

R-DCA-00035-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas treinta y nueve minutos del doce de enero de dos mil veintiuno. -----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **COMPONENTES EL ORBE SOCIEDAD ANONIMA** en contra las modificaciones 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 quince de diciembre de dos mil veinte, la empresa Componentes El Orbe S. A., presenta ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra de las modificaciones al cartel del concurso de referencia. -----

II. Que mediante auto de las ocho horas con cincuenta y un minutos del diecisiete de diciembre 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-101-2020 del día veintiuno de diciembre 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 el fondo del recurso interpuesto: 1) Sobre las consideraciones de oficio solicitadas por la Contraloría General de la República mediante la resolución R-DCA-01260-2020, correspondiente a la primera ronda de objeción al cartel:** La empresa objetante manifiesta que la Fundación Omar Dengo, en adelante la Fundación, ha fallado en demostrar que cumplió con los puntos que la Contraloría General le ha solicitado analizar en la resolución número R-DCA-01260-2020, en cuanto a un trato desigual y un posible perjuicio económico por presentar en su caso, un porcentaje de concentración como parte de los requisitos cartelarios. Expone que según su criterio, el mantenimiento de la cláusula implica un trato desigual para su empresa o cualquier empresa que tenga algún nivel de concentración al

igual que tratar de que los lotes no sean adjudicados a un único oferente. La Fundación manifiesta que la Contraloría General de la República rechazó de plano el recurso en dicho punto, pero ordena de oficio a la Fundación proceder al análisis que motive la cláusula de concentración en cuestión y que, en caso de que no se pueda motivar los elementos analizados, deberá valorar la respectiva eliminación de la cláusula, ejercicio que se encuentra ampliamente desarrollado en el Aviso No.12 denominado UCC-682-2020-PROV-FOD del once de diciembre de dos mil veinte, mismo que se adjunta al responder la presente audiencia, en donde se justifica la cláusula y cómo se llega a la definición del porcentaje del 5%, así como la efectividad de dicha política, sin violentar el principio de libre concurrencia en el tanto únicamente aplica para los oferentes que lleguen a la última fase del proceso de pujas. **Criterio de la División:** Señala la empresa objetante que la Fundación desatendió la consideración de oficio en la cual se le consignó la obligación de analizar la disposición cartelaria referente al requerimiento cartelario que a su criterio le restringe la posibilidad de adjudicación de uno lote o varios lotes de los consignados en el pliego cartelario, por cuanto básicamente las reglas de adjudicación le obligan a cotizar un 5% por debajo de su más cercano competidor, para resultar el adjudicatario al menos de un lote, ante el criterio denominado porcentaje de concentración. No obstante, la Fundación aportó en respuesta a su audiencia especial el documento denominado “Aviso No.12” que fue numerado bajo el oficio UCC-682-2020-PROV-FOD del once de diciembre del año anterior, en el cual realiza la motivación para mantener incólumes en el cartel, los puntos 1 y 2 condicionados en la resolución R-01260-2020 de las trece horas dieciséis minutos del veinticinco de noviembre del dos mil veinte. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 47). Tal aviso ha sido conocido por la empresa recurrente, por cuanto en su propio recurso de objeción cita referencias de los mismos datos que consignó la Fundación para justificar las dos consideraciones de oficio que fueran emitidas por este órgano contralor en la primera ronda de impugnación al cartel. Tales menciones se citan principalmente en la página No. 4 del escrito, mencionándolo como “Anexo 12”, cuando lo correcto es “Aviso 12”, donde se transcriben las tablas de datos expuestas en el citado oficio de la Fundación. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 1). Adicional a lo anterior, la Fundación ha indicado a este órgano contralor mediante el oficio UCC-008-2021-PROV-FOD, suscrito por el señor Erick José Agüero Vargas, en su condición de Jefe de la Unidad de Compras y Contrataciones de la Fundación, con respecto a la comunicación de las modificaciones y avisos a los participantes, que las mismas se realizan siguiendo el siguiente protocolo: “2. *Toda la comunicación oficial de la FOD relacionada con el proceso de contratación que nos ocupa se encuentra publicada en la*

página web <https://fod.ac.cr/licitaciones/> bajo el consecutivo de procedimiento 2020PP000010-PROV-FOD. Adicionalmente se aclara que todos los avisos relacionados con el proceso de contratación también se comunican a los correos electrónicos que los potenciales oferentes han registrado al momento de descargar el cartel”, por ende, el recurrente no ha desvirtuado en ninguna extremo de su recurso, que no ha recibido alguna comunicación relacionada al CONCURSO. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 58). Bajo ese escenario y lo alegado por parte del recurrente, no se cuestiona en este punto específico el contenido de los motivos que justifica la Fundación para consignar el porcentaje de concentración y las reglas para asignación de lotes por cada adjudicatario, sino que acusa a ésta sobre la supuesta desatención de lo dispuesto en forma oficiosa por este órgano contralor en la resolución citada precedente. Nótese que el sentido del recurso de objeción al cartel, según lo consignado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es eliminar las posibles infracciones al ordenamiento jurídico o los principios constitucionales inherentes a la contratación administrativa, invocando los motivos por los cuales las cláusulas cuestionadas trasgreden dichas disposiciones, por lo cual, en el presente extremo del recurso únicamente el objetante se limita a exponer que no existen las justificaciones del caso. Es por ello que, observa esta Contraloría General que en efecto existe un análisis de la Fundación que consta en el oficio UCC-682-2020-PROV-FOD, citado por el propio recurrente y el cual no ha sido desvirtuado por éste, mediante prueba técnica o argumentos técnicos contra los términos del mismo, dado que consta que la Fundación aportó las justificaciones solicitadas de oficio por este órgano contralor, con el propósito de mantener incólume la redacción actual de la cláusula prevista en el apartado II. Instrucciones para los oferentes, punto 7. Adjudicación y Firmeza de la adjudicación. Vale resaltar que según este argumento, únicamente se menciona que la Fundación no ha cumplido a cabalidad con las consideraciones de oficio impuestas en la resolución citada precedente, siendo hasta el punto No. 2 de su recurso donde pretende desacreditar las justificaciones brindadas por parte de ésta. Es por ello que, en el caso se impone **rechazar de plano** por la falta de fundamentación de la empresa recurrente este extremo del recurso. **2) 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 la Fundación pretende justificar una mayor participación de oferentes gracias a la cláusula de concentración, siendo lo correcto que el crecimiento en el número de participantes obedece a que algunos requisitos de admisibilidad fueron modificados y estos son 1. Montos de las referencias, 2. Estados Financieros. Para respaldar eso realiza un análisis de

los requisitos cartelarios del proceso 2018PP-000001-PROV-FOD con respecto al 2015PP-000002-PROV-FOD. Menciona que en el segundo supuesto se solicita cinco referencias de contratos anteriores por la suma de US\$150,000.00 y una por cada cliente, siendo que para el concurso del año dos mil dieciocho se solicita solamente referencias de contratos por la suma de US\$100,000.00, sin limitar la cantidad de éstas por cada cliente. Expone que, en el cartel vigente se mantienen las condiciones del año dos mil dieciocho. Siendo así, concluye que no se justifica por parte de la Fundación que el porcentaje de concentración sea la razón de una mayor cantidad de participantes, por cuanto como puede observarse en la contratación 2018PP-000001-PROV-FOD, la empresa Consultek resulta adjudicataria de 3 lotes, lo que demuestra que la cláusula de concentración no es eficaz, ni le garantiza a ésta tener múltiples adjudicatarios. La Fundación manifiesta que la justificación aplica para los puntos 1 y 2 de la resolución correspondiente a la primera ronda de objeción al cartel. Señala que sí se compara el porcentaje de concentración y la cantidad de oferentes que existía previo al momento en que implementó dicha cláusula (Procedimiento de Contratación 2018PP-000001-PROV-FOD), se puede observar que cláusula ha surtido el efecto deseado en cuanto a contar con mayor cantidad tanto de oferentes como adjudicatarios, reduciendo así los niveles de dependencia hacia un único oferente. Menciona que el porcentaje del 5% no corresponde a un monto antojadizo, sino a un promedio de las diferencias de precio entre los montos adjudicados y los segundos mejores precios en los procesos de contratación, desarrollados desde la implementación del mecanismo de subastas a la baja. Asimismo expone que es importante mencionar que la empresa objeta la misma cláusula desde el año dos mil dieciocho, aún y cuando ha resultado adjudicataria en varios lotes. Por otro lado, exhorta que la cláusula de concentración entra en consideración únicamente entre el menor precio y el segundo mejor precio. De tal forma, esta cláusula no está dirigida hacia un participante en particular, sino que genuinamente busca disminuir el riesgo de concentración hacia un único oferente. **Criterio de la División:** Sobre este extremo del recurso, observa este órgano contralor que el recurrente cuestiona las razones que ha expuesto la Fundación en cuanto a que el porcentaje de concentración ha favorecido la participación de un mayor número de oferentes. El objetante expone que la mayor participación en los concursos promovidos desde el año dos mil dieciocho por la Fundación Omar Dengo para objetos de compra de equipo de cómputo se debe a la disminución de algunos requisitos mínimos como el de experiencia, en el cual se solicita en los nuevos pliegos de condiciones, la presentación de contratos previos, suscritos con un menor monto mínimo y además que se puedan aportar referencias de un mismo cliente, siempre y

cuando se cumplan los demás supuestos solicitados en la cláusula. No obstante, la Fundación aporta en su oficio UCC-682-2020-PROV-FOD del once de diciembre del año anterior, mediante el cual pretende motivar la continuidad de los términos de la cláusula 7. Adjudicación y Firmeza de la adjudicación, sub-punto 7.2.5 Porcentaje de Concentración, que corresponden a los puntos 1 y 2 cuestionados en la primera ronda de apelación. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 47). Por lo antes expuesto, este órgano contralor debe analizar el ejercicio de fundamentación del recurrente para pretender probar la limitación a la participación que le generan los requisitos cartelarios cuestionados. Mencionado lo anterior, la empresa objetante argumenta que la modificación de los requisitos para hacer constar la experiencia del oferente y de los estados financieros, éste último que no desarrolla como parte de su fundamentación, son los motivos por los cuáles existe una mayor participación en los concursos a partir del año dos mil dieciocho. Sin embargo, observa este órgano contralor que el recurrente invoca las razones por las cuales a su criterio se ha obtenido un mayor número de participantes a partir del año dos mil dieciocho, pero su fundamentación no cuenta con elementos probatorios para hacer constar efectivamente que la incidencia de esos cambios como parte de los requisitos mínimos, sean los verdaderos motivos de esa mayor concurrencia de interesados. Aquí el ejercicio mínimo esperado por parte del objetante es la demostración de cómo esos elementos son las razones de la presencia de más oferentes en cada contratación, para lo cual se puede mencionar como por ejemplo, acreditar que en todos los procedimientos a partir del año dos mil dieciocho, los contratos aportados como referencias previas por los participantes únicamente alcanzan el límite previsto en el cartel, o bien respaldar con el análisis técnico como los cambios en la evaluación de los estados financieros, ha sido el factor que favorece igualmente el interés en esos concursos, éste último aspecto omitido en su recurso de objeción. Por otro lado, la Fundación ha presentado las justificantes de una mayor afluencia a los concursos, una vez que implementó el porcentaje de concentración como parte de las reglas cartelarias, según el siguiente detalle

Cuadro No.1 Cantidad de oferentes por proceso de contratación del 2014 al 2019

Procedimiento	Año	Número de oferentes	Cartel con cláusula
2014PP-000002-PROV-FOD	2014	3	No
2014PP-000008-PROV-FOD	2014	3	No
2015PP-000002-PROV-FOD	2015	2	No
2016PP-000001-PROV-FOD	2016	2	No

2016PP-000006-PROV-FOD	2016	2	No
2016PP-000011-PROV-FOD	2017	4	No
2018PP-000001-PROV-FOD	2018	3	Si
2018PP-000011-PROV-FOD	2018	5	Si
2019PP-000012-PROV-FOD	2019	4	Si

(En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 47). En ese primer aspecto, se aprecia con los datos de la Fundación que el promedio de los 6 procesos en los cuales no se presentó el porcentaje de concentración asciende a 2.66 oferentes por proceso, siendo que a partir de su implementación como reglas del concurso, ese promedio sube a 4 participantes. Asimismo expone el razonamiento de la diferencia que debe acreditar una empresa con porcentaje de concentración para ganar un lote del concurso, es decir el 5% exigido vía cartel para obtener el acto de adjudicación a su favor. Al respecto, ese porcentaje lo justifica del promedio del ahorro generado entre los concursos adjudicados desde el año dos mil catorce a la fecha, por lo cual, la Fundación pretende mantener esa diferencia entre el precio total de la adjudicación correspondiente al primer y segundo mejor precio por lote, cuando se trate de una adjudicación que favorezca a una empresa con porcentaje de concentración. Según la Fundación, dicho porcentaje se respalda con el análisis de los siguientes datos:

Procedimiento	Precio adjudicado US\$	Segundo mejor precio US\$	Diferencia US\$	Diferencia %
2014PP-000002-PROV-FOD	5,751,175.42	6,303,013.77	551,838.35	9,59
2014PP-000008-PROV-FOD	3,638,237.97	3,884,120.00	245,882.03	6,75
2015PP-000002-PROV-FOD	4,750,000.00	3,884,120.00	69,900.00	1,47
2016PP-000001-PROV-FOD	4,296,390.83	4,325,000.00	28,609.17	0,66
2016PP-000006-PROV-FOD	5,762,000.00	5,824,119.00	62,119.00	1,07
2016PP-000011-PROV-FOD	4,372,305.07	4,549,000.00	117,000.00	4,04
2018PP-000001-PROV-FOD	3,570,000.00	3,849,489.97	279,489.97	7,82
2018PP-000011-PROV-FOD	2,800,000.00	2,990,173.72	190,173.72	6,79
2019PP-000012-PROV-FOD	3,500,000.00	3,711,855.73	211,855.73	6,05
Diferencia promedio				4,91

(En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 47). De esa manera, la Fundación en forma motivada aporta los elementos cuantitativos que demuestran la conveniencia de mantener el porcentaje de concentración, basados en el hecho de contar a partir de su incorporación, con un mayor número de participantes en el concurso. Asimismo realiza el ejercicio en cuanto a cómo se obtiene el porcentaje de diferencia del 5% que se exige entre el monto ofertado del primer y segundo mejor precio a adjudicar, cuando uno de ellos corresponda a un oferente que

cuenta con porcentaje de concentración. Con ello, a pesar de adjudicarse una oferta de un participante con porcentaje de concentración, la Fundación asegura que obtiene un 5% de ahorro, lo cual considera un monto razonable, por cuanto es el promedio que se ha mantenido como variable entre los precios anteriormente adjudicados. Así las cosas, observa este órgano contralor, que cómo parte de su gestión de riesgo, la Fundación muestra que bajo reglas de concentración ha aumentado la participación de los oferentes, lo cual no ha limitado la presencia en los concursos del mismo recurrente, siendo que incluso éste ha resultado adjudicatario de algunos lotes en éstos procesos. Por otra parte, en su nueva impugnación no aporta elementos que motiven que la misma deba ser eliminada, por cuanto no desvirtúa los argumentos propuestos por la Fundación en su oficio de justificación de dichos requisitos cartelarios. 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 le impide presentar su plica al presente concurso o bien trasgrede los principios de igualdad y eficiencia que persigue todo procedimiento de contratación administrativa. Así las cosas, lo que procede es el **rechazo de plano** de este extremo del recurso por falta de fundamentación. **3) Sobre la realización del proceso de contratación fuera de la plataforma del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP):** La empresa objetante manifiesta que de acuerdo con la resolución R-DCA-01260-2020, la Contraloría General de la República le solicitó a la Fundación aclarar por qué este concurso no se realizaba por medio digital y se le hizo hincapié en la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP). Expone que de la revisión del expediente electrónico no se observa referencia alguna por parte de la Fundación a este punto solicitado de forma oficiosa por la Contraloría General. La Fundación manifiesta que mediante el oficio UCC-194-2020-PROC-FOD del doce de junio de dos mil veinte, le remitió consulta al señor Oscar Ugarte Medina, encargado del SICOP para determinar si el concurso bajo el sistema de subasta a la baja o pujas se podría realizar según los parámetros que utiliza ésta. Señala que dicho oficio no fue contestado, razón por la cual tomaron la decisión de realizar el proceso en forma física. **Criterio de la División:** De conformidad con este extremo del recurso, se cuestiona por parte de la empresa objetante, la desatención de la Fundación con respecto a la consideración de oficio realizada por este órgano contralor, en cuanto a desconocer lo dispuesto primeramente en el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa sobre el uso del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), según la reforma publicada en el Alcance No. 182 de La Gaceta No. 176 del trece de setiembre de dos mil dieciséis, misma que rige a partir del trece de marzo

del dos mil dieciocho. Tal aplicación según el ordenamiento jurídico únicamente es excepcionado en su aplicación por lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 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. / (...)”*. Según lo expuesto por la Fundación, alega que realizó la consulta en junio del año anterior mediante el oficio UCC-194-2020-PROV-FOD, mismo que no fuera respondido, por lo cual decide proseguir con el procedimiento en forma física. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 8). Al respecto, analizando el contenido de la consulta, se observa por esta Contraloría General que la misma se refiere a: *“(...) la posibilidad de uso de la plataforma de SICOP en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la Fundación y el Programa Nacional de Informática Educativa PRONIE MEP-FOD del Ministerio de Educación Pública la Fundación Omar Dengo, específicamente en lo que respecta al apartado de las subastas a la baja o subastas electrónicas, existen algunas dudas o consultas al respecto. (...)”*. (En consulta expediente de objeción No. CGR-ROC-2020008029, folio 8). Con respecto a lo anterior, tal misiva no corresponde a la gestión tutelada en el artículo 9 citado precedente, sino a una consulta sobre la viabilidad de la plataforma para las condiciones que ha impuesto la Fundación para su proceso, en cuanto al sistema de cotización bajo el esquema de subasta a la baja o pujas. Nótese que el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa reguló, entre otras cosas, lo siguiente: *“Toda la actividad de contratación regulada en la presente ley, así como aquella que se regule **bajo cualquier régimen especial**, deberá realizarse por medio del Sistema digital unificado de compras públicas. (...)”* (La negrita no corresponde al original). Por lo antes mencionado, aún y cuando la presente contratación se rija por principios, no existe una disposición normativa para que lo reglamentado no resulte aplicable a este procedimiento, o bien, no consta en lo documentado por la Fundación para este concurso, en cuanto a que éste se encuentra autorizado para promoverse fuera de la plataforma SICOP. Con sustento en lo antes dicho, se **declara con lugar** este extremo del recurso, a fin de que la Fundación incorpore al expediente de la contratación sí se encuentra ante alguno de los supuestos del numeral 9 del Decreto Ejecutivo No. 41438-H del doce de octubre de dos mil dieciocho y en

caso de que corresponda al inciso a), debe acreditar en el expediente de la contratación los documentos emitidos por la autoridad competente en los que se demuestre que se encuentra autorizado para efectuar el concurso fuera de la plataforma SICOP o bien, promueva el procedimiento por medio de dicho sistema, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 179 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 las modificaciones 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: 38654-38-41-487-682
NN: 00389 (DCA-0149)
G: 2020004155-2
Expediente: CGR-ROC-2020008029

