

R-DCA-943-2016

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las trece horas trece minutos del veintidós de noviembre de dos mil dieciséis.-----

Recursos de objeción interpuestos por **Corporación Grupo Q Costa Rica S.A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-00005-99999**, promovida por la **UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA** para la "Compra de vehículos".-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **CORPORACIÓN GRUPO Q COSTA S.A.**, el ocho de noviembre de dos mil dieciséis, interpuso ante esta Contraloría General, dos documentos conteniendo ambos recursos de objeción en contra del cartel de la presente licitación.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas del nueve de noviembre de dos mil dieciséis, esta División confirió audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera a los recursos interpuestos y para que remitiera a su vez, copia consolidada del cartel de la contratación. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio OCS-1727-2016 recibido en fecha catorce de noviembre del dos mil dieciséis.-----

III. Que mediante documento presentado el nueve de noviembre de dos mil dieciséis la recurrente presentó documento titulado "fe de erratas", ante esta Contraloría General de la República.-----

IV. Que mediante auto de las ocho horas diez horas del diez de noviembre de dos mil dieciséis se le otorgó audiencia a la Administración sobre el documento titulado "fe de erratas".-----

V. Que mediante auto de las trece horas con cuarenta minutos del catorce de noviembre de dos mil dieciséis, este órgano contralor le requirió a la Administración que aportara respuesta completa a todos los argumentos presentados por la recurrente, diligencia que fue atendida mediante oficio OCS-1741-2016 del quince de noviembre del dos mil dieciséis.-----

VI. Que en el procedimiento se han observado las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo de los recursos. i) Sobre el primer recurso de Grupo Q Costa Rica S.A.

a) Sobre la transmisión. La objetante indica que si se estudia el pliego, se llega a determinar que se limita la participación de oferentes al permitir solo la participación de aquellos que suministren pick-ups de transmisión de 6 velocidades de avance. Estima que esta exigencia cartelaria carece de fundamento técnico, en tanto en el mercado costarricense se comercializan

vehículos pick up con caja de transmisión de 5 velocidades de avance, de última tecnología, diseñados para ofrecer una alta eficiencia y economía de combustible, que operan automáticamente para reducir la pérdida de deslizamiento en el convertidor de torque durante aceleración moderada a baja velocidad. Considera que estos pick up poseen la tecnología para prevenir la sobre aceleración en pendientes cuando el sistema detecta una falta de torque, proveyendo una adecuada selección de cambios en subidas y eliminando los cambios innecesarios, y que incluso por la curva plana de torque que tienen, se requieren menos oscilaciones de cambios y por ende menos cantidad. Considera que lo expuesto deja claro que la transmisión de 5 cambios es un motor sumamente eficiente, no existiendo fundamento técnico ni legal, para excluir a quienes venden este tipo de vehículos. **La Administración** indica que la UNED procura la adquisición de vehículos de última tecnología que incorporen los nuevos avances tecnológicos y entre ellos se destaca que en el mercado se encuentran con vehículos de seis velocidades. Indica que los fabricantes han desarrollado nuevas cajas de transmisión más eficientes que permiten un mayor ahorro de combustible, menos emisiones y más silenciosas. Manifiesta que los vehículos institucionales son usados en giras por todo el territorio nacional por lo cual recorren grandes distancias en donde una caja de transmisión de seis velocidades resulta más eficiente y da mayores ahorros a la Institución, motivo por el cual se estableció el requisito cartelario. Considera que el objetante no presenta ninguna prueba técnica que demuestre su dicho y que por ejemplo, no aporta un estudio técnico comparativo que respalde su información que las cajas de 5 velocidades son más eficientes. Indica que si este fuera el caso entonces no se hubieran desarrollado cajas con seis velocidades de forma tal que el objetante no aporta prueba suficiente para modificar el cartel, según su criterio. **Criterio de la División:** El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice de un recurso de objeción, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente esta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva. Esta fundamentación exige, que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones, limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien, quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Sobre este tema

debe señalar este órgano contralor, que a pesar que las cláusulas cartelarias se presumen válidas, mediante el mecanismo procesal del recurso de objeción los sujetos legitimados, pueden solicitar la modificación o remoción de condiciones cartelarias que constituyan una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen la materia, eso sí, llevando el recurrente la carga de la prueba, por lo que su dicho debe ser adecuadamente acreditado y fundamentado. Lo anterior, por cuanto no debe perderse de vista que la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de la cláusulas cartelarias, siendo entonces que corresponde al objetante demostrar de qué forma esa facultad ha sido realizada de manera ilegítima, o bien a un quebranto de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Por otra parte, debe tenerse presente además, que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular, lo cual, deberá tenerse presente cuando se señale falta de fundamentación en un determinado recurso. Ahora bien, entrando a analizar el caso en concreto observa esta Contraloría General de la República, que la recurrente estima que el requisito cartelario de la transmisión de seis velocidades le limita su participación en el concurso, en tanto estima que vehículos con una caja de transmisión de cinco velocidades puede también ser beneficioso para la Administración, no obstante más allá de argumentar lo anterior, no realiza un ejercicio de fundamentación adecuado, que lleve en primer lugar, a considerar que lo pedido por el cartel es realmente una limitante injustificada para la participación general, por ejemplo acreditando que solo un limitado grupo de proveedores podría ofrecer esa tecnología, y en segundo lugar tal vez la más relevante, demostrar que una transmisión de cinco velocidades puede ser tanto igual en rendimiento o eficiencia que una de seis velocidades, al menos para los fines para las cuales lo requiere esa institución. Así por ejemplo, se hubiera esperado que la recurrente aportara prueba técnica que estableciera alguna clase de comparación entre ambas transmisiones que llegaran a probar lo expresado en su recurso. Por el contrario, la Administración, como mejor conocedora de su necesidad, ha procedido a justificar la necesidad de que la transmisión sea de seis velocidades, sin que la recurrente haya podido demostrar -tal y como era su obligación, según señala el artículo 170 RLCA antes mencionado- que lo pedido por la Administración en el cartel resulta contrario a los principios de contratación o al ejercicio del poder discrecional.

Siendo así las cosas, se **rechaza de plano** este punto del recurso por falta de fundamentación.

b) Sobre el sistema de bloqueo tipo LSD. La objetante indica que en el cartel se admiten solo vehículos que posean sistema de bloqueo del tipo LSD, lo cual considera que limita la participación de oferentes eventuales. Estima que no hay un sustento técnico sobre esto, porque se admite sólo el sistema LSD (Limited Slip Differential). Estima que el sistema LSD que disponen los pick-ups que circulan en el mercado, ayudan a mejorar la tracción a través de un sistema bloqueo que envía más fuerza a las ruedas con mayor peso o necesidades de tracción, aumentando la estabilidad y control del vehículo. Finalmente considera que técnicamente no existe fundamento alguno para esta exclusión. La Administración indica que los vehículos requeridos se utilizarán en giras por todo el territorio nacional con acceso a lugares de difícil tránsito con calles de piedra y barro, en cuyas condiciones difíciles se requiere que los vehículos posean un sistema de bloqueo superior al tipo LSD. Señala que el objetante se confunde al afirmar que el cartel no permite que se coticen vehículos que cuenten con bloqueo diferencial LSD; lo cual no es cierto, ya que los vehículos que se ofrezcan a la Institución pueden tener un sistema de bloqueo LSD pues se solicita: "No se admite que solo posea el sistema de bloqueo tipo LSD" es decir si puede tenerlo, pero además se requiere que los vehículos estén equipados con un sistema de bloqueo eléctrico, pues se refiere a un sistema más eficiente que el LSD y apto para condiciones de uso de los vehículos que se pretenden adquirir. Señala que no obstante lo anterior, para una mayor participación se modificará el requisito cartelario para que se lea de la siguiente manera: "Transmisión....con bloqueo eléctrico de diferencial trasero, original de fábrica o instalado en el país con garantía de fabricación y repuestos por un mínimo de 3 años o 100.000 km, lo que ocurra de primero. No se admite que solo posea sistema de bloqueo de tipo LSD". Indica que lo anterior con el objetivo de que el oferente pueda contar con la opción de instalar el sistema de bloqueo en el país, pues existen empresas que se dedican a instalar este tipo de dispositivos y con ellos podrían cumplir con lo dispuesto en el cartel, pues lo que se pretende es que el oferente se ajuste a los requerimientos de la institución y no al revés. **Criterio de la División:** Para este punto del recurso, nuevamente se observa que la recurrente se limita a señalar la supuesta existencia de una limitación a sus posibilidades de participación en el concurso sin que realmente demuestre que lo pedido en el cartel le limita injustificadamente su participación, violenta principios de la contratación administrativa o resulta desproporcionado y/o irracional, según los términos del artículo 16

LGAP. Por el contrario la recurrente se limita a señalar que no existe fundamento técnico para admitir solamente vehículos con sistema LSD, pero no demuestra de manera fehaciente su argumento, quedándose el mismo en una simple aseveración sin acompañamiento de la prueba idónea necesaria, ni propone además, de qué forma entonces debería modificarse la cláusula en cuestión. Así las cosas, lo procedente es el **rechazo de plano** de este punto por falta de fundamentación, según lo exige el artículo 170 RLCA. No obstante lo anterior, y si bien existe falta de fundamentación en este punto del recurso, la Administración ha decidido modificar el cartel, por lo que deberá realizar las modificaciones en cuestión y otorgarles la publicidad respectiva. Asimismo y para darle mayor claridad a la cláusula cartelaria, la Administración deberá definir claramente en esta qué debe entenderse por “tecnología superior a LSD” a efecto de no generar ambigüedad entre los potenciales oferentes, para lo cual deberá otorgarse la publicidad respectiva a dicha modificación. **c) En cuanto a la suspensión. La objetante** indica que los pick-ups que vende su representada, utilizan en la suspensión delantera amortiguadores a gas los cuales están diseñados para soportar condiciones de carga superiores a los amortiguadores hidráulicos, ya que están contruidos con un sistema de nanotubo con dos cámaras completamente aisladas, con una de ellas llena de fluido y otra de gas que permiten una excepcional resistencia al movimiento y limitando su movimiento de forma controlada. **La Administración** indica que se admite la objeción con el fin de lograr mayor participación y la modificación no afecta en lo absoluto los objetivos de la institución, por lo que se modificará el cartel para que indique en la descripción de la suspensión delantera y trasera que se permiten amortiguadores hidráulicos o de gas según diseño del fabricante del vehículo. **Criterio de la División:** Visto el allanamiento de la Administración se acoge el mismo bajo el entendido de que la Administración, como mejor concedora de sus necesidades ha decidido que lo mejor para el interés público y para promover la participación, es allanarse a lo pedido por la recurrente, por lo cual se deja bajo su entera responsabilidad el allanamiento de mérito. Así las cosas se **declara con lugar** este punto del recurso, debiendo la Administración realizar las modificaciones al cartel y otorgarles la publicidad respectiva. **ii) Sobre el segundo de los recursos presentados por Corporación Grupo Q Costa Rica S.A. a) Criterios sustentables. La objetante** indica que objeta la definición de "criterios sustentables" como parámetro para la evaluación de ofertas. Indica que ni la Ley ni el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa tutelan criterios de protección del medio ambiente y que por ende,

estos constituyen una decisión discrecional de la Administración y que existe una Política Nacional de Compras Públicas Sustentables, basada entre otras en la Ley 8839, su Reglamento y en la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas y Guía para la implementación. Indica que la Contraloría ha indicado que aún cuando es clara la potestad regulatoria discrecional de las entidades públicas licitantes para definir las bases del concurso y entre ellas, los parámetros para evaluar las ofertas, dicha potestad como cualquier otra prerrogativa pública no es irrestricta y que, antes bien, se encuentra sometida a controles y límites que actúan como contrapeso a la potestad de imperio de la Administración, de lo que deriva que, tratándose de materia contractual administrativa y muy concretamente de la elaboración de los reglamentos específicos de un concurso (cartel), el criterio contralor es que al menos, sus decisiones deben estar suficiente y debidamente sustentadas, ser pertinentes, objetivas y cumplir su propósito. Considera que a nivel doctrinario, normativo y jurisprudencial, es claro que cuando un oferente solicita se revise una cláusula cartelaria que considera lesiona sus derechos como potencial oferente, debe estarse en su fundamentación a la necesaria demostración de que la decisión discrecional de la licitante ha rebasado el marco legal aplicable o resulta no conteste con las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia y por tanto resultan desproporcionados o carentes de razonabilidad, como estima es en el presente caso. Indica que la Contraloría ha definido el fin del sistema de evaluación de ofertas, lo que a su criterio significa que en una correcta técnica, acorde con los límites de legalidad y basado en los principios de transparencia e igualdad, siendo forzoso que se trate de parámetros de valoración razonables, proporcionados, ajustados a las reglas de la ciencia, la técnica, y a los principios de lógica y justicia, el sistema de evaluación demanda una definición clara y objetiva de los criterios para justipreciar la propuesta que sus colaboradores -los oferentes- sometan a su decisión, los parámetros objetivos dentro de los cuales se va a enmarcar el sistema de evaluación, cuyo fin, como lo indica el artículo 42 inciso c) es que la Administración escoja la oferta que satisfaga mejor el interés público y no una que saque ventaja de una mala o indebida ponderación de las ofertas por vicios en la determinación de los parámetros evaluativos. Indica que la Contraloría ha insistido en la diferencia entre los criterios de admisibilidad y los de valoración de ofertas agregando que, en sí mismos, ningún parámetro de calificación es limitativo de la participación dado que, invariablemente la consecuencia sería que el oferente no obtenga los puntos.

Considera que eso es verdad pero sin embargo es lo cierto también que bajo ciertas circunstancias ese presupuesto no se cumple. Es el caso de criterios de admisibilidad que sin ningún cambio ni adición son igualmente ponderados dentro del sistema evaluativo. Considera que la inclusión de "criterios sustentables" dentro del sistema de evaluación transgrede no una sino varias normas jurídicas. Estima que existe una obligación para las entidades licitantes que es la debida motivación en el expediente acerca de por qué se incorporan al sistema de evaluación otros factores que sean diferentes al precio, según exige el artículo 42 LCA. Estima que revisando el expediente de la contratación y de una declaración jurada que aporta se acredita que no existe un estudio realizado por la UNED, ni tampoco motivación en el expediente acerca de por qué se han incorporado estos criterios de sustentabilidad en el sistema de ponderación. Indica que este tipo de infracciones ya se ha tenido como válida para una objeción según la Contraloría. Indica que la ausencia de un estudio atinente a la incorporación de criterios sustentables en el sistema de evaluación del presente concurso, impone una segunda infracción legal dado que este requisito, es exigido también en la legislación y en la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas, según se establece como un requisito indispensable, de manera que siendo claro que dicho estudio no fue realizado por la UNED, la inobservancia de un requisito de ley hace que en relación con este parámetro de evaluación exista una evidente nulidad en su incorporación que demanda sea excluido de las bases del concurso y se declare con lugar la presente acción. Considera también que el criterio en cuestión también presenta una infracción jurídica en el tanto, sin discriminación alguna, se trata del mismo requerimiento que se ha establecido como requisito de admisibilidad, ya que se refiere a la "ponderación del respaldo de repuestos que brindará a la Administración en años" pero que ese mismo requisito se estableció en el acápite de disposiciones específicas del cartel, de manera que un mismo requisito está siendo evaluado como admisibilidad y como evaluación sin discriminación alguna. Considera que entonces, se ha acreditado la existencia de tres distintas infracciones al bloque de legalidad, comprobándose con ello la existencia del presupuesto estatuido en el artículo 82 de la LCA y por ende estima que la objeción planteada es totalmente pertinente en el tanto no solo se violan los principios fundamentales de la contratación sino que se ha quebrantado, con su incorporación, el ordenamiento regulador de la materia. Considera también que el criterio inserto en el sistema de evaluación del cartel, tampoco resulta pertinente ni razonable, ni

objetivo, en el tanto que si se considera que se está en presencia de la compra de vehículos nuevos, que los alcances de la licitación de ningún modo incluyen la compra de repuestos y que la garantía que se exige es de 3 años, qué vinculación existe entre ello y el incluir como base evaluativa para seleccionar la mejor oferta de cara al objetivo institucional y al fin público un criterio que se refiere no solo a la misma condición invariable de garantía, sino que se refiere a "repuestos" que no forman parte del objeto contractual? Considera que de la revisión del reglamento del concurso se deduce que el tema de los repuestos es totalmente relativizado, ya que tratándose de vehículos nuevos, la garantía se limita a 3 años, por lo que no se entiende la razonabilidad de este criterio al que la Administración licitante le otorga un peso de 10 puntos a un criterio de sustentabilidad no atinente al objeto del concurso, sino a repuestos que ni siquiera se encuentran dentro del alcance de la compra, ya que no se pide cotizar ni entregar un mínimo de repuestos de cada vehículo. Por ello estima que los criterios sustentables incluidos realmente no se refieren a la compra de vehículos ni aportan nada en términos reales a la Administración o al interés público. Indica que la objeción se basa tanto en la falta de requisitos como en la no pertinencia de los criterios elegidos en relación con el objeto. Respecto a los dos valores consignados en la norma que se objeta, el cartel mientras se refiere a la "garantía en repuestos en años" el puntaje se asigna al oferente que tenga un "certificado de bandera azul" o un certificado de carbono neutral" de manera que para obtener los 10 puntos se deben poseer ambos certificados. Sobre la certificación de carbono neutral y certificación Bandera Azul en Costa Rica la objetante considera que no están basados en ningún estudio previo, que no son atinentes al objeto contractual, que tampoco son relativos a lo que se quiere evaluar, que como criterios sustentables no son los propios para la compra de vehículos nuevos ni siguen la normativa técnica, que los documentos de acreditación tampoco son aplicables para lo que se desea evaluar y que no hay ningún oferente proveedor de vehículos nuevos que en Costa Rica cumpla con lo que la Administración está solicitando en el cartel. **La Administración** indica que dicha objeción no es admisible porque la calificación de ese aspecto en el cartel está basado en la Ley de Contratación Administrativa, en el Reglamento a esta Ley y en la Ley N° 8839 de 24 de junio de 2010, que es la Ley para la Gestión Integral de Residuos, la cual en su artículo 29 autoriza a las instituciones públicas a incluir en los carteles puntuaciones que promuevan la selección de oferentes cuyas prácticas empresariales sean en general amigables con el ambiente. Indica que para ello, en la valoración de las licitaciones y compras directas

concursoales deberán dar un veinte por ciento (20%) adicional a los oferentes que, en igualdad de condiciones, demuestren que los productos ofrecidos incorporan criterios de la gestión integral de residuos, así como la gestión del residuo una vez terminada su vida útil. Señala que para el caso de las compras directas deberán incorporarse criterios que promuevan la gestión integral de residuos y que las dependencias correspondientes de las instituciones de la Administración Pública, empresas públicas y municipalidades encargadas de elaborar los carteles de licitación o de compra directa establecerán criterios ambientales y de ciclo de vida de los productos para evaluar las licitaciones, de conformidad con los criterios establecidos en el Reglamento de esta Ley. Indica que lo anterior con fundamento también el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que establece que la Administración puede incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. Indica que con base en lo anterior, y en el hecho de que la elaboración del cartel es una labor discrecional de la entidad compradora, la Universidad ha estimado conveniente y conforme a dicha Ley incluir en el sistema de calificación los criterios sustentables ahí establecidos, con los cuales se fomenta la contratación de empresas que tengan establecidas prácticas y procedimientos que garanticen una adecuada gestión de sus residuos y que en general favorezcan el cuidado y protección del ambiente. Señala que en su recurso Corporación Grupo Q de Costa Rica indica que los criterios que contiene el cartel no están relacionados con la compra de vehículos, lo cual considera que no es correcto, pues la actividad que realizan las agencias distribuidoras de vehículos en el país, principalmente en lo que respecta a los servicios de mantenimiento y garantía de los mismos (incluyendo la disposición de partes en mal estado, aceites, etc.) genera una importantísima cantidad de residuos que deben ser adecuadamente tratados, lo cual es del interés del Estado en general pero también de una Institución como la UNED que promueve en el país el conocimiento y las mejores prácticas en materia ambiental. Considera que la empresa que objeta el cartel confunde los criterios sustentables establecidos en el cartel como parte del sistema de calificación, con la garantía de respaldo de repuestos que también pide el cartel, en protección del interés de la Institución y que esta garantía es fundamental para evitar situaciones de desabastecimiento de repuestos para los vehículos y la paralización de la flotilla vehicular. Indica que el hecho de que esta licitación no sea para la compra de repuestos no significa que lógicamente en algún momento éstos se necesiten y se deban adquirir y es por

esta razón que el cartel pide esa garantía de disponibilidad de repuestos y que no es lógico ni razonable que el criterio sustentable únicamente se relacione con el bien por adquirir, ya que en muchos casos -sobre todo si son bienes importados- es muy difícil determinar si los mismos fueron producidos con base en procedimientos amigables con el ambiente; por esta razón es necesario en estos casos incluir dichos criterios con respecto a las prácticas y procedimientos de las empresas que los distribuyen en el país, a fin de fomentar que dichas empresas implementen en sus actividades procedimientos de correcta gestión de residuos y todo tipo de desechos y que por tanto sean compatibles con buenas y amigables prácticas ambientales. Indica que la objetante en el mismo documento que menciona Corporación Grupo Q de Costa Rica en su recurso llamado NORMATIVA TÉCNICA para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas y Gula para la Implementación define las compras públicas sustentables como "aquellas en las que las instituciones estatales satisfacen sus necesidades de bienes y servicios de manera que se garantice la relación calidad-precio con base en el ciclo de vida en términos de generar beneficios no sólo a la institución, sino también a la sociedad y a la economía del país, al mismo tiempo que se minimiza el daño al ambiente", por lo que no cabe duda que a la luz de esta definición es muy acertado que la UNED incorpore los criterios sustentables en los diferentes carteles para compra de bienes y servicios de interés de la Institución. Indica que en resumen, no es cierto que la inclusión en el cartel de los criterios sustentables no esté debidamente fundamentada, ya que por el contrario dicha inclusión tiene todo el respaldo legal que le dan la Ley de Contratación Administrativa, el Reglamento a esta Ley y la Ley N° 8839 de 24 de junio de 2010, que es la Ley para la Gestión Integral de Residuos, así como el hecho de que la elaboración del cartel como un todo es una responsabilidad discrecional de la Institución compradora, que en este caso ha considerado además muy conveniente incluir de forma proporcionada los criterios sustentables como parte del sistema de calificación de las ofertas, a fin de fomentar en el país procedimientos empresariales de correcta gestión de residuos y todo tipo de desechos y que por tanto sean compatibles con buenas y amigables prácticas ambientales, lo cual es comprobable objetivamente mediante el certificado de Bandera Azul otorgado por la Comisión Nacional Programa de Bandera Azul Ecológica y el Certificado de Carbono Neutro emitido por el MINAE o bien por la Unidad de Carbono Neutro de la Universidad EARTH. Finalmente indica que el recurso no contiene ninguna prueba que desacredite lo anterior o que cuestione la razonabilidad

y proporcionalidad de los porcentajes asignados por el cartel a los criterios sustentables.

Criterio de la División: El sistema de evaluación constituye dentro del cartel de una contratación, el mecanismo por medio del cual la Administración mediante factores previamente definidos y ponderables, analiza las ofertas de los competidores en igualdad de condiciones, otorgando puntaje a cada uno de estos elementos de acuerdo con la evaluación que se asigne a cada uno de ellos dentro de las ofertas. Este sistema de evaluación para ser impugnado por medio del recurso de objeción, implica por parte del recurrente, la obligación de acreditar que los factores incorporados en este no cumplen con las características propias de dicho mecanismo a saber, proporcionado, pertinente, trascendente y aplicable, visto que de entrada el sistema de evaluación no limita la participación por no tratarse justamente de condiciones de admisibilidad. Bajo este orden de ideas, en nuestra resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013, este Despacho señaló sobre el tema: *"(...) Sobre este aspecto deben considerar los objetantes como primer orden, que la Administración goza de una total discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro un sistema de evaluación, debiendo observarse únicamente que los factores incorporados en el mecanismo resultante cumplan con cuatro reglas esenciales: proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable. El primero de ellos refiere al equilibrio o proporcionalidad que debe existir entre cada uno de los factores a evaluar, de manera que cada uno tenga su justo peso dentro del sistema de evaluación. El segundo y tercero corresponden respectivamente, a que los factores a evaluar deben ser pertinentes, es decir, que guarden relación con el objeto contractual y trascendentes o sea, que estos factores represente elementos que ofrezcan un valor agregado a la calificación. Finalmente, tenemos la aplicabilidad, que consiste en que este sistema de evaluación debe resultar aplicable por igual a las ofertas, pues puede ser que cumpliendo con los tres puntos anteriores, el sistema al momento de desarrollarlo o "correrlo" resulte de imposible aplicación. La anterior referencia es importante, por cuanto para tener por cuestionado algunos o todos los elementos del sistema de evaluación de un concurso, el objetante debe demostrar con claridad que ellos resultan contrarios a alguno de los cuatro puntos brevemente referenciados (...)"* Ahora, y si bien la definición del sistema de evaluación es parte de las facultades discrecionales con las que cuenta la Administración, también es cierto que esta definición debe enmarcarse dentro de los supuestos antes explicados y asimismo, dentro de los límites del principio de legalidad y lo estipulado en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Analizando todo lo anterior para el caso en concreto, resulta totalmente claro que la Administración licitante, dentro de su actuar discrecional puede definir un sistema de evaluación en el cual se incluyan criterios sustentables, no obstante es también claro que al decidir incluir estos criterios, los mismos deben cumplir las

disposiciones normativas relacionados con los mismos y sobre todo, otorgar un valor agregado de frente al proceso. Asimismo, es claro que los criterios sustentables que se elijan por parte de la Administración deben resultar posibles de cumplir de frente al objeto contractual que se licita, en el sentido que parecería incongruente establecer ciertos criterios o certificaciones ambientales que no son propias por el tipo de objeto. Así pues, en primer lugar, se tiene que el pliego de condiciones indica: "(...) **CRITERIOS SUSTENTABLES (10%):** El oferente deberá indicar el respaldo de repuestos que brindará a la Administración en año. El puntaje se otorgará de la siguiente manera. (...) Empresas con certificado Bandera Azul Ecológica emitida por la Comisión Nacional Programa de Bandera Azul (...) 5% (...) Empresas con certificado Carbono Neutro emitido por MINAE o la Unidad de carbono neutro Universidad EARTH (...) 5% (...)" (Folio 113 del expediente objeción). Asimismo, en el apartado de especificaciones específicas, el cartel requiere que los oferentes deben presentar una certificación del "stop" (sic) de repuestos mínimo con el que ha contado la empresa en los últimos tres años para cada línea ofertada (Folio 110 del expediente de objeción). Así las cosas, se tiene que el pliego de condiciones en primer lugar es contradictorio entre sí, en tanto para los criterios sustentables indica que deberá indicarse el "respaldo de repuestos que brindará a la Administración en años", factor que al parecer es evaluable, mientras que por otro lado indica que debe presentarse una garantía del abastecimiento de repuestos de los últimos años, como parte de las especificaciones técnicas que necesariamente deben cumplirse. Es decir, parece exigirse un requisito similar para admisibilidad y para evaluación. Por otro lado, en punto a los criterios de evaluación definidos en el pliego de condiciones (certificación de Bandera Azul y de Carbono Neutro de la EARTH) no ha demostrado la Administración de qué forma estos certificados guardan relación por razón de su contenido con el objeto contractual, y por qué en concreto son estos los que deben requerirse. Tómese en cuenta que si bien este Despacho no desconoce la posibilidad para la Administración de definir incluso como factores de evaluación criterios sustentables, ello no puede ser de manera antojadiza o injustificada, en el sentido que no exista claridad para la Administración por qué ha sido requerido un requisito de esta naturaleza en particular, como parece ser en este caso, especialmente ante una ausencia de explicación de cómo se vincula la exigencia de estos requisitos con el tema de respaldo de repuestos. A lo anterior, debe sumársele que esta Contraloría General de la República, en casos anteriores respecto a la incorporación de criterios sustentables como evaluación ha dicho, por ejemplo en la resolución R-DCA-211-2016 de las ocho horas con cuarenta y cinco minutos del siete de marzo del dos mil

dieciséis: "(...) A su vez, dicha Normativa Técnica establece en el punto 5.3 lo siguiente: "5.3. Facultades y deberes de las administraciones contratantes en las compras públicas. Si bien es cierto resulta discrecional para cada Administración contratante determinar cuál(es) criterio(s) sustentable(s) utilizará y el porcentaje de evaluación por asignar a este(os), cuando la administración contratante promueva una contratación sustentable, debe considerar y acatar las siguientes pautas: (...) 4. Los criterios sustentables deben ajustarse al estudio preliminar de mercado que sustenta la decisión inicial. De esta forma, se garantiza que los criterios solicitados puedan ser satisfechos en el mercado estudiado." Como puede observarse, dicha normativa técnica establece la obligación para la Administración de realizar un estudio preliminar de mercado que sustente la decisión inicial en caso de incorporar criterios sustentables en las compras públicas, requisito que según estima la empresa recurrente, el Ministerio no cumplió en este caso. Sin embargo, la Administración explica que en julio del 2015 realizó un estudio en coordinación con el CEGESI para la incorporación de los criterios de sustentabilidad en el convenio marco objeto de análisis, y como respaldo de lo dicho aportó copia de ese estudio (ver folios 176 al 186 del expediente de la objeción). De esta manera, se tiene por acreditado que la Administración sí realizó un estudio de previo a dar inicio a la licitación. Por lo tanto, lo procedente es declarar sin lugar el recurso de objeción en este aspecto. (...)". A todo lo anterior, debe agregársele que la Normativa Técnica para la Aplicación de Criterios Sustentables en las Compras Públicas y Guía para la Implementación en su anexo 4 Instrucciones para Completar la MECS" indica: "(...) Estos criterios deben tener trascendencia en relación con el objeto contractual, la cual será determinada desde las actuaciones previas a la contratación (estudios de mercado y precios), para su aplicación tanto en la tramitación del procedimiento, ejecución contractual y disposición del bien (...)". Ahora bien, de lo anterior puede concluirse que para la inclusión de los criterios sustentables, la Administración debe realizar estudios de mercado anteriores que justifiquen la inclusión de estos factores en el cartel de un objeto de contratación determinado, sin que la UNED haya podido demostrar la existencia de estos, limitándose a responder que la inclusión de estos criterios sustentables se encuentra dentro de sus facultades. Efectivamente la inclusión de estos factores de evaluación recae dentro de sus potestades discrecionales, no obstante, también es cierto que para ello es exigida la fundamentación en punto a la necesidad y oportunidad de estos criterios sustentables con estudios previos, para lo cual la Administración no ha logrado demostrar su existencia. Así las cosas, considera esta Contraloría General de la República que el apartado de criterios sustentables debe ser en primer lugar modificado, para que exista claridad respecto a cómo se va a puntuar el mismo, especialmente en tanto que la Administración relaciona los mismos con temas de repuestos y además, deberá realizarse los estudios pertinentes que justifiquen la

permanencia de estos criterios de ser el caso e incorporarlos en el respectivo expediente, sin perjuicio claro está, que estos estudios conduzcan a la incorporación de otros criterios para lo cual deberá promoverse la modificación respectiva al cartel. Así las cosas y por todo lo anteriormente explicado, se **declara con lugar** el recurso en este extremo.-----

POR TANTO

Con fundamento en lo señalado y lo dispuesto por los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 de su Reglamento, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el primer recurso de objeción interpuesto por **Corporación Grupo Q Costa Rica S.A.**, y **declarar con lugar** el segundo recurso de objeción presentado por la misma empresa, ambos en contra del cartel de la **Licitación Pública No. 2016LN-00005-99999**, promovida por la **UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA** para la “Compra de vehículos. **2) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**-----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador

MALV/pus
NI: 30944-31043-31151-31434-31637
NN: 15432 (DCA-2931-2016)
Ci: Archivo central
G: 2016003898-1