

R-DCA-071-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las quince horas con treinta minutos del doce de octubre del dos mil diez. -----

Recursos de apelación interpuestos por GBM de Costa Rica, S.A. y DESCA SYS Centroamérica, S.A., en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD promovida por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal para “Compra de equipos ópticos, tarjetas de comunicaciones y switches”, recaído aquel a favor de la firma I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. por un monto de \$1.718.266.92.

RESULTANDO

I.- Que el 2 de julio de 2010 a las 9:33, GBM de Costa Rica, S.A. interpuso recurso de apelación en contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD. Indica al efecto, que tiene legitimación para apelar pues ella presentó la oferta de mejor precio y fue valorada por la administración como elegible técnicamente. La empresa presentó de conformidad con el punto 2.12.3 del cartel una mejora de los precios pero que la Administración por una interpretación errónea de la forma de contar los diez días estimó que la misma fue extemporánea. Que hubiera resultado a todas luces la ganadora del concurso si la Administración hubiera declarado con lugar dicha mejora, para ellos presentada en tiempo. -----

II.- Que el 2 de julio de 2010 a las 9:33, DESCA SYS Centroamérica, S.A interpuso recurso de apelación en contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD. Considera que hubiera sido la legítima ganadora del concurso pues a su modo de ver las cosas fue la única que cumplió técnicamente y que fue excluida por un error en la interpretación de una cláusula, la cual a todas luces resulta ilegal y poco transparente y promueve el enriquecimiento ilícito de la Administración. Que ellos hicieron una oferta en donde reflejaron todos los verdaderos costos que tiene el objeto contractual, desde los insumos, capacitación garantías. Que la razón de su exclusión fue que cotizó un monto superior a 0 en el costo de las garantías de los equipos. Aclara que las garantías de los mismos son muy caras y que no pueden en ningún caso cotizarse en 0. Que la garantía que solicita la Administración en el cartel es de 36 meses y que solamente comprando los sistemas de garantía que ofrece CISCO se podría cumplir a cabalidad. Que las demás empresas que cotizaron también lo hicieron con CISCO y que cotizaron en 0 las garantías, pero que o no van a dar la garantía que exige la Administración, incumpliendo con el pliego cartelario o se estarían inflando el resto de los precios y burlando un verdadero desglose de los mismos. Que la propia

Administración indujo a realizar dicho desglose y que a su vez hace interpretaciones inconsistentes. Por otra parte señala incumplimientos técnicos que tenían las dos empresas que fueron evaluadas como elegibles en lo referido a capacitación, garantía extendida de 3 años y garantía SmartNet, mano de obra de mantenimiento correctivo y los patch – cords y considera que su empresa es la única que cumple con el cartel. Considera que hay nulidad absoluta en la adjudicación. Manifiesta y aporta prueba de que la mejora del precio de GBM es ruinosa y otros incumplimientos técnicos que presenta dicha oferta.-----

III.- Que a las 10 horas del 5 de julio de 2010 este Despacho solicitó a la Administración licitante el expediente administrativo correspondiente. (ver folio 74 del expediente de la apelación) -----

IV. Que a las 8 horas del 16 de julio de 2010 se otorgó la audiencia inicial. (folio 79 del expediente de la apelación).-----

V.- Que responden a la audiencia inicial el 30 de julio DESCA SYS Centroamérica, S.A (folio 89 del expediente de la apelación), el Banco Popular y de Desarrollo Comunal (oficio PCAD-856-2010 folio 99 del expediente de la apelación); GBM de Costa Rica, S.A. (folio 110 del expediente de la apelación) e I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. (folio 132 del expediente de la apelación).-----

VI. Que a las 10 horas del 4 de agosto de 2010 se otorgó la audiencia especial. (folio 79 del expediente de la apelación).-----

VII.- Que responden a la audiencia especial el 11 de agosto de 2010 GBM de Costa Rica, S.A. (folio 183 del expediente de la apelación) DESCA SYS Centroamérica, S.A (folio 190 del expediente de la apelación).-----

VIII.- Que el día 6 de setiembre de 2010 se solicita criterio técnico al Equipo de Gestión y Asesoría Interdisciplinaria (ver folio 209 del Expediente de la apelación).-----

IX. Que por auto de las catorce horas del siete de setiembre se prorroga el plazo hasta por veinte días más a partir del 13 de setiembre de 2010.

X.- Que el criterio técnico fue emitido en el oficio No DJ3583-2010 del 8 de setiembre y se dio traslado del mismo a las partes en audiencia especial otorgada a las quince horas del ocho de setiembre de 2010.-----

XI. Que las partes contestaron la audiencia especial otorgada para conocer el criterio técnico. -----

XII.- Que en el procedimiento se han observado las prescripciones de ley. -----

CONSIDERANDO

I.- Hechos probados: **1)** Que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal promovió la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD para “Compra de equipos ópticos, tarjetas de comunicaciones y switches”(ver folio 10 del expediente de la apelación) **2)** Que se recibieron las ofertas DESCA SYS Centroamérica, S.A (folio del expediente de la apelación), el Banco Popular y de Desarrollo Comunal (oficio PCAD-856-2010 folio 99 del expediente de la apelación); GBM de Costa Rica, S.A. (folio 110 del expediente de la apelación) e I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. **3)** Que el Banco Popular adjudicó a I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. por un monto de \$1.718.266.92. (ver folio 10 del expediente de la apelación) **4)** Que el cartel de la licitación en lo que interesa estableció: **1.5 PRECIOS 1.5.1** *El oferente deberá indicar en forma clara y por separado el costo unitario por ítem, el costo de la capacitación por ítem, el costo de la instalación y configuración por ítem y el costo total cotizado por ítem, en números y letras coincidentes (indicar precios unitarios, totales por línea, totales antes de impuestos y total con impuestos incluidos); en caso de discrepancia prevalecerá el monto indicado en letras, salvo caso de errores materiales evidentes, en cuyo caso prevalecerá el valor real....* **2.3.6** *Para la presente contratación, el Banco Popular requiere la inclusión del servicio Smarnet 4x7x24 dentro del costo para el ítem 3, con relación a los ítems 1, 2, 4, 5, 6 y 7 no es obligatorio la inclusión de servicios Smarnet de Cisco, quedando a criterio del oferente si lo requiere por su cuenta para atender los compromisos de la oferta, sin que esto represente costo adicional para el Banco....* **2.4.5 CAPACITACIÓN 2.4.5.1** *El oferente deberá comprometerse a que, en caso de resultar adjudicatario, brindará una capacitación, sin costo adicional para el Banco, en los temas que se mencionan en el punto 2.4.5.7 de este aparte del cartel, dicha capacitación debe ser certificada por el fabricante de los equipos y debe impartirse para al menos cinco funcionarios del área técnica de comunicaciones del Banco Popular, quienes se encargarán de la administración y operación de los equipos objeto de esta contratación. Dicha capacitación deberá brindarse inicialmente a dos funcionarios y en el siguiente mes a los restantes tres funcionarios.* **2.4.5.2** *El oferente deberá comprometerse a que, en caso de resultar adjudicatario, suministrará manuales de uso y/o documentación necesaria para la respectiva capacitación, en idioma español o ingles (preferiblemente en español), sin costo adicional para el Banco.* **2.4.5.3** *Todos los costos asociados a la planificación y realización de la capacitación debe ser asumido por el oferente, dentro de lo que se incluye, costos de alimentación y equipamiento, en caso de programarse la capacitación fuera de Costa Rica, el adjudicatario debe asumir además los costos por el transporte, y la participación de los funcionarios del Banco fuera*

del país será sometida a aprobación de la Junta Directiva del Banco. **2.4.5.4** La capacitación deberá iniciar a más tardar dentro de los 60 días hábiles posteriores a la entrega del equipo. Por lo que el adjudicatario deberá coordinar todo lo referente a la capacitación con el área fiscalizadora del contrato.

2.4.5.5 El instructor deberá ser certificado por el fabricante de los equipos y poseer un amplio dominio sobre las funciones de los equipos y las tarjetas ofertadas, para lo cual debe adjuntar los documentos probatorios respectivos.

2.4.5.6 La capacitación podrá ser impartida en la Dirección de Tecnología de Información ubicada en el Edificio de Informática del Banco Popular, ubicado entre Calles 0 y 1, Avenida 8, Edificio Alejandro Rodríguez, o en las instalaciones del proveedor, donde mejor convenga, según criterio del fiscalizador del contrato. Coordinar previamente con el área fiscalizadora al teléfono 2211-8713. La capacitación deberá de estar dividida en dos partes, 50% parte teórica y 50% parte práctica.

2.4.5.7 Para esta capacitación se deberán dar al menos los siguientes dos cursos, de 40 horas cada uno: Administración y configuración de Switches Catalyst 6500 y VSS Administración y configuración equipos ópticos XWDM

2.4.5.8 Adicionalmente, el adjudicatario de la presente contratación, deberá incluir formación profesional en la plataforma adquirida para al menos 3 personas; con el fin de que el Banco esté en capacidad de explotar al máximo la tecnología y desarrollar nuevos proyectos y servicios sobre la misma. Esta formación podría tomar lugar en Costa Rica o en el extranjero en el tanto el adjudicado cubra todos los gastos asociados para las 3 personas, en caso de que la capacitación sea fuera del país, la participación de los funcionarios del Banco, será sometida a aprobación de la Junta Directiva del Banco. La formación profesional para los técnicos, debe ser similar al otorgado por medio del EBC de Cisco....

2.5 GARANTIAS SOBRE LOS DISPOSITIVOS Y EQUIPOS

2.5.1 El oferente deberá garantizar los dispositivos y equipos contra defectos de fabricación durante 36 meses mínimo para los ítems 1, 2, 3, 5, 6 y 7, para el ítem 4 una garantía de 12 meses mínimo, a partir de la fecha del recibo de los equipos conforme por parte del Banco. La garantía deberá cubrir todas las piezas e incluir la mano de obra, las especificaciones para cumplir con la garantía ofertada y mantenimiento correctivo y repuestos requeridos para su reparación en sitio, sin ningún costo adicional para el Banco durante el período de vigencia de la garantía...

2.5.2 El oferente deberá contar con el respaldo del fabricante para el cumplimiento del período de las garantías estipuladas en la presente contratación, en este caso el oferente con su oferta deberá presentar la documentación probatoria de que cuenta con el respaldo indicado, mediante la que se demuestre que cuenta con las facultades para establecer dicho contrato de respaldo con el fabricante o representante del fabricante de los equipos, domiciliado en Costa

Rica. Posteriormente y en caso de resultar adjudicatario se deberá presentar documento del fabricante de los equipos en donde se demuestre el establecimiento de dicha condición de respaldo. **2.5.3** Todos los dispositivos y equipos deberán contar con garantía por escrito suscrita por el distribuidor o representante local para Costa Rica, en lo que se deberá certificar el plazo de vigencia y la existencia permanente de repuestos y servicios. **2.6 ESPECIFICACIONES PARA CUMPLIR CON LA GARANTIA OFERTADA** **2.6.1** Se deberá incluir sustitución de piezas dañadas por defecto de fabricación durante el período de la garantía. Sin que represente costo adicional alguno para el Banco Popular y de Desarrollo Comunal... **2.6.3** El tiempo transcurrido entre la atención de la falla y su respectiva solución no deberá ser mayor a seis horas y treinta minutos, pasado éste período, el oferente deberá dejar instalado y configurado un equipo o dispositivo temporal con características iguales o superiores al dañado, mientras lo repara, sin costo adicional para el Banco... **2.6.5** Si después de cuatro horas hábiles, no se presenta el técnico al sitio indicado, el Banco Popular tiene la facultad de proceder con la instalación, sin perjuicio de perder la garantía del equipo... **2.12 MEJORA DE PRECIOS** **2.12.1** Todo oferente tendrá la posibilidad de mejorar los precios dentro de un concurso, pero se tomará en consideración únicamente para aquellas ofertas que superen la fase de admisibilidad y tengan la posibilidad de ser sometidas al sistema de evaluación establecido en el cartel y resultar elegibles. **2.12.2** El precio por considerar en el sistema de calificación será el último que se proponga, para lo cual junto con la propuesta de mejora en el precio se deberán remitir debidamente actualizada la estructura de costos, para que el Banco pueda establecer la razonabilidad del nuevo precio y determinar de manera fehaciente que no es ruinoso. **2.12.3** La propuesta de mejora en el precio, deberá aportarse para su valoración en un plazo de diez días hábiles comprendido entre el día de la recepción de ofertas y el plazo máximo de adjudicación y la misma deberá acompañarse de toda la documentación e información suficientes para ser analizada por el Banco, según detalle indicado en el apartado **1.5 “Precio”** del cartel. La presentación extemporánea de una mejora de precio, hará que no se considere para efectos de valoración, pero sí para efectos de una eventual adjudicación al oferente que propuso la mejora, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 y 28 bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **2.12.4** Si se determina que la mejora es aceptable, el Banco aplicará el nuevo precio en el método ponderativo sin realizar comunicación previa al oferente. Si se determinar que la mejora no es aceptable, el Banco valorará la oferta (s) con el precio original cotizado y dejando constancia en el expediente administrativo del concurso, las razones por las cuales la mejora fue rechazada....

3.1.1.1 Se aplicarán los siguientes factores de valoración:

FACTORES	%	METODOLOGÍA
<i>PRECIO TOTAL (Sumatoria de todos los precios solicitados en el punto 1.5 del cartel)</i>	65	La oferta de menor precio obtendrá el 65%, y las restantes ofertas se valorarán de acuerdo a la siguiente fórmula: $\% \text{ otorgado} = \frac{\text{Oferta de menor precio}}{65} \times \text{Oferta a valorar}$
<i>certificación del personal técnico</i>	20	
<i>experiencia del oferente en la venta de equipos y dispositivos iguales a los solicitados en este cartel</i>	8	
<i>certificación del oferente</i>	7	

5) Que la apertura de las ofertas se produjo el día 24 de marzo del 2010 a las 14:00 horas (ver folio 1002 del expediente administrativo). 6) Que GBM presentó la mejora de su precio el día 14 de abril de 2010 (ver folios 1048 a 1058 del expediente administrativo). 7) Que el Banco excluyó a la oferta de DESCA por las siguientes razones: “...26. *Que en lo que se refiere al incumplimiento de la empresa DESCA del punto 2.3.6 del cartel al asignar un costo tanto a Servicios de garantía de fábrica como a “Mano de Obra mantenimiento correctivo de la garantía de 3 años correspondiente a lo solicitado en el punto 2.5.1” “Garantía sobre los dispositivos y equipos” el Supplier Warranty 24x7x4 Cisco Catalyst 4-sl o SMARTENET 24x7x4 se trata de un servicio opcional para los ítems 2, 5, 6 y 7 que la empresa requiere y que considera oportuno ofrecer a un costo que en caso de una eventual adjudicación, estaría cargando al costo adjudicado, lo cual evidentemente va en contra de las reglas cartelarias toda vez que ese servicio para esos ítems (1, 2, 5, 6 y 7), se solicitó sin costo adicional para el Banco Popular, así las cosas y estando claro el tema de un cobro adicional para el Banco Popular, el cual riñe con las reglas claramente establecidas en el punto 2.3.6 del pliego cartelario (folio 208), se considera que esta plica no cumple con este punto, por lo que al tratarse de un elemento de admisibilidad, esta plica estaría considerándose como inadmisibile. En cuanto al cobro de “Mano de Obra mantenimiento correctivo de 3 años, correspondiente a lo solicitado en el punto 2.5.1” “Garantía sobre los dispositivos y equipos”, este Subproceso analizando a fondo lo ofertado de frente a las reglas cartelarias, no está de acuerdo con ese cobro y concuerda con lo dicho por el Subproceso Administración Outsourcing en su oficio SAS-452-*

2010, indicación que se hace en el considerando anterior, toda vez que dicha garantía se debía brindar sin ningún costo adicional durante el período de vigencia de la garantía, que corresponde a tres años, sin embargo, DESCA cobra un monto por hora para el mantenimiento correctivo de los ítems ofertados (ítems N° 1 al 7, folios 938 y 941), situación que riñe totalmente con las reglas cartelarias toda vez que el cartel solicitó dicho servicio (punto 2.5.1) sin costo adicional, por lo que al cobrar ese rubro está incumpliendo con lo solicitado, además, está incluyendo un rubro más al cobrado en el punto 2.3.6 que se refiere al servicio SMARTNET y servicio de garantía de fábrica / Supplier Warranty 24x7x4 Cisco Catalayst 4-sl o SMARTNET 24x7x4, por lo que se hace evidente de que esta empresa está cobrando la garantía de los equipos en dos ocasiones con nombres diferentes, lo cual la hace totalmente inadmisibile por lo que esta plica no será considerada para efectos de comparación de ofertas no aplicación de factores de valoración. Razón por la cual es evidente que la empresa DESCA no cumple con este requisito de admisibilidad, toda vez que está haciendo un cobro adicional de la mano de obra y el mantenimiento correctivo el cual fue solicitado que fuera sin costo adicional (ver punto 2.5.1), por lo que vista esta oferta se entiende que DESCA está cobrando dos veces la garantía, una con lo indicado para el punto 2.3.6 que se refiere al SMARTNET y servicio de garantía de fábrica y otro cobro adicional representado por la “mano de obra mantenimiento correctivo de la garantía 3 años para...” (Folio 941), por lo que es evidente que esta plica es inadmisibile toda vez que cotiza costos adicionales en su oferta, los cuales van en contra de las reglas cartelarias, las cuales cabe destacar fueron lo suficientemente claras y ajustadas a derecho cumpliendo con lo que establece el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.” (ver folio 1235 del expediente administrativo). 8) Que el Banco en el punto 22 del Informe de Adjudicación indicó lo siguiente: “Que de lo anterior se concluye que tanto la empresa ITS que señala en su oferta económica Capacitación \$0.00 como las empresas GBM y DESCA que le asignan un monto a la Capacitación, todas cumplen con el punto 2.4.5.1 del cartel, ya que las empresas se comprometen a no cobrar ninguna suma “adicional” sobre la capacitación en los temas que se mencionan en el punto 2.4.5.7., siendo que finalmente si alguna de estas empresas resulta adjudicataria, el Banco no cancelará ningún rubro adicional por capacitación, fuera del indicado en la oferta en atención del apartado 1.5 de cartel. Por lo tanto, los tres oferentes se consideran admisibles considerando lo antes expuesto y siempre sobre el tema de la capacitación, en donde se da por aceptado que se haya cobrado un rubro, toda vez que el cartel así lo solicitó en el punto 1.5.1., por lo que evidentemente las empresas GBM y DESCA, se acogieron estrictamente a la literalidad del pliego

cartelario para este punto en concreto.(ver folio1236vuelto del expediente administrativo) **9)** Mediante el oficio DJ-3583-2010 el EGAI emitió criterio respecto a diversos aspectos argumentados en el recurso de apelación y que consulta esta División en el oficio DJ-3524 del 6 de setiembre pasado, que específicamente consistía en determinar lo siguiente: *1) Siendo que la Administración ha manifestado que en la oferta de DESCASYS se ha cobrado dos veces con nombres diferentes las garantías, le solicito emitir su criterio técnico correspondiente a la siguiente interrogante: Si de los documentos aportados y de la oferta presentada por esta oferente se puede concluir que se ha cotizado doble el ítem de las garantías relacionado con la mano de obra. 2) Igualmente con respecto a la oferta de la adjudicataria ITS solicitamos que nos verifique si en la misma se ha cumplido con el número de patch cords necesarios para la instalación.* Que el criterio técnico emitido por el EGAI manifestó lo siguiente: **“1. SOBRE LA DOBLE COTIZACIÓN DEL ÍTEM DE GARANTÍAS RELACIONADO CON MANO DE OBRA EN LA OFERTA DE LA EMPRESA DESCASYS. En relación con este punto, debe considerarse que de acuerdo con la cláusula 2.5.1, entre otros aspectos se indica: “La garantía deberá cubrir todas las piezas e incluir la mano de obra, las especificaciones para cumplir con la garantía ofertada y mantenimiento correctivo y repuestos requeridos para su **reparación en sitio**, sin ningún costo adicional para el Banco durante el período de vigencia de la garantía” (el resaltado no es del original). Aclarado lo anterior, procede revisar la forma como la empresa DESCASYS presenta su cotización. Sobre el particular, se tiene que en su oferta, específicamente a folios 946 al 949 del expediente administrativo, se constata que para los ítems 2, 5, 6 y 7, esa empresa cotiza el “Servicio de Garantía de Fábrica / Supplier Warranty 24x7x4”, servicio que no es ofertado, para los ítems 1, 3 y 4. Asimismo, se comprueba que el servicio “Smartnet 24x7x4”, es ofertado únicamente para los diversos componentes que integran el ítem 3. Resulta pertinente entonces analizar en qué consisten ambos servicios cotizados. Al respecto, esta instancia técnica consideró las pruebas 2, 3, 4 y 5 presentadas en el escrito de apelación de la empresa DESCASYS, en las cuales constan dos notas de la empresa CISCO suscritas por Graciela Fallas Quesada, en su condición de Channel Account Manager de CISCO SYSTEMS COSTA RICA, así como documentos certificados con información obtenida del sitio del fabricante, pruebas todas que no han sido desvirtuadas. **Supplier Warranty** Los productos CISCO, cuentan con una garantía estándar de 90 días a un año. En el caso de que se requiera una garantía de 3 años, como la solicitada por el cartel, en la cláusula 2.5.1., el respectivo partner de CISCO, en este caso DESCASYS, ITS y GBM, tienen como opción adquirir una garantía ampliada –Supplier Warranty– o bien asumir por su propia cuenta y riesgo dicha garantía. El servicio de garantía básico, si bien**

incluye el reemplazo de partes, éste se da bajo la modalidad RTF 10 días (Return to Factory), lo que implica que el dispositivo dañado se retorna a fábrica para su reparación, y se regresa en 10 días. La reparación en el sitio y el costo de la mano de obra respectiva no se encuentran contemplados en la garantía básica (90 días), en la ampliada Shared Support (1 año) o en la extendida Supplier Warranty (3 años). Claro está que la mano de obra para reemplazar la parte dañada tiene un costo, el cual puede ser adquirido como un servicio adicional de CISCO (servicio in situ) o bien puede ser realizado por el partner asumiendo estos costos dentro de su operación normal. **SMARTnet** El SMARTnet, es un servicio de soporte técnico ampliado de CISCO. El SMARTnet Onsite, a diferencia del SMARTnet, ofrece la adición de un ingeniero en el sitio para reemplazar e instalar partes dañadas, el servicio SMARTnet, no provee los servicios de un ingeniero en sitio para el reemplazo de partes. Es claro, tal y como se indicó en el caso de la Supplier Warranty, que dichos servicios tienen un costo, y que pueden ser adquiridos de CISCO, en este caso adquiriendo el soporte SMARTnet Onsite, o bien el partner puede asumir estos costos dentro de su operación normal. De lo expuesto anteriormente, esta instancia técnica considera que las anteriores modalidades de soporte (Garantía básica, Supplier Warranty y SMARTnet) no incluyen el servicio en sitio para el reemplazo de partes. Cabe señalar, que los equipos sí estarían cubiertos por los alcances propios de las garantías indicadas. De ahí que si uno de los partners mencionados, decide cobrar por el costo de la mano de obra para el reemplazo de una parte dañada, no estaría incurriendo en un doble cobro, simplemente estaría explicitando un costo real y necesario para cumplir lo requerido en el cartel respecto de las garantías y el reemplazo de partes.

2. SOBRE EL NÚMERO DE PATCH CORDS COTIZADOS POR ITS. El cartel al describir las características de los equipos a adquirir en el ítem 3 Equipo CWDM/EWDM, entre otros aspectos señala: “19 **patch-cords** de fibra necesarios para la interconexión de los equipos (La interconexión de los transceivers contra los respectivos equipos CWDM y EWDM; la interconexión entre los equipos de CWDM y EWDM; incluyendo los **patch-cord** de loop para el puerto de amplificación)”. A su vez el cartel en el punto 2.3.5., indica: “El oferente que resulte **adjudicatario** debe brindar la instalación y configuración de los equipos solicitados y objeto de esta contratación” Finalmente, en la cláusula 2.3.5.7, se agrega: “El Banco Popular, proveerá los RACK en los cuales se deben instalar los equipos de comunicaciones, así como la instalación eléctrica para los equipos. Por su parte el adjudicatario deberá proveer los **patchcords**, fibras, organizadores, cables y demás aditamentos necesarios para la interconexión de todos los equipos, según lo recomienda el fabricante”. (Los resaltados no constan en el cartel) Al revisar la oferta de ITS, se constata que en

la respuesta punto a punto sobre el ítem 3, describen las características técnicas indicadas en el cartel, y de seguido manifiestan “Entendemos, Aceptamos y Cumplimos”, según consta a folio 760 del expediente administrativo. A su vez en la oferta económica que consta al folio 735 del mismo expediente, no se describe el detalle de los componentes del CWDM/EWDM, ni se hace referencia a los Patch-cord. También en la respuesta punto a punto, en el acápite 2.3.5.7., se indica “Entendemos, Aceptamos y Cumplimos”. Por su parte la Administración, en su respuesta a la audiencia inicial, página 17, párrafo 5, indica lo siguiente respecto de los argumentos en contra de ITS en este punto: “debido a que los patch cords no poseen un número de parte de Cisco por ser accesorios y tienen precios marginales en comparación con el resto de los ítem, estos fueron considerados dentro del rubro de materiales necesarios para la instalación, toda vez que estos se solicitaron explícitamente en el cartel”. En ese mismo sentido, ITS en su respuesta a la audiencia inicial manifiesta entre otros aspectos lo siguiente; “ITS detalla en su oferta para cada Ítem un rubro denominado “Materiales necesarios para la instalación”. Estos materiales necesarios para la instalación fueron calculados mediante visita realizada al edificio de Tecnología de la Información y al edificio de CODISA, visita que fue recomendada por la administración fuera realizada antes de la presentación de las ofertas.” Dadas las citas anteriores, esta instancia técnica, procede a revisar la oferta de ITS y efectivamente se constata que en la oferta económica por cada ítem, se ha considerado una línea de materiales necesarios para la instalación, los cuales no se detallan. Ante ello y considerando que, es viable que los Patch Cord estén contenidos en la línea de “materiales necesarios para la instalación”, esta instancia técnica, no tiene evidencias para confirmar o descartar un incumplimiento respecto a los Patch Cord en la oferta de ITS. ”.----

II.- De la legitimación y fondo del recurso de GBM. De previo a conocer el fondo del presente recurso es esencial determinar si las apelantes tienen legitimación para presentar los recursos. En ese sentido, deviene de relevancia recordar que todo recurrente que acuda ante esta sede a solicitar la anulación de un acto debe contar con una propuesta elegible y además acreditar que en caso de anularse el acto que recurre, sería el posible beneficiario con la adjudicación, pues de lo contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y lo señalado por este órgano contralor en reiteradas resoluciones, procede el rechazo de plano del recurso. En el caso concreto de GBM tenemos que **la Administración licitante**, no le señala ni le advierte vicios o incumplimientos graves que le resten legitimación a la apelante, por lo que en principio deberíamos asumir que la apelante goza de interés legítimo en el resultado de este procedimiento. No obstante, con respecto a su propuesta de mejora de precios, se

tiene que la apertura de ofertas se llevó a cabo el día 24 de marzo del 2010, por lo que para determinar la procedencia de las mejoras, el plazo era de 10 días hábiles para su presentación, el cual debe contabilizarse desde el día de la recepción de ofertas hasta el 08 de abril del 2010; sin embargo dado que dentro de este plazo se encontraba la Semana Santa que iniciaba el lunes 29 de marzo del 2010 y que fue feriado para la Administración, se amplió esa fecha para el día 13 de abril del 2010. A pesar de ello la mejora de precio presentada por la empresa recurrente se presentó hasta el día 14 de abril del 2010, lo cual hace que automáticamente se le considere extemporánea ya que si se admitiera como tal provocaría una desventaja indebida con respecto a sus competidoras. Consideran que si bien es cierto, la mejora hace que fuese la más económica entre las participantes, también es cierto que el actuar así se estaría violentando tanto una norma cartelaria como el principio de igualdad de participación de todos los oferentes. Que se está en presencia de un error de la apelante de iniciar la contabilización del plazo de días hábiles a partir del día siguiente hábil de la apertura de ofertas, es decir desde el día 25 de marzo del 2010, omitiendo lo señalado en el cartel en cuanto a que este plazo comprendía el día de la apertura al señalar expresamente **“...comprendido entre el día de la recepción de ofertas y el plazo máximo de adjudicación...”** es decir, que el plazo se contabilizaba desde el mismo día de la apertura de ofertas. Dicho lo anterior, el plazo incluye el día de la apertura de ofertas dando a los oferentes la posibilidad de presentar sus mejoras desde ese mismo día, e incluso desde el momento en que se realiza el acto de apertura de ofertas. Considera la Administración que la interpretación realizada por la recurrente, no fue la correcta y el Banco ha utilizado este plazo para varias actuaciones como las vigencias de las ofertas y garantías de participación las cuales deben contemplar el propio día de la apertura de ofertas. También considera que si no estaba de acuerdo con la formulación de dicho plazo debió haber recurrido en un recurso de objeción al cartel, pero que no obstante considera que al no haberse establecido en el artículo 42 inciso n un plazo, la Administración contaba con la discrecionalidad para establecer dicho plazo en el pliego cartelario. No obstante lo dicho, **la adjudicataria** si estima que este recurso carece de legitimación ya que el apelante en efecto presentó la mejora del precio en la que funda todas sus pretensiones de manera extemporánea y que el cartel era claro en establecer que esa mejora en el precio debía presentarse dentro de los diez días contando el día de la apertura. Que si a este apelante se le admitiera el recurso, en tanto se presumiera que su mejora si debió ser admitida, habría un trato desigualitario, provocador de inseguridad jurídica, con respecto al texto expreso del cartel que se consolidó. Que en todo caso lo único que hace el apelante es manipular los datos del cartel pero que no demuestra mejor derecho ni

tampoco alega incumplimientos de su oferta ni tampoco de la de DESCA por lo que debe declararse sin lugar las pretensiones de GBM por carecer de legitimación. **La otra apelante** también se manifiesta en el mismo sentido y considera que la mejora fue presentada de manera extemporánea. En el caso de **GBM**, por su parte alega que su oferta fue calificada en segundo lugar y que si a la empresa se le hubiera declarado con lugar la mejora en el precio que ofreció y que a su parecer fue declarada extemporánea de manera errónea, efectivamente hubiera ganado el concurso porque su precio era inferior y hubiera ganado en los otros aspectos. **Criterio del Despacho.** Como lo derivamos de los hechos probados números 4, 5 y 6 el cartel de la licitación estableció la posibilidad de que los oferentes presentaran mejoras en sus precios y que el momento descrito por el cartel fue precisamente *“2.12.3 La propuesta de mejora en el precio, deberá aportarse para su valoración en un plazo de diez días hábiles comprendido entre el día de la recepción de ofertas y el plazo máximo de adjudicación y la misma deberá acompañarse de toda la documentación e información suficientes para ser analizada por el Banco, según detalle indicado en el apartado 1.5 “Precio” del cartel. La presentación extemporánea de una mejora de precio, hará que no se considere para efectos de valoración, pero sí para efectos de una eventual adjudicación al oferente que propuso la mejora, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 y 28 bis del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa”*. De este modo tenemos que si bien es cierto la cláusula cartelaria referente al plazo no fue la más precisa en su redacción, pero por lo menos es claro que la Administración pretendía que se tomara en cuenta el día de la recepción de las ofertas e indicar *un plazo de diez días hábiles comprendido entre le día de la recepción de ofertas.....* Así, no hace falta ir a otra normativa fuera del propio cartel para hacer su interpretación ya que ese plazo debía ser el comprendido entre el día de recepción de ofertas, entendiéndose que ese es el momento en que se debía empezar a contar. De lo dicho debemos contar el plazo de diez días hábiles incluyendo el día de la apertura. Por lo anterior si el día de la apertura fue el 24 de marzo (hecho probado número 5) se cuentan los días omitiendo la Semana Santa que fueron feriados y llegamos a establecer que el último día del plazo fue el 13 de abril. Siendo que la apelante presentó la mejora de su precio el día 14 de abril (hecho probado número 6) es claro que la apelante presentó su mejora extemporánea y por lo tanto de conformidad con el numeral de cita, la propuesta no se pueda utilizar para efectos de valoración pero sí para una eventual adjudicación. Consecuentemente, si el recurso se funda en que la mejora del precio fue presentada a tiempo y de los hechos concluimos que dicha mejora fue presentada de manera extemporánea es claro que dicha mejora no puede considerarse para efectos de valoración y comparación de las ofertas y por lo tanto, dicho apelante carece de interés legítimo

y actual, y de la posibilidad de resultar readjudicatario, en especial que no hace alegatos que afecten la oferta de la adjudicataria o de alguna otra oferta. Por lo anterior, se rechaza dicho recurso y se declara sin lugar.-----

III.- De la legitimación y fondo del recurso de DESCA SYS Centroamérica, S.A. Con respecto a esta empresa, tanto la Administración, la adjudicataria y la otra apelante manifiestan que el recurso de apelación interpuesto por DESCA SYS Centroamérica, S.A., debe rechazarse por falta de legitimación pues la Administración la excluyó por serios incumplimientos del cartel que fueron debidamente justificados en el informe técnico que le dio sustento a la adjudicación. Iniciaremos el análisis de la legitimación con el tema de las garantías sobre los dispositivos y equipos. En este sentido la Administración manifiesta que el apelante pretende hacer creer que fue injustamente excluido del concurso con una interpretación inconsecuente de los términos del cartel, en donde el apelante se refiere concretamente a los puntos 2.3.6, 2.4.5.1 y 2.5.1 del cartel, donde supuestamente la Administración dio una mala interpretación a la palabra “adicional”. En este sentido consideró el apelante que no fue de la misma manera que el Banco interpretó el término adicional en cuanto a la capacitación y en cuanto a las garantías sobre los equipos, término que se aplicó diferente en la valoración de las ofertas. Considera que el pliego cartelario fue claro en su punto 1.5.1, debían solo cotizar por separado el costo unitario por ítem, el costo de la capacitación por ítem, el costo de la instalación y configuración por ítem y el costo total cotizado por ítem, siendo esos costos los únicos que se tenían que cotizar y que expresamente se solicitaron en este punto. Además, se debía de cotizar el servicio de Smarnet 4x7x24 dentro del costo para el ítem N° 3, según lo solicitado en el punto 2.3.6 del cartel. Por lo anterior el hecho de haber cotizado las garantías sobre los equipos y mano de obra sobre el mantenimiento correctivo con un valor superior a 0 implicaba una violación al cartel y por ende una violación a los requisitos de admisibilidad. Así, el Banco solicitó a los oferentes incluir dentro del costo del ítem N° 3 el costo del servicio Smartnet, pero solamente para ese ítem y en caso de que los demás ítems lo requirieran, sería cubierto por el adjudicatario y esos costos no tenían que ser trasladados al Banco, como lo hizo la recurrente. Así incluyó en su propuesta rubros que no debía de incluir en su oferta económica. Solamente la recurrente incluyó esos costos, lo cual evidencia que era su incorrecta interpretación de la regla cartelaria, la cual no admitía otra interpretación por su claridad. No obstante lo dicho consideran que la apelante, hace una errónea interpretación de la norma, incluso que daría como consecuencia que el cartel fuera ilegal, ya que los numerales **2.3.6 y 2.5.1** del mismo, establecen que el servicio Smartnet 4x7x24 y la garantía extendida deben ser sin costo adicional para el Banco. Nunca se menciona que tales

“costos de debían ser trasladados al Banco” ni ser “sin costo” para el Banco”. De lo dicho, si el oferente tenía que incluir los costos que se pedía en el cartel que fueran sin costo adicional para el Banco, esto quiere decir, que no se tenía que cobrar ningún otro costo a los indicados en respuesta al punto 1.5.1 y al solicitado para el servicio Smartnet requerido de forma obligatoria para el ítem N° 3 solamente, situación que no cumplió DESCA SYS e indicó costos que no se solicitaron en ningún punto del cartel, lo cual la hizo inadmisibles porque incumple con el punto 2.3.6 al asignarle costos a un servicio que claramente se solicitó sin costo para el Banco. Además DESCA cotiza el servicio de Smartnet para los ítems N° 2, 5, 6 y 7 y omite cotizar ese servicio para los ítems N° 1 y 4. Por lo tanto, no se entienden los argumentos de la recurrente si por un lado en su escrito recursivo indica expresamente que el servicio 4x7x24 es obligatorio y todos los equipos deben ser cubiertos con algún tipo de garantía. Por otra parte, el servicio de Smartnet onsite, en ningún punto del cartel fue solicitado o mencionado. Así, lo requerido por la administración es una garantía contra defectos de fábrica durante 36 meses (3 años) para los ítems **1, 2, 3, 5, 6 y 7, para el ítem 4** una garantía de 12 meses mínimo. Tales garantías se tenían que dar sin ningún costo durante su período de vigencia. Además, en el punto **1.5.1** en ningún momento se solicitó el precio para la garantía sobre los equipos y dispositivos. Lo que significa que en caso de que se cotizara como lo hizo la recurrente la plica que lo hiciera estaría quedando fuera de concurso por incluir costos que no se solicitaron en el cartel y además por incluir un costo donde se solicitó expresamente que esa garantía tenía que ser sin ningún costo para el Banco, por lo que DESCA SYS al incluir un costo en su oferta, automáticamente está quedando como inadmisibles, por presentar un incumplimiento de admisibilidad relevante. Si la garantía solicitada y cobrada por la recurrente de ser requerida de la forma que indica DESCA, tuvo que haber objetado el cartel, este no es el momento procesal para hacer ese tipo de observaciones y aseveraciones, por lo que los alegatos contra la garantía y el Smartnet, se encuentran precluidos, toda vez que estamos en otra etapa procesal, en donde se entiende que todos los oferentes entendieron claramente las reglas cartelarias, por tal razón cotizaron y se entendería que se ajustaron a esas reglas, pero que sin embargo, la recurrente viene ahora con alegatos que únicamente retrasan la firmeza de la adjudicación, la cual se realizó ajustada a derecho y en franca observancia a las reglas cartelarias y al ordenamiento jurídico que regula la materia de Contratación Administrativa. Por lo tanto solicitan a la Contraloría General de la República, que rechace de plano el recurso de apelación interpuesto por la firma antes citada, en contra del acto de adjudicación recaído éste a favor de la firma I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A., por carecer de legitimación, fundamento y porque estiman que han demostrado que la firma

apelante presenta incumplimientos relevantes que riñen contra las reglas del pliego cartelario, debe declararse sin lugar y rechazarse de plano por improcedencia manifiesta artículo 180 inciso b) y d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa. Es claro que por el numeral 1.5.1 se indicaba cuales eran los ítemes que debían ser cotizados y nunca se estableció el de las garantías pues estaba expresamente establecido en el cartel que no debían tener costo para la Administración. Por otra parte **IT. Servicios de Infocomunicación S.A. (ITS INFOCOM)** alegó que DESCA SYS está trasladando costos al banco, o sea que está cobrando rubros que el Banco precisamente dispuso de manera expresa en el cartel que no debían representar costos adicionales. Que DESCA manifiesta que CISCO le cobra al distribuidor por la garantía y que este costo es trasladado al Banco ya que representa \$130.303,30, suma que representa un 8% del costo cotizado al Banco. Que por lo anterior, DESCA, incumple el cartel y pretende que se le valore con criterios extracartelarios. Que el servicio de Smartnet que ofrece, solo fue exigido para el ítem 3 y que DESCA lo ofrece para los ítemes 2, 3, 5y 6 y que lleva la razón la Administración al excluir su oferta pues claramente incumplió con el cartel. Sobre el tema **la apelante DESCA SYS** señala que tiene legitimación para apelar ya que fue la única que presentó una oferta completa, que las otras ofertas, la de ITS y la de GBM son inelegibles y con defectos insubsanables ya que incumplen con el desglose de todos los elementos del precio. Que el cartel exigió una garantía de fábrica extendida por tres años. Que CISCO que es la fabricante de los equipos que todas las empresas ofrecieron brinda una garantía de fábrica estándar por un plazo mínimo de 90 días, pero que para poder cumplir con las exigencias cartelarias extendidas a tres años y con las condiciones que exige el cartel se deben comprar otras garantías, siendo la única forma de cumplir con él, extendiendo las garantías de fábrica. Que el Banco por una mala interpretación del cartel exige que esas garantías no sean cotizadas. De acuerdo a lo anterior señala que el Banco incurre en una interpretación errónea del término “adicional” contenido en las cláusulas 2.4.5.1, 2.3.6 y 2.5.1 del cartel de la Licitación. Esta interpretación es relevante para determinar los vicios en que incurre el acto recurrido. Según él, el Banco ha sido inconsistente en su criterio sobre el significado del vocablo “adicional”. Señala que el Informe de Adjudicación interpreta correctamente el vocablo respecto de la cláusula 2.4.5.1 del Cartel, que establece: ***“2.4.5.1 El oferente deberá comprometerse a que, en caso de resultar adjudicatario, brindará una capacitación, sin costo adicional para el Banco, en los temas que se mencionan en el punto 2.4.5.7 de este aparte del cartel, dicha capacitación debe ser certificada por el fabricante de los equipos (...)*”** (Lo resaltado no es del original).y para ello el Banco entendió lo que se señala en el punto 22

del Informe de Adjudicación, a saber: *“Que de lo anterior se concluye que tanto la empresa ITS que señala en su oferta económica Capacitación \$0.00 como las empresas GBM y DESCAS que le asignan un monto a la Capacitación, todas cumplen con el punto 2.4.5.1 del cartel, ya que las empresas se comprometen a no cobrar ninguna suma “adicional” sobre la capacitación en los temas que se mencionan en el punto 2.4.5.7., siendo que finalmente si alguna de estas empresas resulta adjudicataria, el Banco no cancelará ningún rubro adicional por capacitación, fuera del indicado en la oferta en atención del apartado 1.5 de cartel. Por lo tanto, los tres oferentes se consideran admisibles considerando lo antes expuesto y siempre sobre el tema de la capacitación, en donde se da por aceptado que se haya cobrado un rubro, toda vez que el cartel así lo solicitó en el punto 1.5.1., por lo que evidentemente las empresas GBM y DESCAS, se acogieron estrictamente a la literalidad del pliego cartelario para este punto en concreto.”* DESCAS por otra parte considera que la Administración no fue consecuente con esta forma correcta de interpretar el término “adicional” y en cambio cuando se refiere a los mismos términos “sin costo adicional” en los puntos **2.3.6** y **2.5.1** del cartel que se refiere al servicio de Smartnet 4x7x24 y a lo referente a la garantía por 3 años la Administración contrario a aquella interpretación el Banco interpreta los mismos términos de manera diferente y esta vez es que tendrían que cotizar en \$0 dichas garantías ya que no podrían ser trasladados al Banco dichos costos. Así tenemos que el Banco interpreta “*sin costo adicional*” en el caso de la capacitación, como sin un costo extra de lo cotizado y en la caso de las garantías que tienen un costo y peso importante en la contratación se interpreta que debieron ser cotizadas en \$0. Que el costo que tienen dichas garantías es de US\$130.303.30 que representa un porcentaje de 8% de su precio. Que se produciría un desequilibrio financiero si se exigiera que la empresa incurra en dicho gasto y no se traslade el mismo a la administración licitante. **Criterio del Despacho.** Tanto la Administración como las contratistas y la misma apelante manifiestan que DESCAS estableció un costo a las garantías sobre los dispositivos y los equipos, y que la Administración en el pliego cartelario había establecido que dichas garantías *contra defectos de fabricación durante 36 meses mínimo para los ítems 1, 2, 3, 5, 6 y 7, para el ítem 4 una garantía de 12 meses mínimo* establecidas en el numeral **2.5** *deberán cubrir todas las piezas e incluir la mano de obra, las especificaciones para cumplir con la garantía ofertada y mantenimiento correctivo y repuestos requeridos para su reparación en sitio, sin ningún costo adicional para el Banco durante el período de vigencia de la garantía (el destacado es nuestro).* Sobre lo anterior, el Banco excluyó la oferta de la apelante alegando que DESCAS SYS indicó costos que no se solicitaron en ningún punto del cartel, lo cual la hizo inadmisibles porque incumple con el punto 2.3.6, al asignarle

costos a un servicio que claramente se solicitó sin costo para el Banco. También cotizó el servicio de Smartnet para los ítemes N° 2, 5, 6 y 7 siendo que la disposición cartelaria establecía que se debía cotizar solamente para el ítem 3. No solo eso, sino porque incluye en su oferta el servicio de **Smartnet onsite**, el cual nunca fue requisito del cartel ni tan siquiera mencionado. (ver hechos probados números 4 y 7) Así, lo requerido por la administración es una garantía contra defectos de fábrica durante 36 meses (3 años) para los ítemes 1, 2, 3, 5, 6 y 7, para el ítem 4 una garantía de 12 meses mínimo. De lo dicho se hace indispensable que analicemos la situación a la luz del artículo 26 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. En dicho artículo se dispone la obligación de los oferentes de desglosar la estructura del precio, especialmente en cuanto a los contratos de servicios y de obra pública y en cualquier objeto contractual que lo amerite cuando así lo exija el cartel. Para el caso concreto nos encontramos frente a una contratación para la compra de equipos ópticos, tarjetas de comunicaciones y switches que se requiere para establecer una estructura de comunicaciones integrada entre el edificio de Codisa (sitio alterno) y el edificio de Tecnología de Información, lo que implica no solamente la compra de los equipos sino que en realidad es una solución integral que incluye al menos la instalación, la configuración y la capacitación, como se disponía en el numeral 1.5.1. Si bien es cierto, esta lista no ha sido nunca taxativa ya que también el oferente de conformidad con el numeral 2.3.6 debía incluir el costo del servicio Smartnet 4x7x24 dentro del costo para el ítem 3 (ver hecho probado No 4). De lo dicho podemos establecer que la contratación requería de un desglose de los precios por ítem, de la capacitación por ítem, de la instalación y configuración por ítem y el costo total cotizado por ítem, totales antes de impuestos y total con impuestos. Si volvemos a la normativa precitada la estructura del precio se debe presentar con un **presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen**. Así, tenemos que entender que ese numeral cartelario indica de manera referencial los principales componentes de ese precio como son los equipos, la capacitación, la instalación y configuración, pero también admite y promueve establecer los costos totales por ítem, en los cuales hay una obligación del oferente de incluir todos aquellos elementos que lo conforman, tan es así que se señala los servicios de Smartnet para el ítem 3 en el numeral 2.3.6., antes relacionado. No obstante a la luz del artículo 26 reglamentario, tenemos que abrir dichas disposiciones cartelarias en especial el numeral 1.5.1 para que en el mismo se establezcan todos aquellos elementos que componen el presupuesto de manera detallada y completa, sin omitir información relevante, que incluso puede ser solicitada por la Administración si ello resultara necesario. También sería posible de conformidad con la normativa citada, la posibilidad de la

subsanción, siempre y cuando esto no genere una ventaja indebida para el oferente. Si nos cerráramos en la interpretación de que lo dispuesto en el numeral cartelario 1.5.1, como se pretende por parte de la Administración y los otros oferentes GBM e ITS, casi no sería posible ni tan siquiera incluir el servicio de Smartnet para el ítem 3 como lo dispone el numeral 2.3.6. Revisando lo dicho, DESCA fue excluida porque incluyó los costos de las garantías ya que la empresa estimó necesario para el cumplimiento del cartel en lo referente a las garantías generalizar el servicio de Smartnet para ítemes distintos del 3 manifestando que era la única manera de cumplir con la garantía como lo establecía el cartel. Por lo anterior se hace necesario revisar la disposiciones cartelarias por las cuales se le excluye. Tenemos que en el cartel se dispone lo siguiente: **“2.5 GARANTIAS SOBRE LOS DISPOSITIVOS Y EQUIPOS 2.5.1 El oferente deberá garantizar los dispositivos y equipos contra defectos de fabricación durante 36 meses mínimo para los ítems 1, 2, 3, 5, 6 y 7, para el ítem 4 una garantía de 12 meses mínimo, a partir de la fecha del recibo de los equipos conforme por parte del Banco. La garantía deberá cubrir todas las piezas e incluir la mano de obra, las especificaciones para cumplir con la garantía ofertada y mantenimiento correctivo y repuestos requeridos para su reparación en sitio, sin ningún costo adicional para el Banco durante el período de vigencia de la garantía...2.5.2 El oferente deberá contar con el respaldo del fabricante para el cumplimiento del período de las garantías estipuladas en la presente contratación, en este caso el oferente con su oferta deberá presentar la documentación probatoria de que cuenta con el respaldo indicado, mediante la que se demuestre que cuenta con las facultades para establecer dicho contrato de respaldo con el fabricante o representante del fabricante de los equipos, domiciliado en Costa Rica. Posteriormente y en caso de resultar adjudicatario se deberá presentar documento del fabricante de los equipos en donde se demuestre el establecimiento de dicha condición de respaldo.2.5.3 Todos los dispositivos y equipos deberán contar con garantía por escrito suscrita por el distribuidor o representante local para Costa Rica, en lo que se deberá certificar el plazo de vigencia y la existencia permanente de repuestos y servicios.”** La disposición cartelaria es clara en que la garantía de fábrica para los ítemes 1,2,3,5,6 y 7 era de 36 meses y para el ítem 4 por solamente 12 meses. Tenemos que solamente DESCA ha indicado como cumplirá con la garantía y al respecto ha señalado que CISCO que es la fabricante de los equipos garantiza los mismos por un periodo mínimo de noventa días y que para ampliar esas garantías de fábrica debe de suscribir otros tipos de garantías con las que cuenta dicho fabricante como son *“Servicio de Garantía de Fábrica / Supplier Warranty 24x7x4”* que es una garantía por tres años como lo solicitó el cartel y ese *“Servicio de Garantía de Fábrica / Supplier Warranty 24x7x4”*, fue ofrecido para los

ítemes 2,5,6 y 7 y el “*Smartnet on site 24x7x4*”, es ofertado únicamente para los diversos componentes que integran el ítem 3. (ver hecho probado No. 8). Así las cosas y siendo que ninguna de las partes impugnó las pruebas presentadas por DESCA SYS y que además tampoco se manifestó oposición al informe técnico emitido por el EGAI de esta Contraloría General, es que concluimos que el Banco solicitó en el cartel una garantía mucho superior a la garantía que extiende el fabricante por los productos que se están adquiriendo y que era una obligación cartelaria que el oferente debía satisfacer para resultar elegible. Que DESCA SYS de manera transparente refleja los costos que implica la extensión de esas garantías para cumplir con el cartel. Que si bien es cierto el cartel había establecido que las garantías no debían ser trasladadas al Banco y muy especialmente fue dispuesto en el cartel que la garantía Smartnet solo se debía cotizar para el ítem 3 y sus componentes y que si se requería para los otros ítemes no debía ser cobrada al Banco o sea que su costo debió ser 0 como lo entendió el informe del Banco y las ofertas de los otros participantes en la Licitación, con base en lo establecido en el numeral 2.3.6. No obstante lo dicho, esta Contraloría General no puede aceptar que si una empresa requiere de estas ampliaciones a la garantía que incluso están previstas en el cartel (Smartnet por ejemplo), éstas ampliaciones que tienen un costo significativo, que el oferente estima indispensables para dar cumplimiento a las garantías, ese costo no deba reflejarse en la oferta. Si bien es cierto, consideramos que desde un inicio el oferente debió haber impugnado las normas cartelarias y no lo hizo, en principio podríamos pensar que estamos ante un tema que está precluido, pero el tema resulta tan grosero y atenta contra el equilibrio económico de la eventual relación contractual y con el tema de transparencia, la cual debe estar presente en todos los actos de la contratación Administrativa. Tenemos pues, al contratista que ofrece el mejor precio y que aún siendo el de menor precio ha reflejado en su oferta los costos de las garantías extendidas por el fabricante como lo exigía el cartel en el 2.5.2 y 2.5.3 que exigía el respaldo de ese fabricante para cumplir con las garantías. ¿Que más respaldo que el adquirir las garantías que el mismo fabricante ofrece para sus equipos por el tiempo que lo está requiriendo la Administración? ¿Cuál resulta entonces el incumplimiento grosero que obliga a descalificar la oferta? Definitivamente este Despacho analiza el cartel y evidencia que la Administración no estaba dispuesta a pagar por las garantías que exige y requiere, pero que el oferente que le ha ofrecido el menor precio le ha propuesto una fórmula de garantizar la contratación que cubre las pretensiones de la misma en tiempo y en servicios ¿Qué resulta entonces más importante para la Administración en virtud del principio de eficiencia cumplir con la letra de una norma que roza con la legalidad y la constitucionalidad o no cumplir con la garantía que requieren sus equipos en la forma en que lo

puede garantizar el fabricante? Así, esta División estima que el incumplimiento a la norma cartelaria no era suficiente para declarar la exclusión de la oferta, especialmente para una oferta que ha evidenciado los costos como lo exige el artículo 26 del reglamento supracitado. Es claro que tanto la Administración y los otros oferentes nunca manifiestan que lo ofrecido por el oferente DESCA SYS no cumpla con el cartel para satisfacer la garantía ni rebaten las pruebas ni tampoco manifiestan como es que los otros oferentes van a cumplir con los términos cartelarios para satisfacer la garantía. Finalmente debemos analizar que la Administración interpretó efectivamente la frase “sin costo adicional” para el tema de la capacitación admitiendo tanto a los oferentes que le indicaron el precio a la capacitación como a la adjudicataria que estableció que ésta tendría un costo “cero” manifestando lo siguiente: *“las empresas se comprometen a no cobrar ninguna suma “adicional” sobre la capacitación en los temas que se mencionan en el punto 2.4.5.7., siendo que finalmente si alguna de estas empresas resulta adjudicataria, el Banco no cancelará ningún rubro adicional por capacitación, fuera del indicado en la oferta en atención del apartado 1.5 de cartel....los tres oferentes se consideran admisibles considerando lo antes expuesto y siempre sobre el tema de la capacitación, en donde se da por aceptado que se haya cobrado un rubro, toda vez que el cartel así lo solicitó en el punto 1.5.1., por lo que evidentemente las empresas GBM y DESCA, se acogieron estrictamente a la literalidad del pliego cartelario para este punto en concreto”*(ver hecho probado número 8) Las razones que se dan para esta interpretación son que el Banco no pagará suma adicional a lo que se estableció en la oferta y por otra parte, que como estaba previsto en el pliego cartelario en el numeral 1.5.1 que se debía cotizar el tema de la capacitación por ítem, entonces que siendo consecuente debía entenderse que igual cumplía quien cotizara 0 o quien cotizara el desglose de precios de la capacitación por ítem ya que ambos cumplían con el cartel. Tenemos que tener presente que el pliego cartelario había indicado en el numeral 2.4.5.1 que la capacitación se brindaría “sin costo adicional” Así las cosas, esta interpretación que hace el Banco de “sin costo adicional” debe ser generalizado y extendida a las demás cláusulas cartelarias en donde se establezca esta condición de sin costo adicional o similar, o sea que se entienda que el Banco no cobrará suma alguna superior a aquella que se ha cotizado en la oferta y no interpretar razones que no se compartan que hagan excluir una oferta. Tenemos que tener presente que el principio de conservación de las ofertas obliga a hacer este tipo de interpretaciones y además se debe ser consecuente en las interpretaciones para no atentar contra el principio de igualdad. Por lo anterior se estima que la recurrente tiene legitimación.-----

Incumplimiento de la adjudicataria por haber cotizado “cero” la capacitación Cláusulas

1.5.12.4.5. Refiere **la apelante DESCA** que ITS la adjudicataria no puede cumplir con la capacitación y que especialmente incumple la cláusula cartelaria que la obligaba a desglosar el precio de la capacitación. Que la oferta económica de DESCA cotiza en \$0.00 la capacitación. Es claro que la capacitación tiene un costo y que el mismo no puede ser diluido en los costos de cada ítem. Que no se podía cumplir solamente con indicar que “entendemos, aceptamos y cumplimos”.

La Administración sobre este tema que cuestiona la recurrente, señala que la empresa adjudicataria omitió completamente cualquier tipo de referencia al tema de la capacitación pero que el pliego cartelario no la obligaba a la presentación de información o detalle sobre el desenvolvimiento de la capacitación. Que los oferentes debían comprometerse a cumplir con las condiciones mínimas detalladas en este aparte relativo a la capacitación y que para los efectos del punto 1.5.1 del cartel permitió su cotización y si la adjudicataria acordó establecer un monto de \$0,00 por este servicio, es claro que el Banco debe respetar su decisión en el entendido siempre de que posteriormente esta empresa no podrá trasladar al Banco algún costo que surja relacionado sobre este aspecto. Por su parte **ITS la adjudicataria** manifiesta que si tales rubros debieron ser considerados y no se hizo, en el fondo DESCA lo que quiere decir es que su precio es ruinoso y que no presentó nunca las pruebas para demostrar la ruinosidad del mismo. También considera que la apelante no demostró la importancia o trascendencia del supuesto incumplimiento y que la Contraloría General de la República ha sido muy clara al establecer que los incumplimientos deben ser sustanciales. Que DESCA hace señalamientos sobre puntos del cartel que en todo caso son “elementos adicionales” que no comprometería, en lo absoluto, el cumplimiento del objeto en sí o integral dispuesto en el cartel. Que DESCA no ha explicado cuál es la incidencia práctica de los supuestos incumplimientos y no aporta la información probatoria que demuestre esa incidencia. Que estiman que hay falta de fundamentación y de prueba del apelante DESCA. **Criterio del Despacho.** Como hemos podido comprobar tanto en la oferta de la adjudicataria como por lo dicho por la Administración y la Adjudicataria se cotizó “cero” en la capacitación. Si bien es cierto el numeral 2.4.5 estableció que dicha capacitación se daría “sin costo adicional” para el Banco, también lo es que el elemento 1.5.1 exigía el desglose de la capacitación por ítem. El Banco, como lo hemos venido diciendo, aceptó bien ese costo “cero” en capacitación y aceptó las tres ofertas, tanto aquellas que le pusieron un costo, como a la de la adjudicataria que estableció que su costo era “cero”. Este aspecto nunca se justifica porqué razón se cotizó “cero” lo que el mismo cartel y los otros oferentes estimaron que tenía un costo. Máxime en una situación en que la capacitación podría darse fuera del país, se deben tomar en consideración costos como alimentación, materiales, textos,

entre otros. Esta Contraloría General ha estimado en jurisprudencia reiterada que una cotización en “cero” debe justificarse y en la Resolución R-082-2008 del 5 de marzo de 2008 se indicó para resolver una cotización “cero” lo siguiente: *Por ello, para resolver este punto es preciso observar en primer lugar el objeto de esta contratación, según se describe en el cartel del concurso. Así, dispone el punto 2 del Capítulo II del pliego de condiciones que el objeto de esta contratación se concibe como el suministro de los equipos, programas informáticos, aditamentos y servicios, además la correcta instalación e integración con la red actual de RACSA; el punto 2.3 de ese apartado del cartel reitera específicamente que la propuesta debe incluir los costos de instalación; y el punto 7.4 del Capítulo II del cartel claramente dispone que la responsabilidad del oferente incluye la instalación y la integración de la red actual de RACSA (ver hecho probado N° 2). Así las cosas, el hecho de que, cuando fuera consultada al respecto, la adjudicataria indicara que su costo de instalación es cero (hecho probado N° 5) no implica un incumplimiento del cartel. Lo anterior en tanto, dadas las particularidades del objeto contractual, resulta razonable lo expuesto por la adjudicataria y respaldado por RACSA, en cuanto a que este tipo de objeto incluye en el precio total su instalación, siendo intrascendente a los efectos de este concurso el especificar el detalle que cuánto de ese precio corresponde a instalación. Ello por cuanto la instalación de los equipos viene a ser uno solo con el objeto a adquirir, sin que sea posible deslindar el equipo de su instalación, en tanto la instalación de los equipos es una obligación que debían asumir todos los oferentes, respecto de lo cual la adjudicataria se ha comprometido claramente en su oferta (hecho probado N° 2 en relación con el hecho probado N° 4). Es importante señalar que diferente sería el supuesto de una cotización cero donde por la naturaleza del objeto contractual, esa situación se estableciera por parte de un oferente con la intención de manipular el proceso licitatorio, sea en la fase de admisibilidad o en la de evaluación y por ende le confiriera una ventaja indebida frente a otro u otros oferentes, situación que no se acredita en este caso, según lo aquí expuesto. De lo dicho se extrae que una cotización en “cero” debe necesariamente justificarse y no basta trasladar la carga de la prueba como si en el caso se pretende indicando que se está alegando precio ruinoso y debe probarse, como lo ha pretendido la adjudicataria. Por otra parte, en la Resolución R-DJ-207-2010 de las doce horas del dieciocho de mayo de dos mil diez se estableció que “Si bien es cierto la adjudicataria indica haber contemplado el costo instalaciones provisionales en el renglón 1.2 Bodega y que, para este tipo de obra no contempla necesaria la construcción de una mayor infraestructura, así como que no consideró cotizar en imprevistos de diseño porque, según su experiencia, esta obra no requiere ningún diseño adicional de su parte, ya que los trabajos se*

encuentran claramente especificados en el cartel y la documentación complementaria por parte de la firma diseñadora, igualmente respecto a las pruebas de laboratorio, estimaron que sólo las consideraron necesarias para el concreto y que dicho costo se incluyó en el punto k) imprevistos, dichas justificaciones no son de recibo por esta Contraloría General, en virtud de que el pliego cartelario es el reglamento de la contratación y éste no puede ser parcialmente obviado, como ocurre en este caso, para mayor claridad la empresa adjudicataria debió plasmar todas estas justificaciones dentro de su oferta, porque a este nivel del proceso, no se puede partir de hechos sin acreditar, lo cual más bien, otorga contundencia a que la oferta adjudicataria es incompleta, por lo cual no era comparable y debió ser descalificada. Tampoco resulta válido el argumento de la Administración, en el sentido de que si la empresa cotizó costo cero en varios de los renglones de la tabla, y luego es necesaria la ejecución de alguna de estas actividades, el oferente deberá cumplir sin ningún costo adicional para la Administración, porque la Administración es la principal responsable de vigilar el cumplimiento del pliego cartelario y lo cual se complica con una situación como la que nos ocupa, y por lo tanto no puede aceptar ofertas incompletas, como en la especie se da.” En el caso precitado, por lo menos la oferente intentó justificar su costo “cero”, pero en el caso que nos ocupa la oferente solo llamó la atención indicando que la apelante no había demostrado ruinosidad, cuando en ningún caso se estaba alegando tal supuesto, o indicando que el incumplimiento no era sustancial. Así las cosas, viendo los argumentos de la adjudicataria en su defensa, estimamos que la capacitación fue un elemento que si bien representa solamente unos \$50.000, lo cierto es que dicha capacitación se hace indispensable para que el Banco pueda operar en la debida forma los equipos, las tarjetas y los switches objeto de la contratación y no podemos restarle la importancia que la capacitación en estos temas tiene. Así las cosas, se declara con lugar lo alegado por la apelante en el sentido que la adjudicataria incumplió el desglose de los precios al que estaba obligada en el tema de capacitación, considerándose éste un incumplimiento importante y sustancial del objeto contractual y no justificó la cotización en “cero” de dicho aspecto. Por lo anterior, se declara con lugar la apelación de DESCA SYS. En virtud de artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación administrativa, no se conocen el resto de los aspectos alegados, por estimarse innecesarios. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y dispuesto en los artículos 182,183 y 184 de la Constitución Política, 28,30,34, y 37 inc 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 4, 5, 42 inc n), 84, 85,86,88,89,90 de la Ley de Contratación Administrativa y 2, 26, 28 bis,

30,78,79,80,81,8384,85,86,164 y siguientes y 174 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa **se resuelve:** 1) Declarar **sin lugar el recurso de apelación interpuesto por GBM de Costa Rica S.A** en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD promovida por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal para “Compra de equipos ópticos, tarjetas de comunicaciones y switchs”, recaído aquel a favor de la firma I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. por un monto de \$1.718.266.92. 2) Declarar **con lugar** el recurso de apelación interpuesto por **DESCA SYS Centroamérica, S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública N° 2010LN-000001-PCAD promovida por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal para “Compra de equipos ópticos, tarjetas de comunicaciones y switchs”, recaído aquel a favor de la firma I.T. Servicios de Infocomunicación, S.A. por un monto de \$1.718.266.92 y anular el acto de adjudicación. 3) Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente de Asociada

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

EBS/yhg

NN: 09931(DCA-0259-2010)

NI: 12802-12869-12984-13059-14712-1471014754-14756-15360-15365-17636-17527-17488-

Ci: Archivo central

G: 2010001727-1