

San José, 19 de junio de 2020
Criterio N° 370-DJ/CAD-2020
Al contestar refiérase a este # de criterio

MBA
Miguel Ovares Chavarría, Jefe a.i.
DEPARTAMENTO DE PROVEEDURÍA
S. D.

Estimado señor:

En respuesta al oficio número 1719-DP/12-2020 del 12 de junio del año en curso, recibido en esta Dirección ese mismo día, y suscrito por su estimable persona, mediante el cual se nos solicita realizar la revisión legal del pliego de condiciones de la **Licitación Abreviada N° 2020LA-000033-PROV**, cuyo objeto es la “**Solución de licenciamiento y migración de controladora de redes inalámbrica Ruckus–Commscope**”, y a la vez se nos pide especial atención a los apartados cartelarios que regulan el tema de garantía de cumplimiento y de cláusula penal, así como analizar la legalidad de la cláusula 11.1 (también en materia de cláusula penal), se brinda atención a las anteriores solicitudes en los siguientes términos

I. Apartado de Garantía de Cumplimiento:

A. Sobre la necesidad Institucional:

Tal como se aprecia tras una revisión del pliego de condiciones, así como de las explicaciones dadas por el Órgano Técnico, el planteamiento de nuevas regulaciones cartelarias en cuanto a la garantía de cumplimiento y de cláusula penal, obedecen a una necesidad Institucional que surge debido a las características tan particulares del objeto contractual, y que implicaron establecer algunas nuevas reglas para procurar la correcta

ejecución de un bien contractual que se califica como un “servicio crítico” que requiere ser robustecido a nivel del Poder Judicial, y garantizar que la institución verá satisfecha su necesidad.

Es así como la Dirección de Tecnología de Información, mediante oficio número 1062-DTI-2020 del 5 de junio de 2020 expone que las líneas 1 y 3 tendrán un precio compuesto, a saber, de servicios (garantía y soporte) y de bienes (tangibles e intangibles), con la característica adicional de que el precio será uno solo para cada línea, debido a que, según las prácticas comerciales de este tipo de mercado, no es posible solicitar que se coticen precios por separado del servicio y de los bienes, ya que el servicio como tal, está subsumido en la compra de las líneas 1 y 3, pero que “no se venden por separado”, sino que su obligación nace con la venta de las licencias que el Poder Judicial comprará, con el propósito de dar asistencia, soporte o mantenimiento en caso de llegar a requerirse.

Por lo anterior, surgió la preocupación de contar con algún respaldo en fase de ejecución, ya que se teme que si no hay algún medio compulsivo (como lo sería un depósito de garantía) no se logre coaccionar al contratista a cumplir a satisfacción sus obligaciones, y como en esta oportunidad todo debe pagarse desde el inicio (con la recepción a satisfacción de las 4 líneas), se estimó indispensable acudir a alguna figura jurídica que no desproteja al Poder Judicial, ni ponga en riesgo la obtención de los servicios de soporte, mantenimiento y asistencia que van aparejados a las compras de las líneas 1 y 3.

B. Planteamiento del Cartel:

A partir de la necesidad señalada en el punto anterior, el pliego de condiciones optó por contemplar garantías económicas como medios compulsivos para que la adjudicataria cumpla a cabalidad con sus obligaciones y no exponer así al Poder Judicial a las consecuencias de una mala ejecución contractual, (con el impacto que ello representaría en *“actividades, eventos especiales, situaciones de emergencia en oficinas estratégicas del OIJ, servicios de comunicación en salas de juicio, así como brindar el servicio de red de*

comunicación interna de manera inalámbrica, ahora que se está incrementando la asignación de equipo portátil y móvil en la institución...” (tomado de la justificación del oficio 1719-DP/12-2020), por lo que se contemplan dos figuras distintas, las cuales se nos solicita revisar desde el punto de vista legal. La primera de ellas es la garantía de cumplimiento (apartado 3.2 del cartel), y la segunda es la garantía de buen funcionamiento (apartado 3.3).

Se observa que el cartel las denomina “garantía de cumplimiento” (apartado 3.2) y “garantía de cumplimiento por buen funcionamiento” (apartado 3.3), y se entiende que ello obedece a que ambas se rinden en etapa de ejecución contractual, sin embargo, esta Dirección recomienda mantener la denominación que sobre el particular ha desarrollado la Contraloría General de la República, ya que de mantener los nombres indicados supra, tiende a confundir al lector, a los oferentes y al futuro adjudicatario, ya que se puede pensar que se trata de una doble garantía de cumplimiento, cuando en realidad se trata de 2 tipos distintos de garantía en fase de ejecución, y que como veremos, no coexistirán simultáneamente, sino que una se rendirá hasta que la otra se le haya reintegrado al adjudicatario (esto por cuanto así lo ha delimitado el Ente Contralor).

La figura jurídica de la garantía de cumplimiento está regulada en el numeral 34 de la Ley de Contratación Administrativa y 40 de su Reglamento, mientras que la garantía de buen funcionamiento se contempla en el artículo 203 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es decir, se trata de dos figuras jurídicas distintas, y según el contenido de los apartados 2.3 y 3.3, resulta claro que en el primero de ellos se regula lo referente a la “*garantía de cumplimiento*”, y en la número 3.3. se contempla la “*garantía de buen funcionamiento*”, por lo que para evitar confusiones, es necesario suprimir el vocablo “cumplimiento” en el apartado 3.3.

Debido a lo anterior, el cartel opta por solicitar garantía de cumplimiento hasta donde sea posible, pero una vez recibidos los bienes (las 4 líneas que componen el cartel), como ya no habrá motivo para retener la garantía (justamente porque operó la recepción a

satisfacción), optaron por recurrir a la figura de la garantía de buen funcionamiento, ya que ésta respaldará el compromiso (subyacente dentro de las líneas 1 y 3) de dar servicio (garantía y soporte), el cual, además de ser esencial para el Poder Judicial, es parte de lo que se pagará por concepto de las líneas 1 y 3.

De esta manera, se tiene que el cartel regula en primer término, lo correspondiente a la garantía de cumplimiento, y luego de revisar su contenido desde el punto de vista leal, se estima que sus lineamientos se apegan a la práctica institucional y a nuestro ordenamiento jurídico; en tanto, se tiene claro el porcentaje a cobrar, que tal porcentaje está dentro del rango de ley, se conoce el valor sobre el cual se calculará la garantía, que dicho valor coincide con la proporción del precio, lo que se garantizará mediante esta caución.

En cuanto al apartado de garantía de buen funcionamiento, previo a analizar si las cláusulas cartelarias se ajustan a Derecho, es menester analizar la figura jurídica como tal.

C. La Garantía de Buen Funcionamiento:

Esta figura jurídica encuentra su sustento normativo en el artículo 203 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, e incluso la Contraloría General de la República ha delimitado algunas características que deben cumplirse en Contratación Administrativa para su uso adecuado, y aunque sólo son vinculantes para las instituciones a las que ha dirigido sus pronunciamientos, sirven como un referente para analizar y comprender mejor este tipo de garantía.

Es así como, desde el punto de vista legal, es posible emplear la figura de la “garantía de buen funcionamiento”, claro está, bajo responsabilidad del Órgano Técnico que solicite su uso en determinado procedimiento de contratación, a lo que se deben sumar las valoraciones que el Departamento de Proveeduría realice (como conductor del procedimiento) para avalar tal solicitud, en el entendido de que además se deberán incorporar

en el expediente los motivos que llevaron a emplear esta figura, de manera que se garantice la objetividad, transparencia y eficacia en el procedimiento.

La Contraloría General de la República ha analizado la figura de la garantía de buen funcionamiento, llegando a concluir que se trata de un instrumento legalmente válido en la Contratación Administrativa, y brindando algunos lineamientos para su uso. Sobre el particular, en la resolución número R-DCA-00474-2020 indicó:

*“Criterio de la División: a) Sobre la norma jurídica que respalda este tipo de garantía: la garantía de buen funcionamiento fue analizada por este Despacho en la resolución R-DJ-014-2009 del 8 de julio del 2009, y en esa oportunidad se indicó lo siguiente: “En este caso concreto, estimamos que **la Administración no está inhibida a establecer una garantía adicional, como la “Garantía de buen funcionamiento”,** aparte de la garantía de participación y de cumplimiento, siempre y cuando en esa garantía adicional se establezcan parámetros proporcionales y razonables para una eventual ejecución y el procedimiento a aplicar.” (lo destacado en negrita no corresponde al original).*

En esa oportunidad también aclaró que:

*“...en criterio de esta División que la garantía de buen funcionamiento tiene sustento normativo en el artículo 203 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cual hace referencia a las garantías de funcionamiento en los siguientes términos: “**Recepción definitiva**. La recepción definitiva del objeto será extendida dentro del mes siguiente a la recepción provisional o dentro del plazo establecido en el cartel o bien, vencido el plazo para corregir defectos. La recepción definitiva no excluye la ejecución de la garantía de cumplimiento, si los bienes y servicios presentan alguna inconformidad con lo establecido en el contrato. A partir de este momento, comenzarán a regir las garantías de funcionamiento ofrecidas por el contratista y no correrán multas. [...]”*

En aplicación de la anterior norma, consideró el Ente Contralor que *“De conformidad con dicha norma, es criterio de esta División que la Administración sí es factible solicitar a los oferentes una garantía de buen funcionamiento, pero limitado únicamente sobre los bienes y servicios adquiridos...”*

Conforme a lo expuesto hasta el momento, resulta claro que la Administración puede utilizar la figura de la “garantía de buen funcionamiento”, la cual tiene asidero normativo (artículo 203 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa) e incluso ha sido analizada por la Contraloría General de la República para confirmar su viabilidad. Y debe entenderse que, se trata de una garantía distinta a la de cumplimiento, pese a que ambas persiguen fines similares, a saber, dar un respaldo económico a la Administración para resarcirse en caso de incumplimiento y para compeler al contratista a cumplir sus obligaciones.

Y es que desde vieja data, la Contraloría General de la República ha enfatizado en “...la adaptabilidad que debe tener el régimen de contratación Administrativa a las necesidades y situaciones fácticas de la Administración, cuyo fin último es la mejor satisfacción del interés público...” (oficio No. 13144 (DCA-4019) del 05 de diciembre de 2008, en el cual analizó la flexibilidad que deben tener las garantías de cumplimiento en condiciones especiales según los distintos procedimientos de contratación administrativa).

Ahora bien, para su adecuado uso, siendo que se trata de un tema novedoso a implementar en algunos procedimientos de contratación, esta Dirección desea hacer énfasis en la importancia de incorporar al expediente las justificaciones que al respecto elabore el Órgano Técnico, y la responsabilidad del Departamento de Proveeduría (como conductora del procedimiento) de valorar esos motivos y aprobar el uso de una garantía de buen funcionamiento, lo cual requiere además, un análisis a la luz de las características particulares del objeto contractual, lo cual es de responsabilidad exclusiva de esos órganos.

Interesa también que se tomen en consideración los lineamientos que en la resolución R-DCA-00474-2020 brindó el Ente Contralor, como parámetros a seguir para un adecuado uso de las garantías de buen funcionamiento, por lo que a continuación se transcriben los lineamientos dados en la referida resolución:

- 1) “...primero se rinde la de cumplimiento, luego esta se devuelve para que se rinda la garantía de buen funcionamiento, en el momento señalado en el cartel.”
“...la garantía de buen funcionamiento se debe rendir una vez que se devuelve la garantía de cumplimiento, de forma tal que ambas garantías no coexistan en forma simultánea. Se advierte que el criterio aquí externado modifica en forma expresa el criterio emitido en la resolución R-DJ-014-2009 así como cualquier otra resolución emitida en sentido similar.”
- 2) “es factible solicitar a los oferentes una garantía de buen funcionamiento, pero limitado únicamente sobre los bienes y servicios...”
- 3) “...esta garantía adicional se debe establecer bajo parámetros razonables y proporcionales...”
- 4) “...la Administración ajuste el porcentaje de la garantía de buen funcionamiento al monto de los equipos y no al monto total de la obra, dejando constar en el expediente el criterio técnico sobre el cual se basó para establecer el nuevo monto o porcentaje, lo anterior acatando los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Se advierte que el criterio aquí externado modifica en forma expresa el criterio emitido en la resolución R-DJ-014-2009 así como cualquier otra resolución emitida en sentido similar.”

D. Apartado cartelario de Garantía de Buen Funcionamiento:

El Departamento de Proveeduría nos solicitó, analizar de manera particular la legalidad de lo planteado en este apartado del pliego de condiciones, razón por la cual, se procedió a verificar si su contenido se apega a los lineamientos dados en el precedente analizado en el punto anterior, que es el único referente con el que contamos, dado que la norma no desarrolla esto.

De esta manera se estima que el apartado 3.3 del cartel, cumple con los requisitos anteriores (a excepción del número 1), ya que:

- La garantía de buen funcionamiento se establece en relación con servicios, no a obra pública (requisito 2).
- El porcentaje se establece como razonable y proporcional (requisito 3); esto según definición del Órgano Técnico, el cual estableció la garantía de buen funcionamiento en un 5%.
- Se establece que el porcentaje de garantía de buen funcionamiento está ajustado al monto de lo que se requiere respaldar (requisito 4), y es justamente por esa razón, que la Dirección de Tecnología de Información, llevó a cabo un estudio de mercado que les permitió decidir que esta garantía se debe cobrar sólo sobre el 20% del valor de la línea 1, ya que según la tasación que realizó esa Dirección para esta licitación, ese es el precio promedio del servicio (dada la imposibilidad de obtener un precio cierto por los motivos explicados supra), por lo que queda bajo responsabilidad del Órgano Técnico, la definición del porcentaje en cuestión, así como su razonabilidad; ya que lo que busca el Órgano Técnico es no cobrar garantía de buen funcionamiento por todo el objeto contractual, sino sólo por aquellas obligaciones que se mantendrán por el plazo de 3 años (garantía técnica), lo cual permite observar que cumplen con el requisito 4 en cuestión.

En cuanto al requisito número 1 de la lista que antecede, el cartel se aparta del deber de pedir la garantía de buen funcionamiento hasta después de haber devuelto la garantía de cumplimiento, ya que las cláusulas 3.3.2, 3.4 párrafo 2 y 3.7.2, establecen que hasta que se aporte la garantía de buen funcionamiento, se devolverá la garantía de participación, lo cual discrepa con lo indicado por la Contraloría General de la República, según se indicó supra.

Por lo anterior, se deberán modificar las 3 cláusulas referidas en el párrafo anterior, para que se establezca el mismo parámetro indicado por el Ente Contralor, es decir, que la garantía de buen funcionamiento no subsista simultáneamente con la de cumplimiento. Si tal circunstancia, a criterio de esa Proveduría o de la Dirección de Tecnología de Información, generan un riesgo al Poder Judicial que no se recomienda tolerar, se deberá

pensar en otras alternativas legales, pero no es aceptable el planteamiento de esas 3 cláusulas, ya que van en contra de lo que claramente indicó la Contraloría General de la República.

Sin perjuicio de otras opciones que considere el Departamento de Proveduría, se recuerda la alternativa legal contemplada en el artículo 46 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual permite retenciones porcentuales del pago cuando ello resulte conveniente para asegurar una correcta ejecución contractual; por lo que si el Departamento de Proveduría opta por esta alternativa legal, deberá solicitar al Órgano Técnico que determine los porcentajes correspondientes de retención que se mantendrían hasta que se aporte la garantía de buen funcionamiento; claro está, siempre que también se lleven a cabo los estudios que permitan determinar que esta opción es razonable, proporcional, acorde con la naturaleza del mercado y que no desestimulará la participación en el concurso; por lo que se deberá dejar constancia de ello en el expediente.

En abono de lo anterior, téngase presente que, aunque no estamos ante un pago anticipado propiamente dicho, ya que de lo que se trata en esta ocasión es de una práctica comercial que implica pagar por la compra de ciertos bienes que llevan aparejados determinados servicios (y el Poder Judicial no quiere correr el riesgo de que se presenten problemas con estos servicios sin tener algún respaldo); es lo cierto que el artículo 35 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, prevé en su segundo párrafo, que en casos en los que ya medió pago, la Administración debe dar seguimiento a la contratación y tomar todas las medidas posibles para garantizar la correcta ejecución de lo pactado, de donde se sigue la obligación de acudir a remedios legales para no exponer innecesariamente a la Administración a un incumplimiento y sus consecuencias, por lo que la Proveduría (como instructor del procedimiento) en conjunto con el Órgano Técnico, podrían valorar si una retención proporcional resultaría conveniente para resguardar los intereses de la Institución.

A modo de conclusión en cuanto a este apartado del criterio, se estima que, salvo por los ajustes indicados supra, las cláusulas que regulan el tema de la garantía de cumplimiento y la garantía de buen funcionamiento, son de recibo, ya que se observa que:

- a) Tienen claridad del porcentaje a cobrar en cada caso, y éstos se ajustan a los rangos de ley.
- b) También tienen claridad sobre el valor que servirá de base para el cálculo de ambas garantías.
- c) Cada garantía corresponde a conceptos distintos y por esa razón se cobran en función del precio correspondiente, y no sobre el precio total de cada línea, garantizando la razonabilidad y proporcionalidad de cada una de las garantías (según definición del Órgano Técnico que consta en el expediente).
- d) Cumplen los requisitos que ha delimitado la Contraloría General de la República (para el caso de la garantía de buen funcionamiento), a excepción de que previo a su presentación se debe devolver la de cumplimiento, pero tal como ya se indicó, este aspecto deberá ser corregido en el cartel.
- e) Incorporaron al expediente de la licitación el criterio del Órgano Técnico que sirve de base para establecer los porcentajes del valor del objeto comercial que se emplearán para el cálculo de las garantías, respaldado con estudios de mercado que llevó a cabo la Dirección de Tecnología de Información.
- f) El establecimiento tanto de la garantía de cumplimiento como la de buen funcionamiento, responden a la necesidad detectada por esa Proveeduría y por la Oficina Usuaría, de resguardar los intereses, inversión y el servicio público asociado a la compra de la solución de licenciamiento que nos ocupa.

II. Apartado cartelario de Cláusula Penal:

Tal como se observa en el pliego de condiciones, las características y complejidad del objeto contractual, llevaron a establecer 9 tipos distintos de cobro por concepto de cláusula penal, por lo que incorporaron al expediente un estudio bastante amplio que justifica cada uno de esos 9 porcentajes, basados en factores tales como plazo, precio, repercusiones

y riesgo, por lo que se estima que cumplen con los parámetros, que tanto el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, como la Contraloría General de la República (mediante resoluciones números No. R-DCA-827-2014 y R-DCA-0301-2018) han definido como indispensables, a la vez que cuentan con un estudio que justifica la decisión administrativa de los cobros correspondientes, haciendo que sean objetivos, justificados y brinda a los potenciales oferentes la posibilidad de revisar si en efecto los cobros son razonables.

III. Revisión de la cláusula 11.1:

De manera adicional, se nos solicita revisar el último párrafo de la cláusula penal (11.1), ya que corresponde a un nuevo planteamiento que se estimó necesario dada la particularidad del objeto contractual.

Según el texto que se nos solicita revisar, lo que se desea es aclarar que los cobros se harán sobre el valor proporcional que corresponda sólo a lo incumplido, es decir, que no se calcularán los cobros sobre el valor total del bien, sino sólo sobre el valor de aquello en lo que hubo demora. Lo anterior presenta la particularidad de que el precio (ofertado y adjudicado) no es divisible, por lo que, en aras de garantizar que el cobro será proporcional y razonable, la Dirección de Tecnología de Información indicó en su oficio No. 1062-DTI-2020 que luego de hacer un estudio, logró establecer que el 100% del precio de la línea 1 se puede descomponer en un 80% (en cuanto a los bienes), y un 20% (en cuanto a los servicios), y que para un cobro justo y proporcional, esos porcentajes serán los que se recomienda utilizar en caso de tener que cobrar cláusulas penales.

El procedimiento aplicado es conteste con lo previsto en el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (cuyas reglas también son aplicables en materia de cláusula penal por disposición del numeral 50 de ese mismo cuerpo de normas), en cuanto solicita que estos cobros se establezcan con arreglo a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, lo cual debe ser delimitado y justificado por el Órgano Técnico bajo su entera responsabilidad.

De esta manera, la valoración de la cláusula 11.1 parte de las justificaciones brindadas por el Órgano Técnico, según las cuales, pese a haber un único precio para la línea 1, no es proporcional cobrar cláusula penal sobre el 100% de ese valor, ya que por las características de esa línea, ésta lleva aparejadas distintas obligaciones (unas de simple entrega y otras de servicios), por lo que la Dirección de Tecnología de Información optó por hacer la referida división en 80% y 20% (de lo cual dejó justificación en el expediente).

Ahora bien, como tal división corresponde al estudio de mercado que hizo la Dirección de Tecnología de Información, no hay seguridad de que ello corresponda a la realidad del precio que en particular cotice cada oferente, por lo que se desea dejar un portillo para que, en caso de que se logre demostrar que la proporción no es “80 a 20”, se haga la solicitud respectiva que permita valorar al Órgano Técnico si en efecto esa proporción debe ajustarse a la realidad de lo adjudicado.

Si bien es cierto, se comprende el motivo del anterior planteamiento (el cual busca ajustar el cobro a la realidad concreta del precio adjudicado), no obstante, es criterio de esta Dirección que ese tipo de decisiones no son de naturaleza legal, sino que lo que procuran es garantizar la aplicación del “principio de equilibrio de intereses” que aplica en la materia de Contratación Administrativa (desarrollado por la Sala Constitucional en la sentencia No. 998-98 del 16 de febrero de 1998), para no generar cobros excesivos en eventuales aplicaciones de la cláusula penal.

Ahora bien, preocupa que esa posibilidad de variar posteriormente el porcentaje del precio que se usará para cobrar cláusulas penales, se preste para que la contratista o las oferentes acomoden sus precios de manera que el cobro sea el menor posible; razón por la cual, esta Dirección se permite recomendar que el Órgano Técnico valore la posibilidad de establecer los porcentajes por él definidos como los únicos que se utilizarán para estos cobros, de manera que el cartel no admita modificación alguna, y sólo si ello no es posible (por considerar que podría significar cobros desproporcionales o irracionales), mantener el

planteamiento del cartel, lo cual quedará bajo responsabilidad del Órgano Técnico, por lo que se recomienda incorporar al expediente la justificación correspondiente para la decisión que se tome sobre el particular. Si en todo caso se mantiene esta alternativa en el cartel, cualquier decisión -en fase de ejecución contractual- de variar el porcentaje del precio que se usará para el cobro de cláusula penal, deberá quedar debidamente justificada en el expediente, para garantizar la transparencia de tales actuaciones.

Interesa también aclarar que el planteamiento de este apartado cartelario es novedoso, por lo que su empleo quedará bajo responsabilidad de los estudios y justificaciones que brinde la Dirección de Tecnología de Información y de la labor de conductor del procedimiento que le corresponde al Departamento de Proveeduría.

En otro orden de ideas, se nos pide criterio también porque no se tiene claridad sobre el momento en que habrá de aplicarse lo dispuesto en el último párrafo de la cláusula 11.1, es decir, se duda de si debe ser un trámite del oferente o del adjudicatario. Sobre el particular, el texto de la cláusula en cuestión alude sólo al oferente, por lo que la duda se respondería con la sola lectura de la cláusula, sin embargo, a criterio de esta Dirección, si se opta por mantener este texto en el cartel, se deberá hacer un ajuste, para que se utilice la información dada desde la oferta (para garantizar así que no habrá manipulación posterior de los datos) pero que el eventual ajuste del porcentaje a utilizar para cobrar cláusula penal, sólo se hará ante solicitud del adjudicatario, ya que hasta que se sepa a quién se le adjudicó y cuál es su precio, se sabrá si amerita o no llevar a cabo el estudio para una eventual modificación de tales porcentajes.

Así las cosas, si en definitiva se concluye que es necesario mantener en el cartel la posibilidad de que se demuestre que la proporción del precio adjudicado difiere de la del cartel, y que por tanto, se usarán otros porcentajes para definir el valor sobre el cual se aplicarán los cobros de cláusula penal, se recomienda adicionar algunas ideas a la cláusula incluida en el pliego de condiciones, ya que consideramos que bajo este nuevo texto, al

menos quedará la Administración más facultada para negarse ante la solicitud del contratista, y se podría evitar el abuso de esta alternativa por parte del adjudicatario:

“En caso de que el adjudicatario haya presentado desde su oferta porcentajes inferiores a los establecidos en el presente documento para definir el costo de los bienes y o servicios, deberán aportar la justificación y detalle necesario para que sea valorado por la Dirección de Tecnología y sólo en caso de ser aceptado esos porcentajes (por estimarlos razonables), se aplicarán los valores anteriores (porcentajes de cobro de cláusula penal) al porcentaje del precio indicado por el oferente y aceptado por la Dirección de Tecnología, caso contrario, de no ser recibida a satisfacción la justificación brindada, se procederá a considerar los porcentajes de la tasación estimados por la Dirección de Tecnología de Información y que se indican en el presente pliego de condiciones, es decir, la Administración se reserva el derecho de revisar y modificar el valor que se utilizará para calcular el cobro de cláusula penal, sólo en aquellos casos en que el contratista así lo solicite y siempre y cuando demuestre además que los porcentajes de la tasación estimados por la Dirección de Tecnología de Información distan considerablemente del precio real adjudicado, pero la decisión que sobre el particular tome la Administración (de variar o no el porcentaje del valor sobre el cual se aplicarán las cláusulas penales) deberá ser aceptada por el contratista, por lo que deberá adjuntar desde la presentación de la oferta, una manifestación expresa de haber leído, comprendido y aceptado lo dispuesto en la presente cláusula. Esto aplica tanto para el aparte de Cláusula Penal como para el apartado de Garantías de Cumplimiento” (lo subrayado corresponde a las ideas que se recomiendan incorporar).

Ahora bien, tal como se indica al final de la cláusula 11.1, la posibilidad analizada en las páginas que anteceden, en cuanto a que eventualmente se podría modificar el porcentaje del monto que servirá de base para cobrar la cláusula penal, también se desea dejar previsto para el cálculo correcto de la garantía de cumplimiento y la de buen funcionamiento.

Al respecto, lo dicho para la cláusula penal resulta aplicable para este otro tema, es decir, se comprende la necesidad de este planteamiento en virtud de las características tan particulares del objeto contractual, las cuales exigen un trato diferente para no incurrir en

cobros desproporcionales de ambas garantías; por lo que una vez más, la recomendación de esta Dirección al no existir un sustento legal de respaldo, será no dejar abierta la posibilidad de variar los porcentajes, por lo que si pudieran prevalecer los definidos mediante la tasación que hizo la Dirección de Tecnología de Información, así se deberá preferir. No obstante, si después de valorarlo, se estima que ello no es conveniente para esta licitación, se deberá utilizar una cláusula similar a la propuesta supra en el apartado de las garantías, es decir, no es aceptable regular esta posibilidad en la cláusula penal (tal como lo hace actualmente el cartel), por lo que se recomienda utilizar como base el mismo texto, y hacer los ajustes correspondientes para que la redacción definitiva sea aplicable al tema de las garantías, una vez más, bajo responsabilidad absoluta del órgano conductor del procedimiento y del órgano técnico.

IV. Revisión legal del pliego de condiciones:

En cuanto al restante contenido del cartel remitido a estudio, se estima que se ajusta a la Ley de Contratación Administrativa, su Reglamento y demás normativa aplicable, sin embargo, legalmente es importante proceder con las siguientes modificaciones:

Para una mayor claridad en cuanto al plazo de entrega de la línea 2, se recomienda adicionar en el punto 2.3 del recuadro de la cláusula 2, que el plazo contará “*a partir de la notificación al contratista*”, ya que de momento sólo se indica que correrá a partir de notificado, pero no se dice a quién se le debe notificar.

Según se indica en la cláusula “7. Presentación del precio”, a la línea 4 (que corresponde a capacitación) sólo se le cobrará un 2% de IVA, sin embargo, a criterio de esta Dirección, esa actividad no encaja dentro de los supuestos de tarifas reducidas del artículo 11 de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas (Ley # 9635), ya que lo contemplado en ese numeral, son “*b. Los servicios de educación privada.*”, pero una capacitación de esta naturaleza, no corresponde a “educación privada”, por lo que lo procedente es aplicar la tarifa ordinaria, sea, del 13%.

Se deberá revisar el planteamiento de la cláusula 1.8.8 (página 9), ya que señala que la solución “*puede*” brindar diagnósticos, pero con el uso de esa palabra, tales diagnósticos serían sólo probables, y si no se brindan no habría incumplimiento alguno (justamente por su carácter de eventuales). Así las cosas, si en efecto se ocupan los diagnósticos, se deberá sustituir el vocable “*pueden*” por uno que obligue a brindar esa función.

La cláusula 2.3 (página 11) debe corregirse para eliminar la incongruencia que presenta en este momento. Lo anterior dado que establece que una vez recibida a satisfacción la instalación, el contratista tendrá 3 días hábiles para entregar la documentación técnica, pero que si no entrega los documentos, no se aceptará la instalación; es decir, ese texto permite no aceptar la recepción de algo que ya fue aceptado, por lo cual se deberá eliminar tal circunstancia del cartel.

Para mayor claridad en el cómputo de los plazos, se deberá indicar en la cláusula 3.2 (página 11) cuándo iniciará el conteo de las 2 horas. En caso de que sea el mismo plazo de la cláusula 3.8, bastará con indicarlo así en la cláusula 3.2, pero sí es necesario que se establezca con más claridad cómo se empezará a contar el plazo.

Conforme al texto de la cláusula 4.1 del Anexo N°1, no resulta claro si la obligación es dar 2 capacitaciones para grupos de 6 personas cada uno (para un total de 12 personas), o si se trata de 2 capacitaciones que en conjunto instruyan a 6 personas. Por lo anterior, se deberá revisar la cláusula de comentario, y proceder a indicar de manera inequívoca cuántas personas se capacitarán en cada ocasión y en total.

En la cláusula 2.4 (página 2) se indica que las líneas que tendrán garantía técnica por 36 meses son la número 1 y 3 (al igual que se dice en la número 3.3.1 en la página 23); pero en la cláusula 5.1 (página 15) se señala que serán las líneas 1 y 2. En virtud de lo anterior, se deberá revisar cuál es el dato correcto, y proceder a corregir la cláusula o cláusulas que así lo ameriten.

En la cláusula 5.2 (página 15) se establece que la reparación de fallas de los componentes de los equipos, contarán con un total de 6 horas hábiles extras, sin embargo, no se establece cuándo iniciará el conteo de ese plazo, por lo que se deberá incluir en la cláusula esa información, a efecto de poder contabilizar el tiempo de la obligación con claridad.

Es necesario actualizar el dato de la ubicación de la Dirección Jurídica, ya que la cláusula 2.1.30 del Anexo N°2 (que regula lo relativo al recurso de objeción) hace referencia a la antigua sede, por lo que se recuerda que ahora la dirección es: calle 19, avenidas 6 y 8, cuarto piso del edificio de la Corte Suprema de Justicia.

Idéntica corrección se deberá hacer en la cláusula 8.7 del Anexo N°2, en la que se regula lo relativo al recurso de revocatoria contra el acto final.

Se deberá eliminar de la cláusula 3 del Anexo N°2 la frase que indica que *“se tomó la decisión de dividir la presentación de la garantía de cumplimiento, según el detalle que se verá más adelante.”*, ya que conforme a lo expuesto supra, no estamos ante una división de la garantía, sino ante el uso de 2 tipos de garantías distintas y permitidas por el ordenamiento jurídico. En lugar de la anterior frase, se somete a valoración el siguiente texto: *“se tomó la decisión de solicitar tanto una garantía de cumplimiento como una garantía de buen funcionamiento, según el detalle que se verá más adelante.”*

En relación con el planteamiento del penúltimo párrafo de la página 33, se deberá preferir lo indicado en la cláusula 11.3 del Anexo N°2, es decir, se debe tener presente que antes de cualquier rebajo de factura o ejecución de garantía, la Administración acudirá al cobro de cláusula penal ante el contratista, y sólo ante la negativa de pago, procederán las otras alternativas; por lo que así se deberá indicar en el penúltimo párrafo de la página 33.

Por los motivos ya indicados en el presente criterio, toda denominación de “*garantía de cumplimiento por buen funcionamiento*”, deberá ser sustituida por “*garantía de buen funcionamiento*”, para no generar confusión en los potenciales oferentes ni en el adjudicatario. Por lo que, sin perjuicio de la revisión que realice ese Departamento, se estima necesario hacer ese ajuste al menos a las siguientes cláusulas: 3.3, 3.3.1, 3.3.2, 3.3.4 (en dos ocasiones), 3.4 párrafo segundo, 3.5.1, 3.6.5, 3.7.3 (en dos ocasiones), 3.7.4 y el título de la cláusula 3.7.5.

Adicionalmente, y pese a no ser aspectos de naturaleza legal, se realizan las siguientes observaciones al cartel para lo que a bien estimen esa Proveduría y el Órgano Técnico, según les corresponda:

Se sugiere revisar si a las obligaciones que se establecen en la cláusula 3.5 (página 12) se les debe asignar plazos máximos para su cumplimiento, ya que de momento no se dice nada al respecto, y podría ser de utilidad que ese aspecto quede regulado (en caso de que así aplique).

La cláusula 2.1.19 solicita cotizar “*lámparas*”, lo que a todas luces corresponde a un error que debe ser corregido.

La cláusula 4.6 del Anexo N°2 es complemento de la número 4.4, por lo que se sugiere colocarlas de manera consecutiva, para que resulte más clara la relación entre ambas.

El presente criterio se brinda en el entendido que, para el inicio del procedimiento, esa Proveduría deberá velar por el cumplimiento de los requisitos previos definidos en la ley y reglamento citados; y que la determinación de las especificaciones técnicas, requisitos de admisibilidad y el sistema de evaluación, se sustentan en criterios técnicos acordes con el objeto contractual y el interés público que se requiere satisfacer mediante este procedimiento de contratación, ya que tal como lo ha reconocido la Contraloría General de la República desde vieja data “...*la Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce*

las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público.” (resolución R-DCA-577-2008, citada a su vez en la número R-DCA-1196-2018).

Atentamente,

Asesor Jurídico

Coordinadora Área Contratación Administrativa

Subdirectora Jurídica a.í.

Ref: 787-2020.-
Copia: Diligencias.-