

## **R-DCA-926-2016**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las nueve horas con catorce minutos del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis. -----

**Recurso de objeción** interpuesto por **IT SERVICIOS DE INFOCOMUNICACIÓN S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2016LN-000018-PRI**, promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS** para la contratación de "*Servicios de centro de contactos para atención Omnicanal de usuarios del AyA*". -----

### **RESULTANDO**

**I.** Que la empresa IT Servicios de Infocomunicación S.A. interpuso recurso de objeción en contra del cartel de la licitación de referencia, mediante escrito presentado en esta Contraloría General de la República el tres de noviembre de dos mil dieciséis, y adicionado mediante documento presentado en misma fecha.-----

**II.** Que mediante auto de las siete horas treinta y cinco minutos del siete de noviembre de dos mil dieciséis se confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso interpuesto y remitiera copia del cartel, lo cual fue atendido por la Administración mediante oficio No. GG-DPI-2016-04567 del nueve de noviembre dos mil dieciséis y recibido en esta Contraloría General el diez de noviembre recién pasado. -----

**III.** Que esta resolución se emite en el plazo de ley, observándose las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

### **CONSIDERANDO**

**I. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre certificaciones de acciones.** La objetante se refiere al artículo 4 del apartado 7 del cartel, lo cual a su criterio constituye violación al principio de igualdad entre oferentes tutelada en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 inciso e) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto afirma no se encuentra fundamento alguno para imponer el requisito de certificar la naturaleza y propiedad de las acciones de la oferente únicamente en caso de tratarse de ofertas nacionales. Indica que en caso de considerar la Administración la necesidad de cumplir con el requisito, tal condición debe imponerse por igual a ofertas nacionales o extranjeras. Se refiere al principio de igualdad de trato entre oferentes, efectúa una transcripción de la resolución No. R-DJ-038-2010 y señala que no se puede realizar discriminación alguna en la selección de ofertas si no se respetan los principios elementales de la contratación como igualdad de trato y transparencia. Indica que al constituirse

el requisito como de admisibilidad encuentra aún mayor sustento la necesidad de justificar correctamente por qué se fijan requisitos diversos, tratándose de oferentes nacionales o extranjeros. Alega que el requisito no tiene mayor sustento y debe modificarse el pliego de manera que se respete la igualdad de trato entre oferentes. Solicita se elimine la distinción entre nacionales y extranjeros para el cumplimiento del requisito certificación de naturaleza y propiedad de las acciones. La Administración indica que la certificación de la naturaleza y propiedad de las acciones o cuotas con vista en el libro de accionistas o cuotistas, es un requisito que no aplica para las ofertas de empresas extranjeras que no radiquen en el país; que ello responde a un principio de lógica jurídica, toda vez que éstas son las que se encuentran registradas en nuestro sistema costarricense, permitiéndole a la Administración verificar el régimen de prohibiciones. Señala que la misma certificación de la CCSS así como la de FODESAF no se les pide a éstas, pues por ser firmas extranjeras no están realizando operaciones en el país (por lo que no deben cumplir con tales requisitos). Indica que las empresas extranjeras, sí deben incorporar una declaración de someterse a la jurisdicción y tribunales nacionales para todas las incidencias que de modo directo e indirecto puedan surgir del contrato y de su ejecución con renuncia a su jurisdicción. Afirma que de resultar adjudicatarias, las empresas extranjeras sí deben presentar todos los documentos: poderes, certificaciones, personerías (apostillados) entre otros, los cuales son de un gran costo económico como para exigirse en etapa de presentación de ofertas. Indica que no lleva razón la empresa objetante en cuanto a este punto, el cual es totalmente improcedente y que el principio de legalidad se debe leer que en igualdad de condiciones igualdad de trato, no obstante, hace ver que no están en las mismas condiciones; y más bien, posteriormente deben cumplir con requisitos mucho más rigurosos que los que se aplican a las empresas nacionales. Refiere al principio de legalidad. **Criterio de la División:** el cartel, en el apartado de los requisitos de las ofertas, artículo 4, dispone que las ofertas deberán contener lo siguiente: “7. *Para ofertas nacionales: certificación de naturaleza y propiedad de las acciones o cuotas con vista en el libro de accionistas o cuotistas*” (folio 85 vuelto del expediente de objeción). En primer término, el recurrente no desarrolla ni acredita una violación a la libre participación, ya que tan siquiera señala si se ve o no imposibilitado a participar a partir de la condición de su empresa –nacional o extranjera-, no hace referencia a que en el caso en particular tal cláusula le impida su participación, ni cómo la cláusula cartelaria le perjudica en los términos planteados al posicionarse como un requisito de oferta, ya que su argumentación la dirige hacia una violación

al principio de igualdad de trato. No obstante, aun considerando su argumentación, no desarrolla que la solicitud de la referida certificación de naturaleza y propiedad de acciones o cuotas en el libro de accionistas o cuotistas a empresas nacionales se constituya en una diferenciación entre empresas nacionales y extranjeras que resulte desproporcionada o improcedente, máxime, considerando las razones que brinda la Administración para su proceder, que en principio implican una apertura del cartel para una mayor posibilidad de participación de posibles empresas interesadas. Incluso el requerimiento es considerado en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), cuando el artículo 81 de dicho cuerpo reglamentario considera como aspecto formal subsanable, lo referido a “naturaleza y propiedad de las acciones”, con lo cual queda patente que tal requerimiento no es ajeno a la contratación administrativa. Así, la presentación de tal certificación es un elemento que sirve como un elemento para verificar el ajuste de la oferta al régimen de prohibiciones, precisamente en atención a la garantía de transparencia en los procedimientos de contratación y su incidencia en la inversión de fondos públicos. Los requisitos que se establezcan en el cartel deben ser razonables, por lo que el imponer condiciones más gravosas a oferentes extranjeros relacionadas con la certificación requerida implicaría afectar la libre participación que busca la Administración al tener que requerir mayor rigurosidad en los requisitos y aumento de costos para presentar oferta que pueden constituirse en elemento disuasorio para participar, aunado a que la recurrente no acredita por qué necesariamente debe exigirse a empresas extranjeras considerando la finalidad del requerimiento y a quien va dirigido, más allá a invocar el principio de igualdad. En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **2) Sobre firma de oferta.** La objetante señala que ante la posibilidad de subsanación que plantea la Administración, resulta de vital importancia remitir al contenido de los artículos 63 y 81 del RLCA, y se refiere en particular, al contenido del artículo 63 que establece la forma en la que debe ser presentada la oferta, y resalta que debe presentarse debidamente firmada por quien tenga poder para ello. Afirma que de conformidad con la normativa que regula la contratación pública en el país, la oferta sin excepción, debe ir firmada únicamente por quién tenga poder suficiente para ello, haciendo inadmisibles las ofertas presentadas sin este requisito. Remite al artículo 81 del RLCA, el cual –señala-, hace un listado de los aspectos subsanables en la presentación de la oferta, dejando por fuera el tan trascendental requisito de la firma por parte de la persona con suficientes capacidades legales para ello. Afirma que el alcance cartelario en comentario no se sostiene en apego a la normativa que regula la materia y roza con el principio de legalidad y a la

vez, contraviene la igualdad de trato entre oferentes, posibilitando una ventaja indebida para quién no cumpla con los requisitos más elementales de la presentación de ofertas (en este caso la firma de quién tenga poder para ello). Indica que el cartel debe ser modificado haciéndose la advertencia respecto a la presentación de la oferta en total apego al artículo 63 del RLCA. Solicita se elimine la posibilidad de subsanar ofertas que no hayan sido firmadas por quién tenga suficiente poder para ello. La Administración manifiesta que lo referente al poder (representación) es una de las reformas al ordenamiento jurídico en materia de contratación administrativa y parte del principio de buena fe regulado en el artículo 2 inciso f) del RLCA. Se refiere a la presunción del artículo 18 de dicho reglamento y afirma que es un aspecto regulado legalmente por lo que de igual forma debe rechazarse por improcedente, y que carece de fundamento legal. **Criterio de la División:** el cartel en el artículo 4, punto 11 dispone: *“La oferta debe ser firmada por quien tenga poder para ello, en caso de que una oferta sea suscrita por una persona que no cuente con dicho poder, se le prevendrá que en un plazo no mayor de tres días hábiles, a partir de su notificación, deberá ratificar la oferta, las obligaciones en ella contraídas y todo lo actuado, por quien cuente con personería jurídica para tal efecto, caso contrario la oferta no podrá ser objeto de adjudicación”* (folio 86 del expediente de objeción). Sobre el particular, conviene indicar que la firma de oferta es un requisito que se visualiza en los siguientes términos, según el artículo 81 del RLCA: *“Se entiende que la falta de la firma de una oferta no es un aspecto subsanable”*. Por otra parte, el artículo 17 sobre capacidad de actuar señala que *“Se presume la capacidad de actuar de todo oferente, por lo que esa condición solamente deberá acreditarse por parte del adjudicatario”*, y en igual sentido, el artículo 18 *“Se presume que quien suscribe la oferta cuenta con la capacidad legal para ello. La acreditación se reserva para el adjudicatario en una etapa posterior”*. Al respecto conviene diferenciar entre la falta de firma en una oferta, lo cual es un aspecto no subsanable, y la firma de oferta por alguien que resulte no tener capacidad, análisis que debe realizarse de manera casuística. Ahora, si la Administración previó tal posibilidad en el cartel, considerando la figura de la ratificación, no se observa que ello resulte improcedente, toda vez que la ratificación ha sido aceptada por este órgano contralor, tal y como se puede observar en la resolución No. R-DCA-127-2014 de las 9:00 horas del 2014 que en lo que interesa dispuso: *“... si quien otorga el poder avala-ratifica lo actuado por quien no tenía poder suficiente para actuar, se tiene por subsanado el defecto y por lo tanto, aplicando dicho razonamiento al caso concreto la oferta se tiene presentada por quien ostentaba el poder para ello...”*; resolución que a su vez cita la resolución No. R-DAGJ- 149-99 de las 12:30 horas del 8 de

diciembre 1999 en la que se señaló que: *“la ratificación es sinónimo de subsanación en materia de poderes; y es que si el poderdante avala lo actuado por el mandante, aceptando las obligaciones por él contraídas, no vemos motivo para considerar que tal actuación pueda ser considerada como variación de una oferta.”* Bajo este orden de ideas, no se observa la violación que apunta la objetante. En razón de todo lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **3) Sobre volumen y datos de consumo.** La objetante afirma que del alcance cartelario –artículo 13-, se denota cómo al presentar como referencia un cuadro que no contempla el periodo de volumen del servicio a prestar, de lo que va del 2016, se genera un grave riesgo para el oferente y eventual contratista por cuanto no se puede promediar de manera atinada el volumen de crecimiento o disminución de la demanda del servicio (dato vital para realizar las proyecciones de las oferentes respecto al precio) generando la ineludible necesidad de ofertar con datos inexactos y con la posibilidad de incurrir en incumplimientos contractuales o bien en la generación de pérdidas para la contratista. Indica que aunque se trata de un servicio por demanda, ello no obsta para que al menos se presenten datos precisos de periodos anteriores, en búsqueda del equilibrio financiero de la contratación y el cumplimiento adecuado con los fines públicos perseguidos. Señala que el faltante de información certera del servicio genera a todas luces una amenaza al equilibrio financiero del contrato y la seguridad jurídica, por lo que solicita modificar el cartel para que se presenten los datos exactos del volumen de servicio de los años anteriores, incluyendo lo que va del período 2016, el cual afirma se deja por fuera del cuadro informativo y reviste especial importancia para conocer el volumen actual del servicio. Solicita se presente el cuadro informativo de volumen real del servicio requerido, de los períodos 2014 a lo que va del 2016 inclusive. La Administración detalla el volumen de llamadas entrantes de enero 2014 hasta setiembre 2016. Señala que tal información ya fue aportada según requerimiento tramitado mediante documento del 03 de noviembre de 2016 donde la empresa IT SERVICIOS DE INFOCOMUNICACIÓN solicitó ante la Administración la atención de aclaraciones al cartel de la presente licitación. La Administración remite tres cuadros que constan a folio 81 frente y vuelto del expediente de objeción. **Criterio de la División:** el cartel, en el artículo 11, identificado como “CUADRO CONSUMO PROMEDIO ANUAL 2014 A 2015” dispone: *“Los datos de consumo aportados, son de carácter informativo, de modo tal, **que no se le asegura al contratista ningún volumen, dicho volumen puede aumentar o disminuir según la demanda real del servicio, sin que ello implique variación alguna de las condiciones contractuales, ni otorgue derecho alguno de resarcimiento. Los servicios por concepto de la presente contratación, se cancelarán con base en las cantidades reales del trabajo ejecutado y aceptado a satisfacción, requeridos por el Administrador del contrato o persona que a***

*su fin se designe./ Para el caso de llamadas entrantes se presenta como referencia cuadros de consumo histórico correspondiente a los años 2014 y 2015, para el resto de servicio no se tienen antecedentes de consumo (...)" (folio 87 frente y vuelto del expediente de objeción). Asimismo, se observan dos cuadros con promedios, 2014 y 2015. Ahora, si bien la Administración remite datos del 2016, lo cierto es que la cláusula que se impugna corresponde a un elemento propio de la modalidad ya que tratándose de servicios por demanda, en su más pura acepción, es de cuantía inestimable. Ya que lo que se pacta o contrata no es una cantidad específica de minutos de atención o de atención de correos, u otros –considerando las particularidades del objeto contractual- sino que se contrata la obligación de suplir el servicio según las necesidades que se le vayan presentando a la Administración, por lo que los requerimientos de servicios podrían ir desde uno, hasta ninguno o cantidad infinita de requerimientos; de ahí que la Administración advierte que no asegura una cantidad específica, riesgo que asume la empresa contratista y que debe considerar al formular su oferta ya que se pagará por lo efectivamente prestado o servicio efectivamente desarrollado. Respecto a los datos dados a modo de antecedentes de consumo, considerando lo indicado en el artículo 154 inciso b) del RLCA, se dispone que la Administración incluirá en el cartel, a modo de información general, los consumos al menos del año anterior, y ante la remisión por parte de la Administración de información adicional, la cual se deberá incorporar al contenido del cartel, se declara parcialmente con lugar el recurso en este punto. 4)*

**Sobre revisión periódica de precios.** La objetante cuestiona la cláusula 13 y afirma que resulta improcedente por contrariar el principio de seguridad jurídica por cuanto resulta abusivo pretender una vez realizada la adjudicación con un precio determinado, venir a modificar unilateralmente en cualquier momento ese precio (a sabiendas del desequilibrio financiero del contrato que esto podría generar y por ende los daños de imposible o difícil reparación para la contratista). Indica que como los estudios de mercado mencionados en el alcance cartelario objetado, obedecen a otra fase de la contratación (fase previa) con la cual la Administración contratante valora la razonabilidad del precio. Por lo tanto, afirma que no puede pretenderse variar durante la ejecución del contrato el precio ya considerado como razonable previamente en la fase respectiva. Remite al contenido del voto 998-98 emitido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia respecto al equilibrio de intereses "(...) *equilibrio de intereses, en tanto es necesario que en estos procedimientos exista una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para el contratante y la administración, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de este.*" Afirma

que el equilibrio en el desarrollo de los procedimientos de contratación pública resulta primordial y por ende cualquier desequilibrio financiero debe ser suprimido. Indica que la variación unilateral del precio ofertado y aceptado por la Administración, traería consigo nefastas consecuencias para la contratista, quien al ofertar un precio determinado contempló diferentes variables como por ejemplo gastos en equipo, personal y ganancias, lo cual implica en un escenario posible, que la variación de los precios fijados venga a dar al traste incluso con el pago de salarios del personal y otras cargas contempladas por la adjudicataria. Afirma que es claro que la variación por parte de la contratante de los precios fijados por el mismo procedimiento de selección y el contrato contraviene tanto el equilibrio financiero como la seguridad jurídica que debe tener cualquier contratista al saber que su precio no se verá alterado en perjuicio. Solicita se elimine el alcance cartelario en procura del adecuado equilibrio financiero del contrato. Solicita se elimine la posibilidad de modificación en perjuicio del precio establecido contractualmente. La Administración indica que los sondeos más que un derecho constituyen un deber de la Administración en resguardo de los fondos públicos. Señala que la modificación unilateral es una de las potestades de imperio de la Administración (artículo 12 LCA) y que la objetante incluso confunde la figura del reajuste de precios (mantenimiento del equilibrio económico del contrato) pues de conformidad con el artículo 18 de la LCA es claro que la Administración puede reajustar precios ya sea aumentándolos o bien disminuyéndolos: cuando varíen los costos directos e indirectos. Afirma que no se trata de una disposición antojadiza sino todo lo contrario (un deber claramente establecido en la ley); lo anterior, sin perjuicio de la modalidad de la licitación, a saber; según demanda, la cual por su naturaleza precisamente corresponde en un todo a la forma en que se encuentra plasmado el alcance objetado en el cartel. Señala que resulta improcedente el alegato y debe rechazarse. **Criterio de la División:** el cartel en la cláusula 13 cuestionada respecto a la “REVISIÓN PERIODICA DE PRECIOS” dispone lo siguiente: *“AyA se reserva el derecho de realizar sondeos en el mercado de los precios de los servicios arrendados, comparándolo con los precios de otros similares, localizables en el mercado. Si producto de dicha práctica se determina que en esta existe una diferencia superior al precio promedio logrado versus el pactado; el AyA exigirá del contratista el ajuste inmediato de esos precios y en caso de que ello no se logre, se reserva el derecho de excluir el o los servicios productos bajo estudio, si así lo estima conveniente”* (folio 88 del expediente de objeción). Sobre el particular, conviene indicar que el cartel en reiteradas ocasiones señala que se está ante modalidad según demanda, lo que conduce a observar lo regulado en el artículo 154 inciso b) del RLCA, norma que posibilita de

modo expreso la facultad para la Administración, de incluir en el cartel mecanismos para variar precios originalmente contratados. Sin embargo, no puede perderse de vista que el objeto contractual en el caso particular corresponde a servicios, por lo que la norma que corresponde es el artículo 163 del RLCA referido precisamente a contrato de servicios, que a su vez regula la modalidad de servicios por demanda, que en lo que interesa dispone: *“La Administración podrá incluir en su cartel mecanismos que le permitan variar los precios originalmente contratados, cuando éstos no reflejen las variaciones sustanciales y sostenidas del mercado, que se hayan producido con posterioridad. Para ello deberá establecer reglas claras que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación de esta facultad.”* De ello, destaca que la Administración tiene derecho a realizar el sondeo de mercado, se trata de una facultad, y opera cuando exista una variación sustancial, significativa de los precios del mercado que torne al precio contratado en perjudicial para la Administración y el adecuado uso de los fondos públicos, no se trata de un actuar antojadizo sino que encuentra sustento en la citada norma. Se trata de una facultad que necesariamente debe asociarse a la modalidad de contratación empleada; ello resulta distinto del reajuste de precios –artículo 18 de la LCA- que está referido al reconocimiento por variaciones de costos. En todo caso, la facultad regulada en el artículo 163 del RLCA no se puede ejercer de modo irrestricto, sino que implica en primer término que el mecanismo esté contemplado en el cartel, y además, que se establezcan reglas claras para ello, que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación. Al respecto, conviene indicar que: *“Sobre los sondeos de mercado en cuanto a la revisión periódica de precios de mercado, (...) este órgano contralor se ha referido (...) señalando que si bien la figura de revisión de precios de mercado está prevista a nivel normativo, su utilización en cada caso concreto no puede convertirse en un instrumento que atente contra la flexibilidad de este tipo de contrataciones, ni contra la proporcionalidad y la seguridad jurídica. De tal suerte que las revisiones de mercado han de operar en aquellos supuestos en los que los precios dado el comportamiento del mercado han sufrido variaciones sustanciales con algún nivel de constancia en un período de tiempo razonable, que hagan del precio que se contrató originalmente, un precio sumamente alto y perjudicial para la Administración y no simplemente para los casos en los que se pueda conseguir un oferente con un precio menor. En tales supuestos la entidad debe acreditar mediante un estudio formal y representativo, la situación actual de esos productos, la tendencia o comportamiento de mercado y la diferencia sustancial en relación con el precio pactado, de manera que la Administración le brinde al contratista la posibilidad de ajustarse a esa nueva realidad equiparando sus precios con la realidad imperante. Lo anterior, incluye por supuesto, que esa revisión de mercado parta de una semejanza desde la perspectiva de la naturaleza, calidad y condiciones de entrega de los bienes a adquirir. Es claro que ese sondeo de precios de mercado no puede ser un ejercicio ligero o abusivo, pero tampoco puede demandar tal cantidad de recursos*



*institucionales que lo convierta en una finalidad superior al mismo contrato. Se trata, pues, de una aplicación racional de carácter excepcional, en aras de proteger a la Administración en contratos de suministros y servicios que pueden regir hasta por un plazo de cuatro años, tiempo en el cual producto de la dinámica del mercado (por ejemplo condiciones de oferta y demanda, aplicación de nuevas tecnologías de producción, entre otros) podrían darse determinadas condiciones excepcionales en los precios de mercado que posibilitarían a la Administración obtener los mismos suministros a un mejor precio acudiendo a otros proveedores (...). De igual manera la metodología para concluir que existen esos cambios trascendentes en el mercado no puede ser informal o arbitraria y debe implicar un sondeo significativo, mediante procedimientos que sean coherentes basados en parámetros claros, precisos, y que estén bien acreditados, cuya complejidad no lo convierta, como ya se indicó, en una finalidad superior al propio contrato.” (Oficio No. 01441 (DCA-0433) del 4 de febrero 2009). En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto, en tanto tal posibilidad está contemplada en la normativa, según fue dicho. -----*

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 17, 18, 81, 154, 163, 170 y 172 de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **IT SERVICIOS DE INFOCOMUNICACIÓN S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2016LN-000018-PRI**, promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS** para la contratación de “*Servicios de centro de contactos para atención Omnicanal de usuarios del AyA*”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se da por agotada la vía administrativa. -----

**NOTIFÍQUESE.**-----

Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

María Jesús Induni Vizcaíno  
**Fiscalizadora**