

R-DCA-352-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las quince horas cuarenta y tres minutos del veintiocho de abril del dos mil dieciséis.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **GRUPO ENERTICA S.A.** en contra del acto de adjudicación referente a las líneas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 de la **LICITACIÓN PUBLICA No. 2015LN-000003-UTN**, promovida por la **UNIVERSIDAD TECNICA NACIONAL** para la adquisición de “*equipo de laboratorio*”, en favor del **CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA – EDUPAN DE COSTA RICA S.A.**-----

RESULTANDO

I. Que el Grupo Enertica S.A. presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General el día diez de febrero de dos mil dieciséis.-----

II. Que mediante el auto de las once horas cuarenta y cinco minutos del quince de febrero de dos mil dieciséis se solicitó el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido por medio del oficio número DPI-038-2016 de fecha dieciséis de febrero de dos mil dieciséis. -----

III. Que mediante auto de las ocho horas del veinticuatro de febrero del dos mil dieciséis, esta División otorgó audiencia inicial a la Administración y a la adjudicataria Consorcio Dedicado de Costa Rica – Edupan de Costa Rica S.A. para que se refirieran a los alegatos del apelante, audiencia que fue contestada por las partes según escritos agregados al expediente de apelación.-----

IV. Que mediante auto de las trece horas del dieciséis de marzo del dos mil dieciséis, esta División otorgó audiencia especial a la apelante Grupo Enertica S.A., para que se refiriera a los incumplimientos imputados por la empresa adjudicataria al momento de contestar la audiencia inicial, audiencia que fue atendida según escrito agregado al expediente de apelación.-----

V. Que mediante auto de las quince horas cincuenta minutos del doce de abril del dos mil dieciséis, esta División otorgó audiencia especial a la Universidad Técnica Nacional para que se refiriera a: **a)** la evaluación del requisito de experiencia mínima en ventas de equipos similares, **c)** la evaluación del requisito de experiencia mínima en la venta de equipos de la marca cotizada, y, **b)** para que se refiriera específicamente a los incumplimientos técnicos imputados por la adjudicataria en contra del apelante; audiencia que fue atendida según escrito agregado al expediente de apelación.-----

VI. Que mediante auto de las diez horas del quince de abril del dos mil dieciséis, esta División otorgó audiencia a las partes para que se refirieran al escrito aportado conforme a la audiencia especial señalada en el resultando V anterior, audiencia que fue atendida según escritos agregados al expediente de apelación. -----

VII. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas. -----

CONSIDERANDO

I. Hechos Probados: Para la resolución del recurso se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que se promovió la licitación pública No. 2015LN-000003-UTN, promovida por la Universidad Técnica Nacional para la adquisición de “*equipo de laboratorio*”, objeto compuesto por setenta y seis ítems (según consta en la publicación de la invitación a participar, Gaceta Nº 156 del doce de agosto de dos mil quince, y del pliego cartelario visible a los folios 262 al 349, tomo I del expediente administrativo de la licitación). **2)** Que para la fecha de apertura señalada para el nueve de setiembre de dos mil quince participaron en el concurso veintidós oferentes: Tecnosagot S.A., Soluciones Icho S.A., G & H Steinvorth Limitada, Tecno Diagnostica S.A., Advance Laboratorios S.A., Consorcio Dedico de Costa Rica-Edupan de Costa Rica S.A., Romanas Ocony S.A., Servicios Técnicos S.A., TRI DM S.A., NV Tecnologías S.A., Capris S.A., Tecnología Aplicada Internacional S.A., Enhmed, Servicios Integrales de Representación Europea SIRE S.A., Audrain & Jiménez S.A., Elvatron S.A., Inbox Technology and Services S.A., Biocientífica Internacional, Rafgsi de Costa Rica S.A., SCM Metrología y Laboratorios S.A., Grupo Enerctica S.A. y Equipar CRCA S.A. (según consta en el acta de apertura, folios 2453 al 2465, tomo VI del expediente administrativo de la licitación). **3)** Que el Consorcio Dedico de Costa Rica-Edupan de Costa Rica S.A. cotizó en lo relacionado (según consta en la oferta visible a los folios 799 al 894, tomo II del expediente administrativo de la licitación):

ITEM	DESCRIPCION	MODELO	MARCA
1	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electrostática	15240-88	PHYWE
2	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la mecánica	15271-88, 15272-88	PHYWE
3	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica	15276-88, 15277-88, 13250-77	PHYWE
4	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la termodinámica	15274-88, 15275-88	PHYWE

5	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la magnetismo	15230-88	PHYWE
6	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la movimiento circular y momento de inercia	P2131305	PHYWE
7	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio del movimiento lineal uniforme y la dinámica	11305-88	PHYWE
8	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electricidad, electromagnetismo y electrónica	15281-88, 15282-88	PHYWE
9	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica ondulatoria	15280-88	PHYWE
10	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de líneas equipotenciales y campo eléctrico	15250-88	PHYWE
11	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de movimiento de proyectiles	P2131100	PHYWE
13	sistema de sensores y accesorios para kits de laboratorio de física	14550-61, 12601-00, 12600-00, 12643-00, 12640-00	PHYWE
14	kit de equipo de medición y alimentación para los kits educacionales de física	13505-90, 07122-00, 07360-04, 07360-01, 08129-09	PHYWE

4) Que el Consorcio Dedico de Costa Rica-Edupan de Costa Rica S.A. aportó con su oferta el acuerdo consorcial celebrado entre las empresas Dedico de Costa Rica S.A., cedula jurídica 3-101-692192 y Edupan Costa Rica, cedula jurídica 3-101-643580 en fecha del cuatro de setiembre de dos mil quince, en el cual se indicó lo siguiente: *“CUARTA: Aporte de bienes intangibles, como experiencia. “EDUPAN” es la empresa que aporta la experiencia necesaria y requerida en el punto 3 del Cartel: “Tener como mínimo tres años de experiencia en la venta de equipos similares a los solicitados en este cartel, en Costa Rica”. QUINTA: De los compromisos y obligaciones de cada parte. De conformidad con la cláusula anterior “EDUPAN” será responsable únicamente de aportar la información de la persona jurídica EDUPAN COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA, con cedula jurídica número 3-101-643580, así como el documento idóneo para verificar la experiencia requerida en el punto 3 del cartel de licitación. “DEDICO” por su parte será el representante legal del Consorcio ante la Administración (...)* No consta en el clausulado del acuerdo, referencia sobre la empresa obligada a acreditar experiencia en las marcas cotizadas (según consta en la oferta, folios 812 al 814, tomo II del expediente administrativo de la licitación).

5) Que el Consorcio Dedico de Costa Rica-Edupan de Costa Rica S.A. aportó con su oferta una nota por parte del fabricante PHYWE, expedida en Gottingen, Alemania el siete de setiembre de dos mil quince, dirigida a la Universidad Técnica Nacional, que indica: *“Mediante el presente comunicado PHYWE SYSTEME GMBH & CO. KG manifiesta que DEDICO DE COSTA RICA S.A. con cedula jurídica 3-101-692-192, localizado en San José, Costa Rica, es nuestro representante autorizado para la promoción y venta de*

nuestros productos y se le otorga exclusividad para la Licitación Pública 2015LN-000003-UTN. (...) Particularmente cabe mencionar que el Ingeniero William Acosta Montero y el Físico Karl Kranich, encargados de la capacitación, cuentan con más de 4 años de experiencia en la venta, instalación y capacitación de los productos PHYWE' (según consta en la oferta, folio 808, tomo II del expediente administrativo de la licitación). **6)** Que conforme a la certificación número RNPDIGITAL-4157088-2015 expedida por el Registro Nacional, Sección de Personas Jurídicas el ocho de setiembre de dos mil quince, el señor William Gustavo Acosta Montero ostenta el cargo de Presidente de la empresa Dedico de Costa Rica S.A., constituida el fecha del veintisiete de enero de dos mil quince según se indica en el documento (según consta en la oferta, al folio 805, tomo II del expediente administrativo de la licitación). **7)** Que el Grupo Eneritica S.A. cotizó en lo relacionado (según consta en la oferta visible a los folios 2221 al 2349, tomo VI del expediente administrativo de la licitación):

ITEM	DESCRIPCION	MODELO	MARCA
1	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electrostática	15240-88, 13410-88, 01163-02	PHYWE
2	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la mecánica	15271-88, 13450-88, 15272-88, 13451-88, 01158-2	PHYWE
3	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica	15276-88, 13460-88, 13461-88, 15277-88, 13462-88	PHYWE
4	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la termodinámica	01052-00, 01160-04, P1042100, P1042200, P1042300, P1042500, P1042600, P1042700, P1042800, P1042900, P1043100, P1043200, P1043300, P1043400, P1043500, P1043600, P1043700, P1043800, P1044000	PHYWE
5	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la magnetismo	15230-88, 13409-88, 06343-03, 01162-04	PHYWE
6	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la movimiento circular y momento de inercia	P2131305, 16502-32	PHYWE
7	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio del movimiento lineal uniforme y la dinámica	15283-88, 01159-04, P1003800, P1003900	PHYWE
8	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electricidad, electromagnetismo y electrónica	15282-88, 13477-88, 15281-88, 13475-88, 13476-88, 15266-88, 15265-88, 13470-88, 13471-88, 15267-88, 01169-02, 01006-02	PHYWE
9	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica ondulatoria	13252-77, 15350-88, 15280-88, 13250-77	PHYWE
10	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de líneas equipotenciales y campo eléctrico	15250-88, 13411-88	PHYWE
11	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de movimiento de proyectiles	P2131100	PHYWE
13	sistema de sensores y accesorios para kits de laboratorio de física	12605-89, 12600-00	PHYWE
14	kit de equipo de medición y alimentación para los kits educacionales de física	13466-88, 05781-00, 05780-00	PHYWE

8) Que el Grupo Enertica S.A. aportó con su oferta lo siguiente: **A)** Copia de la factura N° 000052 de fecha diecinueve de noviembre de dos mil diez, expedida por Grupo Enertica S.A. en favor de Proyectos de Ingeniería y Suministro de Equipos S.A., en cuya descripción se destaca *“jeringa para gas 100ml Marca Phywe”*. **B)** Carta de distribución exclusiva expedida por parte del fabricante PHYWE en Gottingen, Alemania el primero de enero de dos mil once, que indica: *“que la empresa Grupo Enertica S.A. (...) es nuestro distribuidor exclusivo en Costa Rica”* **C)** Copia de la factura N° 000131 de fecha veintiocho de junio de dos mil doce, expedida por Grupo Enertica S.A. en favor de la Universidad de Costa Rica, en cuya descripción se destacan equipos Marca Phywe. **D)** Confirmación de pedido de fecha seis de agosto de dos mil doce expedida por el fabricante PHYWE, dirigida a Grupo Enertica S.A., pedido número 310820121, en la que se destacan varios artículos con referencia para la Universidad Latina. **E)** Copia de la factura N° 000313 de fecha veintinueve de agosto de dos mil trece, expedida por Grupo Enertica S.A. en favor de la Universidad Técnica Nacional, en cuya descripción se destacan kits educativos Marca Phywe. **F)** Copia de la factura N° 000402 de fecha veintiséis de febrero de dos mil catorce, expedida por Grupo Enertica S.A. en favor de FUNDATEC, en cuya descripción se destacan equipos Marca Phywe. **G)** Carta de distribución exclusiva expedida por parte del fabricante PHYWE en Gottingen, Alemania el primero de enero de dos mil quince, que indica: *“que la empresa Grupo Enertica S.A. (...) es nuestro distribuidor exclusivo en Costa Rica”* **H)** Copia de la factura N° 000478 de fecha veintidós de enero de dos mil quince, expedida por Grupo Enertica S.A. en favor de la Universidad de Costa Rica, en cuya descripción se destacan equipos Marca Phywe. (según consta en la oferta visible a los folios 2232, 2227, 2224, 2225, 2223, 2222, 2240 y 2221 respectivamente, tomo VI del expediente administrativo de la licitación). **9)** Que la Administración, en el Informe sobre Revisión de Aspectos Legales Oficio N° DGAJ-UTN-218-2015 de fecha veintidós de setiembre de dos mil quince, se indicó lo siguiente: *“(6) Consorcio conformado por Dedico de Costa Rica S.A. y Edupan Costa Rica S.A.; (...) Es importante mencionar que al tratarse de un consorcio , resulta aceptable lo que se indica en el ACUERDO CONSORCIAL, visible a los folios 0812 a 0814 del expediente, específicamente en la cláusula CUARTA en donde manifiestan que EDUPAN es la empresa que aporta la experiencia necesaria y requerida en el punto 3 del cartel, lo cual cumple el consorcio mediante documentos visibles a los folios 0803 y 0809 del expediente, siendo este uno de los fines mediante la participación de esta figura”*. (Según consta en el oficio de cita, folios 2498 al 2502,

tomo VI del expediente administrativo de la licitación) **10)** Que la Administración, en el Informe Técnico remitido mediante oficio N° VDOC-1116-2015 de fecha tres de noviembre de dos mil quince, se observa que para la línea 7, no se refirieron incumplimientos técnicos por parte de la oferta de Grupo Enertica S.A. (Según consta en el oficio de cita, folios 2542 al 2619, tomo VI del expediente administrativo de la licitación) **11)** Que la Administración, mediante Informe I-ACAD-003-2016 de fecha cinco de enero de dos mil dieciséis, se concluye la siguiente calificación de ofertas: (oficio de cita, folios 3161 al 3187, tomo VI del expediente administrativo de la licitación).

ITEM	CONSORCIO DEDICO-EDUPAN	GRUPO ENERTICA
1	95	80,9
2	95	76,29
3	95	68,57
4	95	25.43
5	95	72.03
6	95	83.81
7	80.37	91.25
8	95	36.49
9	95	33.84
10	95	43.76
11	95	87.95
13	95	81.54
14	95	73.95

12) Que mediante Acta N° 01-2016 de la sesión ordinaria celebrada por la Comisión de Licitaciones de la Universidad Técnica Nacional realizada el seis de enero de dos mil dieciséis, se recomienda la adjudicación en los siguientes términos: (folios 3188 al 3193, tomo VI del expediente administrativo de la licitación).

ITEM	DESCRIPCION	EMPRESA
1	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electrostática	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
2	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la mecánica	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA

3	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
4	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la termodinámica	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
5	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la magnetismo	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
6	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la movimiento circular y momento de inercia	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
7	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio del movimiento lineal uniforme y la dinámica	GRUPO ENERTICA S.A.
8	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la electricidad, electromagnetismo y electrónica	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
9	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de la óptica ondulatoria	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
10	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de líneas equipotenciales y campo eléctrico	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
11	Kit educacional laboratorio de física general para el estudio de movimiento de proyectiles	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
13	sistema de sensores y accesorios para kits de laboratorio de física	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA
14	kit de equipo de medición y alimentación para los kits educacionales de física	CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA-EDUPAN COSTA RICA

13) Que mediante acuerdo 009-2016 tomado por el Consejo Universitario de la Universidad Técnica Nacional en sesión ordinaria N° 01-2016 realizada el catorce de enero de dos mil dieciséis, se acogió la recomendación emitida por la Comisión de Licitaciones, para adjudicar las líneas en los términos antes indicados (Según consta en la transcripción del acuerdo de cita, folios 3194 al 3201, tomo VI del expediente administrativo de la licitación). **14)** Que el Consorcio Dedico de Costa Rica S.A. - Edupan Costa Rica S.A. aportó en su respuesta a la audiencia inicial como prueba, una carta de distribución exclusiva para la licitación pública en discusión, expedida por parte del fabricante PHYWE en Gottingen, Alemania el siete de marzo de dos mil dieciséis, que indica: *“que en atención al trámite del recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Publica 2015LN-000003-UTN promovida para la compra de equipo para laboratorios”, ratifica lo indicado en nuestra carta del 7 de setiembre del 2015 en el sentido que Dedico de Costa Rica S.A. como miembro del Consorcio Dedico de Costa Rica-Edupan es nuestro representante exclusivo para ofertar, vender, instalar y dar soporte o mantenimiento a los equipos ofertados en la Licitación Publica 2015LN-000003-UTN para la “compra de equipo para laboratorios” (folio 50 del expediente de apelación).* **15)** Que Grupo Enertica S.A. aportó como prueba una carta expedida por parte del fabricante PHYWE del veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, que indica: *“que la empresa Grupo Enertica S.A. (...) es nuestro distribuidor autorizado (...) no tiene ninguna restricción para participar en la Licitación de la Universidad*

Técnica Nacional Licitación Pública 2015LN-000003-UTN (...) Certificamos que Grupo Enertica S.A. cuenta con más de 6 años de experiencia en la venta de equipos y soluciones de la marca Phywe Systeme GmbH & Co. KG (...)". (folio 79 del expediente de apelación)-----

II. De la audiencia final. Este órgano contralor estimó innecesario otorgar la audiencia final de conclusiones en este caso, en el tanto se contaba con los elementos suficientes para resolver el asunto en debate, por lo que, de conformidad con el artículo 182 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, siendo que la audiencia final es de carácter facultativo se resolvió prescindir de esta audiencia, por lo que corresponde indicarlo para que sea de conocimiento de todas las partes.-----

III. Sobre los alegatos de la empresa apelante en el momento de la audiencia inicial. El apelante, en el escrito de contestación, incorporó nuevos elementos que no había contemplado inicialmente en su recurso. Al respecto, manifiesta que Edupan S.A. es una empresa legalmente constituida bajo las leyes de la República de Panamá, diferente de Edupan Costa Rica S.A. De igual forma, señala que la nota emitida por la empresa Fishertechnik a la cual hace referencia la Administración en sus argumentos, es la empresa de naturaleza panameña. Adiciona que la marca Fischertechnik, la cual extiende la carta de experiencia a la empresa Edupan S.A. fabrica sistemas de construcción modular que permite a niños y jóvenes introducirse al mundo de la mecánica y la robótica, muy parecido al sistema LEGO, mientras que los equipos en discusión, son sistemas para realizar experimentos en el estudio de la Física a nivel universitario. Por último, menciona que al momento de apertura de las ofertas, la empresa Edupan Costa Rica S.A., no estaba inscrita ante la Caja Costarricense del Seguro Social. **Criterio de la División:** En un primer plano, es importante indicar que las pretensiones de la empresa apelante para incorporar nuevos elementos al momento de contestar la audiencia especial no resultan procedentes, toda vez que el momento procesal oportuno para alegar todos aquellos argumentos en contra de la empresa adjudicada deben hacerse dentro del plazo para impugnar con su recurso, por lo que no resulta factible interponer posteriormente otros alegatos considerando la audiencia inicial conferida al Consorcio adjudicatario y a la Administración, la cual se pone en conocimiento de la parte impugnante pero es claro que no se le cursa audiencia de su propio recurso. De esa forma, los alegatos no interpuestos con su recurso se encuentran precluidos y por ende procede su rechazo de plano, pues de lo contrario se permitiría a las partes administrar los plazos de ley según su conveniencia y para enmendar

un ejercicio incompleto del derecho de accionar en contra del acto final. Es por ello, que su obligación es plantear en su recurso todos aquellos alegatos necesarios, luego del plazo de diez días hábiles (licitación pública) con que cuenta para estudiar todo el expediente e interponer el recurso de apelación. Es por ello que, procede **rechazar de plano** sus argumentos presentados en forma extraprocesal y con posterioridad al plazo para impugnar.-----

IV. Sobre la legitimación del apelante Grupo Enertica S.A. El artículo 176 del Reglamento a la Ley Contratación Administrativa entre otras cosas dispone que: "*Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.*" De lo anterior se extrae que como presupuesto necesario para entrar a conocer el fondo de un recurso de apelación, que el recurrente ostente un interés legítimo, actual, propio y directo en el negocio que se discute, esto es, que cuente con legitimación suficiente para apelar. Al respecto, serán analizados los incumplimientos alegados por parte de la empresa adjudicataria en contra del apelante. Manifiesta la adjudicataria al momento de responder la audiencia inicial, que la empresa apelante carece de legitimación toda vez que no estaba facultada por el fabricante para ofertar sus productos en la presente licitación, aspecto que ya había quedado en evidencia desde el proceso de presentación de las ofertas, según se demostró en la certificación del fabricante de los bienes ofrecidos PHYWE Systeme GmbH & Co. KG, que aportó con su oferta y que se encuentra visible a folio 808 del expediente administrativo. Manifiesta que el recurso debe ser rechazado por ser manifiestamente improcedente al carecer la empresa recurrente de interés legítimo, actual propio y directo y en ese sentido por no acreditar su mejor derecho para ser adjudicatario del concurso al incumplir con los requisitos cartelarios. Para sustentar su argumento, aporta copia de la certificación del siete de setiembre de dos mil quince en la que el fabricante de los productos PHYWE Systeme GmbH & Co. KG, dispuso: "*Mediante el presente comunicado PHYWE SYSTEME GMBH & CO. KG manifiesta que DEDICO DE COSTA RICA S.A. con cédula jurídica 3-101-692192, localizado en San José, Costa Rica, es nuestro representante autorizado para la promoción y venta de nuestros productos y se le otorga la exclusividad para la Licitación Pública 2015LN-000003-UTN*". Por otra parte, manifiesta que lo anterior fue ratificado por el fabricante mediante nota del mes de marzo de dos mil dieciséis que adjunta también como prueba, según la cual: "*Nosotros, PHYWE Systeme GmbH & Co. Kg., Robert-BoschBreite 10, 37079 Göttingen, República Federal de Alemania, como fabricante y proveedor de sistemas y soluciones didácticas para la enseñanza de las ciencias naturales en*

escuelas, universidades y otros institutos, en atención al trámite del recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la LICITACION PUBLICA 2015LN-000003-UTN promovida para la "COMPRA DE EQUIPO PARA LABORATORIOS", ratifica lo indicado en nuestra carta del 7 de Septiembre del 2015 en el sentido que DEDICO de Costa Rica S.A. como miembro del CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA - EDUPAN Es nuestro representante exclusivo para ofertar vender, instalar y dar soporte o mantenimiento a los equipos ofertados en la LICITACIÓN PÚBLICA 2015LN-000003-UTN para la "COMPRA DE EQUIPO PARA LABORATORIOS". En función de lo indicado, ninguna otra empresa estaría autorizada para ofrecer los productos en la Licitación Pública indicada. Conforme a lo expuesto, manifiesta que la apelante no tenía la legitimación para ofrecer los productos del fabricante PHYWE Systeme GmbH & Co. KG en la presente licitación. En adición a lo indicado en el punto anterior, la oferta del Grupo Enertica S.A. incumple con el requerimiento técnico de la línea 7, para lo cual manifiesta: "Medidor de Tiempo 2-1, modelo 13607-99. Este medido (sic) permite únicamente conectar 2 barreras fotoeléctricas, mientras el requerimiento es muy claro: "al menos 4 diferentes barreras". Esto se puede evidenciar en el Manual de Operaciones Adjunto, en la página 2, puntos 4 y 5 dice textualmente traducido al español "para operación de 2 barreras de luz". Además se solicita que el medidor tenga al menos 4 pantalla (sic) LED de 4 dígitos. Y el medidor ofertado por Grupo Enertica modelo 13607-99, únicamente cuenta con 1 pantalla de 4 dígitos. Además de puede apreciar en el documento aportado por Grupo Enertica llamado "Especificaciones técnicas PHYWE UTN", donde se detallan los modelos. En los modelos de experimentos ofertados por Grupo Enertica (15283-88, 01159-04, P1003800 y P1003900) no se incluye ningún arrancador. Los modelos de experimentos ofertados por Grupo Enertica (15283-88, 01159-04, P1003800 y P1003900) no incluyen ninguna Pista de demostración de 1.5m y de un ancho de 105 mm. Los modelos que incluyen son de 900 mm (11606-00) o 2 pistas de 500 mm (11303-00 y 11302-00). En los modelos de experimentos ofertados sólo se incluyen 2 barreras fotoeléctricas (modelo 11207-00). Los modelos de experimentos ofertados por Grupo Enertica (15283-88, 01159-04, P1003800 y P1003900) no incluyen ningún accesorio para realizar arranques por explosión. El modelo correcto según PHYWE es 11311-00". El Grupo Apelante contesta que en lo relacionado al tema de la venta de los equipos de Marca Phywe, que su oferta cumple con todos los requisitos de admisibilidad solicitados, como consta en los folios 2616 al 2605 del expediente administrativo, que corresponde al análisis técnico realizado por la propia

Administración. Continúa manifestando que de la nota presentada por el Consorcio tanto en su oferta como en su respuesta al recurso, es una nota firmada por una persona, representante en su momento de la empresa Phywe que no solo no tenía legitimación para hacer esa restricción en contra de los contratos suscritos entre dicha empresa y Enertica, sino que además ya no tiene a cargo las cuentas de Costa Rica, aspecto que deberá ser dilucidado en otras sedes. Adjunta además una nota firmada por el Director General de la empresa PHYWE SYSTEME GMBM & CO. KG, que cita que su representada es distribuidora autorizada sin restricciones para comercializar, distribuir, ofertar, vender, instalar y dar soporte o mantenimiento de todos los productos de dicha empresa y que el apelante no tiene ninguna restricción para participar en la licitación pública 20151-N00003-UTN. Por otra parte, respecto de los incumplimientos técnicos para el ítem 7, menciona que en su oferta presentada el nueve de setiembre de dos mil quince detalla y especifica todo lo que incluirá el kit solicitado, de acuerdo a los requerimientos indicados en el pliego de condiciones. La Administración por su parte manifiesta que sobre el tema de la experiencia, se tiene que ambas empresas ofertaron la misma marca, y que no se extrae ningún incumplimiento para ninguno de los dos casos. En cuanto al incumplimiento específico para la línea 7, se refiere GRUPO ENERTICA cumple a cabalidad con los requerimientos técnicos solicitados por la administración, según se desprende de la información presentada y con base en los modelos ofertados, que todo está conforme a los requisitos cartelarios. Destaca que la parte técnica no puede tener acceso a los manuales de operación, por cuanto no los ha adquirido la institución, en consecuencia, se actúa con base en el principio de buena fe, en el sentido de que el oferente se compromete a que sus equipos ofertados cumplan con las condiciones que expresan en su plica, así como los catálogos que aporta o bien son visibles en la página web del fabricante. **Criterio de la División: a) Sobre la oferta de productos marca Phywe:** Para la presente licitación participaron la apelante Grupo Enertica y el Consorcio Adjudicatario Dedico de Costa Rica-Edupan Costa Rica (hechos probados 1 y 2), para lo cual ofrecieron a la Administración equipos todos de marca PHYWE (hechos probados 3 y 7). Ambas acompañan sus argumentos de elementos probatorios para acreditar quién tenía facultades para ofrecer la marca de interés en la licitación que nos ocupa, a saber en el caso de la apelante se aportó una nota por parte del fabricante PHYWE en la que se destaca que no tenía ninguna restricción para participar en el concurso que nos ocupa (hecho probado 15) y en el caso del Consorcio adjudicado se aportó nota expedida también por el fabricante PHYWE en

la que se resalta que Dedico, como miembro del Consorcio, posee la representación exclusiva para ofrecer sus productos en la citada licitación (hecho probado 14). Ahora bien, a efectos de contextualizar la discusión es importante tener presente lo exigido por el pliego cartelario, específicamente sobre la marca cuestionada. Se tiene que al título II de las Condiciones invariables, punto 3 “*Requisitos de Admisibilidad*” se dispuso lo siguiente: “*tener como mínimo tres años de experiencia en la venta de equipos similares a los solicitados en este cartel, en Costa Rica*” (folio 272, tomo I del expediente). Posteriormente, en el título III de las Condiciones Generales, punto 10 de la “*Documentación adicional requerida*”, se estableció “*la empresa debe tener una experiencia mínima de 3 años de estar vendiendo en el país la marca cotizada*” (folio 266, tomo I del expediente). Si bien es cierto, sobre las cláusulas en particular la Administración ha indicado que la cláusula referente a la experiencia en venta de la marca cotizada no constituía un requisito de admisibilidad, por encontrarse en el apartado de Condiciones Generales, prevaleciendo de esta manera el requisito de admisibilidad. No obstante, para este órgano contralor es claro que existe una voluntad de requerir el requisito como un aspecto de admisibilidad, lo cual se confirma cuando en el mismo apartado de las condiciones generales en el punto 11 se incluye por ejemplo la “*Garantía de los equipos*”, a la Administración le interesa contar con una garantía sobre los equipos no menor a veinticuatro meses, lo cual ciertamente no es un aspecto disponible por los oferentes. Es por ello que, de una lectura integral de las cláusulas, independientemente de su ubicación se hace necesario considerar ambas cláusulas como un requisito de admisibilidad. De esa forma, los oferentes debían no solo demostrar la experiencia en el conocimiento del tipo de objeto contractual y las ventas realizadas de equipos similares, pero también interesó acreditar una relación comercial continua con el fabricante requiriendo venta de equipos de la misma marca. De lo anterior debe entenderse entonces que el requisito de la marca constituye un elemento de admisibilidad que no podía desconocerse, por lo que procede entrar a referirnos sobre el cumplimiento de esas cláusulas. En primer término, del cartel también se desprende que no se reguló los periodos de tiempo a partir de los cuales debía tenerse por cumplido el requisito de esos tres años solicitados por la Administración, lo cual fue valorado según la Administración a partir de la fecha de la apertura, esto es nueve de setiembre de dos mil quince (hecho probado 2). Así entonces, tomando como referencia la fecha de apertura, se tiene que los tres años para acreditar como mínimo el requisito, cuentan hasta el nueve de setiembre del año dos mil doce. Para estos efectos, se

aprecia de las piezas del expediente administrativo, que la apelante aportó documentación que reflejaba la venta de productos marca Phywe desde el año 2010 hasta el año 2015 inclusive (hecho probado 8), de lo que se extrae conforme a las reglas cartelarias, que su oferta es conforme con el requisito, sobre lo cual no consta manifestación en contrario dentro del expediente de la licitación, ni durante el trámite del recurso. Ahora bien, conforme a la última nota aportada, suscrita por parte del fabricante con ocasión de que se alegó que el Consorcio adjudicatario contaba con la distribución exclusiva para este concurso; se se extrae que su empresa no tenía ninguna restricción para ofrecer los productos de cita para el concurso de marras (hecho probado 14), lo que conlleva a suponer que subsiste la relación comercial con el fabricante y puede satisfacer los requerimientos de la Administración dispuestos en el cartel, así como tampoco se encuentra impedido por el fabricante de cotizar en esta licitación. Aunado a lo anterior, la adjudicataria no presentó razones de mérito adicionales para descartar la experiencia acreditada por la empresa apelante, en los términos que exige el cartel, por lo que debe mantenerse su elegibilidad en este sentido. Por lo anterior, procede **declarar sin lugar** la pretensión de la adjudicataria, en este aspecto. **B) Del incumplimiento técnico de la apelante en la línea 7.** Manifiesta el Consorcio adjudicatario al ejercer su derecho de defensa, que el apelante ofertó para la línea 7, modelos que presentaban diferencias con las especificaciones técnicas del ítem. Sobre este aspecto, se extrae del legajo administrativo que la Administración no observó ningún incumplimiento relacionado (hecho probado 10). Conforme al incumplimiento imputado, se procedió a dar audiencia a ambos apelante y Administración para que se refirieran al respecto, para lo cual manifestaron ambas partes, que los equipos cuestionados se ajustaban a lo dispuesto en el cartel. Adicional a lo anterior, se rescata que la Administración manifestó no tener acceso a los manuales referidos. Como se puede ver, en el caso la empresa apelante no ha demostrado cómo cumple técnicamente, aportando documentación técnica que permita corroborar el cumplimiento de los puntos imputados; lo que contrasta con la respuesta de la Administración en el sentido que desconoce el cumplimiento porque no cuenta con los respectivos manuales. De esa forma, es claro para este órgano contralor que no se ha demostrado el cumplimiento técnico y la propia Universidad reconoce que desconoce si existe cumplimiento por no tener acceso a la documentación pertinente; lo cual impone realizar el análisis de esa línea, pese a que se está anulado el acto de adjudicación según se ha explicado. Es por ello que, se le ordena a la Administración que en caso de que se pretenda

adjudicar el concurso, deberá determinar el cumplimiento técnico para esta línea por parte de la empresa apelante.-----

V. Sobre el fondo del recurso incoado. Manifiesta la apelante que el Consorcio adjudicatario incumplió con requisitos esenciales del cartel, específicamente lo dispuesto en el título II punto 3 y título III punto 10, de la experiencia mínima. Manifiesta que para la licitación de interés, resultaba necesario y esencial demostrar una experiencia mínima de tres años en la venta de equipos de la marca cotizada. Manifiesta que su empresa tenía la dedicación exclusiva de productos PHYWE desde el año 2011 hasta el 2014, y si solamente su empresa estaba autorizada para la venta de dichos productos, ni Edupan ni Dedico podían tener los tres años de experiencia. Adiciona que conforme a los documentos aportados por la adjudicataria, el acuerdo consorcial establecía que Edupan era la empresa encargada de acreditar lo relacionado a la experiencia, no obstante, se aportó nota del fabricante Phywe en donde se menciona a la empresa Dedico, que solamente tiene un año de existir conforme consta en el expediente administrativo, por lo que no hay forma de que el Consorcio tenga experiencia por tres años. La Administración por su parte manifiesta que el Consorcio cumplió en lo relacionado al requisito de la experiencia, por cuanto aportó una nota en la que consta que Dedico de Costa Rica S.A. es representante autorizado para la venta y distribución de equipos marca Phywe y en donde se le otorga la exclusividad en cuanto al concurso que nos ocupa. Por otra parte manifiesta, que en la oferta se acredita que Edupan cuenta con más de 6 años de ser distribuidor exclusivo para Costa Rica respecto de la marca Fischertechnik. Manifiesta que el cartel señaló dos tipos de cláusulas respecto de la experiencia, en primer lugar el requisito de admisibilidad que consiste en la venta de equipos similares en Costa Rica, y por otra parte la experiencia en ventas de la marca cotizada. Agrega que el requisito de admisibilidad prevalece sobre las condiciones generales, y que en todo caso se tiene por acreditado con base en la carta aportada por Fischertechnik, documento con el que fueron evaluadas ambos requerimientos cartelarios. La Adjudicataria alega en primera instancia que su representada no incumplió con los requisitos de admisibilidad dispuestos en el pliego cartelario. Manifiesta que conforme a las normas aplicables para la figura del consorcio, es posible que las empresas que conforman el consorcio puedan cumplir los requisitos cartelarios de manera conjunta o complementaria. Aduce que el requisito de admisibilidad dispuesto en el cartel, hace referencia expresa a la experiencia en la venta de equipos similares a los solicitados en este cartel, lo cual trae consigo la posibilidad de

que esos equipos no sean de un fabricante específico, sino que puedan ser de diferentes fabricantes, con el único condicionante de que esos equipos sean similares a los solicitados en el cartel, por lo que el argumento de la empresa recurrente de que su representada incumple con este requisito carece de validez. Agrega que según se indicó en la cláusula cuarta del acuerdo consorcial suscrito entre las partes, Edupan es la empresa responsable de solventar este requisito, sociedad constituida desde el nueve de agosto del año dos mil once dedicada a la venta de productos similares a los ofrecidos en el presente concurso, por lo que cumple sobradamente con el requisito de admisibilidad solicitado en el cartel. Por lo tanto, independientemente de cuál de las empresas que conforman el consorcio contaba con la experiencia, según las disposiciones que regulan la materia consorcial. Respecto de la venta de la marca cotizada en el país, manifiesta que no se trataba de una condición invariable y que además no se especificó dentro del cartel la formalidad con la que los oferentes debían acreditar dicha experiencia. Para atender el requisito, indica que en su oferta se incorporó una nota por parte del fabricante PHYWE Systeme GmbH & Co. KG según la cual se indica que el señor William Acosta Montero, quién es el presidente con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma de la empresa Dedico de Costa Rica S.A., cuenta con más de cuatro años de experiencia en la venta, instalación y capacitación de los productos PHYWE.

Criterio de la División: Conforme ya se ha resuelto en un apartado anterior, se tiene que el pliego cartelario contempló un requisito de admisibilidad conforme al cual los oferentes debían demostrar no solo la experiencia en venta de equipo similar, sino además la experiencia en la venta de la marca cotizada, por lo que no es de recibo el señalamiento que realizan adjudicataria y Administración para indicar que se trata de cláusulas independientes y que por ende no se requería la experiencia en la venta de equipos de la misma marca. Sobre el particular, se extrae de las piezas del expediente del concurso, que el Consorcio Dedico-Edupan cotizó para las líneas impugnadas, equipos todos de marca Phywe (hecho probado 3). Ahora bien, en lo relacionado a la marca cotizada Phywe, consta solamente una nota por parte del Fabricante en la que se refiere a Dedico como distribuidor exclusivo de la marca para la licitación específica, citando además que el señor William Acosta posee más de 4 años de experiencia en la venta de los equipos (hecho probado 5). Sobre la carta antes mencionada conviene precisar varios aspectos. En un primer lugar, si bien se extrae de la nota que el fabricante Phywe autorizó a la empresa Dedico, para ofrecer la marca en el concurso que aquí

se discute, la nota no acredita por sí sola que alguno de los miembros que integran el Consorcio cuenten con experiencia en la venta de la marca. Si bien se indica que el representante actual de Dedico, a saber el señor William Acosta posee experiencia relacionada por cuatro años, no se menciona a la empresa. En ese sentido, consta en el expediente del concurso que el acuerdo consorcial fue fijado entre las personas jurídicas Dedico de Costa Rica S.A. y Edupan Costa Rica S.A., sin hacer referencia alguna a los representantes particulares de cada una de ellas (hecho probado 4), ni tampoco participen estos formando parte del Consorcio. A su vez, se extrae que en el acuerdo consorcial no se hizo ninguna referencia, a cuál de los miembros le correspondía acreditar el aspecto de la experiencia en la venta de la marca particular (hecho probado 4), respecto de lo cual debe señalarse que no podría entenderse la experiencia de uno de sus representantes, en este caso el señor William Acosta para tener por acreditada la obligación de interés, salvo que de forma manifiesta se hubiere dispuesto así en el acuerdo. Adicional a lo anterior, tal y como afirma la empresa apelante debe extraerse del documento de personería jurídica, que la empresa Dedico tenía menos de un año de constituida al momento de la apertura de las ofertas, puesto que su inscripción consta del mismo año dos mil quince (hechos probados 2 y 6). En virtud de lo antes esgrimido, no puede entenderse que el documento suscrito por el fabricante Phywe en favor del Consorcio constituya documento idóneo para satisfacer el periodo mínimo de tres años exigido por la propia Administración en el cartel. Dicho esto, tampoco resulta de recibo la justificación aportada por la Administración Licitante, para considerar la elegibilidad de esta oferta con asocie al documento aportado para la marca Fischertechnik (hecho probado 9); en la medida que no es posible considerar la adjudicación de equipos de marca Phywe, con base en una certificación de marca ajena, sobre lo que no se ha demostrado cuál es la relación entre casas fabricantes como para estimar que se cubre el mismo tipo de respaldo que se busca con la marca ofrecida en el concurso y que se encuentran fuera de su giro comercial. Con vista en los motivos antes desarrollados, se tiene que el Consorcio no tenía aptitud para resultar adjudicado en las líneas impugnadas (hechos probados 11, 12 y 13), toda vez que su oferta no era elegible por motivos de la marca, por lo que se dispone **declarar con lugar** el recurso de interés y se anula el acto de adjudicación para las líneas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; 89 y 90 de la Ley de la Contratación Administrativa; 182, 183 y 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **GRUPO ENERTICA S.A.** en contra del acto de adjudicación referente a las líneas 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2015LN-000003-UTN**, promovida por la **UNIVERSIDAD TECNICA NACIONAL** para la adquisición de “*equipo de laboratorio*”, en favor del **CONSORCIO DEDICO DE COSTA RICA – EDUPAN DE COSTA RICA S.A., acto que se anula. 2)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Marcial Madrigal Quesada.

MMQ/chc
NN:05405 (DCA-1087)
Ci: Archivo central
NI: 3936, 4785, 5916, 7062, 7100, 8488, 9909, 10281, 10307
G: 2016001067-2