

R-DCA-286-2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las doce horas del veinticuatro de mayo de dos mil trece. -----

Recursos de objeción interpuestos por **DISTRIBUIDORA ROYAL S. A.** y por **FESA Formas Eficientes S. A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2013LN000007-DCADM**, promovida por el **Banco Popular y de Desarrollo Comunal** para la contratación de servicios para el abastecimiento y suministro de productos de oficina con acarreo y distribución a nivel nacional (consumo por demanda).--

I. POR CUANTO: Las empresas **DISTRIBUIDORA ROYAL S. A.** y **FESA Formas Eficientes S. A.** presentaron oportunamente ante esta Contraloría General recurso de objeción en contra del cartel de la referida licitación. **II. POR CUANTO:** Mediante autos de las quince horas del diez de mayo y de las quince horas treinta minutos del catorce de mayo, ambos del dos mil trece, este Despacho confirió audiencia especial a la Administración respecto a los recursos presentados, habiendo el Banco remitido sus respuestas mediante oficios DCADM-451-2013 y DCADM-458-2013.-----

III.- POR CUANTO: A) **RECURSO DE OBJECIÓN INTERPUESTO POR DISTRIBUIDORA ROYAL. 1) Sobre la marca de los suministros a adquirir.** La objetante señala que las líneas 264, 271, 272, 293, 306,224, 85, 255, 267, 268, 269, 300, 301, 208, 209, 201, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 255, 267, 268, 269, 300, 301, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 227, 228, 229, 200, 230, 231, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 241, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 261, 84, 263, 254, 265, 266, 274, 275, 276, 277, 278, 286, 287, 286, 287, 298, 299, 302, 303, 304, 305, 307 y 308, limitan la libre participación y concurrencia, así como la igualdad de trato pues excluyen, en su criterio, de forma arbitraria la participación de su representada. Lo anterior al solicitarse en esas líneas que los suministros deben ser originales de la marca de los equipos, perjudicándosele con ello, al ser el giro comercial de Distribuidora Royal S. A. la venta, comercialización y distribución de cartuchos de tinta y tóner marca INK-TANK, en el territorio nacional. Señala que la redacción del cartel contraviene las disposiciones establecidas en los artículos 2 inciso d) y e), 4, 16, 17 y 52 párrafos siguientes al inciso “o” del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como con el artículo 46 de la Constitución Política. Señala que a partir del principio de libre concurrencia, el cartel no puede interponer restricción, ventaja o solicitud del menoscabo de los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales que rigen la materia. Refiere a las resoluciones de este órgano contralor, R-DJ-145-2010 y R-DAGJ-66-2003, en los que se pretendió que la Administración valorara la posibilidad de adquirir productos compatibles para sus equipos de marca, en el caso de aquellos en los que se haya vencido la garantía ofrecida por el fabricante.

Concluye su recurso requiriendo una lista de los equipos para los cuales se solicitan tintas y tóner, indicando la fecha en que la Administración los adquirió, el número de contratación y la vigencia de la garantía adjudicada, así como la eliminación de las cláusulas cartelarias objetadas. La Administración señala que el requerimiento del cartel es producto de un análisis apegado a la legalidad, a la vez que resalta la discrecionalidad de la cual goza a la hora de establecer los requerimientos cartelarios. Señala que la condición del pliego de condiciones (productos de la marca del equipo original), no atenta contra los principios señalados por el recurrente; siendo que con la compra se busca satisfacer de manera adecuada las necesidades que se tiene en materia de impresión de documentos. Expone que al cartel se incorporaron dichas condiciones, entre otras razones por cuanto más allá de los términos de garantía, las casas fabricantes y sus representantes técnicos, se eximen de responsabilidad ante desempeños inadecuados de sus equipos y el uso de productos o componentes que no sean de la marca que representan. Agrega que el objetante no presenta documentos con los que se demuestre que los insumos de su representación (INK TANK) funcionan y presentan el mismo rendimiento y nivel de reproducción que los correspondientes a cada marca. **Criterio para resolver:** Como punto de partida debe destacarse que en la etapa de elaboración del cartel, la Administración goza de la facultad de discrecionalidad, cuyos límites están previstos en el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública. En cuanto a la discrecionalidad, la Sala Constitucional la ha señalado como “ (...) *la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa*” (Ver Resolución 2004-14421 de las once horas del 17 de diciembre del 2004). Así, en el ejercicio de esa discrecionalidad, es que la entidad licitante contempló en el pliego cartelario las normas que se impugna, las cuales se presumen válidas. En razón de dicha presunción es que el numeral 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone que el recurso de objeción debe presentarse debidamente fundamentado y con la prueba pertinente. Al respecto, referente al tema de la fundamentación, este órgano contralor ha señalado: “*De previo a proceder a realizar cualquier análisis de los argumentos vertidos y a efectos de resolver las objeciones presentadas, es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que 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. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación*

técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: “(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respecto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable “acomodo” a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente” (RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. Lo anterior, tomando en consideración que como resultado del fin público que en principio, persiguen los actos administrativos, estos se presumen dictados en apego al ordenamiento jurídico. [...]. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. [...] quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración...” (R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho). En el caso particular, vista la objeción del recurrente, resulta oportuno señalar lo indicado por este Despacho en la resolución R-DCA-238-2012 de las once horas del diecisiete de mayo del dos mil doce, donde ante una alegación similar se indicó: “(...) este Despacho mantiene el criterio según el cual se ha considerado que cuando se trate de productos que se encuentran dentro de su periodo de garantía y esta se encuentre condicionada a la utilización de suministros originales, la Administración continúe haciendo uso de consumibles originales durante el periodo de vigencia de la garantía”. Ahora bien, Distribuidora Royal S. A. refiere a los equipos que no gozan de garantía del fabricante, para los cuales pide se permita el suministro de los productos que ofrece,

sin embargo se echa de menos un ejercicio mediante el cual se desarrolle y acredite que su producto puede ser empleado por la Administración en lugar del requerido, siendo que la mención de antecedentes emitidos por este órgano contralor resulta ser insuficiente como respaldo y prueba para la variación del contenido de un cartel. En su recurso el objetante no logra acreditar que los consumibles que puede llegar a ofrecer sean compatibles con los modelos de la Administración, y que los mismos cumplan con los requisitos establecidos por la Administración. Por otra parte, en su respuesta a la audiencia inicial, en el oficio DCADM-451-2013, la entidad licitante señaló “...*que el requerimiento cartelario es producto de un análisis serio y totalmente apegado a la legalidad, por lo que las condiciones establecidas están totalmente acordes con el ordenamiento jurídico y amparadas en un análisis razonado en el momento de su establecimiento*” (El subrayado no coherponde al original). Sobre este tema, en la resolución R-DCA-238-2012, mediante la cual se atendió un recurso de objeción interpuesto por el hoy también recurrente (Distribuidora Royal S.A.), en contra de un pliego cartelario cuyo objeto era la compra de “Suministros por Consumo-UL”, habiendo presentado el objetante un alegato similar al que se resuelve, el órgano contralor señaló que “*En esa misma línea, de conformidad con lo que se extrae de la cita anterior, si bien el objetante alega que sus cartuchos y tóners son de igual o superior calidad que los productos originales, resultan ser cien por ciento compatibles con los equipos, que incluso han superado diferentes pruebas químicas de laboratorio y que su funcionamiento ha sido comprobado por parte de otras Administraciones, no se configuran como argumentos con base en los cuales pueda determinarse que la decisión administrativa de contratar consumibles originales para mantener la garantía resulte desproporcionada. Ahora bien, para el caso de los equipos en los que el periodo de garantía ya haya transcurrido, la situación es distinta, sin embargo dentro de su recurso el objetante no logra acreditar que los consumibles que ofrece sean compatibles con los modelos de impresora que está contratando la Administración y que se encuentran fuera de garantía. Al respecto, si bien la empresa recurrente alega que sus consumibles son incluso superiores a los originales, sus argumentos se limitan a su mero decir, ya que aun cuando aporta incluso hasta una serie de pruebas químicas de sus productos, no existe un análisis en relación con los resultados ni tampoco una relación entre los consumibles para los cuales se realizaron las pruebas y su compatibilidad con los equipos fuera de garantía que la Administración está contratando. [...]De conformidad con lo anterior, se procede a **rechazar el recurso de plano**, al no acreditarse adecuadamente las razones por las cuales se solicita la modificación del pliego cartelario. En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación de su oferta mediante la forma en que se encuentra consignado el pliego de condiciones. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la*

documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia de los consumibles ofrecidos, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público”. (La negrita corresponde al original). En virtud de lo anterior y frente a un escenario en que la impugnación hecha no se acompaña de la debida fundamentación, se declara sin lugar el recurso presentado por Distribuidora Royal S.A. Por otra parte, en cuanto a la solicitud del listado de los equipos donde se indique la fecha de adquisición, número de contratación y vigencia de la garantía, tal extremo se rechaza de plano por no ser materia propia de un recurso de objeción. **B) RECURSO DE OBJECCIÓN INTERPUESTO POR FESA FORMAS. 1) Exclusividad como proveedor, inclusiones y revisión de precios.** Señala el objetante que de conformidad con el punto 2.2, párrafo 7 del cartel, la contratación que se promueve no le da una exclusividad al adjudicatario, incorporándose además al pliego cartelario una serie de mecanismos que permiten la compra a otros proveedores, sea por las modificaciones (punto 2.8.4.1), inclusiones, exclusiones (punto 2.8.5.1) o bien por simples revisiones periódicas de los precios, a partir de las cuales se puede excluir el producto adjudicado. Indica FESA que el punto de objeción para estos casos corresponde a la falta de especificación o detalle con que el cartel desarrolla los mecanismos que se adoptarán para proceder con las compras a terceros y la falta de consideración de principios rectores de estos mecanismos. Agrega que sobre este tema el órgano contralor se había referido en la resolución R-DCA-216-2009, así como en el oficio DCA-528 del 13 de febrero de 2009, siendo que para dichas revisiones la Contraloría General ha impuesto ciertas condiciones y requisitos que permitan que no se desnaturalice el objeto del contrato y que permita la comparación en igualdad de condiciones. Señala que para complementar los puntos adicionales que la Contraloría General obliga a valorar para una justa comparación, se debe considerar otros componentes que se exigen en la contratación, como lo son aspectos de seguridad, tecnológicos, de experiencia, organizacionales y de personal responsable, y de logística y producción. La Administración señala que en el punto 2.8 y subsiguientes del cartel, se definió la forma en que se estará atendiendo lo que son las incorporaciones de nuevos productos al contrato, como exclusiones, ello en caso de llegar a darse la obsolescencia de algún producto o la inconveniencia de seguir utilizándolo, sea por cambios tecnológicos, generación de nuevas leyes o meramente por cuestiones coyunturales. Agrega que según el punto 2.2 del cartel, el Banco mantendrá la potestad de contratar con otros proveedores, los formularios, útiles y materiales de oficina que estime necesario, cuando se presenten razones de interés institucional que así lo justifiquen, en cualquier momento por razones de costo, calidad u oportunidad, sin que sea el interés del Banco, dado los costos asociados que ello deriva, el estar promoviendo mayores concursos de contratación, para atender necesidades que a la luz de lo

establecido en el artículo 154 del RLCA puedan ser atendidas. El Banco refiere al oficio No. 01537-2009 emitido por la Contraloría General, en el cual se reconoce la posibilidad (en la ejecución del modelo de entrega según demanda) de realizar revisiones de mercado en aquellos supuestos en que los precios, dado el comportamiento del mercado, han sufrido variaciones sustanciales que hagan del precio que se contrató originalmente, un precio sumamente alto y perjudicial para la Administración y no simplemente para los casos en los que se pueda conseguir un oferente con un precio menor, siendo que en el punto 2.9 del cartel se le da la oportunidad al adjudicatario para que se pronuncie ante tal situación, tal y como lo indicó la Contraloría General en la resolución RDCA-216-2009. **Criterio para resolver:** En el artículo 154 del RLCA, específicamente en el inciso b), se reconoce la posibilidad de promover la contratación de suministros de bienes muebles bajo la modalidad de entrega según demanda, señalando la norma que para acudir a dicho modelo se debe contemplar, entre otros, las reglas sobre la eventual exclusividad, la metodología de ejecución del contrato, causas de resolución contractual, reglas para excluir un producto, mecanismos que permitan variar los precios originalmente contratados, así como la inclusión de nuevos suministros no contratados originalmente, de forma tal que el apartado 2.8 del cartel, el cual refiere a *“modificaciones, inclusiones y revisiones periódicas de precios de los formularios, útiles, suministros de oficina y demás artículos”*, cuenta con asidero jurídico. En punto a la exclusividad, es menester señalar que la propia norma reglamentaria señala que ésta es “eventual” de modo que el ordenamiento jurídico no dispone que, para aplicar la modalidad de contratación de entrega según demanda, necesariamente deba darse tal exclusividad. Respecto al artículo 154 del RLCA precitado, este órgano contralor se ha manifestado en relación al tema de las revisiones de mercado que han de operar en aquellos supuestos en que los precios, dado el comportamiento del mercado, hayan sufrido variaciones sustanciales que hagan del precio que se contrató originalmente, un precio sumamente alto y perjudicial para la Administración. Específicamente, respecto a tales revisiones, en el oficio No.01537 de 10 de febrero de 2009 se indicó: *“En tales supuestos la entidad debe acreditar mediante un estudio formal y representativo, la situación actual de esos productos, la tendencia o comportamiento de mercado y la diferencia sustancial en relación con el precio pactado, de manera que la Administración le brinde al contratista la posibilidad de ajustarse a esa nueva realidad equiparando sus precios con la realidad imperante. Lo anterior, incluye por supuesto, que esa revisión de mercado parta de una semejanza desde la perspectiva de la naturaleza, calidad y condiciones de entrega de los bienes a adquirir”*. (El subrayado no corresponde al original). Por otra parte, con el fin de lograr claridad sobre el punto que se aborda y antes de entrar a su resolución, se tiene que en el caso particular, la posibilidad de modificar la lista de suministros está debidamente reconocida en el punto 2.8.4, señalando la norma la forma en que se procedería (comunicación del Banco

al adjudicatario), a la vez que se indica que en caso de determinarse que ello alteraría lo inicialmente pactado, se procedería a darle un tratamiento de incorporación de artículo nuevo. Por su parte, en relación con las exclusiones e incorporaciones se observa que las mismas están reguladas en la Cláusula 2.8.5 del cartel, facultades que son también reconocidas en el numeral 154 ya citado, y en el aparte 2.9 se regula la revisión periódica de precios, disponiendo: *“El Banco se reserva el derecho durante la vigencia contractual, de realizar periódicamente sondeos que le permitan identificar posibles cambios sobre los precios de los productos contratados, si a través de este ejercicio se determinan variaciones importantes sobre el valor de los artículos, procederá a realizar un análisis en procura de motivar los ajustes que puedan corresponder y con ello asegurar que los valores se encuentran dentro de la media del mercado.”* Conocido lo preceptuado en las normas cartelarias citadas, y de frente a los argumentos del objetante, ha de indicarse: **i)** Respecto a las incorporaciones, exclusiones o modificaciones, todas son facultades permitidas por el artículo 154 del RLCA, siendo que en el cartel son reguladas; **ii)** Sobre las exclusiones que se realicen a partir de los resultados de una revisión de precios, es importante destacar las posiciones de este órgano contralor, contenidas en los oficios No. 01537 y No. 01873 y la resolución R-DCA-216-2009. Así, en el oficio No. 01537 (DCA-0459) de 10 de febrero de 2009, se expuso: *“De tal suerte que las revisiones de mercado han de operar en aquellos supuestos en que los precios, dado el comportamiento del mercado, han sufrido variaciones sustanciales que hagan del precio que se contrató originalmente, un precio sumamente alto y perjudicial para la Administración y no simplemente para los casos en los que se pueda conseguir un oferente con un precio menor. En tales supuestos la entidad debe acreditar mediante un estudio formal y representativo, la situación actual de esos productos, la tendencia o comportamiento de mercado y la diferencia sustancial en relación con el precio pactado, de manera que la Administración le brinde al contratista la posibilidad de ajustarse a esa nueva realidad equiparando sus precios con la realidad imperante. Lo anterior, incluye por supuesto, que esa revisión de mercado parta de una semejanza desde la perspectiva de la naturaleza, calidad y condiciones de entrega de los bienes a adquirir./Es claro que ese sondeo de precios de mercado no puede ser un ejercicio ligero o abusivo, pero tampoco puede demandar tal cantidad de recursos institucionales que lo convierta en una finalidad superior al mismo contrato. Se trata, pues, de una aplicación racional de carácter excepcional, en aras de proteger a la Administración en contratos de suministros y servicios que pueden regir hasta por un plazo de cuatro años, tiempo en el cual producto de la dinámica del mercado (por ejemplo condiciones de oferta y demanda, aplicación de nuevas tecnologías de producción, entre otros) podrían darse determinadas condiciones en los precios de mercado que posibilitarían a la Administración obtener los mismos suministros a un mejor precio acudiendo a otros proveedores./ Así las cosas, cuando la*

cláusula de referencia señala que el INS podrá hacer estudios de mercado “en cualquier momento”, ha de entenderse que se refiere a cualquier momento en el que la Administración detecte una variación sustancial de los precios en el mercado, que hagan del precio contratado un aspecto perjudicial para la Hacienda Pública. /De igual manera, la metodología para concluir que existen esos cambios trascendentes en el mercado no puede ser informal o arbitraria y debe implicar un sondeo significativo, mediante procedimientos que sean coherentes basados en parámetros claros, precisos, y que estén bien acreditados, cuya complejidad no lo convierta, como ya se indicó, en una finalidad superior al propio contrato.” Lo anterior no resulta ajeno a la letra del cartel. Así, en el punto 2.9 en su párrafo tercero se indica lo siguiente: “Será a partir de la obtención de los valores de comparación que se establece, que se concluirá un promedio simple, si se determina que el costo del insumo definido por el contratista para el producto bajo estudio, supera en un 10% dicha cifra promedio, se procederá a darle parte al adjudicatario, para que se pronuncie al respecto y si está dentro de sus posibilidades financieras ajuste su costo al valor de mercado identificado”. De esta forma se constata la posibilidad que tendrá el adjudicatario, para referirse a los valores que genere una eventual revisión de precios, revisión que deberá realizarse desde la perspectiva de la **naturaleza, calidad y condiciones de entrega de los bienes a adquirir**, aspecto que debe ser considerado por la Administración a la hora de llevar a cabo dicha revisión de precios y de aplicar el punto 2.9 del cartel. Por lo anterior se declara sin lugar el recurso en este extremo. **2) Inventarios, obsolescencias, sobreconsumos: FESA** considera que algunas cláusulas del cartel atentan contra el principio de intangibilidad patrimonial, refiriéndose de forma expresa a tres de ellas. ***Sobre la Sección 2.2. Modelo del Servicio.*** Señala que la norma da la posibilidad al Banco de incluir el suministro de bienes a oficinas que sean reubicadas o nuevas, lo cual en su criterio son cambios que podrían implicar costos adicionales en el rubro de la distribución, sin que se le indemnice por ello. Menciona que en la actualidad se integró el concepto de PKAR (Precio por Kilómetro Adicional) para solventar este punto y como un factor sujeto a la metodología de evaluación, medida que señala resultó conveniente para brindar ese equilibrio financiero derivado de cambios en las rutas o por los efectos negativos que se originen en las decisiones del Banco, por lo que considera que debe agregarse al cartel una fórmula igual o similar a la existente de forma tal que se garantice al contratista la intangibilidad patrimonial ante decisiones de la administración. La Administración señala que el esquema bajo el que fue concebido el servicio, se soporta en el establecimiento de 13 grandes rutas, en donde se estaría reconociendo un rubro económico por cada ruta atendida. Con cada una de esas rutas se cubren las 4 grandes zonas en las que fue estratificado el país, en las que se ubican las oficinas existentes o podrán llegar a ubicarse o reubicarse alguna otra. Indica que a partir de dicha segregación y conociéndose de

previo los sitios en donde el Banco cuenta con representación, los participantes podrán estimar los costos que estarían pretendiendo por cada ruta y localidad a visitar y será sobre dicha estimación que se haga el reconocimiento económico respectivo, resultando desmedido pretender el reconocimiento de sumas adicionales, ante la posibilidad de que la Administración resuelva abrir o mover una nueva oficina, en alguna de las zonas definidas. Refiere el Banco a la Resolución R-DCA-216-2009, emitida por este órgano contralor. Criterio para resolver: Tal y como lo apuntó la Administración, en la resolución R-DCA-216-2009 este órgano contralor, ante similar cuestionamiento, señaló lo siguiente: *“Para resolver el tema en discusión, resulta menester indicar que el cartel dispuso en su anexo N°4 un listado de rutas por zona geográfica en las cuales debe brindarse el servicio, las cuales abarcan sucursales bancarias en diferentes puntos del país. En este sentido vemos como el contratista tendrá al momento de inicio del contrato, la definición precisa de rutas y zonas en las cuales debe llevar a cabo el cumplimiento del objeto contractual. Bajo esta óptica, no encuentra este órgano contralor entonces, la afectación económica que sufriría este por la apertura o cambio de una sucursal dentro de alguna de las rutas y zonas preseñaladas, más aún si en este caso el propio oferente omite acreditar con algún estudio económico o técnico, la desmejora en el equilibrio financiero del contrato que esta situación podría provocar. Claro está y en esto enfatiza este Despacho, que dichos cambios deben ser soportados por el contratista siempre que estemos hablando de las citadas rutas o zonas pero, en el evento que por alguna necesidad del Banco, se estime oportuno la apertura o traslado de alguna sucursal fuera de estos límites geográficos y se pretenda que el contratista cubra su abastecimiento, debería el Banco mantener algún mecanismo que permita compensar los posibles costos adicionales para el suplidor del servicio, por el cambio a una ruta distinta de las definidas en el pliego cartelario, y todo en el supuesto, que el segundo logre acreditar ese costo o aumento en la entrega de los bienes producto de la decisión institucional. Así las cosas, resuelve este Despacho que mientras la variación en una ruta determinada, opere dentro de los límites definidos previamente por la Administración, constituirá obligación del proveedor cubrirla sin costo adicional alguno, reiterando que cualquier servicio que brinde fuera de estos límites, podrían ser reconocidos una vez acreditado el costo adicional que ello representaría, por lo que siendo así el estado de las cosas, se impone declarar sin lugar el recurso en este punto, debiendo tomar nota esa entidad financiera, de lo mencionado en el presente apartado”*. Conocida la posición vertida por esta Contraloría General –la cual se mantiene- sobre un cuestionamiento hecho a condiciones cartelarias de similar contenido, se debe agregar que en este caso se echa de menos algún análisis económico o técnico mediante el cual se acredite la desmejora en el equilibrio financiero del contrato, por lo que con fundamento en lo expuesto como en lo referido líneas atrás en cuanto a la necesaria fundamentación y acreditación que debe presentar todo

recurso de objeción, se impone declarar sin lugar el recurso en este extremo. No obstante, se reitera lo indicado en la parte final de la transcripción hecha, esto es que en caso de que el servicio se preste fuera de los límites fijados en el cartel, podrían ser reconocidos al contratista, previa acreditación, los costos adicionales, observándose las disposiciones pertinentes en cuanto a la modificación contractual. • **Sobre la sección 2.6.1.2.** Cuestiona el objetante la posibilidad que se reconoce al Banco de solicitar pedidos fuera de cronogramas, extraordinarios o comúnmente llamados de urgencia, sin que se indique o aclare si cualquier incremento en los costos será reconocido, siendo que la norma señala que en las urgencias deben de entregarse en 10 días hábiles los formularios de Hacienda. Señala que una entrega fuera de itinerario o la atención de un pedido adicional tiene un costo agregado y no puede trasladarse al contratista el imprevisto, la mala administración o ineficiencia de quienes realizan los pedidos. Solicita que se defina el tratamiento en términos de precio que tendrán las urgencias o que se elimine la posibilidad para la Administración de hacer pedidos de esta naturaleza, permitiéndose en aras del equilibrio patrimonial, que se contemple la administración del inventario remanente y servicios de urgencia, como rubros a cotizar. Concluye indicando que para los restantes aspectos que detallaron o para cualquier otro de la misma naturaleza que no hayan especificado, se modifique el cartel para que se establezca que las partes de mutuo acuerdo definirán la diferencia de precio respectiva. Señala la Administración que se pretende disponer de un medio regulatorio para el manejo de los formularios que resultan personalizados. Refiere al punto 2.8 del cartel (Modificaciones, inclusiones, exclusiones y revisiones periódicas de precios de los formularios, útiles, suministros de oficina y demás artículos), en el cual se establecen las condiciones que estarían privando ante la imperiosa necesidad de excluir algún formulario, originada ante el entorno dinámico y sometido a regulaciones de ley en el que se desenvuelve el Banco. Por otra parte y tratándose de los artículos de consumo y adquisición libre, en donde cualquier persona física o jurídica, podría hacer uso de lo mismo, ejemplo: lapiceros, resmas de papel, clips, grapas, etc., la existencia de inventarios no se generaría algún tipo asociación que pueda arremeter en contra de los intereses del Banco, como tampoco se visualiza que la parte contratante pueda tener alguna limitación para comercializarlos a terceros.

Criterio para resolver: El objetante alega que se le deben reconocer costos adicionales ante el supuesto de demandas extraordinarias, conocidas como urgentes, sin embargo debe destacarse que la modalidad de la contratación que se pretende llevar a cabo se enmarca dentro de la entrega según demanda, figura contractual a través de la cual se busca que la Administración contratante satisfaga sus necesidades según el comportamiento de éstas, para lo cual el artículo 154 del RLCA establece la información que debe constar en el cartel y que debe ser del conocimiento de las partes. Sobre la entrega según demanda, en la resolución R-DJ- 281-2010 del 24 de junio de dos mil diez, este órgano contralor señaló: “*La modalidad de esta*

contratación es la entrega según demanda, figura contemplada en las normas ya citadas, siendo que ni la Ley ni el Reglamento obligan a la parte licitante a establecer una cantidad mínima del suministro a contratar, pues bajo esta modalidad se busca que la Administración cuente con una empresa que pueda atender su necesidad según se vaya presentado. La inclusión de los consumos históricos, así como las proyecciones se ofrecen como parámetros o información que pueda utilizar el posible oferente a la hora de elaborar su plica, sin que ello pueda tomarse como un compromiso de compra. En todo caso no puede obviarse que esta modalidad de contratación deberá ser considerada por la empresa a la hora de formular su oferta económica, según sus recursos, su estructura, organización, entre otros, en otras palabras, lo cual se reflejará en el precio final que se ofrezca”. Respecto a los alcances y características propias de la modalidad de contratación que se comenta, a saber, entrega según demanda, en la resolución de este Despacho R-DCA-216-2009, citada tanto por el objetante como por el Banco, se indicó: “ (...) desde el momento mismo en que presenta su oferta al concurso, se parte de la premisa que el oferente posee la capacidad para una eventual ejecución contractual, de hacer frente a las entregas en las formas y frecuencia con que la Administración se lo demande, excepcionando las situaciones –en todo caso sujetas a demostración-, en que dicha entrega no pueda ser posible por razones de caso fortuito o fuerza mayor que impliquen una eximente de responsabilidad para el contratista, por lo que salvo estas situaciones extraordinarias, debe en todos los casos el adjudicado, cumplir con las entregas pactadas”. Así pretender un reconocimiento adicional en el costo del suministro cuando se trate de pedidos extraordinarios o por urgencia, no deviene propio en una contratación de entrega según demanda, en virtud de su naturaleza, características y alcance, aspectos que se respaldan y explicitan en la transcripción antes hecha, de las resoluciones R-DJ- 281-2010 y R-DCA-216-2009. Adicionalmente, se observa que en el punto 2.7.1 del cartel se señala: “(...) el Banco estará reconociendo a parte del valor del producto solicitado bajo dicha connotación de apremio, el costo de su entrega, para lo cual, estará como punto de referencia considerando en lo que pueda haber la “Tabla de distancias emitida por el M.O.P.T. y la Tabla de Tarifas de pago por kilometraje de la Contraloría General de la República que se mantenga vigente en dicho momento”. Por las razones expuestas, se declara sin lugar el recurso en este extremo. • **Sección 2.8.5.2** El objetante cuestiona que el Banco solo reconozca un inventario correspondiente a 7 días de consumo promedio como máximo, que se refiere al inventario que se debe tener y a la penalización, por la falta de entrega a tiempo de los insumos solicitados. Señala que en el caso de los formularios impresos, un inventario de 7 días es insuficiente para atender una posible demanda de varias oficinas del Banco al mismo tiempo, sin que se especifique si el Banco asume alguna responsabilidad por productos o material obsoleto. Manifiesta que cuando se trata de formas (impresos) se debería tener y por lo tanto reconocer al

menos un mes de inventario, esto por cuanto el proceso de producción requiere de mayor tiempo y al producir en pequeñas cantidades se genera un incremento en el costo lo que representa un resultado negativo en la utilidad ya que dichos costos, según el cartel, no se reconocen sino que deben ser asumidos por el potencial adjudicatario. Agrega que si el cartel establece inventarios máximos, se entiende que la obligación del contratista de mantener un mínimo de artículos en stock está estrechamente ligado a esos máximos que se obtienen de los consumos promedios que da el Banco, siendo además usual que se den sobre consumos, por lo que es altamente probable que el contratista no pueda entregar pedidos a tiempo respecto a esos bienes, condición (sobreconsumo) que no es imputable al contratista sino al mal cálculo o imprevistos; sin que ello se le traslade al contratista con multas. Señala la Administración que a partir del contenido de la cláusula 2.8.5.2 lo que se pretende es disponer de un medio regulatorio, para el manejo de los formularios que resultan personalizados, que por su naturaleza y exclusividad, no se podría esperar que queden en manos de terceros; habiéndose previsto como primera medida de atención, un mecanismo con el que se estaría procurando su consumo total, el cual de no lograrse por alguna situación particular, se estaría propiciando su adquisición a la empresa contratada, para posteriormente gestionar su disposición final, con lo que se estaría atendiendo las posibles obsolescencias que se puedan dar en materia de formas atinentes a la Institución. Agrega que para efectos de complementar lo estipulado en el punto 2.8.5.2.1, debe considerarse el punto 2.8 (Modificaciones, inclusiones, exclusiones y revisiones periódicas de precios de los formularios, útiles, suministros de oficina y demás artículos), norma que establece las condiciones que estarían privando ante la imperiosa necesidad de excluir algún formulario, como resultado del entorno dinámico y sometido a regulaciones de ley, en el que se desenvuelve el Banco y que le motiva a promover una contratación de consumo por demanda. Expone además el Banco que situación distinta ocurre con los artículos de consumo y adquisición “libre”, que pueden ser usados por cualquier persona física o jurídica, supuesto en el que no se generaría algún tipo asociación que pueda arremeter en contra de los intereses del Banco, como tampoco se visualiza que la parte contratante pueda tener alguna limitación para comercializarlos a terceros. En relación con el establecimiento de inventarios máximos, la Administración indica que quien pretenda contratar con el Banco, debe encontrarse en la posibilidad de tener acceso de manera expedita y oportuna al flujo de artículos que fueron previamente definidos en el anexo 1, para los cuales, como un mero marco de referencia, se indicó el consumo promedio mensual que de estos se tuvo durante el término de un año. **Criterio para resolver:** Tal y como se indicó en la resolución del punto anterior, la modalidad de la contratación que se obtendría como producto de la licitación cuyo cartel se impugna, es la de entrega según demanda. Esta modalidad de contratación se caracteriza por permitir a la Administración requerir la cantidad de suministros según la necesidad que se

le vaya presentado, lo cual impregna de flexibilidad y dinamismo la contratación e implica también la formulación cuidadosa de la propuesta que llegue a presentarse, toda vez que el oferente deberá considerar las particularidades del caso y las consecuencias económicas y de gestión que tal modalidad impone. En este sentido, el argumento de FESA al acotar que la producción menor de suministros puede incrementar el costo de los mismos, no deviene sostenible frente al modelo de consumo por demanda promovido en este caso por la Administración. Sobre las características inherentes a dicho modelo, este órgano contralor se refirió en la resolución R-DCA-216-2009, tal y como se transcribió en el alegato anterior. Adicionalmente, acerca los inventarios, se debe indicar que según lo dispuesto en artículo 154 del RLCA, las proyecciones son a modo de referencia. En este orden de ideas, se tiene que en la resolución R-DJ-281-2010 de las ocho horas del veinticuatro de junio de 2010, se señaló que *“La inclusión de los consumos históricos, así como las proyecciones se ofrecen como parámetros o información que pueda utilizar el posible oferente a la hora de elaborar su plica, sin que ello pueda tomarse como un compromiso de compra”*. Así se está ante un cartel que regula en la cláusula 2.8.5.2 la forma en que se procedería cuando medie necesidad de modificar o excluir un artículo de uso específico y exclusivo del Banco Popular, con lo cual las partes deben considerar tales aspectos al momento de ofertar y de alzarse con una eventual adjudicación. Por otro lado, no aporta el recurrente una argumentación suficiente para llevar al convencimiento que los siete días contemplados en la cláusula resultan insuficientes. Las cláusulas impugnadas, frente al tipo de contratación que se promueve, no encuentran oposición con el ordenamiento jurídico en virtud de las razones expuestas, por lo que se declara sin lugar el recurso en este extremo. **3) Multas y penalidades.** Sobre este tema el objetante cuestiona el punto 4.6 del cartel al considerar improcedente que se penalice por cada día natural cuando en su opinión, lo pertinente es que sea por día hábil. Sustenta lo anterior alegando que el artículo 256 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) establece que en cuanto a los términos y plazos de los procedimientos administrativos, los plazos para los particulares serán siempre días hábiles. Agrega que resulta lógico si se considera que no se puede penalizar al eventual adjudicatario por aquellos días en que el Banco se encuentre cerrado, sea por días de descanso semanal, feriados, asuetos o por motivos de fuerza mayor, sancionando con esa disposición una obligación imposible de cumplir para los casos y días mencionados. En relación con la multa por incumplimiento en los plazos de entrega, manifiesta que al fijarse la cláusula penal en un 10% por cada día natural de atraso, se está ante un acto desproporcionado y confiscatorio, siendo que el monto de la sanción se debe establecer de manera justificada y razonada. Alega también desproporcionada la multa de un 10% por cada día natural de atraso si se considera que el Banco señala que la multa será hasta un máximo de 25% pudiendo resolver el contrato por un atraso de tres días, lo cual es abusivo e incluso

lesivo para las partes, en el tanto frente a una resolución del contrato. Objeta además, por desproporcionada en su criterio, la imposición de una multa por entrega incompleta de los productos en un 5%, así como, por el incumplimiento de las características de los artículos, también fijada en un 5%. La Administración resalta que el contratista desde un inicio conoce la metodología bajo la cual se deberá suministrar los servicios, así como las rutas, los plazos de entrega y las condiciones que los productos deben poseer. Además que de forma previa conocerá la programación mediante la cual, deberá atender cada uno de las oficinas, sobre las que dispone su ubicación exacta, las jornadas bajo las que trabaja y otros elementos asociados, de forma tal que la programación se lleva a través de un cronograma previo y convenido con el contratista, por lo que costaría aceptar retrasos en la entrega de los insumos. Destaca que la intención no es estar aplicando multas. Respecto al cómputo de los días, naturales en lugar de hábiles, acota que algunas oficinas laboran sábados y en algunos casos también domingo, sin que se pueda comprometer las operaciones del Banco. En cuanto al monto de las multas manifiesta que el contratista cuenta previamente con la información necesaria para cumplir con la entrega, multas de baja cuantía pueden resultar intrascendentes, ocasionando con ello un perjuicio a la Administración, por lo que el monto lo considera razonable. Concluye señalando que aún cuando el objetante apunta que las multas no son desproporcionadas, no acredita o demuestra su afirmación. **Criterio para resolver:** Dos son los cuestionamientos expuestos: el primero refiere a la forma en que se computan los días para efectos de la aplicación de multas y el segundo en relación con el monto que las mismas puedan tener. Respecto al primero de ellos, ha de indicarse que el objetante ejemplifica su reproche ante el supuesto de computarse días naturales si la Administración está cerrada, sea por días de descanso semanal, feriados, asuetos o por motivos de fuerza mayor, ante lo cual la lógica dicta que sería imposible hacer una entrega de suministros a una oficina que se encuentre cerrada, por lo que el deber se haría efectivo al día siguiente, aspecto que es contemplado en el punto 2.7 del cartel, párrafo primero, en el cual se indica: “(..) *el contratista en todo momento deberá considerar que las entregas de suministros se lleve a cabo dentro de los horarios que puedan gozar las áreas usuarias, en cuyo caso, se deberá tener la consideración que los mismos se hagan posible, con al menos una antelación de dos horas con respecto al cierre de la jornada vigente./ Nota: En caso de que el día de la entrega del pedido resulte feriado, la misma se trasladará al día hábil siguiente*”. En relación con el segundo cuestionamiento, sea el monto de las multas, se echa de menos un ejercicio por parte del objetante en el que se acredite la desproporción alegada en relación con los términos del cartel, de forma tal que su impugnación es carente de fundamentación, según lo indicado en la parte inicial de esta resolución. Por las razones expuestas, se declara sin lugar los dos aspectos cuestionados en relación con las multas y cláusula penal.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y siguientes de su Reglamento se resuelve se resuelve: **DECLARAR SIN LUGAR** los recursos interpuestos por **DISTRIBUIDORA ROYAL S. A.** y por **FESA Formas Eficientes S. A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2013LN000007-DCADM**, promovida por **el Banco Popular y de Desarrollo Comunal**, para la contratación de servicios para el abastecimiento y suministro de productos de oficina con acarreo y distribución a nivel nacional (consumo por demanda). Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFIQUESE. -----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Carolina Cubero Fernández
Fiscalizadora

CCF/ksa
NI: 10631, 10851, 11183, 11423
NN :05021 (DCA-1157)
G: 2013001340-1