R-DCA-101-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las catorce horas del veintinueve octubre del dos mil diez. -----
Recurso de objeción presentado por **DISTRIBUIDORA ROYAL S.A.**, contra el cartel de la **Licitación Pública 2010LN-000012-2101**, promovida por la **Caja Costarricense del Seguro Social-Hospital Dr. Rafael Angel Calderón Guardia**, para la adquisición de tóner, cartuchos, cintas y otros según demanda.-----

I.- DISTRIBUIDORA ROYAL S.A. presentó su recurso de objeción contra el cartel de referencia, el día 19 de octubre de 2010.-----

II.-Sobre la admisibilidad del recurso: Plazo de interposición y legitimación para impugnar:

El artículo 170 del Reglamento de Contratación Administrativa, indica que el recurso de objeción deberá presentarse dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. En el caso que nos ocupa tenemos, que la invitación a concursar se llevó a cabo mediante publicación en el diario oficial La Gaceta 200 del 14 de octubre de 2010, fijándose como fecha de apertura el día 11 de noviembre del 2010, lo cual implica que el plazo límite para impugnar el pliego cartelario, vencía el día 25 de octubre del 2010. En este sentido consta en el expediente, que la empresa objetante presentó su recurso mucho antes de esa fecha, por lo que se tiene presentado en tiempo. En punto al tema de la legitimación, el artículo 170 citado indica que “...*en el escrito de objeción deberá argumentarse sobre la legitimación al menos sucintamente, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso...*” Más adelante la misma norma señala que “...*El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración...*” Sobre este particular, si bien la objetante no aporta prueba complementaria para acreditar la relación existente entre su giro comercial y el objeto del concurso, y de ahí su legitimación, del escrito de interposición de los recursos sí se infiere esa condición, por lo que esta División basada en el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre Administración y oferentes, sumado al hecho que la CCSS tampoco cuestionó este aspecto, considera procedente brindar trámite al recurso, ya que una vez analizada la admisibilidad de los recursos, se constató su presentación en tiempo y forma, de conformidad con lo establecido por los artículos 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 de su Reglamento-----

III. Mediante auto de las once horas del 20 de octubre del 2010, notificado el mismo día, esta División confirió audiencia especial a la entidad licitante a efecto que se refiriera a los motivos del

recurso, la cual fue atendida vía fax el día 25 de octubre mediante oficio SCA-3915-10-2010-, y, recibido en fecha 26 del mismo mes y año su original junto con el cartel de la licitación, y al que haremos referencia en el análisis de fondo del presente recurso.-----

IV.-SOBRE EL FONDO: 1) Certificación del fabricante: La objetante cuestiona el numeral 3.1 del cartel ya que considera que la Administración está limitando injustificadamente la participación en el concurso, ya que estima que resulta imposible cumplir con la disposición que exige que para ofrecer suministros genéricos se requerirá una certificación del fabricante de que el producto genérico no afectará el uso normal de los equipos, lo mismo que el rendimiento de los productos genéricos es igual es igual o superior al de los suministros originales. Considera que de esta manera se está direccionando una contratación, ya que los fabricantes venden sus propios cartuchos y significa que ellos tendrían que definir su propia competencia. Se le está dando entonces una ventaja indebida. El exigir una certificación emitida por el fabricante de los equipos que exprese que los cartuchos son iguales o mejores que los que ellos venden, está poniendo al fabricante en una posición de juez y parte frente a la competencia. Se está solicitando que el fabricante certifique positivamente y avale los consumibles de las impresoras que ellos producen, aspecto que les generaría pérdidas pues al fabricante le interesa más mantener los clientes con los suministros que se requieren como son los toner y cartuchos de tinta, que la misma venta de las impresoras nuevas. Por ello solicitan la aceptación de la marca de cartuchos compatibles Ink-Tank, dado que ellos cumplen con todas las especificaciones técnicas para poder participar y competir a la altura de los cartuchos originales. Al respecto, la Administración al contestar la audiencia manifestó que la intención responde a la necesidad de salvaguardar el funcionamiento de las impresoras, fotocopadoras y otros equipos que utilizan tóner, cintas, cartuchos de tinta y otros consumibles necesarios para la impresión de toda la papelería que se utiliza en el Hospital, que son fundamentales para que brinde sus servicios. No se pretendió lastimar los derechos fundamentales que le asisten a todos los proveedores de participar en un concurso, sino salvaguardar los equipos que actualmente están en funcionamiento en el Hospital, limitado la participación de aquellos dispositivos y consumibles que podrían causar algún daño a los equipos al no ser los dispositivos originales de fábrica. Una vez analizada la objeción en la Unidad de Tecnologías de Información y Comunicaciones del Hospital, se considera que lleva razón la recurrente, ya que se impone una cláusula que no será posible cumplir, ya que al tener que solicitar la certificación del fabricante de los propios equipos sobre que garantice que estos suministros no afectarán los equipos, la misma no

sería extendida, dejando por fuera ofertas que podrían resultar acordes con los intereses de la Administración. Así, la Administración, basada en el criterio técnico experto de los funcionarios de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicaciones procedió a realizar modificación del punto 3 de las Condiciones Especiales para todas las líneas quedando la misma como a continuación se indica: “3. *CONDICIONES ESPECIALES PARA TODAS LAS LÍNEAS: 3.1 “Se aceptarán suministros originales y genéricos. En el primer caso el Proveedor deberá aportar declaración jurada de que está ofertando suministros originales; en el segundo caso siempre y cuando el oferente presente una declaración jurada de que los suministros genéricos que oferta, cumplen con el 100% de las características de los originales (Brother, Canon, Epson, Fargo, Lexmark, Panasonic, Sharp, Xerox, Minolta, Lanier, Mita, Riso, HP, Intermec, Brunsviga, IBM, Olimpia, Smith Corona, Swintec). Además de la declaración anterior, el proveedor deberá presentar los análisis químicos certificados (de tercera parte-no se aceptan los realizados por la propia fabricante) donde se expresa que el cartucho es 100% compatible con los equipos. Igualmente deben presentar una declaración jurada que indique que el suministro genérico, no afectará el uso normal de los equipos y en caso de comprobarse el daño en el equipo ocasionado por causa de fallo en el suministro genérico, se compromete a reponer el equipo dañado por otro de la misma marca y de iguales característica o (superior en el caso que el equipo ya este discontinuado). La reposición de este equipo se tendrá que realizarse en un plazo no mayor a tres días hábiles. Todo lo solicitado en este punto deberá tener una fecha de expedida no mayor a los tres meses.” NO SE ACEPTARÁN PRODUCTOS RECICLADOS O RECARGADOS”.* Consideraron que se procedió a ampliar y modificar el punto recurrido sin afectar el interés público perseguido, todo con el fin de ampliar la participación de diferentes empresas y lograr contratar en mejores condiciones para la administración. Rechazaron la declaración de la empresa de que se estuviera otorgando alguna ventaja indebida y sin ninguna justificación respecto a una marca. **Criterio para resolver:** Visto el allanamiento de la Administración, el cual se estima razonable, se ordena a la Administración a cambiar el texto de la cláusula cartelaria en los términos que ella misma estableció, tomando en consideración los importantes intereses públicos que están en juego. No obstante es importante que la Administración tenga en cuenta lo que esta Contraloría ha dicho en cuanto a que cuando se trate de impresoras que se encuentran en el periodo de garantía o mantenimiento correctivo o preventivo deben utilizar consumibles originales, pero únicamente para aquellas que se justifica tal condición, como lo dispusimos en la R-DJ-145-2010. Por otra parte la

Administración manifiesta que se corrige lo dispuesto en punto 17 del acápite 4 sobre los Aspectos Administrativos y Técnicos a tomar en cuenta (página 13 de 35), ya que existe un error en el monto que por garantía de participación se solicita, quedando la misma como a continuación se cita: 17. Garantía de participación (porcentajes y plazos): Licitaciones Públicas Según Demanda se deberá depositar el 1% del monto total estimado de la oferta (La estimación se realizará de la siguiente manera: el precio unitario por ítem -o por línea según corresponda- por la cantidad total estimada en el cartel para dicho ítem -o para dicha línea- por el 1%). Se deberá hacer el depósito en la moneda en que se cotizó o su equivalente en colones y con una vigencia mínima de 90 días hábiles. **Criterio para resolver:** Ante la manifestación de la Administración muto propio, estése a lo reglamentado en cuando a cómo deberán realizarse las modificaciones cartelarias en su artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ya que no corresponde pronunciamiento particular de nuestra parte. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 28, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento **se resuelve: DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción presentado por la **DISTRIBUIDORA ROYAL S.A.**, contra el cartel de la **Licitación Pública 2010LN-000012-2101**, promovida por la **Caja Costarricense del Seguro Social-Hospital Dr. Rafael Angel Calderón Guardia**, para la adquisición de tóner, cartuchos, cintas y otros según demanda. **2)** Proceda la Administración a efectuar las modificaciones correspondientes citadas en la presente resolución.-----

NOTIFIQUESE. -----

Lic. Oscar Castro Ulloa
Gerente Asociado a.i.

Elena Benavides Santos
Abogada Fiscalizadora

EBS/yhg
NN: 10538(DCA-0409-2010)
NI: 20147-20616-
G: 2010002740-1