R-DCA-00299-2020

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las doce horas con quince minutos del veinticinco de marzo del dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECIÓN interpuesto por la empresa **IGT GLOBAL SERVICES LIMITED,** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000002-0015600001** promovida por la **JUNTA DE PROTECCION SOCIAL** para la administración de lotería instantánea (pre producción, producción, distribución y venta) y desarrollo y operación de loterías instantáneas en formato digital.----------

RESULTANDO

I. Que el once de marzo de dos mil veinte la empresa IGT Global Services Limited, presentó ante la Contraloría General de la República dos recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2020LN-000002-0015600001 promovida por la Junta de Protección Social.----------

II. Que mediante auto de las catorce horas tres minutos del doce de marzo de dos mil veinte se otorgó audiencia especial a la Administración licitante respecto a los recursos de objeción. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. JPS-GG-0315-2020 del diecisiete de marzo de dos mil veinte el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.----------

III. Que el veinticuatro de marzo de dos mil veinte la empresa IGT Global Services Limited, presentó ante la Contraloría General de la República información adicional referente a los recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2020LN-000002-0015600001 promovida por la Junta de Protección Social.----------

IV. Para la resolución de los recursos interpuestos se han observado las disposiciones legales respectivas----------

CONSIDERANDO

I.- Sobre la fundamentación del recurso de objeción. El recurso de objeción ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o para ajustar el cartel a las normas y principios del ordenamiento jurídico. Al respecto, el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto al deber de fundamentación del recurso de objeción, dispone que: *"El recurso deberá presentarse con la prueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además deberá indicar las infracciones*

precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia". En relación con la fundamentación de este tipo de recursos, en la resolución R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, este órgano contralor señaló: *"De previo a proceder a realizar cualquier análisis de los argumentos vertidos y a efectos de resolver las objeciones presentadas, es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que la Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: "(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respeto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable "acomodo" a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente" (RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. […] No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego íntegro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la posibilidad a los sujetos particulares de*

desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. De conformidad con lo anterior, este Despacho procederá a rechazar el recurso en cuyos extremos no se acrediten adecuadamente las razones por las cuales solicita la modificación del pliego cartelario. En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público.", posición que ha sido reiterada por esta División en múltiples ocasiones y que se mantiene vigente al día de hoy como consta en las resoluciones No. R-DCA-0508-2019 de las a las once horas con cuarenta minutos del veintinueve de mayo del dos mil diecinueve y R-DCA-0557-2019 de las ocho horas con veintidós minutos del catorce de junio de dos mil diecinueve. Estas consideraciones servirán de fundamento cuando en la presente resolución se determine falta de fundamentación.----------

II. Sobre el fondo del recurso i. Plantas de respaldo para producción. Indica la objetante que la cláusula No. a.13 del cartel solicita que el contratista deberá contar con plantas de respaldo para la impresión de boletos de lotería en diferentes países, como opciones de respaldo contra catástrofes, con al menos una de ellas ubicada en el Continente Americano. Alega que esta cláusula contiene dos requisitos diferentes, primero que el oferente debe tener dos o más plantas de producción en países diferentes; y segundo que, al menos, una de las plantas esté ubicada en el continente americano. Estima que estos requerimientos de la JPS no tienen ningún fundamento técnico y son completamente arbitrarios, antojadizos y discriminatorios y violan principios de la contratación administrativa tales como igualdad, libre

concurrencia y libre competencia. Señala se entiende por qué una empresa deba tener plantas de producción en diferentes países pues existen casos en que, en una misma planta, se tiene dos o más prensas de impresión, es decir, una prensa es el respaldo de la otra. Alega que este último es el caso de su representada que cuenta con la más moderna y sofisticada planta de producción del mundo con más de 45,000 pies cuadrados ubicada en Lakeland, Florida, EE.UU. desde donde suple billetes de loterías instantáneas a muchos países en diferentes continentes. Expone que a pesar de tener la planta de producción más moderna, su representada no podría cumplir sencillamente por no tener plantas en diferentes países del mundo lo cual no garantiza nada y que no existe tampoco ningún fundamento técnico para que, al menos, una de las plantas deba estar ubicada en el continente americano. Indica que a su juicio la única razón por la cual la Junta incluyó dicho requisito cartelario es porque el posible oferente Scientific Games Corporation tiene varias plantas de producción ubicadas en diferentes países del continente americano. Considera que este requisito violenta la autonomía de la voluntad de las empresas de organizar sus recursos, sus modelos de producción, comercialización y distribución que, incluso, forman parte de una estrategia de competitividad para solo beneficiar el modelo de negocios de uno de los competidores. Alega que solicitó copia del expediente administrativo que dio origen al Cartel de esta licitación y que a la fecha, no ha recibido respuesta de su última solicitud ni la copia del expediente administrativo de esta licitación, a pesar de que en SICOP consta un cronograma que refieren la existencia de actos anteriores a la publicación del cartel de los cuales la Junta no ha suministrado copia. Afirma que de la decisión inicial, debe existir el análisis del contenido presupuestario y la verificación que cuenta con los recursos humanos y la infraestructura administrativa para verificar el cumplimiento del objeto, de conformidad con los artículos 7, 8 y 9 de la LCA, generando un vicio del procedimiento que es motivo de nulidad y de recurso de objeción. Solicita a ordenar a la Junta la modificación de la sección a.l3 de la Cláusula IV. Especificaciones Técnicas del Cartel por ser violatorio de los principios de publicidad, igualdad, eficacia, eficiencia, libre concurrencia y competencia y autonomía de la voluntad. En cuanto a dicho argumento, la Administración manifiesta que rechaza la petitoria por cuanto es un requisito de admisibilidad necesario ante una eventual catástrofe en que se vea envuelta una de las plantas de producción, y que vaya a afectar el abastecimiento del mercado costarricense. Indica que dadas las condiciones e incertidumbre global, guerras comerciales, aumento de aranceles y últimamente COVID-19, creemos que es necesario que el proveedor tenga plantas de impresión en más de un país ante posibles cierres de fronteras o entre en problemas para

exportaciones, el hecho de poseer plantas de impresión en diversos países, permiten subsanar cualquier riesgo geopolítico que como sabemos son muy posibles. Se solicita al menos una en el Continente Americano por un tema de tiempos y costos, ya que con ello se minimiza el riesgo de atrasos en la salida al mercado de nuevos juegos, además que no es lo mismo que la planta de producción de respaldo se encuentre en Europa, África, Asia u Oceanía a que se encuentre en América, pues los costos son un aspecto importante para la empresa licitante en el sentido que se abaratarían los precios a que si tuviese que acudir a otra planta de respaldo que se encuentre fuera de América. Afirma que no es cierto que únicamente una empresa posea varias plantas productoras a nivel mundial lo cual es incorrecto, pues se tiene conocimiento que una empresa como Pollard Bank posee plantas en Canadá y Estados Unidos, por lo que no se limita la participación. **Criterio de la División**: Dispone la cláusula objetada lo siguiente: *"a.13. PLANTAS DE RESPALDO PARA PRODUCCIÓN/ El Contratista deberá contar con plantas de respaldo para la impresión de boletos de lotería en diferentes países, como opciones de respaldo contra catástrofes, con al menos una de ellas ubicada en el Continente Americano"* (Ingresando en Apartado No. 2 "Información de cartel" versión actual, "Detalles del concurso", apartado F. "Documento del cartel", descargando el archivo denominado *"LICITACIÓN PÚBLICA LOTERÍA INSTANTÁNEA APROBADO JD.pdf"* https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20200100114&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). Se desprende de la citada disposición cartelaria la misma corresponde a una obligación del contratista la cual pretende que quien ostente esa condición deba contar con plantas de respaldo ante eventuales catástrofes. De lo anterior entiende esta División que no es una obligación del oferente contar con varias plantas para poder participar en el presente concurso, sino que el contratista deberá garantizar la continuidad del servicio contando con plantas de respaldo. En ese sentido no observa esta División cómo esa condición impide la participación del objetante pues como se indica expresamente en la cláusula se trata de una obligación de quien resulte contratista y no para la etapa de ofertas. Lo anterior adquiere valor cuando el objetante no ha indicado ni demostrado los motivos por los cuales ante una posible adjudicación a favor de esa compañía y la misma se convierta en eventual contratista, se vería imposibilitada de cumplir esa condición cartelaria. Es decir no logra explicar el objetante cómo esta condición le limita la posibilidad de participar cuando se trata de una obligación del contratista ni porqué su representada no puede contar con los servicios de plantas de respaldo mediante las figuras

que permite la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, máxime cuando la disposición cartelaria objetada no indica que dichas plantas sean propiedad del contratista. Todo lo anterior demuestra la falta de fundamentación del recurso los términos desarrollados en el apartado primero de esta resolución, por lo que corresponde **declarar sin lugar** este aspecto del recurso. No pierde de vista esta División los alegatos del objetante en cuanto al expediente administrativo, sobre lo cual se le recuerda que nos encontramos ante un concurso público publicado en la plataforma electrónica SICOP, en ese sentido el Decreto N°41438-H que corresponde al Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas "SICOP", dispone en sus artículos 10 y 11 lo siguiente: *"Artículo 10°-Expediente electrónico y conservación de información. En cada procedimiento de contratación administrativa que se realice en SICOP,* ***el expediente será electrónico y contendrá todos los documentos electrónicos que se generen en el trámite del procedimiento que se efectúe en el Sistema****. Cada documento que sea agregado deberá estar numerado y ordenado cronológicamente. Todo interesado tendrá libre acceso al expediente electrónico del procedimiento de contratación, el cual podrá ser consultado en línea. El expediente estará foliado mediante un índice de asientos consecutivos. Mediante acto razonado por la institución usuaria, los documentos y los procedimientos calificados como confidenciales, secreto comercial, industrial o económico, de oficio o a solicitud de la parte interesada, según lo regulado por la normativa especial aplicable a la institución usuaria, serán de acceso restringido. Salvo a solicitud de la Contraloría General de República que por sus competencias, solicite a la institución contratante la visualización de estos documentos. Posterior a la ejecución total del respectivo contrato y por un plazo de cinco años, SICOP deberá conservar el expediente electrónico en línea, para que pueda ser consultado por cualquier interesado, salvo la información calificada como restringida. Una vez transcurrido este plazo, el expediente pasará a un archivo electrónico en RACSA, donde permanecerá en estado pasivo, por un periodo igual, pero siempre a disposición de cualquier interesado previa solicitud, la cual deberá ser atendida en un plazo máximo de diez días hábiles. Después de los diez años, el expediente se trasladará a la institución usuaria para que ella disponga de él como corresponde, previa coordinación entre la institución usuaria y RACSA. En materia de archivo de expedientes electrónicos, se aplicará lo dispuesto en la normativa, la interoperabilidad así como lo dispuesto por la Dirección General de Archivo Nacional. Artículo 11°.-Incorporación de documentos que no están disponibles en formato electrónico o que no cuentan con firma digital certificada. Todos los documentos que se adjunten a los formularios y*

los documentos electrónicos disponibles en SICOP, o bien, que se agreguen al expediente electrónico deben ser documentos electrónicos suscritos mediante firma digital certificada. ***En los casos en los que el documento original no esté disponible en documento electrónico o no cuente con firma digital certificada, éste se debe incluir como un archivo en el formato PDF o según lo disponga el cartel de la contratación respectiva****. Quien incorpore estos archivos será responsable por la custodia y la conservación de los documentos originales por un plazo de diez años posteriores a la ejecución total del respectivo contrato; asimismo, este responsable estará en la obligación de presentarlos ante la institución usuaria o cualquier autoridad judicial que así lo requiera."* (resaltado el propio). Lo anterior demuestra que el único expediente administrativo aplicable al presente concurso y todos los documentos que lo conforman son los que están en la plataforma electrónica SICOP y la obligación de la Administración de incorporar en él todos los documentos relacionados con el procedimiento de contratación, de ahí que llama la atención de este órgano contralor, en la sección "Información de solicitud de contratación", existe información además del cronograma que refiere el objetante, de ahí que no es clara la limitante que señala. **ii. Requisitos de admisibilidad.** Señala la objetante que el cartel establece como requisitos de admisibilidad experiencia, cantidad de boletos vendidos y capacidad de producción. Indica que la valoración de la experiencia debe fundamentarse en criterios técnicos que justifiquen un número proporcional de años para cada área en la que se desarrolla la licitación y que si el objetivo de la licitación es la satisfacción del interés público, dichas condiciones no garantizan contar con el oferente idóneo. Alega que solicitar al oferente una venta mínima de 10 mil millones de boletos anuales con medida de 2" X 4", y una capacidad de producción anual mínima de 20 mil millones de boletos con medida de 2" x 4" son criterios desproporcionados, sin ningún fundamento técnico y que no corresponden a la realidad del mercado costarricense pues en su experiencia, incluso para las loterías más grandes del mundo están desproporcionadas las cifras, e incluso, tampoco son cifras cercanas a las incluidas en previas contrataciones de lotería instantánea. Menciona a manera de ejemplo que en el año 2015, la Comisión de Lotería de Ohio realizó la apertura de la licitación número CSPSPl500 para boletos de lotería instantánea en la cual estableció que el contratista debía estar preparado para producir al menos 50 millones de boletos instantáneos por juego, considerando que anualmente se disponían entre 45 y 55 juegos de boletos instantáneos, con una cantidad de boletos que varía entre 4 millones a 20 millones para cada juego, lo que representa un máximo anual de 1.100 millones de boletos. Considera que los criterios solicitados por la Junta sobredimensionan y no guardan ninguna

relación con las necesidades reales del mercado de venta de lotería instantánea en Costa Rica, pues según los estados financieros auditados de la Junta del 2019, las ventas por lotería instantánea representan tan solo 1,72% del total de las ventas de la institución, la cual es una cifra muy alejada de los requerimientos del cartel y que el comportamiento de las ventas de la Lotería Instantánea del 2018, se evidenció un decrecimiento del -9%. Estima relevante el que la Junta este solicitando un oferente que tiene ventas y capacidad de producción altísimas para un mercado realmente pequeño comparado con otros mercados internacionales, sin atender la verdadera necesidad que el mercado de loterías instantáneas requiere para que la JPS logre aumentar sus ventas mediante una correcta y adecuada colocación a través de los puntos de venta pues para lograr ese crecimiento y posicionamiento ante los consumidores no es necesario solicitar dicha capacidad que es alcanzada únicamente por un oferente en el mercado internacional. En cuanto al requisito de la capacidad mínima de producción de 20,000 millones de tiquetes al año, manifiesta que ese número no es relevante como sí lo es la disponibilidad de producción que se refiere a los recursos disponibles del oferente para producir tiquetes, pues una empresa puede tener una planta con una capacidad alta, pero si no tiene disponibilidad, es decir, recursos para producir más, de nada sirve y por ende el criterio que debe considerar no es capacidad, sino disponibilidad de producción. Expone que actualmente, cada boleto de lotería instantánea tiene un valor de CRC 500 colones, es decir, EE.UU. $0.87 (ochenta y siete centavos de Dólar) a un tipo de cambio estimado de CRC 570 colones por cada Dólar y si la Junta requiere que el oferente tenga capacidad de producción de 20.000 millones de tiquetes al año, eso al año multiplicado por $0.87 representaría en ventas la exorbitante suma de EE.UU. $17.400 millones. Entonces si la Junta requiere que el oferente tenga ventas anuales de 10.000 millones de tiquetes al año, eso al año multiplicado por $0.87 representaría en ventas la también exorbitante suma de EE.UU. $8.700 millones, sin embargo en el apartado de clausula penal se indica que el valor estimado por la propia Junta para este contrato es la suma de EE.UU. $11.591.963, es decir requiere, como criterio de admisibilidad, una capacidad de producción 1.500 veces superior a lo que la Junta estima necesitar y que tenga ventas anuales de 750 veces más de lo que la Administración estima vender al año y se compara con las ventas de lotería instantánea de los últimos dos años (2018 y 2019), la desproporción es mucho mayor. Argumenta que estos requerimientos son desproporcionados y carecen de todo criterio técnico y que son innecesarios para lograr los objetivos que la lotería instantánea tiene en Costa Rica los cuales sólo los cumple la empresa Scientific Games Corporation, condiciones que a su juicio constituyen una violación a los

principios de libre concurrencia y libre competencia, así como de eficiencia, eficacia e igualdad, al limitar la participación de otros oferentes que en condiciones igualitarias, razonables y proporcionadas permitirían participar y resultar adjudicatarios de esta Licitación. Al respecto, la Administración indica que rechaza la pretensión por cuanto es de suma importancia para la Institución contar con una empresa sólida en el mercado de las loterías instantáneas. En cuanto a que los niveles de ventas y de producción no se ajustan a la realidad del mercado costarricense por los niveles de ventas, en este sentido la Junta discrepa por cuanto el objetivo primordial de la Institución es incrementar las ventas de este producto que han venido en decrecimiento desde el 2014. Estima que los niveles de capacidad de producción anuales solicitados así como los niveles de ventas de boletos solicitados como requisito de admisibilidad es para asegurar, precisamente la estabilidad económica de la Junta, en el sentido que si los oferentes demuestran los niveles de producción y ventas solicitados a nivel mundial eso le asegura a la Institución que el oferente que resultare adjudicatario podrá distribuir en Costa Rica las cantidades de boletos necesarios conforme las ventas vayan creciendo y que contar con un oferente capaz de imprimir cierta cantidad de tiquetes les asegura que, dado su tamaño, son empresas confiables y 100% dedicadas a este tipo de productos, con éxito comprobado y que cuentan con capacidad para abastecer tanto el mercado costarricense como otros mercados. Considera que la objetante da una mala interpretación a lo requerido en cuanto a la capacidad de producción y ventas, por cuanto dichos requisitos de admisibilidad hacen referencia a niveles anuales, no específicamente para el mercado costarricense. Indica que esos requisitos de admisibilidad fueron solicitados también, en su momento, en el cartel de Licitación Pública No. 2016-LN-000001-PROV “Contrato de Suministro de Boletos de Lotería Instantánea”, cuyo contrato se mantiene actualmente con la empresa Pollard Banknote Limited, en el caso de boletos vendidos son la misma cantidad, es decir no es algo que se esté solicitando para favorecer a un oferente en específico como lo asegura la recurrente, así como los años de experiencia solicitados en el cartel de licitación no son improvisados o antojadizos como manifiesta, sino que también fueron solicitados en el cartel de licitación que actualmente se mantiene con Pollard Banknote Limited. Afirma que le interesa que participen sólo los mejores, por ello es que el nivel de experiencia es un factor crítico. Adicionalmente a esto la Junta quiere asegurarse que el nivel de experiencia esté estrictamente vinculado a modelos de administración y no solo impresión de boletos. **Criterio de la División**: Indica la cláusula objetada lo siguiente:

II. Requisitos de admisibilidad

Experiencia:

Los oferentes deben contar con una experiencia mínima de 10 años en la fabricación y distribución de boletos de lotería instantánea en un modelo de administración en el Continente Americano.

Contratos vigentes:

El oferente debe presentar una lista de al menos 5 contratos vigentes con los cuales ha trabajado el modelo de administración de lotería instantánea considerando pre producción, producción y distribución de boletos de Lotería Instantánea a nivel internacional.

Cantidad de boletos vendidos:

El oferente debe presentar una de declaración jurada donde se detalle la cantidad de boletos de lotería instantánea que ha vendido durante los últimos 5 años bajo el modelo de administración de lotería instantánea considerando pre producción, producción y distribución, a diferentes Organizaciones de Lotería. Para ser considerados los oferentes deben contar con una venta mínima de 10 mil millones de boletos anuales con medida de 2" X 4" equivalentes para clientes bajo el modelo de administración de lotería instantánea.

Capacidad de Producción:

Para ser considerados los oferentes deben tener una capacidad de producción anual mínima de 20 mil millones de boletos con medida de 2" x 4".

(Ingresando en Apartado No. 2 "Información de cartel" versión actual, "Detalles del concurso", apartado F. "Documento del cartel", descargando el archivo denominado *"LICITACIÓN PÚBLICA LOTERÍA INSTANTÁNEA APROBADO JD.pdf"* https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20200100114&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). En primer término en cuanto a la experiencia, se observa que el objetante no acredita como dicha condición cartelaria limita su participación sino que se restringe a indicar que la misma no encuentra sustento en estudios técnicos, en ese sentido se estima que la recurrente no ha cumplido con su deber de fundamentación desarrollado en el apartado primero de esta resolución, por lo que se impone **declarar sin lugar** este extremo del recurso. En cuanto a los requerimientos de admisibilidad referentes a cantidad de boletos vendidos y capacidad de producción (ya citadas), en las cuales la Administración ha requerido a los oferentes contar con una venta mínima de 10 mil millones de boletos anuales con medida de 2" X 4" y una capacidad de producción anual mínima de 20 mil millones de boletos con medida de 2" x 4", respectivamente, estima el objetante que dichas cantidades resultan desproporcionadas y carente de sustento técnico, ante lo cual la Administración responde que el objetivo de la Institución es incrementar las ventas de este producto que han venido en decrecimiento desde el 2014 y estima que los niveles de capacidad de producción y ventas anuales solicitados asegura la estabilidad económica de la Junta ya que asegura a la Institución que el contratista podrá distribuir en Costa Rica las cantidades de boletos necesarios conforme las ventas vayan creciendo. Sin embargo, no se

acredita por parte de la Administración el ejercicio razonado, por medio del cual estableció los requerimientos objetados que permitan determinar con certeza cuál es en realidad la cantidad de ventas y de producción que requiere para cumplir con el objeto de este concurso. En ese sentido estima esta División que la Administración debió fundamentar al atender la audiencia especial como los requerimientos cuestionados garantizan un aumento en las ventas o cómo con base en parámetros objetivos definió esas cantidades, lo cual demuestra la falta de fundamentación por parte de la administración para definir tales requerimientos. Por lo anterior deberá la Administración acreditar en el expediente los estudios o parámetros objetivos respecto de los cuales respalde los requerimientos de admisibilidad cuestionados. En ese mismo sentido se deberá definir la metodología mediante la cual se comprobará la capacidad de producción de los oferentes pues el cartel no lo establece en las cláusulas de admisibilidad. Por todo lo expuesto corresponde **declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción en este aspecto. **Consideración de oficio:** En cuanto al requisito de admisibilidad de experiencia, resulta importante recordar que el artículo 56 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece en cuanto a la experiencia que: *"Cuando la Administración, solicite acreditar la experiencia, se aceptará en el tanto ésta haya sido positiva, entendida ésta, como los bienes, obras o servicios recibidos a entera satisfacción, debiendo indicar el cartel la forma de acreditarla en forma idónea (…)"* , dicha norma es clara en cuanto a que el cartel debe indicar la forma idónea en la que los oferentes deben acreditar la experiencia y que la misma puede ser tomada en consideración en el tanto ésta haya sido calificada como positiva, que para el caso concreto representa que los potenciales oferentes hayan brindado el servicio de fabricación y distribución de boletos de lotería instantánea en un modelo de administración en el Continente Americano a entera satisfacción de sus clientes. Aplicado lo anterior al caso concreto se observa que el cartel, requiere a manera de admisibilidad una experiencia mínima de 10 años en la fabricación y distribución de boletos de lotería instantánea en un modelo de administración en el continente americano, sin que se indique en este apartado cómo los oferentes deberán demostrar la misma, por lo que se estima que el pliego de condiciones incumple con norma reglamentaria en cuanto al reconocimiento de la experiencia positiva, pues no acredita la metodología idónea mediante la cual los oferentes deberán acreditar la experiencia y cómo ésta resulta positiva para cumplir el requerimiento de admisibilidad, lo cual deberá ser corregido por la Administración, por lo que deberá la Administración definir la forma en que requerirá a los concursantes acreditarán que su experiencia es positiva. **iii. Sistema de evaluación.** Indica la objetante que los primeros

dos criterios de evaluación son las comisiones por ventas tanto de boletos físicos como juegos de lotería instantánea digital que representan un 50% del puntaje total y los demás criterios, que suman conjuntamente el otro 50% del puntaje, se involucran de manera directa con los argumentos expuestos en el segundo motivo de objeción, sean los requisitos de admisibilidad, limitando en gran medida a los potenciales oferentes. En relación con la experiencia, el oferente deberá acreditar un total de 30 años en el modelo de administración específico solicitado para obtener los 18 puntos de la evaluación, es decir, si un oferente demuestra tener 30 o más años en el mercado, ya tiene asegurada la totalidad de estos puntos, en otras palabras, la Junta premia al oferente más antiguo del mercado el cual no es necesariamente el mejor ni el idóneo ni el adecuado en cuanto a las necesidades que el mercado costarricense demanda para los productos de lotería instantánea. Este criterio de evaluación no promueve ninguna forma de competencia ni obliga al oferente a presentar una oferta de valor a la Junta ni miden de ninguna forma la calidad del servicio a recibir, pues un oferente puede ser el más antiguo del mercado, pero no necesariamente el que brinde el mejor servicio o el idóneo para satisfacer el interés público. Afirma que el competidor Scientific Games Corporation lanzó en 1985, para la Lotería de New York, el primer programa de manejo integrado de lotería instantánea, en virtud de esto, Scientific Games Corporation es el único potencial oferente que obtendría todos los puntos de la experiencia a quien acredite 30 años en el mercado. Alega que el oferente debe contar con una venta mínima anual a diferentes organizaciones de lotería en los últimos 5 años de 10 mil millones de boletos anuales con medida de 2" X 4" y una capacidad de producción anual mínima de 20 mil millones de boletos con medida de 2" X 4", otorgando puntos adicionales al oferente que cuente con mayor capacidad de producción y se otorgarán puntos adicionales al oferente que cuente con la mayor cantidad de contratos, sin tomar en cuenta su idoneidad en la prestación de ese tipo de productos y servicios. Expone que de los cuatro criterios que no constituyen una comisión, sean i) experiencia, ii) cantidad de boletos vendidos en los últimos 5 años, iii) capacidad de producción y iv) contratos vigentes, solo el primero, sea experiencia, tiene un límite o techo. El oferente que demuestre tener 30 o más años de experiencia tendrá 18 puntos el cual es el límite superior de la puntuación, mientras que en los en los demás casos no existe un límite o techo, sino que se aplica la llamada "regla de tres" con base en la cual la puntuación de los demás oferentes se obtiene usando como base la oferta de mayor cantidad, es decir, el oferente que acredite la mayor cantidad del criterio obtiene todos los puntos y los demás obtienen un número proporcional por debajo del de mayor cantidad. Considera que esos criterios solo otorgan una ventaja al

competidor más antiguo y con mayor volumen, sin que esto signifique un valor agregado para las necesidades de la Junta y el mercado costarricense, pues incluso en el supuesto de un empate en la comisión promedio de los oferentes, ganará el oferente con mayor cantidad de contratos vigentes en la fabricación y distribución de loterías instantáneas bajo el modelo de administración en el Continente Americano, es decir, ganará el competidor más grande según los criterios irrazonables, desproporcionados e ilegales establecidos por la Junta, y no el mejor oferente. Señala que la cláusula impugnada establece una nota mínima de 85 puntos de 100 posibles para resultar adjudicatario, lo que estima un agravante de eso, pues los criterios de cantidad de boletos vendidos en los últimos 5 años, capacidad de producción y contratos vigentes no tiene un límite superior o techo, esto significa que puede servir para ampliar la distancia y puntuación entre el primer y demás lugares de la calificación y pueden hacer que las demás ofertas queden por debajo de 85 puntos y sean descalificadas de inmediato, esto les impedirá, por ejemplo, presentar recurso de apelación. Manifiesta que la oferta económica se da en los otros dos criterios que componen la calificación, sean, comisión por venta de boletos físicos de Lotería Instantánea (25 puntos) y comisión por venta de juegos de Lotería Instantánea Digital (25 puntos), en ambos casos, siendo la "regla de tres" aplicable según las reglas estipuladas en el cartel, es decir, que para ganar y según nuestras estimaciones el oferente de mayor tamaño (y no el idóneo) podría sacrificar hasta 15 puntos del precio y aun así alcanzar el umbral necesario para ganar la licitación pues la estructura del sistema de evaluación no promueve la competencia y no incentiva a los oferentes a presentar una propuesta económica ni de valor a la Junta, además de eso, no se entiende por qué ambas comisiones tendrían igual puntaje (25%) si es conocido que las ventas de lotería instantánea representan un porcentaje muy pequeño (1,72%) de las ventas de loterías. De acuerdo a estudios de mercado realizados para mi representada por Total Research Network, empresa con amplia experiencia en la investigación de mercados, apenas un 3.1%o de los compradores de juegos de azar en Costa Rica reportan disposición a comprar juegos tal como concluye Total Research Network, el mercado de personas compradoras de juegos de azar dispuestas a comprar juegos de la Junta de Protección Social a través de internet es muy reducido, por ende, el hecho que este producto digital sea incluido en una licitación de productos impresos, brinda ventajas al oferente más grande y antiguo y facilita su triunfo. Solicita la modificación del sistema de valoración de ofertas para que establezca parámetros que permitan la libre concurrencia y competencia de los oferentes, el cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia e igualdad y la búsqueda del oferente idóneo para satisfacer el interés público. Por

su parte, la Administración señala que acoge parcialmente la objeción en cuanto a establecer un techo a los porcentajes de comisión, ya que, pensando en la seguridad económica de la Institución, cuyas utilidades de la lotería instantánea están destinadas en un 50% a brindar soluciones de vivienda por medio del Banco Hipotecario de la Vivienda y el otro 50% a programas de cuidados paliativo, se toma la decisión de establecer un techo de un 20% en la comisión por la comercialización de boletos físicos de lotería instantánea en Costa Rica y de un 10% para la comercialización de boletos digitales. Rechaza la objeción en cuanto a que la calificación de un 25% de que se otorga a la comisión por boletos físicos y un 25% por la comisión a la lotería instantánea digital, la Junta tienen, en suma el puntaje más alto precisamente pensando en la seguridad económica de la Institución, por cuanto es de suma importancia contar con el oferente más idóneo en materia de comisión pues de esta dependerá sustancialmente los niveles de utilidad que anualmente logre alcanzar la Junta para distribuir entre soluciones de vivienda y programas de cuidados paliativos. Indica que no es cierto que se esté premiando al más grande, sino que quiere asegurarse a la empresa más sólida en el mercado de las loterías instantáneas, la empresa que, además de lo solicitado en el cartel de licitación nos pueda brindar un valor agregado que a la fecha no cuenta la Institución, cuyo rendimiento favorezca la generación de mayores recursos para la satisfacción de los programas sociales señalados en este punto. En cuanto a los estudios de mercado realizados por la empresa Total Research Network donde los mismos indican que solo 3.1% de compradores de juegos de azar están dispuestos a comprar juegos de azar por internet la misma no indica el tamaño de la muestra, lo cual se considera importante para proteger la objetividad de los datos pues en un estudio realizado en el 2014 sobre ventas de lotería por medio de internet reveló que de una muestra de 207 personas (52% hombres y 48% mujeres) el 47% de los entrevistados estarían dispuestos en adquirir los productos de la Junta por Internet, asimismo, se realizó una recopilación de datos sobre uso de tecnología, disposición de compra de las personas a través de internet y casos de éxito de empresas que han implementado la venta en línea, con la finalidad de recalcar la necesidad que tiene la Junta de contar con juegos de lotería instantánea en formato digital. Señala que el lanzamiento de la raspa digital, sería un producto novedoso en Costa Rica, lo cual no garantiza que no vaya a ser exitoso, por el contrario, al ser un producto cuya pretensión es llegar a un mercado joven, que como bien es sabido dadas las innovaciones tecnológicas y en el mundo en el estamos inmersos actualmente el joven hoy día vive la mayor parte del tiempo conectado a la red, esto sería favorable para la raspa digital por cuanto el joven no tendría que desplazarse a adquirir

un boleto de instantánea pudiendo adquirirlo por medio de internet. Por tal razón es que también se está dando una alta calificación en el sistema de evaluación de ofertas a la comisión por venta de raspa digital pues se trata de contar, como se mencionó anteriormente, con el mejor proveedor que innove el mercado costarricense en esta categoría de raspa (digital), adicionalmente es importante destacar que como parte de las estrategias comerciales para motivar las ventas principalmente ante la situación que está viviendo el país con el COVID-19 es urgente contar con medios alternos de distribución como lo es internet, que si bien es cierto esta estrategia es a mediano plazo, estaría la Junta preparada para afrontar posibles caídas en ventas ante eventos como este y captar nuevos clientes. **Criterio de la División**: El cartel dispuso en términos generales lo siguiente:

CONCEPTO	PUNTUACIÓN
Comisión por venta de boletos físicos	25 puntos
Comisión por venta de juegos de Lotería Instantánea digital	25 puntos
Experiencia	18 puntos
Boletos vendidos en los últimos 5 años	10 puntos
Capacidad de producción	12 puntos
Contratos vigentes	10 puntos
TOTAL	**100 PUNTOS**

(Ingresando en Apartado No. 2 “Información de cartel” versión actual, “Detalles del concurso”, apartado F. “Documento del cartel”, descargando el archivo denominado *“LICITACIÓN PÚBLICA LOTERÍA INSTANTÁNEA APROBADO JD.pdf”* https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20200100114&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). Respecto a la objeción, resulta importante recordar que en cuanto a las cláusulas cartelarias de evaluación, es discreción de la Administración su definición y sólo puede debatirlos con la respectiva fundamentación, máxime cuando por sí mismas no limitan la participación de ningún potencial oferente, en el sentido de que se trata de ponderar ventajas comparativas con el objetivo de seleccionar la oferta más conveniente para el interés público. De manera que, esta Contraloría General ha reconocido que una cláusula de calificación solamente puede ser objetada en el tanto la misma resulta desproporcionada, inaplicable o intrascendente, de manera que el objetante tiene la obligación de fundamentar, en los términos de lo indicado en el apartado primero de esta resolución, como el sistema de calificación incurre en alguna de las condiciones citadas, para proceder a su modificación. En el presente caso se observa que el objetante plantea que las cláusulas objetadas resultan desproporcionadas por lo que de seguido se entran a analizar. Se observa

que la Administración se allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. Para ello se presume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia de la modificación al cartel que plantea, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. Esta presunción se hace extensiva a cada ocasión en la cual, en adelante y en la presente resolución, se acoja total o parcialmente el allanamiento de la Administración. Adicionalmente, no pierde de vista esta División que los demás aspectos de evaluación se relacionan directamente con los requisitos de admisibilidad, sea experiencia, cantidad de boletos vendidos y capacidad de producción los cuales fueron resueltos en el apartado **"ii"** de esta resolución. Según lo resuelto de oficio en cuanto a la experiencia, y declarado parcialmente con lugar en cuanto a las ventas y capacidad de producción, estima esta División que lo resuelto en el citado punto puede impactar directamente en el sistema de evaluación impugnado, por lo que se impone a la Administración el deber de valorar todos los elementos del sistema de evaluación en los términos desarrollados en el apartado "ii" y proceder a realizar las modificaciones pertinentes en el sistema de evaluación derivadas de las modificaciones a las cláusulas de admisibilidad, por lo que se impone **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. **iv. Sobre los puntos de venta:** Expone la objetante que actualmente la Junta tiene a disposición del público cerca de 700 puntos de venta fijos de lotería instantánea en el mercado nacional que activamente retiran y venden lotería instantánea, considerando que las ventas de lotería instantánea se iniciaron en Costa Rica en la década de 1980, estos 700 puntos de venta fijos son producto de un crecimiento gradual de la demanda de dichos juegos en un lapso de 40 años. Según, lo dispuesto en la cláusula objetada se prevé una apertura inicial de 2.500 nuevos puntos de venta fijos, sin considerar los vendedores actuales autorizados de la Junta, a los cuales se les sumará 500 nuevos puntos de venta semestralmente hasta alcanzar un máximo en operaciones de 5.000 nuevos puntos de venta fijos en tan solo 3 años de operación del sistema, es decir la Junta contaría con un total de cerca de 5.700 puntos de venta de lotería instantánea para una población de poco más de cinco millones de habitantes, lo cual resulta absolutamente desproporcionado. Argumenta que se desconocen los estudios y criterios técnicos que ha realizado la Junta para llegar a las cifras indicadas en el cartel. A manera de comparación, otros mercados mucho más maduros en ventas de lotería instantánea tienen cantidades menores de puntos de venta

que lo pretendido por la Junta pues se acercan a jurisdicciones con poblaciones similares como lo son: Luisiana (4.410.796), Maryland (6.042.718), Minnesota (5.611.179), Carolina del Sur (5.084.127) y Wisconsin (5.813.568) y que la cantidad de puntos de venta fijos también son cifras similares que van desde los 2.889 en Luisiana hasta los 3.795 en Carolina del Sur, que a la vez son mercados que tienen cuotas de participación muy por encima de la participación que tienen en Costa Rica (1,72%). Expone que los puntos de venta de la lotería instantánea pueden y deben crecer, pero el requisito cartelario debería ser flexible, conforme al crecimiento de la demanda pues aumentar la oferta de previo sin ninguna certeza del crecimiento de la demanda solo asegura incertidumbre y podría eventualmente atomizar el mercado de manera desmedida generando pérdidas de credibilidad de la red de puntos de venta con lo cual se atentaría con el éxito de la licitación y el equilibrio financiero de ésta, es decir, el número de puntos de venta requerido en el cartel es sencillamente desproporcionado y carece de cualquier criterio técnico, pues no existe garantía que los consumidores respondan de manera positiva a la ampliación de la oferta de los productos, por lo cual promover una oferta superior a la demanda es contrario a los principios de eficiencia y eficacia, debido a que no hay garantía de cumplir el interés público e institucional, ni un uso correcto uso de los recursos de la Junta. Estima que la oferta debería crecer cómo crece la demanda y debería contar con un sistema flexible que le permite a la Administración y al contratista definir dónde y cuándo abrir nuevos puntos de venta. Solicita modificar la cláusula en lo relativo al número de nuevos puntos de venta fijos que se deben habilitar, la exclusión de los vendedores autorizados de la Junta y el crecimiento cada 6 meses por cuanto la obligación actual es completamente desproporcionada y carente de criterios técnicos. Por su parte, la Administración indica que rechaza esta petitoria por cuanto el objetivo de la Institución es incrementar los niveles de ventas que, como se dijo anteriormente, desde el 2014 han venido en decrecimiento, puesto que únicamente en promedio 700 vendedores de lotería instantánea están retirando los juegos de instantáneas permitiendo tal situación que un juego con valor de ¢1.000 tarde en promedio 7 meses en colocarse en el mercado y un juego con valor de ¢500 tarde 2.5 meses en colocarse, cuyas utilidades al final del ejercicio fiscal son bajas y por consiguiente menos recursos para los programas sociales que atiende la Institución con la comercialización de instantáneas. Por ello la Junta requiere que el oferente esté en la capacidad de iniciar en 6 meses con al menos 2.500 puntos de incrementos semestrales de 500 puntos, hasta completar 5.000 puntos en 5 años. Alega que la objetante actualmente opera la Lotería Electrónica en el país en más de 1.800 puntos de venta, es decir entraría

ganando con la cobertura del 72% de los puntos solicitados inicialmente (2.500), lo que lo pondría en una gran ventaja con respecto a otros oferentes, por cuanto ellos tienen una relación comercial ya establecida con esos 1.800 puntos y por ende una operación instalada en el país, caso contrario a una empresa nueva que tendría que efectuar alianzas en Costa Rica e iniciar la operación de cero, así como la búsqueda de puntos de venta. Expone que la empresa Ticofonía de Costa Rica S.A., distribuidor de productos de consumo masivo ante consulta realizada, indican que sus productos los distribuyen en 5.000 puntos de venta y otra empresa como lo es Alianza Capitales manifiesta que tienen relación con más de 6.000 puntos de venta. Argumenta que según el Primer Censo del Canal Tradicional (establecimientos comerciales) realizado entre abril y julio del 2018 por Fundes, los comercios detallistas generan ventas anuales por 1.729 millones de dólares, dicho estudio contabilizó 9.600 puntos de venta a lo largo y ancho del territorio costarricense, concentrándose el 50% en Alajuela y San José, lo que quiere decir que no es desproporcional, como asegura la objetante, la cantidad de puntos de venta solicitados por la Junta al final de los 5 años (5.000 puntos de venta) por cuanto quien resultare adjudicatario dispone de casi 10.000 puntos de venta de minoristas para comercializar los juegos de lotería instantánea, pues se debe tener presente que el objetivo de la Junta es incrementar las ventas de las loterías instantáneas mediante una eficaz y eficiente distribución del producto, y para lo cual estableció la cantidad de puntos requeridos. **Criterio de la División**: Estima el objetante que la cantidad de puntos de venta requeridos resultan desproporcionados y carente de sustente técnico, ante lo cual la Administración responde que el objetivo de la Institución es incrementar las ventas de este producto que han venido en decrecimiento desde el 2014 y requiere que el oferente esté en la capacidad de iniciar en 6 meses con al menos 2.500 puntos de incrementos semestrales de 500 puntos, hasta completar 5.000 puntos en 5 años. Al respecto no se observa que la Administración sustente su decisión de requerir esa cantidad de puestos de venta en estudios propios de la Junta, es decir Administración no sustentó el requerimiento objetado en criterios objetivos que permitan determinar con certeza cuál es en realidad específica para el objeto del concurso, sino que basa su decisión de requerir esas cantidades de puestos de venta en expectativas o hechos futuros inciertos. En ese sentido debe insistir esta División en que la Administración debió fundamentar al atender la audiencia especial como los requerimientos cuestionados garantizan un aumento en las ventas o cómo con base en parámetros objetivos definió esas cantidades, lo cual demuestra la falta de fundamentación por parte de la Administración para definir tales requerimientos. Por lo anterior deberá la Administración

acreditar en el expediente los estudios o parámetros objetivos respecto de los cuales respalde los requerimientos cuestionados en cuanto a la cantidad de puntos de venta por lo que corresponde **declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción en este aspecto. sustenta el punto, **V) Seguridad de datos bancarios.** Señala la objetante que el requerimiento es ilegal, por cuanto en Costa Rica, por mandato legal, las loterías son al portador, para todas las loterías bajo la competencia de la Junta, incluyendo las loterías física y electrónica, ya que el comprador no hace adquisición de un título nominativo, sino que se trata de un título al portador, tal y como lo dispone el artículo 18 de la Ley 8718 denominada autorización para el cambio de nombre de la Junta de Protección Social y establecimiento de la distribución de rentas de las loterías nacionales. Alega que la naturaleza de los juegos de lotería y apuestas que lleva a cabo la Junta hace que los títulos representativos sean al portador, y no a la orden o nominativos, esto quiere decir que la persona que compra el título no necesariamente será la que resulte ganadora de los premios en caso de que acierte. Esto debería aplicar a cualquier lotería que la Junta posea, independiente que sea comercializada por un tercero, incluso la lotería que se venda por otros medios que no sea el físico, por ejemplo la lotería electrónica, ya que el principio es el mismo. Considera ilegal obligar al contratista a tener la identificación de los jugadores en sus bases de datos e, incluso, a que los jugadores hayan registrado su cuenta bancaria. Considera que con ello se reduciría sustancialmente la cantidad de posibles jugadores ya que, como es conocido, existe una amplia porción de la población costarricense que no tiene cuenta bancaria y existe aún en nuestro país un bajísimo nivel de interés de adquirir productos de lotería por medio de internet, algo que incluso podría ser aún más reducido si pensamos en la categoría de loterías instantáneas. Estima que hay falta de madurez del mercado costarricense para un producto como las loterías instantáneas digitales y la limitación legal de que las loterías en Costa Rica son al portador, esta cláusula debería ser incluida en un cartel de otro procedimiento de contratación, claro está una vez que sea modificada la ley y el mercado esté desarrollado. Solicita la de nulidad de los párrafos indicados de la cláusula V del cartel o que se le ordene a la Junta modificarlos, por establecer el pago de premios de lotería instantánea digital como títulos a la orden o nominativos y no al portador, siendo contraria a la naturaleza legal de los juegos de lotería instantánea según establece la Ley 8718 y el Código de Comercio y que se divida esta contratación en dos carteles, uno para la lotería instantánea impresa y otro para la lotería instantánea digital. En cuanto a dicho argumento, la Administración señala que rechaza por completo esta petitoria puesto que en el pasado la Junta comercializaba los llamados

"Tiempos Digitales" para cuyas transacciones se solicitaba al jugador su documento de identificación en las transacciones de apuestas, asegurándose que quienes compraban eran mayores de edad, por lo que no es válido que la objetante manifieste que tal práctica es ilegal pues además, es bien sabido que para cualquier compra por medio de internet el usuario debe proporcionar su cuenta bancaria para toda transacción, en muchas plataformas los usuarios de servicios deben registrar su tarjeta sea de débito o crédito para realizar la compra de los servicios. Estima que se trata de una modalidad de juego cuya finalidad es atender el mercado aún no capturado por la Institución, los jóvenes, y la Junta está en la obligación de innovar en nuevas tendencias mundiales en los juegos de azar para mantenerse vigente en el mercado de las loterías y como se ha mencionado antes en el presente documento el objetivo primordial es generar mayores recursos para la atención de los programas que se atienden con la comercialización de las loterías instantáneas. Argumenta que el recurrente, parte de una premisa falsa y eso lo lleva obviamente a incurrir en un error de interpretación, pues confunde claramente el concepto de loterías pre impresas y el del concepto de lotería instantánea en formato digital, siendo estas últimas un concepto novedoso en el mercado y en el cual todo el proceso es digital, de forma que la compra de la lotería instantánea se debe llevar a cabo por medio de plataformas electrónicas, de forma que necesariamente el cliente debe brindar datos a la comercializadora de los productos, de forma que una vez hecha la compra se le hará entrega del producto en forma electrónica al cliente y en caso de que este resulte ganador, el monto del premio le será depositado en la cuenta que el cliente haya dispuesto para ese fin. Considera que el eventual oferente no tiene clara la dinámica de juego que se está requiriendo en el cartel, porque para que el cliente pueda adquirir el juego necesariamente tiene que generar una transacción bancaria de tipo electrónica, y para ello debió haber entregado datos a quien resulte adjudicatario y son precisamente estos, lo que estamos queriendo resguardar con la disposición cartelaria que se recurre. Alega que en cuanto al artículo 18 de la Ley 8718, el mismo hace referencia a lotería material, física o pre impresa, está desconociendo que la dinámica de este tipo de juego radica en que el bien se cancela mediante plataformas electrónicas, el producto se envía a un dispositivo electrónico (Smart phones, tablets, computadoras, etc.). Indica que tratándose de un juego que se adquiere y trasmite por medios electrónicos, sería imposible que pueda caber en el presupuesto de hecho de la norma, por esa razón es que el ordinal mencionado por la parte recurrente es inaplicable al caso concreto. Manifiesta que el artículo 2 de la Ley 8718 que en lo que interesa establece que la Junta de Protección Social tendrá a su cargo, en forma

exclusiva, la creación, administración, venta y comercialización de todas las loterías, tanto las preimpresas como las electrónicas, las apuestas deportivas, los juegos, los video-loterías y otros productos de azar, en el territorio nacional, a excepción de los casinos; sin perjuicio de las concesiones o autorizaciones que otorgue para la administración o comercialización de estos productos, en cumplimiento de los fines públicos asignados, por lo que les corresponde la creación, administración, venta y comercialización de las loterías tanto preimpresas como electrónicas, por lo que cuenta con plena potestad para determinar los canales de venta y distribución que mejor se adapten a las necesidades institucionales, en este sentido el artículo 28 de la Ley 8718 que a su vez reforma el 10 de la ley 7395 dispuso que la Junta podrá establecer las agencias y los canales de distribución necesarios para administrar y distribuir sus loterías. Considera que en este punto se debe rechazar el recurso interpuesto, en el entendido que la Junta debe buscar satisfacer sus necesidades y no ajustarse a las capacidades y de los eventuales oferentes pues si bien es cierto, existe parte de la población costarricense que no posee una cuenta bancaria, eso no una limitante de peso para la apertura de esta modalidad de raspa digital y más bien podría interesarse el potencial jugador en aperturar una cuenta bancaria para dicho fin. **Criterio de la División**: Señala la cláusula objetada que "*En cuanto a las ventas de los juegos de Lotería Instantánea en formato digital, el Contratista deberá garantizar la seguridad de los datos bancarios que suministre el jugador, para lo cual deberá presentar y detallar en la oferta las medidas de seguridad informática que resguarden la información que proporcione el jugador. Las ventas Brutas de los juegos de Lotería Instantánea en formato digital ingresarán directamente a las cuentas bancarias de la Junta, bajo el concepto de neteo. De dichas cuentas se debitarán los premios obtenidos por los jugadores y se acreditarán a la cuenta bancaria del jugador en tiempo real, cuando el jugador obtenga un premio, indistintamente del monto obtenido como premio." (*Ingresando en Apartado No. 2 "Información de cartel" versión actual, "Detalles del concurso", apartado F. "Documento del cartel", descargando el archivo denominado *"LICITACIÓN PÚBLICA LOTERÍA INSTANTÁNEA APROBADO JD.pdf"* https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20200100114&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). Al respecto alega el objetante que se violenta el artículo 18 de la Ley 8718 denominada autorización para el cambio de nombre de la Junta de Protección Social y establecimiento de la distribución de rentas de las loterías nacionales, que establece que las loterías son al portador, por su parte la Administración alega que confunde las loterías pre impresas y la lotería instantánea en formato digital en el cual todo el proceso es

digital y que el artículo 2 de la Ley 8718 establece que la Junta de Protección Social tendrá a su cargo las loterías electrónicas. Se observa que efectivamente la disposición cartelaria objetada refiere expresamente a la lotería instantánea en formato digital tal como lo alega la Administración y respecto de la cual aclara que todo el proceso es digital. En ese sentido, se observa que el objetante no ha indicado cómo la presente cláusula cartelaria limita su participación o como su representada estaría impedida técnicamente de cumplir con el requerimiento cartelario, si no que ha fundamentado un cuestionamiento respecto del cual la Administración ha explicado que dicha norma corresponde exclusivamente para lotería pre impresa y no para la digital. En ese sentido y dado que no se demuestra una limitación a la participación del objetante en los términos desarrollados en el apartado primero de esta resolución corresponde **declarar sin lugar** este aspecto del recurso. **vi. Firma digital.** Indica la objetante que lo que esta cláusula establece es que la persona que vende el producto en el punto de venta debe acceder al sistema en línea a través de su firma digital, esto conlleva graves consecuencias que afectarían las ventas de la lotería pues en primer lugar, como se sabe, solo un pequeño porcentaje de la población costarricense cuenta con certificado de firma digital (5% de conformidad con El Financiero) y que de ese pequeño porcentaje otro más pequeño serán comercios que podrían ser tomados en cuenta para vender lotería instantánea, a pesar del alto número de puntos de venta que el cartel exige. Expone que si, por ejemplo, en un minisúper o farmacia existen varios dependientes, cada uno de ellos tendrá que contar firma digital, lo cual no es nada usual en nuestro país y además encarece el sistema y obliga a cada dependiente de cada posible punto de venta a comprar el certificado de firma digital lo cual reduce el atractivo para estos lugares para convertirse en punto de venta. Expone que la firma digital costarricense, por obvias razones, solo es utilizada en Costa Rica y los sistemas acordes a la época y utilizados en los mercados desarrollados no la contemplan. Recuerda que la naturaleza de los juegos de lotería instantánea se da por decisiones espontáneas de los consumidores, es decir, un consumidor no suele planificar si determinado día jugará o no lotería instantánea. Estima relevante que la Junta tome en cuenta que la introducción de sistemas tecnológicos podría más bien tener un impacto negativo sobre sus ventas, por el contrario, el riesgo que pretende evitar la Junta no le afecta, pues el cartel es claro y explícito que ante, algún fraude de un punto de venta, es el oferente quien debe correr con dicho riesgo. Indica que actualmente, existen sistemas informáticos en el mercado que no requieren firma digital como, por ejemplo, el utilizado en la lotería electrónica en línea y tiempo real de la Junta, que cuenta con niveles de seguridad iguales o superiores a los establecidos para firma

digital. Señala que varias directrices presidenciales han sido claras en reducir la burocracia y trámites innecesarios. Incorporar el requisito de solicitar la firma digital obligaría a miles de personas a solicitar dicho dispositivo en momentos en los que se ha reportado la escasez de certificados de firma digital y la espera que deben sufrir los interesados para obtenerla. Solicita la nulidad de la cláusula establecer una restricción técnica a los usuarios de los juegos de lotería instantánea digital y una imposibilidad real de cumplir los objetivos de puntos de venta establecidos en el cartel. Por su parte la Administración manifiesta que rechaza la pretensión, pues el texto de la disposición cartelaria se extrajo del cartel de Licitación Pública No. No. 2011LN-000002-PROV de la cual IGT es el contratista actualmente. Afirma que hoy día la cantidad de usuarios de firma digital, excede, en demasía la cantidad señalada por el reclamante; no obstante, según lo solicitado por el cartel, la exigencia es para los puntos de venta como usuarios del sistema y no para compradores de los productos. Indica que al día de hoy se cuenta en el país con más de 50 sitios, distribuidos en el país, para adquirir certificados digitales, por lo que adquirir un certificado digital es totalmente factible para los usuarios de los sistemas sin importar la cantidad de usuarios. Señala que el único elemento legalmente válido para demostrar la autoría de transacciones electrónicas, es el certificado digital, según puede observarse en la Ley 8454 y su reglamento, cumpliendo con el requisito que tiene la Junta para identificar las transacciones y movimientos de sus usuarios y que en la actualidad, la totalidad de sistemas desarrollados sobre sistemas operativos Windows o IOS no presentan dificultades para el uso de certificados digitales, de amplio uso en el mundo, donde cada país tiene un estándar de uso reconocido por los distintos sistemas operativos. En cuanto al uso de otros sistemas informáticos, estima que el reclamante, muestra como ejemplo, realidades distintas en tiempos distintos, dado que el actual proceso se da en año 2020 mientras el ejemplo aportado por el reclamante, data del año 2011. **Criterio de la División**: En el caso concreto, la empresa objetante no ha demostrado cómo se limita su participación con esta disposición cartelaria tal cual se encuentra estipulada actualmente, sino que considera que pueden existir riesgos de complicaciones en la ejecución contractual al exigirse el certificado de firma digital, pues impondría requisitos adicionales a los comercios y estima relevante que la Junta tome en cuenta que la introducción de ese sistemas tecnológicos podría más bien tener un impacto negativo sobre sus ventas. Estima esta División que el presente recurso carece de la debida fundamentación que demuestre una limitación injustificada a la posibilidad de concursar, pues la objetante ni siquiera menciona en su argumentación que se le esté limitando su participación. Tampoco ha argumentado ni

demostrado que se vea imposibilitada de presentar su oferta bajo las condiciones que exige el cartel, por lo que no se extrae del recurso de objeción que existan motivos suficientes para considerar que dicha cláusula restringe la participación o que sea violatoria de los principios que informan esta materia. Tampoco demuestra el objetante que sus argumentos tengan algún sustento técnico que respalde sus afirmaciones, pues indica que actualmente, existen sistemas informáticos en el mercado que no requieren firma digital, sin embargo no lo demuestra técnicamente. Todo lo anterior demuestra la falta de fundamentación del recurso en cuanto a este aspecto pues no demuestra cómo dicha disposición limita su participación y en particular porqué su representada no puede cumplir con el requerimiento impugnado y por ello corresponde **declarar sin lugar** el recurso de objeción en este punto. **vii. Sobre las ofertas en consorcio.** Indica la objetante que en términos generales, los consorcios son asociaciones de empresas que unen esfuerzos para complementar sus fortalezas para cumplir, reunir o completar los requisitos de un cartel. Precisamente, el atractivo para las empresas y razón que justifica formar consorcios radica en la posibilidad de complementar su experiencia, conocimiento, recursos, etc. para cumplir requisitos bajo un régimen de solidaridad. La finalidad de un consorcio es darles a las empresas la oportunidad de complementarse, sin poner en riesgo el interés público, pues, de conformidad con el artículo 38 de la LCA, las partes del consorcio responden solidariamente por todas las consecuencias derivadas de su participación en la ejecución de la contratación. Por consiguiente, exigir a todas las partes del consorcio cumplir con todos los requerimientos de la Licitación, en forma individual, es absurdo y desnaturaliza el fin de la figura de consorcio. Alega que si bien es cierto, según el artículo 72 del RLCA, la Administración tiene discrecionalidad para establecer las condiciones y requisitos del consorcio, en este caso en específico, el requerimiento de exigir a todas las partes del consorcio cumplir con todos los requerimientos de la licitación en forma individual, transgrede el principio de libre concurrencia y competencia y autonomía de la voluntad y limita seriamente la participación de oferentes, lo anterior sin justificar por qué dicho requisito es indispensable para la mejor realización del fin que persigue, por lo que lo califica de arbitrario. Considera que presenta una segunda limitación al consorcio en caso de resultar adjudicatario, al otorgar la potestad a la Junta de exigir cuál de las partes que conforman el consorcio se encargará de la fabricación al oferente que acredite las mejores condiciones técnicas, de seguridad y confiabilidad que requiere este tipo de producto, de igual manera para las tareas de distribución y estima que la Administración no puede entrometerse en una relación privada de dos o más empresas para decidir cuál debe encargarse de la fabricación y cuál de la

distribución de los boletos. Al respecto, la Administración señala que la afirmación de la parte recurrente se rechaza, en el sentido que de conformidad con el artículo 72 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es clara y así se establece en el recurso cuando en el párrafo se destacan los aspectos de disconformidad, para la Administración y su deber de cumplir con el fin púbico es importante garantizar la distribución de la lotería instantánea a nivel nacional, además de que debe como entidad pública que es la Junta de Protección Social, cumplir con el artículo 10 de la Ley de Loterías reformado por el 28 de la Ley 8718, en el entendido que debemos procurar en todo el país la presencia de las loterías. **Criterio de la División**: Dispone la cláusula objetada que *"En cuanto a las ofertas en consorcio, debe tenerse en cuenta que la experiencia será evaluada a cada participante por separado sea producción o distribución, de tal manera que individualmente los oferentes en consorcio demuestren en forma separada la experiencia de cada uno, tanto en la parte de producción como en la parte de distribución de boletos de Lotería Instantánea, por lo que de resultar adjudicatario el consorcio, la Institución se reserva la facultad de exigir la fabricación al oferente que acredite las mejores condiciones técnicas, de seguridad y confiabilidad que requiere este tipo de producto, de igual manera para la parte de distribución." (*Ingresando en Apartado No. 2 "Información de cartel" versión actual, "Detalles del concurso", apartado F. "Documento del cartel", descargando el archivo denominado *"LICITACIÓN PÚBLICA LOTERÍA INSTANTÁNEA APROBADO JD.pdf"* https://www.sicop.go.cr/moduloOferta/search/EP_SEJ_COQ603.jsp?cartelNo=20200100114&cartelSeq=00&isPopup=Y&currSeq=00). En este punto deviene importante resaltar la discrecionalidad de la cual goza la Administración a la hora de establecer los requisitos que impone en el pliego cartelario, facultad que se ampara en su condición de licitante y conocedor de su necesidad y la mejor manera de satisfacerla, y que encuentra límite en el ordenamiento jurídico y los principios que rigen en materia de contratación administrativa. Específicamente el objetante solicita se elimine del texto cartelario, la obligación de que todos miembros del consorcio al menos cumplan con requisitos de admisibilidad, requisito que este órgano contralor no considera atenta contra los alcances del artículo 72 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, ni contra la figura misma de la participación en consorcio, pues la misma norma establece que ello es posible a fin de reunir o completar requisitos cartelarios , reconociendo el cartel dicha figura. Sin obviar que el mismo numeral 72 establece que *"… se podrá exigir en el cartel, las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de los miembros del consorcio, sin perjuicio de que para cumplir ciertos requisitos se*

admita la sumatoria de elementos. Para esto deberá indicar con toda precisión cuáles requisitos deben ser cumplidos por todos los integrantes y cuáles por el consorcio". En este sentido, nótese que se habilita a la Administración a establecer requisitos a cumplir por parte de uno o todos los miembros del consorcio, sea a nivel de condiciones de capacidad y solvencia técnica, los cuales están vinculadas con el tema de experiencia. Por las razones expuestas, y siendo que el recurrente no ha fundamentado en donde radica la desproporción del requerimiento o bien de qué forma se hace nugatoria la participación general con este, corresponde **declarar sin lugar** el recurso en este extremo por ausencia de fundamentación. Finalmente en cuanto a la frase que indica que la Administración tendrá la "(…) *facultad de exigir la fabricación al oferente que acredite las mejores condiciones técnicas, de seguridad y confiabilidad que requiere este tipo de producto…"*, no entiende esta División la pertinencia de dicha disposición de frente a la figura del consorcio por cuanto se refiere a que podrá exigir la fabricación al oferente que acredite las mejores condiciones, cuando el consorcio ya sea conformado por dos o más empresas, corresponden a un único oferente y no a varios como lo pretende hacer ver la Administración, siendo la relación contractual con el consorcio eventualmente contratista, máxime cuando el artículo 75 del RLCA establece que en el acuerdo consorcial los consorciados podrán indicar el *"c) Detalle de los aportes de cada uno de los miembros, sea en recursos económicos o bienes intangibles, como experiencia y de los **compromisos y obligaciones que asumiría en fase de ejecución contractual**"* (resaltado es propio). En ese sentido se deberá la Administración corregir lo pertinente, debiendo de considerarse no desnaturalizar la figura del consorcio ni incurrir en una violación a la libre organización de las empresa o consorcios en este caso, lo cual ha dicho esta División, resulta ser un acto de libre determinación por parte de los concursantes, en ese sentido se pueden ver las resoluciones No.R-DCA-0135-2016 de las diez horas con veintisiete minutos del quince de febrero del dos mil dieciséis y R-DCA-1089-2019 de las once horas con cincuenta y un minutos del veintinueve de octubre del dos mil diecinueve, por lo que se **declara parcialmente con lugar** este extremo. **viii. Sobre las muestras de lotería instantánea digital.** Indica la objetante que la Junta solicita que el oferente presente muestras de la lotería instantánea digital lo cual es completamente atípico en contrataciones de esta naturaleza pues es normal que se requieran aportar muestras físicas de la lotería instantánea impresa, pero no de las digitales. Considera que se trata, más bien, de un error de la Junta y que lo que intentó decir es que se practicarían pruebas de la lotería instantánea digital una vez implementado el sistema, es decir, que se trataría de una obligación del contratista, no del oferente. Solicita se

elimine este requisito cartelario o enmendar esta cláusula para que se refleje que es un requisito del contratista y no del oferente. Por su parte la Administración señala que acoge la petitoria de que sea el contratista quien realice pruebas a los juegos en formato digital y no el oferente. Indicar que es de suma importancia para la Junta y de interés público que los juegos de lotería instantánea que se desarrollen en formato digital para comercializarse en Costa Rica sean debidamente probados por un laboratorio reconocido internacionalmente, el cual deberá certificar que los mismos cuentan con todas las medidas pertinentes como lo son: la real aleatoriedad de los resultados no predecibles y no susceptibles de manipulación, el correcto funcionamiento del sistema de captación de apuestas, reportes de seguridad, entre otros. **Criterio de la División**: Se observa que la Administración se allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso.----------

III. Por último, se tiene por acreditado que la empresa recurrente en fecha veinticuatro de marzo de dos mil veinte la empresa IGT Global Services Limited, presentó ante la Contraloría General de la República información adicional referente a los recursos de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2020LN-000002-0015600001 promovida por la Junta de Protección Social (NI.8481 y 8523), refiriéndose específicamente a lo manifestado por la Administración al atender la audiencia especial otorgada por esta División. En razón de lo anterior se le debe recordar a la empresa objetante que en el procedimiento de recurso de objeción al cartel definido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento no existe una fase procesal en la cual los objetantes puedan referirse o replicar lo manifestado por la Administración. Al respecto, esta Contraloría General ha indicado: *"(...) resulta necesario indicarle a la recurrente que el procedimiento de objeción ante la Contraloría General de la República no tiene definido una etapa de contra respuesta o réplica para que los recurrentes debatan los argumentos de los demás, ni tampoco para debatir los argumentos de la Administración y por ende los recurrentes solamente tienen la oportunidad procesal de presentar sus argumentos y prueba en contra de las cláusulas del cartel que estimen lesivas, sin que exista una etapa procesal en la cual exista posibilidad de contrarrestar lo dicho por otras partes. Así las cosas, se rechaza de plano por inadmisible el escrito presentado. (...)"* (R-DCA-0249- 2018 de las ocho horas un minuto del doce de marzo de dos mil dieciocho), así las cosas estos argumentos deben **rechazarse por inadmisibles**.----------

POR TANTO

En virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa, 60, 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **SE RESUELVE: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **IGT GLOBAL SERVICES LIMITED,** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000002-0015600001** promovida por la **JUNTA DE PROTECCION SOCIAL** para la administración de lotería instantánea (pre producción, producción, distribución y venta) y desarrollo y operación de loterías instantáneas en formato digital **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.----------

NOTIFÍQUESE. ----------

FERNANDO MADRIGAL MORERA (FIRMA)

Firmado digitalmente por FERNANDO MADRIGAL MORERA (FIRMA)
Fecha: 2020.03.25 15:13:13 -06'00'

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

DAVID VENEGAS ROJAS (FIRMA)

Firmado digitalmente por DAVID VENEGAS ROJAS (FIRMA)
Fecha: 2020.03.25 15:04:04 -06'00'

David Venegas Rojas
Fiscalizador

DVR/mjav
NN: 04431(DCA-1011-2020)
Ni: 7163, 7803, 7811.
G: 2020001525-1