

R-DCA-0993-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas cuarenta y seis minutos del veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuestos por **DATA CONCEPT CR GROUP S. A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2017LN-000007-0006000001**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para la “Contratación de servicios de una empresa que mediante un sistema automatizado permita realizar el cobro de la tasa de peaje en las estaciones ubicadas en las carreteras Florencio del Castillo (Tres Ríos) Ruta Nacional N° 2 y Braulio Carrillo (Zurquí) Ruta Nacional N° 32”.-----

RESULTANDO

I. Que el pasado seis de noviembre, la empresa Data Concept CR Group S.A., interpuso recurso de objeción ante esta Contraloría General de la República en contra del cartel de la Licitación Pública N° 2017LN-000007-0006000001.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del siete de noviembre de dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración sobre los recursos interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio PRO 13-17-1047 del diez de noviembre del presente año recibido en esta Contraloría General en esa misma fecha.-----

III. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley y se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO. RECURSO INTERPUESTO POR DATA CONCEPT CR GROUP S. A.

1) Sobre la Sección Aspectos Generales. Punto 14. Desempate. **La recurrente** cuestiona que la disposición cartelaria contraviene lo señalado por el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la Ley 8262, en cuanto a establecer puntos de desempate cuando se presentan ofertas de PYMES, situación ausente en la actual redacción del pliego de condiciones. Por lo anterior solicita declarar con lugar el recurso en este punto y ordenarse a la Administración modificar la cláusula cartelaria para establecer los factores de desempate conforme lo previsto en la normativa. **La Administración** considera que la objetante no lleva razón. Indica que efectivamente, el artículo 55 bis RLCA, establece un criterio de desempate en caso de tenerse a una competidora cuya condición sea de empresa PYME, el cual, debe ser aplicado por encima de cualquier otra disposición cartelaria. Sin embargo no estima como

errónea la cláusula cartelaria No. 14 o contraria a lo dispuesto en el artículo 55 bis RLCA, por cuanto dicho artículo en su párrafo final establece el deber de aplicar lo definido por el cartel en el caso de persistir el empate, aún después de aplicar lo pertinente cuando se tienen participantes en condición de PYME. El hecho que en el cartel ese artículo no este referenciado, no significa un desconocimiento por parte de la Administración o lo contravenga, pues al ser regulación reglamentaria, la Administración no se encuentra obligada a reiterar en el cartel todo lo regulado por el Ordenamiento Jurídico, por cuanto es una regulación de rango normativo. Alega que por la envergadura de la contratación objetada, incluso por la cuantía de la misma, no sería lo usual tener la participación de una empresa Pyme como oferente, pero tampoco el cartel restringe la participación de este tipo de empresas. Además, considera una ausencia de fundamentación por parte del recurrente en su recurso y tampoco se observa como lo anterior limita su posibilidad de participación, incluso se desconoce si esa empresa ostenta esa condición, pues la misma nunca ha sido y en el recurso de objeción se omite este argumento. Defiende la definición de la metodología de evaluación y los factores a evaluar, como parte de la discrecionalidad de la Administración. **Criterio de la División.** El cartel establece: *“14.1.- En caso de empate en la puntuación final, se procederá con la selección de la oferta que presente el menor precio. 14.2.- En caso de persistir el empate se procederá a evaluarla experiencia del oferente en la materia del objeto de esta contratación, resultando adjudicatario, la oferta que tenga mayor cantidad de años (o fracción). 14.3.- De mantenerse el empate, se realizará una rifa (sorteo) en presencia de las empresas oferentes”*. Respecto de este punto, más allá de un aspecto de fundamentación o prueba, estamos de cara a una clara disposición normativa orientada a establecer el procedimiento concreto a aplicar cuando se tiene un desempate en la evaluación de las potenciales oferentes y una o varias de ellas tienen la condición de PYME. La modificación solicitada por la recurrente, no requiere considerar su particular situación (si es PYME o no), pues trasciende el caso individual y se vuelve de aplicación general. Ante lo expuesto y siendo que la Administración procedería únicamente a referenciar lo que es de obligado cumplimiento por disposición de norma, se **declara con lugar** el recurso en este punto, con lo cual la Administración deberá modificar el cartel con el fin de incluir lo referente a la disposición del artículo 55 bis RLCA. **2) En cuanto a la Sección Aspectos Generales. Punto 19. Garantía de Cumplimiento.** La objetante señala que de acuerdo al objeto contractual, cada mes de servicio es una entrega parcial del objeto contratado, pues el mismo es recibido a satisfacción de la administración, es facturado y a la

vez es pagado y descontado del precio final del monto adjudicado. Por otro lado, de acuerdo con el punto 19.2 del cartel, ante un aumento del monto del cartel lleva consecuentemente un aumento del monto de la garantía en la proporción ahí establecida, con lo cual al ser el objeto entregable de forma periódica, también debería permitirse la devolución parcial de la garantía en relación con las entregas parciales ya recibidas a satisfacción; no obstante, considera que la forma en la cual fue redactada la cláusula 19.3.2 la hace confusa, pues el cartel remite al artículo 45 RLCA, que para efectos de entrega parcial remite a su vez a lo indicado en el cartel, por ello solicita se declare con lugar el recurso y se ordene a la Administración a aclarar el punto antes expuesto. **La Administración** rechaza lo cuestionado, pues si bien es cierto el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en el artículo 45 establece la posibilidad de regular cartelariamente la devolución parcial de la garantía de cumplimiento, debe tomarse en cuenta que en este caso se trata de una potestad discrecional de aquella, la cual se podría aceptar siempre y cuando el objeto contractual lo permita, lo cual no ocurre en este caso, en donde establecer en el pliego de condiciones esta posibilidad; pondría en riesgo la Hacienda Pública y la indemnización del contrato en el caso de un incumplimiento contractual. En este sentido, el objetivo de la garantía de cumplimiento establecido en el artículo 45 RLCA, es la de salvaguardar los intereses de la Administración. Por lo anterior, mantener en su totalidad el monto de la garantía de cumplimiento hasta el final de la contratación, implica buscar respaldarse por daños y perjuicios, como lo son la afectación en el servicio causando daños al erario público y a la imagen institucional. Considera que es un tema de protección de la Hacienda Pública, pues en el caso de un eventual incumplimiento contractual, la Administración deberá garantizar la protección del interés público durante la ejecución de toda la contratación a efectos, de no resultar afectada o bien que su afectación sea la mínima, y no provocar una afectación en su presupuesto. Concluye que en la elaboración de un pliego de condiciones, la Administración ejercita en forma amplia la actividad discrecional de que goza. **Criterio de la División.** Indica el cartel en este punto: *“19.3. Disposiciones comunes para ambas garantías. 19.3.1. La presentación de garantías deberá realizarse conforme las disposiciones y procedimientos establecidos para ello por el Sistema SICOP. 19.3.2. La devolución de las garantías se realizará según lo dispuesto en el artículo 45 del RLCA”*. En vista de tratarse de una solicitud de aclaración a la cual la Administración emite respuesta, esta División reitera lo indicado en el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en cuanto a que: *“Las aclaraciones a solicitud de parte, deberán ser presentadas ante la Administración,*

dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas y serán resueltas dentro de los cinco días hábiles siguientes a su presentación". En vista de lo anterior, esta División Contratación carece de la competencia para atender solicitudes de aclaración como la interpuesta, razón por la cual se **rechaza de plano** el recurso en este aspecto. **3) Respecto del Capítulo II. Condiciones Específicas. Punto 1. 7. La recurrente** señala que es la actual adjudicataria de la Licitación Pública 2011LN-000001-OPP00 hoy en día en ejecución, con ello, los equipos actualmente utilizados, así como la infraestructura y la tecnología empleada, son equipos con 5 o menos años de operación pero son sistemas con tecnología vigente en el mercado, además durante la ejecución contractual, han operado siempre de forma adecuada, por lo tanto, solicitar únicamente equipos nuevos es un requisito que considera atenta contra varios de los principios de la contratación administrativa como el de eficiencia, pues es evidente que limitar que todo el equipo a instalar sea nuevo, a pesar de tener el equipo actualmente instalado y operativo, atenta contra la selección de la oferta más conveniente para el interés público e institucional. Con la posibilidad de tener el equipo de la recurrente, primero se tendría un servicio ininterrumpido, además el precio a ofertar puede ser menor que si se trata de equipo totalmente nuevo, lo cual se traduce en un beneficio al interés público e institucional, además se reducen costos de mano de obra en cuanto a la instalación de los sistemas; por lo anterior, considera evidente que limitar únicamente a equipos nuevos, es todo lo contrario a un correcto uso de los recursos públicos. En cuanto al principio de eficiencia, la objetante indica que la limitante a equipo nuevo, también viene a minar este otro principio, pues fines, metas y objetivos de la administración licitante por medio de la presente contratación se pueden ver solventados con equipos actualmente en funcionamiento, con el personal del CONAVI que conoce el mismo y su funcionamiento y procurando una sana administración pues la solución requerida sería a un menor costo y de la misma calidad y tecnología. Además de todo lo anterior, considera que la limitante a participar solo con equipo nuevo, carece de un sustento técnico y parece más bien obedecer a un capricho de la Administración. Considera importante tomar en cuenta que el objeto de la contratación es la prestación del servicio y no la compra de bienes. **La Administración** rechaza lo solicitado, aclarando primeramente que lo indicado por la recurrente de ser la actual adjudicataria es parcialmente correcto, pues esta condición la tiene por ser parte de un consorcio (Data Concept Group y la empresa ETC Peajes Electrónicos). En ese sentido, la Administración no tiene certeza de a cuál de las dos empresas pertenece la totalidad de los equipos utilizados para la ejecución de la Licitación Pública No. 2011LN-0001-OPP00.

Más allá de lo anterior, alega que el recurso de objeción no puede ser concebido como una forma de ajustarse el cartel a las necesidades o intereses de la recurrente. La objeción planteada al único que beneficia es a la empresa recurrente, pues de permitirse equipo usado, y en el caso de resultar adjudicada, obtendría una ventaja indebida con respecto a todos los demás potenciales oferentes pues esta situación la colocaría en una posición privilegiada a la hora de ofertar. Aunado a lo anterior, la objetante alega que al obligarle a participar con equipo nuevo se están atentando los principios de eficacia y eficiencia, lo cual no es cierto, pues pretende utilizar un equipo instalado y en uso desde el año 2012, debiendo observarse lo señalado por Tecnologías de la Información en su oficio No.TIF-01-17-0228 del 10 de noviembre de 2017, el cual cita al Reglamento a la Ley de Impuesto sobre la renta, que fija la vida útil de los equipos de cómputo en 5 años, con lo cual de permitir esta posibilidad en los términos recurridos se expondría la Administración a utilizar un equipo en esas condiciones. Adicional a ello la Administración requiere equipo nuevo, con garantías de fábrica y con un soporte rápido e idóneo. Concluye señalando que lo solicitado por la recurrente violenta de forma clara el principio de igualdad, pues al permitir equipo usado, estaría generando una ventaja indebida en relación con los demás oferentes. **Criterio de la División.** El cartel establece para lo concerniente: *"1.7. Especificaciones de la solución Con base en la descripción del objeto de la contratación, seguidamente se detallan los requerimientos mínimos necesarios para la solución a considerar." 1.7 1 Suministro y montaje de 3 (tres) carriles de cobro de peaje manual unidireccional y 5 (cinco) carriles de cobro mixto (manual y tele peaje). Para brindar este servicio, el oferente deberá contemplar lo establecido en los apartados anteriores y proveer todos/os equipos nuevos y de tecnología vigente en el mercado, sistemas y conexiones necesarios para su adecuado funcionamiento. El sistema de cobro mediante dispositivo electrónico a implementar (sistema automático) debe garantizar la interoperabilidad con equipos y sistemas con tecnologías similares, a efecto de reconocer todos los dispositivos que operen en el país. Para la prestación del servicio a contratar, dado que pueden existir diferentes tipos de tecnologías, el adjudicatario deberá garantizar que el sistema a utilizar para brindar el servicio requerido, está tecnológicamente desarrollada utilizando una arquitectura abierta la cual permita interoperar con otras tecnologías, lo que facilitará al usuario utilizar un único TAG o 'transponder de telepeaje', a efecto de promoverla utilización de los medios automáticos de pago en las estaciones de cobro de peaje, evitando que el usuario deba adquirir varios dispositivos para transitar por las rutas donde opere dicho sistema".* Para este punto, es

necesario indicar que una objetante debe procurar utilizar el recurso de objeción como un instrumento para evidenciar la existencia de disposiciones en el cartel que establecen limitaciones gravosas que atentan contra la posibilidad de participar de una potencial oferente. En tal sentido, es primordial contar con una fundamentación adecuada para apoyar las argumentaciones de la recurrente y deben demostrar el exceso o desproporción del clausulado del pliego de condiciones. En este caso, si bien la objetante realiza el ejercicio de exponer por qué considera inviable la disposición cartelaria, es lo cierto que no se evidencia con prueba y fundamentación amplia, lo irracional de la disposición, siendo que por el contrario, la Administración tiene una razón de peso al señalar su necesidad de contar con tecnología de punta e interconectada, apoyándose en la normativa del impuesto sobre la renta para señalar el deber de contar con tecnología actual y de punta, con la cual se pueda brindar un servicio de primera categoría. Debe recordarse que se trata de fondos públicos destinados a solventar una necesidad de la población, con lo cual, no puede menos que buscarse tener los mejores equipos y bienes posibles para brindar el servicio a contratar. El hecho de estar de cara a una contratación de servicio integral (no solo los equipos), no obsta para abandonar la posibilidad de tener la tecnología más avanzada y moderna en aras del bienestar general del usuario. De igual forma, es cierto que en caso de permitirse la utilización de equipo usado, se estaría privilegiando a empresas o participantes con equipos y tecnología que podría estar desfasada, se podría incrementar injustificadamente costos cuando posteriormente se deban buscar soluciones al problema generado. Es igualmente correcta la apreciación de la Administración respecto de su potestad para definir aquellos aspectos que considere necesarios para satisfacer el interés público de la mejor manera, siendo aquella la que conoce la necesidad de mejor manera, contando con la posibilidad de definir cartelariamente los elementos con los cuales escoger la mejor oferta posible. Así las cosas, se **rechaza de plano** el recurso en este punto. **Comentario de oficio:** Más allá de lo resuelto, esta División recalca el deber de esa Administración de apoyarse en los estudios y análisis suficientes para determinar disposiciones cartelarias como la recurrida, entendiendo esta Contraloría General que cualquier disposición relacionada con exigencias de contar con tecnologías de punta o avanzadas de última generación, debe igualmente estar apoyada en un estudio o sondeo de la viabilidad de lo requerido y que además tiene sentido para el desarrollo del proceso contractual respectivo, no siendo válido establecer disposiciones abiertas sin un mayor conocimiento de las principales

aristas que están insertas en lo solicitado. Este deber de conocimiento de la Administración no se visualiza solo para el caso concreto, sino para todas las contrataciones a desarrollar.-----

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 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 de su Reglamento se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuestos por **DATA CONCEPT CR GROUP S. A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2017LN-000007-0006000001**, promovida por el **CONSEJO NACIONAL DE VIALIDAD** para la “Contratación de servicios de una empresa que mediante un sistema automatizado permita realizar el cobro de la tasa de peaje en las estaciones ubicadas en las carreteras Florencio del Castillo (Tres Ríos) Ruta Nacional N° 2 y Braulio Carrillo (Zurquí) Ruta Nacional N° 32”. **2) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFIQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado a. í.

ORIGINAL FIRMADO

Juan Manuel Delgado Martén
Fiscalizador

JMDM/apus
NI: 28436, 29146
NN: 14441 (DCA-3077-2017)
G: 2017003560-1

