

R-DCA-0199-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas treinta minutos del veintiocho de marzo del dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **BITROM S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2017LN-000001-0008700001** promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA** para el *“Suministro por demanda de tintas y tóner útiles de oficina, papelería, impresos y otros”*.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Bitrom S. A. presentó ante esta Contraloría General recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública referida en fecha catorce de marzo del dos mil diecisiete.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas del dieciséis de marzo del dos mil diecisiete, esta División concedió audiencia especial a la Administración licitante, para que se refiriera de manera amplia y fundamentada sobre los argumentos del objetante. Audiencia que fue atendida mediante el oficio No. JAD-157-03-2017 del veinte de marzo del dos mil diecisiete, agregado al expediente de objeción.-----

III. Que en el procedimiento se han observados la disposiciones legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

I. Sobre el fondo del recurso planteado. A) Partida No. 1 (Líneas 1 a 73) Tintas y Tóner. Capítulo II / Admisibilidad de la oferta / Punto 2.1.3. i) Indica la empresa objetante que en las líneas 1 a la 73, el cartel exige ofertar productos de la misma marca de los equipos, es decir -originales-, lo cual no es permitido por el mismo sistema Mer-link donde existen documentos que así lo establecen, además de considerar que dicho requerimiento violenta el principio de libre competencia y no deben introducirse en el cartel restricciones técnicas, legales o económicas que injustificadamente limiten la participación. Agrega que su empresa ofrece consumibles de marca INK-TANK con más de 19 años de experiencia a nivel mundial y más de 7 años de ser comercializado en Costa Rica, es distribuidor autorizado, ofrece su producto a un precio altamente competitivo, con respaldo y calidad de fábrica, cumple con normas estandarizadas mundialmente como el ISO 9001, ISO 14001, STMC y sus productos cuentan con una garantía de 12 meses. Por otro lado, señala también que el inciso a) solicita que el oferente debe presentar una certificación emitida por el fabricante del equipo respectivo, en la

que se indique que el suministro genérico que se oferta es aprobado por el fabricante y que no afectará el uso normal de funcionamiento de equipo, lo cual es imposible de cumplir, por cuanto los fabricantes de los equipos de impresión tienen como parte de su actividad comercial la venta de los consumibles a un mayor precio en el mercado, es decir, esta actividad es principal dentro del giro comercial de la empresa fabricante, razón por la cual considera que es poco probable, que un fabricante emita certificaciones a favor de empresas fabricantes de productos compatibles. Solicita que se permita ofertar un producto compatible de marca diferente a los equipos de impresión y que se elimine la exigencia de la certificación emitida por el fabricante.

La Administración, indica que no es cierto que se exija únicamente tintas originales, sino que en aras de proteger la integridad de los equipos, el cartel solicita que en caso de ofrecerse tintas genéricas, debe contarse con una certificación del fabricante del equipo que la marca ofrecida no dañará el equipo, requisito que no limita la participación, ni discrimina ningún potencial oferente. Agregga que la certificación se solicita en caso de que se ofrezcan productos genéricos y obedece a una recomendación del Departamento de Soporte Técnico de la Gestión de Tecnología de la Información, visible en los anexos del cartel mediante oficio No. GTI-314-03-2017-SST, no obstante la Administración está dispuesta a sustituir la certificación indicada por una declaración jurada del oferente, en la cual se indique por parte de éste que el producto ofrecido cumple con los rendimientos y calidad de los insumos originales y que no representan ninguno de los problemas indicados en el documento GTI-314-03-2017-SST.

Criterio de la División. Sobre lo alegado se tiene que la cláusula objetada textualmente indica lo siguiente: *“2.1.3. Para la partida No. 1 solamente, excepto las tintas para sellos (líneas 17, 18 y 19), se aceptarán solo tintas y tóner originales de la misma marca y modelo de los equipos señalados, además, los productos deben ser completamente nuevos, no recargados ni remanufacturados. Sin embargo, se podrán aceptar productos genéricos o de una marca distinta a los equipos, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: / a. Por cada tinta o tóner genérico ofrecido de una misma marca, el oferente debe presentar una **certificación emitida por el fabricante del equipo respectivo** (HP, Brother, Panasonic, Kyocera, Ricoh, Canon, Lexmark o Konica-Minolta), con una fecha de emisión no mayor a tres meses de la fecha de apertura de las ofertas, en la cual se indique que el suministro genérico ofrecido es aprobado por dicho fabricante y que no afectará el uso normal de funcionamiento del equipo.”* (lo resaltado en negrita no es del original). Partiendo de lo anterior, el objetante señala que pareciera que la cláusula solo permite ofertar productos o insumos originales y que no es posible cumplir con la certificación que se pide sobre los productos genéricos, por cuanto es poco probable que un fabricante emita certificaciones a favor de

empresas fabricantes de productos compatibles, a lo cual la Administración ha señalado que no es cierto porque también se van a permitir insumos genéricos y se allana a la pretensión del objetante al aceptar eliminar la certificación del fabricante y sustituirla por la declaración jurada del oferente, en donde se comprometa a cumplir con el criterio técnico GTI-314-03-2017. Al respecto, considera esta División que la primera parte de la cláusula ciertamente dispone que solo se aceptarán tintas y tóner originales de las marcas de los equipos con que cuenta la Administración, no obstante luego se indica que se permite ofertar productos genéricos o de una marca distinta a los equipos siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos, entre ellos la certificación del fabricante de los equipos que indique que es aprobado por dicho fabricante y que no afectará el uso normal de funcionamiento del equipo, certificación que según ha indicado la Administración será eliminada, allanamiento que se deja bajo la responsabilidad exclusiva de la Administración, por cuanto entiende esta División que es resultado del análisis de las condiciones técnicas que exige el cartel en cuanto a los productos o insumos a ofertar. De esa forma, le corresponde a la Administración verificar si la declaración jurada es el mecanismo idóneo para acreditar técnicamente el cumplimiento de un desempeño equivalente para el caso de los genéricos, o bien, si puede complementar la verificación con elementos técnicos que en forma objetiva y proporcionada permitan verificar el cumplimiento de las equivalencias técnicas que requieran los equipos. Adicionalmente, se insta a la Administración para que revise integralmente la disposición cartelaria, de manera que quede claramente dispuesto en el cartel que se permite a todo potencial oferente ofertar tanto productos originales como genéricos compatibles con las marcas de los equipos con los que cuenta la Administración, tal y como lo manifestó al responder el presente alegato, pues la redacción actual de la cláusula parece llevar a confusión a los oferentes, siendo que primero restringe a ofertar productos originales y luego permite ofertar productos genéricos. Así las cosas, se **declarar con lugar** el recurso de objeción presentado en el presente extremo y proceda la Administración a realizar la modificación indicada y cualquier otra necesaria para un mayor entendimiento de lo solicitado. **ii)** Sobre esta misma partida, manifiesta el objetante que cotizar 73 líneas en una única partida de 8 marcas diferentes, genera un mayor costo para la institución, ya que la mayoría de las empresas comercializan varias marcas o se especializan en alguna, pero muy pocas comercializan todas las marcas solicitadas en el presente cartel, esta actividad generalmente la realizan las empresas revendedoras que adquieren los productos de las importadoras o distribuidoras, para luego comercializarlos con el lógico

aumento de precio para compensar sus costos y ganancias, lo que en este caso puede generar un aumento en el precio de los productos y un mayor costo para la Administración. Solicita que se separe la Partida 1 para que se permita ofertar en forma individual las 73 líneas. **La Administración**, señala que el objetante no presenta prueba que refuerce su alegato. Además, indica que se realizaron estudios previos y se constató la existencia de varios proveedores que venden todas las marcas de las tintas y tóner que se requieren, de manera que la agrupación realizada obedece a razones de conveniencia, pues el tener un solo contratista que supla los insumos sean originales o genéricos, se facilitan los trámites de generación de órdenes de pedido y recepción de los bienes, aspecto medular por tratarse de la modalidad entrega por demanda, ya que la Administración no tiene que asumir el bodegaje de los productos disminuyendo el riesgo de deterioro de los mismos. **Criterio de la División.** El alegato planteado **se rechaza de plano por falta de fundamentación**, lo anterior de conformidad con el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por cuanto no ha demostrado el objetante en qué limita su participación el mecanismo requerido, ni cómo se le imposibilita cotizar bajo el esquema actual; de igual forma tampoco ha explicado cómo los costos irían en detrimento de la Administración al requerir que en una sola partida se establezcan 73 líneas para ser adjudicadas a un solo proveedor. Por otro lado, tampoco ha demostrado el objetante con prueba alguna, cuál es el costo probable al que se elevaría su oferta al tener que cotizar de la manera requerida por el cartel, ni cuáles son los supuestos o casos de las empresas revendedoras y cómo impacta esta circunstancia en su cotización. Ello en contraste con lo que la Administración ha señalado en cuanto a las razones de conveniencia de contar con un solo contratista para todos estos insumos, lo cual según indica le generará facilidad de trámites, elemento que sin duda alguna contribuye a la satisfacción de la necesidad en forma eficiente y eficaz, aspecto que tampoco ha sido desvirtuado por el objetante. **B) Sobre el Capítulo I / Objeto de la Contratación / 1.3 Requerimientos técnicos para el suministro de los artículos / Punto e).** Manifiesta **el objetante** que la cláusula establece la posibilidad de que se realicen pruebas de laboratorio (acreditado por el Ente Costarricense de Acreditación -ECA-) como parte de las medidas de verificación del contrato, cuyo costo será cubierta por el contratista. Lo cual considera que es de imposible cumplimiento porque no existe en Costa Rica un laboratorio acreditado o registrado por el ECA para realizar tales pruebas, razón por la cual no se puede establecer esta obligación, como prueba aporta oficio No. ECA-SAL-2016-0914 consulta que se realizó en el presente mes a ese Ente. Por otro lado señala,

que además la cláusula no establece un parámetro para valorar el costo económico relativo a estas pruebas, que deben ser cubiertas por el adjudicatario. Solicita que se eliminen las pruebas de laboratorio acreditado por el ECA. **La Administración**, señala que en caso de requerirse las pruebas de laboratorio señaladas, las mismas deben realizarse en un laboratorio debidamente acreditado por el ECA de conformidad con el artículo 34 de la Ley del Sistema Nacional para la Calidad. Agrega además, que dichas pruebas solo se realizarán en caso de que la Administración lo estime conveniente y siempre y cuando exista algún laboratorio que cuente con la prueba requerida, por lo que dicha condición no limita la participación de los oferentes -pues no es una condición de admisibilidad ni de evaluación-, sino que fija la posibilidad que debe ser considerada para el caso de una eventual adjudicación, toda vez que se realizarían en etapa de ejecución, partiendo de la necesidad de garantizar que los insumos genéricos no dañen los equipos de impresión con los que se cuenta. Señala que no accede a la petición de eliminar las pruebas, porque es una opción que se reserva la Administración en caso de que se requiera comprobar la calidad de los productos. **Criterio de la División**. Se **declara con lugar** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo de conformidad con lo siguiente. Alega el objetante que no existen en Costa Rica laboratorios certificados que realicen las pruebas indicadas y para ello aporta un oficio del Ente Costarricense de Acreditación (ECA), sobre lo cual considera esta División que si bien es cierto se aporta un oficio del ECA donde se indica que no existen laboratorios de ensayos con alcances de acreditación, que incluyan la palabra específica “Toner genérico” ni “tónér”, ni “tinta” (folio 07 del expediente de objeción), no logra acreditar el objetante que las pruebas específicas para comprobar la calidad de los productos ofertados, sean las que se indican en el documento aportado, de frente a la cláusula cartelaria que al respecto señala expresamente: *“El oferente acepta con la presentación de su oferta que, en caso de resultar adjudicatario, el costo de las pruebas de laboratorio que decidan realizarse, como parte de las medidas de verificación del contrato por parte del Subproceso de Abastecimiento y Distribución de la Proveeduría Institucional, será cubierto por éste en su calidad de contratista. Las pruebas de laboratorio que estén acreditadas por el Ente Costarricense de Acreditación (ECA) servirán para comprobar la calidad de los productos adjudicados y recibidos.”* Sobre lo anterior, reconoce esta División la facultad que tiene la Administración para establecer mecanismos de verificación sobre la calidad, compatibilidad y cualquier otra condición necesaria de los productos o insumos tanto que se oferten, como los que se vayan a recibir en etapa de ejecución contractual, disponiendo

para ello la realización de pruebas que considere sean las aptas para determinar su aceptabilidad. No obstante, la presente cláusula cartelaria es omisa en establecer con claridad y exactitud cuáles son las posibles pruebas a los que serán sometidas los insumos, por lo tanto puede resultar inconsistente para verificar el cumplimiento de lo adjudicado, por lo que al respecto, resulta necesaria su revisión para que se determine puntualmente cuáles son las normas técnicas bajo las cuales se realizarán las pruebas y se emitirá el respectivo criterio técnico, cuál es la metodología o el procedimiento al que serán sometidas los insumos, para la obtención de los resultados y sobre todo en qué laboratorios se aplicarán tales pruebas con la idea de que sean de conocimiento de todos los interesados y pueda verificarse no solo los costos, sino también si efectivamente estos laboratorios se encuentran acreditados en los términos que ha expuesto la Administración. Así las cosas, se ordena a la Administración incorporar al cartel, los datos referidos para que sean de conocimiento de todos lo interesados, sobre lo cual se entiende que se cuenta con todos los estudios técnicos y coordinaciones pertinentes.-----

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, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, y 60, 178 en adelante del Reglamento de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **BITROM S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2017LN-000001-0008700001** promovida por la **JUNTA ADMINISTRATIVA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA** para el *“Suministro por demanda de tintas y tóner útiles de oficina, papelería, impresos y otros”*. **2)** Proceda la Administración ha realizar las modificaciones y los estudios correspondientes, según lo establecido en la presente resolución. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Rebeca Bejarano Ramírez
Fiscalizadora

RBR/chc
NN: 03783 (DCA-0700)
Ci: Archivo central
NI: 6757, 7423.
G: 2017001399-1