

## R-DCA-825-2016

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las diez horas treinta minutos del siete de octubre del dos mil dieciséis.-----

**Recurso de objeción** interpuesto por **Miya Brasil Empreendimentos e Participacoes, Ltda.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública Internacional 2016LI-000003-PRI**, promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para la “Precalificación de firmas consultoras para el Proyecto RANC-EE” (Proyecto de Reducción del Agua No Contabilizada y Optimización de la Eficiencia Energética).-----

### RESULTANDO

**I.-** Que la empresa Miya Brasil Empreendimentos e Participacoes, Ltda., presentó recurso de objeción el veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis ante esta Contraloría General en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

**II.-** Que mediante auto de las nueve horas cincuenta minutos del veintisiete de setiembre de dos mil dieciséis, se otorgó audiencia especial a la Administración para que se refiriera a los alegatos del recurso interpuesto, la cual fue atendida mediante oficio sin número y sin fecha presentado el 30 de setiembre, y oficio GG-DPI-2016-03920 de 3 de octubre de 2016.-----

**III.-** Que para emitir esta resolución se han observado las disposiciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

### CONSIDERANDO

**I.- Sobre el fondo del recurso presentado por la objetante Miya Brasil Empreendimentos e Participacoes, Ltda. 1) Sobre los años mínimos de inscripción del oferente:** Manifiesta la empresa objetante que la sección IV, punto 3 sobre Criterios de calificación, “3.2 Aspecto 5: Criterio “Años de Inscripción”, evalúa los años de inscripción del participante, que deberá ser de diez años a partir de la fecha de su inscripción, lo cual significa que cualquier oferente con menos años no obtendría puntuación si no cumple con ese mínimo. Manifiesta la objetante que dicha disposición constituye una desventaja y restricción a la participación de oferentes con menos años de inscripción, pero con los recursos, la experiencia, los resultados y la capacidad para brindar la consultoría que se pretende contratar; puesto que los años de inscripción de una empresa no constituyen una garantía de la capacidad técnica y profesional del oferente, porque pueden existir en el mercado empresas más jóvenes con capacidad para dar la consultoría. Agrega la objetante que este criterio tampoco garantiza que la empresa evaluada se haya dedicado durante todos esos años a la misma actividad; criterio que tampoco contempla otros

aspectos como fusiones, cambio de razón social, cambios de actividad o situaciones similares que impliquen que se trata de una empresa antigua, funcionando mediante una nueva razón o un nuevo grupo de interés económico. No existiendo así una justificación de dicho clausulado, y se violentan los principios de libre competencia e igualdad que contempla el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Finaliza la objetante su exposición solicitando que este criterio de evaluación se deje sin efecto, o en su defecto que sea modificado para permitir una calificación justa de los potenciales oferentes. La Administración manifiesta que los años de experiencia se asocian a la experiencia no específica del participante, que podrá ser una firma individual o una firma líder en el caso de consorcios, de modo que con este criterio no se pretende evaluar la capacidad de una firma para ejecutar el alcance del contrato previsto. Se valora el período durante el cual se ha realizado actividad económica, que incluye servicios de consultoría en las áreas en que tiene interés el AyA, los cuales son valorados con otros criterios de calificación que se detallan en la sección IV. Manifiesta la Administración que los criterios considerados de forma individual no permiten evaluar la capacidad de un participante para ejecutar satisfactoriamente el alcance del contrato previsto; ya que ello se logrará con el conjunto de todos los criterios de evaluación para conformar la lista corta que es el resultado que busca este proceso. Así, en el párrafo (71) de la Sección II se indica que los participantes que cumplan con todas las condiciones establecidas en los documentos, que cumplan con los requisitos de admisibilidad, y que cumplan con los valores mínimos correspondientes a todos los criterios y subcriterios de calificación, tienen la capacidad para ejecutar los trabajos requeridos y se les considera elegibles para integrar la lista corta; con lo cual la asignación de puntajes de forma separada buscan establecer un orden para definir la referida lista corta, que estará limitada a un máximo de cinco participantes, los que obtengan los máximos porcentajes de calificación, como de refiere en el párrafo (72) de la Sección II. Sostiene la Administración que la cláusula objetada está debidamente justificada desde el punto de vista técnico, con el objetivo de contratar empresas debidamente consolidadas en el sector, lo cual relevante de cara al plazo de la presente contratación, que sería de cinco años acompañando al AyA en la ejecución de un proyecto de vital importancia que implica una inversión de aproximadamente \$162.000.000, que abarca diversos tópicos de gran complejidad como se indica en la Sección III de los Documentos de Precalificación.

Concluye la Administración indicando con el ánimo de contar con la mayor participación de firmas o consorcios, el valor mínimo de diez años que se indica en el párrafo (42) de la Sección IV se bajará a siete años, modificándose el rango inferior del cuatro 7 de la Sección IV para que años y hasta se lea “Más de 7 años y hasta 13 años”, sin embargo, el puntaje del rango se mantendrá igual. Manifiesta la Administración que el período de siete años está relacionado con los párrafos (10), (11) y (19) de la Sección IV. En consecuencia, la Administración solicita el rechazo del recurso, admitiendo únicamente la modificación indicada. **Criterio de la División:** La empresa objetante tiene la obligación de fundamentar su recurso, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el ofrecimiento de los argumentos y pruebas necesarios que acrediten la limitación injustificada de su participación. En el caso no se ha demostrado de qué forma el límite mínimo de los diez años le impide participar y obtener puntaje contemplado en el cartel, puesto que no se ha efectuado ninguna exposición del estado de situación de la recurrente en cuanto a años de experiencia o fusiones –que es tema que referido– que permitan así cuestionar desde una posición individualizada que los requerimientos cartelarios le están limitando la participación; ni tampoco está justificando porqué considera que la cláusula deba ser eliminada, ni ha propuesto, respecto de su pretensión subsidiaria, cuál debería ser el contenido que considera correcto para la citada cláusula; todo conforme lo exige el párrafo cuarto del recién citado artículo 170. Por lo expuesto, el recurso de objeción debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación en el presente extremo. No obstante, es responsabilidad de la Administración proceder a realizar la divulgación pertinente de las aclaraciones realizadas en el contexto de este trámite. **Consideración de oficio:** La Administración debe proceder a justificar técnicamente porqué con necesarios más de 22 años para lograr obtener 5 puntos de conformidad con el cuatro 7 “Años de Inscripción – Puntaje” (párrafo (22) de la Sección IV, y correlativamente justificar por qué son requeridos de 19 a 22 años para la asignación de 4 puntos, de 16 a 19 años para la asignación de 3 puntos, de 13 a 16 años para la asignación de 2 puntos, y de 7 a 13 (según la modificación que propone) para la asignación de 1 punto. Si bien la Administración señala que utiliza diferentes factores de evaluación y que la capacidad es evaluada en otras cláusulas, debe quedar debidamente acreditadas en el expediente las justificaciones por las cuales se definieron esos rangos de años y la relación con el objeto contractual, de manera que también

se pueda apreciar la justificación de por qué una menor cantidad de años no es suficiente ni idónea. **2) Sobre la experiencia en el sector agua:** Manifiesta la empresa objetante que en la Sección IV del cartel, punto 3.3 Aspecto 6: “Experiencia general en servicios de consultoría en el sector de agua potable”, es requerida una experiencia mínima de diez años en el sector de agua potable, debiéndose contar con un mínimo de cinco contratos de servicios de consultoría durante los últimos diez años, de los cuales tres deben haberse ejecutado en países de Latinoamérica. La objetante considera que este criterio es excluyente e injustificado, y por tanto violatorio de los principios de libre competencia e igualdad de oportunidades que estipula el artículo 2 del RLCA, puesto que igual o mayor experiencia otorgan contratos ejecutados en Asia, África, Oceanía y Europa. De tal forma que el criterio cartelario no está evaluando realmente la capacidad del consultor y beneficia injustamente a aquellos participantes con experiencia en dichos países de Latinoamérica. Concluye la objetante para solicitar que esta cláusula sea modificada, permitiendo que la experiencia sea acreditada con la que se hubiese generado en cualquier país del mundo. Manifiesta la Administración que el cartel evalúa la experiencia que se haya generado en los últimos diez años, de modo que los contratos pueden tener esa extensión o una duración menor; la única limitante está en que no serán evaluados los contratos que se hayan concluido más allá de diez años previos a la fecha límite para la presentación de ofertas, según párrafos (47) y (48) de la Sección IV. Que de los cinco contratos de servicios de consultoría que están siendo solicitados, únicamente tres deben haberse ejecutado en los países de Latinoamérica que se indican en el párrafo (48) de la Sección IV, los otros contratos pueden haberse ejecutado en cualquier país del mundo. Que se pretende que las empresas participantes hayan generado experiencia en la región latinoamericana, por las particularidades culturales, sociales y económicas de la región, aspecto considerado crítico para garantizar el éxito de la implementación de las medidas técnicas y administrativas que surgirán del desarrollo de los trabajos. Considera la Administración que siendo la objetante una empresa brasileña, el requerimiento que objeta no debería ser de difícil cumplimiento, no aportando prueba alguna que demuestre la limitante específica con la que dice enfrentarse. La Administración solicita el rechazo de esta pretensión del recurso. **Criterio de la División:** La empresa objetante tiene la obligación de fundamentar su recurso, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el ofrecimiento

de los argumentos y pruebas necesarios que acrediten la limitación injustificada de su participación. En el caso no se ha demostrado de la experiencia específica solicitada por la Administración no sea acorde con los requerimientos del objeto contractual, ni tampoco demuestra que la experiencia en el sector agua obtenida en cualquier lugar del mundo resulta ser útil en cualquier otro país; de igual forma, la objetante no demuestra que no cuenta con la experiencia específica en Latinoamérica para que de esta forma quede acreditado de qué forma la cláusula cartelaria le está impidiendo concursar en igualdad de condiciones, puesto que si bien la parte objetante no puede pretender que el cartel se adapte a su específica posición en el mercado, sí debe concretar la limitante que enfrenta para contrastarla con el cartel, lo cual la empresa objetante no efectúa; todo conforme lo exige el párrafo cuarto del recién citado artículo 170. Por lo expuesto, el recurso de objeción debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación en el presente extremo. **3) Sobre la exclusión de prohibiciones para participar:** Manifiesta la empresa objetante que la Sección IV, punto 2.1 Aspecto 1: Requisito “Ausencia de causas de exclusión”, en el inciso d) exime de las prohibiciones para ser oferente a consultores que han participado de forma directa en los estudios preparatorios del proyecto, especialmente estudios de factibilidad, lo cual constituye una violación a lo dispuesto en el inciso j) del artículo 22 bis de la Ley de Contratación Administrativa, al colocar a los demás oferentes en una posición de ventaja frente a los demás oferentes, además de la violación del principio de igualdad, generando además un conflicto de intereses a contrapelo de la ley No. 8422 de 29 de octubre de 2004. Manifiesta la objetante que los exfuncionarios, terceros o personas que hayan participado directamente como asesores o parte de un equipo de preparación de estudios de la presente licitación, no deben formar parte de ninguna empresa que participe como oferente en el proceso de precalificación o en una licitación posterior. Por ello, la objetante solicita dejar sin efecto la permisón que el cartel efectúa. Manifiesta la Administración que el punto d) del párrafo (5) de la Sección IV efectúa una aclaración respecto de la prohibición que contiene el mismo punto d), así: *“Lo anterior no se aplica a consultores que hayan realizado estudios preparatorios para el proyecto o hayan participado activamente en alguna fase anterior, siempre que la información elaborada por ellos a este respecto, especialmente estudios de factibilidad, se ponga a disposición de todos los Participantes y el trabajo realizado no haya incluido la elaboración de los términos de referencia de la licitación.”*

Señala la Administración que dicha disposición aclara que la prohibición no aclara a aquellas personas, físicas o jurídicas que hayan realizado estudios o investigaciones sobre la temática del proyecto en una etapa previa al inicio del procedimiento de contratación y en los cuales el contratante de estas personas no haya sido el AyA, como es el caso de estudios o investigaciones previas contratados por los entes que financian el proyecto con el objetivo de respaldar su decisión de financiarlo. En consecuencia, la Administración solicita el rechazo de este punto del recurso. **Criterio de la División:** El artículo 22 bis, inciso j, de la Ley de Contratación Administrativa dispone lo siguiente: *“En los procedimientos de contratación administrativa que promuevan las instituciones sometidas a esta Ley, tendrán prohibido participar como oferentes, en forma directa o indirecta, las siguientes personas: / [...] / j) Las personas físicas o jurídicas que hayan intervenido como asesoras en cualquier etapa del procedimiento de contratación, hayan participado en la elaboración de las especificaciones, los diseños y los planos respectivos, o deban participar en su fiscalización posterior, en la etapa de ejecución o construcción. Esta prohibición no se aplicará en los supuestos en que se liciten conjuntamente el diseño y la construcción de la obra, las variantes alternativas respecto de las especificaciones o los planos suministrados por la Administración.”* Por su parte, la disposición cartelaria que ha sido objetada y que la Administración transcribió en su respuesta incluida previamente, no se ajusta a esta disposición normativa, puesto que está permitiendo la participación de personas físicas o jurídicas que realizaron actividades que son consideradas incompatibles con el desarrollo del presente u posteriores procesos de contratación, y aún cuando los estudios sean puestos en conocimiento de todos los participantes, ello no constituye una causal excluyente de la prohibición legal, porque quien haya participado previamente en las posiciones consideradas prohibidas o incompatibles han obtenido un conocimiento específico que se considera que otorga una ventaja indebida. En segundo lugar, la prohibición legal en comentario no puede obviarse por la sola razón de que la entidad bancaria que financie haya sido la contratante, puesto que la ley vincula la prohibición de determinadas personas respecto de actividades desplegadas en relación con específicos objetos contractuales, y en este caso la misma Administración ha señalado que se trata de estudios para el ulterior desarrollo del objeto contractual que describe el cartel. En consecuencia, lo procedente es **declarar con lugar** el presente punto del recurso. En caso de que la Administración cuente con respaldo normativo

que le permita sustraerse del régimen de prohibiciones de la Ley de Contratación Administrativa, de rango internacional, podrá ampararse en ella siempre que sea constitucionalmente procedente. **4) Respecto de los términos de referencia para el consultor:** La empresa objetante manifiesta que el cartel estipula en la Sección III, punto 7.2, el “Resumen de términos de referencia para el consultor”, sin embargo, considera que la información que se brinda es limitada respecto de las actividades que el consultor deberá realizar en la contratación futura, porque presenta un resumen y no los términos detallados del objeto contractual, lo que incide directamente en la idoneidad de la información que se debe aportar para precalificar, como ocurre con el personal especializado que se aportaría y sus cualidades, porque ello depende exclusivamente de una información clara y detallada de las actividades a realizar en la contratación, y sin esa información se produce una limitación que puede inducir a error al participante, al no ofrecer determinado personal que en realidad era el más apto. Que dicha falta de claridad incide directamente en los servicios, contrataciones y subcontrataciones que la oferente tendría que efectuar. Señala la objetante que los términos de referencia fungirán como el pliego de condiciones para la contratación futura, ante la magnitud, trascendencia y complejidad del objeto contractual, y por ello en tales condiciones se basará el oferente, de modo que al estar limitada la información, solicita que el cartel sea modificado de tal forma que sea brindado el detalle de los términos de referencia y no un resumen. La objetante fundamenta su petición en el artículo 2 del RLCA como garante de los principios de eficiencia, igualdad y publicidad. Manifiesta la Administración que la etapa de precalificación o concurso de antecedentes consiste en un proceso que busca valorar a los potenciales oferentes en cuanto a capacidad legal, solvencia financiera, experiencia general y específica, personal calificado, entre otros, y así conformar un registro de idoneidad o lista corta para participar en un posterior concurso o licitación. Con base en ello, los participantes deben elaborar la solicitud de precalificación destacando las fortalezas en relación con los aspectos en que serán evaluados con el fin de obtener la mejor puntuación; donde el personal especializado que indique cada participante en esta primera etapa de precalificación servirá únicamente para valorar la idoneidad del participante, y no corresponde precisamente con los profesionales que serán ofrecidos en la etapa siguiente del proceso; y será en una etapa posterior donde será solicitada una oferta técnica y económica para la ejecución de la consultoría, y será en ese

momento cuando se incluyan los términos de referencia, que será presentada a todos los oferentes que queden incluidos en la lista corta producto del resultado de precalificación. Manifiesta la Administración que en este punto se efectuado una breve descripción del Proyecto RANC-EE y del alcance de la consultoría, lo cual va dirigido a empresas con amplia experiencia en contratos de esta índole. Además, en esta etapa no está siendo solicitada garantía de participación como sí se hará en la etapa siguiente, antes referida. La Administración solicita el rechazo del recurso en este punto. **Criterio de la División:** La empresa objetante tiene la obligación de fundamentar su recurso, de conformidad con el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, mediante el ofrecimiento de los argumentos y pruebas necesarios que acrediten la limitación injustificada de su participación. En el caso no se ha demostrado que la información que brinda la cláusula objetada sea insuficiente de conformidad con el objeto del contrato, consistente en una precalificación. La cláusula 7.2 de la Sección III contempla los párrafos (44) a (54) que establecen una serie de labores que debería efectuar el consultor, ante lo cual la empresa objetante no he efectuado observación alguna que le permita concluir que dicha información es enteramente insuficiente, limitándose a hacer referencia a la palabra ‘resumen’ de la cláusula; muy al contrario, en ello no puede consistir la fundamentación del recurso, sino que debió referirse al contenido específico que el cartel le ofrece; luego, la objetante no ha confrontado su experiencia específica con dichas estipulaciones cartelarias, de modo que le sea posible sostener que no se están incluyendo aspectos relevantes para la presente o futuras contrataciones al amparo de la presente; todo conforme lo exige el párrafo cuarto del recién citado artículo 170. Por lo expuesto, el recurso de objeción debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación en el presente extremo.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **Miya Brasil Empreendimentos e Participacoes, Ltda.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública Internacional 2016LI-000003-PRI**, promovida por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para la “Precalificación de firmas consultoras para el Proyecto RANC-EE” (Proyecto de Reducción del Agua No Contabilizada y



Optimización de la Eficiencia Energética). **2)** Procédase a modificar el cartel según lo dispuesto en la presente resolución, observando lo dispuesto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y dar la debida publicidad de las modificaciones de manera que sean del conocimiento de todo potencial oferente. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----  
**NOTIFÍQUESE.** -----

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Rolando A. Brenes Vindas  
**Fiscalizador Asociado**

*Estudio y redacción: Rolando Brenes Vindas.*

*EOP/RBV/ymu*

*NI: 25581, 25583, 25584, 25587, 25655, 25813, 25831, 25971, 26591, 26766.*

*NN: 13070 (DCA-2526-2016)*

**G: 2016003252-1**