

## **R-DCA-0346-2019**

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

San José, a las ocho horas con quince minutos del nueve de abril del dos diecinueve.-----

**RECURSO DE OBJECCIÓN** interpuesto por el **CONSORCIO CENTROCEL INC S.A.-CELSA S.A.S – PRODUTEL ESM, S.A.** en contra de las modificaciones al cartel del **CONCURSO MAYOR No. 03-2019** promovido por la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA (ESPH)** para el suministro de luminarias led y sustitución de luminarias alta presión de sodio y mercurio en el área servida por la ESPH.-----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el veintiséis de marzo del dos mil diecinueve, el **CONSORCIO CENTROCEL INC S.A.-CELSA S.A.S – PRODUTEL ESM, S.A.**, presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra de las modificaciones al cartel del referido Concurso Mayor No. 03-2019 promovido por la Empresa de Servicios Públicos de Heredia.-----

**II.** Que mediante auto de las quince horas veinticuatro minutos del veintisiete de marzo del dos mil diecinueve esta División otorgó audiencia especial a la ESPH para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Adicionalmente, este órgano contralor requirió de la ESPH que indicara la fecha en que fueron comunicadas todas las modificaciones al cartel de la contratación y copia de la misma, así como la fecha de la apertura de ofertas. Dicha audiencia fue atendida mediante los oficios N° SOP-CS-GC-174-2019 y SOP-CS-GC-177-2019 del veintiocho y veintinueve de marzo del dos mil diecinueve, respectivamente, los cuales se encuentran incorporados al expediente de la objeción.-----

**III.** Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

### **CONSIDERANDO**

**I. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE OBJECCIÓN.** El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto al deber de fundamentación de los 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 lo anterior, 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” (destacado agregado). Bajo las anteriores consideraciones, esta Contraloría General analizará los argumentos expuestos y declarará sin lugar aquellos carentes de fundamentación, para lo cual servirá de sustento y motivación lo antes indicado.-----*

**II. SOBRE EL FONDO. 1. Sobre el plazo para la recepción de ofertas.** El objetante manifiesta que durante el proceso de objeción anterior, la Administración fue enfática en sostener que el plazo mínimo que debe mediar entre la publicación del cartel y la apertura de ofertas, es de tan solo tres días hábiles. No obstante, en este caso la publicación se realizó el veinticinco de marzo después de las seis pm y la apertura se programó para el veintiocho de marzo, lo que otorga en el mejor de los casos solamente dos días hábiles para preparar la oferta (martes y miércoles). Agrega que por disposición de la Ley de Notificaciones del Poder Judicial, aplicable en subsidio en procedimientos de la Administración, según lo establecido por el artículo primero de la Ley de Notificaciones Judiciales, en casos de notificación por medios electrónicos, la regla será lo que establece el artículo 38 de dicha ley, es decir, que el plazo empieza a correr a partir del día siguiente hábil de la notificación. Señala que la notificación del nuevo cartel realizada en horas no hábiles, se tiene por recibida el día veintiséis y el plazo comenzaría a correr el veintisiete del mismo mes, por lo que en realidad el plazo dado sería de tan solo un día hábil. Es claro que otorgar un plazo menor al mínimo establecido según la normativa aplicable implica nulidad absoluta del procedimiento y por tanto respetuosamente

solicita sea así advertido a la Administración licitante. La ESPH menciona que se realizaron los cambios solicitados por la CGR, en la resolución RDCA-0293-2019, pero se acoge a los tiempos mínimos, con la intención de reducir al máximo las pérdidas económicas que enfrenta. Agrega que la ESPH en materia de compras, se ve exigida al derecho privado, por la reserva realizada en el artículo octavo de la ley 7789, razón por la cual, no le amerita el cómputo de plazos con vista a cuerpos normativos propios del derecho público. No obstante, considerando la nueva acción recursiva, la ESPH amplió la fecha de apertura por lo que ya no hay razón para ahondar en lo que dice el consorcio. **Criterio de la División**. Sobre el particular considerando que la ESPH amplió el plazo para la apertura de ofertas, estableciéndola para el 15 de abril del año en curso (folio 25 del expediente del recurso de objeción), es claro que se cumpliría con el plazo mínimo de tres días requerido en el Reglamento de Concurso que abriga el procedimiento de la ESPH, con lo cual se declara sin lugar este aspecto del recurso. **2. Sobre el párrafo primero del punto 2.1 del cartel**. La objete menciona que recurre el punto 2.1 del pliego de condiciones en el párrafo que indica: *"No se acreditará experiencia que no involucre al oferente (Integrantes que presenta la oferta de este concurso) en la realización y/o ejecución con otros involucrados en la experiencia que hayan realizado y que presentan como experiencia en forma conjunta, para validar que son los mismos que han realizado los proyectos en esos otros países que presentan para estos fines, también se debe indicar la tecnología existente antes y después del proyecto; validar las consideraciones de tiempo de realización y la certificación de las pruebas de los equipos utilizados entre ellos; grúas y equipo de comprobación eléctrica debidamente acreditados por un ente certificador..."* Al respecto, indica que la redacción es confusa, solicita que el párrafo sea eliminado del pliego de condiciones, y objeta varios aspectos: **a. Sobre la experiencia mínima en cada parte del consorcio**. Indica que considera injustificado que la Administración interprete que todas las partes del consorcio deben contar con la experiencia mínima, lo cual considera un obstáculo injustificado y condición contraria al principio de eficiencia en la contratación pública. Señala que la Contraloría en reiteradas ocasiones ha sostenido que el consorcio es una unión temporal de fortalezas para que un grupo de empresas puedan realizar aportes en que cada una de ellas tiene experticia, de tal forma que el grupo pueda cumplir con los requisitos mínimos requeridos por el pliego cartelario. Considera que si todos los integrantes de un consorcio cumplieran con la experiencia, sería ilógico que formen un consorcio, pues no se necesita aunar fortalezas para presentar oferta. La ESPH menciona que es reserva suya establecer este tipo de requerimientos en el cartel, y que en el caso particular requiere acreditar experiencia tanto de las empresas suplidoras de equipos

como de las empresas ejecutoras, todas con suficiente capacidad técnica de forma que exista plena seriedad para atender el proyecto y no ponerlo en riesgo. Añade que la figura del consorcio existe para reunir esfuerzos en aras de cumplir requisitos del cartel, pero eso no significa que el pliego de condiciones deba dejar abierta la posibilidad de recibir ofertas de empresas que no cumplan con los mínimos de experiencia requeridos. Lo que se busca es que las empresas del consorcio demuestren tener capacidad técnica demostrada. **Criterio de la División.** Como aspecto de primer orden, resulta necesario indicar que el objetante señala que la cláusula es confusa y parece desprender que todos los integrantes de la oferta (en caso de consorcio) deben contar con experiencia mínima, lo cual considera un obstáculo para participar. En cuanto al tema de la claridad de la norma, en el cartel original, la ESPH indicó: *“No se admitirán ofertas en consorcio o en conjunto, salvo que las condiciones técnicas así lo habiliten, en dado caso aplicarán las siguientes cláusulas (...)”* y dentro de las condiciones del cartel, apartado VII, en el punto 1, Requisitos mínimos, la ESPH indicó: *“a. Para efectos de este proceso licitatorio; es conveniente y preferible para la magnitud del proyecto que requiere la ESPH, que las ofertas de las empresas o consorcios (...)”*. Con la tercera modificación al cartel, objeto de la actual acción recursiva, a la cláusula de requisitos mínimos le fue adicionada un nuevo párrafo, el cual en lo que interesa y respecto a empresas oferentes que presente proyectos fuera de Costa Rica, dispone que: *“No se acreditará experiencia que no involucre al oferente (Integrantes que presenta la oferta de este concurso) en la realización y/o ejecución con otros involucrados en la experiencia que hayan realizado y que presentan como experiencia en forma conjunta, para validar que son los mismos que han realizado los proyectos en esos otros países que presentan para estos fines”*. Ante lo transcrito, y considerando lo expuesto en la audiencia especial, donde la ESPH indicó: *“Considerando esto, se requiere acreditar experiencia tanto de las empresas suplidoras de equipos, como de las empresas ejecutoras, todas, con suficiente capacidad técnica, ya que debe existir plena claridad en que, la ejecución del proyecto, será adjudicada a una empresa o grupo de empresas, dónde (sic) todos entiendan la seriedad del proyecto y comprueben su experiencia sin poner el riesgo la consecución del mismo”, (subrayado agregado) (folio 34 del expediente del recurso de objeción), se denota que se hace referencia a empresas suplidoras y empresas ejecutoras, con lo cual no resulta claro qué amplitud debe darse a la frase *“(Integrantes que presenta la oferta de este concurso)”*. Por otra parte, se indica en el cartel, *“experiencia en forma conjunta”*, con lo cual no se entiende si, partiendo del supuesto de ofertas en consorcio, la experiencia a acreditar es aquella que se obtuvo en proyectos realizados donde las empresas –del consorcio- participaron en el mismo*

proyecto; o si lo que se pretende señalar es que se valorará experiencia de cada uno de los miembros del consorcio; o por último, si se está regulando la posibilidad de presentar ofertas en conjunto. Observa este órgano contralor que en el “Capítulo XI, De las Ofertas”, del Reglamento de Compras y Contrataciones de la ESPH, se indica: *“42. Cuando la ESPH, S.A., lo considere oportuno, podrá permitir las ofertas en consorcios (...) 43. La Administración, podrá autorizar que participen oferentes conjuntos cuando por la naturaleza del bien o el servicio, sea posible y conveniente para los intereses de la ESPH, S.A. (...)”*, y ante ello es necesario que se redacte la cláusula de forma clara que permita dar certeza de lo pretendido. En ese sentido, y ante la falta de claridad del pliego de condiciones, deberá quedar claramente establecido para quién se solicita el requerimiento, verificando que tal disposición sea armónica en todo el cartel. De frente a lo dispuesto, se declara parcialmente con lugar este extremo. Por otra parte, el recurrente señala que: *“(...) interpretar que todos los integrantes (en el caso de Consorcio) deban contar con la experiencia mínima, resulta un obstáculo injustificado (...) Bien ha sostenido esa Contraloría en reiteradas ocasiones que el consorcio es una unión temporal de fortalezas (...) si todos los integrantes de un consorcio cumplieran con la experiencia, sería ilógico que formen un consorcio, pues no se necesita aunar fortalezas para presentar oferta”* (folio 03 del expediente del recurso de objeción). Ante esto, es importante señalar que el artículo 72 del RLCA, que es la norma general que regula las ofertas en consorcio, y que puede tomarse como disposición orientadora para el caso concreto, en lo que interesa, establece: *“Además de lo anterior, 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”*, con lo cual, es decisión de la entidad que promueve el concurso, determinar si cada empresa consorciada debe cumplir con los requerimientos mínimos o, por el contrario, si se admite la sumatoria de elementos. En virtud de lo dispuesto, se declara sin lugar este aspecto del recurso. **b. Sobre la tecnología existente.** El objetante señala que la tecnología existente antes y después del proyecto no agrega ningún valor al hecho puntual de demostrar cantidad de luminarias sustituidas, lo cual ha sido la gran preocupación de la ESPH según su defensa de la cantidad de sustituciones que requiere para acreditar la experiencia. Considera que el requerimiento constituye un requisito insulso y un obstáculo a la posibilidad de concursar. La ESPH menciona que este punto resulta rebatible, ya que el objeto de la contratación versa indiscutiblemente sobre un proyecto de sustitución de luminarias, de un tipo específico, por otro igualmente

específico. Entonces, que la ESPH quiera conocer los alcances de proyectos, sobre los cuales no tiene la capacidad de verificación por encontrarse en el extranjero, a su criterio, parece una solicitud razonable. Agrega que, el objetante no demuestra de qué manera se trata de un requisito imposible de cumplir y que la ESPH incluye este elemento en el cartel, en procura de corroborar la trazabilidad técnica del proyecto y su concordancia con el objeto contractual.

**Criterio de la División.** Visto lo señalado por las partes, se observa que el recurrente no realiza mayor desarrollo en su alegato, siendo que esencialmente se limita a señalar que: *“La tecnología existe antes y después del proyecto, no agrega ningún valor al hecho puntual de demostrar cantidad de luminarias sustituidas (...) constituye un requisito insulso y un obstáculo a la posibilidad de concursar”*, sin mayor prueba o comprobación de que el requerimiento se configure en un requisito “insulso” y que se dé una limitación a participar, incurriendo en falta de fundamentación, según se indicó en el apartado primero de esta resolución. Por otra parte, la ESPH, da las razones por las cuales solicita el requerimiento, como lo es que procura corroborar la trazabilidad técnica del proyecto y su concordancia con el objeto, lo cual, como se indicó, es de su discreción, como conocedora de la necesidad que busca satisfacer y corre bajo su responsabilidad. En virtud de lo indicado, se declara sin lugar este aspecto del recurso. **c.**

**Sobre el reporte de pruebas realizadas.** El objetante considera que no tiene ningún sentido solicitar el reporte de las pruebas realizadas a los equipos. Lo anterior, porque cada país y cada entidad tiene plena discrecionalidad para determinar cuáles pruebas realiza o bien si las realiza. Indica que parece que la Administración pretende dejarse una carta blanca para determinar cuáles proyectos le resultan aceptables o no en función de datos irrelevantes o ajenos a toda lógica, como las pruebas que realizó la entidad compradora, entre otros. La ESPH menciona que lo que busca es validar la experiencia reconocida en otros países, mediante la trazabilidad del conocimiento técnico aplicado en determinado proyecto generado o realizado en otras latitudes. Señala que la ESPH carece de las capacidades técnicas y de fiscalización para verificar en el extranjero trabajos realizados, lo cual a su vez implica que reconoce que pueden existir diferencias con respecto a las condiciones técnicas en que se realizan proyectos fuera del país. Por lo tanto, considera que establecer elementos que sirvan para validar la trazabilidad técnica de un servicio no es un elemento desproporcionado. Menciona que la presentación de pruebas, son importantes para determinar la relación entre la experiencia alegada, su verificación y la concordancia del objeto de contratación, siendo un tema de seguridad operativa en aras de garantizar la correcta consecución del proyecto. **Criterio de la División.** Se observa que el recurrente en su acción recursiva menciona: *“Ningún sentido tiene solicitar el reporte de*

*las pruebas realizadas a los equipos cuando cada país tiene plena discrecionalidad para determinar cuáles pruebas realiza o si las realiza (...)*". Al respecto, visto el cartel, no se observa que se fijen cuáles son las pruebas que la ESPH requiere y siendo que pueden existir varias, es necesario que en el pliego cartelario se precisen las pruebas que se deben cumplir. En virtud de lo indicado, se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso. **d. Sobre los datos acreditados por un ente certificador.** El objetante manifiesta que con una fundamentación aún menor, el pliego cartelario exige de manera infundada que todos esos datos del cliente, se encuentren acreditados por un ente certificador. Señala que basta con preguntarse si la ESPH hace acreditar por un ente certificados esos mismos datos de los contratos que ha ejecutado, de donde la respuesta segura será que no. No obstante, sí les parece normal pedir que el oferente que ejecutó contratos en el extranjero, acredite que su experiencia data de contratos donde se dieron todas esas circunstancias que no tienen ningún interés para la ESPH, lo cual evidencia limitaciones, condiciones o restricciones irracionales e injustificadas que limitan en forma grosera la oportunidad de participar en igualdad de condiciones. Además, considera que si para la ESPH esos requisitos son tan importantes, debería solicitarlos a las empresas que acrediten experiencia local. La ESPH manifiesta que condiciona el régimen de cumplimiento con certificaciones y requerimientos que pretende probar de manera idónea y objetiva la experiencia de los oferentes, en latitudes desconocidas para la organización. Agrega que las pruebas de las grúas no se solicitan solo para los proveedores con operación en el extranjero, sino que el cartel lo establece como un requisito de admisibilidad para todos los oferentes, lo cual es verificable en la página 60, en punto 15. **Criterio de la División.** En el caso particular, el cartel no resulta claro, por ejemplo, en cuanto al tipo de acreditación, el ente acreditador o lo extremos a acreditar, de modo que a fin de contar con un instrumento cartelario claro y completo, se deberá brindar mayor información sobre lo que se requiere. Por lo tanto, se declara parcialmente con lugar este extremo del recurso. **3. Sobre las bitácoras y aval del CFIA.** El recurrente objeta el siguiente párrafo: *"... también debe aportar las bitácoras de ingeniería avaladas por el Colegio de Ingenieros correspondiente y avalados por el Colegio de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, para garantizar su adecuada trazabilidad de condiciones de ingeniería en el proyecto que presenta como experiencia reconocida"*. Al respecto indica que en el cartel original no se solicitaba para proyectos ejecutados en Costa Rica, que se presentaran bitácoras de ingeniería ni que estuvieran avaladas por el CFIA, por lo que la trazabilidad no parecía entonces importante. Agrega que en todo caso, el CFIA no otorga "avales" a bitácoras de proyectos ejecutados en otros países y el oferente no puede obligar al

colegio a asumir semejante labor. Señala que para avalar si un proyecto ejecutado en otro país fue realizado bajo condiciones de ingeniería aplicables en el CFIA de Costa Rica, ese colegio requeriría realizar una auditoría, lo cual además resulta ilógico porque cada país tiene autonomía para determinar cuál es la normativa o prácticas que exige en su territorio en materia de ejercicio de la ingeniería civil. Por la falta de sentido común y lógico, así como por la falta de fundamento legal, solicita eliminar ese párrafo de la cláusula objetada. La ESPH manifiesta que solicita estos elementos de verificación, para los proyectos realizados en el extranjero, puesto que considera que son mecanismos válidos para realizar verificaciones de proyectos a los cuales no tiene acceso, por la distancia y en donde, desconoce el marco de regulación aplicable. Agrega que en Costa Rica, cualquier proyecto ingenieril, de cualquier índole debe contar con su bitácora, por lo cual se parte de que los proyectos presentados en territorio nacional, fueron realizados con ajuste a las normas nacionales. Indica que la ESPH no puede suponer lo mismo, por parte de proyectos realizados en el extranjero, puesto que desconoce las condiciones normativas y técnicas de cada país, por ello, encuentra en este requisito, el mecanismo idóneo para la acreditación de la experiencia. En todo caso, considera que el alegato carece de la fundamentación requerida, pues no acredita mecanismos supletorios, mediante los cuales, se logre determinar la idoneidad de la experiencia, y se encuentra ayuno de una explicación que justifique la imposibilidad material para que un oferente cumpla con los requisitos del cartel. **Criterio de la División**. Sobre el punto en discusión se observa que ante el alegato realizado la ESPH no es categórica en señalar que el uso de bitácoras se dé en otros países, al punto que señala “...en dónde, desconoce el marco de regulación aplicable”, de ahí que es difícil extrapolar en el cartel requisitos que son propios del país, sin que exista un conocimiento cierto que no se está colocando a los participantes en una situación de imposible cumplimiento. Además, la ESPH, con su respuesta a la audiencia especial, tampoco acredita que el CFIA conceda los avales que requiere, ya que señala: “La ESPH, solicita estos elementos de verificación, para los proyectos realizados en el extranjero, puesto que considera que son mecanismos válidos para realizar verificaciones de proyectos a los cuales no tiene acceso, por la distancia y en dónde, desconoce el marco de regulación aplicable. En Costa Rica, cualquier proyecto ingenieril, de cualquier índole debe contar con su bitácora, por lo cual se parte de que los proyectos presentados en territorio nacional, fueron realizados con ajuste a las normas nacionales. (Tal como se indica en el Reglamento Especial Cuaderno de Bitácora de Obra del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica). / Sin embargo, la ESPH, no puede suponer lo mismo, por parte de proyectos realizados en el extranjero, puesto

que desconoce las condiciones normativas y técnicas de cada país, por ello, encuentra en este requisito, el mecanismo idóneo para la acreditación de la experiencia" (subrayado agregado) (folio 38 del expediente del recurso de objeción). En virtud de lo cual, se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso, debiendo eliminarse la referencia a la bitácora y avales otorgados por el CFIA. **4. Sobre los procedimientos acreditados.** El recurrente objeta el siguiente párrafo: *"Por otro lado; se debe aportar los procedimientos acreditados para el desarrollo del proyecto, firmados por responsables debidamente acreditados para la gestión del proyecto, asimismo; como los informes de cierre pertinentes para estos casos; para validar los costos y la conclusión del proyecto en términos técnicos en la conclusión del mismo."* Manifiesta que con respecto a los costos solicitados en proyectos internacionales, por lógica estos son de carácter confidencial, no obstante, estarían entregando carta de satisfacción del cliente final. Agrega que en todo caso, el parámetro de experiencia es por cantidad de luminarias sustituidas, salvo que la ESPH ahora tenga un nuevo interés por evaluar también el costo de cada proyecto, lo cual, considera, sería improcedente porque la economía de cada país es diferente y porque el requisito cartelario siempre ha pretendido asegurar la experticia del oferente y no se trata de un requisito de carácter financiero o cosa parecida. Por lo anterior, solicita se elimine el párrafo antes citado. La ESPH manifiesta que requiere conocer si existen procedimientos acreditados al desarrollo del proyecto, es decir, a la gestión que se realiza en el proyecto antes, durante y posterior a su ejecución, con el fin de garantizar cómo se gestó el objeto contractual y los cambios sufridos en caso que ocurrieran. Agrega que si se desea acreditar experiencia en el extranjero, se requiere conocer cómo lo hacen para el mejor entender de su departamento técnico. Señala que sin embargo, para efectos de la verificación de la experiencia en el exterior, considera prudente conocer los extremos financieros del proyecto, para conocer cuánto fue lo planeado, cuáles fueron sus imprevistos y cual su costo total y con ello, para así determinar cuánto impacto tuvo los procesos, claramente definidos, en el desarrollo del proyecto. Concluye que el consorcio olvida en sus alegatos justificaciones técnicas que demuestren imposibilidad para la presentación de la información y alternativas de subsidiarias, mediante las cuales acreditar la idoneidad de la experiencia alegada. **Criterio de la División.** Sobre el punto en discusión, se observa que la Administración señala: *"(...) se requiere conocer si existen procedimientos acreditados al desarrollo del proyecto; esto es, se refiere a la gestión que se realiza en el proyecto antes, durante y posterior a su ejecución (...). Si se desea acreditar experiencia en el extranjero, se requiere conocer cómo lo hacen para el mejor entender de nuestro departamento técnico (...). Sin embargo, para efectos de la*

*verificación de la experiencia en el exterior, la ESPH considera prudente conocer los extremos financieros del proyecto (...)*" (folios 38 y 39 del expediente del recurso de objeción). Al respecto, considera este órgano contralor que la ESPH no acredita las razones por las cuales no resulta suficiente la información solicitada en el apartado b) del punto iii. "Certificaciones de la experiencia de la empresa que solicita información acerca del valor aproximado del proyecto, nombre y número de teléfono del propietario, así como las fechas de inicio y conclusión del trabajo, entre otros aspectos, tal y como se solicita para los nacionales. En virtud de lo indicado, se declara parcialmente con lugar este aspecto del recurso. **5. Sobre la apostilla.** El recurrente objeta, el párrafo del cartel que establece lo siguiente *"Toda esta información debe ser debidamente acreditada por los consulados correspondientes y apostillada para garantizar su integridad."* Indica que el párrafo resulta violatorio de los principios de "Igualdad", "Libre Competencia" y de "Buena Fe" recogidos por el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa e indica que son raigambre constitucional conforme a lo expuesto por el Voto 998-98 de la Sala Constitucional y de seguido realiza una transcripción sobre dichos principios. Expone que básicamente se solicita para quienes quieran acreditar experiencia internacional, presentar con la oferta documentación "auténtica", es decir, procesada de forma tal que su autenticidad no admita cuestionamiento, pero para los oferentes que propongan experiencia nacional no se pide igual requisito, lo cual viola el principio de igualdad. Señala que el requisito viola el principio de libre competencia porque se otorga a los potenciales oferentes un solo día hábil de plazo para procurar documentos que deben ser requeridos a entidades públicas (varios días entre solicitud y asignación al respectivo funcionario), pero además se pide que la firma de esos funcionarios cumplan con la cadena de legalización, que solo para la aprobación en suelo costarricense, puede tomar varios días, con lo cual en términos prácticos el cartel conoce que esos potenciales oferentes no podrán participar en el concurso. Señala que resulta paradójico que la ESPH haya propugnado por la exclusión de la normativa de la Ley de Contratación Administrativa para disponer de mayor "flexibilidad" en el manejo administrativo, pero ahora impone requisitos complicados pero sobre todo innecesarios, cuando la misma LCA y su Reglamento, permiten que la oferta se legitimen sin necesidad de acreditar la representación legal, salvo para el adjudicatario, tal como se desprende del artículo 18 del RLCA y realiza una transcripción de un numeral que identifica como artículo 18. Indica que siendo que inclusive la representación podría y debería ser presumida, con mucho más razón documentación que es simple instrumento para acreditar experiencia, la cual indica que carece de sentido requerir con las formalidades antes citadas a no ser que el oferente haya resultado

adjudicatario. Solicita se elimine el requisito habida cuenta de la imposibilidad material en que se encuentra cualquier potencial oferente, de tramitar las certificaciones que ahora se solicitan y además realizar el trámite de apostillado, salvedad hecha a que el cartel otorgue al menos tres semanas para la presentación de ofertas. Además, señala que el requisito resulta violatorio del principio de buena fe, en tanto ha de presumirse que la oferta y sus datos se presentan de buena fe por el oferente, de tal forma que el cumplimiento de formalidades para convertir en plena prueba un documento, resulta exagerado e injustificado en esta etapa concursal, siendo por ello justificado la eliminación de este requisito. La ESPH indica no entiende cómo un instrumento internacional de verificación, que se encuentra disponible en todos los países del mundo, adscritos al convenio de La Haya puede ser tomado como una violación normativa. Máxime, cuando se trata de la validación de información, de la cual no se tiene certeza alguna, por tratarse de proyectos extranjeros, lejanos al conocimiento técnico y a la capacidad de verificación de la ESPH. Agrega que todas las consideraciones vinculadas a la imposibilidad de cumplir con los requisitos del cartel, derivadas al plazo de recepción de ofertas, han sido difuminadas en atención a la última ampliación de este plazo, destinado ahora para el próximo 15 de abril, razón por la cual, no viene al caso discutir sobre el tiempo como barrera. **Criterio de la División.** De frente a los alegatos del objetante, resulta de interés señalar que la ESPH mediante oficio No. SOP-CS-GC-174-2019, indicó: *“1-Se indica que la fecha en que se emite a los posibles oferentes el oficio SOP-CS-GC- 169-2019, correspondiente al tercer pliego de aclaraciones y modificaciones al Concurso Mayor 3-2019, fue notificado mediante correo electrónico, el día lunes 25 de marzo del 2019. (...) 2-Se indica que la fecha actual de apertura de ofertas de este concurso, está definida para el día 15 de abril del año 2019 al ser las 10:00 am.”* (folio 25 del expediente del recurso de objeción). Considerando lo anterior, el objetante cuenta con un plazo de 14 días hábiles para la presentación de su plica a concurso. Ahora bien, el recurrente alega que el requerimiento cartelario que objeta lesiona el principio de libre concurrencia, que cualquier potencial oferente se encuentra en una imposibilidad material para cumplir con las certificaciones que se solicitan con el trámite del *“(...) apostillado, salvedad hecha a que el cartel otorgue al menos tres semanas para la presentación de ofertas”* (folio 07 del expediente del recurso de objeción). Ante lo cual, debe tomarse en consideración el deber de fundamentación establecido en el numeral 178 del RLCA, y en el caso particular, el accionante se ha apartado del deber de fundamentación que le impone el ordenamiento jurídico dado que sus manifestaciones no se sustentan en documentación probatoria idónea mediante la cual pueda tenerse por comprobado que de no otorgarse el plazo exacto de tres semanas

que reclama como el que debe otorgarse para la presentación de ofertas, se encontraría en imposibilidad de cumplir y por ende, se estaría lesionando el principio de libre competencia. Así las cosas, se impone declarar sin lugar el recurso en el presente extremo. **9. Sobre el apartado del sistema de evaluación relativo a la valoración del mantenimiento de flujo luminoso inicial a lo largo de las 100.000 horas de funcionamiento.** El objetante indica que el cartel ha cambiado sustancialmente en dos aspectos de orden técnico. Señala que ve con preocupación y extrañeza que se ha quitado del cartel el puntaje para el porcentaje de flujo luminoso inicial a lo largo de las 100.000 horas de funcionamiento entre el 70 y el 80% que daba 5 puntos anteriormente. Adicionalmente, indica que se está dando mayor puntaje para los oferentes que estén entre el 90 y el 100% de flujo mantenido. Antes daban 15 puntos y en esta nueva aclaración se está otorgando un puntaje de 25 puntos y añade que el común y estándar de los fabricantes de LED en el mercado es ofrecer una depreciación entre el 70% y el 80%. Señala que le llama mucho la atención por qué aumentan tanto el puntaje para los oferentes que estén entre el 90 y el 100% de flujo mantenido, más cuando en el cartel no exige cumplir con niveles de calidad de la iluminación, lo que se hace por medio de un diseño lumínico, como sí lo hacen otras empresas en Costa Rica como es el caso de ICE y CNFL donde además de exigir el cumplimiento de un flujo luminoso y una eficacia, también exigen cumplir con la calidad de iluminación mínima, lo que se hace por medio de diseños de iluminación. Indica que en el caso de ICE en sus carteles siempre exigen un diseño de iluminación con parámetros mínimos a cumplir y aporta unos cuadros titulados datos de diseño, parámetros de calidad y Tabla 4 criterios de calidad. Señala que se puede observar, el ICE y CNFL exigen para garantizar una buena calidad de la iluminación, un diseño lumínico con unos parámetros mínimos a cumplir. Expone que esta condición no la está pidiendo ESPH en su cartel y este tipo de ponderación garantiza una buena iluminación en las vías públicas. Indica que por lo anterior es muy importante que el cartel exija un diseño de iluminación que garantice la buena calidad de la iluminación pública para el buen servicio al usuario final y es por ello que la disposición citada carece de interés práctico y real para efectos de evaluación de ofertas. Además, indica que en el último párrafo se agregó la siguiente condición *"Con un mínimo de 80% de mantenimiento de flujo luminoso"*, e indica que con este último cambio, se está obligando a tener unas luminarias LED con un mantenimiento de flujo luminoso más alto en el tiempo de las 100.000 horas. Señala que se está exigiendo cumplir con un flujo luminoso mantenido del 80%, como mínimo, al cabo de las 100.000 horas de funcionamiento. Indica que esto obliga a ofrecer una luminaria LED con mejores especificaciones fotométricas para poder lograr obtener el nuevo puntaje declarado en

estas nuevas bases, lo que implica solicitar la producción de nuevas muestras de luminarias para este proceso, que no se tienen es stock porque deben cumplir con estos parámetros absolutamente particulares y que por ello requerirían inevitablemente de un plazo de presentación de ofertas mínimo ampliado en tres semanas. La ESPH indica que el recurrente no indica cómo la variante del sistema de evaluación contraviene los principios de la contratación administrativa, ni significa una violación a la libertad de participación o riñe con la normativa. Señala que la modificación, responde a una decisión técnica y juiciosa, que pretende influir positivamente en el resultado de selección del oferente y que los cambios buscan reducir un costo adicional para el proyecto, porque el flujo luminoso le imprime un costo adicional al servicio en los casos de 70 a 80%, con una pérdida material semejante al porcentaje de una luminaria que tenga un 100% del flujo que permanece en beneficio del proyecto. Indica que si se reduce, aplica un costo adicional durante los años en que se reduce el flujo y el consumo se mantiene, como la pérdida adicional al proyecto, que significa un porcentaje de 30% (flujo luminoso al 70%) y de un 20% (Flujo luminoso al 80%). Por ello, indica que realizó el cambio como una estrategia para mejorar y balancear la ponderación entre precio, experiencia y el flujo luminoso. Indica que desde un inicio, se han reconocido en el cartel las especificaciones técnicas y en la tabla de evaluación, la relevancia del mantenimiento del flujo luminoso como elemento primordial de calidad de las luminarias a adquirir y se le pone énfasis ante el riesgo que representan productos de bajos estándares disponibles en el mercado. Señala que requiere asegurarse que los niveles de iluminación se mantienen con el paso del tiempo, sobre todo considerando que se trata de un proyecto de largo plazo con inversiones de fondos públicos en el cual se debe asegurar su recuperación. Indica que estándares de calidad como el objetado, le garantizan a la ESPH la duración de los niveles de iluminación y el respaldo de la inversión a realizar, mientras que el riesgo de bajos estándares implica realizar aumentos en la potencia y en el consumo de la luminaria para compensar la pérdida de flujo luminoso con el tiempo, lo que ocasionaría pérdidas financieras directamente para la Administración, que inciden al final de cuentas en el administrado. O en su defecto, se tendría que permitir la reducción de los estándares de iluminación ocasionando una menor calidad del alumbrado público con las consecuencias conocidas tales como inseguridad ciudadana, incremento en accidentes de tránsito, entre otros aspectos económico-sociales y ambientales que pretende impactar de manera positiva este proyecto con la sustitución de la iluminación actual de sodio y mercurio, por tecnología LED. Señala que es significativo indicar que adicional a las muestras de las luminarias, la ESPH en el cartel solicita los archivos IES de las luminarias ofertadas lo cual le

permitirá simular en un software de iluminación (DIALUX como por ejemplo) el desempeño de la luminaria en los escenarios que considere necesarios. **Criterio de la División.** En primer término debe tomarse en consideración que el artículo 82 del RLCA, dispone: *“Podrá interponer el recurso de objeción todo oferente potencial o su representante, cuando se considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, de alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia”*. Además, resulta de interés señalar en la resolución No. R-DCA-0277-2019, que este órgano contralor precisó: *“Considerando que los alegatos del recurrente se dirigen a cuestionar el rubro de experiencia contenido en el sistema de evaluación, resulta oportuno citar lo indicado por esta Contraloría General en la resolución R-DJ-284-2010, de las 11:00 horas del 24 de junio de 2010, donde señaló: “En primer lugar, debe tenerse claro que el sistema de evaluación se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración con lo cual sería la Municipalidad la llamada a establecer cuáles factores de evaluación vienen a dar un valor agregado al bien o servicio que pretende adquirir. Al respecto, se ha señalado que la decisión de evaluar determinados factores y la forma en que se ponderarán es una decisión que cabe dentro de la discrecionalidad administrativa (de la Administración) –por supuesto dentro del respeto de la normativa y los principios que informan la contratación administrativa- y sus funcionarios son responsables de tal decisión, toda vez que se parte del principio de que dichos funcionarios se han basado para ello en los estudios técnicos, jurídicos y financieros que sustentan su criterio.”(R-DCA-018-2008).”* Aunado a lo anterior, debe tenerse presente que la finalidad del sistema de evaluación es que de previo a la apertura de ofertas, los oferentes conozcan los parámetros objetivos que serán considerados para valorar las propuestas, reflejándose en él las ventajas comparativas que estima la entidad promotora del concurso como relevante en razón de otorgar un valor agregado. En este sentido, en la resolución R-DCA-349-2012 de las 12:00 del 9 de julio de 2012, esta Contraloría General precisó: *“(…) el sistema de evaluación se constituye como un instrumento de selección del contratista, como reflejo de los principios de igualdad, transparencia, eficiencia, legalidad y seguridad jurídica. Desde esa óptica, debe recordar la Junta que el sistema de evaluación debe ser reglado, en el sentido de que todos los participantes puedan conocerlo con anticipación y así también, los aspectos sobre los cuales se basará la Administración para determinar la selección de la oferta más conveniente (adjudicación), es decir, la decisión de adjudicación viene a ser objetiva en tanto se ajusta al sistema de evaluación previamente definido”*. Asentado lo anterior, se tiene que el objetante expone: **“1- Vemos con preocupación y extrañeza que se ha quitado del**

cartel el puntaje para el porcentaje de flujo luminoso inicial a lo largo de las 100.000 horas de funcionamiento entre el 70 y 80% que daba 5 puntos anteriormente. Adicionalmente se está dando mayor puntaje para los oferentes que estén entre el 90% y el 100% del flujo mantenido. Antes daban 15 puntos y en esta nueva aclaración se está otorgando un puntaje de 25 puntos. / El común y estándar de los fabricantes de LED en el mercado es ofrecer una depreciación entre 70% y el 80%. **Nos llama mucho la atención** porque aumentan el puntaje (...)” (destacado agregado) (folio 08 del expediente del recurso de objeción). No obstante, estas manifestaciones del recurrente no resultan de recibo dado que con ellas no acredita que tenga lugar alguno de los supuestos en virtud de los cuales procede el recurso de objeción. En este sentido, debe reiterarse una vez más que el ordenamiento jurídico impone al accionante la carga de la prueba y por ende, éste es el llamando a acreditar sus alegatos. A manera de ejemplo, se echa de menos por parte del objetante el sustento probatorio en virtud del cual pueda tenerse por comprobada la afirmación que realiza en cuanto a que “*El común y estándar de los fabricantes de LED en el mercado es ofrecer una depreciación entre 70% y el 80%*”; así como el desarrollo argumentativo en virtud del cual se tenga por comprobado que a partir de la acreditación de esta afirmación el contenido de la cláusula que objeta implica la existencia de uno de los supuestos por los cuales resulta procedente la interposición del recurso de objeción. Por otra parte, en cuanto al alegato del recurrente relativo a que el presente cartel no exige cumplir con niveles de calidad de iluminación y las referencias al proceder sobre el particular según indica por parte de la CNFL y el ICE, se estima que el recurrente incurre en falta de fundamentación, según lo previsto en el numeral 178 del RLCA al que se ha hecho referencia. Así las cosas, se echa de menos por parte del objetante un análisis integral de la completas del pliego de condiciones, acompañado de prueba idónea que sustente sus alegatos, a efectos de tener por acreditado que no resulta suficiente el contenido actual del cartel y que se impone inexorablemente a efectos de satisfacer la necesidad de la ESPH que ésta, al igual que el ICE y la CNFL, establezca en el pliego de condiciones de un “*diseño lumínico con unos parámetros mínimos a cumplir*”, según indica. Aunado lo anterior, el objetante alega que el requerimiento cartelario que establece “*un mínimo de 80% de mantenimiento de flujo luminoso*” (folio 10 del expediente del recurso de objeción), implica solicitar la producción de muestras de luminarias que no se tienen en stock dado que se tiene que cumplir con “*(...) estos parámetros absolutamente particulares y que por ello requerirían inevitablemente de un plazo de presentación de ofertas mínimo ampliado de tres semanas*” (folio 11 del expediente del recurso de objeción). No obstante, el recurrente incurre nuevamente en falta de fundamentación por

cuanto se limita a afirmar sin aportar documentación probatoria, mediante la cual se acredite que los requerimientos cartelarios son “*absolutamente particulares*” y que por ende, los fabricantes de luminarias - incluyendo el de la marca que pretende ofertar-, deben proceder a su confección particular para esta contratación y resulta necesario otorgar el plazo mínimo de tres semanas para la apertura de ofertas; plazo que en todo caso no desarrolla de manera alguna a efectos de acreditar que es el procedente. Por último, el recurrente manifiesta ha recibido un trato desigual como se pudo constatar según indica en el proceso de precalificación No. 08-2018 e indica que no ha sido su intención ocasionar atrasos en la institución como lo menciona en sus respuestas sobre el recurso anterior. Al respecto, se omite pronunciamiento por cuanto el recurso de objeción de conformidad con los términos del numeral 82 de la LCA y 178 del RLCA, no ha sido ideado para referirse a lo expuesto sobre el particular por el objetante. En vista de lo expuesto, se declara sin lugar este extremo del recurso.

**Consideraciones de oficio:** El cartel en la cláusula de evaluación dispone “(...) *un mínimo de 80% de mantenimiento de flujo luminoso*”. Sin embargo, este requerimiento de admisibilidad pareciera traslaparse con las disposiciones del sistema de evaluación, en tanto que se establece que se otorgará un puntaje de 10% a los oferentes cuyas luminarias cumplan con el rango de entre **80%** y 90% de flujo luminoso inicial mantenido a lo largo de 100.000 horas de funcionamiento. Aunado a ello, también se aprecia que existe un traslape en el mismo sistema de evaluación, por cuanto se establece un primer rango cuyo límite superior es 90% para el cual se otorga un puntaje de 10% y también se establece un segundo rango cuyo límite inferior nuevamente es 90%, a saber:

Porcentaje de flujo luminoso inicial mantenido a lo largo de las 100 000 horas de funcionamiento	Puntaje a obtener.
Entre el 90% y 100%	25%
Entre el 80% y 90%	10%

En vista de lo anterior, a efectos de evitar lesiones a los principios de legalidad, transparencia, seguridad jurídica e igualdad de trato, la ESPH debe realizar las valoraciones y modificaciones cartelarias que resulten necesarias para evitar que tenga lugar alguna de las referidas situaciones.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 72, 178 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación

Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por el **CONSORCIO CENTROCEL INC S.A.- CELSA S.A.S – PRODUTEL ESM, S.A.** en contra de las modificaciones al cartel del **CONCURSO MAYOR No. 03-2019** promovido por la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE HEREDIA** para el suministro de luminarias led y sustitución de luminarias alta presión de sodio y mercurio en el área servida por la ESPH. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución. **3) Se da por agotada la vía administrativa. NOTIFÍQUESE.**-----

**ORIGINAL FIRMADO**

Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

**ORIGINAL FIRMADO**

Olga Salazar Rodríguez  
**Fiscalizadora**

**ORIGINAL FIRMADO**

Suraye Zaglul Fiatt  
**Fiscalizadora**

OSR/SZF/PJG/tsv  
NI: 8765, 9027, 9229  
**NN: 05166 (DCA-1336-2019)**  
G: 2019001454-2

