# R-DCA-639-2016

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.** San José, a las catorce horas veintidós minutos del veintisiete de julio de dos mil dieciséis.--------

**Recurso de objeción** interpuesto por **Componentes El Orbe S.A** en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-00001-0009200001**, promovida por el **Ministerio de Salud** para la "Modernización de la red institucional del Ministerio de Salud"----------

## RESULTANDO

**I.** Que la empresa **Componentes El Orbe S.A.** el trece de julio de dos mil dieciséis, interpuso ante esta Contraloría General por medio de correo electrónico, recurso de objeción en contra del referido cartel de licitación, aportando el documento original al día siguiente.----------

**II.** Que mediante auto de las trece horas con cincuenta minutos de dos mil dieciséis, esta División confirió audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto.----------

**III.** Que fuera del plazo conferido, la Administración contestó la audiencia especial mediante oficio DFBS-UBS-0870215 presentado el día 20 de julio de dos mil dieciséis.----------

**VI.** Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.----------

## CONSIDERANDO

**I. Sobre el fondo del recurso presentado por Componentes El Orbe S.A. 1) Sobre el anexo5. i) Sobre las especificaciones técnicas para Conmutador Principal de la red del Ministerio de Salud.** **La objetante** indica que el equipo que solicita la Administración se encuentra fuera de venta desde el 16 de abril de 2016, tiene fecha de salida de mantenimiento de software y hardware el 15 de abril de 2016 y la última fecha de soporte será el 30 de abril de 2018, con el agregado de que el equipo sustituto del solicitado no cumple con dichos puntos, por lo cual, solicita la apelante que se eliminen del pliego cartelario los puntos 5, 6 y 9 para que se pueda dar apertura con soluciones similares. **La Administración** señala que se acepta el alegato de la empresa objetante, debido a que estos puntos hablan sobre el manejo de la parte inalámbrica y la misma está contemplada dentro del proyecto con los equipos Controladores de Puntos de Acceso Inalámbricos, y que el fabricante dejo de incluir este tipo de tarjetas en los equipos tomados como referencia, por tanto se omiten estos puntos del pliego cartelario para así garantizar la libre participación de los ofertantes. **Criterio de la División:** La Administración al momento de definir el objeto contractual goza de amplia discrecionalidad, lo cual implica que

como conocedora de la necesidad pública que desea satisfacer con determinado bien o servicio, tiene plena claridad en cuanto a lo que requiere de los oferentes y la forma de plasmarlo en el pliego de condiciones, para lo cual estos últimos también por así decirlo, ejecutan una función de colaboración con la Administración en la depuración de ese cartel, contiene todas aquellas especificaciones técnicas, legales o financieras, que establecen las condiciones que deben ser cumplidas por los oferentes. Dentro de este contexto y en el caso en cuestión, el oferente solicita la eliminación de unos puntos del anexo 5 del cartel, por hacer referencia a requerimientos que en su criterio se encuentran ya o en proceso de descontinuación, lo cual la Administración en su respuesta acepta. Bajo este orden de ideas y siendo como se dijo, que la licitante es la mejor conocedora del objeto contractual, no encuentra este Despacho impedimento en aceptar el allanamiento de la Administración respecto a este punto, dejando claro eso sí, que las valoraciones realizadas para concluir la aceptación de la propuesta del recurrente son de su absoluta responsabilidad, sin que ello implique una validación técnica por parte de este órgano contralor. Así las cosas, se **declara con lugar** el recurso en este extremo, para lo cual deberá realizarse la respectiva modificación al cartel y brindarle la debida publicidad. **ii) Sobre el punto 21. Soporte de energía a través de Ethernet (UPOE). La objetante** indica que el soporte que solicita la Administración es único para una marca, por tanto se limita la participación de posibles oferentes, toda vez que lo que se solicita es una característica propia del fabricante CISCO, por lo que cualquier otro participante estaría fuera. **La Administración** indica que se acepta lo indicado por la empresa objetante Componentes El Orbe S.A., debido a que se hace mención al Soporte de Energía a través de Ethernet (UPOE) y el mismo es un componente propietario de marca específica, debiendo leerse la cláusula de la siguiente manera: "Soporte de energía a través de Ethernet (PoE)". **Criterio de la División:** Al igual que en el apartado anterior, observa este órgano contralor que la Administración decide allanarse a lo solicitado por la recurrente. Así las cosas y visto lo manifestado por la Administración, se **declara con lugar** el recurso en este extremo, en el entendido que como conocedora de su necesidad y del fin público perseguido, ha efectuado un proceso de valoración y análisis de lo requerido por el objetante, todo bajo su entera responsabilidad de la Administración. Deberá entonces efectuarse la respectiva modificación al pliego y brindarle la debida publicidad. **iii) Sobre el sub punto 20. Sistema de Virtualización de Switching. La objetante** indica que en este punto, igual que en el anterior, se vuelve hacer referencia a un protocolo de la marca CISCO. **La Administración** indica que acepta el reclamo de la empresa

objetante Componentes El Orbe S.A. debido a que se hace mención al Sistema de Virtualización de Switching (VSS) y el mismo es un componente propietario de una marca específica, por lo que la cláusula se debe leer de la siguiente manera: "Soporte para el apilamiento de 4 conmutadores" **. Criterio de la División:** Una vez más, observa este órgano contralor que la Administración ha decidido allanarse a lo solicitado por la recurrente. Así las cosas y visto su allanamiento, se acepta el mismo en el entendido de que la Administración, como conocedora de su necesidad y del fin público perseguido, valoró detenidamente lo requerido por el objetante, todo a entera responsabilidad de la Administración. Por lo tanto, se **declara con lugar** este extremo del recurso, debiendo efectuarse la modificación del pliego de condiciones en lo que corresponda y darle la publicidad respectiva. **2) Sobre el punto anexo 5. Especificaciones técnicas para Encaminador (enrutador). La objetante** indica que la Administración solicita el protocolo EIGRP, el cual es propietario de la marca CISCO, pero que es importante que la Administración conozca que este protocolo tiene un estándar en el mercado y el que utilizan todos los demás fabricantes de equipos de comunicaciones, es el OSPF y por consiguiente la Administración no se vería afectada al utilizar un protocolo más abierto, ya que tendría el mismo resultado. Por lo tanto solicita que se elimine este protocolo debido a que está dirigido a un solo fabricante, limitando a la institución en adquirir tecnologías abiertas, ya que brindas bondades en crecimiento tecnológico a futuro. **La Administración** señala que este punto se corrigió según oficio DTIC-UGIT-079-2016 y que se eliminó el protocolo EIGRP debiendo leerse de la siguiente manera el punto impugnado: "Debe soportar los siguientes protocolos de direccionamiento: OSPF, IS-IS-BGP, DVMRP, PIM-SM, IGMPv3, GRE, PIM-SSM, enrutamiento IPv4 estático, enrutamiento IPv6 estático. **Criterio de la División:** Para este punto la Administración igualmente ha manifestado su allanamiento ante lo requerido por la Administración, siendo que para el caso concreto ha decidido eliminar el protocolo EIGRP del pliego de condiciones. Así las cosas y visto el allanamiento de la Administración, se acepta el mismo en el entendido de que la Administración, como conocedora de su necesidad y del fin público perseguido, valoró lo requerido por el objetante bajo su entera responsabilidad. Por lo tanto, se **declara con lugar** este extremo del recurso, debiendo la Administración modificar el pliego de condiciones en lo que corresponda y darle la publicidad respectiva. **3) Sobre el punto 4.1.1 "La objetante** argumenta que debería pedirse la experiencia sobre proyectos iguales o similares al objeto del pliego cartelario y no sobre una marca determinada de equipos en los proyectos. **La Administración** señala que se toma como positiva parte de la misma y por tanto, con el objeto

de proveer la participación y de garantizar los intereses de la Administración de contar con oferentes de experiencia en mercado en proyectos similares, se realiza la corrección al cartel en dicho punto. **Criterio de la División:** De la revisión de la cláusula 4.1.1. del pliego de condiciones, esta Contraloría General de la República no observa que se esté haciendo referencia explícita en el cartel a marca determinada alguna, o por lo menos, la empresa recurrente en una falta a su deber de fundamentación no ha logrado demostrar que se esté haciendo indicación expresa respecto a una marca, y que por ende la experiencia que se vaya a tomar como válida sea solo aquella a la que se refiera a una marca en particular y en consecuencia se produzca una limitación a la libre participación de manera injustificada. Por el contrario la cláusula no hace referencia a marca alguna y por ende, no puede decirse que se esté otorgando ventaja indebida por esa razón, antes bien, si el recurrente considera que por el tipo de requerimientos de experiencia, se facilita o direcciona el factor hacia una marca en concreto, era su deber probarlo adecuadamente, pero no delegar en este órgano contralor la labor de evidenciar el presunto vicio alegado, a partir de un planteamiento débil y carente de fundamentación, recordando que es su deber como recurrente establecer argumentos sustentados y probados con su recurso, tal y como lo exige el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Así las cosas, estima esta Contraloría General que lo pertinente es el **rechazo de plano** de este extremo del recurso. No obstante y sin perjuicio del rechazo antes dicho, si la Administración considera necesario hacer algún tipo de modificación al cartel a efecto de variar la forma de ponderar o cumplir con algún factor de evaluación, no se encuentra obstáculo para ello siempre y cuando ello sea en beneficio de garantizar la escogencia de la mejor oferta al concurso, y la competencia entre oferentes en igualdad de condiciones. **4) Sobre el punto del plazo de entrega. La objetante** manifiesta que dada la envergadura del proyecto es muy poco el plazo que da la Administración, por lo cual solicita que sean 60 días naturales para la entrega de equipos y 90 días naturales para la instalación y demás, ya que son 91 áreas donde se deben de hacer las instalaciones. **La Administración** señala que los plazos establecidos por la Administración se van a mantener y que si los plazos no se pueden cumplir durante la ejecución del proyecto, el adjudicatario podrá solicitar la prórroga respectiva acompañada de una justificación del atraso. **Criterio de la División:** Como se indicó anteriormente, la objetante debe fundamentar de manera adecuada su recurso, y por ende, debe demostrar de manera fehaciente, que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones limita de manera injustificada la participación en el concurso. Así las cosas, se

observa que el recurso de la objetante se encuentra carente de una adecuada fundamentación, en tanto solamente se limita a solicitar que se modifique el plazo de entrega sin que realice un ejercicio claro y objetivo que llegue a demostrar de manera indubitable que el plazo de entrega definido por la Administración resulta irreal o desproporcionado, antes bien se limita a solicitar un plazo determinado justificado únicamente en lo complejo del objeto, pero que no logra vincular precisamente esta alegada complejidad con el plazo previsto en el cartel, y sobre todo, su adecuado al plazo sugerido. Por todo lo anterior se **rechaza de plano** el recurso de objeción en cuanto a este extremo por falta de fundamentación**. 5) Sobre la necesidad de visitas al sitio. La objetante** solicita a la Administración que por la naturaleza del proyecto se establezca una visita a cada sitio, con la finalidad de ser más precisos en el costo de los servicios de cada área, pues el cartel es omiso en señalarlos. **La Administración** señala que el cartel establece claramente en los anexos las ubicaciones físicas de cada sitio, las ubicaciones por medio de planos donde se deben instalar los puntos de acceso, los trabajos eléctricos a realizar y en cuáles sitios, los equipos pasivos y activos a instalar y configurar en cada sitio y los croquis de todos los lugares donde se va a trabajar, por tanto estima que se proporcionó la información suficiente para dimensionar el proyecto. Indica que la Administración no limita a la empresa en la cantidad de recursos que puede incluir para cumplir en los tiempos establecidos. **Criterio de la División:** Debe tenerse presente que el recurso de objeción ha sido establecido en nuestro ordenamiento, como un mecanismo para remover obstáculos que restrinjan injustificadamente los principios de contratación administrativa como el de la libre participación de oferentes o de igualdad de trato, también cuando el cartel contenga reglas contrarias con las normas de procedimiento o en general quebrante disposiciones expresas del ordenamiento jurídico. De manera tal, que el recurso de objeción no se encuentra diseñado para la atención de meras sugerencias que realice un determinado oferente a la Administración, para que esta incluya algo en el cartel o modifique de una forma determinada el pliego de condiciones, sin que ello se encuentre asociado con un quebrantamiento de los principios de la contratación administrativa. Ahora bien, analizando todo lo anterior para el caso en concreto, se tiene que para este punto de su recurso, la recurrente le solicita a la Administración que se establezcan visitas a cada sitio para ser lo más preciso en el costo de los servicios, sin que demuestre de qué forma la ausencia de estas visitas provoque una imposibilidad para ofertar por parte de los potenciales oferentes, o bien para dimensionar adecuadamente los alcances del proyecto, ya sea para su definición técnica o económica. Así las cosas, ante lo planteado por el recurrente, lo procedente es el

**rechazo de plano** de este punto del recurso. **6) Sobre las multas. La objetante** manifiesta que dicha cláusula es desproporcionada, lo cual atenta contra la libre participación y el principio de libre empresa, pues las sanciones deben ser analizadas caso por caso, por lo cual se solicita que el monto de la sanción se disminuya para evitar desigualdad contractual y buscar un equilibrio razonado. **La Administración** señala que mantiene lo señalado en el cartel, ya que esta cláusula tiene por objetivo asegurar que el contratista cumpla con el plazo de entrega establecido en el pliego de condiciones y por lo tanto, estima que no lleva razón la recurrente al indicar que esta cláusula es desproporcionada, ya que la finalidad primordial de la Administración es viabilizar el acceso en líneas a los sistemas de información sustantivos de la Institución, mediante la modernización de la red institucional, la cual permitirá fortalecer su función rector para lo cual la Administración requiere que se cumpla el plazo establecido. **Criterio de la División:** Alega la recurrente que el apartado referido a las "multas" en el pliego de condiciones resulta desproporcionado, por cuanto estima que el monto de la sanción debe ser analizado caso por caso y que por ende la multa debe ser en proporción a la parte que se está incumpliendo, no obstante no demuestra mediante un argumento o ejercicio claro y justificado, por qué la cláusula cartelaria es desproporcionada o irracional. Debe recordar la recurrente que de acuerdo al deber de fundamentación establecido en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, no basta con que indique un supuesto vicio en una norma cartelaria, sino que debe fundamentar su recurso y por ende demostrar que el pliego de condiciones efectivamente lo posee. En el presente caso, se hubiere esperado del recurrente una fundamentación concreta demostrando por ejemplo, por qué razón tomando en consideración cada uno de los componentes del objeto contractual, un atraso o entrega defectuosa por parte de un contratista no podría generar un perjuicio equiparable con el porcentaje de multa por cobrar, para determinar el exceso de la Administración, sin embargo este tipo de ejercicio no es planteado por el recurrente, por lo que se impone **rechazar de plano** el recurso en este extremo. **Consideración de oficio**. Ahora bien, sin perjuicio del rechazo anteriormente explicado y en relación con la debida justificación previa con la que deben contar las cláusulas penales en un cartel como el que nos ocupa, este órgano contralor ha venido definiendo una marcada línea jurisprudencial en punto a la necesidad de que la Administración incorpore en el expediente administrativo de la contratación, los análisis adecuados que respalden y justifiquen no sólo los diferentes tipos de sanciones, sino el porcentaje o cuántum de cada una de las cláusulas para cada caso particular. En esta línea, mediante resolución R-DCA-

573-2016 del pasado 11 de julio si bien se mantiene esta obligación para la Administración, se efectúa una precisión al respecto en los siguientes términos: *"Ante esto, si bien la Administración brinda razones por las que considera son necesarias las cláusulas penales, así como los aspectos que pretenden cubrir los porcentajes en dichas cláusulas; es lo cierto que reconoce no contar con los análisis que le llevaron a determinar el porcentaje de esas cláusulas, siendo un requisito necesario para su sustento y ejecución. En consecuencia, deberán incorporarse al expediente los actos debidamente motivados, los que, observando lo dispuesto en el numeral 47 del RLCA, vengan a dar soporte a las sanciones económicas que se incorporen al cartel. Dichas actuaciones deben de constar en el expediente a fin de poder ejecutar tales cláusulas, conforme con lo señalado por la Sala Primera" (...)".* En razón de lo expuesto, y con ocasión de lo manifestado por este Despacho en la resolución de cita como posición vigente, la Administración deberá en relación con las cláusulas penales incorporadas en el cartel, motivar adecuadamente los elementos que la definen, y que la llevaron a determinar un porcentaje determinado por ese concepto, utilizando para ello como punto de referencia, los parámetros establecidos en el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. ----------

**POR TANTO**

Con fundamento en lo señalado y lo dispuesto por los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento, **se resuelve: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el **recurso de objeción** interpuesto por **Componentes El Orbe S.A** en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-00001-0009200001**, promovida por el **Ministerio de Salud,** para la "Modernización de la red institucional del Ministerio de Salud". **2)** Proceda la Administración a modificar el cartel según lo indicado en la presente resolución. **3)** Se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.**----------

Edgar Herrera Loaiza
**Gerente Asociado**

Marco Antonio Loáiciga Vargas
**Fiscalizador**

MALV/pus
NI: 18938-18942-19440-19555-19829
**NN: 09972 (DCA-1924-2016)**
Ci: Archivo central
**G: 2016002581-1**