

R-DJ-252-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División Jurídica. San José, a las catorce horas del once de junio del dos mil diez. -----

Recurso de objeción al cartel interpuesto por **Ramiz Supplies S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2010LN-000032-55400** promovida por el **Ministerio de Educación Pública** para la adquisición de Mobiliario Escolar. -----

I.- POR CUANTO: La empresa Ramiz Supplies S.A. presentó vía fax, el 28 de mayo del presente año, un recurso de objeción contra el cartel de la Licitación Pública N° 2010LN-000005-01 promovida por el Ministerio de Educación Pública para la compra de mobiliario escolar. El día 31 de mayo del año en curso presentó el escrito original del recurso. -----

II.-POR CUANTO: Sobre la legitimación de los recurrentes. El numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, define los presupuestos de legitimación que deben cumplir los recurrentes a efectos de interponer un recurso de objeción al cartel. En este caso, en lo que respecta a la legitimación, la empresa recurrente manifiesta que el objeto de la presente licitación, forma parte del giro comercial de su empresa, de tal forma que ostentan suficiente legitimación para recurrir el cartel de la contratación de marra. -----

III. POR CUANTO: Sobre el fondo. 1) Factores de Evaluación. En cuanto al sistema de evaluación, el cartel señala lo siguiente: *“19.1 Factores de evaluación. / Monto de la Oferta (Precio).....70% / Distribuidores Directos de la marca del producto ofertado20% / Tiempo de Entrega10% / Total.....100%”* Ahora bien, tratándose propiamente del porcentaje asignado para los distribuidores directos de la marca del producto ofertado, el cartel dispone: *“El oferente deberá demostrar mediante certificación o constancia del fabricante, donde manifieste que son distribuidores directos o únicos distribuidores para Costa Rica de la marca del producto ofertado. Así mismo para efectos de calificación, dicho documento deberá indicar desde que fecha ostenta esta condición. Esta certificación o constancia puede ser original o copia certificada. La no presentación de la misma en los términos estrictamente solicitados, es un aspecto INSUBSANABLE y obtendrá CERO PUNTOS excepto sobre aspectos meramente formales, según lo dispuesto en los artículos 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.* Adicionalmente, para definir los porcentajes asignados de acuerdo a la cantidad de tiempo que cada oferente tenga como distribuidor autorizado, en el cartel se establece la siguiente tabla:

DISTRIBUIDORES DIRECTOS DE LA MARCA DEL EQUIPO OFETADO	PORCENTAJE CORRESPONDIENTE
Mayor o igual que 20	20%
Mayor o igual que 15 pero menor que 20	16%
Mayor o igual que 10 pero menor que 15	12%
Mayor o igual que 5 pero menor que 10	8%
Menor que 5	4%

En relación con esta cláusula cartelaria. La empresa recurrente alega lo siguiente: 1) El cartel no indica si son meses o años. 2) No se explican las razones por las cuales están solicitando dicha experiencia. 3) Que su empresa tiene la experiencia necesaria para satisfacer las demandas solicitadas del mobiliario y durante mucho tiempo han sido proveedores, tanto de empresas privadas, como de empresas públicas. 4) Que en los últimos meses le han vendido al Ministerio de Educación Pública, mediante la Compra Directa No.2009CD-005312-55000 y la Licitación Pública No.2009LN-000381-55000, sillas, escritorios y archivos. 5) A su juicio el punto 19.1 es excluyente de todas aquellas empresas que tienen poco tiempo de operar y serán marginadas por no poder cumplir con este punto, el cual podría afectar la participación de su representada. 6) Aduce que de mantenerse el punto 19.1 se estaría limitando la participación de más proveedores, los cuales, podrían ofrecer una gama importante de opciones en los diferentes mobiliarios que se están ofertando. 7) Reclama la existencia de una trasgresión del principio de igualdad y competencia. 8) Se muestra disconforme con que se esté limitando en el tiempo (años de experiencia) a las empresas, cuando actualmente, en virtud de la apertura comercial y la globalización, se pueden ofrecer productos de buena calidad y a un buen precio. Finalmente cita la resolución R-DJ-126-2010 de este Despacho. La Administración aclara que el cartel no indicó si el tiempo evaluable de experiencia se medía en meses o en años, por lo que incluyen la corrección correspondiente indicando que se evaluará el tiempo en años. Menciona que al solicitar esa cantidad de años de experiencia como distribuidor directo de la marca del producto ofertado pretende contar con oferentes consolidados en el mercado que por ende disminuyan al máximo el riesgo de ejecuciones contractuales defectuosas y que generen como consecuencia una equivocada inversión de fondos públicos. Para ello citan el criterio de la Unidad Gestora del trámite, mediante el oficio DIEE-1104-2010 del 02 de junio de 2010, en el cual señalan que lo que se busca es que el contratista logre un: *“(...) 1. Entendimiento de las especificaciones técnicas del producto, y por ello una experiencia en el manejo de materiales con cualidades específicas, ya que para esta licitación se va a obtener un nuevo modelo de mobiliario escolar diferente a lo que se ha adquirido en años anteriores, apuntando hacia una mejor calidad del producto, y por ende aumentando la vida útil de los mismo. / 2. El presupuesto estimado para la compra de mobiliario escolar para esta Licitación es de ¢670.000.000,00 es imprescindible para ello garantizar que los oferentes cuenten con una vasta experiencia en el tema de fabricación o distribución de mobiliario escolar. / 3. El usuario que utilizará este mobiliario será un mercado que difiere al que utiliza escritorios y sillas de oficina, por lo cual la demanda de mobiliario que se va a satisfacer presenta características antropométricas distintas a los usuarios de mobiliario para oficina. (...)”*. En razón de lo anterior, considera que el pliego cartelario necesariamente debe mantener los factores de evaluación que han sido definidos en el cartel desde un inicio. No obstante indica que la tabla debe leerse en adelante, de la siguiente manera:

DISTRIBUIDORES DIRECTOS DE LA MARCA DEL EQUIPO OFERTADO	PORCENTAJE CORRESPONDIENTE
Mayor o igual que 20 años	20%
Mayor o igual que 15 años pero menor que 20 años	16%
Mayor o igual que 10 años pero menor que 15 años	12%
Mayor o igual que 5 años pero menor que 10 años	8%
Menor que 5 años	4%

A su vez considera que no se restringe o limita la participación de una mayor cantidad de oferentes ya que obtendrían un porcentaje por este concepto, aun cuando no cuenten con el máximo de años de experiencia, porque así lo define la estructura del cartel. **Criterio del Despacho. 1) Sobre la ponderación de los años de distribución de la marca del equipo ofrecido.** Este órgano contralor, ha sostenido que en la etapa de elaboración del cartel, se materializa el principio de discrecionalidad administrativa, mediante el amplio margen de libre apreciación dejada a la Administración para definir las características y condiciones que debe tener el bien o servicio a contratar. Lo anterior, tomando en consideración que la propia Administración, es quien mejor conoce sus requerimientos y por ende está capacitada para definir los parámetros y condiciones mediante los cuales se posibilite la selección del oferente idóneo. Dentro del procedimiento de contratación, es en la etapa de elaboración del cartel donde la Administración ostenta las más amplias competencias para definir, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, los términos objetivos dentro de los cuales se va a desarrollar la contratación de que se trate. De manera tal, que una vez superada esta etapa, el pliego cartelario quede consolidado como el reglamento específico de la contratación. En ese orden de ideas, las facultades discrecionales que ostenta la Administración para la definición de las condiciones cartelarias, encuentran su límite en el ordenamiento jurídico, los principios que rigen la materia de la contratación administrativa y las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública). Por eso, el legislador estableció el recurso de objeción al cartel como el instrumento a través del cual los potenciales oferentes pueden hacer ver las eventuales trasgresiones al ordenamiento jurídico o a los principios que informan la materia, en procura de la depuración del cartel. Ahora bien, de cara al caso que bajo análisis, la empresa recurrente alega que el punto 19.1 del pliego de condiciones, es desproporcionado y contrario a los principios de igualdad y libre participación, por cuanto se procede a valorar los años de experiencia que el oferente tenga como distribuidor directo de la marca del producto ofertado, limitando la participación de aquellos oferentes que no cumplan con los años de experiencia requerido, pero estén en capacidad de ofrecer un producto de calidad. Con respecto a este tema, es preciso señalar que la Administración mediante la definición del sistema de evaluación, el objetivo es identificar las ventajas comparativas entre los potenciales oferente, con el fin de elegir al oferente idóneo para satisfacer de la mejor forma las necesidades administrativas y conseguir el interés público. Asimismo,

es menester resaltar que la condición cartelaria recurrida no limita la participación del recurrente, por cuanto no representa una cláusula invariable o de admisibilidad, sino que con el establecimiento de dicha condición, lo que se busca es premiar con un puntaje mayor a aquellos oferentes que cuenten con mayor cantidad de años de experiencia como distribuidores directos de la marca del equipo ofertado, en busca de adquirir el mobiliario escolar, de una empresa consolidada a nivel nacional que garanticen un respaldo adecuado a la Administración. Esto no quiere decir que una empresa con menos años de experiencia no cuente con el respaldo suficiente, tan es así que el cartel no impide la participación de una empresa que no cuente con esa cantidad de experiencia, sino más bien lo que quiere decir es que se premiará a las empresas que cuenten con un mayor número de años de experiencia como distribuidores directos de la marca del producto ofertado, en virtud de la ventaja que esto significa para la Administración. A mayor abundamiento, la Administración en su respuesta justifica las razones por las cuales es necesaria la experiencia en relación con mobiliario escolar y no simplemente mobiliario de oficina, por la especialidad del objeto a contratar y las características particulares de dichos bienes. Sin detrimento de lo anterior, lleva razón el recurrente en cuanto a la omisión apuntada en el pliego cartelario, tomando en consideración que no se indicó si la experiencia a evaluar es en años o meses. De manera tal que en cuanto a ese aspecto, conviene aceptar el recurso incoado y atender lo dispuesto por la Administración en cuanto a la modificación al cartel que propone. Consecuentemente, se procede a declarar **parcialmente con lugar** el recurso incoado, siendo que si bien no se acepta la pretensión del recurrente en cuanto a eliminar el punto 19.1 del cartel, sin embargo se acepta la necesidad de corregir una omisión existente con respecto al tiempo de experiencia necesario. En forma complementaria, es necesario señalar que en relación a la metodología utilizada por la Administración, la firma recurrente no ha hecho referencia tampoco a que los rangos definidos resulten desproporcionados; ni tampoco ha presentado prueba alguna que se refiera a que los años ponderados no resulten pertinentes conforme al objeto de la contratación y la finalidad que se persigue con la ponderación de los años, con lo cual tampoco podría considerar la eliminación de la cláusula objetada por esas razones. **2) Observaciones de oficio.** Atendiendo justamente a las justificaciones que ha expuesto la Administración con ocasión del recurso de objeción, este órgano contralor estima necesario señalar que el rango definido en la cláusula impugnada como “Menor que 5 años” y al que se asigna un 4% de la calificación; resulta contrario a los principios de trascendencia y pertinencia de la evaluación (véase sobre el tema el oficio No. 1390 del 11 de febrero de 1999). Lo anterior, considerando que el Ministerio ha insistido en la necesidad de evitar la contratación de oferentes de reciente ingreso al mercado y que no cuentan con la experiencia suficiente como para conocer este giro de negocios, lo que pondría en riesgo la ejecución de la contratación; sin embargo, la ponderación de 4% a menos de 5 años asigna puntos a cualquier empresa que cuente por ejemplo con un año de experiencia o incluso con 1 mes de experiencia en

el mercado. En ese sentido, el pliego de condiciones no dispone de una experiencia mínima como requisito de admisibilidad que en forma justificada asegure que no se contrate con empresas de reciente ingreso al mercado. En todo caso, deberá la Administración disponer un límite inferior para la experiencia, en aras de que los 4 puntos que pretende asignar al último rango, no se asignen en detrimento de la finalidad para la cual se pondera la experiencia en la distribución. Conforme lo expuesto, se le ordena al Ministerio revisar el rango definido como “Menor que 5 años”, de manera que defina un límite inferior razonable, sea como requisito de admisibilidad o dentro del mismo sistema de evaluación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 165,170 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción** al cartel interpuesto por **Ramiz Supplies S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública N° 2010LN-000032-55400** promovida por el **Ministerio de Educación Pública** para la adquisición de Mobiliario Escolar; **2) Proceda la Administración a incorporar en el cartel de la presente licitación los cambios analizados en la parte considerativa de este resolución, los cuales deberá poner en conocimiento de los interesados.** -----

NOTIFIQUESE. -----

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Alfredo Aguilar Arguedas
Fiscalizador Asociado

AAA/fjm

NN: 05607 (DJ-2323-2010)

NI: 10550

G: 2010001404-1