

R-DCA-454-2011

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las catorce horas del catorce de setiembre del dos mil once.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa Asfaltos CBZ, S.A., en contra el cartel de la Licitación Pública 2011LN-000001-01, promovida por la Municipalidad de Alvarado para la compra de mezcla asfáltica y emulsión asfáltica para mantenimiento de caminos del cantón de Alvarado.-----

I.- POR CUANTO: Asfaltos CBZ S. A presentó el 2 de setiembre del año en curso ante la Contraloría General recurso de objeción contra el cartel de la Licitación Pública 2011LN-000001-01 promovida por la Municipalidad de Alvarado 2011. -----

II.- Mediante auto de las doce horas del cinco de setiembre del dos mil once, se concedió audiencia especial a la Administración con el objeto de que se refiriera por escrito a los argumentos de la objetante y remitiera una copia fiel del cartel. -----

III.- POR CUANTO: La Administración respondió la audiencia especial que le fue conferida mediante oficio N° AM-248-09-2011 del 6 de setiembre del 2011.-----

IV.- POR CUANTO: Sobre el fondo. 1) Artículo 12 “Forma de pago”: solicita el recurrente que se modifique la forma de pago y propone lo siguiente. *“11 pagos de 100 toneladas y la parte proporcional de emulsión, y un último pago de 93 toneladas y la parte proporcional de emulsión”*, por cuanto estima que el plazo de retiro no dependerá de la empresa adjudicada o contratista, sino que más bien va a depender de la capacidad de retiro de la Administración, e indica que la Municipalidad sólo cuenta con una vagoneta. La administración rechaza la solicitud de modificación a este requerimiento técnico porque aclara que la firma recurrente no puede hablar de experiencia acumulada porque nunca ha tenido una relación comercial con la Municipalidad de Alvarado; asimismo, rechaza la aseveración de la empresa objetante que solo tiene una vagoneta para el acarreo de mezcla asfáltica porque desde hace varios años cuentan con 3 vagonetas. Expone que la capacidad de acarreo diario en condiciones normales es de 27 toneladas métricas y si se analiza la capacidad de retiro sería de: $1163 \text{ TN} / 7 \text{ 27TN} = 43.07$ días de retiro y dividido entre un promedio de 25 días de retiro al mes da un resultado 1.72 meses de plazo de ejecución, sumado a que presupuestariamente dicha compra se encuentra desglosada por proyectos. **Criterio para resolver:** el argumento principal de esta objeción se fundamenta en que se modifique la forma de pago. Visto el pliego cartelario, se observa que la cláusula que se impugna, entre otras cosas, dispone: *“La forma de pago será de la siguiente manera: El 100% del monto cotizado, en colones costarricenses, dentro de los 30 días naturales siguientes al recibido conforme de los bienes adjudicados, por parte de la Municipalidad y presentada la factura correspondiente.”* El recurrente señala que la Administración solo cuenta con una vagoneta y analiza la capacidad diaria de retiro de material. Sin embargo, la Municipalidad hace

ver que las estimaciones que realiza el objetante no son exactas, por cuanto ella cuenta con tres vagonetas, de modo que el plazo de ejecución no son 3.10 meses, como lo indica el objetante, sino que es de 1.72. De frente a esto, siendo que el objetante para fundamentar su recurso parte de una premisa inexacta, de frente a lo que expone la Administración, se impone declarar sin lugar el recurso. No obstante lo anterior, resulta relevante destacar lo que expone la entidad licitante al contestar la audiencia especial cuando dice: “... *presupuestariamente esta compra se encuentra desglosada por proyectos con su debido código. Lo que se define como pago se refiere a cada proyecto terminado. Hace mucho tiempo la Administración lo ha manejado de esta manera con la empresa Adjudicataria, lo cual se puede constatar, y consideramos no afecta el flujo de caja de las Empresas...*” De este modo, proceda la Municipalidad a aclarar este extremo del cartel, con la finalidad que los eventuales oferentes conozcan con exactitud la forma de pago que se llegaría a realizar. 2) **Artículo 14 “Plazo de entrega”**: Señala el recurrente que esta cláusula fija el plazo de entrega como inmediata o 15 días hábiles a partir de recibida la orden de compra y es usual que todo oferente con el objeto de obtener los puntos asignados en el inciso 2.2 B “Plazo de entrega” cotice un plazo de entrega de un día hábil, dado que el plazo de entrega o retiro lo define la Administración según su capacidad de retiro. Asimismo, indica que no tiene sentido asignar puntaje a este factor en el sistema de evaluación como sí se debe conferir más puntaje al factor precio que va en función del interés público. La Administración rechaza eliminar del sistema de evaluación el porcentaje otorgado al plazo de entrega porque manifiesta que ha estado acarreado material todos los días mientras se tenga cuota comprada o adquirida, por lo que considera de importancia que se mantenga esta cláusula ya que una vez cumplido el procedimiento establecido se emitiría la orden de compra, con lo cual de forma inmediata se estaría dando inicio al retiro del material comprado. **Criterio para resolver**: Como punto de partida es importante indicar que la Administración, de acuerdo con las potestades discrecionales de que goza, puede establecer en el cartel los factores de evaluación que conformarán el sistema de selección de ofertas, siempre que con ello se logre obtener una ventaja comparativa. En el presente caso, se procede a rechazar el recuso de objeción, toda vez que el recurrente pretende que se elimine del sistema de evaluación el porcentaje de 5% que se le está confiriendo al factor “plazo de entrega” y si fuera del caso se diera mayor puntaje al precio, pero no indica que lo contemplado por la Administración rebase los límites de la discrecionalidad –ver artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública- o bien, que los porcentajes dados sean desproporcionados. De este modo, ante la ausencia de fundamentación del recurso, se impone el rechazo de este argumento. No debe

olvidarse que el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) disponen: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración...”*. En relación con la fundamentación, esta Contraloría General ha señalado: *“... más allá de las meras consideraciones que pueda tener el objetante se trata del ejercicio jurídico de un recurso procesal que debe estar acompañado de lo que podríamos llamar la carga de la prueba en materia de objeciones al cartel, es decir, para cuestionar y evidenciar que ese acto presuntamente apegado al interés general es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa el objetante está en la obligación de traer argumentos y pruebas –ambos- apropiados es decir que respalden su “mero dicho”. Y es que acá debe partirse de otro elemento fundamental que conviene reiterar, los procedimientos de contratación administrativa no son concursos que han de ser abiertos a todo el mercado de manera irrestricta y por encima de las necesidades concretas que tiene cada entidad licitante; ello llevaría no solo al caos comparativo de ofertas que son diametralmente diferentes y por lo tanto incomparables, sino principalmente a un fuerte riesgo de afectación a la satisfacción de las necesidades públicas. En otros términos, la libre concurrencia y la igualdad de trato no han de ser entendidas como portillos irrestrictos para todo aquel que desee concursar, sino como un punto de sano y razonable equilibrio entre las verdaderas necesidades que debe satisfacer la Administración Pública y un trato justo y equitativo a todos aquellos potenciales oferentes que sí logran contribuir adecuadamente en esa delicada labor. [...] Recuérdese que no basta con señalar las características del equipo que se está en capacidad de ofrecer y, con ese solo hecho, “fundamentar” el recurso. De frente al cartel de licitación, es preciso señalar los motivos por los cuales se estima existen cláusulas que en forma arbitraria limitan la participación. La Administración expone sus necesidades y, son los eventuales oferentes los que deben ajustarse a ellas, no a la inversa, sea, no es la entidad licitante la que debe ajustar el cartel a los bienes que ofrecen determinados proveedores.”* (Resolución R-DAGJ-685-2005 de las 12:15 horas del 13 de octubre de 2005). No obstante lo señalado, sí se hace necesario advertir que deberá tener claro esa Municipalidad si tiene la capacidad de retirar 1163 toneladas métricas de mezcla asfáltica y los 54 estañones de emulsión asfáltica, en el supuesto que el oferente que resulte adjudicatario cotice como plazo de entrega un día hábil. Si bien en el punto 14 del cartel se indica, en cuanto al plazo de entrega: *“Será preferiblemente inmediata, entendida ésta como la entrega de los bienes adjudicados dentro de los siguientes quince días hábiles a partir de la fecha de recibo, por cualquier medio,*

de la orden de compra...” es lo cierto que también en el sistema de evaluación se valora el “menor plazo ofrecido”, de donde podría presentarse el supuesto de ofertar un día hábil como plazo de entrega. Así las cosas, siendo que el cartel debe ser un instrumento claro y, sobre todo, que venga a plasmar adecuadamente las necesidades de la Administración, deberá esa Municipalidad valorar si debe establecer un plazo de entrega mínimo que deben observar todos los oferentes, el cual será fijado tomando en consideración la capacidad municipal para hacer los acarreo correspondientes. **3) Sistema de evaluación. Punto 2.2.C “Presencia en el mercado nacional”:** solicita el recurrente que se elimine esta cláusula del sistema de evaluación y que se asigne el puntaje a otros factores de más importancia como puede ser el precio y la calidad. Indica que los oferentes elaboran mezcla asfáltica bajo las mismas condiciones y los mismos insumos que suministra RECOPE. Por su parte, la Administración indica que es importante evaluar la presencia del oferente en el mercado, dado que no solo tiene la relación con la fabricación de la mezcla asfáltica sino como un respaldo adicional a la Administración, en cuanto a la estabilidad y posicionamiento de la empresa en el mercado, lo cual no solo dará mayor garantía durante el proceso de ejecución sino que va a tener menor posibilidad de contratiempos a causa de faltar recursos, materiales y/o problemas internos de la misma. **Criterio para resolver:** El recurso de objeción ha sido dispuesto en nuestro ordenamiento como el remedio para remover obstáculos injustificados o arbitrarios a la libertad de participación; en aras de respetar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato donde los potenciales oferentes coadyuvan con la Administración en la formulación y depuración del pliego de condiciones. No obstante, las razones que brinda la Administración en defensa de las condiciones y requerimientos señalados en el cartel son importantes, pues es ella quien en principio conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el respectivo concurso, y en virtud de esos requerimientos establece las diversas cláusulas en los pliegos cartelarios, desde luego sustentada en parámetros técnicos o jurídicos, tratando así de satisfacer, en última instancia interés público. Delimitado lo anterior, tenemos que la Municipalidad de Alvarado no está de acuerdo en eliminar este porcentaje del factor “presencia en el mercado” ya que considera que: *“...el contratista **debe** garantizar la calidad del material ofrecido, consideramos importante evaluar el aspecto de la presencia en el mercado porque no solo tiene relación con la fabricación de la mezcla asfáltica, sino como un requisito adicional [...] estabilidad y posicionamiento mismo de la empresa [...] dé mayor garantía que durante el proceso de ejecución vamos a tener menor posibilidad de contratiempos a causa de falta de recursos, materiales y/o problemas internos de la misma...”*, razones que se estiman razonables

para no eliminar este rubro del sistema de evaluación, aunado al hecho que, como ya fue indicado, la Administración goza de facultades discrecionales para conformar el sistema de calificación y en el tanto éste no sea desproporcionado, lo cual no ha sido acreditado por el objetante, éste debe mantenerse según lo indicado por la entidad licitante. Así las cosas, lo procedente es declarar sin lugar la objeción en este aparte; **4) Sistema evaluación. Punto 2.2 D “Ubicación de la planta productora de mezcla”:** solicita el recurrente que se ajuste el porcentaje de este renglón en forma proporcional y justa, a efecto que algunos oferentes no se aprovechen, ya que en nada beneficia al interés público, dado que otorgar una puntuación de 30% a la distancia o ubicación de la planta productora de mezcla se encuentra desproporcionado. La Administración rechaza modificar el porcentaje de 30% a este factor de evaluación e indica que si es mayor el recorrido que realiza la maquinaria durante el acarreo de la mezcla asfáltica la temperatura del material disminuye. Además, expone que dependiendo de la hora de apertura y entrega del producto en boca de planta, influirá en la hora de inicio de labores por parte de los choferes del plantel municipal lo que significa que a mayor distancia más temprano tendrán que iniciar labores y, para efectos de consideración hacia la parte humana y al costo/beneficio para satisfacer el interés público y de la Administración. **Criterio para resolver:** En su respuesta a la audiencia concedida, la Administración señala que al contar con *“recursos muy limitados para ejecutar proyectos [...] implica en nuestro caso hacer obras por administración y reducir el gasto, por ende se incluye el acarreo que implica: gasto de combustible, gastos de aceites y lubricantes, llantas, pago de horas extras de Operarios y cuadrillas de colocación, calidad [...] en la medida que podamos disminuir y/o mejorar estos gastos y condiciones siempre la beneficiada será la Administración Pública [...] a mayor distancia más temprano tendrán que iniciar labores, lo cual para efectos de consideración hacia la parte humana y al costo por concepto de horas extras es válido analizar y considerar ...”* Siendo que lo expuesto por la Administración resulta razonable, aunado al hecho que nuevamente se está en presencia del sistema de calificación el cual no se observa desproporcionado, se impone declarar sin lugar este extremo del recurso. Es necesario indicar que la Administración no es la llamada a adaptar los pliegos de condiciones a los intereses de los oferentes sino más bien éstos son los que deben adecuarse a las necesidades plasmadas en los carteles por la entidad licitante, esto por cuanto se parte de que los requerimientos cartelarios son los que van a satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. Al respecto, el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Quinta, en la sentencia No. 80-2011 del 25 de abril del 2011 señaló: *“Los principios de libre competencia y de igualdad no*

conllevan la afectación de la eficiencia y la eficacia, por lo que participan y cuentan con un interés legítimos, quienes pueden cumplir con las condiciones del objeto pretendido. Quien no logra cumplir, sin lugar a duda, no se encuentra en posibilidad de adquirir la categoría de oferente elegible, pues no puede obligarse a la Administración a que pide menos de lo que necesita para satisfacer el servicio público que debe brindar, para que más oferentes participen aunque no sea el producto que realmente necesita.” -----

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, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 170 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa **se resuelve: Declarar sin lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa Asfaltos CBZ, S. A., en contra el cartel de la Licitación Pública 2011LN-000001-01, promovida por la Municipalidad de Alvarado para la compra de mezcla asfáltica y emulsión asfáltica para mantenimiento de caminos del cantón de Alvarado.-----

NOTIFIQUESE. -----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

MCHA/ymu

NN: 08767 (DCA-2375-2011)

NI: 15230, 15361, 15541

G: 2011002074-1