

R-DCA-0288-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas diecisiete minutos de nueve de mayo del dos mil diecisiete.-----

Recursos de apelación interpuestos por las empresas **CRAISA S.A. y COMERCIAL DE POTENCIA Y MAQUINARIA S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2017LA-0000001-01** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ** para la *“Adquisición de motoniveladora para uso en caminos Municipales ”*, acto recaído a favor de la empresa **MAQUINARIA INTENSUS DE COSTA RICA S.A.**, por un monto de \$236.000,00 (doscientos treinta y seis mil dólares exactos).-----

RESULTANDO

I.- Que en fecha veinticuatro de abril del dos mil diecisiete, las empresas Craisa S.A. y Comercial de Potencia y Maquinaria S.A., presentaron ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación abreviada referida.-----

II.- Que mediante auto de las trece horas del veintisiete de abril del dos mil diecisiete, esta División solicitó a la Municipalidad de Aserrí el expediente administrativo de la mencionada licitación, requerimiento que fue atendido mediante los oficios Nos. SMA-0538-04-17 del 26 de abril y MA-0431-2017 del 2 de mayo del 2017.-----

III.- Que en la tramitación del presente asunto se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS. Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Municipalidad de Aserrí promovió la Licitación Abreviada No. 2017LA-0000001-01 para la Adquisición de motoniveladora para uso en caminos municipales, de conformidad con los términos del cartel (folios 024-001 del expediente administrativo), su primera modificación (folios 049-048 del expediente administrativo) y las respectivas invitaciones a los potenciales oferentes (folios 036-025 del expediente administrativo). **2)** Que de conformidad con el Acta de Apertura de las nueve horas del tres de marzo del dos mil diecisiete, al concurso se presentaron las siguientes ofertas: Oferta No. 1 Maquinaria Intensus de Costa Rica S.A., Oferta No. 2 CRAISA S.A., Oferta No. 3 Maquinaria y Tractores Ltda. y Oferta No. 4 Comercial de Potencia y Maquinaria S.A. (MPC), (folios 0309-0306 del expediente administrativo). **3)** Que mediante Acuerdo Municipal No. 02-049, Artículo segundo, emitido por el Concejo Municipal de Aserrí, en la Sesión Ordinaria No. 49 del tres de

abril del dos mil diecisiete, se acordó adjudicar la Licitación Abreviada No. 2017LA-000001-01 a la empresa Maquinaria Intensus de Costa Rica S.A. por un monto de \$236.000,00 (folios 0367-0364). **4)** Que en el Estudio de Ofertas realizado por la Municipalidad de Aserri, en relación con la oferta presentada por la empresa Comercial de Potencia y Maquinaria S.A. (MPC), se indicó: *“OFERTA #4 / EMPRESA MPC / INCUMPLE CON LOS SIGUIENTES ASPECTOS REQUERIDOS EN EL CARTEL. / A) CONDICIONA LA OFERTA CON UNA GARANTÍA DEL FABRICANTE DEL EQUIPO MENOR A LA REQUERIDA- SOO (sic) 12 MESES DE 36 SOLICITADOS. / B) CONDICIONA EL PRECIO OFERTADO CON EL HECHO DE NO COTIZAR EL EQUIPO CON RIPPER TRES PICOS Y OPCIONALMENTE LOS DOS PICOS ADICIONALES./ C) EL MODELO OFERTADO 672G LO INDICAN CON UNA POTENCIA DE 150KW-160KW CON EL MOTOR TIER II- SIN EMBARGO LA FICHA TECNICA DEL FABRICANTE JOHN DEERE (pág.20) SEÑALA PARA EL MOTOR 672G TIER II UNA POTENCIA DE SOLO 138 KW Y EL CARTEL REQUIRIÓ MINIMO 150 KW.../...”* (folio 346 del expediente administrativo). **5)** Que la empresa Comercial de Potencia y Maquinaria S.A. (MPC), indicó en su oferta: *“ i) Que el equipo ofertado cuenta con una garantía por un periodo de 36 meses para todos los componentes, libre de condición alguna (ni kilómetros recorridos, ni horas de funcionamiento, y así lo hace consignar expresamente el fabricante, entendemos y aceptamos que no se permitirá delegadas en el oferente SOLO SE PERMITIRAN GARANTÍAS DEL EQUIPO, OTORGADAS DIRECTAMENTE POR EL FABRICANTE, refiriéndose expresamente al concurso y al modelo ofertado.”* (folio 0299 del expediente administrativo). **6)** Que la empresa Comercial de Potencia y Maquinaria S.A. aportó con la oferta el Anexo 4 denominado Certificación del Fabricante, documento de fecha 2 de marzo del 2017, suscrito por Jonathan Spedlove, Gerente de Territorio, mediante el cual John Deere Constrution & Forestry Company, entre otros aspectos, indicó lo siguiente: *“La máquina marca John Deere ofrecida en esta licitación cuenta con una garantía estándar de 1 año en equipo completo sin límites de horas, contando a partir de la fecha de entrega al comprador. El alcance y limitaciones de esta garantía están descritos en el Formulario de Garantía y Entrega para Productos John Deere de Construcción. / MPC está autorizado para ampliar la cobertura de esta garantía mediante la adquisición de programas de garantía extendida. De ser así, estos términos serán explícitamente incluidos en la oferta respectiva, y se apegarán a las políticas descritas en nuestro Manual de Administración de Servicio y de Garantía Secure y Secure Extended, lo anterior permite a MPC a otorgar las garantías solicitadas en este cartel de licitación. (...)”* (folios 251-250 del expediente administrativo).-----

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO PRESENTADO POR LA EMPRESA COMERCIAL DE POTENCIA Y MAQUINARIA S.A. 1) Sobre la legitimación del recurrente.

El artículo 184 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa indica que: “*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.*”, normativa que impone realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar la procedencia o no del estudio de los argumentos en que el apelante apoya su recurso. Por su parte, el artículo 188 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa nos dice, que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta entre otras razones, cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso, debiendo entonces acreditar en el recurso, su aptitud para resultar adjudicatario. En otras palabras, ese mejor derecho no es otra cosa que el deber de ese recurrente, de demostrar cómo de frente a las reglas que rigen el concurso, su propuesta resultaría elegida al momento de anularse la adjudicación impugnada, debiendo entonces demostrarse en el recurso, la aptitud para resultar adjudicatario, lo que obliga desde luego no sólo a fundamentar cada uno de los argumentos que exprese en contra de la adjudicación del concurso sino que además, debe demostrar cómo en caso de prosperar su impugnación, su oferta resultaría eventualmente elegible y seleccionada. En el caso que nos ocupa, señala la apelante que su oferta fue indebidamente excluida del concurso por incumplir tres aspectos cartelarios, a saber: el precio condicionado, periodo de garantía del fabricante, potencia del motor, a los cuales se refiere puntualmente. a) Precio condicionado. Señala que la Municipalidad alega que el cartel solicita que se debía cotizar adicionalmente en forma obligatoria un RIPPER con cinco picos, sin embargo mediante una modificación realizada al cartel (la de las 14:10 horas del 22 de febrero del 2017) que textualmente indica: “*tres picos (grandes) instalados como mínimo o cinco picos con ancho de cobertura no menor de 2050 cm, con profundidad de corte no menor a 310 mm*”, al respecto indica que la modificación realizada, modificó sustancialmente el requisito eliminando la obligatoriedad de cotizar opcionalmente RIPPER con cinco picos, por lo cual quedó sin efecto. Considera además que toda cotización opcional no es vinculante para la Administración al momento de realizar la comparación de ofertas, pues lo que priva es el precio base ofertado, razón por la cual no se puede alegar como incumplimiento de dicho requisito, pues el cartel había sido modificado, de manera que la exclusión de su oferta por este concepto, es absolutamente nula.

b) Período de garantía del fabricante. Señala que la Administración le indicó que su representada no cumplió con el período mínimo de garantía exigido en el cartel (36 meses), lo cual es absolutamente incorrecto, pues su oferta expresamente señala que ofrece un plazo de garantía de 36 meses, ello aunado al hecho de que en la certificación del fabricante que se aportó con la oferta y se aporta nuevamente con el recurso, se le otorga plena potestad a MPC para otorgar un plazo de garantía mayor al del mismo fabricante, entonces a partir de esta potestad su empresa ofertó los 36 meses, razón por la cual su exclusión por este motivo es absolutamente nula. c) Potencia del motor. Señala la apelante que la Municipalidad indicó en el estudio de ofertas que el modelo ofertado por su representada no cumple con la potencia que solicita el cartel, sobre lo cual se indicó: *“El modelo ofertado 672G lo indican con una potencia de 150KW-160KW con el motor TIER II -sin embargo la ficha técnica del fabricante John Deere señala para el motor 672G TIER II una potencia de solo 138 KW y el cartel requirió mínimo 150KW”*. Al respecto, señala que la indicación es totalmente incorrecta pues su equipo cumple a cabalidad con la potencia de los 150hp que solicita el cartel, pues el cartel solicita una potencia mínima de 150 hp, pero no indica si es potencia neta o bruta, su motoniveladora cuenta con un motor de caballaje variable como se aprecia en la ficha técnica, lo cual implica que la potencia de los 150hp la cumple en tercera velocidad, aspecto que técnicamente no ha sido analizado por la Administración, razón por la cual su exclusión por este aspecto es totalmente nula. **Criterio de la División.** La Municipalidad de Aserrí, promovió la presente licitación abreviada con el objetivo de adquirir una motoniveladora para uso de caminos municipales (hecho probado 1) , procedimiento al que presentaron oferta las empresas apelantes CRAISA S.A. y Comercial de Potencia y Maquinaria S.A. (hecho probado 2), resultando adjudicada la oferta presentada por la empresa Maquinaria Intensus de Costa Rica S.A., por un monto de \$236.000,00 (hecho probado 3) acto el cual se recurre en este procedimiento. Al respecto, se tiene que **la recurrente** Comercial de Potencia y Maquinaria S.A., manifiesta que su oferta fue indebidamente excluida del concurso, por supuestos incumplimientos que la Administración le imputa en relación con tres aspectos puntuales: primero que la garantía brindada sobre el equipo fue otorgada por un plazo menor al que solicitó el cartel; segundo, que su precio es condicionado pues no cotizó el equipo con los picos adicionales y tercero, que el motor del equipo no cumple con la potencia mínima que solicitó el cartel, aspectos que viene a debatir con en el recurso de apelación para acreditar su elegibilidad. Al respecto, textualmente en el

estudio de ofertas que realizó la Municipalidad se indicó en relación con su oferta, lo siguiente:

“OFERTA #4 / EMPRESA MPC / INCUMPLE CON LOS SIGUIENTES ASPECTOS REQUERIDOS EN EL CARTEL. / A) CONDICIONA LA OFERTA CON UNA GARANTÍA DEL FABRICANTE DEL EQUIPO MENOR A LA REQUERIDA- SOO (sic) 12 MESES DE 36 SOLICITADOS. / B) CONDICIONA EL PRECIO OFERTADO CON EL HECHO DE NO COTIZAR EL EQUIPO CON RIPPER TRES PICOS Y OPCIONALMENTE LOS DOS PICOS ADICIONALES./ C) EL MODELO OFERTADO 672G LO INDICAN CON UNA POTENCIA DE 150KW-160KW CON EL MOTOR TIER II- SIN EMBARGO LA FICHA TECNICA DEL FABRICANTE JOHN DEERE (pág.20) SEÑALA PARA EL MOTOR 672G TIER II UNA POTENCIA DE SOLO 138 KW Y EL CARTEL REQUIRIÓ MINIMO 150 KW.../...” (lo subrayado no es del original, hecho probado 4). Si bien es cierto la empresa recurrente hace un desarrollo de cada uno de los aspectos imputados como incumplimientos en contra su oferta en el análisis que realizó la Municipalidad de Aserri, como parte del ejercicio para acreditar su elegibilidad en el concurso, esta División destaca principalmente el primer señalamiento en relación con los términos en que se rindió la garantía sobre el equipo ofertado, en este sentido el cartel dispuso en el Apartado Certificación de Fábrica lo siguiente: *“La oferta debe contener una certificación original del fabricante del equipo ofertado, (MOTONIVELADORA) en idioma español con registro notarial en el país de su emisión, (no requiere consularización) que indique expresamente como mínimo (lo abajo solicitado) .../... i) Que el equipo ofertado, cuente con una garantía de 36 meses, para todos los componentes, libre de condición alguna (kilómetros recorridos, ni horas de funcionamiento) y así se deberá de consignar por el fabricante (...).”* (folio 0016 del expediente administrativo). Al respecto, señala la recurrente que en su oferta se indicó expresamente que se otorga una garantía sobre los equipos de 36 meses tal como lo solicitó el cartel, ello de conformidad con la potestad que le otorga el fabricante de otorgar un plazo mayor al que se indicó en la certificación del fabricante, razón por la cual cumple con el requisito. Al respecto, consta en la oferta que la recurrente indicó expresamente que el equipo ofertado cuenta con una garantía por un periodo de 36 meses para todos los componentes y libre de condiciones (hecho probado 5), así como también se indicó en la certificación del fabricante aportada en la oferta (misma que aporta con el recurso) que la empresa MPC está autorizada para ampliar la cobertura de esta garantía, sin embargo expresamente en dicha certificación textualmente también se indicó: *“La máquina marca John Deere ofrecida en esta licitación cuenta con una garantía estándar de 1 año en equipo completo sin límites de horas, contando a partir de la fecha de entrega al comprador. El alcance y limitaciones de esta garantía están descritos en el Formulario de Garantía y Entrega para Productos John Deere de Construcción. / MPC está autorizado para ampliar la cobertura de esta garantía mediante la adquisición*

de programas de garantía extendida. (...)” (lo subrayado no es del original, hecho probado 6), de lo cual observa esta División que ciertamente se desprende de lo citado que la garantía que otorga el fabricante es de 1 año a partir de la fecha de entrega del equipo al comprador, condición que no cumple con lo solicitado en el cartel, que como ya vimos solicitó una garantía de 36 meses. No obstante, también es cierto que del documento citado se desprende que la empresa recurrente se encuentra facultada por el fabricante para ampliar los términos de la garantía (hecho probado 6), razón por la cual entiende esta División que se consignó en la oferta el plazo de 36 meses, pero esta facultad que le otorga el fabricante a su distribuidor exclusivo en Costa Rica, no implica una total libertad de disposición al rendir la garantía sobre el equipo, sino que expresamente lo condiciona a que se adquiriera un “programa de garantía extendida”, tal como se indicó en la misma certificación del fabricante cuanto se indicó: “MPC está autorizado para ampliar la cobertura de esta garantía mediante la adquisición de programas de garantía extendida.” (lo subrayado no es del original, hecho probado 6), condición que se echa de menos en el recurso y en la oferta, pues no ha sido acreditado hasta el momento por parte del recurrente que, cuenta con el “programa de garantía extendida” que se menciona, ni se ha aportado ninguna documentación que permita validar los términos manifestados por el oferente, sobre las circunstancias en las cuales se está brindando el respaldo por los 36 meses que pide el cartel, de conformidad con las mismas condiciones que indica el fabricante en la certificación. De igual forma la certificación del fabricante aportada se refiere a que respetarán las políticas descritas en el Manual de Administración de Servicio y de Garantía Secure y Secure Extended (hecho probado 6), sobre lo cual tampoco se aporta documentación alguna o se desarrolla en el recurso cómo se cumplen estos requisitos. Por esta razón considera esa División que no ha logrado el recurrente fundamentar adecuadamente este aspecto, que inevitablemente afecta su elegibilidad en el concurso, pues resulta primordial a la luz de la normativa previamente señalada, que como parte de su legitimación para recurrir el acto, es necesario acreditar que su oferta es elegible, abordando cada uno de los aspectos señalados como incumplimientos de manera fundamentada y con prueba suficiente para que bajo este supuesto, demuestre que supera la oferta adjudicada y pueda hacerse acreedor de una eventual adjudicación a su favor. De la misma manera, en este caso no se deja de lado que la empresa recurrente cuestiona una serie de aspectos técnicos de la oferta presentada por la adjudicataria, sin embargo al no acreditar adecuadamente la elegibilidad de su oferta, mantiene la condición de inelegible, razón

por la cual no logra acreditar un mejor derecho a la adjudicación. En este sentido, por las razones expuestas el recurso de apelación interpuesto por la empresa Comercial de Potencia y Maquinaria S.A., **se rechaza de plano por improcedencia manifiesta.**-----

III.- SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO PRESENTADO POR LA EMPRESA CRAISA S.A. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa, el numeral 190 del Reglamento a dicha Ley y por acuerdo del órgano colegiado se admite para su trámite el recurso interpuesto y se confiere AUDIENCIA INICIAL, por el improrrogable plazo de CINCO DÍAS HÁBILES contados a partir del día siguiente a la notificación del presente auto, a la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ** y a la empresa **MAQUINARIA INTENSUS DE COSTA RICA S.A.** para que manifiesten por escrito lo que a bien tengan, con respecto a los alegatos formulados por la empresa recurrente en el escrito de interposición y del mismo modo, para que aporten u ofrezcan las pruebas que estimen oportunas y señalen medio para recibir notificaciones. Para efectos de la contestación del presente recurso, se remite copia del recurso presentado visible a folios 01 al 21 del expediente de apelación, **mas no se adjunta copia** de los anexos del recurso que constan a folios 22 a 58 del expediente de apelación, ello de conformidad con el artículo No. 9 del Reglamento de Notificaciones de los productos que emite la División de Contratación Administrativa (resolución No. R-DC-113-2012 de las nueve horas del cuatro de octubre de dos mil once), de esa manera se pone a disposición de las partes el expediente de apelación para su respectiva consulta, mismo que se custodia en la División de Contratación Administrativa, en el horario hábil de esta Contraloría General de la República. Asimismo, se le informa a la **ADMINISTRACIÓN** que puede presentarse a retirar el expediente administrativo físico del concurso recurrido para lo correspondiente a la contestación del recurso incoado, sin embargo con su respuesta a la presente audiencia deberá remitir nuevamente a esta Contraloría General el expediente administrativo del concurso. Además, deberá la Administración remitir a este órgano contralor, las piezas o documentos relacionados con este concurso que se reciban con posterioridad al nuevo envío del expediente, para que formen parte de éste.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 174 y siguientes, 188 inciso b) y 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1)**

Rechazar de plano por improcedencia manifiesta el recurso de apelación interpuesto por la empresa **COMERCIAL DE POTENCIA Y MAQUINARIA S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2017LA-0000001-01** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ** para la *“Adquisición de motoniveladora para uso en caminos Municipales ”*, acto recaído a favor de la empresa **MAQUINARIA INTENSUS DE COSTA RICA S.A.** 2) **ADMITIR**, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa y el numeral 190 del Reglamento a dicha Ley, el recurso de apelación interpuesto por las empresa **CRAISA S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2017LA-0000001-01** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ASERRÍ** para la *“Adquisición de motoniveladora para uso en caminos Municipales ”*, acto recaído a favor de la empresa **MAQUINARIA INTENSUS DE COSTA RICA S.A.** 3) Se da por agotada la vía administrativa.----
NOTIFÍQUESE. -----

Allan Roberto Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Rebeca Bejarano Ramírez, Fiscalizadora

RBR/ chc
 NI:9791, 9852,10077, 10074, 10648.
 Ci: Archivo central
 NN: 05171 (DCA-0940)
 G: 2017001666-1