

R-DCA-0302-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas cuarenta y ocho minutos del dieciséis de mayo del dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **Maquinaria y Tractores Limitada (MATRA)**, en contra del cartel de la Contratación Directa 2017PP-000001-01, promovida por la Municipalidad de Puriscal, para la compra de maquinaria para la gestión vial de la Municipalidad.-----

RESULTANDO

I. Que la firma **Maquinaria y Tractores Limitada**, presentó en fecha dos de mayo de dos mil diecisiete, recurso de objeción en contra del cartel de referencia.-----

II. Que mediante auto de las once horas diez minutos de cuatro de mayo de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficios AM-2017-257 del cinco de mayo de dos mil diecisiete, PPM-E-2017-005 y PPM-E-2017-006, recibidos en fecha nueve y diez de mayo respectivamente.-----

III. Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.-Sobre la competencia de la Contraloría General de la República para conocer del recurso en el presente caso: Mediante oficio No. 16920 (DCA-3162) del 19 de diciembre de 2016, este órgano contralor autorizó a la Municipalidad licitante a efectuar una contratación directa concursada para la compra de maquinaria, para la atención de caminos del cantón. Dentro de las condiciones bajo las cuales se autorizó dicho concurso se indicó en lo que interesa: *“contra el cartel del concurso podrá interponerse recurso de objeción ante esta Contraloría General”*. Siendo ello así, y en vista que este órgano contralor expresamente mantuvo la competencia para conocer del régimen recursivo derivado de dicha contratación por excepción que fue autorizada, se procede al análisis respectivo de cada uno de los alegatos expuestos por el recurrente.-----

II.-Sobre el fondo del recurso de objeción. 1). Sobre la Cláusula penal. Señala **el objetante**, que conforme con el apartado 17.1 del Capítulo I Condiciones Generales, se indica que el contratista deberá cancelar por cláusula penal un 1% por cada semana o fracción de semana de atraso, hasta un máximo de 25%del valor adjudicado. Además, dispone que el valor porcentual de la sanción será como máximo el 20% del contrato. Agrega, que la Sección I

Condiciones Generales, correspondiente al Capítulo II, denominado Condiciones Particulares y Requerimientos Técnicos, incorpora el ítem 12 e indica, que la Municipalidad rebajará al adjudicatario por cada día calendario de atraso, una cantidad equivalente al 6% del valor total adjudicado, hasta un máximo del 25%. Indica, que las disposiciones no guardan congruencia entre ellas, lo cual genera un estado de inseguridad, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior impide saber con certeza cuál es el porcentaje de sanción. Agrega, que una sanción de un 6% del valor total adjudicado por cada día natural de atraso en la entrega, deviene en una sanción desproporcionada e irracional, que carece de toda justificación técnica y por ende se convierte en una transgresión a lo regulado en el artículo 16 de la ley General de Administración Pública. Indica que no existe un análisis técnico que obedezca a un ejercicio de lógica jurídica. Menciona que atenta contra el principio de libre concurrencia, al convertirse en una limitación a la posibilidad de participar pues es incierto cuál es el criterio que prevalecerá. De allí, que solicita que se declare la improcedencia de lo establecido en el ítem 12 de la Sección I Condiciones Generales, Capítulo II, Condiciones Particulares y Requerimientos Técnicos. **La Administración** señala que lleva razón el objetante respecto a la duplicidad de sanciones. De allí que se suprimirá el ítem 12, Sección Primera, Condiciones Generales, Capítulo II, cláusula penal. Señala, que se mantiene la cláusula penal del apartado 17.1 del Capítulo I Condiciones Generales, aclarándose que la cláusula penal consta de un uno por ciento por cada semana o fracción de semana de atraso, hasta un máximo del 25% del valor adjudicado. **Criterio de la División:** De conformidad con el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cartel “...*Deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar*”. De allí que la Administración debe procurar efectuar un pliego cartelario con normas claras para todas las partes y que no generen confusión o interpretación alguna, en aras de la seguridad jurídica. En el caso bajo estudio, el cartel estipuló 2 apartados de cláusula penal: en las cláusulas 17.1 y 17.2 del Capítulo I Condiciones Generales y artículo 12 de las Condiciones Particulares y Requerimientos Técnicos, Capítulo II, sección I Condiciones Generales. Efectivamente, dichas regulaciones son diferentes, y de mantenerse ambas se atentaría contra los principios de contratación administrativa, principalmente la seguridad jurídica y transparencia. No obstante, la Administración al atender la audiencia especial, señaló que debe suprimirse la regulación del ítem 12 y mantenerse lo regulado en el punto 17.1. Así las cosas, en vista que la Municipalidad

ha reconocido la incongruencia existente y manifestado su intención de eliminar una de las dos cláusulas, se **declara con lugar** este punto del recurso. Siendo que la Administración es quien más conoce sus necesidades, queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa entidad las razones que motivan cuál cláusula es la que debe eliminarse. Dicha modificación deberá indicarse expresamente en el cartel, y comunicarse por los medios correspondientes a los potenciales oferentes. Ahora bien, véase que la cláusula 17.2 del Capítulo I Condiciones Generales, también regula lo referente a la cláusula penal. En la misma se dispone que el valor porcentual de la sanción será como máximo el 20% del monto del contrato. Sin embargo, la 17.1 hace referencia a un valor máximo del 25% del valor adjudicado. En vista que las mismas mantienen otra contradicción y que la Municipalidad manifestó su deseo de mantener la 17.1, que es un 1% por cada semana o fracción de semana de atraso, hasta un máximo de 25% adjudicado, se hace necesario que esa Administración ajuste la regulación para evitar contradicciones e interpretaciones. Por lo que se debe hacer esa modificación y comunicarla por los medios que corresponden. **2) Sobre las Dimensiones del retroexcavador. El objetante** no comparte lo regulado en el punto de la Sección II, Especificaciones técnicas del Cartel, que dispone un retroexcavador con cabina cerrada y aire acondicionado, una profundidad de excavación mínima de 4.650mm y una altura de carga, para carga de camiones mínimo de 3.950mm. Indica, que de mantenerse esas especificaciones se excluye su participación, por lo que solicita modificar un rango de tolerancia de un +-15% y así tener un mayor volumen de ofertas. **La Administración** señala que fija las condiciones de acuerdo a sus necesidades y no de acuerdo a los intereses de la empresa. Indica, que la cotidianidad y experiencia han conducido a considerar que la profundidad establecida en ese apartado permite ejecutar muchos de los proyectos, contando con un rango de operación adecuado para la atención y solución de las necesidades sobrevenidas y propias de este tipo de trabajo. Indica, que de la experiencia y la práctica, la Administración no estima conveniente reducir el rango como lo solicita el objetante, ya que se requiere un equipo como la mayor capacidad. Expresa que junto a su recurso, aporta la ficha técnica del cargador retroexcavador que distribuye MATRA Limitada, que corresponde al 430F2/430F2 IT, la cual supera las dimensiones establecidas en el cartel y por el contrario la objetante no señala cual es el modelo y altura que pretende ofrecer. Manifiesta, que el disminuir o modificar la profundidad de excavación y la altura de la carga para camiones, se limitaría la capacidad de ejecución de la Administración para las obras que desarrolla en la red vial cantonal. Disminuir los parámetros a los solicitados es muy

desproporcionado, las especificaciones son las utilizadas de un retroexcavador y es donde un equipo como el que se pretende adquirir brinda su máximo desempeño y rendimiento. **Criterio de la División:** La Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo deben ser satisfechas. Sin embargo, el objetante cuestiona la profundidad de excavación mínima y altura de carga, para carga de camiones mínimo. De esta forma, manifiesta que de mantenerse las mismas no podría participar. Sobre el particular, resulta importante tener presente lo dispuesto en el numeral 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) el cual señala que *“...El recurso deberá presentarse con la prueba que 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. Además debe 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”*. En relación con lo anterior, esta Contraloría ha señalado que *“(...) De manera que, mediante la interposición de este recurso, los potenciales oferentes ayudan a la Administración en la formulación y depuración del pliego de condiciones; por ello son de importancia las razones que la Administración indique en defensa de las condiciones y requerimientos, pues es ella quién, en principio, conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el concurso que promueve, para lo que ha fijado el diverso clausulado cartelario, que debe contar con un adecuado sustento técnico y jurídico para que no devengan en arbitrarios. No obstante, esta posibilidad prevista por el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa debe ejercerse en forma sustentada, pues quién afirma posee la carga de la prueba. Al respecto ha indicado este Despacho que: “...por el contrario, el recurrente se limita a indicar las características de su equipo, sin dar mayor detalle. Al respecto, en resolución R-DAGJ-13-2004 de 8:30 horas del 14 de enero del 2004, señalamos lo siguiente: “... ha de reiterarse la naturaleza que tienen tanto el cartel como el recurso de objeción al cartel. Se presume que la función administrativa del Estado tiene un fin público y que por lo tanto sus actos (en este caso los carteles de una licitación) se presumen dictados apegados al ordenamiento jurídico y básicamente como instrumento de satisfacción de los intereses generales. De tal suerte que cada cartel lleva implícita la presunción de apego a los principios de la contratación administrativa y del resto del ordenamiento jurídico, siempre partiendo de la supremacía del interés general sobre cualquier otro. Sin embargo, es claro que no siempre las actuaciones administrativas son tan objetivas y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que sujetos particulares puedan impugnarlas con el afán de desvirtuar esa presunción, labor que, tal como se indicó líneas atrás, no es simple ya que 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. En la práctica ese equilibrio, así como la justicia y equidad que ha de perseguir el ordenamiento jurídico se logra mediante la incorporación únicamente de cláusulas limitativas (o más bien delimitativas) que tengan el adecuado sustento técnico, legal y financiero pero concomitantemente mediante la posibilidad de revisar esas cláusulas, en aras de la adecuada satisfacción del interés general e igualmente mediante argumentos objetivamente fundamentados, que permitan el estudio del cartel no solo desde la perspectiva de los intereses particulares, sino primordialmente desde la óptica de la función social o colectiva que persigue el Estado.” Lo anterior aplica al caso concreto y lleva a rechazar el recurso por carecer de la fundamentación adecuada que venga a demostrar las razones por las cuales se limita la participación del recurrente. 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). De esa forma, no existe un derecho a objetar sino en forma sustentada, indicando no solo las limitaciones a la participación sino también fundamentando apropiadamente tales aseveraciones, esto es, aportando la prueba pertinente que acredite las diversas afirmaciones que se hagan en el recurso(...)” (ver Resolución R-DAGJ-005 del 3 de enero del 2006). En el caso particular, el disconforme se ha limitado a señalar que dichas dimensiones no las cumple, y solicita una tolerancia de +-15. No obstante, no demuestra técnicamente que su empresa no pueda cumplir o cómo se limita su participación. No indica qué modelo es el que ofrece y cómo el mismo podría cumplir la necesidad institucional. En la especie, lo que pretende es que la Administración se ajuste a su

interés y no a la inversa. Sobre este tema, debe observarse que la Administración goza de plena discrecionalidad en la definición de las características del objeto contractual, de manera tal que de frente a un recurso de objeción, corresponde al objetante demostrar como en ese caso particular, la Administración se ha excedido en su poder discrecional afectando a potenciales oferentes, ya sea por medio de un cartel con características tan específicas que solo un limitado grupo de proveedores puedan cumplir afectando a otros o inclusive, que por el tipo de requerimientos, ningún proveedor se encuentre en posibilidad de cumplir. En estos casos resulta vital que el objetante razone con argumentos claros y desarrollados y cuando corresponda, aportando la prueba respectiva, no solo porqué la cláusula resulta lesiva de principios de contratación sino además, cómo en un caso como el que nos ocupa, el equipo que ofrecería (que no identifica en su recurso) podría satisfacer de igual manera la necesidad pública, o al menos ese rango de +-15 que propone, no causaría ninguna afectación a ese interés, aspectos estos, que no han sido desarrollados en su recurso. Incluso véase que la Administración al contestar la audiencia especial hace referencia a un modelo de la firma objetante, la retroexcavadora 430F2/430F2 IT, que cumpliría con los parámetros establecidos en el pliego cartelario, por lo que siendo que el punto objetado carece de una adecuada fundamentación procede su **rechazo de plano.**

3) Sobre el Sistema de Evaluación. Punto 14.2.1. Preferencias técnicas. Indica la objetante que de mantenerse las especificaciones técnicas que son calificadas como una preferencia técnica sin serlo, y que sólo cumple la marca John Deere con su modelo 410L, dándole 19 puntos de 20 de preferencias en un equipo estándar, coloca en desventaja a su representada y demás marcas del mercado. Manifiesta que de los 20 puntos, la empresa Comercial de Potencia y Maquinaria S. A., ya tiene 19 puntos, lo cual es una ventaja indebida. Por su parte la Administración señala que la inyección de combustible controlada electrónicamente es de suma importancia, ya que brinda mejor control del consumo de combustible, así como el disponible en el tanque, posibilitando controlar los costos de operación, aspecto fundamental. La objetante no señala qué sistema de inyección ofrece, la marca y modelo, o de qué manera esta especificación limita su participación. Con respecto a la fuerza de excavación del brazo, señala que la empresa objetante puede ofrecer el modelo 430F2 de la marca Caterpillar que cuenta con una fuerza de excavación del brazo de 10.067lbs-pie, aspecto que cumple y supera la preferencia técnica solicitada. La disconforme no indica qué modelo y cuál es la fuerza de excavación del brazo que pretende ofrecer. En relación con el cilindro del cucharón igual o superior a 15.700 lbs, reitera que MATRA puede ofrecer el

modelo 430F2 de la marca Caterpillar el cual cuenta con una fuerza de cilindro del cucharón de 16.156lbs, aspecto que cumple y supera la preferencia solicitada. Señala, que por su parte la disconforme no menciona qué modelo y cuál fuerza de cilindro de cucharón pretende ofrecer. En relación con el bloqueo automático en los dos ejes, la Administración indica que es fundamental, por cuanto los retroexcavadores al contar con bloqueo en los dos ejes posibilita la obtención de la máxima tracción y es a partir de ahí, donde actúa las 4 ruedas motrices. El contar sólo con un bloqueo en un eje, por ejemplo el trasero, sólo se contaría con una tracción parcial o en tres ruedas, lo cual para las condiciones de terreno y topografía con las que cuenta el cantón, es contraproducente, máxime en época de invierno. De allí que se pretende que el equipo cuente con tracción en las 4 ruedas, es decir bloqueo en ambos ejes, ya sea de tipo hidráulico o automático. Manifiesta, que la empresa objetante no indica el sistema de bloqueo que ofrece, o si el sistema que cuenta la marca Caterpillar es superior al solicitado. Agrega, que sobre este punto, la firma Auto Star Vehículos S. A. presentó una solicitud de aclaración.

Criterio de la División: En relación con este punto, se objeta un aspecto de evaluación, el cual entra dentro del marco discrecional de la Administración, y siendo que es un aspecto de evaluación, no limitaría la participación de potenciales oferentes. Ahora bien, el disconforme ha mencionado que al darse el porcentaje de 20% genera una ventaja indebida respecto de su empresa y otras, ya que sólo una marca cumple, sea John Deere con su modelo 410L. Si bien dicha empresa remite el broshure de ese modelo, para demostrar que los parámetros cartelarios los cumple ese equipo (folios 21-25 del expediente de objeción), no remite prueba alguna que haga constatar que en el mercado efectivamente sólo ese cumpla dichos parámetros, y que evidencie dicha ventaja indebida. Incluso véase que la Administración al contestar la audiencia especial, señaló un modelo que la oferta disconforme puede ofertar. El objetante no menciona en su recurso, el modelo que pretende ofertar, y si bien presenta un broshure del modelo Cat 420F2/420F2 IT, ello tampoco resulta suficiente para asumir lo anterior y respaldar su disconformidad. Siendo que el punto cuestionado carece de la debida fundamentación, procede **rechazar de plano** este punto del recurso. No obstante, siendo que la sumatoria de cada uno de los porcentajes asignados a las preferencias técnicas supera el 20%, y que la Administración ha señalado que procederá a modificarlo, queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa entidad efectuar el respectivo cambio y comunicarlo por los medios que correspondan, así como cualquier otro que se haya dado por aclaraciones ante la propia Administración. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 34 y 37.3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 de su Reglamento, **se resuelve:1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **Maquinaria y Tractores Limitada, MATRA** en contra del cartel de la Contratación Directa 2017PP-000001-01, promovida por la Municipalidad de Puriscal, para la compra de maquinaria para la gestión vial de la Municipalidad. **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.** -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Lucía GólcherBeirute
Fiscalizadora

LGB/egm
NI: 10678, 10762, 11138, 11174, 11226, 11294, 11326, 11374
NN: 05467 (DCA-0976-2017)
Ci: Archivo central
G: 2017001721