

R-DCA-073-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las quince horas tres minutos del veinticinco de enero del dos mil dieciséis. -----

Recurso de objeción interpuesto por las empresas **BITROM S.A. y TECNOCOMPUTO NV S.A.**, en contra del cartel de la licitación pública **No.2015LN-000001-0009100001**, promovida por el Ministerio de Hacienda "licitación de convenio marco para la adquisición de tintas, tóner y consumibles para las instituciones públicas que utilizan SICOP". -----

RESULTANDO

I. Que Bitrom S.A. presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel del Concurso No.2015LN-000001-0009100001, mediante correo electrónico recibido el ocho de enero de dos mil dieciséis.-----

II. Que Tecnocomputo NV S.A. presentó ante esta Contraloría General, en fecha del ocho de enero de dos mil quince, recurso de objeción en contra del cartel del Concurso No.2015LN-000001-0009100001, mediante correo electrónico recibido el once de enero de dos mil dieciséis.-----

III. Que mediante auto de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del doce de enero de dos mil dieciséis se otorgó audiencia especial a la Administración licitante. Dicha audiencia fue atendida mediante oficios DGABCA-NC-43-2016 y DNC-019-2016 de fechas quince y dieciocho de enero respectivamente. -----

IV. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes. -----

CONSIDERANDO

I. Sobre la admisibilidad de los recursos. A efectos de determinar la admisibilidad y consecuente procedencia del recurso de objeción interpuesto por las empresas Bitrom S.A. y Tecnocomputo NV S.A., se debe partir de lo establecido en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que interesa, indica: "*Contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción, 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. (...)*". De esta manera, se tiene que la publicación de la invitación a participar en la Licitación Pública N°2015LN-000001-0009100001, tramitada en el sitio web <http://www.sicop.go.cr/index.jsp>,

se realizó el día diecisiete de diciembre del dos mil quince (http://www.merlink.co.cr:8084/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20151200194&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00) en tanto que la fecha de apertura se estableció por parte de la Administración para el día veinticinco de enero de dos mil dieciséis. No obstante, el día veintidós de enero de dos mil dieciséis, la Administración comunicó que la recepción de ofertas se prorrogó hasta el día veintiocho de enero, para lo cual resulta aplicable la regla contemplada en el artículo 171 del mismo Reglamento, que al efecto dispone: *“Contra las modificaciones o adiciones del cartel, podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo que medie entre la publicación o comunicación de la variante del cartel y la fecha señalada para recibir ofertas. Cuando la modificación consista únicamente en la prórroga del plazo para presentar ofertas, el plazo para objetar se obtendrá de la sumatoria del plazo inicial más el plazo de la prórroga”*. A razón de lo anterior, el plazo original para recibir ofertas se amplía, y por consiguiente, el cálculo del primer tercio para objetar. Así lo ha interpretado este órgano contralor en resolución R-DCA-126-2007 de las ocho horas del veintitrés de marzo de dos mil siete, en donde se indica que *“efectivamente al momento en que la Administración decide prorrogar la fecha de apertura de la licitación, de igual manera alarga el plazo para presentar objeciones, de tal suerte que es sobre la base del plazo total del plazo para recibir ofertas que deben calcularse los tercios”*. Al respecto, pueden consultarse también las resoluciones R-DCA-366-2011 de las trece horas del veintidós de julio de dos mil once, R-DCA-481-2015 de las trece horas con cuarenta y dos minutos del treinta de junio del dos mil quince y R-DCA-924-2015 de las quince horas cincuenta y cuatro minutos del trece de noviembre del dos mil quince. Dicho lo anterior, debe computarse para el caso de análisis, el plazo que medie entre la fecha de la invitación y la nueva fecha para recibir ofertas, esto es veinte días hábiles, tomando en consideración el día dieciocho de diciembre de dos mil quince como último día hábil que laboró el Ministerio Licitante, retomando en fecha del cuatro de enero de dos mil dieciséis (conforme a la Directriz No. 038-MTSS que consta al folio 000061 del expediente), fecha a partir de la cual se reanuda la contabilización de días hábiles a efecto de establecer el primer tercio dispuesto en la norma. De esa forma, el tercio del plazo lo constituyen seis días hábiles para impugnar el cartel de la licitación, el cual se cumplió el día once de enero. Así las cosas, considerando que los recursos de las empresas Bitrom S.A. y Tecnocomputo NV S.A. fueron presentados mediante correo electrónico, firmados con la

respectiva firma digital, los días ocho y once de enero respectivamente (ver folios 000001 y 000008 del expediente de objeción), se tiene que ambos recursos fueron presentados en tiempo, por lo cual, este órgano contralor entra a conocer el fondo de lo alegado.-----

II. Sobre el fondo del recurso. A) Recurso interpuesto por Bitrom S.A.: a)

Experiencia mínima del oferente y sistema de evaluación: Manifiesta la objetante que el pliego cartelario dispone en el capítulo II punto 2.5, que el oferente debe demostrar 5 años o más de experiencia (antigüedad en el mercado) en contrataciones de la misma o similar naturaleza a la solicitada en el presente pliego de condiciones, que hayan concluido, antes de la fecha de apertura de las ofertas. Al respecto, indica que su empresa posee más de un año, pero menos de los cinco años requeridos, y que dicha exigencia discrimina a empresas en condiciones como la suya, puesto que ha atendido diferentes instituciones públicas y tiene las condiciones para rendir la garantía de cumplimiento, lo cual respalda su capacidad financiera. Continúa manifestando, que el Estado tiene la obligación de apoyar a las pequeñas empresas incentivando el desarrollo comercial de las mismas, sin favorecer segmentos en particular puesto que dicha orientación transgrede las normas de la Ley de Promoción de Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, así como el principio de libre competencia regulado en el artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 de su Reglamento. Manifiesta que algunas empresas al tener una estructura administrativa más grande que la suya, se incrementa el costo operativo haciendo que el costo del producto aumente, de frente a lo cual ella puede ofrecer el mejor precio de mercado. Alega que dicho requisito de experiencia se evalúa conforme se establece en el Capítulo IV Sistema de Evaluación, punto 4.3.1, con un porcentaje de 40%, partiendo de un rango de seis años de experiencia, lo que resulta contradictorio con las cartas de referencia solicitadas para cinco años, que no tendrían puntuación siendo que se asigna porcentaje a partir de los SEIS años. Señala que con dicho requisito se limita la participación y no se brinda oportunidad a nuevas empresas. Con base en lo anterior, solicita puntualmente se admita la participación a empresas con más de un año de experiencia. Por su parte, la Administración indica que el requisito de la experiencia es un criterio para asegurar la futura satisfacción de las necesidades de las instituciones que utilizan el Sistema Integrado de Compras Públicas, SICOP, ya que se trata de instituciones con altas demandas de bienes y servicios. Agrega que el cartel de cita admite experiencia en el

sector público como privado, y que la Administración, en el ejercicio de su poder discrecional, ha considerado relevante el elemento experiencia al tratarse de un complejo volumen de operaciones, convirtiéndose en una ventaja comparativa para la selección de la mejor oferta. Asimismo, la Administración considera que una empresa con más de cinco años en el mercado refleja que ya tiene una capacidad financiera estable. En razón de lo antes expuesto, afirma que no es de recibo la objeción planteada, y que el requisito de experiencia solicitada, no es contrario al principio de libre concurrencia. **Criterio de la División:** Verificado el pliego cartelario, se tiene que en el Capítulo II-Condicionales Legales, clausula 2.5 “cartas de recomendación”, se exige a los oferentes *“aportar como mínimo cinco constancias originales o copias certificadas emitidas por diferentes instituciones del sector público o privado, nacional o internacional, donde se demuestre que cuenta con 5 años o más de experiencia (antigüedad en el mercado) en contrataciones de la misma o similar naturaleza a la solicitada en el presente pliego de condiciones, que hayan concluido, antes de la fecha de apertura de las ofertas.”* Dicho requisito se configura como supuesto de admisibilidad según se aprecia en el Capítulo IV-Sistema de Evaluación, punto 4.1 evaluación de las ofertas, que en lo literal cita *“Para que una oferta se considere admisible, esta deberá cumplir a satisfacción de la Administración con las condiciones legales señaladas, las especificaciones.”* Sobre este punto, la objetante manifiesta que su empresa posee una experiencia de más de un año en el giro comercial, y que al solicitar la Administración un periodo tan amplio constituye una restricción que dejaría fuera la participación de empresas como la objetante. No se logra evidenciar en sus alegatos, las razones por las que considera que dicho plazo de un año es suficiente para atender la necesidad de la Administración, o por el contrario, un razonamiento que el lapso de cinco años determinado por la Administración, sea excesivo para solventar el interés público que se persigue con la presente contratación. Al respecto, debe recordarse que el párrafo cuarto del artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone como parte de la obligación de fundamentación, acreditar que el bien o servicio que ofrece puede atender la necesidad de la Administración, lo cual no se hace en este caso pues tampoco se hace ningún desarrollo de cuál es la experiencia que sí posee la recurrente y por qué resulta suficiente para el cumplimiento del objeto de la contratación. Por lo anterior, se dispone **rechazar de plano** este extremo del recurso. No se pierde de vista que la empresa recurrente también ha

cuestionado la ponderación del aspecto dentro de los factores de evaluación, sobre lo que se estima oportuno hacer algunas precisiones sobre el aspecto de la experiencia como requisito de admisibilidad, ponderable en una etapa posterior de evaluación. Los requisitos de admisibilidad son aquellos que la Administración considera indiscutibles para el cumplimiento del objeto contractual, su incumplimiento consecuentemente implica la exclusión de la oferta y la no evaluación de la misma conforme al sistema que defina la Administración Licitante. Estos requisitos de admisibilidad no deben entenderse sinónimo de factores de evaluación, aunque sí puedan ponderarse en el sistema de evaluación cuando superen los mínimos de admisibilidad. El esquema de evaluación permite la ponderación de aspectos que brinden un valor agregado para la satisfacción de la necesidad para la que se promueve el concurso, sin sea posible que se tomen en cuenta requisitos ya superados en la etapa de admisibilidad, porque las cláusulas admisibilidad son mínimos sin los que la necesidad no puede resultar satisfecha (artículo 55 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). En este sentido, la Administración procede a premiar a aquellas empresas que hayan superado un mínimo de experiencia en el caso de análisis, asignando puntos o bien un porcentaje sobre la base de un sistema de evaluación completo, proporcional, pertinente, trascendente, aplicable y obligatorio, que identifique claramente el listado de factores a evaluar (como precio, plazo de entrega, experiencia y similares), así como su grado porcentual de incidencia frente a una metodología con parámetros ciertos, claros y objetivos que permitan conocer previamente la forma bajo la cual se aplicará cada uno de los aspectos a evaluar. De esa forma, también se rechaza lo pretendido respecto de que se ponderen aspectos de admisibilidad dentro de la evaluación del concurso. **B) Criterios sustentables, Certificado vigente del Plan de Gestión Ambiental, emitido por el Ministerio de Ambiente y Energía:** Manifiesta la objetante que el requisito del certificado no puede aportarse ya que el MINAE no certifica planes de Gestión Ambiental de empresas privadas puesto que la ley no se lo permite, para lo cual realizó la consulta a la Dirección de Gestión Ambiental en fecha del seis de enero, al Ing. Marco Chinchilla. Manifiesta que la omisión de este certificado resta 6% del Criterio de Sustentabilidad (4.3.3 criterios sustentables 20%). Por lo anterior, solicita se supriman los requisitos y factores de evaluación relacionados a dicha certificación. Por su parte, la Administración aclara que dicho requisito corresponde al reconocimiento de producción más limpia

emitido por el MINAE, a través del Sistema de Reconocimiento Ambiental (SIREA), que guarda relación con los temas indicados en dicho apartado. Añade que el puntaje se asigna a aquellas empresas que acrediten *“mediante acta notarial que haga constar que la misma desarrolla acciones que permiten el manejo eficiente del agua, luz, desechos, emisiones de CO2 y entre otros”*. **Criterio de la División:** Verificado el pliego cartelario, se tiene que la certificación objetada es requerida conforme a la clausula 4.3.3 “Criterios sustentables”, para lo cual se requiere literalmente: *“certificado vigente del Plan de Gestión Ambiental, emitido por el MINAET que incluye temas como agua, luz, desechos, emisiones de CO2, o que la empresa mediante acta notarial certifique que la misma desarrolla acciones que permiten el manejo eficiente del agua, luz, desechos, emisiones de CO2 y similares.”* Este órgano contralor no pierde de vista que la Administración, mediante aclaración realizada el siete de enero del año en curso, se refiere a la clausula aquí objetada. Sin embargo, a partir de dicha aclaración y conforme la respuesta al recurso; no resulta claro si la intención de la Administración es suprimir el requisito del Plan de Gestión Ambiental emitido por el MINAE ni se constata en la aclaración lo manifestado por el Ministerio en su respuesta, respecto del reconocimiento de producción más limpia emitido por el MINAE, a través del Sistema de Reconocimiento Ambiental (SIREA). De esa forma, procede **declarar con lugar** el recurso en la medida que se ha modificado el requerimiento cuestionado y este no consta en el cartel mediante modificación sino por la vía de la aclaración; sino también porque en la respuesta al recurso se varió la certificación impugnada. **Consideraciones de oficio sobre la aclaración realizada.** Del documento de aclaración se desprende que los oferentes deberán aportar lo siguiente: *“Aportar copia de la certificación vigente ISO 14000, para alguno de los procesos internos de la empresa o que la empresa mediante acta notarial certifique que la misma desarrolla campañas de protección del medio ambiente o que la empresa se hace responsable del impacto que generan sus actividades y productos sobre el medio ambiente (3,33%) y Aportar mediante Acta Notarial, el Plan de Gestión Ambiental que incluya temas como: agua, luz, desechos, emisiones de CO2, donde se indique que la empresa desarrolla acciones que permiten el manejo eficiente del agua, luz, desechos, emisiones de CO2 y similares (6,67%) (...).”* Sobre este aspecto, la Administración no define cuántas son las actividades o campañas son equivalentes a la norma ISO 14000 que se requiere, ni los elementos mínimos que deben tener esas campañas para ser

consideradas con lo cual no se ha logrado definir en forma clara la aplicación de este factor de evaluación que se ha estimado equivalente a la norma ISO 14000, por lo que se ordena a la Administración realizar estos ajustes. Por lo demás, supone este órgano contralor que la Administración cuenta con las valoraciones técnicas que llevan a considerar equivalente la norma ISO y lo que ella implica en relación con campañas de protección al medio ambiente. Por todo lo antes esgrimido, este órgano contralor considera que la Administración debe armonizar los requisitos sustentables, e incorporarlos en uno u otro sentido mediante el procedimiento de modificación cartelaria, para lo cual la Administración deberá proceder a realizar los ajustes pertinentes, en los términos que exige la normativa vigente. **C) Especificación de los modelos y consumibles a adquirir:** Manifiesta la objetante, que la Administración ha indicado que el objeto de esta contratación es preseleccionar oferentes en el convenio marco, por lo que no define aun los modelos de equipos y los consumibles a requerir, ni así la posibilidad de que el oferente ofrezca un producto compatible para tintas, tóner y repuestos. Al respecto, cita las resoluciones de este órgano contralor (R-DJ-145-2010, R-DJ-272-2010, R-DCA-052-2010, R-DCA-101-2010, R-DCA-327-2011) para indicar que la administración solo está justificada para solicitar cartuchos de tinta y tóner originales de la marca de los equipos, si los mismos aun cuentan con garantía por parte del fabricante, de lo contrario, debe permitirse marcas alternativas a las del equipo, distinguiendo así cuales equipos se encuentran en tales condiciones. Solicita en concreto, se admita la posibilidad de ofertar productos compatibles y que no se limite únicamente a producto de la misma marca de los equipos de impresión. La Administración argumenta que por la modalidad del convenio marco por cotización, la Administración determina si requiere un producto original o compatible al momento de cotizar, conforme a las condiciones establecidas en el pliego cartelario y la normativa vigente. Alega respecto de este punto, que la objetante desconoce el modelo de convenio marco utilizado en la presente licitación. **Criterio de la División:** A partir de una lectura integral del pliego cartelario, no se desprende que la Administración haya distinguido entre productos originales, alternativos o compatibles, con lo que no se aprecia que exista la limitación a la participación alegada. Sin embargo, en afán de que exista la mayor claridad para todos los participantes y considerando la respuesta de la Administración, se estima necesario que se advierta desde esta primera etapa que esta primera fase permite tanto la participación de suministros originales como

genéricos, de forma que será en la segunda fase en la que se definirán los criterios para requerir unos u otros suministros. Sobre el tema ha señalado este órgano contralor que: *“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, toner y los aditamentos originales que se necesitan para su funcionamiento. En este orden de cosas, la posición de este Despacho es que para los equipos que ya han pasado su período de garantía, se acepte la posibilidad de ser proveídos (sic) por cartuchos compatibles (...) la Administración está en la obligación de proveer el buen funcionamiento de los equipos, por lo que debe darse un cuidado preventivo, el que amerita que se sigan usando suministros originales de los que pide el cartel, mientras el equipo esté en garantía y esa garantía esté condicionada al uso de suministros originales (...)”* (ver resolución R-DCA-052-2010 de las nueve horas del seis de octubre de dos mil diez). Por lo anterior, se **declara con lugar** el recurso. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. Por otro lado, no se pierde de vista que también se cuestiona que no se ha definido modelos de equipos y consumibles; sin embargo, sobre este punto debe considerarse que la modalidad de convenio marco por cotización que se está aplicando, supone en criterio de la Administración que se indique durante una segunda fase el modelo y los consumibles para su cotización conforme a la necesidad particular de cada institución participante del convenio. De esa forma, bajo el esquema propuesto no se aprecia que existe un esquema contrario al ordenamiento jurídico, sino un ajuste a las necesidades de la Administración bajo el esquema de compra que se ha definido para el convenio marco. **D) Garantía de cumplimiento:** Manifiesta **la objetante**, que la Administración dispuso en las condiciones cartelarias la garantía electrónica por cinco millones de colones, frente a una falta de certeza del monto a contratar por parte de las diferentes instituciones. Manifiesta que en la contratación actual (Licitación Pública 2010LN-000001-CMBYC), la Administración solicitó una garantía de dos a tres millones de colones, ajustándose según el volumen de

ventas, pero en el caso concreto establece el monto que limita a las pequeñas empresas. En virtud de lo anterior, solicita la disminución del monto de la garantía de cumplimiento. **La Administración** discrepa con la objetante y se remite a la Ley de Contratación Administrativa, al mencionar que la Administración tiene la facultad de fijar un monto fijo en los procedimientos de cuantía inestimables, de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa. La Administración refiere que el monto de la garantía se fijó conforme a las proyecciones indicadas en el Capítulo VI, Proyecciones de Consumo, que para el año 2016, en los productos licitados se estima un consumo de ¢710.895.116,4019; lo que representa un 0.7% de la Licitación. Continúa indicando que tanto pequeñas como mediana empresa tienen la facilidad de rendir la garantía, sin que se trate de un desembolso de la “Ley de Incentivos para la Producción Nacional.” Manifiesta que ya ha adoptado las medidas pertinentes para promover la participación de PYMES, y que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece en los artículos 42 y 46 bis establece los mecanismos para que una empresa de esta naturaleza respalden su participación en procesos de contratación administrativa, a decir mediante instrumentos financieros de que disponga al amparo de la Ley No. 8634, Ley del Sistema de Banca para el Desarrollo, o bien, a través del Fondo Especial para el Desarrollo de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa (FODEMIPYME). **Criterio de la División:** Respecto de este punto, no queda claro de qué forma se limita la participación de la empresa objetante, frente al monto que en este acto se objeta, ni estima en su argumentación, cual sería un monto razonable de cara a la proyección mencionada por la Administración, constatable en el cartel. Al lado de lo anterior, no puede dejarse de lado la previsión hecha por el artículo 40 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en función de las condiciones particulares del negocio, tales como, la cuantía inestimable, se habilita a la Administración para que solicite un monto fijo de garantía. En el caso tampoco se ha señalado que la garantía resulte desproporcionada de frente a los montos de las ofertas, ni se ha demostrado esa circunstancia. De esa forma, se dispone **declarar sin lugar** este extremo. **B) Recurso interpuesto por Tecnocomputo NV S.A.:** **A) Criterios para la adquisición de los bienes del catálogo en relación con los factores de evaluación:** Manifiesta **la objetante** que a su criterio, el convenio marco lo que busca es sesgar el derecho recursivo, ya que en etapa de ejecución, los proveedores no tendrían derecho recursivo alguno. Continua manifestando que los criterios indicados

en la clausula abren la posibilidad a la administración de escoger un contratista distinto al de mejor precio, toda vez que lo justifique, y que en el evento de que se presente igualdad de precios, la institución usuaria puede entrar a valorar otros criterios, lo que aprecia como una violación al principio de libre concurrencia, puesto que no se define cuáles son esos criterios por los cuáles la institución usuaria puede apartarse de un mejor precio, que en todo caso no es ponderado en los factores de evaluación. Por lo anterior solicita puntualmente se defina claramente cómo se va a adjudicar los diferentes objetos a comprarse, y se cierren conforme a su criterio, portillos de ilegalidad y ambigüedad, puesto que el mismo punto 5.2 habla de “costo-beneficio” pero invita a apartarse del precio que no es evaluado. Para sustentar su reclamo, cita como referencia la Resolución R-DCA-701-2014 de las nueve horas del tres de octubre de dos mil catorce. Por su parte, **la Administración** contesta y analiza la figura del convenio marco, partiendo de que se trata de una modalidad tramitada únicamente mediante licitación pública, por su naturaleza inestimable, mediante la cual se adjudica a uno o múltiples proveedores por un periodo de tiempo definido y que puede ejecutarse a través de dos modalidades, esto es mediante un catálogo electrónico o bien, por cotización. El primer esquema es elaborado sobre la base de las ofertas económicas adjudicadas, y entre estas, se selecciona la mejor opción en fase de ejecución. En el caso de la modalidad por cotización, los precios se cotizan únicamente en la fase de ejecución, por lo que en el procedimiento de contratación se adjudican las opciones de negocio que hayan cumplido con las demás condiciones establecidas por la Administración. Agrega la Administración, que en esta modalidad se enmarca el convenio marco de análisis, conforme al cual las instituciones usuarias emiten una solicitud de cotización a las empresas adjudicadas, resultando ganadora la empresa que de acuerdo a las reglas pre establecidas en el cartel del convenio marco, sea la mejor oferta. La Administración manifiesta que la modalidad seleccionada obedece a la innovación tecnológica de los equipos tecnológicos, y a la necesidad de solicitar a los proveedores insumos actualizados, sin tener que estar realizando procedimientos adicionales, para la inclusión o exclusión de Tintas, Tóner y Consumibles y se evitan además desequilibrios económicos durante la ejecución contractual, debido a que los precios son actualizados al momento de la compra. **Criterio de la División:** En el presente caso, se tiene que la Administración está promoviendo un concurso para suscribir un convenio marco con los ganadores, a fin de que las

instituciones públicas que utilizan SICOP procedan a cotizar conforme a los equipos que utilizan, los consumibles que más se ajusten a sus necesidades actuales. Es importante recalcar que estamos ante un convenio marco bajo un esquema de cotización, el cual como explica la Administración cuenta con una segunda fase donde se realizarán las contrataciones específicas. De esa forma, si se quiere el convenio cuenta con un carácter acentuado de precalificación en donde no se requiere de la ponderación del precio en una etapa inicial, puesto que lo que busca es seleccionar un grupo de proveedores, que eventualmente compitan entre sí para atender otras contrataciones, conforme a las particularidades de cada institución cotizante y necesidades de consumo dinámicas por el equipo de que se trata. Por lo anterior, dicha fluctuación de precios se reserva en la etapa de ejecución y su referencia no es necesaria para adjudicar a las diferentes empresas, para lo cual la Administración ha tomado en consideración otros factores a evaluar. Por lo anterior, se **declara sin lugar** el recurso, en la medida que no se aprecia que en sí mismo el esquema resulte contrario al ordenamiento jurídico, lo cual tampoco ha sido alegado en este caso. **B) Descuento por monto de venta:** Manifiesta **el objetante** que la evaluación de dicho criterio es ambigua, ya que se desconocen a la fecha los artículos a adquirir. Manifiesta que no es posible ofrecer un descuento sin disponer de una lista detallada de los modelos de tóner, cartuchos y equipos, diferencia de marcas, pues el descuento está totalmente ligado al producto ya que inciden aspectos tales como abastecimiento, disponibilidad, procedencia, distancias, forma de pago, tipo de producto, peso para importaciones. Agrega el objetante, que el rango de descuento no es la mejor forma de evaluar lo real, dado que no se toma en cuenta el precio real, y que no es posible ofertar descuentos sin conocer el producto a ofertar. La **Administración**, en lo relacionado aclara que por la modalidad de convenio marco de que se trata, el criterio de descuento solicitado en el cartel, no va dirigido a los bienes a adquirir específicamente, sino al descuento que pueda ofrecer el proveedor en relación al monto de la orden de compras generadas por la institución usuaria (esta se aplicaría sobre la eventual ganancia que puede tener el proveedor, de acuerdo al monto de venta realizado). Menciona que dicha estimación puede realizarla el proveedor estableciendo si el margen de utilidad que proporcionaría la venta de un monto determinado de esos productos, le daría posibilidad para ofrecer un descuento a la administración. La Administración afirma que por tratarse de un factor de la evaluación, se le da valor agregado a la administración para seleccionar

la oferta que mejor satisface el interés público, sin limitar de alguna manera la participación de las empresas, en caso de que el margen de descuento sea menor a otros o bien no pueda ofrecer descuento. **Criterio de la División:** Debe reiterarse, que en el caso de análisis, la Administración busca promover una contratación mediante modalidad de convenio marco, que en esencia es un esquema de precalificación. La definición o descripción de los artículos a adquirir no será determinada sino hasta en una segunda etapa, de ejecución, en la que se elaboren contrataciones con la definición de los productos a cotizar según cada institución lo solicite. A partir de lo dispuesto en el pliego cartelario y los argumentos manifestados por la Administración, se desprende que no se requiere un descuento al precio que se vaya a cotizar, sino que de antemano se define un descuentos a ofrecer en relación con el volumen de ventas y no al producto individual tal cual lo manifiesta el objetante. Por lo anterior, no se aprecia que se requiera del precio en este caso de los insumos en tanto se deja como una posibilidad que en atención al monto de la compra se proponga un descuento, por lo que se dispone **declarar sin lugar** el punto objetado. **D) Contratación de personas con discapacidad:** Señala **la objetante** que el pliego cartelario establece que los oferentes deberán aportar una certificación emitida por el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial (CNREE) en la que conste la condición de discapacidad de los colaboradores, los cuales deben tener al menos seis meses de laborar para la empresa. La objetante cuestiona el beneficio para la Administración en el evento de que la empresa cuente con personal en dicha condición, ya que el objeto de este concurso no es la contratación de personal, es la contratación de insumos o consumibles por lo que no aporta beneficios directos a las Administraciones que en criterios anteriores, esta Contraloría General se ha manifestado al respecto en Resolución R-DCA-399-2012, al indicar que dicha condición no guarda relación con el objeto contractual. Agrega el objetante, que realizó la consulta al Consejo, confirmándose que la certificación descrita únicamente se otorga a efectos de tramitar una pensión por incapacidad. **La Administración** se opone al manifestar que existe una Política Nacional de Compras Públicas Sustentables, cuyo objetivo, es propiciar, a través del poder de compra del Estado, la estimulación de la producción de bienes y servicios con innovación y el mejor desempeño económico, ambiental y socialmente responsable; como Ente Rector en materia de contratación administrativa, considera necesario incentivar en las Empresas al cumplimiento de la normativa relacionada con el tema de Compras Públicas

Sustentables. La Administración destaca, que este criterio ya ha sido aplicado en otros convenios marco tramitados anteriormente y en los cuales no ha existido inconveniente con la demostración de que se cuenta en la empresa con empleados con discapacidad, lo anterior a través de la planilla de la Caja Costarricense del Seguro Social. En ejercicio de su discrecionalidad, la Administración considera pertinente la inclusión de este criterio, a efectos de incentivar la contratación de personas con discapacidad en forma permanente, premiando con ese puntaje a las empresas que han realizado esfuerzos en esa línea.

Criterio de la División: En relación con este punto, es necesario señalar que sobre este aspecto ya se ha pronunciado esta Contraloría General en ocasiones anteriores para determinar que los factores de evaluación, si bien son fijados por la Administración en ejercicio de su discrecionalidad, estos factores deben ser entre otras características pertinentes, esto es, que guarden relación directa con el objeto contractual: *“se debe destacar que tal y como se ha expuesto en anteriores resoluciones de esta Contraloría General, es enteramente discrecional de la Administración definir o establecer cuáles son los factores que se tomarán en cuenta para la comparación de ofertas, entre otros, precio, plazo de entrega, experiencia, garantías, etc. En este sentido también resulta enteramente discrecional para la entidad interesada el establecer las reglas bajo las cuales se determinará la calificación de cada uno de esos parámetros que conforman ese sistema de calificación. No obstante este Despacho debe adicionar que aún con esa facultad discrecional, se espera en esa selección de parámetros, que se incorporen dentro de ellos aquellos que resulten más apropiados o pertinentes en función del objeto que se licita, y en este caso concreto, como lo expone la recurrente, no se observa que el ponderar en la metodología de evaluación a aquellas empresas que tengan en planilla a una persona con discapacidad, guarde relación directa con el objeto a contratar o que de justifique puntaje alguno en la toma de la decisión de la compra, esto independientemente de las razones de tipo social u otros que puedan haber llevado a la Administración a haberlo considerado en el cartel, que si bien pueden ser muy respetables, no se observa la mejora que pueda brindar en la toma de la decisión de la mejor oferta en el tema en cuestión”* (Ver Resolución R-DCA-399-2012 de las catorce horas del primero de agosto de dos mil doce). En el caso de análisis, la Administración hace ver que la incorporación de dicho requisito guarda relación con la definición de criterio sustentables bajo el ejercicio su discrecionalidad, pero no se aprecia en la respuesta cuáles políticas o normas han

contemplado en este caso la incorporación de estos aspectos como parte de las compras sustentables y cuáles son los alcances con que se concluyó que efectivamente dentro de la lógica de compra sustentable debe ponderarse este rubro. De esa forma, siendo que en este caso no se ha señalado una fundamentación para la ponderación de este requisito (artículo 55 párrafo segundo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), procede **declarar con lugar** el recurso en este punto. **D) Criterios sustentables:** Sobre este punto manifiesta el objetante que las tres condiciones indicadas para demostrar los criterios sustentables (clausula 4.3.3), existen tres que certifican el mismo contenido, para lo cual cita la resolución R-DCA-423-2006 emitida por esta División al ser las nueve horas con quince minutos del dieciocho de agosto del dos mil seis. La Administración por su parte menciona, que corresponde la demostración por cualquier medio, de la elaboración del Plan de Gestión Ambiental según la asesoría que brinda para esos efectos la Compañía Nacional de Fuerza y Luz, a fin de promover en las empresas, la elaboración de dicho Plan, a lo cual se le asigna a un porcentaje de un 1%. En ese sentido, manifiesta la Administración que es de su interés que las actuaciones de la empresa en relación a la Gestión Ambiental, respondan a una planificación preestablecida, y no a acciones aisladas y desarticuladas. **Criterio de la División:** En el caso la empresa recurrente propone que en relación con el Plan de Gestión Ambiental Empresarial de la CNFL, resulte posible también que se certifique en forma notarial que la empresa promueve la prevención de la contaminación y el uso responsable de los recursos naturales. Al respecto, estima este órgano contralor que la propia recurrente no discute que el factor agregue valor sino la forma en cómo se está ponderando, sobre lo cual procede rechazar de plano el punto por falta de fundamentación, en la medida que no ha demostrado que el documento notarial y las acciones referidas resulten equivalentes al Plan de Gestión Ambiental Empresarial que se ha cuestionado.....

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 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso interpuesto por las empresas **BITROM S.A. y TECNOCOMPUTO NV S.A.**, en contra del cartel de la licitación pública **No.2015LN-000001-0009100001**, promovida por el Ministerio de Hacienda “licitación de convenio

marco para la adquisición de tintas, tóner y consumibles para las instituciones públicas que utilizan SICOP". -----

NOTIFIQUESE. -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Marcia Madrigal Quesada
Fiscalizadora Asociada

MMQ/chc
NI: 534, 594, 606, 828, 1269, 1355
NN: 1203 (DCA-0201)
G: 2016000578-1