

R-DCA-150-2014

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas del doce de marzo de dos mil catorce.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **TELERAD TELECOMUNICACIONES RADIODIGITALES S. A.**, en contra del acto de declaratoria de desierto de los ítemes 4 y 5 de la licitación pública No. **2013LN-000018-DCADM**, promovida por el **BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL**, para la compra de equipo de cómputo.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Telerad Telecomunicaciones Radiodigitales S. A., el siete de enero de dos mil catorce interpuso ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto de declaratoria de desierto de los ítemes 4 y 5 de la citada licitación pública.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas del diecisiete de enero del año dos mil catorce, se otorgó audiencia inicial a la Administración, la cual fue contestada mediante escrito agregado al expediente de apelación.-----

III. Que mediante auto de las doce horas del cuatro de marzo del dos mil catorce, se confirió audiencia final a todas las partes, la cual fue contestada según escritos que constan en el expediente administrativo.--

IV. Que en la tramitación del presente asunto se han observado las prescripciones legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Banco Popular y de Desarrollo Comunal declaró desiertos los ítemes 4 y 5 de la licitación pública 2013LN-000018-DCADM, según resolución adoptada por la Comisión de Aprobación de Licitaciones Públicas mediante acta No. 666-2013 del 3 de diciembre de 2013 (ver folios 2638, 2574 –frente y vuelto- al 2675 del Tomo V del expediente administrativo). **2)** Que en oficio AAF-674-2013 emitido por la Dirección Financiera se indica: *“Por lo anterior, siendo esto un análisis comparativo de los costos y basados en el modelo de cálculo establecido y en la información suministrada por sus áreas, el costo de impresión por hoja, bajo la modalidad de alquiler de equipo es menor.”* (ver folios 2632 y 2633 del Tomo V del expediente administrativo). **3)** Que en la oferta de la empresa apelante se establece que: *“2.3 CONDICIONES DEL OFERENTE (...) Multifuncional láser monocromático marca Lexmark modelo MX711dhe:Toner extra alto rendimiento No. de parte 62D4X00, Rendimiento de 45.000 páginas, Precio \$434.00, más impuestos de ventas. Kit Fotoconductor No de parte*

52D0Z00, Rendimiento de 100.000 páginas, Precio \$56.10 más impuesto de ventas (...)” (ver folio 1164 del Tomo III del expediente de contratación).-----

II. SOBRE EL FONDO: A. Sobre el análisis financiero: La recurrente manifiesta que la Administración emitió un criterio en el cual supuestamente se analizan costos de los productos marca Ricoh pertenecientes al contrato de servicios de alquiler 121-2010 contra los productos de compra marca Lexmark de la licitación pública 2012LN-000016-DCADM y concluye que el costo de impresión por hoja bajo la modalidad de alquiler de equipo es menor. Además se recomienda realizar las gestiones que correspondan con la empresa que brinde el servicio, a fin de valorar una eventual disminución en las opciones de precios dados actualmente. Indica que en el oficio AAS-1025-2013, se hace referencia a que la conveniencia de modificar dichos contratos se desprende del oficio AAF-0674-2013 y del ejercicio realizado por el Lic. Erick Brenes Picado de la Dirección General, éste último que no se encuentra en el expediente. Señala que en el oficio AAF-674-2013, se hace una comparación de los costos del alquiler del equipo de impresión de la marca Ricoh (contrato 121-2010) y lo compara con supuestos costos de los equipos de impresión de la marca Lexmark en la licitación No. 2012LN-000016-DCADM, en los ítemes 5 y 6. En dicho estudio se concluye que el costo de impresión del contrato de alquiler es menor que el costo de impresión por la compra de los equipos. En cuanto al análisis realizado por la Administración mediante oficio AAF-674-2013, señala que está realizado para dos concursos con objetos diferentes a la licitación recurrida, por lo que la supuesta demostración que es más conveniente ampliar el contrato con la empresa Ricoh, que continuar con la compra del 50% del contrato del concurso 2012LN-000016-DCADM, no tiene ninguna relación con la licitación en trámite, ya que no muestra comparación ni hace referencia a los datos de ese concurso. Así, indica que todo el análisis está basado en una comparación de una renta de equipo en costo por página, que corresponde al contrato 121-2010, contra un supuesto análisis de costos de la licitación del año 2012 en su ítemes 5 y 6. Pero esa comparación no hace referencia a los datos del concurso en estudio, por lo que está fuera de toda lógica y legalidad tomar una determinación de declaratoria de desierto considerando como base una comparación de objetos diferentes. La comparación la hicieron para multifuncionales monocromáticas y resultados de supuestos costos de impresión monocromático, pero el ítem 5 de la licitación se trata de equipos a color, las cuales ni siquiera se mencionan en el análisis financiero. En resumen, indica que la Administración no motivó una razón de interés público para declarar desierto el concurso, tampoco hizo un estudio que sopesara los costos financieros, los costos de oportunidad, los costos de diferencias tecnológicas ni tomó en cuenta el análisis de riesgos alertado por el área de redes y telecomunicaciones. En cuanto al estudio financiero, indica que si bien se realizó para concursos diferentes al que se declara desierto, lo cierto es que los datos utilizados

por el Banco no son reales y se encuentran sesgados, así enlista los siguientes aspectos: a) Costo del tóner: Indica que el costo de \$795.31 asumido por el Banco es mayor al ofertado por él, a saber un precio inferior \$500.00. Señala que el monto utilizado por la Administración es exagerado y no tiene relación con el precio de mercado o el ofertado en la licitación LP-18-2013. Así, expresa que el banco utilizó un sobreprecio de 62.17% para efectos de su comparación. b) Kit de mantenimiento, señala que tiene un costo real de ¢200.471,04, el Banco utilizó un precio de ¢298.782,50, es decir, un 49.04% más. c) Fotoconductor, el costo ofertado es de ¢31.950,07, y el Banco empleó un precio de ¢38.208,65, es decir, un 19.59% más. d) Valor de los equipos, indica que el valor de los equipos de la licitación LP-16-2012 es menor al tomado por la Administración para su comparación, según el tipo de cambio establecido por el Banco, los 68 equipos se les vendió en ¢145.686.844,80 y la Administración los anotó en ¢149.155.579,20 y los 129 se le vendieron al Banco en ¢143.811.491,04 y la licitante utilizó un monto de ¢147.235.620,60. Con base en los puntos anteriores, menciona que los precios utilizados por el Banco no son reales y están exageradamente más caros. Realiza un ejercicio a partir del cual expresa que de utilizarse los valores correctos de los equipos y suministros del concurso LP-16-2012, de frente a la comparación de los equipos del contrato 121-2012, suscrito con Ricoh, el Banco se ahorraría la suma de ¢224.632.593,58. Aunado a lo anterior, indica que en algunos rubros del análisis la Administración castigó severamente el contrato de la anterior licitación pública y favoreciendo al contrato 121-2012, así plantea los casos del costo de instalación de los equipos, los gastos directos e indirectos (costos administrativos), los criterios de consumo (5%, 7,5% y 10%), y el descuento solicitado a la empresa Ricoh. Asimismo, presenta un cuadro con las características que fueron de carácter obligatorio para los participantes de la presente licitación para las necesidades que se deben resolver en el Banco Popular con motivo del Nuevo Modelo de Gestión y que no se pueden ejecutar con la plataforma Ricoh del contrato 121-2010. Con base en ello, manifiesta que no hay forma de resolver las necesidades del Banco con el anterior contrato y se dejaría a la Administración en un rezago tecnológico que afectaría a los clientes del Banco y su competitividad. Finalmente, expresa que su oferta es la única elegible, toda vez que los dos otros oferentes no lograron demostrar su capacidad para resolver las necesidades del Banco. La Administración señala que el análisis del recurrente debió ser realizado de un nivel igual o superior a los utilizados por el Banco, o sea análisis técnicos que demuestren que el análisis realizado por el Banco es incorrecto, y no basarse en un simple ejercicio numérico, con los datos que consideraron correctos y sin ningún fundamento técnico. Señala que su análisis fue realizado a partir de datos de mercado para los elementos analizados acudiendo a la información que tiene a la mano producto de la fiscalización de sus contratos, y los que finalmente utiliza la recurrente son sus propios datos, los cuales es claro, no son iguales. Bajo ninguna circunstancia con el

análisis efectuado se pretendió beneficiar a una empresa determinada, ni mucho menos brindar un resultado no cierto. Expresa que el ejercicio numérico del apelante no tiene el nivel, ni el alcance mínimo suficiente para desacreditar la actuación de la Administración. Señala que la carga de la prueba recae sobre el recurrente, y de lo presentado por el accionante no se acredita que lo actuado por el Banco sea incorrecto. Indica que se planteó la posibilidad de aplicar el numeral 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) a la licitación pública 2012LN-000016-PCAD, es ahí donde en primera instancia se instruye a las áreas de soporte y técnicas a realizar las valoraciones y estudios que permitan determinar la procedencia de dicha inversión en razón de la búsqueda de mecanismos que tiendan a la racionalización y control del gasto, igualmente se cita el contrato 121-2010, el cual tiene una provisión integral de reproducción documental, más allá del fotocopiado. Realizados los estudios, se determina que la necesidad actual, así como la pretendida a través de la aplicación del artículo 201 del RLCA, se suplirá con el contrato 121-2010, en virtud que durante el desarrollo del ejercicio se valoraron diferentes aspectos de calidad y oportunidad de frente a la prestación del servicio y de la posible afectación al cliente externo e interno en cuanto a la disponibilidad de estos recursos para satisfacer las necesidades de impresión. Es por ello que con el concurso de las áreas técnicas y de soporte, así como el aval de los niveles superiores a los que se encuentran adscritas esas áreas de interés, se concluye en la viabilidad de que la impresión tradicional pueda ser satisfecha a través del contrato 121-2010. En la decisión adoptada privó el interés público reflejado en este caso en la administración de los recursos públicos, sin detrimento de la prestación del servicio como se ha señalado con anterioridad, pues el análisis conllevó el ejercicio para la valoración de la inversión y los riesgos asociados, así como las acciones de mitigación. Más allá del tema de racionalización y contención del gasto, situación que da génesis a la valoración en cuanto a la pertinencia de la presente inversión, aspecto que motivó la necesidad de considerar la obligación de buscar las alternativas que mejor satisfagan el interés público e institucional y lejos de cuestionar en lo más mínimo la necesidad administrativa, el Banco analizó de frente al principio de buena administración de los recursos públicos, la posibilidad de satisfacer el requerimiento de impresión, dejando de adquirir los bienes pretendidos por el servicio de reproducción documental al abrigo de un contrato existente, el 121-2010. El Banco ha venido realizando los esfuerzos necesarios con el propósito de cambiar de un esquema de adquisición por un esquema de alquiler. Por otra parte, expresa que no se ha realizado ninguna gestión a efectos de obtener de la empresa Ricoh algún descuento que pudiera ser reflejado para favorecer el resultado financiero de que resulta más conveniente alquilar que comprar el equipo. Expresa que al contrato de servicio de fotocopiado lo que le resta de vigencia es un año, se ha cosechado información muy importante porque bajo un esquema de mayor conveniencia

institucional se cuenta con el tiempo adecuado para hacer la elaboración y construcción de una nueva figura que supla el tema de impresión. Se ha indicado que con el contrato de reproducción con Ricoh se vendría a satisfacer la necesidad de impresión tradicional de documentos, y la parte de los formularios existe un riesgo manejable, atendidos mediante equipos con los que cuenta la Administración. Finalmente, agrega que el Banco sí verá satisfecha la necesidad administrativa de reproducción, utilizando el mecanismo con que cuenta según contrato con Ricoh y además con los equipos que tiene en este momento dentro de sus activos para efectos de la impresión de los formularios. **Criterio de la División:** Vistos y analizados los alegatos de la recurrente, así como las respuestas de entidad licitante, es de importancia señalar que el acto que declara desierto un procedimiento de contratación administrativa comporta cierta discrecionalidad de la Administración por cuanto se deben valorar las razones de interés público que le llevan a adoptar tal acto, de frente a la posibilidad de concluir el procedimiento con un acto de adjudicación. Así, la discrecionalidad es entendida como “... *la libertad del funcionario otorgada por el ordenamiento de escoger entre varias interpretaciones posibles de la norma y entre varias conductas posibles, dentro de una circunstancia.*” (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo I, San José, Costa Rica, Editorial Stradtman, 1998, p.53). Señalado lo anterior y de frente al caso en estudio, resulta necesario verificar cuáles son los requisitos que establece nuestro ordenamiento jurídico para que proceda la declaratoria de desierto de un concurso público. Así, el ordinal 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en lo que resulta de importancia para el caso en concreto, expresamente dispone: “*Cuando la Administración, decida declarar desierto un procedimiento de contratación, deberá dejar constancia de los motivos específicos de interés público considerados para adoptar esa decisión, mediante resolución que deberá incorporarse en el respectivo expediente de la contratación...*”. Según la norma de cita, para la procedencia de la declaratoria de desierto, necesariamente debe existir una resolución motivada, en la cual se determinen cuáles son las razones de interés público que llevan a que un concurso público no sea adjudicado, pese a existir ofertas que han sido consideradas elegibles. En cuanto a la motivación del acto administrativo, consideramos conveniente indicar que en la resolución no. R-DCA-294-2009 de las diez horas del 15 de junio del 2009, este órgano contralor señaló: “*a)-Sobre la motivación de los actos administrativos en general: La motivación se traduce en la fundamentación fáctica y jurídica con que la Administración justifica la legalidad y oportunidad del acto que adopta, la que posee además un importante raigambre constitucional, pues esta encuentra su fundamento tanto en el principio de legalidad como en el derecho de defensa (artículos 11 y 39 Constitucionales). No en vano la Sala Constitucional ha realizado importantes referencias sobre esta formalidad en sus sentencias, indicando al respecto lo siguiente: “(...) IV.-SOBRE LA DEBIDA*

FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. La motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que, no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación “ad hoc” de los motivos. En consecuencia, para ver satisfechas las exigencias del debido proceso y del derecho de defensa, la resolución debe contener en forma explícita las circunstancias de hecho y de derecho que han motivado a la Administración Pública, al dictado o emanación del acto administrativo. Así las cosas, y en estrecha relación con la transcripción jurisprudencial que se desprende del apartado precedente, se tiene que la debida motivación del acto forma parte del debido proceso. Bajo esa inteligencia, el administrado goza de una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración, depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de su impugnación(...) (Sentencia 2008-008552 de las dieciséis horas y tres minutos del 21 de mayo del 2008. En sentido similar pueden verse también las sentencias 2008-003043 y 2008-009738).” Así las cosas, delimitada la importancia que conlleva el hecho que la entidad licitante motive en forma adecuada sus actos, procederemos a verificar si el acto de declaratoria de desierto tomado por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, contó con la suficiente motivación para dichos efectos, o si ésta se ve afectada por los argumentos que expone el apelante. En ese sentido, es dable mencionar que el acto que declara desiertos los ítems 4 y 5 encuentra su fundamento en la decisión adoptada por la Comisión de Aprobación de Licitaciones Públicas del Banco, mediante acta No. 666-2013 (hecho probado 1), en la cual se conoció el análisis financiero emitido mediante oficio no. AAF-674-2013 donde se consideró que el costo de impresión por hoja del arrendamiento era menor (hecho probado 2). Ante esto, se observa que el recurso de apelación incoado tiene como principal objetivo desvirtuar el análisis financiero realizado, en razón de dos temas. El primero de ellos referido a que en dicho estudio técnico se están comparando objetos distintos a los que componen la licitación cuyo acto final se cuestiona, sin hacer referencia a los datos específicos de este concurso. Así por ejemplo, el análisis financiero compara impresiones monocromáticas, mientras que el ítem 5 de la licitación se refiere a impresiones a color. El segundo aspecto se encuentra relacionado a que los datos de los insumos utilizados por la Administración para realizar el análisis son incorrectos y de utilizar los costos verdaderos, se logra determinar que el costo de impresión por hoja con la compra de los equipos de la presente licitación es menor al costo de continuar con el contrato de arrendamiento. Valorando lo expuesto por el apelante, se observa que éste fundamentó parcialmente su acción recursiva en datos que fueron aportados desde su oferta (hecho probado 3) y en nota adicional aportada adjunto a su escrito de apelación, los cuales no fueron desvirtuados por el Banco. Más bien, se observa que en la contestación a la audiencia

inicial el Banco Popular expresamente indicó: *“Es importante también indicar, que no podría concluirse ni que los datos de las recurrente son correctos o incorrectos, que tampoco los del Banco lo son, simplemente el análisis realizado por el Banco es a partir de datos de mercado para los elementos analizados acudiendo a la información que tiene a la mano producto de la fiscalización de sus contratos, por lo que se tendría que esta información es totalmente veraz, correcta y actualizada, y los que finalmente utiliza la recurrente para su ejercicio numérico son sus propios datos (...)”* De frente a lo anterior, se observa que la propia Administración no llega a señalar que los datos aportados por la recurrente son erróneos. Si bien señala que según datos de mercado sus costos utilizados en el informe financiero son reales, no desacredita los datos señalados por el apelante el cual llega a indicar que existe una diferencia de costo a favor de compra de 4 años de $\text{¢}224.632.593.58$. Además, la Administración omite fundamentar y acreditar en qué forma llega a concluir que los costos reflejados en su estudio financiero son correctos, ejercicio que como indicamos sí fue realizado por la recurrente. Es decir, al existir un ejercicio mediante el cual la apelante acredita que el estudio financiero arrojaría otra conclusión de utilizar otros datos –los cuales fundamenta-, le correspondía a la entidad licitante justificar y comprobar debidamente las razones por las que estima que los costos empleados en su estudio sí concuerdan con la realidad y que la recomendación a la que se arribó en ese momento es correcta, y persiste a pesar de los datos aportados por la apelante. Bajo ese escenario, ante la labor realizada por la recurrente respecto a que el oficio AAF-674-2013 no refleja necesariamente que el costo de impresión por hoja sea menor con el actual contrato de arrendamiento, de frente al de adjudicar los equipos ofrecidos por la única empresa elegible en este concurso para los ítems 4 y 5, a saber la firma Telerad Telecomunicaciones Radiodigitales S. A., la Administración no ha acreditado que en el estudio financiero se hubiesen considerado los costos por la utilización de los equipos ofertados por la recurrente –insumos y otros gastos-, los cuales la recurrente ha señalado son menores a los empleados por el Banco Popular en su análisis financiero. Bajo esa perspectiva, se logra concluir que la principal razón invocada por el Banco para no proseguir con el procedimiento de contratación, a saber, la conveniencia económica de continuar con el contrato de arrendamiento con la empresa Ricoh en detrimento de adjudicar el presente concurso, no ha quedado debidamente acreditada por cuanto el apelante realizó un ejercicio dirigido en contra el análisis realizado por la entidad licitante, ejercicio que la Administración no llegó a desvirtuar. Bajo esta tesitura, la Administración deberá realizar la comparación financiera, acreditando la procedencia y pertinencia de los costos utilizados para su estudio financiero y su relación directa con los equipos que eventualmente se podrían adjudicar a la empresa recurrente –por ser la única elegible-, a efectos de verificar si bajo su criterio se estima conveniente continuar o no adjudicar el concurso. En el eventual caso

que el Banco determine que existen otros motivos distintos para declarar desierto el concurso, deberá motivar en forma adecuada el acto administrativo que al efecto se emita. De conformidad con lo que viene dicho, se impone declarar con lugar el recurso interpuesto. Se omite pronunciamiento sobre otros extremos por carecer de interés práctico, ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 183 del RLCA. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos; 84 y siguientes de la Ley de la Contratación Administrativa y 178 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **1) SE RESUELVE: DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la a empresa **TELERAD TELECOMUNICACIONES RADIODIGITALES S. A.**, en contra del acto de declaratoria de desierto de los ítemes 4 y 5 de la licitación pública **No. 2013LN-000018-DCADM**, promovida por el **BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL**, para la compra de equipo de cómputo, acto el cual se anula. **2)** De conformidad con lo indicado en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente División

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Lic. Andrés Sancho Simoneau

ASS/ksa
NN: 02699 (DCA-0700-2014)
NI: 229-446-2426-5803-5947
G: 2013001464-3