

R-DCA-01162-2020

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las siete horas cuarenta y un minutos del tres de noviembre de dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECIÓN interpuesto por la empresa **WPP Continental de Costa Rica S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2020LN-000003-0012000001**, promovida por la **Municipalidad de El Guarco** para el “Servicio según demanda para la disposición final y tratamiento de los residuos sólidos ordinarios y residuos especiales (no tradicionales) generados en el cantón de El Guarco.”-----

RESULTANDO

I.- Que el veinte de octubre de dos mil veinte, la empresa WPP Continental de Costa Rica S.A., presentó ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del procedimiento de Licitación Pública N° 2020LN-000003-0012000001, promovida por la Municipalidad de El Guarco.-----

II.- Que mediante auto de las catorce horas cuarenta minutos del veintiuno de octubre del dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto, solicitando a su vez, la remisión del cartel definitivo, y en caso de ser necesario, modificar el plazo de apertura de ofertas. Dicha audiencia fue atendida mediante oficios 058-PROV-2020 y GSPA-79-2020, ambos de fecha veintiséis de octubre de dos mil veinte, los cuales se encuentran incorporados al expediente de la objeción. -----

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

CONSIDERANDO

I.-SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre el oficio GSPA-66-2020. La objetante señala que como parte de los documentos que integran las bases de esta licitación y que aparecen en SICOP, se encuentra el oficio GSPA-66-2020. Indica que objeta, única y exclusivamente, el siguiente párrafo de dicho oficio, que consta en la página 15 (cláusula 14.8, inciso i): “*i) Además, debe garantizar que no se han presentado problemas con la disposición de los residuos sólidos ante el Ministerio de Salud, SETENA, TAA, o alguna otra entidad que tenga que velar por la correcta disposición de los residuos sólidos*”. Considera que esta condición del cartel, es abiertamente contraria a los principios constitucionales de seguridad jurídica, razonabilidad y proporcionalidad. Indica que se atenta contra la seguridad jurídica, pues no hay

la menor univocidad en la expresión “*problemas con la disposición de los residuos sólidos*”. ¿Qué se quiere decir con esto? ¿Acaso es que no hayan existido denuncias contra el relleno que ofrezca el concursante? Ello sería total y absolutamente violatorio de la presunción de inocencia garantizada constitucionalmente, pues ninguna compañía puede “garantizar” no ser denunciada por cualesquiera terceros, con o sin razón. ¿Acaso, en cambio, se pretende que ni el Ministerio de Salud, ni la SETENA, ni ninguna autoridad competente, haya dictado órdenes sanitarias o cualesquiera otros actos administrativos con alguna medida a cargo del responsable del relleno? Esto, por otro lado, sería abiertamente contrario a los principios de legalidad (pues ese supuesto no implica inhabilitación para concursar) y de razonabilidad y proporcionalidad (pues es perfectamente normal que autoridades regulatorias ejerzan sus labores de vigilancia, imponiendo órdenes o cualquier otra medida a los responsables de los rellenos). Indica que de hecho, una de las funciones básicas de cualquier regencia ambiental, es señalar oportunidades de mejora en cualquier tipo de proyecto, sin que ello deba verse como una sanción. Manifiesta que no se está ante una simple petición de aclaración, sino que esta cláusula que se objeta debe ser removida por completo del pliego de condiciones, siendo que su redacción es contraria al principio de libre competencia, pues no puede introducirse una limitación de este tipo, la cual no sólo es indeterminada, sino que carece de asidero en ninguna norma jurídica o técnica. La Administración señala que en el inciso i) cláusula 14.8 del cartel, con la palabra “problemas” se refiere a actos graves que incurran en un deterioro irremediable del medio ambiente y que se encuentren sin solución técnica ante las instancias competentes en la materia de residuos sólidos, por ejemplo: la contaminación de mantos acuíferos que abastecen de agua potable a una población cercana al proyecto, también la evacuación de lixiviados en aguas superficiales como ríos, lagunas y quebradas, operar como: vertedero a cielo abierto en lugar de relleno sanitario, entre otros problemas, que hayan hecho que las autoridades competentes retiren el permiso sanitario de funcionamiento y viabilidad ambiental. Es decir, si el oferente no cuenta con las licencias, permisos y certificaciones vigentes obligatorias de ley a la hora del estudio técnico, será descalificado de las ofertas. Señala que dentro de las funciones de la municipalidad es velar por la gestión integral de residuos sólidos, entre ellos fiscalizar que la disposición de residuos sólidos se lleve a cabo de forma apropiada como lo indica la ley: “*Prevenir y eliminar los vertederos en el cantón y el acopio no autorizado de residuos*”. Por lo tanto, parte de las tareas municipales es velar porque los oferentes se encuentren habilitados por las autoridades competentes, para que la disposición de residuos sólidos se realice conforme a ley generando el menor impacto ambiental. Por otra parte, lo que

se promueve con esta cláusula es que el concursante aporte toda aquella información valiosa en la que no haya duda para la administración sobre su manera de operar y su funcionamiento, cumpliendo de esta manera con el principio de prevención, artículo 60 de la Ley Orgánica del Ambiente. También se debe considerar, que la cláusula no se refiere a que queden por fuera del concurso las empresas que dispongan órdenes sanitarias giradas por el Ministerio de Salud, denuncias de terceros, demandas formales, reclamos, no conformidades de auditorías, disposiciones dictadas por SETENA en cada una de sus resoluciones administrativas, planes de mejora sin concluir, porque entiéndase, que es parte de este tipo de actividades, que se impongan controles y medidas correctivas por el ente rector en salud pública, ya que existe todo un reglamento que permite su constante vigilancia (Reglamento de Rellenos Sanitarios N° 38928-S), artículo 53 de la Ley GIRS5 N°8839. Adicionalmente, considera que esta cláusula dentro del cartel no violenta el principio de igualdad y libre competencia, porque no es una restricción técnica que limite la participación de oferentes, ya que esta condición, no es más que una garantía de cumplimiento en el área ambiental y a la que tiene derecho requerir la administración, con el espíritu de hacer honor al principio de eficiencia y eficacia para salvaguardar los recursos públicos, (artículo 2 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa) y para garantizar un concurso transparente y en beneficio del interés público, que no represente en el futuro demandas para el gobierno local, lo cual comprometería las finanzas del municipio y su imagen pública. Indica que al tratarse de una licitación pública prorrogable hasta por cuatro años, la municipalidad debe estar segura de que el Relleno Sanitario que se adjudica, se encuentre facultado para ejercer su actividad y cumpla lo pactado en el contrato, por ello determina las necesidades técnicas del servicio sin que ello represente inhabilitación para concursar. Además, la municipalidad está en la obligación de solicitar a la empresa concursante actuar de forma transparente y proporcionar la información solicitada con el único fin de cumplir con toda la normativa que regula la materia de Rellenos Sanitarios. En ese sentido, se les solicita como requisito a los participantes, que expongan si existen no conformidades ambientales que no hayan sido resueltas, que comprometan la continuidad del servicio, porque de haberlas, no sólo perjudica el servicio esencial de esta municipalidad, sino que atenta contra el interés público al recibir un servicio de menor calidad del que se contrató.

Criterio de la División. El pliego cartelario en el documento que contiene las Especificaciones Técnicas, establece en el punto 14.8 Obligaciones generales del oferente, inciso i) lo siguiente: *“i) Además, debe garantizar que no se han presentado problemas con la disposición de los residuos sólidos ante el Ministerio de Salud, SETENA, TAA, o alguna otra entidad que tenga*

que velar por la correcta disposición de los residuos sólidos” (lo subrayado no corresponde al original). De frente al cuestionamiento de la objetante en cuanto a la falta de definición de la cláusula, la Administración señala que si el oferente no cuenta con las licencias, permisos y certificaciones vigentes obligatorias de ley a la hora del estudio técnico, será descalificado de las ofertas y considera que esta cláusula dentro del cartel no violenta el principio de igualdad y libre competencia, porque no es una restricción técnica que limite la participación de oferentes, ya que esta condición, no es más que una garantía de cumplimiento en el área ambiental y a la que tiene derecho requerir la administración, con el espíritu de hacer honor al principio de eficiencia y eficacia para salvaguardar los recursos públicos. Al respecto, resulta necesario señalar a la Administración que el enunciado cartelario en la parte subrayada, considera este Despacho efectivamente es indeterminado y potencialmente lesivo de la participación, toda vez que al indicar que el oferente debe *“garantizar que no se han presentado problemas con la disposición de residuos sólidos ante entidades como Ministerio de Salud, SETENA, TAA o alguna otra que tenga que velar por la correcta disposición de residuos sólidos”*, no deja claridad en cuanto al alcance de la frase *“no se han presentado problemas”*, pues su significado no es claro y puede ser sujeto de diferentes interpretaciones en cuanto a la efectiva determinación de la frase. En ese sentido debe recordarse que el cartel debe ser un conjunto de reglas claras y objetivas y sobre todo precisas, a efecto de evitar interpretaciones disímiles de su contenido tanto durante la fase de evaluación de ofertas como de ejecución. Es por ello, que expresiones indeterminadas efectivamente pueden causar inseguridad jurídica no solo para los oferentes, sino que para la misma licitante, por lo que una adecuada técnica exige que el cartel no puede estar regido por ambigüedades que alberguen la posibilidad de lecturas diferentes para un mismo tema o punto. Si bien se comprende el interés de la Municipalidad en evitar potenciales defectos en la ejecución contractual de la licitación que nos ocupa, ello no puede hacerse limitando la participación ni mucho menos a partir de cláusulas cartelarias que incluso puedan afectar la misma dinámica del servicio, precisamente por su indeterminación y ambigüedad. Si la Administración lo que desea es que el relleno que se disponga para ese propósito posea todas las habilitaciones legales para su operación, entendidas estas como licencias, permisos y certificaciones vigentes obligatorias de ley, pues bien puede requerirlo de manera expresa y clara como parte de los requisitos que deban aportar los oferentes al concurso –sin perjuicio que de por sí son cumplimientos obligatorios provenientes de la legislación respectiva- lo cual también la propia Administración puede verificar, pero no estableciendo redacciones cartelarias que generen incerteza y duda en sus alcances. En virtud

de lo anterior, procede **declarar con lugar** el recurso, debiendo la Administración eliminar la redacción objetada en el documento que contiene las Especificaciones Técnicas, establecida en el punto 14.8 Obligaciones generales del oferente, inciso i), toda vez que su existencia no ha sido debidamente justificada por la Administración licitante. Lo anterior, sin perjuicio que la Administración considere exigir puntualmente en el pliego tal y como se indicó, la necesidad del oferente de acreditar el cumplimiento de licencias u otros requisitos establecidos en el ordenamiento, los cuales en su caso deben identificarse de manera clara.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su Reglamento, **se resuelve: 1) DECLARAR CON LUGAR, el recurso de objeción** interpuesto por la empresa **WPP Continental de Costa Rica S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2020LN-000003-0012000001**, promovida por la **Municipalidad de El Guarco** para el “Servicio según demanda para la disposición final y tratamiento de los residuos sólidos ordinarios y residuos especiales (no tradicionales) generados en el cantón de El Guarco”. **2) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFIQUESE. -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Andrea Serrano Rodríguez
Fiscalizadora

ASR/mtch
NI: 31526, 32179, 32353.
NN: 17219 (DCA-4117 -2020)
G: 2020003964-1
Expediente: CGR-ROC-2020006945

