R-DCA-00971-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las nueve horas dieciocho minutos del tres de setiembre de dos mil veintiuno.---------

RECURSO DE OBJECIÓN interpuestos por **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA,** en contra de las modificaciones efectuadas en el cartel y anexo de la **LICITACIÓN PÚBLICA N° 2021LN-000001-0020600001** promovida por el **BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL,** para la *"Contratación Infraestructura tecnológica en modalidad de servicios (IAAS) que incluya aprovisionamiento, gestión, operación, soporte, monitoreo y administración, sitio principal y secundario, así como la integración con nube pública y el servicio de nube para nuevos negocios"*. ----------

RESULTANDO

I. Que el día veinte de agosto de dos mil veintiuno la empresa GMB de Costa Rica S.A, presenta ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel modificado de la licitación pública 2021LN000001-2021LN-000001-0020600001, promovida por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal. ----------

II. Que mediante auto de las once horas veintiocho minutos del veintitrés de agosto del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio No. DCADM-474-2021, del veintiséis de agosto de dos mil veintiuno, 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 el apartado No. 2.6.7, del cartel. La objetante manifiesta que mediante enmienda Numero 5 de fecha 13 de agosto del 2021, modifica el numeral 2.6.7 del pliego e indica lo siguiente: *2.6.7 Igualmente, con el propósito de asegurar la disponibilidad del servicio, su rendimiento de conformidad con los umbrales de capacidad y desempeño definidos por el Banco, así como disminuir la materialización de riesgos que afecten los servicios, incidencia de fallas de la infraestructura y tiempos fuera de servicio, asociados a razones derivadas de obsolescencia tecnológica o que la tecnología que soporta el servicio no esté vigente de frente al soporte del fabricante; el oferente deberá considerar en su oferta lo necesario para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo*

contractual, incluyendo la posibilidad de sustituir toda o parte de la infraestructura aprovisionada. El Oferente debe manifestar que en caso de resultar adjudicatario asegura en todo momento la compatibilidad con las versiones actuales y futuras del software y hardware con que cuenta el Banco Popular, por lo que el soporte y las actualizaciones deberán estar disponibles en todo momento en el plazo contractual. El contratista, deberá realizar las acciones que sean necesarias para garantizar dicha compatibilidad, sin que el Banco deba incurrir en costos adicionales. (Lo subrayado no es del original)**.** En el mercado existen múltiples condiciones, no controladas ni por los fabricantes ni por los distribuidores, que afectan las características y el despliegue de nuevas versiones de software o hardware. Ejemplos de estas condiciones pueden ser: Crisis sanitarias como el SARS-Covid-19. Compras o ventas de empresas o negocios por parte de los fabricantes. Impulso a tecnologías emergentes. Aparición de nuevos estándares en la industria. Esto provoca que nuevas versiones de software o hardware puedan aparecer en el mercado en cualquier momento y en consecuencia puede provocar escenarios de incompatibilidad que incapacitan la interoperabilidad de estas plataformas con las existentes. Por esta razón, no es posible que los proveedores, o bien, los fabricantes puedan garantizar la interoperabilidad futura de plataformas tecnológicas (que podrían ser propias o de terceros) que no han salido al mercado en este momento no incluidas en el objeto de esta contratación. Durante el periodo del contrato que se establece para esta licitación (6 años) podrían presentarse situaciones que afectarán la compatibilidad, situación que es imprevisible, y aun así el adjudicatario estaría obligado a replantear el servicio hasta incorporar elementos que sean compatibles con los equipos y sistemas del banco, esta condición es imposible de estimar y predecir para efectos de presentar la oferta. Por lo anterior, solicita mantener este punto como se encuentra en el cartel definitivo publicado el 23 de julio del 2021, que consta en el apartado 8 (información relacionada) de SICOP, en la página 38, que dice: "*2.6.7 Igualmente, con el propósito de asegurar la disponibilidad del servicio, su rendimiento de conformidad con los umbrales de capacidad y desempeño definidos por el Banco, así como disminuir la materialización de riesgos que afecten los servicios, incidencia de fallas de la infraestructura y tiempos fuera de servicio, asociados a razones derivadas de obsolescencia tecnológica o que la tecnología que soporta el servicio no esté vigente de frente al soporte del fabricante; el oferente deberá considerar en su oferta lo necesario para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo contractual, incluyendo la posibilidad de sustituir toda o parte de la infraestructura aprovisionada*". La Administración afirma que el objetivo del ajuste realizado al punto 2.6.7., del cartel es resguardar el interés público de

asegurar mediante esta contratación la disponibilidad, seguridad e integridad de los servicios que el Banco brinda a sus clientes, para lo cual es necesario que durante todo el plazo de ejecución contractual se asegure la compatibilidad e interoperabilidad entre la infraestructura aprovisionada como parte de la presente contratación y lo que actualmente posee el Banco como parte de su infraestructura productiva. Por lo que, esta no es una condición restrictiva ni limitante para la presentación de ofertas, ni violenta ninguno de los principios que rigen la Contratación Administrativa, todo lo contrario, busca atender los principios de Eficiencia y Eficacia, los cuales se orientan a obtener la oferta más conveniente para el interés público e institucional, a partir de un correcto uso de los recursos públicos, así como el cumplimiento de los fines, metas y objetivos del Banco, procurando contar con un servicio de infraestructura que soporte los servicios del Banco, cumpliendo con los criterios de seguridad, disponibilidad e integridad, que debe tener la infraestructura tecnológica que soporta los servicios de una entidad financiera regulada, como el Banco Popular. Por lo anterior, el Banco Popular al ser una institución supervisada por la SUGEF, debe acatar todos los acuerdos que emita ese Ente, entre ellos, el acuerdo SUGEF 14-17, REGLAMENTO GENERAL DE GESTIÓN DE LA TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN, el cual en varios de sus apartados y especificadamente en el punto 8 de sus considerandos, claramente regula que la gestión de riesgos operacional es inherente al Gobierno Corporativo y esto supone la consideración de cláusulas que aseguren, durante todo el plazo de ejecución contractual, la disponibilidad, seguridad, integralidad y auditabilidad de los servicios ofrecidos, mitigando y administrando de esta forma riesgos que pudiesen impactar negativamente la continuidad de las operaciones del Banco. "*8. Necesidad de control de TI: Una inadecuada gestión del riesgo operacional en el área de la tecnología de información en las entidades supervisadas puede repercutir negativamente en la continuidad de sus operaciones; impactando por consiguiente sus patrimonios y concomitantemente, afectando a los clientes de las entidades. Por lo anterior, resulta indispensable que las entidades supervisadas determinen su marco de gestión, para el control de la tecnología de información, que garantice la integridad, seguridad, auditabilidad y disponibilidad de la información y de los servicios ofrecidos.* Asimismo, el considerando 10, del mismo acuerdo SUGEF 14-17, recalca la responsabilidad de la administración de una gestión integral de riesgos del negocio, responsabilidad que, para el punto recurrido, se materializa mediante una cláusula donde el eventual proveedor del servicio que resulte adjudicatario deberá considerar en el marco de la atención del servicio contratado, los mecanismos y previsiones comerciales y tecnológicas correspondientes, para asegurar la compatibilidad requerida, durante todo el plazo de ejecución contractual. Por su parte al Banco,

como entidad regulada y receptora del servicio, verificará el cumplimiento de esta condición, en resguardo de los servicios que brinda a sus clientes. "*10. Supervisión basada en riesgos: La supervisión basada en riesgos se caracteriza por la migración de un modelo basado en reglas hacia un enfoque donde la entidad supervisada es responsable de una gestión integral de los riesgos del negocio. En este enfoque corresponde a la entidad supervisada determinar, dentro de esa gestión de riesgos el marco de gestión de TI que se adapte a su negocio, de manera que le permita identificar y establecer las medidas de mitigación para los riesgos que surgen de TI; por ello, la regulación se enfoca a un marco de gestión de TI con aquellas características prudenciales suficientes para el supervisor, sin que necesariamente se definan, puntualmente, determinados estándares o herramientas de control. En esta misma lógica, el reglamento que se emite encuentra sentido como parte de una estructura normativa transversal al sistema financiero, que no sustituye los procesos de supervisión sobre riesgo operacional que ya se desarrollan, sino que viene a complementarlos, aportando información que nutre el criterio del supervisor a partir del aporte de especialistas externos."*. Ahora bien, como indica el recurrente pueden haber situaciones imprevisibles que afecten esa compatibilidad con las versiones de software y hardware actual y futura con que cuenta el Banco, con la infraestructura aprovisionada como parte del servicio; y es precisamente por esa razón que el oferente deberá considerar en la estructuración y configuración de su oferta y del servicio, los acuerdos comerciales y legales, así como los aspectos tecnológicos correspondientes y suficientes para el objeto de la presente contratación que aseguren el mantener el servicio funcional y compatible con el resto de la infraestructura con la que debe interoperar y convivir. Resulta oportuno y para una mayor claridad del por qué se ajustó el punto 2.6.7 del cartel, con el propósito de asegurar, durante todo el plazo de ejecución contractual, la compatibilidad del servicio, con la infraestructura (software y hardware) con que cuenta el Banco, citar la definición de Riesgo de TI, contenida en el acuerdo SUGEF 14-17. "*Riesgo de TI: posibilidad de pérdidas financieras o afectaciones derivadas de un evento relacionado con el acceso o uso de la tecnología, que afecta el desarrollo de los procesos de negocio y la gestión de riesgos de la entidad, al atentar contra la confidencialidad, integridad, disponibilidad, eficiencia, confiabilidad y oportunidad de la información"*. Justificado lo anterior, se considera que lo solicitado por el recurrente GBM de Costa Rica, S. A., referente a modificar la cláusula para dejarla en su versión anterior, no es de recibo y que lo indicado referente a realizar análisis de impacto, es un procedimiento que de por sí, debe estar considerado como parte de una sana gestión de la configuración y procesos de cambios y que demás se debe coordinar en el marco de la ejecución contractual con el Banco.

De igual manera, el punto 2.6.7 en su alcance original, establecía lo siguiente: "*2.6.7 Igualmente, con el propósito de asegurar la disponibilidad del servicio, su rendimiento de conformidad con los umbrales de capacidad y desempeño definidos por el Banco, así como disminuir la materialización de riesgos que afecten los servicios, incidencia de fallas de la infraestructura y tiempos fuera de servicio, asociados a razones derivadas de obsolescencia tecnológica o que la tecnología que soporta el servicio no esté vigente de frente al soporte del fabricante;* ***el oferente deberá considerar en su oferta lo necesario para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo contractual, incluyendo la posibilidad de sustituir toda o parte de la infraestructura aprovisionada****." (el resaltado no es del original),* es claro que esta condición de mantener actualizada la plataforma durante todo el plazo de la contratación ya se encuentra consolidada, por cuanto el alcance no fue ajustado lo que el Banco realizó por medio de la enmienda No.5 fue detallar, dar mayor amplitud sobre ese alcance ya establecido, con el propósito de dar mejor entendimiento de los oferentes, y claramente esto no limita la participación de algún potencial oferente. Así las cosas, solicita a este órgano contralo, declarar sin lugar el recurso de objeción. **Criterio de la División:** Cuestiona el gestionante el inciso 2.6.7 del pliego cartelario sobre el "Soporte Proactivo y Reactivo". Al respecto del cuestionamiento bajo análisis y para efectos de referirnos a los aspectos impugnados, ha de indicarse que esta División dividió el extremo en dos aspectos. En el primero de ellos, señala el objetante que por enmienda Numero 5 se modifica el numeral 2.6.7 del pliego e indica lo siguiente: "*2.6.7 Igualmente, con el propósito de asegurar la disponibilidad del servicio, su rendimiento de conformidad con los umbrales de capacidad y desempeño definidos por el Banco, así como disminuir la materialización de riesgos que afecten los servicios, incidencia de fallas de la infraestructura y tiempos fuera de servicio, asociados a razones derivadas de obsolescencia tecnológica o que la tecnología que soporta el servicio no esté vigente de frente al soporte del fabricante; el oferente deberá considerar en su oferta lo necesario para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo contractual, incluyendo la posibilidad de sustituir toda o parte de la infraestructura aprovisionada. El Oferente debe manifestar que en caso de resultar adjudicatario asegura en todo momento la compatibilidad con las versiones actuales y futuras del software y hardware con que cuenta el Banco Popular, por lo que el soporte y las actualizaciones deberán estar disponibles en todo momento en el plazo contractual. El contratista, deberá realizar las acciones que sean necesarias para garantizar dicha compatibilidad, sin que el Banco deba incurrir en costos adicionales*". En relación a dicha modificación, señala que en el mercado

existen múltiples condiciones que no controladas por los fabricantes ni por los distribuidores que afectan las características y el despliegue de nuevas versiones de software o hardware. Señala además que, pueden aparecer nuevas versiones de software o hardware y en consecuencia puede provocar escenarios de incompatibilidad que inhabilitan la interoperabilidad de estas plataformas con las existentes, por lo que afirma no es posible garantizar la interoperabilidad futura de plataformas tecnológicas, situación que es imprevisible, y aun así el adjudicatario estaría obligado a replantear el servicio hasta incorporar elementos que sean compatibles con los con equipos y sistemas del banco, y que a su criterio esta condición es imposible de estimar y predecir para efectos de presentar la oferta. Ahora bien, conforme a lo anterior ha de indicarse que la cláusula en su concepción original ostentaba una finalidad principal, al respecto se indica; "*el oferente deberá considerar en su oferta lo necesario para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo contractual, incluyendo la posibilidad de sustituir toda o parte de la infraestructura aprovisionada"*, es decir se conoce desde la publicación del cartel que el oferente debe proveer las soluciones necesarias para mantener la infraestructura que soporta el servicio, debidamente actualizada y vigente, durante todo el plazo contractual. En virtud de lo anterior, se tiene que por la enmienda No. 5 la Administración agrega redacción a la cláusula, pero a criterio de este Despacho son aclaraciones, o datos explicativos de la finalidad principal que se encuentra subsumida en la cláusula original, es decir no se introduce algo nuevo, o que sea desconocido por los oferentes en cuanto a la obligación de mantener la infraestructura que soporta el servicio actualizada y vigente, sin interrupciones, es decir tal requerimiento no es ajeno, o forma parte de una nueva solicitud. Es criterio advertir que, por enmienda No. 5, publicada el 13 de agosto de 2021, se refuerza la idea contenida en la cláusula original, con el propósito de que los potenciales oferentes no evadan su obligación y que quede claramente regulado y entendido por los oferentes. Aunado a lo anterior, no se puede omitir el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente ésta, aportando cuando así corresponda la prueba respectiva. Al amparo de dicha norma, se echa de menos en el argumento del recurrente la fundamentación adecuada en cuanto a acreditar con la prueba técnica necesaria, las razones por las cuales a su juicio la redacción de la cláusula puede provocar escenarios de incompatibilidad que inhabilitan la interoperabilidad de estas plataformas

con las existentes, no prueba su argumento y se circunscribe a efectuar señalamientos de circunstancias que podrían darse en el futuro, pero no aporta ni un solo elemento de prueba. Por el contrario, es clara la respuesta de la Administración cuando motiva las razones por las cuales a su criterio realizó ajuste al punto 2.6.7. del cartel, en procura de resguardar el interés público y asegurar mediante esta contratación la disponibilidad, seguridad e integridad de los servicios que el Banco brinda a sus clientes, sumado a que fundamenta la pertinencia de la cláusula en el acuerdo SUGEF 14-17, Reglamento General de Gestión de la Tecnología de Información, el cual en varios de sus apartados y especificadamente regula que la gestión de riesgos operacional es inherente al Gobierno Corporativo y esto supone la consideración de cláusulas que aseguren, durante todo el plazo de ejecución contractual, la disponibilidad, seguridad, integralidad y auditabilidad de los servicios ofrecidos, mitigando y administrando de esta forma riesgos que pudiesen impactar negativamente la continuidad de las operaciones del Banco. La fundamentación exige, que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general o incluso sería de difícil o imposible cumplimiento, situación que no es demostrada por la recurrente, siendo que únicamente lo que presenta son sus propias afirmaciones sin prueba que las acredite. Al amparo de lo anterior, resulta ilegitimo la pretensión del objetante, pues no acredita con la prueba necesaria, su pretensión. Además, el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular, lo cual deberá tenerse presente cuando se señale falta de fundamentación en un determinado recurso. Por lo anterior, se **rechaza de plano** el argumento en este extremo por falta de fundamentación. Ahora bien, como segundo aspecto se tiene que solicita el objetante modificar este ítem, de tal forma, que el proveedor deba **hacer un análisis de impacto, previo** a cualquier modificación que se realice en el hardware o software del banco, deberá revisarse y aprobarse en conjunto entre el banco y el adjudicatario, con el fin de mantener la compatibilidad del servicio. Ante ello señala la Administración que, referente a realizar análisis de impacto, es un procedimiento que de por sí debe estar considerado como parte de una sana gestión de la configuración y procesos de cambios y que demás se debe coordinar, en el marco de la ejecución contractual, con el Banco. Ante lo cual, estima este Despacho que la Administración parece allanarse a dicha pretensión, ya que afirma

hacer el citado análisis, es un procedimiento que debe ser considerado, Así las cosas, se **declara con lugar** el punto, bajo absoluta responsabilidad de la Administración como mejor conocedora de su objeto contractual, por lo cual indica debe realizar los ajustes correspondientes al pliego de condiciones y darles la publicidad respectiva.----------

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 **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA,** en contra de las modificaciones efectuadas en el cartel y anexo de la **LICITACIÓN PÚBLICA N° 2021LN-000001-0020600001** promovida por el **BANCO POPULAR Y DE DESARROLLO COMUNAL,** para la *"Contratación Infraestructura tecnológica en modalidad de servicios (IAAS) que incluya aprovisionamiento, gestión, operación, soporte, monitoreo y administración, sitio principal y secundario, así como la integración con nube pública y el servicio de nube para nuevos negocios"*. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa. ----------

NOTIFÍQUESE. ----------

Firmado digitalmente por KAREN MARIA CASTRO MONTERO
Fecha: 2021-09-03 09:27

Karen Castro Montero
Asistente Técnica

Firmado digitalmente por ADRIANA ARTAVIA GUZMAN
Fecha: 2021-09-03 09:29

Adriana Artavia Guzmán
Fiscalizadora Asociada

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

AAG/mtch
NI: 23977-24600
NN: 13095(DCA-3403-2021)
G: 2021001059-7
Expediente: CGR-ROC-2021004971