



R-DCA-01314-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las ocho horas veintiséis minutos del treinta de noviembre del dos mil veintiuno.-----

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por las empresas **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA Y COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N.º 2021LN-000014-0021400001** promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS (AYA)** para la contratación del “Alquiler de Equipos de Comunicación, bajo la modalidad Según Demanda”.-----

RESULTANDO

I.- Que el quince de noviembre del año en curso, las empresas GBM de Costa Rica Sociedad Anónima y Componentes El Orbe Sociedad Anónima interpusieron ante esta Contraloría General, recursos de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública N.º 2021LN-000014-0021400001 promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AYA).-----

II.- Que mediante auto de las quince horas del diecisiete de noviembre del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante nota sin número del veintidós de noviembre del año en curso, suscrita por el señor Eric Alonso Bogantes Cabezas, en su condición de Gerente General del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AYA). -----

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 DE OBJECCIÓN INTERPUESTO POR GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA. 1) **Sobre el plazo de entrega, instalación y ejecución del contrato.** La **objetante** posterior a transcribir la cláusula cartelaria argumenta que actualmente los tiempos de fabricación para las empresas manufactureras de equipos de cómputo se han ampliado considerablemente. Explica que lo anterior, se origina por la escasez a nivel mundial de algunos componentes necesarios para la fabricación de equipos de cómputo. Denota que la causa del incremento en la fabricación de los equipos de cómputo se da por la escasez de factor humano, mismo que ha surgido como consecuencia de la pandemia que ha vivido el mundo durante casi 2 años. Estima que por lo expuesto, los 40 días hábiles que se solicitan en el plazo de entrega se tornen en tiempos imposibles de cumplir para cualquier oferente y particularmente para su representada. Menciona que en este momento los tiempos se agravaron aún más. Aporta carta del fabricante CISCO, en la cual se

explica lo indicado líneas atrás. Requiere que se modifique la condición y se lea de la siguiente manera: *“PLAZO DE ENTREGA, INSTALACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO El plazo de entrega, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos tanto iniciales como los adicionales será de 120 días hábiles a partir de la notificación de la orden de inicio por parte del administrador del contrato, la cual será emitida en un plazo no mayor a 5 días hábiles posteriores a la aprobación interna del contrato”*. La Administración manifiesta que acepta la objeción presentada. Indica que conoce la complicada situación internacional que vive el mundo a raíz de la pandemia. Señala que dicha situación ha tenido un gran impacto en la economía, afectando el transporte de las mercancías a nivel mundial. Menciona que lo anterior ha provocado que las empresas se vean afectadas en los tiempos de entrega de todo tipo de productos, sin excluir el caso de los tecnológicos. Acepta el plazo de entrega a 120 días hábiles, propuesto por el objetante. **Criterio de la División**. A partir del allanamiento de la Administración, el cual corre bajo su exclusiva responsabilidad al ser quien mejor conoce las necesidades y las características del objeto contractual, se **declara con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, por lo que no encuentra esta División objeción en el allanamiento. Se entiende que el allanamiento a la pretensión de la objetante 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 el modelo de arrendamiento**. La objetante argumenta que el cartel no es claro en cuanto al tipo de arrendamiento que se requiere según las condiciones escritas dentro del pliego. Manifiesta que adquirir los equipos al final del plazo de arrendamiento es una característica propia de un arrendamiento de tipo financiero y no operativo. Requiere que se modifique el punto y que la Administración especifique de manera clara y consistente el modelo de arrendamiento que requiere, respetando los criterios administrativos, legales y financieros que conlleva cada una de las modalidades. La Administración se allana a lo pretendido por la objetante e indica que la contratación corresponde a un Arrendamiento Operativo. Menciona que el plazo de ejecución será por un período de 36 meses, esto para que no supere el 75% de la vida útil del activo, tomando en cuenta como vida útil de 48 meses. **Criterio de la División**. Visto el 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 respectivos, por medio de la correspondiente 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. **3) Sobre el tiempo de vigencia de los equipos adicionales.** La objetante manifiesta posterior a la transcripción del apartado cartelario, que al ser un concurso por demanda, es decir, en el que no hay certeza por parte de la Administración en comprometerse con cantidades específicas, estima que el establecer un mismo plazo tanto para los servicios contratados inicialmente como para los pedidos posteriores, genera inquietud al momento de realizar el caso de negocio, por cuanto ante el escenario de que se soliciten equipos en el mes 47, con un término al mes 48, el financiamiento para esos equipos base se tornaría desproporcionado e inviable. Requiere que se modifique la condición cartelaria de la siguiente forma: *“Dado que la totalidad de los servicios contratados (los iniciales y los adicionales) concluyen en el mismo plazo, la Administración permitirá para los pedidos adicionales que el contratista pueda modificar la cuota mensual por equipo, previo acuerdo con la Administración. Lo anterior en concordancia con el principio de intangibilidad patrimonial”*. La Administración rechaza la objeción presentada por el objetante. Explica que la entrega de los equipos no puede ser condicionada a la modificación de precios acordada en la licitación bajo la modalidad por demanda. **Criterio de la División.** El punto objetado debe **rechazarse de plano** por falta de fundamentación, por cuanto la empresa objetante no logró evidenciar cómo la cláusula objetada limita injustificadamente su participación o en su defecto cómo dicha condición corresponde a una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen la materia. La objetante no efectúa el ejercicio necesario para demostrar que en el caso de los pedidos que se realicen más avanzado el plazo inicial de los 48 meses, exista una afectación desde el punto de vista financiero, ni desarrolla los cálculos que efectuó para llegar a la conclusión de que la cuota mensual deba ser modificada ni en qué proporción. Así las cosas, considerando que el objetante ostenta la carga de la prueba, debió haber aportado los elementos objetivos que sustentaran su dicho, sin embargo, se restringió únicamente a argumentar sin adjuntar la prueba respectiva. **Consideración de oficio.** Sin detrimento de la declaratoria anterior, dado que la respuesta de la Administración resulta insuficiente y no aclara cómo aplicaría el cómputo del plazo en el caso de los equipos adicionales, ni cómo la reducción del plazo no afectaría las condiciones del financiamiento respectivo, se ordena a dicho Instituto que proceda a analizar y revisar la redacción de la condición cartelaria a efectos de que exista plena claridad para los potenciales oferentes con relación al cómputo de los citados plazos, en el caso de los equipos adicionales, así como de la razonabilidad y proporcionalidad de la cuota mensual según el momento del pedido, debiendo en caso de resultar necesario efectuar cualquier modificación al pliego de condiciones con el fin de aclarar dichos aspectos. **4) Sobre la revisión periódica de precios.** La objetante luego de la transcripción de las condiciones cartelarias requiere que se elimine

la condición cartelaria. Considera que la misma vulnera los principios básicos de la economía contractual entre los contratistas y la Administración. Denota que las partes tendrán derecho al reajuste o revisión del precio siempre que se acredite la variación de los respectivos costos, conforme las reglas existentes. Señala que el derecho a reajuste rige desde la presentación de la oferta y podrá ser solicitado una vez que dé inicio la ejecución contractual (teoría del precepto 31 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). Alega que de conformidad con el canon 18 del RLCA, los reajustes se calcularán sobre estimaciones mensuales, con base en los precios ofertados y los índices correspondientes al mes de la apertura de las ofertas. Explica que para aplicar el reajuste, el contratista deberá presentar, en su oferta, un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que componen su precio, incluyendo un desglose unitario. Estima que en el cartel de licitación debe establecerse la forma de revisar precios y determinar reajustes, además el reajuste de precios efectivamente constituye un derecho del contratista a solicitarlo cuando existen algunos elementos que requieren dicho ajuste como variación de precios en el costo del insumo, entre otros. Asegura que el reajuste del precio es un derecho del contratista, pero no existe en el ordenamiento jurídico ninguna disposición que permita a la Administración obligar o exigir al contratista que rebaje sus precios de forma inmediata, sin mediar una fórmula, procedimiento o metodología responsable. Indica que tampoco existe en el expediente electrónico un estudio o justificación clara y precisa del origen de esta cláusula que a todas luces va en contra del principio de intangibilidad patrimonial, dejando en estado de indefensión al contratista por la medida que tomará la Administración de forma unilateral de rebajar los precios. Considera que este punto da a la Administración una potestad que transgrede los principios establecidos en el ordenamiento jurídico (principio de legalidad y de seguridad jurídica), dejando de lado el cumplimiento o ejecución efectiva del contrato, según la cual, estima más bien debería colaborar con el contratista para la correcta ejecución de este. La Administración manifiesta que se opone a lo requerido y rechaza la objeción presentada. Indica que la objetante confunde y pierde de vista que es una licitación según demanda. Considera que la recurrente hace una mezcla entre el sondeo de precios y el reajuste de precios. Explica que el reajuste de precios lo estipula la Institución en su pliego cartelario en el Apartado #5 de la Oferta. Denota que no violenta ningún principio, ni contraviene ningún artículo de la Ley de Contratación Administrativa. Asegura que el artículo 162, inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa faculta al Instituto en una contratación de entrega según demanda de “...incluir en su cartel mecanismos que le permitan variar los precios originalmente contratados, cuando estos no reflejen las variaciones sustanciales y sostenidas de mercado...”, razón por lo cual el Instituto lo estipuló en el pliego de condiciones, **Criterio de la División**. En el caso, no se pierde de

vista que la Administración ha defendido el requerimiento sustentada en el hecho de que el numeral 162 inciso b) del RLCA establece claramente que la Administración puede incorporar en su cartel mecanismos que le permitan variar los precios originalmente contratados, cuando estos no reflejen las variaciones sustanciales y sostenidas de mercado; sin embargo, el mismo 162, inciso b), precitado, en su último párrafo claramente indica lo sucesivo: “(...) *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 (...).***” (negrita y subrayado no corresponde al original). De lo anterior se deduce que efectivamente la Administración está jurídicamente facultada para la incorporación en el pliego de condiciones de los citados mecanismos que le permitan realizar variaciones a los precios pactados inicialmente; empero, para tal efecto debe establecer las reglas claras que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación de esa facultad, situación que no se aprecia en el presente caso, es decir, no se define en el cartel en qué consisten esas reglas y el procedimiento para aplicar la variación de los precios que pretende. En ese sentido, en un caso similar este órgano contralor en la resolución R-DCA-00894-2021 de las doce horas con cuarenta y ocho minutos del trece de agosto del dos mil veintiuno, señaló lo sucesivo: “(...) **Criterio de la División:** *debe tenerse presente que al inicio del cartel se indica como fundamento legal el artículo 171 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ello en los siguientes términos: “El presente procedimiento concursal tiene el propósito de seleccionar la oferta más conveniente para la Administración, al establecer una relación contractual de mantenimiento y/o reparación de equipo pesado que se dirá, para las dependencias citadas en el párrafo anterior, la cual será de ejecución continua (o continuada) por el plazo contractual que establece éste documento, todo dentro del marco normativo que regula la materia de Contratación Administrativa y específicamente como un contrato de servicio de acuerdo con el **Artículo 171 del RLCA.**” (el destacado es del original). Por su parte, el artículo 171 del RLCA dispone -en lo que interesa- lo siguiente: “**Artículo 171.- Contrato de Servicios.** *Para la contratación de servicios técnicos o profesionales, a cargo de personas físicas o jurídicas, la Administración, deberá seguir los procedimientos de licitación pública, abreviada o contratación directa, según corresponda. (...)/ Las cotizaciones se harán sobre la base de precios unitarios formulados con fundamento en una proyección de los costos y eventuales demandas del servicio. El cartel deberá definir con toda claridad, entre otros: el plazo de la contratación, el cual no podrá ser superior a cuatro años, las reglas sobre la eventual exclusividad, la metodología de ejecución del contrato y demás asuntos pertinentes. **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.” Como puede observarse, el artículo 171 del RLCA permite a la Administración incluir en el 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. De manera que el mecanismo está previsto por la norma. Sin embargo, al revisar la redacción de la cláusula cartelaria se observa que la redacción no es suficientemente clara, ya que existen las siguientes dudas: A) en el encabezado de la cláusula se indica que el administrador del contrato podrá solicitar al contratista disminuir el precio de “los servicios requeridos” sin embargo en el inciso e) se hace referencia al “suministro”, por lo que no queda claro si la cláusula regula la revisión del precio de los servicios cotizados o de los suministros cotizados, o ambos; B) en el encabezado de la cláusula se indica que se podrá solicitar al contratista disminuir el precio de los servicios requeridos “para nuevas solicitudes”, sin especificar a qué nuevas solicitudes se refiere; C) en el inciso b) se hace referencia a los obtención de precios de distintas empresas en el mercado local que cumpla los mismos parámetros de calidad, sin especificar cuáles son esos parámetros de calidad que se utilizarán para realizar el estudio, D) en el inciso e) se hace referencia al caso en que el contratista “sostenga el precio de la última compra realizada” sin embargo no especifica a qué se refiere con la última (sic) compra realizada, si es una compra realizada por el contratista o por la Administración, o si se refiere a la compra de los repuestos; E) al final de la cláusula se indica que en caso de reiterarse el rechazo por segunda vez en una mejora del precio y en un mismo período del contrato, se procederá con la resolución contractual, sin embargo no se especifica si el rechazo del contratista se analizará por renglón o se analizará en forma global, y tampoco se indica qué se debe entender por “un mismo período de contrato”; F) al final de la cláusula se contempla la posibilidad de la Administración de proceder a la resolución contractual, sin embargo el artículo 212 del RLCA permite la resolución contractual por motivo de incumplimiento imputable al contratista, no se tiene claro, si legalmente esto se constituye en un incumplimiento (sic) del contratista, lo cuál debe ser analizado por la Administración. Ahora bien, el artículo 51 del RLCA establece que el cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas y objetivas, por lo tanto, se declara parcialmente con lugar el recurso en este aspecto, a fin de que la Administración revise la redacción de la cláusula cartelaria y modifique lo que corresponda (...).” (negrita y subrayado no corresponde al original). De lo anterior, se desprende que si bien es cierto en el caso particular de la resolución

transcrita anteriormente, correspondía a una contratación por servicios y en el caso bajo estudio nos encontramos específicamente ante una contratación según demanda, debe tenerse presente que la redacción de la norma no varía en forma alguna, toda vez que tanto en el numeral 171 o como en el cardinal 162 inciso b del RLCA, tienen la misma redacción, siendo que en las dos se indica lo siguiente: “ (...) *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 (...).*”, lo que permite establecer que si bien es cierto, como se indicó anteriormente, la Administración puede incorporar en el pliego de condiciones 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; sin embargo, dicha facultad va condicionada a que establezca reglas claras que garanticen una adecuada y equilibrada aplicación de dicha facultad, no solo indicando que realizará sondeos en el mercado y comparándolos con los precios de otros similares; sino debe indicar específicamente qué parámetros definirá en el estudio de mercado, que le permitan determinar si realmente existe una diferencia superior al precio promedio del mercado versus el pactado con el contratista; además, deberá establecer el procedimiento adecuado para que se realice el ajuste de los precios. Así las cosas, y siendo que el cartel deberá constituir un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas y objetivas, según los alcances del artículo 51 del RLCA, **se declara parcialmente con lugar** el recurso en este aspecto, a fin de que la Administración revise la redacción de la cláusula cartelaria y establezca las reglas claras, que le permitan garantizar la adecuada ejecución de la facultad de conformidad con lo establecido en el artículo 162, inciso b) del RLCA.-----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO DE OBJECCIÓN INTERPUESTO POR COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANÓNIMA. 1) Sobre el plazo de entrega, instalación y ejecución del contrato.

La objetante explica que considera violentados los principios de libre competencia, proporcionalidad y razonabilidad. Expone que la Administración conoce la complicada situación internacional que vive el mundo no solo en términos sanitarios sino también en términos económicos y especialmente en aspectos logísticos. Señala que la mayoría de las industrias, incluyendo los fabricantes del objeto de la contratación, han aumentado sus plazos fijos estimados de entrega. Explica que lo anterior, es un aspecto incontrolable por su empresa y que además, es una dinámica de mercado que ahora se presenta ante el contexto actual del comercio mundial. Denota que corresponde a las restricciones internacionales y las precauciones que han tomado las fábricas en todos los países. Argumenta que

los equipos requeridos no son producidos en Costa Rica y por ende, son productos de importación, por lo que también cuentan con la condicionante de los procesos de nacionalización de mercadería y otras diligencias del comercio internacional que conlleva adquirir los equipos como los requeridos. Sugiere que la situación de la difícil movilización de contenedores en el mundo es conocida por todo el mercado, por lo que requiere que se establezca un único plazo de entrega para las empresas de mínimo 120 días hábiles, después de la notificación de la orden de inicio para cumplir con la responsabilidad del contratista (fabricación, transporte, nacionalización, armado, configuración, distribución e instalación final de los equipos en las instalaciones del cliente). La Administración dispone que se acepta la objeción presentada por el objetante. Acepta el período de entrega a 120 días hábiles, propuesto por el objetante. **Criterio de la División**. Considerando que el objeto de la pretensión planteada en este punto ya fue analizado, se remite respectivamente a lo resuelto en el punto 1) del recurso de objeción presentado por la empresa GBM de Costa Rica S.A. y resuelto en la presente resolución respecto al allanamiento de la Administración. De forma que se **declara con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, sin que existan elementos adicionales que lleven este órgano contralor a resolver de forma distinta. **2) Sobre el alquiler de equipos de comunicación (modalidad según demanda)**. La objetante considera vulnerados los principios de legalidad, eficacia y seguridad jurídica. Explica que la objeción presentada refieren a la indefinición del tipo de arrendamiento que corresponde o ha definido la Administración para el presente proceso. Indica que la definición del tipo de arrendamiento corresponde a un aspecto fundamental en la definición del objeto. Considera que el cartel establece un panorama muy general del tipo de arrendamiento que requiere. Expone que aunque existieran algunos indicios que pudieran decantar a los oferentes por interpretar qué tipo de arrendamiento sería requerido, eso no es claro y conciso. Argumenta que las normas jurídicas que regulan la formulación de los carteles de contrataciones administrativas exigen que las condiciones sean claras y concisas. Requiere que la Administración defina claramente si la presente compra constituye un arrendamiento financiero u operativo. La Administración manifiesta que acepta la objeción presentada por el objetante. Aclara que la contratación corresponde a un Arrendamiento Operativo, e indica que el plazo de ejecución será por un período de 36 meses, esto para que no supere el 75% de la vida útil del activo, tomando en cuenta como vida útil de 48 meses. **Criterio de la División**. Al igual que en el punto anterior, el objeto de la pretensión planteada en este punto ya fue analizado, se remite respectivamente a lo resuelto en el punto 2) del recurso de objeción presentado por la empresa GBM de Costa Rica S.A. y resuelto en la presente resolución respecto al allanamiento de la Administración, por lo que de la misma manera

se **declara con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, sin que existan elementos adicionales que lleven este órgano contralor a resolver de forma distinta. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 de su Reglamento **se resuelve: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **GBM DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA N.º 2021LN-000014-0021400001** promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS (AYA)** para la contratación del “Alquiler de Equipos de Comunicación, bajo la modalidad Según Demanda”. **2) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel referido anteriormente. **3)** Proceda la Administración a realizar las modificaciones del pliego de condiciones y atender la consideración de oficio según los alcances de la presente resolución; asimismo, deberá gestionar la debida publicidad. **4)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Adriana Pecheco Vargas
Asistente Técnica interina

Andrea García Valle
Fiscalizadora Asociada

AGV/chc
NI: 33775, 33793, 33822, 34572
NN:21606 (DCA-4597)
G:2021004140-1
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2021007094

