanto para el camión como para caja compactadora, siendo que el puntaje final a obtener tras la calificación del año de cada uno corresponde al promedio de ambos. Ahora bien, vistos los alegatos de la objetante, en primer término debe considerarse que la objetante plantea su alegato en dos vertientes: el requerimiento de que sean vehículos modelo a partir del 2012 y la impugnación de la cláusula de evaluación en sí misma. Ello conduce a tener clara la diferencia entre cláusulas de admisibilidad y cláusula de evaluación. Las primeras obedecen a requisitos mínimos, de estricto cumplimiento que en caso de no cumplirse implican que la oferta no cumple y amerita su exclusión. Las segundas, corresponden a elementos, características, condiciones que generan una ventaja comparativa a la oferta que las contenga, es decir, se constituyen en un “plus” por el cual la Administración otorgará puntaje. Así, tratándose de una cláusula de evaluación propiamente dicha, el no contar con la condición o elemento puntuable no implica una limitación a participar, sino que tiene como consecuencia la no obtención del porcentaje que le ha sido asignado dentro del total de factores que conforman el sistema de evaluación. En este orden de ideas, no es posible puntuar aspectos que han sido exigidos como mínimos de estricto cumplimiento, sino que el puntaje se debe dar una vez cumplido el mínimo estipulado por la Administración. Otro elemento a considerar, es que en la estipulación de los factores de evaluación es cuando la Administración goza de mayor discrecionalidad, y es en ejercicio de tal discrecionalidad que no sólo selecciona los factores sino la manera de puntuarlos. Así las cosas, si la Administración decide puntuar unidades a partir del año 2012, atendiendo a criterios de contar con unidades más nuevas, con menor desgaste y por lo tanto, menor gasto en intervención con las consecuencias que ello conlleva a nivel contractual, puede efectuarlo en ejercicio de su discrecionalidad. Lo anterior, resulta acorde con lo dispuesto en la normativa especial que regula la materia de compras públicas, en particular el artículo 55 del RLCA, que en lo que interesa dispone: *“En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor. / La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación. (...)”* Considerando lo anterior, no se deriva que la indicación de modelos a partir del año 2012, correspondan a mínimos de estricto cumplimiento, no se

deriva según lo plantea la objetante. Asimismo, si bien se habla de un direccionamiento del cartel a un único oferente, no se brindan mayores datos sobre tal señalamiento y tampoco se aporta prueba que conduzca a acreditar tal manifestación. En todo caso, debe recordarse que el sistema de evaluación en sí mismo no implica una limitación a la participación ya que ello es propio de las cláusulas de admisibilidad por lo que no es correcto referirse a una violación al principio de libre concurrencia; además, los factores de evaluación suponen una excepción al principio de igualdad que impera en materia de contratación administrativa, toda vez que precisamente se busca generar un elemento diferenciador entre oferentes que ya han sobrepasado el mínimo requerido, a fin de seleccionar la oferta idónea. Adicionalmente, si bien la objetante cuestiona la asignación de puntos y afirma que el “crecimiento de la puntuación” es desproporcionado, no acredita que el factor en sí y el sistema de evaluación como un todo, no sea pertinente, completo, proporcionado, aplicable, trascendente. Tampoco acredita por qué una diferencia en los rangos de puntaje asignados implica una violación a alguna de las características señaladas; cuando se insiste, la lógica del sistema de evaluación precisamente es generar una diferenciación entre ofertas para seleccionar la mejor, con lo cual la objetante no ha brindado un desarrollo argumentativo suficiente –y amparado en prueba idónea- que refleje la improcedencia del factor planteado por la Administración en ejercicio de su discrecionalidad. En razón de todo lo expuesto, se impone declarar sin lugar el recurso en este punto. **5) Sobre reconocimientos ambientales.** La objetante se refiere al factor de evaluación correspondiente a “Reconocimientos ambientales” y transcribe cláusula. Señala que en torno al factor de evaluación debe indicar qué es Bandera Azul ecológica y afirma –según información tomada de la dirección www.banderaazul.org y que transcribe de manera literal-, que es un galardón o distintivo que se otorga anualmente, el cual premia el esfuerzo y el trabajo voluntario en la búsqueda de la conservación y el desarrollo, en concordancia con la protección de los recursos naturales, la implementación de acciones para enfrentar el cambio climático, la búsqueda de mejores condiciones higiénico sanitarias y la mejoría de la salud pública de los habitantes de Costa Rica. Afirma que ese galardón promueve la organización de comités locales, la sana competencia y la organización comunitaria para el beneficio de las presentes y futuras generaciones. Indica que los participantes de cada categoría deben conformar Comités Locales (CLPBAE), los cuales deben formalizar su inscripción de enero a marzo de cada año ante la Comisión Nacional del PBAE, y elaborar los programas de trabajo, el cual deben presentar en abril de cada año, brindar seguimiento a las acciones para cumplir los parámetros obligatorios y

complementarios y enviar los informes anuales a la Comisión Nacional del PBAE, en el mes de diciembre del período correspondiente. Indica que el PBAE otorga anualmente una simple, pero importante bandera azul a los participantes ganadores que demuestran su compromiso con el trabajo comunitario, la conservación y la protección de los recursos naturales. La idea es que la bandera azul ecológica se convierta en un proceso de mejora, por lo cual las organizaciones pueden perderla si se incumplen los requisitos en el siguiente año. A partir de lo que transcribe, afirma que es evidente y fácilmente comprobable, que el Municipio al otorgar puntuación por estrella en Bandera Azul ecológica, incurre en la calificación numérica de un aspecto inexistente, de este modo es imposible obtener una calificación como la que indica el pliego cartelario, aunado a lo anterior se otorga Bandera Azul en categorías no estrellas, aspecto que señala se debe modificar del pliego cartelario, ya que de lo contrario se estaría violentando el principio de legalidad. La Administración afirma que la página web oficial del Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA, mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía (Decreto ejecutivo No. 37109-MINAET) es www.sirea.minae.go.cr, e indica que de la consulta al sitio oficial del SIREA se tiene como reconocimiento oficial, para el caso el Programa Bandera Azul Ecológica (PBAB), cuyo detalle se puede ver en el sitio <http://banderaazulecologica.org>, en el que se encuentra la pestaña Categorías y como parte de esta la Categoría VI del Programa Bandera Azul Ecológica (PBAE), denominada Cambio Climático, creada en el año 2008; al entrar o dar clic en la pestaña Ver galardón, se puede ver entre otros elementos el objetivo de esta categoría y si se va al final de la página se puede descargar el Manual de procedimientos 2015. Indica que en la página 4 de dicho Manual se hace evidente la existencia del sistema de Gradación de las estrellas del que se tiene: Una Estrella: El comité local que logre un porcentaje anual del 90 al 100% de los parámetros obligatorios. Dos Estrellas: Cumplir con el 100% del porcentaje y contar con algún otro programa de gestión de calidad interno como: Vigilantes del Agua, ISO 9001-14001-26000, Planes de Gestión de Riesgo, CST o Sello Calidad Sanitaria. Tres Estrellas: Lo obtendrá el comité local que cumpla con los requisitos de la segunda estrella y además estén promoviendo, 1. Entre sus partes interesadas, a través de su cadena de valor, 2. y entre sus colaboradores la implementación, del PBAE acompañándolos en el proceso para obtener el galardón correspondiente del PBAE. Cuatro Estrellas: lo obtendrá el comité local que cumpla con los requisitos de las tres estrellas y además promueva el PBAE en su comunidad inmediata, centros educativos y otros, además de acompañarlos en el proceso para obtener el galardón correspondiente del PBAE. Cinco Estrellas: Lo obtendrá el comité local que cumpla con los

requisitos de las cuatro estrellas y que además, se haya certificado como Carbono Neutral con la Norma C-Neutralidad de MINAE o Agua Neutral de Certificación Internacional. Afirma que partiendo de lo anterior, lo único que resulta evidente y fácilmente comprobable es que el Sistema de Reconocimientos Ambientales en que incurre la Municipalidad en el cartel se encuentra en total apego a lo establecido en el Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA, mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía (Decreto Ejecutivo 37109-MINAET), aspecto existente y posible de obtener en cumplimiento del Manual de procedimientos 2015 del Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA. **Criterio de la División:** la cláusula en cuestión corresponde a un factor de evaluación, y en particular, un elemento “Bandera Azul Ecológica”, dentro del factor de evaluación “Reconocimientos ambientales”, “Otorgados por el Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA, mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía, establecido mediante el decreto ejecutivo No. 37109 - MINAET, que garanticen que los oferentes están aportando a la calidad ambiental del país, a partir de proyectos o prácticas productivas amigables con el ambiente y que de esta forma también contribuyen a alcanzar el desarrollo sostenible de nuestro país. / El oferente deberá presentar acreditación (**original o copia certificada por Notario Público**) para el relleno sanitario, en cualquiera de los siguientes rubros: / a. Bandera Azul Ecológica, Categoría VI Cambio Climático. (...) El reconocimiento a presentar debe haber sido emitido por la institución competente con al menos seis meses de anterioridad a la fecha de apertura de ofertas. Además, deberá estar vigente al momento de la presentación de las ofertas. / Para determinar la puntuación obtenida en este factor, se calificará tomando como referencia la siguiente tabla:

Reconocimiento	Unidad	Puntos por unidad	Puntaje máximo
Bandera Azul Ecológica	Estrella	2.332	11.66
Producción más limpia	Reconocimiento	11.67	11.67
Eco-eficiencia	Reconocimiento	11.67	11.67
Total			35

Sobre el particular, conviene destacar que el Decreto, No. 37109, Reglamento del Sistema de Reconocimientos Ambientales (SIREA) y derogatoria del Decreto Ejecutivo N° 33525-MINAE, Reglamento para otorgar el certificado Bandera Ecológica, en su artículo 1 dispone la creación del SIREA, que tiene como objetivo reconocer a las organizaciones que se han destacado por provocar un cambio significativo en el campo ambiental del país. Asimismo, el artículo 2 del referido decreto dispone como objetivo específico del SIREA, entre otros, el constituirse en un sistema de reconocimiento estatal en materia ambiental. Adicionalmente, debe considerarse que

lo cuestionado corresponde a un elemento dentro de un factor de evaluación, con lo cual, el objetante está obligado a realizar un desarrollo argumentativo tal y apoyado en prueba idónea, que permita acreditar que el elemento o factor resulta desproporcionado, irrazonable, entre otras características que pueden ser debatidas. No obstante, la recurrente se limita a indicar que es imposible obtener una calificación ya que se trata de un aspecto inexistente por cuanto se califica con categoría y no con estrella, sin mayor acreditación por qué para el caso particular y en los términos considerados por la Administración resulta imposible puntuar por estrella y poder derivar para el caso concreto que resulte por ejemplo, inaplicable. Se limita a hacer una transcripción al parecer literal de una página de internet, que parece no corresponder a un sitio nacional, que difiere de las señaladas por la Administración que resultan de carácter gubernamental y a nivel costarricense. Asimismo, se afirma una violación al principio de legalidad sin indicar cuál es la normativa violentada que amerite un ajuste de los términos cartelarios. Al no hacerse acompañar de prueba idónea, no se le brindan mayores elementos a este órgano contralor como para derivar un vicio del factor cuestionado, y poder contraponerse a lo expuesto ampliamente por la Administración y las razones en que sustenta la cláusula cartelaria, que es establecida en ejercicio de su discrecionalidad al disponer qué elementos puntúa y la forma en que los puntuará. En razón de todo lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **6) Sobre el procedimiento para imponer sanciones.** La objetante remite a la cláusula que regula el procedimiento para imponer sanciones; lo cual, a su criterio, evidencia la flagrante violación a la ya reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, en cuanto a la necesaria obligatoriedad de establecer un procedimiento administrativo que garantice el Principio Constitucional de Debido Proceso, inmerso en el numeral 39 de la Constitución Política, ante los eventuales incumplimientos, los cuales están absolutamente ausentes en el pliego de condiciones. La Administración señala que como servicio público, responsabilidad municipal, es su obligación realizar un proceso de supervisión y evaluación del servicio que preste la adjudicataria. Como parte de ello, debe crearse el mecanismo que le permita como mínimo asegurar la calidad, eficiencia y eficacia del servicio originalmente contratado. En dicho sistema, las sanciones por incumplimiento y el procedimiento para imponer sanciones son obviamente imprescindibles. Afirma que la objetante no señala de qué forma el procedimiento para imponer sanciones establecido por la Municipalidad no garantiza el debido proceso, no sustenta su decir. Considera que el procedimiento para imponer sanciones señalado en el cartel, como procedimiento de carácter sumario, asegura el debido proceso por cuanto incorpora una

prevención a la contratista para la corrección de la falta o descargo correspondiente en un plazo máximo de 24 horas; la sanción se aplicará si pasado el plazo señalado no ha corregido el incumplimiento; tipifica las 14 sanciones descritas, definiendo las que cuentan con plazo de corrección y en las que la sanción se aplicará una vez verificado el incumplimiento; los incumplimientos objeto de sanción una vez verificados por su naturaleza no son susceptibles de corregir; se incorpora el plazo máximo para atender deficiencias técnicas o incumplimientos para lo que se otorgará hasta un mes para que la contratista efectúe las modificaciones necesarias. Señala que tal procedimiento se encuentra actualmente en ejecución como parte de las contrataciones del servicio en el cantón Alajuela que datan del 2006 por lo que ha sido probado casi por 10 años, demostrando su efectividad como parte del proceso de supervisión y evaluación del servicio. Considera que un procedimiento administrativo ordinario para la resolución de incumplimientos relativos a la prestación diaria de un servicio público inherente a la salud y al ambiente afectaría irracionalmente a los usuarios, amenazando su continuidad y desmejorando sustancialmente la calidad, eficiencia y eficacia con que se prestaría. **Criterio de la División:** vistos los alegatos planteados, la objetante se limita a transcribir un clausulado y afirmar sin mayor desarrollo, que se está ante una violación de la reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional, sin tan siquiera enunciar en qué términos se han dado los pronunciamientos o cuál es la línea jurisprudencial en la que basa su alegato, ni desarrolla a partir de una lectura integral del cartel, por qué no se está ante un procedimiento administrativo en los términos en que invoca debería darse, con lo cual incurre en falta de fundamentación contrariando lo dispuesto en el artículo 170 del RLCA. En razón de todo lo dicho, se impone declarar sin lugar el recurso en este punto. No obstante lo indicado, se advierte de modo expreso que la Administración deberá verificar que el clausulado del cartel se ajuste a lo indicado por la Sala Constitucional, particularmente, en resolución No. 6639-2013 de las 16:01 horas del 15 de mayo 2013: *“V.- Sobre el respeto al debido proceso y derecho de defensa previo al cobro de sanciones por cláusulas penales (...) este Tribunal estima que previo a la ejecución de una cláusula penal debe corroborarse a través de un debido proceso si el cumplimiento tardío o prematuro fue efectivamente responsabilidad del contratista o, por el contrario, existió alguna circunstancia eximente de responsabilidad. (...) Ciertamente, la Administración contratante se encuentra llamada a resguardar el interés público en cada una de las contrataciones administrativas que convenga con los particulares, así como a garantizar la regularidad de los servicios públicos y, consecuentemente, evitar cualquier tipo de retrasos injustificados en la ejecución del objeto del contrato administrativo; empero, estos principios constitucionales no autorizan a la Administración a incurrir en arbitrariedades, como lo sería ejecutar de*

manera automática las cláusulas penales convenidas sin descartar de previo circunstancias eximentes de responsabilidad contractual. (...) previo a la ejecución de una cláusula penal lo procedente es instaurar al menos un procedimiento administrativo sumario, con lo que queda satisfecha la garantía del debido proceso y la defensa, dada la naturaleza jurídica de la cláusula penal que está referida a un tipo de incumplimiento contractual muy preciso y de fácil constatación (lo que no obsta para analizar si hay alguna circunstancia eximente de responsabilidad). En tal procedimiento no se analizaría el quantum de la sanción -pues esto ya quedó fijado al aceptar el cocontratante la adjudicación-, sino solamente si el cumplimiento tardío o prematuro de la obligación contractual resulta imputable o no al cocontratante particular. (...) Por su parte, en los numerales 198 y 199 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (Decreto Ejecutivo N° 33411) respectivamente se establece la posibilidad de solicitud de prórroga del plazo del contrato cuando existan demoras ocasionadas por la misma Administración o causas ajenas al contratista, y de la suspensión por motivos de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, tampoco esto enerva la argumentación expuesta, por cuanto lo dispuesto en tales numerales no ofrece garantía alguna que satisfaga los requerimientos del debido proceso como sí lo hace el procedimiento administrativo sumario, en el que la Administración tiene la obligación de comprobar exhaustivamente de oficio la verdad real de los hechos y elementos de juicio del caso (artículo 321 de la Ley General de la Administración Pública), lo que implica una investigación mucho más profunda -con tramitación de prueba y posibilidad de que la parte se pronuncie de previo al acto final- que el mero hecho de resolver una solicitud a la luz del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Por consiguiente, este extremo de la acción resulta del todo procedente.” **B.- RECURSO INTERPUESTO POR EMPRESAS**

BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A. 1) Sobre el período de la contratación. La objetante cuestiona la cláusula XI de condiciones generales por resultar contraria al artículo 163 del RLCA, norma de rango superior, según la cual el plazo de contratación de este tipo de servicios no puede ser superior a cuatro años. La Administración se refiere al contenido del artículo 163 del RLCA y 65 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), y a partir de ello afirma que queda claro que su aplicación se restringe a los servicios técnicos o profesionales relacionados a una profesión específica, caracterizado principalmente por tarifas reguladas y cuya contratación se oriente a un perfil profesional específico; afirma que incluso al referirse específicamente a los servicios profesionales, aparta los que son propios de una relación de empleo público y los sujeta a las disposiciones del régimen ordinario de nombramiento de funcionarios, es decir, no regula los contratos de servicios públicos como el promovido en el proceso objetado. Respecto al plazo de ejecución afirma que es claro que se está ante una licitación pública de cuantía inestimable, así establecido desde la Decisión de Inicio autorizada por el Concejo Municipal, ya que el monto a pagar depende del número de toneladas que sean recolectadas (transportadas) y

dispuestas. Indica que las cantidades referidas en el capítulo III del cartel son meramente referenciales y pueden cambiar a más o menos por la cantidad de residuos que puedan generarse, así como los que efectivamente sean recolectados y que posteriormente se pesen para entonces ser finalmente dispuestos. Así, aun cuando conforme a las regulaciones cartelarias la cantidad aproximada es de un promedio diario de 214,000.00 kg (214 tm) de residuos sólidos ordinarios, se refieren a un estimado que podría variar, por lo que es claro que no resulta factible conocer con certeza ni la cantidad, ni el monto de la contratación. Indica que se adjudicará por un precio unitario y no por una cantidad previamente establecida; razones por las cuales afirma se está ante un proceso de cuantía inestimable. Indica que el caso concreto resulta en una licitación pública de cuantía inestimable, por lo que el plazo que aplica es el plazo ordinario de un año, prorrogable hasta cuatro periodos adicionales para completar cinco años en total. Indica que también debe tenerse presente que el artículo 12 del Reglamento, abre la posibilidad de superar los cuatro años de contratación al establecer literalmente que *"Igual procedimiento se aplicará respecto de contratos para satisfacer servicios por períodos menores de cuatro años, cuando se establezcan o existan prórrogas facultativas que puedan superar ese límite"*. **Criterio de la División:** la cláusula en cuestión dispone respecto al plazo de ejecución, que el servicio se realizará por períodos de un año, prorrogables hasta alcanzar un plazo total de cinco años. Ante esto, vale indicar que en la normativa especial que rige la materia de compras públicas existen limitaciones en cuanto a las vigencias de las contrataciones, en razón, entre otros elementos, de las modalidades empleadas. En el caso particular, tratándose de una licitación pública bajo la modalidad de servicios por demanda, según así lo sustenta y afirma la Administración, debe observarse la normativa que regula tal modalidad. Así, el artículo 154 del RLCA aunque se refiere a modalidades del contrato de suministros, considera en su inciso b) la entrega según demanda que resulta de interés por cuanto dispone que *"El cartel deberá definir con toda claridad, entre otros: el plazo de la contratación, el cual no podrá ser superior a cuatro años, incluyendo plazo inicial y eventuales prórrogas..."* En el mismo sentido, el artículo 163 referido al contrato de servicios, conforme al objeto en cuestión, dispone: *"Cuando las condiciones del mercado, así como la alta y frecuente demanda de servicios lo recomienden, se podrá pactar el compromiso de suplir los servicios, según las necesidades puntuales que se vayan dando durante un período determinado. Las cotizaciones se harán sobre la base de precios unitarios formulados con fundamento en una proyección de los costos y eventuales demandas del servicio. El cartel deberá definir con toda claridad, entre otros: el plazo de la contratación, el cual no podrá ser superior a cuatro años"* (Resaltado no corresponde al original). Así las cosas, una vigencia de la contratación de un año

prorrogable hasta un máximo de 5 años, no resulta procedente por las limitaciones estipuladas normativamente, aun considerando la modalidad empleada y las particularidades que apunta la Administración tratándose de una licitación de cuantía inestimable bajo la modalidad de servicios por demanda. Asimismo, conviene indicar que la vigencia de la contratación es el plazo cierto al cual se sujetará la contratación como límite temporal, por lo que las prórrogas son eventuales. En razón de lo expuesto, se declara con lugar el recurso en este punto. **2) Sobre plazo de la contratación y declaración jurada de vida útil del relleno.** La objetante impugna la cláusula II b en tanto solicita la presentación de una declaración jurada que acredite la vida útil del relleno sanitario en un "plazo mínimo de seis años"; lo cual no sólo excede ese plazo máximo de 5 años del objeto contractual definido en el mismo cartel, sino además el tope del plazo reglamentariamente establecido en 4 años. Indica que por conexión impugna el párrafo segundo de la cláusula XVII, en tanto reitera que el contrato será por períodos de un año prorrogables hasta alcanzar un plazo total de cinco años; y también, el párrafo segundo de la cláusula V.B, ya que para los sitios no propios, exige no ya ese plazo de 4 o 5 años comentado en el párrafo anterior, sino que exige un plazo de "por lo menos durante 6 (seis) años" para garantizar que podrán disponer sanitariamente los residuos. Indica que el tema de los 5 y 6 años que aparece en varias cláusulas del cartel, no sólo contraviene norma expresa ya precitada que estipula 4 años (y ser entonces además, excesivo e irrazonable), sino también, porque la regulación cartelaria resulta contraria a los precedentes ya establecidos por este órgano contralor y remite a lo dispuesto en la resolución N° R-DCA-523-2013. La Administración señala que dado que el plazo de ejecución establecido es legalmente procedente y que empezará a regir a partir de la orden de inicio del servicio que se tendrá para el día 27 de agosto de 2017, fecha en que finalizarán los contratos actuales, imperativamente se requiere que el sitio de disposición cuente con una vida útil mínima de seis años al momento de la apertura de ofertas, por cuanto también debe contemplarse el plazo correspondiente a posibles recursos que puedan interponerse a este proceso. Afirma que las fechas que determinan el plazo mínimo de seis años son: fecha de apertura: 13 de octubre de 2016; inicio del servicio: 27 de agosto de 2017; plazo de ejecución del servicio: cinco años; plazo mínimo total requerido: seis años. Indica que la resolución R-DCA-523-2013 establece un plazo máximo de 4 años, incluidas las eventuales prórrogas, sustentándose expresamente en el artículo 163 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; remite a varios procesos: 2013LN-000002-01 promovido por la Municipalidad de Heredia como una contratación de servicios técnicos o profesionales; también se tiene referencia

del criterio emitido por la misma Contraloría General en el que considera la licitación pública 2012LN-000002-01 promovida por la Municipalidad de Esparza como un proceso de entrega según demanda, también se tiene la licitación pública 2014LN-000002-01, promovida por la Municipalidad de Cañas, proceso que afirma fue considerado por este órgano contralor como un proceso de cuantía inestimable. Afirma que es claro que se cuenta con diversos precedentes de este órgano contralor en cuanto a la forma de tipificar uno u otro procedimiento y por ende, el sustento legal aplicado, lo que depende finalmente de su análisis de los términos de referencia y consideraciones expuestas por la Municipalidad proponente de cada cartel. **Criterio de la División:** en primer término debe considerarse que la cláusula referida a la declaración jurada que acredita la vida útil del relleno sanitario en un plazo mínimo de seis años, se impugna en conjunto con otras cláusulas que hacen referencia al plazo de la contratación. Ello amerita distintas consideraciones. En efecto, se tiene que la cláusula XVII sobre formalización del contrato dispone que: *“el contrato será por períodos de un año prorrogables hasta alcanzar un plazo total de cinco años...”*; y la cláusula V punto B, hace referencia a la recolección durante seis años. No obstante, existe una diferencia entre el plazo de la contratación -el cual se encuentra limitado al año prorrogable a cuatro en total, como ya fue expuesto-, de la vida útil del relleno. Así, sobre el plazo de la contratación, se reitera lo indicado en el punto anterior, respecto al límite dispuesto en norma expresa para la vigencia máxima de una contratación de servicios por demanda, siendo que el máximo son 4 años, aun considerando las prórrogas que son eventuales. Ello, tomando en cuenta que con la modalidad de servicio por demanda, en su más pura acepción se está en principio ante una contratación de cuantía inestimable, lo que implica que las solicitudes puntuales de servicio pueden ir desde una, a ninguna o infinitivos requerimientos, y de allí que sean inestimables. Tal condición de inestimable no incide en el plazo de la contratación, incluso ello es regulado de modo expreso en la norma, tanto en entrega según demanda -bienes- en el artículo 154 inciso b) del RLCA como en servicios por demanda en el artículo 163 del mismo cuerpo reglamentario. En razón de ello, deberá procederse con el ajuste del cartel respecto a las cláusulas que hagan señalamiento a un plazo mayor al permitido en la norma. Ahora, habiendo sido expuesto lo referido al plazo de la contratación en relación con la modalidad y su naturaleza inestimable, conviene observar el período de vida útil del relleno. Sobre el particular, se tiene que la Administración no sólo se sustenta en el plazo de la contratación considerando prórrogas -5 años- sino en otros elementos que obedecen al proceso de planificación y el tiempo que se invertirá en distintas etapas del procedimiento de contratación. Así las cosas, deberá proceder la

Administración a valorar si, a partir del plazo del contrato (un año prorrogable por tres años para un total máximo de cuatro años), conviene realizar una modificación al período de vida útil del relleno considerando el plazo máximo de la contratación y los demás factores que ha valorado. Asimismo, se tiene que la objetante aunque indica que la referencia a 5 y 6 años además resulta excesivo e irrazonable, no puntualiza por qué ello es así, aunque se basa en el límite del plazo de la contratación, sin considerar por ejemplo, eventuales modificaciones contractuales o los límites técnicos y normativos respecto a la vida útil de los rellenos sanitarios. En razón de lo dicho se declara parcialmente con lugar el recurso en este punto. **3) Sobre declaración jurada vida útil del relleno.** La recurrente objeta la cláusula II b) de las Condiciones Generales del cartel, en tanto considera infringe el artículo 16.1 de la Ley General de la Administración Pública, desconoce las normas de la técnica, inválidamente da prevalencia al formalismo sobre el contenido de los actos, menoscabando así el principio de eficiencia, artículo 4 de la LCA y 21 de su reglamento, ya que dispone que el oferente, en la declaración jurada no podrá variar lo que haya sido indicado formalmente por SETENA y/o el Ministerio de Salud en cuanto a la vida útil del relleno ofertado; agregando incluso, que *"...la Municipalidad considerará como real, única y procedente la vida útil..."* indicada en dichas resoluciones, a pesar de que en el párrafo siguiente, la misma cláusula, dispone que dicha declaración *"debe estar respaldada con los cálculos correspondientes que demuestren lo acreditado por el oferente"*. Afirma que sujetar al oferente a ese formalismo, que pretende ser impuesto como requisito de "admisibilidad" por dicha cláusula (cuando el mismo Ministerio de Salud, a través de su Dirección de Regulación y mediante oficio DRS-UN-0624-2012 del 10 de julio del 2012, ha indicado ya –y desde hace tiempo- que la vida útil de un relleno corresponde establecerla al desarrollador); y estipular por otro lado, un plazo mínimo de "seis años" (para una contratación que no podría superar los 4 años), se puede prestar –aunque sea efecto no deseado- para limitar la participación y competencia de empresas como la suya, respecto de la cual incluso cuenta con rellenos propios, respecto de los cuales puede acreditar, con los cálculos correspondientes, que cumplen y superan la vida útil requerida para el plazo de esta contratación junto con todas sus posibles prórrogas, estando en posibilidad de brindar en todo momento un servicio de calidad. Afirma que con dicho requerimiento, se estaría también infringiendo el artículo 2 inciso d) del RLCA, según el cual "No deben introducirse en el cartel restricciones técnicas...que injustificadamente limiten la participación de potenciales oferentes". Señala que acredita con criterio técnico lo indicado y afirma que si bien la viabilidad ambiental podría haber establecido inicialmente una cota, capacidad volumétrica o

cantidad, lo cierto es que la vida útil de un relleno sanitario no sólo depende de la forma en que se diseñó y construyó, sino que además guarda relación directa con la forma en que se opere y mantenga; y por eso afirma, solo el desarrollador podría establecer esa vida útil; y en la práctica, como resultado del estudio científico y técnico-especializado, se ha demostrado que esa vida útil varía con el pasar del tiempo y en razón de diversos factores; como por ejemplo, la reingeniería del caso y el uso de nuevas tecnologías, que permiten un aprovechamiento máximo de las áreas disponibles, logrando un reacomodo de las celdas, lo cual da como resultado una capacidad mayor; y por ende, un aumento en la vida útil de los proyectos. Afirma que por ello, tal y como se desarrolla en el criterio técnico adjunto, para el cálculo de la vida útil, se parte de una capacidad de diseño inicial; y luego, a través de los cálculos respectivos, se proceden a restar los volúmenes dispuestos, considerando una serie de factores que desarrolla en su recurso. Indica que como bien se explica en el dictamen técnico, la vida útil de una obra de ingeniería como lo es un relleno sanitario, en realidad se cataloga más bien como una estimación; y como tal, puede variar en el tiempo, aumentando o disminuyendo, en función de factores tales como el aumento o disminución en la cantidad de desechos que llegan al proyecto; o bien, el tipo de desecho que llega al proyecto; y hasta por campañas de recuperación y reciclaje; y desde luego, por el máximo aprovechamiento del área y volumen disponible para el tratamiento y disposición final de los residuos, así como por el equipo que se utiliza en la operación del relleno (en especial, los equipos compactadores); razón por la cual y conforme al principio de verdad real y normas de la técnica, no han de desconocerse los cálculos correspondientes que demuestren lo acreditado por el oferente. La Administración indica que aplica lo ya señalado en atención al anterior recurso, sin embargo, manifiesta que es importante señalar que el cartel requiere a todo oferente como requisito de admisibilidad la presentación de una declaración jurada que acredite la vida útil del relleno sanitario al momento de la apertura, estableciendo claramente que esta declaración debe estar respaldada con los cálculos correspondientes que demuestren lo acreditado por el oferente, para lo que debe señalar ciertos elementos. Afirma que nunca se ha solicitado una certificación de vida útil emitida por el Ministerio de Salud, la SETENA o cualquier otra instancia relacionada, por lo que dicho requisito se ajusta a la técnica y al marco legal señalado por el Ministerio de Salud, no solo en el oficio DRS-UN-0624-2012; también en los oficios DPAH-UNSSAH-188-2014 y DPA1-1-UNSSAH-0135- 2014, (visibles a folios 97 al 99 del expediente administrativo). Indica que la objetante reconoce que *"la viabilidad ambiental podría haber establecido inicialmente una cota, capacidad volumétrica o cantidad"*; referida a la vida útil del

relleno, en cuyo caso se indicaría en la Resolución de Viabilidad Ambiental u otra legalmente emitida por la SETENA, razón por la cual, en apego al marco técnico y legal que regula la materia, la Municipalidad estableció que *"En el caso que cualquier resolución emitida por la SETENA (ya sea la viabilidad ambiental u otra) y/o el Ministerio de Salud haya indicado formalmente la vida útil del relleno ofertado; el oferente no podrá variar de forma alguna lo señalado por la autoridad competente, en dicho caso, lo Municipalidad considerará como real, única y procedente la vida útil indicada por cualesquiera de las autoridades competentes ya señaladas"*. Indica que tal y como es de conocimiento de la objetante, también el marco legal que rige la materia, señala que para *"el caso que la vida útil haya variado con el tiempo y en razón de diversos factores que le permitirían una mayor capacidad"*, la misma SETENA ha establecido el procedimiento formal a seguir por la empresa desarrolladora para contar con un dato actualizado técnica, científica y legalmente procedente. Entre otros, se aplica el artículo 46 bis del Decreto Ejecutivo 37803-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC: Adición y Modificación al Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que rige el procedimiento que debe respetar un desarrollador si realmente pretende ajustes al diseño original de su proyecto con viabilidad (licencia) ambiental otorgada, en este caso, dicho ajuste sería la cota, capacidad volumétrica o cantidad establecida inicialmente, lo que a su vez determinaría una mayor vida útil del proyecto, ajuste que requiere de una resolución administrativa de la Comisión Plenaria de la SETENA, con base en un informe técnico legal que la respalde. Señala que tal y como lo establece el reglamento indicado, los proyectos que cuenten con viabilidad ambiental y se les pretenda modificar alguna de sus características, deben realizar un trámite administrativo previo ante SETENA, razón por la que independientemente de la reingeniería, el uso de nuevas tecnologías u otros factores, tener una vida útil mayor a la legalmente conferida por la SETENA, no es un aspecto que dependa únicamente de la voluntad del administrador del proyecto, debe cumplirse un requisito técnico legal que implica una verdadera justificación profesional y científica de su parte, en cumplimiento del procedimiento reglamentario establecido por el órgano competente, en este caso la SETENA, sin poder dejarse de lado al Ministerio de Salud u otra instancia competente. **Criterio de la División** en primer término ha de considerarse que no se desprende de la cláusula que el requisito lo constituya la certificación emitida por alguna autoridad competente, el documento que se solicita de modo expreso es la declaración jurada para acreditar la vida útil del relleno, la cual se debe respaldar con los cálculos correspondientes que demuestren lo indicado por el oferente. La documentación a considerar distinta a la

declaración jurada es sólo en caso de exista, con lo cual de frente a los alegatos del objetante, no desarrolla ni acredita que exista una limitación a su participación por tal regulación, ya que si bien indica que el formalismo se puede prestar para limitar la participación y competencia de empresa como la suya, no desarrolla ni acredita que ante del contenido del pliego y sus circunstancias propias, en efecto se encuentre imposibilitada a participar en aplicación de la cláusula que impugna. Incluso, nótese que en su recurso afirma que “cuenta con rellenos propios, respecto de los cuales bien podemos acreditar, con los cálculos correspondientes, que cumplen y superan la vida útil requerida” (folio 29 del expediente de objeción), lo cual se reitera en la prueba aportada donde se indica que “la vida útil de los dos proyectos supera con creces el tiempo especificado en el cartel de licitación” (folio 53 del expediente de la objeción). Así las cosas, aunque el recurso de objeción se posiciona como una herramienta para eliminar limitaciones injustificadas a la libre participación, en el caso concreto no se acredita que la objetante se encuentre limitada, como para poder incluso analizar si la limitación es procedente o no. Asimismo, más allá de no acreditar que en el caso concreto se posicione en el supuesto que prevé la Administración –de prevalencia de un documento sobre otro- lo cierto es que no desarrolla que exista una imposibilidad de actualizar los datos que eventualmente pudiesen darse por una autoridad competente respecto a la vida útil de un relleno en particular, en atención precisamente a la variabilidad de la capacidad del relleno y los demás factores que expone inciden en que los datos que se suministren podrían sufrir variaciones; de lo cual no se deriva la violación al principio de eficiencia y a la discrecionalidad de la administración que apunta. En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **4) Sobre plataformas o estaciones de referencia.** La objetante cuestiona una omisión, ya que a pesar de que todo cartel de ajustarse al artículo 51 del RLCA, el cartel no ha regulado lo concerniente a las plataformas o estaciones de transferencia, indicando si las admitirá o no; aspecto que afirma amerita precisión o regulación cartelaria clara, concreta y suficiente, pues siendo propio de la prestación especializada del servicio por contratar, requiere ser conocida por todos los potenciales oferentes, para establecer sus costos de operación y elaborar la cotización económica sometida a concurso. La Administración señala que lo concerniente a las estaciones de transferencia está regulado en el Reglamento sobre el Manejo de Residuos Sólidos Ordinarios No. 36093-S, principalmente en los artículos del 47 al 60; razón por la cual, el cartel o pliego de condiciones en el apartado “Referencia Histórica”, en relación al servicio objeto de contratación, es decir, la recolección y disposición final de los residuos sólidos ordinarios y no

tradicionales generados en el cantón Alajuela, establece claramente que: *"Para cumplir lo solicitado, el oferente puede utilizar las tecnologías y procedimientos que considere pertinentes para optimizar el proceso de traslado de los residuos hasta el relleno Sanitario, siempre que estos cumplan con la normativa legal vigente que le sea aplicable"*. **Criterio de la División:** siendo que la Administración remite a la posibilidad de utilizar los tecnologías y procedimientos que se estimen pertinentes y que las estaciones de transferencia encuentran regulación en el decreto No. 36093, deberá indicarse de modo expreso si permitirá tales estaciones de transferencia y en qué términos, al amparo del Reglamento sobre el Manejo de Residuos Sólidos Ordinarios y demás normativa que resulte de aplicación de frente al objeto contractual, su naturaleza y particularidades. Lo anterior, a fin de alcanzar un cartel completo no abierto a interpretaciones que lo hagan susceptible eventualmente a impugnaciones o a discusiones en ejecución contractual. En razón de lo dicho se declara parcialmente con lugar el recurso en este punto. **5) Sobre responsabilidad de la Administración.** La objetante objeta la cláusula V en la que se indica que: *"La Municipalidad no asume ninguna responsabilidad por la disposición final de los residuos sólidos ordinarios que realice el oferente por lo que estará libre de cualquier eventual responsabilidad ambiental por la operación del sitio propuesto"*; disposición que a su criterio, es abiertamente contraria a las normas que regulan las competencias y obligaciones de las corporaciones municipales en materia de gestión de desechos sólidos. Indica que concretamente el artículo 5 de la Ley No. 8839 regula la responsabilidad solidaria de los Municipios en la gestión de los desechos y transcribe dicho artículo. Señala que el artículo 8 del mismo cuerpo normativo citado anteriormente, dispone ciertas regulaciones, y transcribe su contenido. A partir de ello, afirma que claramente estas disposiciones permiten llegar a la inexorable conclusión de que los entes municipales no pueden evadir responsabilidades ni ambientales ni administrativas, en lo que a manejo y disposición de desechos sólidos se refiere. La Administración señala que la objetante se limita a indicar los principios claramente generales que fundamentan la gestión integral de residuos, según la Ley No. 8839, sin concretar de qué forma las disposiciones establecidas en el cartel representan una evasión directa de las responsabilidades ambientales y administrativas que legalmente le competen a la Municipalidad. Señala que no indica cuál de ellos o de qué forma estos principios obligan expresamente a las Municipalidades a ser responsables por la disposición final de los residuos sólidos que realice el adjudicatario durante la operación del sitio, en su calidad de gestor privado de residuos contratado por una Municipalidad. Afirma que el principio de responsabilidad compartida indica

que todos son responsables, claro está, cada quien en su rango de acción. Afirma que los gestores privados que ofertan servicios a las Municipalidades por su propia voluntad, en la operación ambiental del sitio de disposición o relleno sanitario, regido por un marco legal específico que tiene como actor responsable de su gestión únicamente al propio desarrollador del proyecto y que entre otros factores, los obliga a un estricto cumplimiento ambiental. Cuestiona que pareciera que la objetante pretende que la Municipalidad sea responsable en caso de un mal manejo ambiental como el desfogue del vertido de su planta de tratamiento sin cumplimiento de los parámetros de ley, por no cubrir diariamente sus residuos en el frente de trabajo, generando olores y exponiéndolos a vectores de enfermedades o por no lavar los camiones recolectores de sus clientes. Afirma que está claro que la Municipalidad contratará un servicio legalmente regulado, que debe contar con todos los permisos que establece el ordenamiento jurídico y operar bajo las más estrictas normas ambientales, lo que le asegure un adecuado tratamiento y disposición final de los residuos generados en el cantón, sin que esto signifique que operará el sitio y que por ende sería responsable de sus acciones o que en su defecto, se desentienda de su obligación como contratista de velar por el cumplimiento de los términos legales que rigen la materia, así como aquellos que hayan sido incorporados contractualmente. Señala que la objetante pierde de vista que si bien no se asume ninguna responsabilidad por la disposición final de los residuos sólidos ordinarios que realice el adjudicatario en su papel de gestor y operador responsable del sitio, por lo que la Municipalidad estará libre de cualquier eventual responsabilidad ambiental por la operación del sitio; claramente el cartel señala diversas cláusulas bajo las que la Municipalidad de Alajuela, como contratante apegada al marco legal vigente, supervisará y de ser necesario sancionará cualquier incumplimiento a los términos contractuales relativos al funcionamiento ambiental y administrativo del incluyendo la posible rescisión del contrato. **Criterio de la División:** el cartel, en el punto V de especificaciones técnicas, señala que: *“La Municipalidad no asume ninguna responsabilidad por la disposición final de los residuos sólidos ordinarios que realice el oferente, por lo que estará libre de cualquier eventual responsabilidad ambiental por la operación del sitio propuesto”*. Por otra parte, también se observan los artículos 5 y 8 de la Ley No. 8839 de cuyo contenido destaca, por ejemplo, la referencia en el artículo 5 al principio de responsabilidad compartida que dispone “la gestión integral de los residuos es una corresponsabilidad social, requiere la participación conjunta, coordinada y diferenciada de todos los productores, importadores, distribuidores, consumidores, gestores de residuos, tanto públicos como privados”; y la referencia –en el artículo 8- a

responsabilidades de las Municipalidades. No obstante, lo cierto es que la objetante en efecto se limita a realizar una transcripción de la normativa sin desarrollar por qué a partir de las normas que invoca se constituye un motivo de impugnación del cartel. Por el contrario, a partir del contenido del cartel y de las explicaciones brindadas por la Administración licitante se deriva que la cláusula responde al riesgo inherente al giro comercial en relación con la disposición final de desechos, que debe asumir el contratista derivado de las acciones y responsabilidades que le son propias en la prestación del servicio que ofrece. Además, el objetante no desarrolla a partir de una lectura integral del cartel que en efecto haya una evasión de responsabilidad por parte de la Administración a partir de las competencias que se le asignan en normas especiales en razón del objeto contractual. En este orden de ideas, no se observa que la cláusula en cuestión se oponga a los deberes propios de la Administración y las obligaciones y responsabilidades que debe asumir según la normativa aplicable en torno a la gestión de los residuos sólidos y demás regulaciones propias del objeto contractual, las cuales indudablemente se deben respetar. En razón de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso en este punto. **6) Sobre experiencia.** La objetante se refiere al sistema de calificación y transcribe tabla de evaluación, se refiere a los factores precio y experiencia. Afirma que de la norma del cartel se puede inferir con absoluta claridad que la Municipalidad contratará un objeto complejo, que no es sólo la recolección y transporte de los desechos sólidos del cantón, sino también el tratamiento en un relleno sanitario que cumpla con las exigencias del ordenamiento jurídico. Señala que tanto las labores de transporte y recolección, así como las de tratamiento de desechos, son operaciones con altos niveles de complejidad y que por lo general dentro de este giro comercial, suelen ser actividades que incluso se contratan por separado, aspecto que conlleva el hecho de que no necesariamente una empresa que cuente con experiencia en recolección y transporte, cuenta con experiencia en tratamiento de desechos. Señala que el cartel plantea como medio de corroboración de experiencia, la acreditación únicamente en materia de recolección, por medio de certificaciones emitidas por otras Municipalidades. Señala que el objeto que se está licitando es complejo y la experiencia que el futuro adjudicatario tenga en la ejecución concreta y específica de todas las labores que se contratarán, es fundamental. Expone que de lo contrario, la Municipalidad corre un riesgo elevado de recibir un servicio deficiente. Considera vital que lo evaluado sea específicamente lo que se contratará, es decir, experiencia en transporte, recolección y tratamiento de desechos sólidos, por cuanto la complejidad de las labores así lo ameritan. Considera que los términos en que está redactado el cartel, conlleva una clara imposibilidad para

la Administración de cara a la selección de un oferente efectivamente idóneo, toda vez que está calificando experiencia únicamente en la mitad del objeto contractual que adjudicará, obviando por completo la experiencia en gestión de desechos sólidos, la cual no es equiparable por su naturaleza a la simple experiencia en recolección. La Administración remite al artículo 42 de la LCA y al numeral 55 del RLCA. Afirma que la potestad de determinar los factores de calificación que impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta que satisfaga mejor el interés público, es de la Administración Municipal. Afirma considerar que los parámetros de calificación definidos en la cláusula VIII para la evaluación de ofertas son, desde su experiencia de más de veinte años en la prestación de este servicio mediante la contratación de terceros de orden privado, los que le permitirán escoger al oferente que cumpla dicho objetivo. Expone las razones por las que únicamente se incluyó como factor de calificación la experiencia comprobada en recolección de residuos sólidos ordinarios a nivel municipal. Señala que la recolección (transporte) es el único componente del servicio licitado que se ejecuta directamente en el cantón y el único que se relaciona directamente con el usuario alajuelense. Afirma que la recolección (transporte) es el único componente del servicio cuya ejecución afecta directamente los intereses de los usuarios a través del cumplimiento de horarios, rutas y calidad en la prestación del servicio (limpieza de puños, canastas, derrame de caldos, destreza de los conductores, habilidad de los recolectores). La experiencia en la recolección (transporte) es la única imprescindible para la formulación y establecimiento de las rutas definitivas mediante las que se prestará este componente en el cantón Alajuela (cláusula V Rutas). Afirma que la recolección (transporte) es el único componente del servicio licitado objeto de evaluación de calidad y percepción por parte del usuario, esto por requerimiento expreso de este órgano contralor a través del Sistema Integrado de Información Municipal (SIIM). Afirma que la recolección (transporte) es el único componente del servicio licitado que carece de un marco jurídico específico que lo regule. Señala que no hay una ley o reglamento que regule íntegramente este componente, razón por lo que la experiencia del oferente es crucial para garantizar la prestación eficaz y eficiente del servicio. En el caso del componente correspondiente a la disposición final de residuos sólidos en un relleno sanitario, se tiene claramente establecido el marco legal que regula su ejecución, representado principalmente por el Reglamento sobre Rellenos Sanitarios, por lo que la experiencia de todos los actuales administradores de estos sitios, redunda estrictamente en la aplicación del marco legal y principalmente de dicha norma, como máxima para su operación. **Criterio de la División:** se

reitera lo ya expuesto en cuanto a que el sistema de evaluación propiamente dicho no implica en sí mismo una limitación a la libre participación, ya que al sistema de evaluación se someten únicamente las plicas que han resultado elegibles, cumplientes de los elementos señalados como mínimos de estricto cumplimiento por parte de la Administración. Así, los factores de evaluación se posicionan como elementos tendientes a generar diferenciaciones entre las ofertas elegibles a fin de seleccionar a la idónea. En este orden de ideas, se insiste en que los factores de evaluación constituyen elementos, condiciones, particularidades que pueden presentar las ofertas por las cuales se concede un puntaje por implicar una ventaja comparativa a la oferta que las contenga, generando un valor agregado a la plica. Es en el momento de estipulación de los factores de evaluación en que la Administración goza de mayor ejercicio de su discrecionalidad ya que se parte de la presunción de que es la Administración la mejor conocedora de su necesidad y por ende de la forma de satisfacerla, no solo a partir de criterios mínimos que perfilan el objeto contractual sino de condiciones que sean beneficios y generen valor. No obstante lo dicho, el objetante se limita a señalar lo que a su criterio resultaría más adecuado de frente al objeto de la contratación, la consideración de otros parámetros, que conducirían a la selección de la mejor oferta considerando la naturaleza de los servicios. Al respecto, conviene indicar que el recurso de objeción si bien se posiciona como un vehículo para depurar el cartel y ajustarlo a la normativa especial y a los principios que inspiran la contratación administrativa a partir del accionar de los potenciales oferentes, no puede constituirse en una herramienta para que los oferentes interesados planteen mejores formas de evaluar sin sustentar sus propuestas en prueba idónea tendiente a acreditar por ejemplo, que el sistema de evaluación resulta violatorio de las características de este tales como aplicabilidad, pertinencia, razonabilidad, completez, proporcionalidad, por citar algunas. Así, de frente a las manifestaciones del oferente de lo que considera más adecuado en el caso particular sin desarrollar una violación de tales características del factor cuestionado, se ha de considerar lo expuesto ampliamente por la Administración donde justifica la procedencia del requisito en los términos que lo solicita y brinda razones por las que resulta pertinente, según su criterio, evaluar únicamente la experiencia en recolección. Tampoco se acredita de lo expuesto por la objetante, que se incurra en una violación a los límites de la discrecionalidad administrativa en los términos del artículo 16 de la LGAP. En razón de todo lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **7) Sobre reconocimientos ambientales.** La objetante cuestiona la cláusula VIII.4, transcribe la cláusula y afirma que el sistema de evaluación tal y como está diseñado y

estructurado, tiene como consecuencia beneficiar directamente a una empresa competidora en este mercado. Indica que al inicio de la norma cartelaria pareciera indicarse que las empresas oferentes pueden presentar certificaciones o galardones ambientales de tres tipos distintos: Bandera Azul, Ecológica, Categoría VI Cambio Climático. Producción más Limpia (Gestión de residuos sólidos) o Eco-eficiencia. Hasta ese punto, pareciera que el sistema de evaluación es equitativo, no obstante, afirma que ya incluso en la selección misma de los galardones que serán sometidos a evaluación existe una disparidad para muchos oferentes por cuanto, por ejemplo y según afirma acreditar con el recurso, en Costa Rica sólo existe una empresa en el campo del tratamiento de desechos sólidos, que cuenta con el galardón "Producción más Limpia". Indica que sumado a lo anterior y prosiguiendo con la lectura de la cláusula cartelaria, en lo relativo a Bandera Azul el cartel no se limita a verificar la existencia del galardón, sino que va más allá asignando puntajes específicos para cada una de las estrellas obtenidas, lo cual vuelve a colocar a la misma empresa en una posición de ventaja, por cuanto es la única que cuenta con cuatro estrellas en el galardón Bandera Azul es la misma y única empresa que igualmente cuenta con el galardón Producción más Limpia. Añade que es lógico pensar que la Municipalidad de Alajuela desee contar con un desarrollador que respete el medioambiente y tenga altos estándares medioambientales, no obstante, llama poderosamente la atención en primer término que únicamente se hayan acudido a esos tres galardones, existiendo otros más que demuestran un buen desarrollo de gestión ambiental (como las normas ISO o los reconocimientos del MINAE por cambio climático, por ejemplo). Sumado a lo anterior, tener una o cuatro estrellas, no conlleva la existencia de un mejor relleno desde un punto ambiental. La sola existencia del galardón ya implica la existencia de un relleno comprometido con el medio ambiente. En otras palabras, un galardón con una estrella, desde un punto de vista sustancial, no tiene diferencia alguna a un galardón con cuatro estrellas, ya que ambos cumplen con los estándares necesarios para ser merecedores del galardón. Señala que no existe un solo elemento técnico en el expediente licitatorio de la Municipalidad, que demuestre un criterio objetivo para seleccionar únicamente esos tres galardones, lo que demuestra el alto nivel de subjetivismo que enmarca a estos parámetros de evaluación. Manifiesta que si la Municipalidad considera que esos tres galardones específicos son los que satisfacen las necesidades, debería haber un análisis técnico que justifique la necesidad de esos estándares, de lo contrario se estarían ajustando carteles para determinadas empresas. La Administración señala que para establecer los reconocimientos ambientales otorgados por el Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA como parte de

los parámetros de evaluación, en su papel de gobierno local y como actor responsable de los residuos generados en su cantón (Ley 8839, artículo 8), consideró su obligación de tomar las medidas necesarias para contribuir con la iniciativa gubernamental que persigue responder a la problemática mundial del cambio climático, en este caso, con la Estrategia Nacional de Cambio Climático, base para la meta de Costa Rica de lograr la carbono neutralidad para el año 2021; estrategia que afirma, contempla como parte de sus ejes estratégicos de trabajo, la mitigación de gases de efecto invernadero, en el que uno de los sectores claves para la definición de medidas de mitigación es el de residuos sólidos. Expone que aunado a esto, también se consideraron los siguientes elementos: que el SIREA es el mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía, rector en materia ambiental; que el SIREA fue establecido con suficiente antigüedad (cuatro años y cinco meses) al proceso de licitación, mediante el decreto ejecutivo No. 37109 - MINAET del 23 de mayo de 2012. Señala que cabe destacar que la categoría VI del Programa Bandera Azul Ecológica (PBAE), denominada Cambio Climático, fue creada en el año 2008 en el derogado decreto ejecutivo N 33525- MINAE, Reglamento para Otorgar el Certificado Bandera Ecológica, del 27 de noviembre de 2006, por lo que su antigüedad es de casi ocho años con respecto al proceso de licitación. Señala que lo anterior, justifica claramente las razones de índole técnica y legal por las que la Municipalidad de Alajuela escogió el SIREA y desestima la presunción de la objetante sobre posibles beneficios a una u otra empresa. Afirma que es claro que Costa Rica es un país caracterizado por una política ambiental predominante lo que lo lleva a contar con múltiples sistemas y normativas de gestión y calidad, incluyendo las mencionadas normas ISO, citadas por la objetante bajo reclamo de no haber sido consideradas. Afirma que se está ante un cartel para la contratación de un servicio público, por lo que la Administración debe incluir los factores de calificación que a su criterio impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente, habiendo sido seleccionado el SIREA por las razones arriba expuestas. Hace ver que las normas ISO en Costa Rica son concedidas por el Instituto de Normas Técnicas de Costa Rica (INTECO) una asociación privada, reconocida como el Ente Nacional de Normalización, reconocimiento que se puede mantener solo si la Asociación cumple a satisfacción con el encargo que le hace la Ley del Sistema Nacional para la Calidad No. 8279, consideración de fondo que pone estas normas en desventaja ante los reconocimientos ambientales otorgados por el SIREA como mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía, rector en materia ambiental. Sin embargo, también debe tenerse presente que el SIREA en su Gradación de Dos Estrellas incorpora los programas de gestión de calidad interno,

como las mencionadas normas ISO citadas por la objetante, en este caso las ISO 9001 -14001 - 26000, por lo que de esta forma también han sido consideradas en el cartel, atendiendo lo argumentado por la objetante. En cuanto a los reconocimientos del MINAE por cambio climático también referidas por la objetante en su argumentación, remite al contenido de la cláusula y afirma que lo dispuesto es proporcional a lo señalado por la objetante ya que considera un reconocimiento ambiental del MINAE por cambio climático. Esto al incluir como parte de los factores de calificación la Bandera Azul Ecológica, Categoría VI Cambio Climático, según el SIREA, mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE). Afirma que ya fueron establecidas las razones por las que decidió incluir como parte de los factores de calificación los reconocimientos ambientales otorgados por el SIREA, por lo que en apego a su oficialidad, es decir su fundamento técnico y legal, también debe respetar sus procedimientos, de lo contrario, se restaría credibilidad al proceso e incluso se podría aducir parcialidad en su consideración. Señala que aplica lo ya indicado al respecto en el recurso de WPP Coriclean Waste Collection S.A. sin embargo, afirma también es importante señalar que; *no se asignan puntajes específicos para cada una de las estrellas obtenidas como erróneamente lo señala la objetante, el cartel asigna un único puntaje de 2.332 puntos por estrella, siendo que la gradación máxima del SIREA para la Categoría VI Cambio Climático de Cinco estrellas se podrá obtener un puntaje máximo de 11.66 en caso de contar con estas. Señala que el Manual de Procedimientos Categoría Cambio Climático se basa estructuralmente en la Gradación de las Estrellas, por lo que se desvirtúa el argumento de la objetante al pretender que "tener uno a cuatro estrellas no conlleva la existencia de un mejor relleno", afirma que asumir como cierto su argumento sería como establecer que no existe diferencia entre los lugares que ocupan el podio de premiación de una competencia. Si bien los parámetros obligatorios son los mismos para todo aquel que desee tener este galardón, es la gradación de estrellas, la que realmente define el nivel de compromiso de los oferentes mediante su aporte a la calidad ambiental del país, a partir de proyectos cada vez más amigables y comprometidos con el ambiente, lo que implica el cumplimiento de requisitos mediante la realización de acciones e implementación de programas cada vez más complejos y de mayor alcance, tras cada estrella alcanzada, razón por la cual también decidió evaluar dicho nivel de compromiso al asignar un puntaje por estrella.* **Criterio de la División:** la cláusula cuestionada dispone lo siguiente: **"4. RECONOCIMIENTOS AMBIENTALES (puntaje máximo: 35 PUNTOS).** Otorgados por el Sistema de Reconocimientos Ambientales SIREA, mecanismo oficial del Ministerio de Ambiente y Energía, establecido mediante el decreto ejecutivo No. 37109 -

*MINAET, que garanticen que los oferentes están aportando a la calidad ambiental del país, a partir de proyectos o prácticas productivas amigables con el ambiente y que de esta forma también contribuyen a alcanzar el desarrollo sostenible de nuestro país. / El oferente deberá presentar acreditación (**original o copia certificada por Notario Público**) para el relleno sanitario, en cualquiera de los siguientes rubros: / a. Bandera Azul Ecológica, Categoría VI Cambio Climático. / b. Producción más Limpia (Gestión de residuos sólidos). / c. Eco-eficiencia. / El reconocimiento a presentar debe haber sido emitido por la institución competente con al menos seis meses de anterioridad a la fecha de apertura de ofertas. Además, deberá estar vigente al momento de la presentación de las ofertas. / Para determinar la puntuación obtenida en este factor, se calificará tomando como referencia la siguiente tabla: (...)*”

Reconocimiento	Unidad	Puntos por unidad	Puntaje máximo
Bandera Azul Ecológica	Estrella	2.332	11.66
Producción más limpia	Reconocimiento	11.67	11.67
Eco-eficiencia	Reconocimiento	11.67	11.67
Total			35

A partir del contenido del cartel, conviene considerar en primer término que se observa un factor de evaluación por reconocimientos ambientales al cual en su totalidad se le confiere un 35 del puntaje total dentro del sistema de evaluación, siendo que a su vez se subdivide en tres elementos a los que se les otorga un porcentaje respecto a los 35 puntos del factor general de 100. Dado que el objetante se refiere a una disparidad en los galardones seleccionados, conviene reiterar que el sistema de evaluación y los factores que en él se plasman precisamente pretende generar una diferencia entre ofertas y en tal medida suponen un tratamiento distinto al del principio de igualdad que rige la materia. Asimismo, se insiste, que es en el sistema de evaluación donde la Administración goza de la mayor discrecionalidad para puntuar aquellos elementos que considera generan un valor agregado a la oferta que los contenga, se posicionen como una ventaja comparativa y que por ello, merecen ser puntuados. En este sentido, si bien podrían existir múltiples elementos diferenciadores entre ofertas que podrían puntuarse, la Administración como mejor conocedora de su necesidad, es la llamada a definir tales elementos. Si bien no es una potestad irrestricta, para cuestionar el sistema de evaluación propiamente dicho, se debe acreditar que se vulnere alguna de las características del sistema de evaluación tales como aplicabilidad, pertinencia, proporcionalidad, por citar algunos, o violación a los límites de la discrecionalidad, que en el caso en particular, el objetante no desarrolla ni acredita que se

excedan los límites de la discrecionalidad, considerando que ésta no puede ser empleada por la Administración de manera irrestricta ni antojadiza; no se observa un desarrollo y su respectiva acreditación frente a los términos del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública en cuanto a que *“En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.”* Asimismo, de lo expuesto por objetante, si bien remite a prueba documental que aporta, no se evidencia que realice en su desarrollo argumentativo, una relación entre el contenido particular de la prueba que aporta y lo que pretende acreditar, con lo cual se incurre en una deficiente fundamentación aunque aporte la prueba de sus alegatos al no existir tal relación necesaria. Por otro lado, que se observe una empresa cumple con los elementos de evaluación no quiere decir en sí mismo que el cartel se encuentre sesgado o direccionado a una empresa en particular, ya que precisamente según fue dicho, se persigue generar diferencias que impliquen un “plus” para la oferta que cumpla con la condición. Asumiendo incluso que solo una empresa está en posibilidad de obtener el puntaje que se alega, tal circunstancia en sí misma no implica la modificación del factor, porque aún así existen otros elementos ponderables a considerar. Se reitera que la objeción no implica ajustar el cartel a las condiciones propias del giro comercial o la realidad empresarial del oferente interesado, sino que deben acreditarse violaciones tales que ameriten su variación, acreditación que bien puede efectuarse de frente a la desproporcionalidad, impertinencia, incompletitud, por citar algunas, que en el caso en particular no se acredita. En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **8) Sobre la solicitud de prórroga del acto de apertura.** La objetante señala de modo expreso como pretensión que se prorrogue el acto de apertura programado para el 13 de octubre a las 10:00 horas. La Administración solicita se mantenga incólume la fecha establecida para apertura de ofertas establecida para el trece de octubre. **Criterio de la División:** mediante autos de las ocho horas del veinte de setiembre de dos mil dieciséis y de las trece horas treinta minutos del veintidós de setiembre de dos mil dieciséis, ya había sido indicado a la Administración que de ser necesario, debía extender el plazo establecido para recibir ofertas, considerando el plazo que tiene este órgano contralor para emitir y notificar la resolución final; para lo cual adicionalmente la Administración debe considerar las modificaciones a las que debe proceder según lo indicado en esta resolución y de conformidad con el artículo 172 del RLCA. Finalmente se le hace ver a la Administración que determine si el cartel contiene, como requisitos mínimos, todos aquellos aspectos que resulten esenciales para garantizar la calidad del servicio. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 4, 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 51, 55, 154, 163, 170 y 172 de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por **WPP CORICLEAN WASTE COLLECTION S.A.** y **EMPRESAS BERTHIER EBI DE COSTA RICA S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2016LN-000005-01**, promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ALAJUELA** para la “*Contratación del servicio de recolección y disposición final de los residuos sólidos ordinarios y no tradicionales generados en el cantón de Alajuela*”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

María Jesús Induni Vizcaíno
Fiscalizadora

MJIV/ksa
NN: 12916 (DCA-2489-2016)
G: 2016003201-1
Ni: 24985, 25269, 25816,