R-DCA-01284-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las once horas con doce minutos del dos de diciembre del dos mil veinte.----------

RECURSO DE OBJECIÓN interpuesto por la empresa **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel del concurso **2020CG-000003-0000300001** promovido por **CORREOS DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** para la contratación de servicios de arrendamiento sin opción de compra de equipos informáticos (hardware), según demanda.--------

RESULTANDO

I. Que el diecisiete de noviembre del dos mil veinte, la empresa Componentes El Orbe Sociedad Anónima presentó ante la Contraloría General de la República un recurso de objeción en contra del cartel del concurso 2020CG-000003-0000300001 promovido por Correos de Costa Rica Sociedad Anónima para la contratación de servicios de arrendamiento sin opción de compra de equipos informáticos (hardware), según demanda.----------

II. Que mediante auto de las ocho horas del veinte de noviembre del dos mil veinte, esta División confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio GAF-DA-DCC-221-2020 del veinticinco de noviembre del dos mil veinte, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.----------

III. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.----------

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA CONOCER DEL RECURSO DE OBJECIÓN INTERPUESTO: el artículo 16 de la Ley 7768 del 24 de abril de 1998 establece que Correos de Costa Rica Sociedad Anónima no estará sujeta a la Ley de Contratación Administrativa, entre otras normas. Así las cosas, resulta necesario referirse a la competencia que ostenta la Contraloría General de la República para conocer del recurso de objeción interpuesto. Dicho aspecto fue analizado por esta División en la resolución R-DCA-0152-2018 del 15 de febrero del 2018, en donde se indicó lo siguiente: "*Ahora bien, tratándose de impugnación de carteles en concursos promovidos por Correos de Costa Rica, corresponde observar lo dispuesto en la Ley de Correos No. 7768, cuyo artículo 16 establece expresamente: "Correos de Costa Rica no estará sujeta a las siguientes disposiciones legales: a)*

*Ley de Contratación Administrativa, No. 7494, de 2 de mayo de 1995. (…)". No obstante, el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa expresamente señala que: "(…) Cuando se utilicen parcial o totalmente recursos públicos, la actividad contractual de todo otro tipo de personas físicas o jurídicas se someterá a los principios de esta ley (…)." Corolario de lo anterior, los procedimientos que promueva Correos de Costa Rica para la compra de bienes y servicios ciertamente no se encuentran sujetos a la Ley de Contratación Administrativa, sí a los principios que rigen la materia, lo cual ha sido reiterado incluso en el Reglamento de Contratación de Correos de Costa Rica S.A., que en el artículo 2 menciona: "**Régimen jurídico.** La actividad de contratación de Correos, se regirá por los principios generales señalados en la Constitución Política en materia de contratación administrativa, el presente Reglamento, el Código Civil y el Código de Comercio". En este sentido, los procedimientos de compra realizados por una empresa como Correos de Costa Rica que provee el servicio público postal, deben de observar el principio de control de los procedimientos, conforme al cual esta Contraloría General, en calidad de jerarca impropio puede conocer las impugnaciones que se presenten en contra de los carteles, esto es recurso de objeción, así como el recurso interpuesto en contra de aquellos actos finales por la vía del recurso de apelación, sobre lo cual puede consultarse la resolución No. R-DC-133-2000, de las catorce horas del doce de abril de dos mil, en donde se indicó: "Sobre la competencia o incompetencia de la Contraloría General de la República como contralor jerárquico impropio, reparo invocado por "Correos de Costa Rica, Sociedad Anónima", se hace necesario señalar que la facultad de este Órgano Contralor para conocer y resolver de los recursos que se interpongan contra los actos de adjudicación en los procedimientos de contratación administrativa realizados, deriva del artículo 183 de la Constitución Política, el cual establece su esfera de competencia referida a la fiscalización superior de la Hacienda Pública, comprensiva de la actividad de contratación administrativa, tal y como la Sala Constitucional lo ha señalado en su Voto No. 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho. De la relación de los numerales 182 y 183 de la Constitución Política, así como del artículo 8 de nuestra Ley Orgánica –que ubica a las empresas públicas como componentes de la Hacienda Pública-, resultan incuestionables los alcances de las atribuciones de fiscalización en los procedimientos de contratación administrativa, tal y como fue explicado en nuestra resolución No. 77-99 de las catorce horas del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, a cuyas consideraciones nos remitimos. No obstante, conviene señalar que no se trata sólo de una competencia constitucionalmente ejercida respecto de Correos de Costa Rica S.A., sino que se encuentra de*

por medio un derecho fundamental del administrado, cual es la posibilidad de demandar el ajuste a la legalidad frente a un intento de "huída del Derecho Administrativo" en una actividad de profunda raigambre estatal. Precisamente, el artículo 6º de la Ley de Correos, No. 7768/98, señala que es "obligación del Estado, prestar en todo el territorio nacional por medio de Correos de Costa Rica el servicio social de comunicación postal, declarado servicio público...". Frente a esta función materialmente administrativa llevada a cabo por una empresa pública, no pueden ceder los mecanismos impugnatorios vigentes en detrimento de los derechos del administrado, máxime cuando es el propio órgano el que se "autoregula" y por ende, el que decide qué actos son recurribles. Como lo ha subrayado la Sala Constitucional: "... la Contraloría General de la República es la encargada, por excelencia, de la vigilancia de la Hacienda Pública". Derivado de lo anterior, este órgano contralor ostenta la competencia para conocer de los recursos de objeción en contra de carteles elaborados por instituciones que se rigen por principios, sobre lo cual se indicó en resolución R-DJ-331-2010 del trece de julio del dos mil diez, esta Contraloría General de la República estimó que: "(…) la Contraloría General tiene competencia para conocer de los medios de impugnación establecidos en materia de contratación administrativa, -sea tanto el recurso de apelación como el recurso de objeción al cartel- por cuanto en ambos se tutela el respeto y correcto cumplimiento de los principios de contratación administrativa. En cuanto al recurso de objeción propiamente dicho, debemos señalar que este medio recursivo ha sido establecido en nuestro ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos que restrinjan injustificadamente la participación de oferentes o que violenten el principio de igualdad de trato, lo se traduce en última instancia, en un mecanismo de control y verificación de la correcta aplicación de los principios de contratación administrativa en los procesos de compras de las administraciones públicas. Entonces, así como se tiene competencia para conocer los recursos de apelación sobre los actos de adjudicación o lo que declare desierto o infructuoso el concurso, de los procesos de contratación administrativa que se realicen con fondos públicos, de igual manera se debe concluir que esta Contraloría General tiene competencia para conocer de los recursos de objeción contra los carteles de las contrataciones –según lo que de seguido se dirá-, independientemente de la denominación que se le haya dado al procedimiento. Ahora bien, es lo cierto que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa divide la competencia para conocer de dichos recursos en razón del procedimiento, de forma tal que a la Contraloría General le corresponde conocer de los recursos de objeción en las contrataciones de mayor cuantía (artículo 172 del reglamento), y a la Administración licitante le corresponde conocer de los recursos de objeción en las contrataciones de menor cuantía (artículo 173 del reglamento). Por

consiguiente, y bajo los presupuestos dichos, resulta necesario determinar la cuantía a partir de la cual le corresponde a este órgano contralor la competencia para conocer de los recursos de objeción en los procesos de contratación administrativa que realice la Compañía (…)" (ver también la resolución R-DCA-693-2015 de las quince horas del ocho de setiembre del dos mil quince) Tomando en consideración lo anterior, se torna necesario la estimación del presupuesto de la presente contratación y el respectivo estrato presupuestario que le corresponde a Correos de Costa Rica." Así las cosas, y de conformidad con lo expuesto en la citada resolución, se tiene que la competencia para conocer del recurso de objeción se determina en razón del presupuesto estimado de la contratación. En este sentido, se observa que en la resolución R-DC-11-2020 del 14 de febrero del 2020 se establece que Correos de Costa Rica Sociedad Anónima se ubica en el estrato E), de forma tal que la cuantía para realizar el procedimiento equivalente a la licitación pública en concursos que excluyen la obra pública debe ser igual a o más de ¢203.100.000,00. En el caso bajo análisis se observa que la Administración estimó un presupuesto para este concurso de ¢750.000.000 lo cual se visualiza en el expediente en SICOP de la siguiente manera:

Monto de presupuesto estimado	¢ 750.000.000

(ver punto 1. Información de solicitud de contratación, número de solicitud de contratación "0062020151300048, página denominada "Solicitud de contratación", en el expediente del concurso en el Sistema Integrado de Compras Públicas denominado SICOP). Dicho presupuesto estimado también se menciona en el cartel del concurso, cuando indica lo siguiente:

Cuantía anual:	₡ 750.000.000,00

(ver punto 2. Información de Cartel, acceso denominado 2020GG-000001-0000300001 [Versión Actual], en el expediente del concurso en el Sistema Integrado de Compras Públicas denominado SICOP). Así las cosas, se tiene por acreditado que el monto del presupuesto estimado por Correos de Costa Rica S.A., para este concurso es superior al límite mínimo contemplado en la resolución R-DC-11-2020 para la realización de procedimientos de licitación pública determinados para esa institución. Por lo tanto, se concluye que el concurso 2020CG-000003-0000300001 promovido por Correos de Costa Rica S.A., resulta equiparable a una licitación

pública en razón del monto estimado, y por lo tanto este órgano contralor ostenta la competencia para conocer del recurso de objeción interpuesto.----------

II. SOBRE EL FONDO. 1) Certificación ISO-20000: En la cláusula 15 del cartel denominada "Factores de valoración para adjudicar" se establece lo siguiente:

CUADRO DE FACTORES DE VALORACIÓN

FACTORES	PUNTAJE
Precio del Arrendamiento total	65
Experiencia en arrendamiento de equipos	20
Certificación ISO-20000	15
TOTAL	**100**

La objetante manifiesta que según los estudios realizados en ECA e INTECO, evidencian que en Costa Rica solamente hay una empresa certificada en ISO 20000, empresa que habitualmente no participa en licitaciones según consultas realizadas en los sistemas "SIAC" y "SICOP" y por el perfil de la misma no sería idónea para participar en este concurso. Tampoco hay en el expediente, estudios de factibilidad que acrediten la conveniencia, ni la pertinencia de éste tipo de certificaciones, ni existe un análisis de cuántos potenciales oferentes poseen esta característica en Costa Rica o extranjeros, en caso de que exista solicita se permita su revisión. Considera que la certificación que promueve la Administración favorece a los proveedores extranjeros otorgándole una ventaja indebida en contra de los oferentes nacionales y vulnerándose así el principio de trato nacional consagrado en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa. Por otra parte, manifiesta que el porcentaje concedido en el sistema de evaluación lo considera desproporcionado y no razonable, ya que representa un valor muy alto en una certificación que casi nadie en Costa Rica la posee, limitando a los oferentes nacionales y otorgándoles una ventaja indebida a los oferentes extranjeros, vulnerándose el principio de trato nacional citado. Menciona que no hay en el expediente un estudio que justifique la razonabilidad de la evaluación para una certificación que en apariencia no hay oferentes certificados en Costa Rica, por lo que en apariencia solamente proveedores extranjeros tendrían opción a lograr acreditarse un 15% en el sistema de evaluación, que si bien es cierto no limita la participación, si es evidente y manifiesto que restringiría muchos la posibilidad de resultar ganadores, ya que es sumamente difícil reversar o compensar el porcentaje del 15% solamente

en el factor del precio o en la experiencia. Explica que en su caso, cuenta con un estándar de calidad que garantiza que los sistemas de gestión y soporte TI (Tecnologías de la Información) siguiendo las mejores prácticas; sin embargo, los servicios los puede prestar sin contar con la certificación ISO-20000 pues es la experiencia y los años en los que ha brindado los mismos le asegurará a su institución que recibirá el producto/servicio que requiere. Considera que la Administración podría solicitar en el cartel como "Requisitos" el establecimiento de un sistema de gestión de Servicios TI incluyendo el diseño, la transición, la entrega y la mejora de los servicios TI, y solicitar una declaración jurada o certificación notarial del mismo para documentar el requisito. Además, pueden solicitar la descripción de los procesos que llevará a cabo el adjudicatario para planificar, implementar, operar, monitorear, revisar, mantener y mejorar un sistema de gestión de servicios. Otra alternativa es que por la naturaleza de los alcances de la certificación ISO 20000-9, la Administración podría evaluar y considerar permitir que los oferentes mantengan en sus planillas personal técnico certificado en ITIL. Adicionalmente a lo anterior, la Administración podría requerir a los oferentes para efectos de evaluación con la ISO 9001:2015 que se refiere a calidad y servicios así como la ISO 14001:2015 que se refiere a promoción del ambiente. Si bien es cierto que el cartel solicita la ISO 14000, lo solicita como un aspecto que debe cumplir cada uno de los equipos, es decir, como un requerimiento técnico, no obstante sugiere que la certificación ISO 14001 sea solicitada para el oferente y los fabricantes de los equipos que se coticen, ya que es imposible certificar un producto o equipos en la ISO 14000, siendo que ésta certificación únicamente se emite para las personas físicas o jurídicas que acrediten su cumplimiento. Además menciona que si lo que se requiere a nivel técnico es demostrar que los equipos cumplen con estándares ambientales, sugerimos solicitar EPEAT, UL, FCC, CSA, o alguna otra norma de calidad ambiental que acredita los equipos. La Administración manifiesta l que ella solicitó vía cartelaria la presentación de la certificación ISO-20000 y se establece como un factor de valoración con un puntaje del 15% del total de la valoración para las ofertas, por lo que no está limitando la participación de oferentes ni está creando ventajas de unos respecto a otros, hecho señalado por el recurrente pero no ofrece prueba para su afirmación. Menciona que tiene certeza que hay proveedores que tienen la certificación antes indicada, y si bien el recurrente anexa un link de una empresa certificada, no ofrece prueba de ser la única como lo señala, ni ofrece prueba que esa empresa en particular pueda o no brindar los servicios objeto de la contratación. Explica que corresponde a la Administración en el análisis de ofertas constatar la presentación de los requerimientos y requisitos cartelarios de los oferentes, entre ellos la certificación ISO 20000 solicitada, misma que podrán incluso todos los oferentes verificar

de cada oferta con solo accesar al expediente electrónico una vez realizado la apertura de ofertas. Explica que no es un requerimiento sin fundamento como lo hace ver el recurrente, sino que se otorgarán los puntos indicados al oferente que demuestre estar certificado en el estándar internacional de gestión de servicios de TI, ISO 20000 mediante la presentación de la misma, la cual es el marco de mejores prácticas para la gestión de servicios que ayudará a Correos de Costa Rica a contar con un servicio consistente y confiable, actualizado y con un valor agregado. Aclara que los alcances de la certificación ISO 20000-9 y el certificado en ITIL son totalmente diferentes, la primera enfocada en los servicios informáticos y la segunda enfocada al personal en la rama informática, por lo que no acepta la petitoria del oferente. Finalmente, menciona que modificará el Anexo N°5 "...para que verse que el fabricante de los equipos ofrecidos deberá contar con las certificaciones ISO 9001 e ISO 14000." **Criterio de la División:** se observa la empresa objetante cuestiona un factor de evaluación, concretamente la certificación ISO-20000. Al respecto, debe tenerse presente que este órgano contralor ha aceptado que por la vía del recurso de objeción al cartel se cuestionen los factores de evaluación cuando éstos sean desproporcionados o inaplicables. En este sentido se ha indicado lo siguiente: *"(…) Sobre este aspecto deben considerar los objetantes como primer orden, que la Administración goza de una total discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro un sistema de evaluación, debiendo observarse únicamente que los factores incorporados en el mecanismo resultante cumplan con cuatro reglas esenciales: proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable. El primero de ellos refiere al equilibrio o proporcionalidad que debe existir entre cada uno de los factores a evaluar, de manera que cada uno tenga su justo peso dentro del sistema de evaluación. El segundo y tercero corresponden respectivamente, a que los factores a evaluar deben ser pertinentes, es decir, que guarden relación con el objeto contractual y trascendentes o sea, que estos factores representen elementos que ofrezcan un valor agregado a la calificación. Finalmente, tenemos la aplicabiblidad, que consiste en que este sistema de evaluación debe resultar aplicable por igual a las ofertas, pues puede ser que cumpliendo con los tres puntos anteriores, el sistema al momento de desarrollarlo o "correrlo" resulte de imposible aplicación. La anterior referencia es importante, por cuanto para tener por cuestionado algunos o todos los elementos del sistema de evaluación de un concurso, el objetante debe demostrar con claridad que ellos resultan contrarios a alguno de los cuatro puntos brevemente referenciados (…)"* (ver resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013). De conformidad con lo expuesto, se tiene que el sistema de evaluación permite a la Administración reconocer aquellos aspectos que a su criterio brindan una ventaja competitiva para la selección

de la mejor oferta. Ahora bien, en el caso bajo análisis la recurrente cuestiona el certificado ISO-2000 por considerar que en el mercado nacional solamente existe un oferente que puede cumplir con dicha condición, por lo cual, a su criterio, se estaría otorgando una ventaja indebida a los oferentes extranjeros sobre los nacionales. Al respecto, se observa que la recurrente únicamente aportó como respaldo de su argumento la referencia a una página de internet, la cual contiene una noticia del 28 de noviembre del 2017; sin embargo dicha prueba no resulta idónea, sobre lo cual esta División en la resolución No. R-DCA-668-2012 de las once horas del catorce de diciembre de dos mil doce, indicó lo siguiente: "*De frente a la prueba con la que se sustenta el recurso en este extremo a saber, dirección electrónica y copias técnicas, resulta oportuno citar lo indicado por este órgano contralor en la resolución Nº RC-655-2002 de las ocho horas del quince de octubre de dos mil dos, donde se dijo: "(...) Esta Contraloría General ha considerado en otras ocasiones que la documentación bajada de la red Internet no tiene el carácter de prueba de los alegatos traídos a examen. En ese sentido se ha sostenido lo siguiente: "El criterio que, sobre la prueba obtenida de Internet sostiene esta Contraloría General con el fin de sustentar nuestra recta actuación. Se ha establecido que dicha prueba no resulta prueba idónea en esta materia ya que la información es fácilmente manipulable y sujeta a modificaciones periódicas, lo cual no brinda suficiente certeza para darle carácter de plena prueba […] Así las cosas, este Despacho no consideró fundamento firme la utilización de las "pruebas" obtenidas de Internet …" Es por esto que en primer término la fundamentación del dicho del apelante no se encuentra basada en prueba idónea, lo cual provoca que la misma no resulte de relevancia para la decisión del presente argumento.*" Así las cosas, se tiene que en este caso el argumento de la empresa recurrente carece de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya que se echa de menos el análisis y prueba idónea mediante la cual el recurrente demuestre que efectivamente en el mercado nacional solamente existe un oferente con posibilidad de cumplir con dicho requerimiento, tal y como lo alega. Por otra parte, se observa que la recurrente alega que "*Tampoco hay en el expediente, estudios de factibilidad que acrediten la conveniencia, ni la pertinencia de éste tipo de certificaciones...*" (ver documento registrado con el número de ingreso 34970-2020 en el folio 1 del expediente de la objeción), sin embargo con su respuesta a la audiencia especial, la Administración explicó las razones por las cuales considera que dicho certificado es relevante, y en este sentido indicó lo siguiente: "*...no es un evento a priori como lo solicita el recurrente, versa en el cartel, documento anexo, pág. 23 respecto a esta certificación ISO-20000 y de su importancia para la Administración "La certificación permite demostrar de manera independiente que los servicios ofrecidos cumplen con*

las mejores prácticas, para lo cual la Administración considera necesario para evaluar la idoneidad de los oferentes la presentación de la Certificación ISO-20000, la cual debe ser emitida por un ente debidamente autorizado por la Organización Internacional de Estandarización (ISO), por sus siglas en inglés"; de ahí la razonabilidad del porqué se solicita ésta y no es un requerimiento sin fundamento como lo hace ver el recurrente sin prueba de su objeción. Por lo tanto, se otorgarán los puntos indicados al oferente que demuestre estar certificada en el estándar internacional de gestión de servicios de TI, ISO 20000 mediante la presentación de la misma, la cual es el marco de mejores prácticas para la gestión de servicios que ayudará Correos de Costa Rica a contar con un servicio consistente y confiable, actualizado y con un valor agregado." (ver documento registrado con el número de ingreso 36064-2020 en el folio 8 del expediente de la objeción). También se observa que la empresa alega que la certificación que promueve la Administración favorece a los proveedores extranjeros otorgándole una ventaja indebida en contra de los oferentes nacionales, sin embargo dicho argumento carece de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del RLCA ya que no aportó ningún elemento probatorio que respalde su dicho. Por otra parte, alega la recurrente que "*….el porcentaje concedido en el sistema de evaluación lo consideramos desproporcionado y no razonable, ya que representa un valor muy alto en una certificación que casi nadie, sino es que nadie en Costa Rica la posee,…*" (ver documento registrado con el número de ingreso 34970-2020 en el folio 1 del expediente de la objeción), sin embargo dicho argumento también carece de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del RLCA, máxime si se toma en consideración que este rubro de evaluación se califica con 15 puntos de un total de 100 puntos, sin que la recurrente acredite que dicho puntaje sea desproporcionado o irrazonable como lo alega. Finalmente, se observa que la empresa recurrente recomienda a la Administración valorar otro tipo de certificaciones, como son la ISO 9001:2015, la ISO 14001:2015, EPEAT, UL, FCC, CSA, o alguna otra norma de calidad ambiental que acredita los equipos, sin embargo es la Administración a la que le corresponde determinar bajo su discrecionalidad, cuáles aspectos incluye en el sistema de evaluación. En razón de todo lo expuesto, se declara sin lugar por falta de fundamentación el recurso en este aspecto. Además, en vista de que la Administración manifiesta que modificará la redacción del Anexo 5, se advierte que ello queda bajo su absoluta y exclusiva responsabilidad. **2) Cláusula 17: Cláusula Penal. Cláusula 18: Multas:** La objetante manifiesta que la multa -o cláusula penal que se regula en el cartel es inutilizable para efectos de cálculo de los daños que derivarían de cualquier atraso, ya que no existe en el expediente acreditado estudio técnico que justifique la aplicación de las sanciones pecuniarias. También indica que la sanción establecida como multa

de $15 es desproporcionada y no razonable, en relación al costo de cada equipo que se pretende arrendar, siendo que el horario es de 8 am a 5 pm (9 horas diarias), la sanción podría alcanzar la suma de US $135 diarios, suma que sería sustancialmente superior al monto mensual del arrendamiento de unos equipos (18.1). Además indica que para los escenarios 18.1, 18.2, 18.3, 18.4 y 18.5, no se indica cuál es el tope de la sanción con precisión y detalle, es decir si el tope corresponde al 25%, no se precisa sobre cuál monto se debe calcular el 25%, siendo que lo justo es que sea sobre el monto del arrendamiento mensual del equipo que presenta el incumplimiento únicamente y no sobre la totalidad de los equipos o sobre la totalidad del monto adjudicado. Finalmente menciona que al ser un concurso de entrega por demanda es importante que el cartel defina de forma objetiva y clara, de conformidad con el principio de tipicidad que rige la sanciones, sobre cuál monto se calculará el 25%, siendo éste el tope para la aplicación de las sanciones, ya que en el punto 17 se hace mención a: “el valor porcentual de la cláusula penal será máximo del 25% del monto del contrato”, pero no se precisa, detalla ni especifica: a) si el monto es sobre el valor de un equipo, b) si es por el valor total de los equipos, c) si el monto es sobre la cuota mensual de arrendamiento, d) sobre el monto anual o e) sobre el monto total del arrendamiento calculado a 36 meses; toda ésta información no es clara en el pliego cartelario, información que considera vital para calcular el riego del negocio y considerar eventuales imprevistos. Sugiere que el monto del 25% se calcule sobre el monto anual del equipo arrendando sobre el cual se presente el incumplimiento únicamente, para que se proporcional y ajustado a lo que disponen los artículos 677, 708, 712 y 713 del Código Civil en franca relación con los artículos 47 y 48 del reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y los artículos 427 y 428 del Código de Comercio. La Administración manifiesta que de conformidad con los artículos 3 y 16 de la Ley N: 7768, Correos de Costa Rica no está sujeta a las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento, y de conformidad con el artículo 1 del Reglamento de Contrataciones de Correos de Costa Rica, éste regirá la contratación desarrollada por Correos. Señala que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante su jurisprudencia referente al tema de cobro de cláusula penal y multas, la resolución N°2017-008919 del 16 de julio de 2017, manifiesta que la aplicación de la cláusula penal es automática para que no pierda su naturaleza indemnizatoria, pero con respecto a las multas deja abierta a la discrecionalidad de la Administración realizar el debido proceso. Agrega que de conformidad y con base en la normativa y jurisprudencia citada, es claro que para la aplicación de la cláusula penal no opera el debido proceso, en razón de que perdería su carácter indemnizatoria, basta con la mera constatación, pero para el cobro de multas se le otorga a la Administración la potestad de aplicar

la discrecionalidad de realizar un proceso sumario o no, según se desprende de lo dicho por la Sala Constitucional en su último criterio resolución N° 2017-008919. Con respecto a los cuestionamientos a la cláusula penal, manifiesta que dicho argumento es una aclaración y no una objeción, sin embargo con respecto a la redacción del punto 17 del cartel reconoce la necesidad de ampliar la redacción, y en tal sentido dicho párrafo se modificará de la siguiente manera: "*Al ser un proceso de contratación según demanda, el requerimiento de los equipos se realizará por medio de órdenes de pedido en la plataforma de SICOP, en caso de incumplimiento en la entrega e instalación de lo requerido en la orden de pedido y/o configuración, y/o recolección de los equipos en los diferentes sitios indicados por Correos de Costa Rica, será aplicada la cláusula penal en la facturación del primer mes de arrendamiento por equipo incumplido en el plazo de entrega según la orden de pedido de acuerdo a la normativa…..*" Con respecto a los cuestionamientos a las multa de $15, explica que no es desproporcional por cuanto fue previsoria al considerar aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que brinda Correos de Costa Rica y para el interés empresarial, y en este sentido expone las siguientes justificaciones: Primero: porque de acuerdo a las condiciones cartelarias, para atender las solicitudes planteadas por la Administración se está dando un tiempo prudencial (un día hábil en el Área Metropolitana y dos para fuera del Área Metropolitana) para que sustituya o repare equipo, tomando en cuenta la ubicación de cada una de las sucursales, así como plazos entre 8 y 16 horas inclusive o de hasta 5 días para la presentación de informes, plazos que la Administración considera razonablemente suficientes para la respuesta del contratista ante alguna necesidad. Segundo: si se toma en cuenta que cualquier equipo que falle y no se atienda y solucione en el tiempo establecido como tolerante, representa un riesgo y una degradación en la prestación del servicio que Correos de Costa Rica ofrece, representando no solo una disminución en el ingreso diario de una sucursal, sino la afectación en el servicio para con los usuarios y clientes, sean estos últimos empresariales, personales o de Gobierno, también es oportuno considerar que la mayor parte de los equipos que se están arrendado y se requerirán arrendar como servicio son para sucursales de Correos, centros de carteros, planta de procesamiento y oficinas, algunos de los cuales son complementarios entre sí o ligados en forma directa unos de otros, lo que implica que un atraso en la cadena operativa de los procesos que podría acarrear multas incluso para Correos de Costa Rica de incumplimiento en los servicios que ofrece; de ahí que no se puede ver el arrendamiento individual de un equipo ya que para la prestación de los servicios de cara a los clientes debe tener disponible la gran mayoría llámese (UPS, Balanzas, Impresoras, Computadoras, Lectores de

códigos de Barra) entre los más relevantes. Tercero: basado en los dos contratos de arrendamiento actuales 2010CG-000001-01 y 2012CG-000003-01, que se tiene con las empresas Componentes El ORBE (recurrente) y Central de Servicios PC donde se establece una multa bajo los mismos parámetros referenciados del punto 11 del cartel en el documento anexo de $30 por el incumplimiento den los tiempos de solución de incidentes y bajo el análisis de la situación de la participación del mercado; la Administración evaluó incluso la reducción en un 50% el monto de la multa para el cartel de contratación de marras del proceso actual, monto que considera más razonable la Administración que de las contrataciones antes referidas como datos históricos. Por estas razones, que impactan directamente a Correos de Costa Rica y pueden degradar la calidad del servicio, la imagen y cobro de multas, es que se consideró que una forma de garantizarse el cumplimiento de los tiempos definidos en los niveles de servicio es que se establece la medida económica de tal manera que genere al proveedor una alerta de cumplimiento con lo pactado en el cartel, de manera que no se llegue a materializar la multa. Desde este punto de vista, considera que no se está rompiendo con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, ya que de acuerdo a las condiciones cartelarias se podrán aplicar multas ante faltas en el servicio objeto de la contratación hasta el máximo porcentaje permitido por la normativa, será mensual, y se aplicará en la facturación mensual de arrendamiento del mes siguiente al hecho multado. **Criterio de la División:** a) con respecto al estudio técnico que justifique la aplicación de las sanciones pecuniarias: al respecto hemos de indicar que esta División ha sostenido la necesidad de que la Administración incorpore al expediente de la contratación el análisis que justifique la aplicación de las cláusulas penales y multas, a partir de las condiciones propias de la contratación para el caso específico y que justifique el porcentaje asignado a cada una de dichas sanciones. Concretamente en la resolución R-DCA-0324-2019 del 2 de abril del 2019, se indicó sobre este tema lo siguiente: ***"b.- Estudio Técnico para la imposición de multas.*** *La incorporación de cláusulas penales y multas en el cartel de licitación debe ser precedido de un estudio claro mediante la cual la Administración establezca el cálculo de estas sanciones pecuniarias, considerando entre otros aspectos el monto, el plazo riesgo y repercusiones de un eventual incumplimiento, de manera que exista la posibilidad de vincular el monto o porcentaje que se defina con las conductas que se definan de frente a un incumplimiento del objeto particular. En cuanto a la justificación técnica de las cláusulas penales y multas, este Despacho ha señalado lo siguiente: "De frente a lo expuesto es posición de esta Contraloría General, que las cláusulas penales fijadas en el cartel, respecto a su cuantificación, deben estar sustentadas en actos motivados que consideren lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA, que a*

los efectos dispone: "[…] considerando para ello, aspectos tales como, monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, siempre que se considere el medio idóneo para el cumplimiento y satisfacción de las obligaciones contractuales. Todo lo anterior con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad." Ahora bien, en el presente caso la Administración expone: "[...] considerando de manera muy respetable que a pesar de que no exista un estudio técnico-financiero, debido a lo complejo y específico de la situación bajo análisis, sí se contemplan cada una de las variables ahí indicadas al analizar los riesgos y cada una de las posibles repercusiones de un eventual incumplimiento por parte del contratista [...]" (Destacado es propio) (folio 32 del expediente del recurso de objeción) 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." (Resolución número R-DCA-573-2016 de las nueve horas treinta y tres minutos del once de julio del dos mil dieciséis) (El resaltado es original). De manera tal, que en dicho estudio técnico debe la Administración (sic) plasmar las justificar las razones por las cuales llegó a determinar que el porcentaje para las multas y la cláusula penal era el que correspondía de acuerdo con el objeto y los menoscabos que podría recibir en esta contratación ante fallas que en la etapa de ejecución llegara el contratista a incurrir (…)" (ver resolución N° R-DCA-1005-2018 del 18 de octubre del 2018). En el sentido expuesto, y pese al reconocimiento de la Administración en cuanto a la necesidad de disponer de este tipo de sanciones pecuniarias en el cartel de licitación, a efecto de sancionar eventuales conductas incorrectas del contratista en la ejecución, se tiene que también reconoce que no cuenta con los estudios que le permitan justificar ese porcentaje o monto determinado para el presente procedimiento contractual, de tal manera que para la incorporación al cartel de licitación de las cláusulas penales y multas deberá proceder con la elaboración de dichos estudios y su incorporación en el expediente de la contratación a efectos de ser consultados por cualquier parte interesada. Así las cosas, no basta con que la Administración proceda con el allanamiento a la posición señalada por la empresa objetante, sino que resulta necesario que se proceda al análisis

que justifique la aplicación de las cláusulas y multas en el presente proceso de contratación administrativa, a partir de las condiciones propias de la contratación para el caso específico, motivo por el cual, tal como se señaló, resulta necesario un estudio cuidadoso del Museo que justifique el porcentaje asignado a cada una de dichas sanciones, razón por la que en este aspecto, se ***declara con lugar*** *el recurso."* (el destacado es del original). Ahora bien, es lo cierto que al concurso bajo análisis no aplica la Ley de Contratación Administrativa ni el reglamento a dicha ley, lo cual fue analizado al inicio de esta resolución, sin embargo en aplicación de los principios que informan la contratación administrativa como el de transparencia y la necesidad de la adecuada motivación de los actos administrativos, se estima que el criterio expuesto en la resolución R-DCA-0324-2019 resulta aplicable al caso bajo análisis, y en consecuencia, se declara parcialmente con lugar el recurso en este aspecto, a fin de que la Administración incorpore al expediente de la contratación el análisis técnico que justifique el porcentaje asignado a cada una de las sanciones de la cláusula penal y las multas. b) Con respecto a la multa de $15: se observa que la empresa recurrente alega que dicho monto es desproporcionada e irrazonable, sin embargo no aportó ningún análisis ni estudio técnico que respalde su dicho, careciendo su argumento de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del RLCA, por lo tanto en este aspecto se declara sin lugar por falta de fundamentación. c) Con respecto a la multa impuesta en las cláusulas 18.1, 18.2, 18.3, 18.4 y 18.5: se observa que en ellas se establece una multa de $15 por hora o por día (según el caso) de atraso, en los siguientes términos: "*18.1 Por cada falla en los equipos que no sea atendida y solucionada en el tiempo estipulado (mantenimiento correctivo y daños físicos), se cobrará una multa de $15 dólares por hora de atraso, computado de lunes a viernes en un horario de 8 am a 5 pm./ 18.2 Por incumplimiento en la entrega de nuevos equipo, así como la instalación y configuración en las oficinas indicadas y definidas previamente por la administración, se cobrará una multa de $15 dólares diarios de atraso, computado de lunes a viernes en un horario de 8 am a 5 pm./ 18.3 Por incumplimiento en la ejecución de los cronogramas de mantenimiento, se cobrará una multa de $15 dólares diarios de atraso, computado de lunes a viernes en un horario de 8 am a 5 pm./ 18.4 Por incumplimiento en la sustitución de equipos por concepto de robo, desastre natural, que este cubierto por seguro, se cobrará una multa de $15 dólares diarios de atraso, computado de lunes a viernes en un horario de 8 am a 5 pm./ 18.5 Por incumplimiento en la entrega de informe mensual de atenciones se cobrará una multa de $15 dólares diarios de atraso, computado de lunes a viernes en un horario de 8 am a 5 pm.*" (ver punto 2. Información de Cartel, Número de procedimiento 2020CG-000003-0000300001, en el expediente de la contratación en el Sistema Integrado de Compras

Públicas denominado SICOP). Sin embargo, dichas cláusulas no indican cuál es el tope máximo que se aplicaría en esos casos, lo cual es necesario aclarar en forma expresa en el cartel, a fin de evitar problemas en la etapa de ejecución contractual. Por lo tanto, se declara parcialmente con lugar el recurso en este aspecto. d) Con respecto a la cláusula 17 referida a la cláusula penal: se observa que la empresa recurrente cuestiona dicha cláusula por considerar que no se especifica sobre cuál monto se calculará el 25%, y en este sentido manifiesta lo siguiente: "*Al ser un concurso de entregas por demanda (según el punto **3. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS (ET)-**), es importante que el cartel defina de forma objetiva y clara, de conformidad con el principio de tipicidad que rige la sanciones, sobre cuál monto se calculará el 25%, siendo éste el tope para la aplicación de las sanciones, ya que en el punto 17 se hace mención a: "el valor porcentual de la cláusula penal será máximo del 25% del monto del contrato", pero no se precisa, detalla ni especifica: a) si el monto es sobre el valor de un equipo, b) si es por el valor total de los equipos, c) si el monto es sobre la cuota mensual de arrendamiento, d) sobre el monto anual o e) sobre el monto total del arrendamiento calculado a 36 meses; toda ésta información no es clara en el pliego cartelario, ..."* (ver documento registrado con el número de ingreso 34970-2020 en el folio 1 del expediente de la apelación). Sin embargo, se observa que la cláusula cartelaria sí establece cómo se calculará el tope del 25% en cada caso, y en este sentido indica que: "*...el cálculo del monto de la cláusula penal se realizará sobre el monto total de la línea,...*" o bien que "*...el cálculo del monto de la cláusula penal se realizará sobre el monto total de cada línea atrasada,...*" o que "*...el cálculo del monto de la cláusula penal se realizará sobre el monto total del tracto incumplido,...*" o que "*...el cálculo del monto de la cláusula penal se realizará sobre el monto de cada entrega parcial incumplida, y así sucesivamente por cada entrega parcial incumplida hasta el momento en que el proveedor haga entrega formal del bien o servicio contratado, el valor porcentual de la cláusula penal será máximo del 25% del monto del contrato.*" (ver punto 2. Información de Cartel, Número de procedimiento 2020CG-000003-0000300001, en el expediente de la contratación en el Sistema Integrado de Compras Públicas denominado SICOP). Así las cosas, se declara sin lugar el recurso en este aspecto. **OBSERVACIÓN DE OFICIO:** se advierte a la Administración que es su responsabilidad verificar que la figura contractual utilizada resulta acorde a la normativa aplicable a la materia.----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 180 del Reglamento a dicha ley, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON**

LUGAR el recurso de objeción interpuesto por la empresa **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel del concurso **2020CG-000003-0000300001** promovido por **CORREOS DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** para la contratación de servicios de arrendamiento sin opción de compra de equipos informáticos (hardware), según demanda. **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 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.----------

NOTIFÍQUESE.----------

Firmado digitalmente por MARLENE CHINCHILLA CARMIOL
Fecha: 2020-12-02 12:51

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Firmado digitalmente por CELINA MEJIA CHAVARRIA
Fecha: 2020-12-02 12:47

Celina Mejía Chavarría
Fiscalizadora

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
SAN JOSE - COSTA RICA

CMCH/mjav
NI: 34970, 36064
NN: 18916 (DCA-4552-2020)
G: 2020004201-1
Expediente electrónico: CGR-ROC-2020007482