

R-DCA-212-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas con cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil dieciséis.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **Zusammen Engineering & Consulting S. A**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000001-01**, promovida por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo de la Vertiente Atlántica para la “Compra de un remolcador marino nuevo”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Zusammen Engineering & Consulting S. A el veintitrés de febrero del dos mil dieciséis presentó recurso de objeción contra el cartel de la referida Licitación Pública No. 2016LN-000001-01.-----

II. Que mediante auto de las doce horas con treinta y dos minutos del veintiséis de febrero del dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. PPL-062-2016 del primero de marzo del dos mil dieciséis.-----

III. Que esta resolución se emite dentro del plazo fijado en el ordenamiento jurídico, habiéndose observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo. Respecto a la fundamentación. El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”* Al respecto, este Despacho en la resolución No. R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, señaló: ***“La Administración Licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por tanto es, la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y***

atendiendo al interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. (...) el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. Lo anterior, tomando en consideración que como resultado del fin público que en principio, persiguen los actos administrativos, estos se presumen dictados en apego al ordenamiento jurídico. Derivado de lo expuesto, cada pliego de condiciones se entiende circunscrito a los principios de contratación administrativa, y en general al ordenamiento jurídico. No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego íntegro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la posibilidad a los sujetos particulares de desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. (Destacado es propio) De frente a lo anterior, esta Contraloría General analizará el recurso y declarará sin lugar aquellos aspectos carentes de fundamentación, para lo cual servirá de sustento y motivación lo antes indicado. **a) Sobre el inciso 10.2 del cartel. La empresa objetante señala que en el cartel se indica que el plazo máximo de entrega será de 12 meses, la cual se establece como una condición de cumplimiento obligatorio. Señala que dicha indicación restringe la participación de oferentes y agrega que se ha**

consultado a fabricantes de remolcadores similares al que se pretende comprar, e indica que el plazo promedio para la construcción de una embarcación como la solicitada es de alrededor de dieciocho meses. Indica que sólo el proceso de diseño y aprobación de planos que exige el cartel requeriría de tres a cuatro meses. Aporta documentación adjunta. Por otro lado, expone que la entrega en doce meses de un remolcador como el que se solicita se puede lograr si ya se cuenta con el proyecto y planos aprobados, o si se tiene construida la mayor parte del remolcador, además indica que esto sólo lo podría cumplir la empresa DamenShiryard. La Administración manifiesta que requiere adquirir un remolcador lo más pronto posible, a fin de satisfacer la demanda operativa de buques con dimensiones específicas. Así, expone que las normas internacionales exigen que los remolcadores presenten, por un tema de seguridad, las mejores condiciones posibles para que se puede realizar el servicio en forma eficiente. Señala que no contar con el bien en el menor tiempo traería pérdidas económicas a los diferentes sectores que dependen de ese tipo de mercadería. Manifiesta que por su experiencia, han adquirido remolcadores con condiciones que se ajusten a su infraestructura y necesidades, de lo cual desprende que algunos de los astilleros que han participado en anteriores procesos son: Astilleros Ardón S. A con plazo de entrega de 12 meses, Domen Shipyard con un plazo de entrega de 30 semanas (7.5 meses), Astilleros SANYM S. A. con un plazo de entrega de 36 semanas (9 meses), y Astilleros ZAMAKONA S. A con un plazo de entrega de 14 meses. Considera que el plazo solicitado se encuentra dentro de los parámetros normales de mercado. **Criterio de la División.** De frente a lo expuesto, el objetante expone en su recurso: *“Hemos consultado con fabricantes de remolcadores similares al que se pretende comprar, y el plazo promedio para la construcción de una embarcación como la que se solicita es de alrededor de 18 meses. Tan solo el proceso de diseño y aprobación de planos por la Sociedad de Clase que exige el cartel requiere de 3 a 4 meses. Se adjunta la opinión y curriculum vitae de la empresa Servicios Navales e Industriales, empresa fabricante de remolcadores anexo 2./ La entrega en 12 meses de un remolcador como el solicitado solo se puede lograr si ya se cuenta con el proyecto y los planos aprobados por la Sociedad de Clase, o bien se tiene construida la mayor parte del remolcador.”* (folio 04 del expediente del recurso de objeción) Y en la nota fechada 22 de febrero del presente año, el Director General de la empresa Servicios Navales e Industriales S.A de C.V, indica: *“En relación con su consulta sobre el tiempo requerido para la fabricación de un*

remolcador de máximo 29 metros de eslora, tiro a la bita adelante, con fuerza igual o mayor a 50 toneladas métricas; tripulación mínima de 6 personas; velocidad mínima a máxima potencia de 12 nudos (12 millas náuticas / hora), con diseño y fabricación del remolcador aprobada y certificada por una Sociedad Clasificadora, me permito informar a usted, que el tiempo requerido sería de aproximadamente 18 meses, distribuidos se muestra en el cronograma adjunto.” (folio 14 del expediente del recurso de objeción). De frente a lo anterior es de interés resaltar, conforme lo desarrollado en el apartado sobre la fundamentación en la presente resolución, que corresponde al objetante aportar prueba que acredite que lo requerido resulta ser contrario a la ciencia, la técnica, a los principios o al ordenamiento jurídico. En el presente caso, el objetante remite copia de una carta emitida por una empresa que construye el objeto licitado, pero no obstante, es de resaltar que dicha carta lo único que evidencia es que esa empresa para proporcionar el objeto duraría el plazo de dieciocho meses, no pudiéndose extrapolar de ello que sea el plazo necesario para su construcción. Adicionalmente, cobra relevancia que la Administración señala: *“Algunos de los astilleros que han participado en anteriores procesos son: a- Astilleros Ardon SA con plazo de entrega de 12 meses./ b- Domen Shipyard con plazo de entrega de 30 semanas (7.5 meses)/ c- Astilleros SANYM SA con pazo (sic) de entrega de 36 semanas (9 meses)/ d- Astilleros ZAMAKONA SA con plazo de entrega de 14 meses.”* (folio 61 del expediente del recurso de objeción). Así las cosas, no se llega a acreditar que la norma cuestionada exceda los límites de la discrecionalidad administrativa. Por otra parte, el fijar el plazo cuestionado encuentra su razón de ser en el indicado por la Administración, la cual señala: *“En este momento JAPDEVA se encuentra alquilando un remolcador para atender estas necesidades mencionadas anteriormente, por esto es urgente para la prestación del servicio recomendado a esta Administración, y por ende la satisfacción del interés público, contar a la mayor brevedad posible con un remolcador de uso portuario. La intención en forma transparente, es que con estas condiciones y plazos de entrega participen la mayor cantidad de oferentes que puedan cumplir con la urgente necesidad que tenemos”* (folio 61 del expediente del recurso de objeción). Así las cosas, se declara sin lugar este aspecto del recurso. **b) Sobre el inciso 17.2 del cartel.** La objetante manifiesta que en el punto 17.2 del pliego de condiciones, se indican unas características que debe reunir el bien, y que respecto a la eslora se solicita con un máximo de 29 metros. Señala que no existe razón para que se limite la longitud de eslora,

lo cual limita la participación de otros concursantes. Agrega que la empresa DamenShipyards cuenta con remolcadores de eslora máxima de 29 metros, para entrega inmediata. Acompaña además opinión técnica. La Administración indica que la eslora obedece a las recomendaciones técnicas emitidas por los prácticos del puerto, los cuales cuentan con más de 20 años de experiencia realizando maniobras de atraque como desatraque de buques que han venido creciendo en dimensiones. Expone que las áreas de maniobra cerca de los puertos de atraque tienen restricciones que limitan la maniobrabilidad del equipo, y manifiesta que técnicamente, para una mayor maniobrabilidad dentro de la dársena en donde operan los remolcadores, cuenta con 160 metros de ancho y 600 metros de largo, donde los buques deben de transitar junto a otros barcos que se encuentran atracados en los muelles. Así, expone que un remolcador que supere los 29 metros de eslora aumenta el riesgo de colisiones, además de aumentar el costo de adquisición, operación y mantenimiento durante la vida útil. Es a esto por lo que se solicita que las características del remolcador deba ser ASD, que es un diseño moderno, de alta maniobrabilidad y esloras no mayores a 29 metros, para atender las actividades portuarias de empuje y remolque de los barcos. Concluye que por las particularidades de las instalaciones de la Administración no se recomienda que los remolcadores superen los 29 metros de eslora, lo cual obedece a la potestad discrecional con que cuenta la Administración para determinar sus necesidades. **Criterio de la División.** En relación con lo expuesto, en la prueba aportada por el recurrente, fechada veintitrés de febrero del presente año, se indica: *“En respuestaa (sic) su amable consulta a mi persona sobre la limitación de la eslora la fabricación de un remolcador, me permito hacer a usted los siguientes comentarios:/ 1) Los factores de diseño tales como eslora, calado, manga, puntual, potencia, capacidad de pasajeros, capacidad de tiro deben de ser analizados de manera integral y enfocados a cumplir los requisitos de servicio del remolcador que se pretende fabricar; en otras palabras, **los factores de diseño son un traje a la medida de las necesidades de servicio del remolcador y de su presupuesto.**/ No es necesario fijar la eslora máxima de una embarcación en 29 metros para obtener 50 toneladas de tiro a la bita, alojar máximo 6 pasajeros, alcanzar una velocidad mínima a máxima potencia de 12 nudos, **ya que dichos parámetros se pueden alcanzar con una embarcación con eslora mayor o menor de 29 metros.**”* (Destacado es propio) (folio 24 del expediente del recurso de objeción) De frente a esto,

conviene destacar lo indicado por la entidad licitante: ***“Técnicamente para una mayor maniobrabilidad dentro de la dársena en donde operan estos remolcadores cuenta con 160 metros de ancho y 600 metros de largo donde los buques deben de estar transitando junto a otros barcos que se encuentran atracados en los muelles, en ocasiones con condiciones climatológicas adversas, por lo que un remolcador que supere los 29 metros de eslora aumenta el riesgo de colisiones. Además, aumentaría significativamente los costos de adquisición, operación y mantenimiento durante su vida útil.”*** (Destacado es propio) (folio 62 del expediente del recurso de objeción). Del criterio aportado por el objetante, se observa que en él se consigna que los factores de diseño obedecen a las necesidades del remolcador y su presupuesto, pudiendo ser incluso la eslora mayor o menor a la requerida por la Administración. Ante esto, según lo expone la Administración, su necesidad de delimitar la eslora lo que pretende es evitar colisiones entre los barcos. Considerando lo anterior, estima este Despacho que existe una justificación técnica que justifica el mantenimiento del extremo objetado, ya que no se logra demostrar que lo requerido contraría los límites de la discrecionalidad administrativa. Por lo tanto, lo procedente es declarar sin lugar este extremo del recurso. **c) Sobre el inciso 17.27 del cartel.** La objetante expone que sólo dos o tres astilleros en el mundo podrían acreditar la fabricación de un remolcador cada año durante cinco años, entre ellas señala a la empresa Damen Shipyard. La Administración indica que los equipos para las jornadas de trabajo deben estar a disposición 24 horas al día y 364 días al año, por lo que se requiere que los equipos cuenten con las mayores características que ayuden a solucionar las necesidades de atención de buques, por esto requiere que la empresa que supla tenga la suficiente experiencia para que se garantice la operacionalidad del equipo en tiempo, de ahí que la importancia de la experiencia en construcción naval esté relacionada con la forma de conocimiento o habilidad adquirida en el tiempo con una serie de embarcaciones construidas y ajustadas a la necesidad del armador. Así, estima que un astillero que tenga experiencia con ciertos modelos de gestión, pretende obtener la mayor participación posible, señalando que una producción inferior atentaría contra la actualización tecnológica del astillero en el tiempo, lo que considera no garantizar la calidad del producto final. **Criterio de la División.** Según se ha expuesto, la Administración es la que mejor conoce su necesidad, de ahí que en el pliego de condiciones ésta debe reflejarla, evitando caer en consideraciones que limiten

arbitrariamente la participación de los potenciales oferentes. De frente a esto, es de notar que la Administración respecto al requisito de experiencia en el punto 17.27, procura asegurarse la calidad en el producto que recibirá, e incluso es de notar que el mismo objetante reconoce que otras empresas pueden cumplir con el requisito. De ahí que es importante resaltar que no se trata que la Administración se ajuste a los requerimientos o posibilidades del oferente, por el contrario, es el oferente quien se debe ajustar a la necesidad de la Administración. Ante esto, siendo que existe una justificación atendible por la que la Administración establece el requisito de experiencia, y que el mismo objetante hace ver que existen oferentes que cumplirían con ese requisito, al no llegarse a demostrar que se excedan los límites de la discrecionalidad según lo preceptuado en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, se procede a declarar sin lugar este aspecto del recurso. **Consideración de oficio.** Se insta a la Administración para que realice un análisis del cartel, particularmente respecto al punto 17.2.3 “Vibración”, ya que se incorpora una pregunta en la cláusula, sin tener claro este Despacho si tal cuestionamiento es propio de la cláusula.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 16 de la Ley General de la Administración Pública, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 170 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso interpuesto por la empresa **Zusammen Engineering & Consulting S. A**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-000001-01**, promovida por la Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo de la Vertiente Atlántica para la “Compra de un remolcador marino nuevo”. **2)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Fernando Madrigal Morera
Fiscalizador

FMM/ksa
NI: 5494, 6368, 6435,
NN: 03244 (DCA-0631-2016)
G: 2016001191-1