



R-DCA-01260-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas dieciséis minutos del veinticinco de noviembre del dos mil veinte. -

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANONIMA** en contra del cartel del **Concurso No. 2020PP-000010-PROV-FOD** para la *“Adquisición e instalación de equipos de cómputo y equipos conexos en 681 Centros Educativos adscritos al Programa Nacional de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública y la Fundación Omar Dengo (PRONIE MEP-FOD) con sus garantías y servicios de soporte técnico”*, promovido por la **FUNDACIÓN OMAR DENGO**.-----

RESULTANDO

I. Que el once de noviembre de dos mil veinte, la empresa Componentes El Orbe S. A., presenta ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel del concurso de referencia. -----

II. Que mediante auto de las ocho horas con cincuenta y un minutos del dieciséis de noviembre del dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Fundación Omar Dengo para que se pronunciara sobre el recurso interpuesto. -----

III. Que dicha audiencia fue contestada mediante el oficio DE-093-2020 del día dieciocho de noviembre de dos mil veinte, suscrito por el MBA Marcelo Carvajal Monge, en su condición de Gerente General de la Fundación Omar Dengo. Dicho documento se encuentra incorporado al expediente digital del recurso de objeción. -----

IV. 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 EL RECURSO DE OBJECCIÓN: El artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) regula la competencia que ostenta esta Contraloría General para conocer de los recursos de objeción interpuestos en contra de los carteles de licitación pública, ello por cuanto establece precisamente, que contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada puede interponerse recurso de objeción. Así, en cuanto al órgano competente para conocer del recurso señala de modo expreso la citada norma que: *“El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.”* En el mismo sentido, el artículo 180 del Reglamento

a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone que: *“El recurso de objeción contra el cartel de las licitaciones públicas se impondrá ante la Contraloría General de la República”*. De conformidad con las normas transcritas, se tiene entonces que la competencia de este órgano contralor para conocer un recurso de objeción se activa únicamente en aquellos casos en los cuales el cartel que se objeta corresponde al de un concurso tramitado bajo el procedimiento de licitación pública. A partir de tal normativa, debe considerarse el tipo de procedimiento en que se enmarca el cartel que está siendo objeto de recurso, que en el caso particular corresponde al concurso No. 2020PP-000010-PROV-FOD promovido por la Fundación Omar Dengo, destacando así dos elementos: el tipo de procedimiento cuyo cartel se impugna y el sujeto que tramita dicho procedimiento. Como primer aspecto, ha de verificarse la competencia que ostenta esta Contraloría General para conocer de los recursos de objeción tratándose de un concurso promovido por la Fundación Omar Dengo, denominación del concurso que se observa, es distinta a una licitación pública, siendo este último elemento el que en principio habilitaría a esta Contraloría General de la República para conocer de un recurso de objeción. Considerando lo anterior, debe considerarse la naturaleza jurídica de la Fundación Omar Dengo, así, se tiene que se trata de un sujeto privado amparado en la Ley de Fundaciones (Ley No. 5338), siendo que en el artículo 1 se le concede a las fundaciones personalidad jurídica propia, como entes privados de utilidad pública, sin fines de lucro y que tiene el objeto de realizar o ayudar a realizar actividades educativas, científicas, entre otras. Por su parte, ha de considerarse que la Ley No. 8207 correspondiente a la *“Declaración de Utilidad Pública del Programa de Informática Educativa”* estipula en su artículo 1 *“Declárase de utilidad pública el Programa de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública, ejecutado por la Fundación Omar Dengo, y en su artículo 2 estipula: —Autorízase al Estado y sus instituciones para que trasladen fondos a la Fundación Omar Dengo, cédula jurídica N° 3-006-084760, que se destinarán a sostener, fortalecer y ampliar el Programa de Informática Educativa. Los fondos que, por este concepto, reciba la Fundación estarán bajo la vigilancia superior de la Contraloría General de la República. A partir de todo lo dicho, es clara la posición de la Fundación Omar Dengo como un sujeto de derecho privado sin fines de lucro empleando fondos públicos a través de un procedimiento de compra al amparo del Programa Nacional de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública y esa Fundación (PRONIE MEP-FOD según ley 8207), por lo que se posiciona como un concurso que si bien no está sujeto a lo estipulado en la Ley de Contratación y su Reglamento, sí está sometido a los principios que rigen en la materia*

de contratación, con lo que se cumple uno de los elementos para habilitar la competencia de esta Contraloría General, en atención a los fondos públicos inmersos en la contratación y el sujeto que los emplea. Así las cosas, tratándose el procedimiento cuyo cartel se impugna como sometido sólo a los principios que rigen la materia de contratación, se tiene que este órgano contralor encuentra habilitación para conocer el recurso en contra del cartel del concurso No. 2020PP-000010-PROV-FOD promovido por la Fundación Omar Dengo, en la medida en que se encuentra sometida a los principios que rigen la materia de contratación pública, en particular, el principio de control de los procedimientos, en atención a la naturaleza pública de los fondos empleados; por lo que se impone la necesidad de verificar lo concerniente al monto de la contratación, siendo que este órgano contralor ostenta la competencia para conocer de recursos de objeción de la Fundación Omar Dengo en el tanto el procedimiento promovido supere la estimación contemplada para la licitación pública –por cuanto esta Contraloría General sólo conoce del recurso de objeción tratándose de licitaciones públicas-, debe contemplarse la estimación de la contratación pretendida para poder asimilarla o no a una licitación pública. Para ello, se tiene que al atenderse la audiencia especial, en el oficio No. DF 181-2020 del dieciocho de noviembre de dos mil veinte, suscrito por la Directora Financiera Administrativa de la Fundación Omar Dengo se consignó lo siguiente: “(...) *certifico por este medio, que el presupuesto autorizado para el procedimiento de contratación 2020PP000010-PROV-FOD es de \$15.802.987,00 (...)*” (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 29). Tal monto debe verse de frente a los límites de contratación estipulados en el artículo 27 de la LCA y actualizados mediante resolución No. R-DC-11-2020 de las once horas del catorce de febrero de dos mil veinte y el estrato en que se ubica la Fundación Omar Dengo; no obstante para efectos de determinar el estrato presupuestario que le corresponde a la Fundación Omar Dengo, a partir de la información correspondiente al presupuesto definitivo 2018 -2020, de las partidas que respaldan la adquisición de bienes y servicios no personales de esa Fundación que consta en el Sistema Institucional de Información sobre Planes y Presupuestos (SIPP), se tiene que el monto promedio 2018-2020 que respalda la adquisición de bienes y servicios no personales para la Fundación Omar Dengo asciende a 18.276,62 millones de colones, por lo que le corresponde ubicarse en el estrato D. Entonces, para las instituciones ubicadas en el estrato D, el límite para la licitación pública es la suma de ¢290.100.000, siendo que la estimación de la contratación de referencia supera tal límite, con lo cual es factible asimilar el

concurso a una licitación pública en razón del monto y por lo tanto, esta Contraloría General es competente para conocer del recurso de objeción interpuesto.-----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO: 1) Apartado II. Instrucciones para los oferentes, punto 7. Adjudicación y Firmeza de la adjudicación, sub-punto 7.2.5 Porcentaje de

Concentración: La empresa objetante manifiesta que el porcentaje de concentración implica un trato desigual a su representada. Señala que Componentes el Orbe S. A. posee el más elevado porcentaje de concentración y por ende, en toda contratación en la que participe implica un detrimento del 5% en la calificación final. Adicional a esta situación, plantea que si su propuesta tuviese una diferencia de 4.5% aún con el mejor precio, la Fundación no acepta favorecerlo con la adjudicación y con ello estaría rechazando un ahorro equivalente al 4.5%, el cual podría ser utilizado para adquirir más equipos y así beneficiar a más estudiantes. La justificación que la Fundación hace para establecer esta penalización se basa en una percepción de Riesgo y de Ejecución Oportuna del Contrato, específicamente en el punto 7.3 del cartel. Expone que durante muchos años Componentes El Orbe ha logrado establecer un esquema de servicio, a nivel nacional, para atender los más de 3 mil centros educativos que le han sido adjudicados y esta economía de escala le ha permitido ser muy competitivos. Concluye que a la fecha, Componentes el Orbe ha honrado los compromisos adquiridos al ser adjudicatarios de la Fundación y sus estados financieros son sólidos y acordes a lo solicitado en este cartel, pero es imposible competir en condiciones equitativas cuando se pierde previamente un 5% bajo las reglas del cartel. La Fundación Omar Dengo manifiesta que el argumento no es de recibo para la Fundación, en el tanto la finalidad de establecer el requerimiento objetado es implementar mecanismos que permitan reducir la concentración del objeto contractual y la dependencia de la Fundación de un solo oferente en procura, no solo de diversificar los contratistas que atienden los procesos de adquisición, instalación y mantenimiento de los equipos. Señala que la cláusula tiene como objetivo reducir los riesgos en relación a la atención de incidentes, servicios adicionales y garantías técnicas, pues no necesariamente todos los equipos serán de un mismo fabricante, por ejemplo, no necesariamente las condiciones que afectan a un fabricante y a un contratista serán las mismas que afecten al resto de contratistas y no menos importante, promover la diversificación de tecnologías informáticas. Todo lo anterior se traduce en un beneficio para las poblaciones meta que impacta este proceso de contratación, ya que se garantiza de esta manera un acceso oportuno, eficaz y eficiente de las tecnologías. Bajo la misma línea de argumentación, el poseer una economía de escala significativamente más

grande, como es el caso de la recurrente, se podría interpretar como una condición de ventaja relativa con respecto a aquellas empresas que participan por primera vez en el proceso de contratación o que, poseen menor cantidad de contratos adjudicados. Señala que solicita a la Contraloría General declarar sin lugar dicha objeción. **Criterio de la División:** Señala la empresa objetante que el requerimiento cartelario le restringe la posibilidad de adjudicación, por cuanto básicamente las reglas de adjudicación le obligan a cotizar un 5% menos para resultar ganador de un lote, ante el criterio denominado porcentaje de concentración, cuyo propósito es delimitar según criterio de la Fundación Omar Dengo, el riesgo en la ejecución oportuna del contrato ante la concentración significativa de equipos instalados por un mismo contratista con respecto a ésta. Lo anterior, basados en el número de contratos activos que tenga cada oferente con la Fundación Omar Dengo en procesos de compra relacionados con la adquisición, instalación y/o servicios de garantía para equipos de cómputo en centros educativos adscritos al PRONIE MEP-FOD al treinta de setiembre de dos mil veinte. En este caso observa este órgano contralor que la motivación de esa cláusula cartelaria según respuesta de la Fundación Omar Dengo es a su criterio, la búsqueda de un elemento que le reduzca la incidencia de un riesgo en la etapa de ejecución contractual, derivado de la concentración significativa de equipos instalados de un solo contratista, en el tanto, le pueda generar la posibilidad de no asumir sus obligaciones contractuales vigentes y las futuras con este proceso. Asimismo que, al ser estos oferentes distribuidores de un fabricante determinado, también se reduce el posibilidad de los riesgos inherentes a las posibles fallas o situaciones externas que pueda afectar a éste (fabricante), lo que incida en hechos generadores que se traduzcan en incumplimientos para el contratista con la Fundación. En el caso, se cuestiona la definición de una regla de concentración que implicaría que a una oferta se le valore elementos adicionales a los factores de evaluación para efectos de determinar si se adjudica o se procede con otro oferente. Así entonces, la cláusula cartelaria 7.2.4 dispone: “7.2.4. *Para los Lotes No.2 y/o No.3, la Fundación Omar Dengo seguirá el siguiente proceso de adjudicación: / a) determinar la oferta con mejor precio (...) b.4) Si al menos uno de los dos oferentes posee algún porcentaje de concentración según el Anexo No.8, la adjudicación se determinará según las siguientes condiciones: / b.4.1) Si la diferencia de precios entre la oferta más económica y la segunda más económica es menor o igual al 5% con respecto a la segunda mejor oferta económica, la adjudicación se dará al oferente con menor concentración relativa según Anexo No.8, independientemente de los lotes previos adjudicados. / b.4.2) Si la diferencia de precios*

entre la oferta más económica y la segunda más económica es mayor al 5% con respecto a la segunda mejor oferta económica, la adjudicación se dará al oferente con menor precio, independientemente de los lotes previos adjudicados.” (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 26, páginas 32-36). De seguido el cartel define ese porcentaje de concentración indicando: *“7.2.5. Se entenderá por oferente con concentración, todo oferente que ya cuente con contratos activos con la Fundación Omar Dengo en proceso de compra relacionados con la adquisición, instalación y/o servicios de garantía para equipos de cómputo en centros educativos adscritos al PRONIE MEP-FOD al 30 de setiembre del 2020”* (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 26, páginas 34). Sobre lo que se indica en la cláusula 7.3: *“7.3. El proceso de adjudicación detallado en la presente contratación, tiene por objetivo disminuir el riesgo en la ejecución oportuna del contrato ante la concentración significativa de equipos instalados de un solo contratista que resulte adjudicado, es así como una adjudicación por Lote, por oferente, evitando que un mismo oferente resulte adjudicado con más de un lote, permitirá una ejecución contractual simultánea, garantizando la continuidad del servicio público educativo y la atención oportuna, eficiente y eficaz de las necesidades existentes. Adicionalmente, se procura la alternabilidad del registro de proveedores dentro de un marco de transparencia, libre concurrencia y trato igualitario a los oferentes interesados.”* (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 26, páginas 34-35). A su vez, el Anexo No.8 referido en la cláusula 7.2.4 dispone en lo que resulta de interés:

Total General

Proveedor	Cantidad	Porcentaje
ACS	17400	9.4%
Componentes El Orbe	111403	60.1%
Conzultek	47165	25.4%
PC Central de Servicios	9543	5.1%
Total General	185511	100%

(En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 57). Como puede verse, existe una exclusión del oferente que se encuentre dentro del porcentaje de concentración, siempre y cuando exista un oferente que no sobrepase el 5% permitido por la cláusula 7.2.4, todo ello con la finalidad de garantizar la continuidad del servicio y también administrar un riesgo de incumplimiento según explicó la Fundación en su respuesta. Al respecto, estima este órgano contralor que las limitaciones a la participación deben obedecer a una construcción justificada y razonable de parte de quién promueve el concurso; circunstancia que no cambia con los sujetos regidos por

principios, en tanto es la debida observancia de los principios de libre concurrencia y eficiencia. De esa forma, ciertamente la Fundación puede valerse de cláusulas que administren riesgos durante la ejecución y potenciales incumplimientos, pero lo cierto es que cualquier construcción debe hacerse en forma motivada como exige el principio de libre concurrencia, pues sería poco eficiente pagar más y eliminar ofertas, cuando no se ha motivado cómo el porcentaje de concentración pone en riesgo la ejecución, ni cómo se llegó a tales datos, tampoco se hace una relación con el porcentaje de diferencia del 5% en el monto del precio y cómo la Fundación asegura que el 5% es un monto razonable como para adjudicar a otro oferente y no menos o más que ese porcentaje. De esa forma, la eliminación de potenciales oferentes bajo reglas de concentración que desde un inicio podría conocerse por todos los participantes no solo no se ha demostrado técnicamente en cómo se ha fundamentado, sino que esa ausencia de motivo podría significar escenarios desfavorables en precios ante una menor competencia posible de conocer desde la propia invitación a participar. En el caso no se pierde de vista que la empresa recurrente no aportó prueba técnica o argumentos técnicos para cuestionar la cláusula, sino que alegó que ha cumplido a cabalidad sus contrataciones para lo cual cuenta con un desarrollo de negocio; pero lo cierto es que tampoco aborda si existe algún escenario que pueda resultar razonable para canalizar la preocupación de la Fundación. Es por ello que, en el caso se impone rechazar de plano por la falta de fundamentación de la empresa recurrente, pero ordenar de oficio a la Fundación que realice los análisis y justificaciones que podrían girar respecto de la administración del riesgo, para determinar si la única forma viable es la cláusula de concentración y cómo se lograría motivar la forma de aplicarla. Por tanto, se procede a **rechazar de plano** este extremo del recurso, pero **se ordena de oficio** a la Fundación proceder al análisis que motive la cláusula de concentración en cuestión, en caso de que no se pueda motivar los elementos analizados, deberá valorarse su respectiva eliminación. **2)**

Apartado II. Instrucciones para los oferentes, punto 7. Adjudicación y Firmeza de la adjudicación, sub-punto 7.2 Adjudicación por lote: La empresa objetante manifiesta bajo el esquema de calificación actual que un oferente no podría ser adjudicatario de más de un lote, si ya ganó uno, a menos que tenga una diferencia del 5% sobre su más cercano competidor. Señala que la Fundación Omar Dengo debería maximizar los recursos públicos que la han sido entregados para administrarlos y ejecutarlos. Los descuentos que un fabricante puede aplicar ante mayor cantidad de equipos es superior y por ende esto se refleja en un mejor precio para la Fundación. El establecimiento de este criterio se basa en el supuesto de Riesgo y Capacidad

de Ejecución, sin ninguna base científica ni explicación de cuál es el riesgo. Manifiesta como justificación que un 1, 2, 3 o 4 por ciento de diferencia en una oferta representa un beneficio económico importante para la Fundación Omar Dengo. Es así que solicita que se elimine la regla de un lote por adjudicatario, dado que este porcentaje le otorga una ventaja indebida a un oferente sobre otro, convirtiéndose un trato desigual injustificado con respecto a otros oferentes, para que resulten ganadores por no tener obligaciones anteriores con la Fundación. La Fundación Omar Dengo manifiesta que sobre este punto se han emitido resoluciones por parte de la Contraloría General. Señala que esta misma condición fue objetada por la empresa recurrente en el proceso de contratación 2018PP-000001-PROV-FOD promovida para la “Adquisición de equipos de cómputo y equipos conexos para 716 Centros Educativos del Programa Nacional de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública y la Fundación Omar Dengo (PRONIE MEP-FOD) con sus garantías y servicios de soporte técnico”, ante lo cual la, según resolución R-DCA-0144-2018 de las ocho horas del catorce de febrero del dos mil dieciocho, la Contraloría General indicó que la Fundación puede configurar la manera en que estima logrará alcanzar de manera óptima el interés público, siendo que en este caso invoca razones de eficiencia al garantizarse un proveedor por lote, dado que busca disminuir riesgos y que la ejecución se dé correctamente. La cláusula en cuestión corresponde a uno de los casos en que se podría adjudicar más de un lote a una misma empresa (7.2.2). Siendo así lo expuesto anteriormente, se solicita a la Contraloría General declarar sin lugar dicha objeción en el tanto ya existe jurisprudencia sobre este aspecto emitida por el órgano contralor en las resoluciones citadas. **Criterio de la División:** Sobre este extremo del recurso, observa este órgano contralor que el recurrente cuestiona la posibilidad de resultar adjudicatario de un segundo lote o ítem bajo los cuáles se realizó la distribución del objeto contractual por parte de la Fundación Omar Dengo. El aspecto que impugna según su fundamentación, por cuanto a su criterio debe ofertar una diferencia de un 5% con respecto a su más cercano competidor, para resultar adjudicatario de ese segundo ítem. Ahora bien, tal y como ha sido expuesto por el propio recurrente, la cláusula impugnada no le limita su participación en el concurso, dado que incluso el tema en discusión es precisamente obtener la adjudicación en más de un lote o ítem de los propuestos en el cartel. Asimismo no fundamenta como esa condición del cartel le trasgrede los principios constitucionales de contratación administrativa y en especial el de igualdad, por cuanto su ejercicio demostrativo simplemente se basa en cuestionar la cláusula, sin acreditar como efectivamente, tal y como lo dispone su recurso, existen elementos para

considerar que la misma perjudica los fines que persigue la Fundación con el presente concurso. El ejercicio aquí esperado correspondería precisamente demostrar con un estudio de precios, cómo se obtienen beneficios económicos para la Fundación por la economía de escala de la adjudicación de más de un ítem a un contratista o bien, cómo efectivamente existen otros elementos para medir la incidencia de factores de riesgo que demuestren que la Fundación Omar Dengo, que puede respaldarse durante la ejecución contractual, aún y cuando adjudiqué más de un ítem a favor de un oferente. Es así como, de conformidad con lo regulado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la recurrente realmente no demuestra con prueba fehaciente cómo lo que dispone la cláusula en cuanto a la restricción de adjudicar más de un lote al oferente salvo que se cumplan los criterios establecidos en el cartel, le impiden presentar su plica al presente concurso. Así las cosas, lo que procede es el **rechazo de plano** de este extremo del recurso por falta de fundamentación pero **se ordena de oficio** a la Fundación a proceder al análisis que motive la cláusula, en cuanto a las reglas para la adjudicación de un segundo ítem o lote, so pena que en caso de que no se pueda motivar los elementos analizados, deberá valorarse su respectiva modificación. **3) Apartado II. Instrucciones para los oferentes, punto 15. Seguros, Desalmacenaje y nacionalización:** La empresa objetante manifiesta que solicita la modificación de la cláusula 15.7 del cartel; esto por cuanto la realidad post Pandemia es que ningún fabricante está siendo capaz de entregar estas cantidades de equipos en 45 días hábiles. La pandemia cambió la disponibilidad de partes para que los fabricantes puedan ofrecer un producto terminado. Expone que adjunta como prueba de dicha situación, nota de HP Inc., fabricante de sus equipos en la cual expresa que como mejor pronóstico estimado de entrega de este tipo de proyectos sería entre “90 y 120 días”, sin especificar si son naturales o hábiles, ambos contados a partir de la orden de compra colocada por un socio de negocios autorizado por HP. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 4). Expresa que mantener esa cláusula como está planteada, representa un riesgo de multas de hasta el 25% del valor de los equipos, situación que sería catastrófica para todos de los posibles oferentes. Por lo tanto, solicita que el tiempo de entrega se ajuste a 150 días naturales. La Fundación Omar Dengo manifiesta que el argumento de la empresa recurrente para objetar este punto del cartel no es de recibo, en el tanto como es de conocimiento de la misma, la Fundación no aplica multas cuando existen causales eximentes de responsabilidad en favor del contratista para cumplir con dicho plazo. Para tal efecto la empresa recurrente, en su condición de contratista en otros procesos de contratación con la Fundación ha empleado la solicitud de

prórrogas y cuando estas proceden y se determina que son causales ajenas al contratista en donde no ha existido responsabilidad de este, las mismas se aprueban. No puede cobrarse una multa ante una prórroga autorizada por la Fundación Omar Dengo. Lo que plantea la recurrente es una situación de excepción derivada de una marca específica ocasionada por la pandemia, por lo que, dada su naturaleza excepcional, no podría constituirse como una regla en las condiciones cartelarias. Por lo anteriormente expuesto, se le solicita a la Contraloría declarar este punto sin lugar. **Criterio de la División:** De conformidad con este extremo del recurso, se cuestiona por parte de la empresa objetante el plazo de entrega de los equipos en el país de cuarenta y cinco días hábiles, argumentando que las condiciones del mundo han cambiado significativamente en tiempos de Pandemia. Aporta como prueba una nota de su fabricante, en la cual éste expone que ahora la manufactura de los equipos por el cierre de fronteras y la obligatoria cuarentena en diferentes países que producen varios de los suministros del producto terminado que requiere la Fundación, implica plantear un escenario de entrega de 90 a 120 días (no indica si son hábiles o naturales), sin embargo el recurrente expone que se requiere 150 días naturales como plazo de entrega del objeto contractual. En ese sentido, la Fundación Omar Dengo omite referirse a la prueba aportada por el recurrente y no analiza el extremo del recurso, con respecto a determinar si en la cláusula cartelaria, el plazo impuesto por la Fundación obedece a un estudio consiente sobre la probabilidad o no de cumplir con el plazo de entrega de 45 días hábiles, en las nuevas condiciones de comercio que ha dejado la Pandemia del COVID-19. Más aún, según la respuesta de la Fundación Omar Dengo, asume que eventualmente incluso por experiencias con el objetante, éste debe asumir que debe presentar sea la solicitud de prórroga al plazo de entrega o bien la exoneración de multa, al estar ante una situación considerada como eximente de responsabilidad. No obstante, ese argumento no resuelve el tema de fondo de la objeción, que es la definición de un plazo diferente sin entrar a discutir eximentes de responsabilidad. Lo anterior, considerando que la propia recurrente desconoce los términos de la prueba aportada para definir un plazo cierto y razonable, pues su petición excede lo que se desprende de su prueba. De esa forma, le corresponde a la Fundación definir cuál es un plazo razonable y hacer los análisis pertinentes para ello, en tanto de su respuesta a la audiencia especial, tampoco se aprecia que se haya hecho esa valoración. Por tanto, se **declara parcialmente con lugar** este extremo del recurso, con el propósito que la Fundación Omar Dengo valore la definición de un plazo razonable conforme el entorno actual del mercado en el contexto de la pandemia mundial. **4) Apartado II.**

Instrucciones para los oferentes, punto 9. Forma de pago: a) Monto destinado para Equipos, Infraestructura de Red y Costos Indirectos: La empresa objetante manifiesta que es muy usual que la Administración Pública establezca fechas de finalización de las etapas de instalación y puesta en marcha e incluso las multas. Señala que los oferentes se encuentran expuestos a situaciones ajenas a su control que inciden en el balance económico de las contrataciones; un ejemplo claro de ello se da cuando por situaciones externas llámese pandemia, huelgas, bloqueo, etc., no se pueden concluir las labores de instalación y de acuerdo con la cláusula 9, no aplica al pago de los bienes ofertados. Se aclara a la Contraloría General que los márgenes de ganancia de este tipo de contratación son muy bajos y el no pago del 15% representa para las empresas una carga financiera muy importante, por cuanto en la mayoría de las veces no cubre el costo de los equipos y a los fabricantes hay que pagarles en un solo pago. La Fundación Omar Dengo debe ser consciente que un mes de atraso en el recibo de un pago puede representar en el mercado financiero casi un 1% de interés. Expone que esta situación lo ha afectado en el pasado por situaciones ajenas al oferente (Cartel 2018PP-00001), el cual tuvo como fecha de inicio en agosto del dos mil dieciocho y a la fecha aún no se ha concluido. Por tanto, solicita a la Contraloría que le indique a la Fundación Omar Dengo que el plazo de ejecución de los contratos se debe cumplir y que en caso de que las fechas se extiendan por razones no imputables al oferente se deba realizar el pago del 15% restante correspondiente al monto de los equipos. La Fundación Omar Dengo manifiesta que como bien lo señala la empresa recurrente, existen condiciones ajenas no solo al contratista, sino también a la institución licitante que tienen impacto en la ejecución de los contratos, pero ello no implica que ésta elimine del pliego de condiciones del cartel los instrumentos que le permiten resguardar su interés para el uso responsable de los recursos públicos. Además, es importante aclarar que lo que indica la recurrente en su recurso es impreciso y no coincide con lo que establece el cartel en el punto 9 Forma de Pago. Como se demuestra, el pago del 15% correspondiente al segundo tracto del pago de los equipos, se realizará según avance la aceptación de las instalaciones, mediante cortes mensuales y según el avance de las tareas, es decir, no es un pago que se efectúa al finalizar la última instalación de equipos en los centros educativos, sino que son pagos por avance de la aceptación. En vista de que los equipos permanecen bajo la posesión y control del contratista no resulta procedente reconocer un pago del 15% remanente sin que estos se encuentren debidamente recibidos y aceptados por parte de la Fundación. Adicionalmente, es importante mencionar que este punto no impide de

ninguna manera o al menos, el recurrente no logra demostrar cómo le impide su participación en el concurso. Este punto deberá ser rechazado por cuanto reitera la objeción a una condición cartelaria que ya ha sido valorada por el órgano contralor en el proceso de contratación 2018PP-000001-PROV-FOD, ante lo cual la, según resolución R-DCA-0144-2018 de las ocho horas del catorce de febrero del dos mil dieciocho. Según lo desarrollado anteriormente, solicita a la Contraloría General de la República declarar sin lugar, en todos sus extremos, el recurso de objeción planteado por la empresa Componentes El Orbe S.A. **Criterio de División:** Como se expone en la respuesta de la Fundación Omar Dengo, la recurrente cuestiona el establecimiento de la forma de pago en dos tractos, siendo que el segundo de ellos establece el pago de un 15% del precio total de los equipos y costos indirectos, hasta que éstos cuenten con la aceptación de su instalación en centros educativos, o su recepción en el Centro de Distribución de la Fundación Omar Dengo en Zapote, a entera satisfacción de la Fundación. En el presente caso, tal y como lo indica la Fundación, este aspecto ha sido cuestionado por el recurrente en procesos anteriores. Al respecto, estima este órgano contralor que la objetante debe considerar que le correspondía atender su deber con la presentación del recurso de objeción al cartel, para demostrar cómo la cláusula cartelaria le obstaculiza su derecho a presentar oferta para el presente concurso o bien que dicha disposición trasgrede los principios de contratación administrativa que rigen los procedimientos a cargo de la Fundación, procediendo a acreditar la prueba fehaciente que sustente su fundamentación. Aquí el ejercicio probatorio esperado por este órgano contralor recae en el análisis financiero del impacto de este segundo tracto de pago para el futuro contratista y el impacto en su salud financiera. En ese sentido, ha debido acreditar como efectivamente esa suma implica una carga financiera, en atención a los pagos que debió asumir con el fabricante de los equipos, los costos inherentes como por ejemplo a viáticos para el personal que realice la instalación en los diferentes centros educativos, demostrando que debe comprometer incluso recursos propios ante el faltante de pago recibido y evidentemente el análisis si ese porcentaje correspondiente a dicho tracto, puede perjudicar incluso la obtención de utilidad a su favor para asumir dicho proyecto. De esa forma, dado que no se acredita por parte del recurrente cómo impacta esa disposición cartelaria en su solvencia financiera o le perjudica el equilibrio de intangibilidad patrimonial con respecto a la posible ejecución del contrato, bajo ese escenario de pago, se considera que existe una falta de fundamentación de su parte, lo que impone a este órgano contralor el **rechazo de plano** para este extremo del recurso. -----

III. Consideración de oficio: Observa este órgano contralor que el presente concurso se tramita en forma física por parte de la Fundación Omar Dengo, por cuanto tal y como lo dispone el apartado 3. Recepción y Apertura de las Ofertas, las mismas deben ser entregadas en las oficinas de la Unidad de Compras y Contrataciones de la Fundación. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020007342, folio 26, página 14). No obstante, esta Contraloría General no puede desconocer lo dispuesto primeramente en el artículo No. 40 de la Ley de Contratación Administrativa, que introduce el uso de medios digitales para todo lo relativo a la actividad de contratación administrativa, incluso aquella que se regule bajo cualquier régimen especial, remitiendo a las Administraciones y en este caso a la Fundación Omar Dengo al uso del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP). Ahora bien, basado en esa disposición legal, existen causales de excepción para la utilización de la plataforma, para lo cual, en el Decreto 41438-H correspondiente al Reglamento para la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas, específicamente en su artículo No. 9 - Excepciones al uso de SICOP que en la parte que interesa indica: *“Se podrá prescindir del uso de SICOP en los siguientes casos: / a) Cuando la naturaleza especial o las circunstancias concurrentes propias de la contratación específica justifiquen que no procede, o que resulte más conveniente llevar a cabo el concurso por otros medios. Para la validez del procedimiento se requiere criterio favorable del Rector del SICOP y que esa circunstancia se advierta a todos los interesados en el cartel del procedimiento. / (...)”*. Por ello, a pesar de no ser un extremo del presente recurso de objeción, se le advierte a la Fundación Omar Dengo que debe acreditar si se encuentra ante alguno de los supuestos del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No. 41438-H del 12 de octubre del 2018 *“Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas “SICOP”* y en caso de que corresponda al inciso a), incorpore al expediente de la contratación los documentos emitidos por la autoridad competente, en los que se demuestre que este concurso se encuentra autorizado para promoverse fuera de la plataforma. Lo anterior ha sido resuelto de esta manera por este órgano contralor, en forma reciente mediante la resolución R-DCA-01251-2020 de las catorce horas con treinta y cinco minutos del veinte de noviembre de dos mil veinte. -----

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 **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANONIMA** interpuesto en contra del

cartel del **Concurso No. 2020PP-000010-PROV-FOD** para la “*Adquisición e instalación de equipos de cómputo y equipos conexos en 681 Centros Educativos adscritos al Programa Nacional de Informática Educativa del Ministerio de Educación Pública y la Fundación Omar Dengo (PRONIE MEP-FOD) con sus garantías y servicios de soporte técnico*”, promovido por la **FUNDACIÓN OMAR DENGO. 2)** Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Andrea Muñoz Cerdas
Fiscalizadora Asociada

AMC/chc
NI: 34257-34270-35394-35489
NN: 18588-2020 (DCA-4477)
G: 2020004155
Expediente: CGR-ROC-2020007342

