

San José, 3 de agosto de 2020
Criterio N° 482-DJ/CAD-2020
Al contestar refiérase a este # de criterio

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

Estimado señor:

En atención al oficio No. 2654-DP/12-2020 del 24 de julio de este mismo mes, mediante el cual se nos solicita la revisión legal del pliego de condiciones, así como la elaboración de la resolución de autorización de inicio de procedimiento de la **Contratación Directa por Excepción No. 2020CD-000008-PROVCD**, correspondiente al **“Mantenimiento Preventivo y Correctivo con Atención de llamadas de Emergencia, para las Plantas Eléctricas Marca KOHLER – SDMO, ubicadas en el I Circuito Judicial de San José”**; esta Dirección indica lo siguiente:

Como se señaló anteriormente en el criterio de esta Dirección N°447-DJ/CAD-2020, donde se analizó por primera vez la justificación de la procedencia de la presente contratación con base a lo establecido en el artículo 139 inciso a) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es decir, bajo la figura de oferente único; para dar curso a un procedimiento de contratación directa por excepción, es necesario cumplir con las disposiciones legales que establece la norma, así como las disposiciones de la Contraloría e institucionales internas que rigen la materia.

En esos términos, bajo la óptica de la norma, se tiene que el oferente único, a la luz del artículo 139 inciso a) RLCA, es aquella empresa o persona física que se encuentra en

condiciones óptimas para brindar el servicio a contratar, sea que es la única oferente adecuada y no existe en el mercado alguna otra que pueda adherirse al concurso.

Ahora bien, a lo interno de la Institución, mediante oficio N°12417-19-2019 de fecha 26 de noviembre del 2019, la Secretaría General de la Corte, solicitó a la Contraloría General de la República que emitiera criterio general en cuanto a los parámetros y alcances que considere oportunos, para la correcta aplicación de los procedimientos de Contratación Directa por Excepción, según el artículo 139 inciso a).

Es así como a través del oficio DCA-0746 de 4 de marzo de 2020, ese Ente Contralor, dio respuesta a esta Administración, la cual fue del conocimiento del Consejo Superior en sesión 47-2020 del 14 de mayo pasado, artículo XVII.

Producto de dicho acuerdo, ese Departamento dictó la Circular 33-2020 de fecha 13 de julio último, en la que expuso adicionalmente que en aquellos casos en los que existan en el mercado otras alternativas similares, podrá utilizarse la figura de “oferente único que satisface la necesidad de la Administración” con respaldo en el artículo en estudio, ello, siempre que medie un criterio técnico trascendental, que llegue a justificar por qué, una determinada empresa es considerada como la única idónea para brindar el servicio, tal cual en lo que interesa señala:

“De conformidad con el acuerdo del Consejo Superior de la sesión 47-2020 del 14 de mayo pasado, art XVII, los criterios de la Dirección Jurídica y de la Contraloría General de la República; y con el objetivo de establecer con mayor claridad los requisitos que los interesados deben cumplir para solicitarle a esta Proveduría o a cualquier Administración Regional el trámite de una contratación, basada en lo establecido en el artículo 139 inciso a del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, previamente el centro gestor responsable de la solicitud deberá:

➤ Analizar cuál de los dos supuestos que se detallan a continuación requieren aplicar para que se pueda proceder con el trámite de una contratación mediante la figura de oferente único:

*a. **Oferente único en el mercado:** Bajo este supuesto, la contratación que se requiere realizar para la adquisición del bien o servicio que se requiere, se*

estaría fundamentando en que sólo existe una opción de oferente en el mercado, sin más alternativas.

b. Único oferente que satisface la necesidad de la Administración: En este supuesto, pese a que existen en el mercado otras alternativas similares al bien u servicio a contratar, la contratación que se requiere realizar resulta jurídicamente procedente bajo la figura de la Contratación Directa por Excepción de oferente único, en virtud de criterios estrictamente técnicos mediante los cuales, el técnico debe establecer que, sólo una de esas opciones existentes en el mercado satisface de forma integral los requerimientos de la Institución. En este último supuesto, debe demostrarse y acreditarse técnicamente, que el objeto o bien a contratar contiene características de una especificidad tal, que para los fines de la Administración, no es posible contratar con otros oferentes existentes en el mercado; si lo anterior no queda debidamente demostrado por el técnico, esto deriva en la imposibilidad de tramitar una contratación directa por excepción de oferente único, porque no existe justificación ratificable de que entre las opciones del mercado una de ellas resulta la más conveniente.”

En el caso en concreto, se tiene claro con base a las diligencias que se cuenta con dos cartas diferentes de la casa matriz de las plantas eléctricas Marca KOHLER – SDMO, por un lado, la carta que hace referencia a Power Solutions S.A. con fecha 1 de marzo de 2020, donde señala que esta empresa es distribuidor autorizado y por otro, la carta de Corporación Font con fecha 25 de mayo último, señala que dicha empresa es el único distribuidor autorizado por la casa matriz para comercializar y dar mantenimiento a sus plantas eléctricas.

Adicionalmente, en el expediente de la contratación, consta una seguidilla de correos electrónicos entre el Ing. Allan Delgado Cairol, de la Sección de Mantenimiento y Construcción del Departamento de Servicios Generales y el señor Roberto Piccolo, representante de la casa fabricante de las plantas eléctricas Marca KOHLER – SDMO, de fecha 18 de junio último, donde la casa matriz señala que Costa Rica cuenta con “*dos canales autorizados para comercializar y dar servicio*” a sus equipos, siendo estos, la empresa Corporación Font (a través de Font Servicios Electromecánicos) y Power Solutions S.A. (a través de Soporte Crítico).

Visto lo anterior, tenemos por demostrado que no estamos en presencia de un oferente único y que además, ambas casas comerciales se encuentran aparentemente en igualdad de condiciones para comercializar y dar el servicio de mantenimiento, acreditado así por la casa fabricante. Por ello, en esas condiciones, resulta legalmente improcedente que esta Dirección otorgue un aval para llevar a cabo una contratación directa por excepción con base a la figura de *oferente único*, detallado en la norma en estudio, y el punto a) de la Circular 32-2020 de ese Departamento, dado que se extralimitan los parámetros legales permitidos, toda vez que tal como ya se indicó, en esta ocasión se tienen dos potenciales oferentes, por lo que no se cumple el requisito legal indispensable de estar ante una única alternativa.

Aunado a ello, es importante destacar lo señalado por la Contraloría General de la República en criterio vinculante DCA-0746 de 4 de marzo de 2020, con relación a la correcta aplicación de la excepción de oferente único, donde la Administración, como responsable del procedimiento administrativo debe velar por que se cumplan los requisitos mínimos que define como:

“-Unicidad del oferente: se determina por la naturaleza del objeto contractual, en el sentido que de la necesidad administrativa no se vea insatisfecha.

-Estudio de mercado: se debe documentar en el respectivo expediente que el bien o servicio que se alega como único no dispone de similar en el mercado. En caso de bienes similares es preciso que se indique, por qué no son apropiados para el fin propuesto.

-Justificación técnica: se debe acreditar porqué razón es necesario adquirir el suministro que se propone, de manera que para otro tipo de proveedores quede absolutamente claro que la solución no brinda la posibilidad de un eventual concurso público.

-Razonabilidad del precio: es fundamental que se determine un mecanismo apropiado para comprobar la razonabilidad del precio cotizado

por ese oferente que se alega único, para lo cual el precio cancelado debe corresponder a prestaciones similares en el mercado.

-Temporalidad o transitoriedad: se pacten a plazos muy razonables vencidos los cuales, la Administración debe verificar si subsiste o no la inopia del mercado, y en caso contrario, proceda (obligatoriamente) a promover el concurso que corresponda.”

Con base a lo anterior, es que el Órgano Contralor a modo de conclusión detalló en el mismo pronunciamiento que la Administración “*podrá contratar de manera directa invocando la causal de excepción de oferente único cuando se acredite que solamente un oferente está en condiciones de suministrar o brindar el bien o servicio requerido por la Administración. Para ello se deberá garantizar que no existen otras alternativas en el mercado y, en caso de bienes similares es preciso que se indique, por qué no son apropiados para el fin propuesto”*.

Así las cosas, en virtud de la improcedencia de lo requerido por ese Departamento mediante oficio 2654-DP/12-2020, esta Dirección sugiere respetuosamente valorar las siguientes alternativas posibles que desde el punto de vista legal podrían llegar a satisfacer el interés de la Administración, sin embargo, no se omite indicar, que queda bajo discrecionalidad de ese Departamento como Órgano Conductor y bajo responsabilidad del Órgano Técnico, determinar cuál de las alternativas, resulta viable para la Administración, en el entendido que la opción que se adopte, debe ir acompañada de una amplia justificación técnica y muy bien razonada, que permita acreditar dentro del expediente que el actuar de la Administración se realiza bajo el principio de Buena Fe y Transparencia de la contratación y cuyo principal objetivo es la satisfacción del interés institucional.

Visto el escenario al que se enfrenta la Administración para contratar el servicio de mantenimiento de las plantas eléctricas Marca KOHLER – SDMO; la primera alternativa propuesta es que con base a lo establecido en el artículo 146 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se solicite autorización a la Contraloría General de la

República, para que se realice un concurso únicamente con dos oferentes, exponiendo los motivos y razones justificadas por los cuales la Administración ve como única opción, tramitar un concurso con dos oferentes para lograr satisfacer el interés público, ello, en concordancia con lo establecido en el artículo 2 bis, inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa, el cual establece:

“Artículo 2 bis.- Autorizaciones.- Exclúyense (sic) de los procedimientos de concurso establecidos en esta Ley, los siguientes supuestos autorizados por la Contraloría General de la República:

a) Cuando los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas, de manera que por razones de economía y eficiencia no resulta adecuada la aplicación de los procedimientos ordinarios” (el resaltado no pertenece al original).

Como se observa, en caso de demostrar que estamos ante el panorama de un servicio especializado, por considerar que desde la perspectiva técnica, las plantas eléctricas deberían contar con el servicio de mantenimiento respaldado por la casa fabricante, ya que de ello dependen varios aspectos como por ejemplo, la garantía técnica o cualquier otro que llegue a definir el Ente Técnico, obliga a que el personal que brinde el servicio necesariamente debe estar capacitado y autorizado por el fabricante, por lo que se podría contar con elementos que permitirían una eventual solicitud de autorización ante la CGR. En caso de optar por esta alternativa, se deberá tomar en cuenta que además se deberán exponer las razones de economía y eficiencia que solicita la norma de anterior cita.

Como segunda alternativa, existe la posibilidad de abrir a concurso. Revisadas las diligencias que constan en el expediente, el profesional técnico a cargo de la contratación, el Ingeniero Allan Delgado Cairol, señaló en el oficio 78-OFM-20 de 17 de abril último, que:

“Analizada la necesidad del objeto contractual, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 12 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la estimación contractual verificada, según una estimación realizada con base

en (cotizaciones, contrataciones anteriores, etc.), asciende a la suma de ¢13 827 531,4 (trece millones ochocientos ventisiete (sic) mil quinientos treinta y un colones con 4 centimos (sic)) considerando el monto todas las formas de remuneración, incluyendo el costo principal, los fletes, seguros y cualquier otra suma que deba reembolsarse como consecuencia de la contratación, y esto representa un costo a 4 años de ¢55.310.125,60 (cincuenta y cinco millones trescientos diez mil ciento veinte cinco colones y seis céntimos (sic)).”

De lo anterior se concluye, que en caso de que se decidiera abrir a concurso, por la estimación de la cuantía (de sólo ¢13.827.531,4 por año), se podría efectuar mediante Contratación Directa (lo cual en definitiva deberá ser confirmado por esa Proveeduría), de manera que se puede recurrir a lo regulado en el artículo 144 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, relativo a la escasa cuantía, en específico, la alternativa que habilita la norma en sus párrafos cuarto y quinto, los cuales literalmente señalan:

*“La Administración invitará a través del Sistema Integrado de Compras Públicas, al menos tres potenciales oferentes del Registro de Proveedores, aunque se encuentra obligada a estudiar todas las ofertas presentadas independientemente si provienen de oferentes que han sido invitados o no. **En caso (sic) de que el número de proveedores inscritos sea menor a tres, se podrá invitar a otros que no lo estén.***

***Para la validez del procedimiento no será necesario contar efectivamente con las tres cotizaciones, pero sí que los invitados sean empresas dedicadas al giro propio del objeto contractual específico; en cuyo caso igualmente se considerará falta grave el trámite seguido en sentido contrario a esta disposición.**” (El resaltado no pertenece al original.)*

Tal como se observa, y en estricto apego a la norma, esta permite que la invitación se realice a empresas dedicadas al giro comercial específico del objeto contractual, en el caso de no contar con el mínimo establecido de oferentes según el estudio de mercado, de manera que, al abrir a concurso, no se está incurriendo en alguna ilegalidad o contrariando la norma, lo que si no es permitido, es que la Administración dé apertura limitándose a invitar a sólo dos posibles oferentes.

Como tercera alternativa, se expone la posibilidad que se detalla en la Circular 32-2020 de ese Departamento de Proveduría y sin dejar de lado lo advertido por el ente Contralor en criterio vinculante, con relación al *oferente único que satisface la necesidad de la Administración*, la cual establece que, pese a que existan otras alternativas en el mercado, bajo un **estricto criterio técnico**, debería señalarse que sólo una de esas opciones existentes en el mercado, satisface de forma integral los requerimientos de la Institución, justificación que debe quedar debidamente demostrada en las diligencias de manera amplia y objetiva. Ello, tomando en consideración que más allá de lo dicho por la casa fabricante en cuanto a que ambas empresas, están autorizadas para brindar el servicio de mantenimiento, se llegue de determinar desde el punto de vista técnico, que una de las dos empresas se encuentra en mejores condiciones que la otra para brindar el servicio y que esa circunstancia la configura como la única que puede satisfacer la necesidad de la Administración (tal como lo indica la Circular No. 33-2020).

Cabe advertir que si se llegará a adoptar esta alternativa, debe hacerse en estricto apego a lo establecido en el artículo 133 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual señala que en los casos en que se acuda a las materias excluidas de los procedimientos ordinarios de la contratación y que por ende, exista una negociación directa entre la Administración y el posible contratante, se considera legalmente procedente si la Administración actúa en ejercicio de su competencia y que la oferente reúna los requisitos de idoneidad legal, financiera, y técnica, por lo cual es de suma importancia que si la Administración opta por esta alternativa, la justificación que brinde el ente técnico, debe ser preponderante, sin dejar espacio a que exista duda alguna a que se estuviera eventualmente favoreciendo a una de las dos empresas.

Por último, es importante aclarar que en cuanto a lo indicado por ese Departamento a la suscrita Coordinadora del Área, en relación con un precedente de esta Área que contemplaba un escenario similar a la contratación que nos ocupa, y que en su oportunidad se dijo que era posible gestionar una contratación directa por excepción con dos oferentes únicos, cabe señalar, que revisadas las diligencias de la contratación Directa por Excepción

2019CD-000016-PROVEX, efectivamente se señaló que podría darse una contratación de dicha naturaleza, no obstante, ello en razón de que la contratación correspondió a la compra de repuestos para vehículos, en estricta vinculación con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 139 inciso a) que establece como posibilidad que para el caso específico de compra de repuestos genuinos, si existen varios distribuidores autorizados, se puede hacer el concurso con ellos; circunstancias que no aplican para el caso en estudio, al tratarse este de un servicio de mantenimiento.

Atentamente,



Licda. Francinie Agüero Mena
Asesora Jurídica

Licda. Ana Patricia Álvarez Mondragón
Coord. Área de Contratación Administrativa

Msc. Argili Gómez Siu
Sub-Directora jurídica