

R-DCA-938-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa

San José, a las catorce horas veinticuatro minutos del veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **MAQUINARIA Y TRACTORES LIMITADA** en contra del acto final del procedimiento de **Licitación Abreviada No. 2016LA-000020-0058700001**, promovida por el **CONSEJO DE SEGURIDAD VIAL (COSEVI)**, para la “Adquisición de camión para transporte pesado con una araña incluida con capacidad de transporte de hasta 7 vehículos”. -----

RESULTANDO

I. Que la empresa Maquinaria y Tractores Limitada presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitaciones de referencia, el 28 de setiembre del presente año. -----

II. Que esta División solicitó el respectivo expediente administrativo a la Administración, mediante auto de las catorce horas con veinte minutos del treinta de setiembre de dos mil dieciséis. -----

III. Que por medio del auto de las siete horas con cincuenta minutos del siete de octubre del presente año, se confirió audiencia inicial a la Administración para que se refiriera por escrito a los argumentos de la empresa recurrente. -----

IV. Que mediante el auto de las nueve horas con dos minutos del treinta y uno de octubre del año en curso, se concede audiencia final de conclusiones a las partes. -----

V. Que en los procedimientos se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Para el dictado de la presente resolución, a partir de la información que consta en el expediente digital tramitado a través de la plataforma del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), a cuya documentación se tiene acceso ingresando a la dirección electrónica <http://www.sicop.go.cr>, pestaña expediente electrónico, digitando el número de procedimiento, e ingresando a la descripción del procedimiento de referencia, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el COSEVI promovió la Licitación Abreviada No. 2016LA-000020-0058700001, para la “Adquisición de camión para transporte pesado con una araña incluida con capacidad de transporte de hasta 7 vehículos” (ver [2. Información de Cartel] / 22016LA-000020-0058700001 [Versión Actual]/ Detalles del Concurso del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP). **2)**

Que según la información que se extrae del SICOP, se presentaron únicamente dos ofertas al concurso, a saber: Autostar Vehículos Sociedad Anónima, por un monto de \$244.500,00 (doscientos cuarenta y cuatro mil quinientos dólares exactos) y Maquinaria y Tractores limitada, por un monto de \$268.400,00 (doscientos sesenta y ocho mil cuatrocientos dólares exactos) (ver [3. Acto de Apertura] / Apertura finalizada / ingresando en “Consultar” / Resultado de la apertura del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP). **3)** Que en su oferta la empresa Autostar Vehículos Sociedad Anónima en cuanto al plazo de entrega menciona lo siguiente: “(...) *1.6 Plazo de entrega: El plazo de entrega máximo será de 150 días hábiles (...)*”. (ver [3. Acto de Apertura] / Apertura finalizada / ingresando en “Consultar” / Resultado de la apertura / 2016LA-000020-0058700001-Partida 1-Oferta 1 AUTOSTAR VEHICULOS SOCIEDAD ANONIMA / Documento adjunto 1 / Auto-Oferta araña COSEVI completa.pdf del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP, página dos del documento). **4)** Que en su oferta la empresa Maquinaria y Tractores Limitada en cuanto al plazo de entrega estipuló lo siguiente: “(...) *1.7. (...) Entendemos, aceptamos y cumplimos para la presente licitación se ofrece un plazo de entrega desglosado de la siguiente manera: / 1. Plazo de entrega para el trámite de exoneración ante el Departamento de Proveeduría del COSEVI: 10 días hábiles. / 2. Plazo de entrega efectiva del bien: 120 días hábiles (...)*” (ver [3. Acto de Apertura] / Apertura finalizada / ingresando en “Consultar” / Resultado de la apertura / 2016LA-000020-0058700001-Partida 1-Oferta 2 MAQUINARIA Y TRACTORES LIMITADA / Documento adjunto 9 / No.1 Anexo 1 (oferta) / ANEXO 1.pdf del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP, página tres del documento). **5)** Que en la Minuta No. 31-2016 de las 8:30 horas del 14 de setiembre del 2016, mediante la cual se emite la recomendación final, la Comisión de Licitaciones determina en relación con la Licitación Abreviada No. 2016LA-000020-0058700001 “Adquisición de camión para transporte pesado con una araña incluida con capacidad de transporte de hasta 7 vehículos” lo siguiente: “(...) *1-) Del resultado del estudio legal de fecha 01 de setiembre del 2016, practicado a las ofertas, realizado por el Lic. Carlos Rivas Fernández, recibido por medio del sistema MER LINK respecto a la licitación de marras, en lo que interesa indica, que una vez analizadas las ofertas sometidas a concurso para esta Licitación, se desprende lo siguiente: / AUTOSTAR VEHICULOS SOCIEDAD ANONIMA; / El cartel digital en este concurso, establece un plazo de entrega máximo de 30 días hábiles. / Este oferente cotiza para tal efecto un plazo máximo de 150 días hábiles, lo que contraviene*

abiertamente el pliego de condiciones y hace la oferta inadmisibles, no siendo tampoco objeto de enmienda dicho yerro. / MAQUINARIA Y TRACTORES LIMITADA; / El cartel digital en este concurso, establece un plazo de entrega máximo de 30 días hábiles. / Este oferente cotiza para tal efecto un plazo máximo de 120 días hábiles, lo que contraviene abiertamente el pliego de condiciones y hace la oferta inadmisibles, no siendo tampoco objeto de enmienda dicho yerro (...). Finalmente, en el mismo documento se concluye que: “(...) 4-) *La Comisión Permanente de Licitaciones acuerda: Acoger el informe legal, el informe técnico y el análisis de la Unidad de Licitaciones y se recomienda declarar Infructuoso el proceso licitatorio, al no haber ofertas admisibles y valorar la posibilidad de sacar nuevamente a concurso (...)*” (ver [4. Información de Adjudicación] / Recomendación de adjudicación / ingresando en “Consultar” / Informe de recomendación de adjudicación / [Archivo adjunto] / No.1 / Minuta N° 31-2016 / Minuta N° 31-2016.pdf del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP). **6)** Que de acuerdo con el oficio JD-2016-0477 del 20 de setiembre del presente año, se comunica el acuerdo de Junta Directiva tomado mediante Artículo III, Sesión Ordinaria No. 2856-2016 del 19 de setiembre del año en curso, en el que se resolvió: “(...) *Declarar desierto el concurso de la Licitación Abreviada 2016LA-000020-0058700001 “Adquisición de camión para transporte pesado con una araña incluida con capacidad de transporte de hasta 7 vehículos” y se instruye a la Administración para promover un nuevo concurso (...)*” (ver [4. Información de Adjudicación] / Acto de adjudicación / ingresando en “Consultar” / Acto de adjudicación / [Archivo adjunto] / No. 1 JD-2016-0477 / JD-2016-0477 2856-iii.pdf del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP). -----

II. Sobre la legitimación y fondo del recurso. Sobre el incumplimiento atribuido a la empresa apelante. En cuanto a la legitimación de la empresa recurrente, se debe señalar que ésta resultó excluida del procedimiento de contratación y el único incumplimiento alegado en contra de su oferta, es precisamente el que se discute dentro del recurso bajo estudio. A su vez, se trata de un procedimiento de contratación que no resultó adjudicado, por lo que en caso de resultar elegible la propuesta del recurrente, esta se podría ver beneficiada con un eventual acto de adjudicación. Así las cosas, al estar directamente relacionadas en este caso, tanto la legitimación con el fondo, en virtud de los argumentos que se discuten, se procede a resolver sobre ambos en el presente apartado de la resolución. **La empresa apelante** alega que su recurso se refiere a dos temas. Uno de ellos relacionado con la intrascendencia del supuesto vicio que generó su exclusión y en segundo lugar, la satisfacción del interés público. Manifiesta

que la Administración excluyó su oferta señalando que el plazo de entrega ofrecido, de 120 días hábiles, es superior al plazo de entrega máximo definido en el cartel en 30 días hábiles. Considera que el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, señala claramente que en caso de duda siempre se debe favorecer la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación. En este caso consideran que para la debida satisfacción del interés público, consideran esencial realizar una lectura a favor de la conservación de las ofertas presentadas. Reiteran que en virtud del principio de eficiencia y del principio de conservación de las ofertas, debe considerarse lo que establece el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, según el cual se dice que: “(...) *Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta (...)*”. De tal forma, que señala que no todo incumplimiento genera una exclusión. Agrega que la inelegibilidad de una plica se determina sólo, cuando en el expediente administrativo haya prueba suficiente para determinar que el oferente incurrió en un incumplimiento que frustra la satisfacción del interés público. Añade que ninguna de las ofertas presentadas cumple con dicho requisito, por resultar irracional. Adicionalmente, menciona que si en el mercado no existe ninguna propuesta que pueda ajustarse al plazo de entrega que pretende el COSEVI, no tiene sentido volver a promover un nuevo procedimiento de compra. Por lo que indica que si en un nuevo procedimiento y se admite un plazo de entrega mayor, se estaría confirmando que se trata de un requerimiento que no es trascendental. Señala que al haberse declarado desierto el procedimiento, no se podría degradar el procedimiento ordinario, por lo que debería tramitarse un nuevo procedimiento de contratación. De ahí que se recibiría el bien en un plazo más corto si se adjudica el presente procedimiento de contratación. **La Administración** por su parte responde que el cartel estableció un plazo de entrega de 30 días hábiles, como condición invariable. Por su parte, los dos oferentes del procedimiento de contratación ofrecieron 120 días hábiles (el apelante) y 150 días hábiles (Autostar), por lo que ambos ofertaron un plazo de entrega superior al mínimo dispuesto en el cartel. Agregan que dicho plazo no fue objetado en su momento. Manifiesta que el hecho que dos empresas hayan cotizado un plazo de entrega mayor al mínimo indicado en el cartel, no quiere decir que el mercado resulte imposible cumplir en ese plazo y tampoco se presenta documentación que así lo demuestre. Señala que no se trata de un aspecto sin importancia que carezca de sustancia y que sea subsanable, puesto que el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación

Administrativa dispone que el plazo de entrega es un elemento sustancial de la oferta. **Criterio de la División.** Como lo ha indicado este órgano contralor en otras oportunidades, el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece el cartel se constituye como el reglamento específico de la contratación. De esa manera, es en este instrumento en el que se fijan las reglas bajo las cuales, va a desarrollarse la contratación. Dentro del pliego de condiciones, en relación con el plazo de entrega establece que el plazo máximo de entrega es de 30 días hábiles (ver [2. Información de Cartel] / 22016LA-000020-0058700001 [Versión Actual]/ Detalles del Concurso / [11. Información de bien, servicio u obra] / Detalle de línea / ingresar a "Consultar" / [Entrega] / Plazo máximo de entrega / 30 días hábiles / del expediente digital de la licitación en el sistema electrónico de compras públicas SICOP). De tal forma que en tesis de principio, las ofertas debían ajustarse a ese plazo máximo fijado en el pliego de condiciones, considerando que así se consolidó el cartel, sin que se presentara recurso alguno en contra de este requerimiento cartelario. Lo anterior, en un escenario normal. Sin embargo, debe tenerse presente que el objetivo último de todo procedimiento de contratación es la satisfacción del interés público. Así se desprende incluso del artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa, en la que se dispone que: *"(...) Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación (...)"*. De tal forma, que en cada caso particular la interpretación de las normas debe circunscribirse a las circunstancias particular que rodean la situación jurídica de la que se trate. En el escenario actual en el que se encuentra el procedimiento de contratación de marras, se tiene que en el concurso promovido por parte del COSEVI (hecho probado No.1) se presentaron únicamente dos ofertas (hecho probado No.2) que corresponden a las empresas Autostar y Maquinarias y Tractores Limitada. Dichas empresas en su oferta establecieron plazos de entrega que superan el plazo máximo de entrega establecido en el pliego de

condiciones (hechos probados No. 3 y 4). Con lo cual el procedimiento de contratación se encuentra carente de ofertas “limpias” totalmente libre de vicios en relación con la redacción cartelaria, tal y como quedó consolidado el pliego de condiciones. No obstante, antes de proceder a decantarse apresuradamente por la primera solución que la situación descrita ameritaría, de acuerdo a un análisis precipitado de la normativa aplicable, que sería la declaratoria de infructuosidad del procedimiento, es necesario analizar dos aspectos puntuales, con antelación. En primer lugar, debe tenerse claro, que efectivamente no todo vicio de la oferta amerita la exclusión del procedimiento de contratación. Por el contrario, más bien el régimen jurídico en materia de contratación pública requiere que antes de proceder a declarar la inelegibilidad de una oferta, se deba realizar un análisis con respecto a la trascendencia del incumplimiento del que se trate. Y en segundo lugar, se debe considerar además que en el presente caso, nos encontramos ante un escenario en el que la totalidad de los oferentes en el procedimiento de contratación presentan un mismo incumplimiento, con lo cual, no existirían en principio ofertas elegibles. Ahora bien, antes de analizar estos dos elementos, es preciso dejar claro, que este órgano contralor no tiene dudas con respecto a la existencia en este caso, de un incumplimiento de parte de los dos oferentes que sometieron su oferta a concurso, de frente a la literalidad del cartel. Puesto que resulta más que evidente que al haber ofertado la empresa recurrente un plazo de entrega de 120 días hábiles (hecho probado No.4) y por su parte, uno de 150 días hábiles la empresa Autostar (hecho probado No.3), se está superando en demasía el plazo máximo de entrega dispuesto en el pliego de condiciones y definido por parte de la Administración como condición invariable de admisibilidad de las ofertas. Sin detrimento de lo anterior, como se adelantó existen dos aspectos que corresponde analizar. En cuanto a la trascendencia del incumplimiento, considerando que en el expediente administrativo no existe un análisis sobre el tema, ya que el documento en el cual se sustenta la decisión, no hace más que constatar que el plazo ofertado supera el del cartel (hecho probado No. 5), se procedió a requerir a la Administración que se refiriera a la trascendencia del incumplimiento, en el auto mediante el cual se otorgó la audiencia inicial con ocasión de la admisión del recurso para su conocimiento en el fondo. Al revisar la respuesta brindada por parte de la Administración a dicha audiencia, se echa de menos nuevamente la existencia de un análisis en virtud del cual se determine que se trata de un incumplimiento cuya trascendencia hace procedente la exclusión del recurrente. Obsérvese que el alegato de la recurrente en cuanto a este punto demanda una falta de fundamentación en cuanto a su

exclusión, en el tanto acusa una omisión en cuanto al análisis de trascendencia mencionado. Aspecto, que se tiene por comprobado, por parte de este órgano contralor considerando que ni en el expediente administrativo ni en la audiencia conferida, la Administración ha venido a referirse a la trascendencia de ese incumplimiento. Mientras que por el otro lado, el recurrente presenta una serie de argumentos a partir de los cuales podría considerarse que se trata de un requisito intrascendente en función de las implicaciones que traerían las posibles opciones con las que cuenta la Administración para actuar en el presente caso. Una de las posibles soluciones, por la que aboga precisamente el recurrente, es que se proceda a señalar que se trata de un vicio intrascendente y se proceda a adjudicar el procedimiento de contratación en comentario, en cuyo caso se obtendría el objeto contractual, pero un plazo mayor al requerido por la Administración en el pliego de condiciones. Mientras que la otra opción posible, que es por la que ha optado la Administración, implica la promoción de un nuevo procedimiento de contratación, que considerando los plazos de las distintas etapas que se requieren cumplir más el plazo de entrega para este objeto contractual, harían que la segunda opción pueda derivar en una dilatación innecesaria de la satisfacción del interés público, en el tanto se estaría obteniendo el objeto contractual en un mayor plazo que en el escenario en que se proceda a adjudicar el procedimiento de contratación recurrido. Por lo que además, debe considerarse que el vicio objeto del presente análisis se presenta en la totalidad de las ofertas sometidas a concurso, por lo que se presenta una ausencia total de ofertas libres de incumplimiento, en cuyo caso la ponderación de la trascendencia del incumplimiento adquiere una relevancia especial, partiendo que el procedimiento de contratación se tramita con el objetivo de resultar exitoso, esto es, que culmine con una adjudicación a favor de la oferta que mejor convenga a la satisfacción del interés público para que se pueda iniciar la fase de ejecución. No debe perderse de vista que si bien el procedimiento de licitación resulta ser la garantía que el constituyente consideró necesario para que se respeten los principios que informan la materia de contratación pública, para una adecuada inversión de los fondos públicos involucrados y para que la adquisición de bienes y servicios se encuentre encaminada a cumplir de la forma más eficiente posible con los objetivos que se persiguen; lo cierto es que la tramitación de un procedimiento en sí, implica movilizar el aparato administrativo mediante una serie concatenada de actuaciones que por sí misma tienen un costo para la Administración. Con base en esta consideración, es precisamente que han incluido dentro del ordenamiento jurídico algunas normas que obligan al operador jurídico a prevalecer el fondo sobre la forma, a

privilegiar la conservación de los actos y las ofertas, entre otros, con el fin de sacar el máximo provecho del procedimiento de contratación y consecuencia, que esa movilización del aparato administrativo no sea realizada en vano. Con respecto al análisis de la trascendencia, este órgano contralor se ha referido entre otras, en la resolución No. RC-834-2002 de las once horas del once de diciembre de dos mil dos, se la cual se mencionó que: *“(...) a la luz de la jurisprudencia reiterada de esta Contraloría General debe analizarse la trascendencia del incumplimiento, a efectos de determinar si amerita o no la exclusión de cualquier participante que omita esos requisitos, pues ya hemos indicado que no se trata de cualquier incumplimiento sino de aquellos que por su trascendencia no permiten ajustar a la oferta al interés público (RSL-71-97 de las 14:00 horas del 2 de abril de 1997 y RC-507-2002, de las 10:00 horas del 6 de agosto de 2002), o bien que lesionan los principios aplicables a la materia (...)”*. En consecuencia, ante la ausencia del análisis de la Administración con respecto a la trascendencia del incumplimiento atribuido a las ofertas presentadas al concurso, y conociendo los argumentos que al respecto presenta la empresa apelante, se procede a **declarar con lugar** el recurso de apelación incoado y se anula el acto final del procedimiento de contratación dictado por parte de la Administración. Corresponde además advertir que el acto final dictado por parte de la Administración y que se procede a anular mediante la presente resolución, presentaba un vicio adicional que resulta oportuno advertir, puesto que parecía que deriva de una inadecuada comprensión de los términos. Se observa que en la recomendación de final del procedimiento de contratación, se recomienda declarar infructuoso el procedimiento de contratación (hecho probado No. 5). Pero al momento de dictar el acto final del procedimiento, se procede a declarar desierto el procedimiento de contratación, sin que se incluya un mayor análisis con respecto a las razones por las cuales se declara desierto el procedimiento y no infructuosos como se había propuesto en la recomendación final y como se disponía en los criterios visibles en el expediente administrativo. Al respecto, se debe mencionar que reglamentariamente se ha establecido en el artículo 86 que un procedimiento de contratación puede ser declarado infructuoso en aquellos casos en los que no se hayan presentado ofertas o las que se presentaron no se ajustan a los elementos esenciales del concurso, justificando los incumplimientos correspondientes. Por otra parte, el procedimiento de contratación podrá ser declarado desierto cuando existan razones de protección al interés público que así lo ameriten. En este segundo caso, la Administración debe motivar adecuadamente el acto, haciendo expresas las razones de interés público específicas que la llevaron a tomar tal

determinación y deberá incluir esa motivación en el expediente administrativo. De esa forma, no solo se echan de menos esas razones de interés público sino que adicionalmente, los estudios técnicos y recomendaciones en las que se ampara el acto final, establecen expresamente que la propuesta se dirigía a declarar infructuoso el procedimiento, por lo que existe una incongruencia entre los estudios técnicos y el acto final dictado. Claro está, que al momento de dictar el acto final del procedimiento, la instancia competente se encuentra en posibilidad de apartarse de lo dispuesto en los estudios técnicos y recomendaciones que consten en el expediente administrativo, pero en ese caso, deberá dejar constancia de las razones con base en las cuales se aparta de los criterios rendidos. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 84, y 88 de la Ley de Contratación Administrativa; 164,174, 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR CON LUGAR, el recurso de apelación interpuesto por la empresa MAQUINARIA Y TRACTORES LIMITADA en contra del acto final del procedimiento de Licitación Abreviada No. 2016LA-000020-0058700001, promovida por el CONSEJO DE SEGURIDAD VIAL (COSEVI), para la "Adquisición de camión para transporte pesado con una araña incluida con capacidad de transporte de hasta 7 vehículos". 2) Se anula el acto final del procedimiento dictado por parte del COSEVI en el procedimiento de Licitación Abreviada No. 2016LA-000020-0058700001. 3) Se da por agotada la vía administrativa. -----**

NOTIFIQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y redacción: Alfredo Aguilar Arguedas.

AAA/chc
NN: 15383 (DCA-2919)
NI: 25928, 28148, 30195, 30491, 30606
Ci: Archivo central
G: 2016003283-2