



R-DCA-01347-2020

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas cuarenta y tres minutos del dieciocho de diciembre del dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000002-0008600001** promovida por el **CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO** para el “Servicio de arrendamiento de equipo de cómputo, impresoras y escáner por demanda para el Consejo de Transporte Público, por un período de hasta cuatro años”. -----

RESULTANDO

I. Que el día cuatro de diciembre de dos mil veinte, la empresa GBM de Costa Rica S.A. presentó ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2020LN-000002-0008600001 promovido por el Consejo de Transporte Público. -----

II. Que mediante auto de las trece horas cincuenta minutos del siete de diciembre de dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. CTP-DAF-DP-OF-0355-2020 del día diez de diciembre de dos mil veinte, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción. -----

III. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre la cláusula 7.1.1 referida a las condiciones generales para la Partida 1: Manifiesta la empresa objetante, que el requerimiento de software solicitado para la presente contratación, es propia del fabricante de la marca Dell por medio del ProDeploy Client Suite. Señala que la Administración del CTP está adquiriendo equipos con un software donde solamente un único fabricante puede cumplirlo, lo cual condiciona de manera arbitraria indicando que no se pueden utilizar herramientas de terceros, limitando la participación de otros fabricantes como pueden ser HP o Lenovo que ofrecen herramientas propias y de terceros que son funcionales, confiables y de uso en todo el mundo. Solicita sea modificado el punto de la siguiente manera: *“Sin costo adicional se debe entregar herramienta propia del fabricante de los equipos que permita el monitoreo básico del hardware de todos los*

equipos y servicio directamente del fabricante para la personalización de los equipos con una imagen dinámica e imagen estática que debe incluir como mínimo lo siguiente: (...) Todo lo anterior directamente del fabricante de los equipos y con herramientas de terceros". La Administración manifiesta que el Departamento de TI debe velar para que los equipos a arrendar cuenten con un soporte predictivo y herramientas que permitan gestionar y minimizar los tiempos de entrega de los mismos, se realiza la modificación para que los posibles proponentes puedan ofrecer tanto del fabricante o software de terceros para cumplir con cada uno de los puntos solicitados. El oferente debe detallar claramente cómo se van a implementar cada uno de los servicios, funcionalidad y soporte a cada una de las herramientas. Además deberá licenciar dichas herramientas por el tiempo de arrendamiento para cada línea. Por lo tanto, aceptan la modificación y solicitan a la Proveduría realizar el cambio respectivo para que al final se lea: "Todo lo anterior directamente del fabricante de los equipos y con herramientas de terceros".

Criterio de la División: A partir del allanamiento de la Administración, se declara **con lugar** la objeción. Quedan bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes.

2) Sobre la cláusula 15 referida al plazo de entrega para todas las partidas: Manifiesta la empresa objetante, que solicita se modifique a ***sesenta y cinco (65) días hábiles a partir de la notificación de la fecha de inicio / Se tomará como satisfactorio el proceso de entrega una vez concluido la instalación, configuración y puesta en marcha de la totalidad de equipos solicitados. Se pueden ir incluyendo nuevos equipos , los cuales se tramitaran contra ordenes de pedido por demanda.*** Aducen que como es sabido por la Administración, la pandemia ha afectado todas las áreas de negocio a nivel mundial, con lo cual ha habido un desabastecimiento de componentes y partes en la cadena de suministros como se lo hizo saber su fabricante Lenovo (adjunta carta). Manifiesta que la Administración debe considerar los tiempos de fabricación, dado que los equipos que se van a entregar son personalizados, nuevos de fábrica, el transporte hacia nuestro país, nacionalización, transporte interno y su instalación en cada uno de los lugares establecidos en el pliego de condiciones son aspectos que afectan la entrega de los equipos, con lo cual considera que 60 días naturales no es suficiente. La Administración manifiesta que no es

posible extender el plazo en la medida que el contrato actual vence el día veinte de junio de dos mil veintiuno. Explica que en el proceso ha habido atrasos internos y que ante la presentación del presente recurso de objeción, dado que habrá modificaciones la apertura se estaría prorrogando por tres días hábiles más al veintitrés de diciembre. Continúa manifestando que según cronograma de tiempos, la orden de inicio se espera notificar el próximo diecisiete de marzo, y de considerar 60 días naturales la entrega estaría para el mes de mayo, siendo un mes antes de la terminación del contrato actual. Ahora bien, para asegurar una mayor participación de potenciales oferentes ampliará el plazo a máximo 70 días naturales. **Criterio de División:** Sobre el particular, se lee de la cláusula impugnada lo siguiente: *“Para todas las partidas, incluidas sus líneas, el contratista tiene un tiempo máximo de 60 días naturales a partir de la notificación de la fecha de inicio, para entregar y concluir el proceso de instalación de los equipos en las oficinas indicadas por la Administración ya sea en las oficinas centrales o en las regionales, así como el recibido conforme del CTP. Se tomará como satisfactorio el proceso de entrega una vez concluido la instalación, configuración y puesta en marcha de la totalidad de equipos solicitados”* (folio 52 del cartel, disponible en el apartado 2. Información de Cartel/ 2020LN-000002-0008600001 [Versión Actual]/ archivo adjunto No. 1 denominado “cartel final (11) modificaciones 7-12-2020.pdf”). En concreto, la empresa objetante señala que dicho plazo no resulta ser razonable de frente a las circunstancias que en este momento enfrenta el mercado debido a la pandemia, argumento que respalda con la manifestación de su fabricante. No obstante lo anterior, con su ejercicio recursivo la empresa objetante en este caso requiere ajustar el cartel a 65 días hábiles, sin que desarrolle con dicha afirmación cuales son los plazos razonables que se requieren para las actividades involucradas en el proceso de fabricación, transporte, embalaje y puesta final en sitio de los equipos, con lo cual no se tiene por demostrado cómo se realiza el cálculo del plazo allí estimado. Dicho ejercicio tampoco se extrae de las manifestaciones del fabricante que acompañan su recurso. Dicho ejercicio de fundamentación resulta trascendental en la medida que es el proveedor quien conoce el verdadero compartimiento de todos estos aspectos que se encuentran asociados al giro comercial de su actividad, sobre lo cual no basta una mera petición para modificar el cartel, sino que recae sobre quien alega la carga de la prueba a fin de demostrar que la cláusula posee una restricción injustificada a la participación del oferente, sino también en los parámetros fijados en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, que son las *“reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o*

conveniencia". En sentido similar, este órgano contralor señaló en resolución R-DCA-540-2016 de las nueve horas seis minutos del veintinueve de junio de dos mil dieciséis: "Al respecto, estima este órgano contralor que se echa de menos en su ejercicio recursivo, las razones por las cuáles considera que un estimado como el requerido en este caso por la Administración es irrazonable. Este órgano contralor ha sido enfático en señalar, que con la interposición del recurso de apelación no basta señalar vicios del cartel en relación con el ordenamiento jurídico, de forma que estos supongan una limitación a la libre competencia, sino que es imprescindible que el objetante aporte elementos de peso para llevar a la convicción de que la cláusula impugnada no es atinente con las reglas aplicables a la materia. Si bien el objetante menciona que le es imposible estimar el plazo de importación, lo cierto es que no aporta elementos probatorios que lleven a considerar que esta premisa es cierta. Su recurso no viene acompañado de elementos que logren acreditar el comportamiento normal del mercado de repuestos, los posibles factores que puedan afectar la estimación correspondiente de forma que pueda entenderse que un requisito de tal naturaleza realmente sea imposible de sobrellevar".

Ahora bien, considerando que la Administración manifiesta que procederá a ampliar el plazo de 60 días naturales a 70 días naturales y no a 65 días hábiles como lo pretendía el recurrente, sin que se cuente con una adecuada fundamentación de parte del recurrente para que este órgano contralor pueda aceptar su propuesta de los 65 días hábiles, se procede a declarar **parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este punto. **Consideración de oficio:** Pese a lo resuelto en cuanto a este extremo del recurso, este órgano contralor estima de mérito advertir a la Administración, que de realizar modificaciones al pliego deberá observar las disposiciones del ordenamiento de frente a la naturaleza de los ajustes. Lo anterior, en la medida que en su respuesta afirmó otorgar una ampliación del plazo por tres días considerando retrasos internos del caso y la interposición del presente recurso de objeción. De dicho planteamiento, este órgano estima oportuno recordar que las posibilidades recursivas de los oferentes se encuentran resguardadas por el ordenamiento, y de frente a la resolución que se adopte, la Administración está obligada a valorar la naturaleza de las modificaciones, y con ello el plazo que por norma corresponde aplicar. **3) Sobre la cláusula 1.1 referida a la vigencia del contrato:** Manifiesta la empresa objetante que para la vigencia de los pedidos adicionales, éstos deben ser independientes entre cada uno de los pedidos y del contrato original, siendo que la depreciación de los equipos no se estaría cubriendo completamente, lo cual genera un riesgo económico para el contratista dado que no se recuperaría la inversión que se realizó en

la adquisición del equipo que se entregará al CTP. Expresamente solicita: “*El arrendamiento de los equipos adicionales vencerán de forma independiente al plazo del contrato original, por tanto, para cada pedido adicional se podrá aplicar un ajuste de precio, el cual será presentado por el contratista, contemplando el cálculo del precio, quedará bajo la valoración de la Comisión Técnica Contraparte la aceptación del reajuste.*” La Administración manifiesta que mantendrá la actual redacción cartelaria de forma que para la inclusión de nuevos equipos, se contemple en el cálculo del precio los meses restantes del plazo del contrato. El oferente podrá utilizar el parámetro del reajuste del precio. **Criterio de División:** En cuanto a este extremo, no se aprecia cual es la infracción que reclama el objetante. Al respecto, conviene recordar que los artículos 82 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 de su Reglamento exigen al potencial oferente indicar cuales son las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia, lo cual debe sustentarse además en la prueba pertinente. Adicional a ello, la norma 178 reglamentaria desarrolla la obligación a cargo del objetante de demostrar que el bien, obra o servicio que ofrece es más conveniente para satisfacer el interés público. De allí que para el caso deberá tenerse presente de frente a el ejercicio recursivo, al impugnar el cartel no resulta suficiente apuntar si conviene o no ser modificado. Como parte del ejercicio argumentativo, le corresponde desarrollar las razones por las cuales dicha cláusula es inconforme con el ordenamiento o bien lesiona su posibilidad de participar, desarrolla que se echa de menos en este caso. Así las cosas, se dispone **rechazar de plano** este extremo, por falta de fundamentación. **4) Sobre la cláusula 14.1 referida a la adquisición de equipos arrendados:** Manifiesta la empresa objetante, que solicita a la Administración se modifique este punto del cartel, indicando que el equipo en caso de compra se realizará al final del contrato y se adquirirá por el costo del valor residual del equipo. Agrega que es importante indicar, que la Administración no se compromete a utilizar la cláusula mencionada en el punto anterior, sin embargo, consideran que la Administración debe tener en cuenta que para los oferentes y posteriormente contratistas, vender el equipo en cualquier momento del contrato se torna riesgoso por temas financieros, ya que no se tiene claridad de cuándo exactamente se estaría adquiriendo el equipo, por lo tanto, el precio puede variar de acuerdo al momento cuando se solicite esta compra y les parece irresponsable brindar un precio de referencia en la oferta el cual estaría comprometiendo al oferente desde un inicio bajo

una incertidumbre de compra. La Administración acepta lo solicitado, de forma que el ajuste se leerá: *“el equipo en caso de compra se realizará al final del contrato y se adquirirá por el costo del valor residual del equipo (...) seis meses antes del vencimiento del periodo de arrendamiento de los equipos se podrá ejecutar la opción de compra total o parcial, previa valoración técnica del estado del equipo por parte del CTP, pagando el valor de la opción de compra ofertado para los mismos”*. **Criterio de la División:** A partir del allanamiento de la Administración, se declara **con lugar** la objeción. Queda bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. -

II. OBSERVACIONES DE OFICIO: Este órgano contralor estima necesario efectuar la siguiente consideración de oficio dirigida a la Administración, para que al momento de iniciar los procedimientos de contratación, proceda a identificar e incorporar en el pliego de condiciones, la indicación del funcionario u órgano competente para dictar el acto de adjudicación de conformidad con la normativa interna en cada caso. En ese sentido, a pesar de contar con normativa interna que delimita la competencia para adjudicar en cada caso, estima este órgano contralor que el hecho de efectuar una oportuna advertencia desde la definición del pliego, favorece la transparencia y la seguridad jurídica dentro del procedimiento de contratación, de tal forma que no solo se le permitiría a los oferentes conocer desde ese momento el límite máximo susceptible que corresponde a esa contratación sino que además asegure conocer de antemano con la publicación del pliego y no hasta el momento de dictado el acto final, cuál será el régimen recursivo aplicable al caso concreto. La inclusión de este detalle en los pliegos, lo que hace es precisar temas que no resultan frecuentes para el administrado por pertenecer al ejercicio de organización de la Administración, pero resultan sustantivas para el dictado y las garantías de expresión de disconformidades que garantiza la normativa vigente. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa la empresa **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel

de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000002-0008600001 promovida por el **CONSEJO DE TRANSPORTE PÚBLICO** para el “servicio de arrendamiento de equipo de cómputo, impresoras y escáner por demanda para el Consejo de Transporte Público, por un período de hasta cuatro años”. **2) PREVENIR** a la Institución para que proceda a incorporar las valoraciones, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa en cuanto al conocimiento de fondo del recurso. -----

NOTIFÍQUESE. -----

Alfredo Aguilar Arguedas
Asistente Técnico

Marcia Madrigal Quesada
Fiscalizadora

MMQ/chc
NI: 37264, 37917.
NN: 20198 (DCA-4809)
G: 2020004316-1
CGR-ROC-2020007786

