

R-DCA-715-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas treinta y dos minutos del dieciséis de setiembre del dos mil quince.--

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **DISTRIBUIDORA ROYAL, S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública No.2015LN-00002-0006100001**, promovida por el Patronato Nacional de la Infancia para el “abastecimiento de continuo de tintas, tóner y accesorios para impresoras, fotocopiadoras y equipos multifuncionales”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **DISTRIBUIDORA ROYAL, S.A.**, presentó en fecha 01 de setiembre del año dos mil quince, recurso de objeción en contra del referido cartel, publicado en el Sistema de Compras Públicas Merlink el día 25 de agosto del dos mil quince.-----

II. Que mediante auto de las diez horas del tres de setiembre del año dos mil quince, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso interpuesto y para que remitiera copia del cartel del concurso. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio sin número el día siete de setiembre del dos mil quince.-----

III. Que en el procedimiento se han observado la disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.- Sobre el fondo del recurso. a) Sobre el punto la obligación de presentar suministros originales. La objetante señala que el pliego cartelario limita la libre competencia en el tanto introduce restricciones técnicas injustificadas a los potenciales oferentes. Añade que la institución violenta su participación al solicitar que los cartuchos de tinta sean de la misma marca de los equipos, siendo que su empresa distribuye cartuchos de tinta y tóner marca INK-TANK, los cuales son compatibles con las diferentes marcas de impresoras existentes en el mercado y por ende, no específicamente para una marca de equipo. No obstante, el requerimiento de que la tinta sea similar al equipo y no consumible genérico, repercute en la calificación que eventualmente obtendría la objetante. Por su parte la Administración dispone que lleva razón el objetante en el tanto el pliego cartelario solicita que todos los suministros sean originales, es decir, que sean marca Lexmark, Epson, Brother, Canon, Kyocera, Okydata, Hewlett Packard, Panasonic, Sharp, Xerox, entre otras. Añade que si bien es cierto, de conformidad con el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, los carteles no pueden contener alusiones a las marcas, las mismas se requirieron en atención a la especialidad de los equipos que en su oportunidad fueron comprados con fondos públicos y por ende, a los que se les debe dar un buen uso. Adiciona que no obstante lo anterior, realizó la consulta al Departamento de Tecnologías de Información de la institución, quienes mediante oficio No. DTI-

247-2015, de fecha 07 de setiembre del año en curso, señalaron que una vez que el equipo de impresión pierde garantía, la utilización de suministros originales es sólo una recomendación, por lo que utilizar consumibles genéricos es una solución factible, siempre que los mismos cumplan con normativa internacional igual o superior al mismo original, tales como la certificación de las normas ISO 9001 y 14001. Adiciona la Administración que en el criterio técnico solicitado se indican una serie de condiciones que, de constatarse, harían factible que la institución se muestre de acuerdo con el uso de suministros genéricos. **Criterio de la División.** Visto el allanamiento de la Administración, en el tanto en su oficio de respuesta a la audiencia especial establece los requerimientos que a su criterio deben cumplir los oferentes de productos genéricos para participar en la contratación, se debe declarar con lugar el recurso para que se acepten productos genéricos según propone la entidad licitante, por cuanto se estima que es la Administración la que conocedora de su necesidad y de los intereses que busca satisfacer, para lo cual puede determinar las características que requiere siempre que con el establecimiento de dichos requerimientos no se vulneren normas o principios de la contratación administrativa. Se deja bajo responsabilidad de la Administración que se haya realizado las valoraciones necesarias para determinar la procedencia del allanamiento. En consecuencia se **declara con lugar** este extremo del recurso en este punto debiendo la Administración proceder con la modificación respectiva. En forma complementaria, valga señalar que ha sido criterio reiterado de este Despacho que la utilización de suministros genéricos debe permitirse en el tanto, los equipos en los que se consuma, no se encuentren en período de garantía; pues como también se ha reconocido, en la contratación de consumibles no se puede obviar el hecho que los fabricantes de equipos condicionan la garantía a la utilización de suministros originales. Al respecto, en la resolución R-DCA-101-2010 de las catorce horas del 29 de octubre del año 2010, este órgano contralor, resolvió: *"(...) en resguardo de la participación de la mayor cantidad de ofertas posibles, se debe aceptar la participación de genéricos para equipos que no cuenten con garantía. Ello por cuanto es una realidad que en su mayoría, los equipos en garantía quedan condicionados para que sigan cubiertos por ésta, al uso de suministros originales, por lo que estos equipos efectivamente, y hasta que los cubra el período de garantía, deberán utilizar cartuchos, tóner y los aditamentos originales que se necesitan para su funcionamiento"*. Como se desprende de la resolución citada, la posición de este Despacho ha sido que para los equipos para los cuales ha expirado el período de garantía, se acepte la posibilidad de que se coticen cartuchos compatibles genéricos como lo solicita el recurrente. Desde luego, la responsabilidad en la definición de qué condiciones y características se requieren para acreditar la compatibilidad, es también responsabilidad de la Administración licitante en coordinación con su instancia técnica.

Consideraciones de oficio sobre la respuesta del Patronato. Considerando el tema en discusión, este órgano contralor estima procedente realizar algunas consideraciones de oficio respecto de las normas de certificación ISO que se requieren como condición de admisibilidad. Sobre el particular, este órgano contralor ha sostenido el criterio de que ese requisito no puede establecerse como un requisito de admisibilidad en el tanto no sea exigible en el ordenamiento jurídico el cumplimiento de estas normas de proceso o de orden ambiental, por lo que no resulta procedente requerir ISO 9001 e ISO 14000 como un requisito de admisibilidad; aunque sí podrían ser considerados dentro del sistema de evaluación con una ponderación razonable, ello como una forma de hacer un reconocimiento a aquellas empresas que ofrezcan bienes que cumplan con esas certificaciones. Concretamente se ha indicado sobre estas certificaciones que: *“No obstante, vistos los términos de la cláusula cartelaria, en que la Certificación ISO se requiere como un requisito de admisibilidad de la oferta, debemos señalar que este Despacho en reiteradas oportunidades ha manifestado que ese requisito debe ser removido como requisito de cumplimiento obligatorio por parte de los oferentes, considerando la posibilidad de establecer dentro del sistema de evaluación una ponderación razonable, referido a las certificaciones de calidad, como una forma de hacer un reconocimiento a aquellas empresas que ofrezcan equipos que cumplan con esas certificaciones”* (resolución RC-116-2002 del 27 de febrero del 2002 y en el mismo sentido la R-DCA-606-2015 de las doce horas del diecinueve de noviembre del dos mil doce). Se concluye entonces que es necesario que en el entendido de que la Administración desee utilizar la normativa que viene dicha dentro de un procedimiento concursal, deberá considerarla como parte del sistema de evaluación y no dentro de los requerimientos de admisibilidad. **b) Sobre la obligación de contar con contratos por abastecimiento por monto anual mínimo de ¢15.000.000,00.** La objete señala que resulta violatorio a la libre participación el requisito de admisibilidad dispuesto por la Administración de que para poder participar la empresa debe contar con contratos de abastecimiento continuos por un monto anual mínimo de ¢15.000.000,00, los cuales para ser calificados tendrían que ser sobre compras de tintas, tóner, accesorios para impresora, fotocopidora o equipos multifuncionales. Adiciona que las características solicitadas sólo se cumplen con los proveedores de venta de equipos que generalmente sólo venden consumibles de la misma marca del equipo, lo que violenta el principio de igualdad. Añade que el pliego de condiciones los obliga a tener que cotizar bienes originales de la marca de los equipos como un requisito impuesto ineludible y sin justificación excluye a las que no cumplen este presupuesto. Manifiesta la Administración que ha sido criterio reiterado de la Contraloría General que sobre la evaluación de la experiencia del potencial oferente existe discrecionalidad administrativa, pues la Administración licitante conoce

con anterioridad su necesidad al promover un determinado concurso. Por lo tanto, rechaza lo señalado por el recurrente, rehusando a cambiar lo indicado en el pliego cartelario. **Criterio de la División.** En forma reiterada, esta Contraloría General ha señalado que la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro un sistema de evaluación, de manera que únicamente es susceptible de ser impugnado cuando el factor no resulte trascendente, aplicable o resulte desproporcionado. Ahora bien, de conformidad con lo que viene dicho, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable del recurso de objeción que interponga, 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 exigir el requisito impugnado. Partiendo de lo expuesto, se tiene que la empresa recurrente considera que los requisitos fijados por parte de la Administración en cuanto a las cartas y contratos que certifican la experiencia requerida, le limitan la participación y lesionan el principio de igualdad. No obstante, dentro de su acción recursiva el único argumento que presenta es que de la redacción de la cláusula, la Administración obliga a cotizar bienes originales de la marca de los equipos pues son características que se cumplen únicamente para este tipo de suministros. En ese orden, dentro de sus alegatos, se echa de menos el análisis dirigido a acreditar que efectivamente, tal y como lo afirma en su recurso, el parámetro fijado por parte de la Administración resulta ser desproporcionado e innecesario para poder realizar el proyecto sin inconvenientes. Adicionalmente, dentro de su recurso, no se expone cuál es el aspecto en específico sobre el cual considera la recurrente que se presenta la limitación en la participación, por ejemplo que la experiencia pueda acreditarse de otra manera o que esté imposibilitado de atender el requisito, con lo cual también se carece de la fundamentación apropiada. Conforme lo expuesto, se tiene que no solo la cláusula en sí misma no limita la participación por tratarse de un aspecto evaluable, sino que en todo caso la empresa recurrente no ha demostrado que el factor sea intrascendente, inaplicable o desproporcionado, por lo que procede **rechazar de plano por falta de fundamentación** el recurso en este extremo. **c) Sobre el plazo para emitir las cartas y la presentación de una certificación de la experiencia.** Manifiesta la objetante que la Administración solicita que aunado a los contratos se presenten cartas que certifiquen la experiencia de la empresa. Añade que considera excesivo este requerimiento, en el tanto la presentación de tanto los contratos como las cartas, provendrían del mismo cliente o institución, por lo que se duplicaría el requisito. Aunado a lo dicho, la emisión, en la mayoría de los casos, conlleva más de un mes y la institución únicamente está otorgando dos semanas para la presentación de la oferta. Solicita

asimismo que sea aceptada como equivalente a una carta de referencia, una certificación de experiencia, la cual sería emitida por la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda con ocasión de un convenio marco que sobre el mismo objeto contractual se está llevando a cabo. Manifiesta la Administración que una vez más sobre la evaluación de la experiencia, la administración goza de absoluta discrecionalidad por ser la conocedora del objeto y de su necesidad. Concluye que de conformidad con el criterio técnico solicitado al Departamento de Tecnologías de Información, si se cumplen las condiciones necesarias, utilizar consumibles genéricos, es una opción totalmente factible. **Criterio de la División.** En este aspecto, la objetante solicita la inclusión de la acreditación de la experiencia mediante una certificación considerando que lo requerido por el pliego cartelario es excesivo, en el tanto requiere tanto cartas como contratos para demostrar la experiencia en un plazo de tiempo muy corto, por lo que la evaluación se convierte, a su juicio, en un factor reiterativo. En concreto, se discuten dos aspectos que se abordará en forma separada para mayor claridad de las partes: **a) Sobre la imposibilidad de presentar los documentos en un plazo de dos semanas:** si bien la objetante hace alusión a la imposibilidad de presentación de las cartas de referencia por causa del poco plazo otorgado por la Administración, no se desprende de su argumento la fundamentación adecuada que en efecto compruebe que en el intervalo de tiempo señalado por la institución sea imposible el cumplimiento del requisito. Es decir, la objetante no indicó en su recurso el tiempo adicional a las dos semanas que requería para la adquisición de las cartas, así como tampoco realizó el ejercicio mediante el cual se evidenciara la imposibilidad de cumplir con el requerimiento en el plazo propuesto, señalando para los efectos, las implicaciones en su participación como consecuencia de lo solicitado. Se echa de menos de la argumentación de la objetante, la prueba que resaltara la inconveniencia del requisito y las derivaciones contrarias a los principios de contratación administrativa que podría ser objeto en caso de permanecer el requerimiento. **b) Sobre la posibilidad de presentar una certificación en lugar de las cartas requeridas.** Ahora bien, en lo que respecta a este aspecto, la objetante solicita la inclusión de una certificación para evidenciar su experiencia y de esta forma no presentar las cartas requeridas por la Administración. No obstante, tampoco en este extremo ha quedado demostrado que la presentación de esa certificación resulte equivalente a lo requerido por la Administración, es decir, que la misma sea similar y cumpla el objetivo pretendido de evidenciar los años de experiencia, de conformidad con lo que demanda la institución. Así las cosas, no basta con que un objetante cuestione un cartel, y que señale la limitación que el mismo le produce, sino que

debe demostrar técnicamente su cuestionamiento o, que la consonancia en cuanto al cambio que propone, maximiza la participación de potenciales oferentes, aspecto que se echa de menos en el presente recurso. Sin embargo, sí resulta oportuno, que la Administración valore si el documento cumple o no con la finalidad que se persigue al solicitar las cartas. En vista que el cuestionamiento no ha demostrado cómo limita su participación en el concurso, o que la cláusula sea desproporcionada o irracional, procede **rechazar de plano por falta de fundamentación** este extremo del recurso, no obstante, se impone a la Administración valorar si lo solicitado por la objetante, cumple con la finalidad propuesta.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 170, 171 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **DISTRIBUIDORA ROYAL, S.A.** en contra del cartel de la **Licitación Pública No.2015LN-000002-0006100001**, promovida por el Patronato Nacional de la Infancia para el “abastecimiento de continuo de tintas, tóner y accesorios para impresoras, fotocopiadoras y equipos multifuncionales”. **2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE.-----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora Asociada

SZF/chc
NI: 22999, 23023, 23837, 23844.
NN: 13252 (DCA-2310)
Ci: Archivo central
G: 2015002840-1