

R-DCA-01177-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas trece minutos del veintiséis de octubre del dos mil veintiuno. -----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **GRUPO BABEL SOCIEDAD ANONIMA**, en contra del cartel de la **Contratación Pública por principios No. 2021PP-000015-0001700001** promovida por la **PROMOTORA DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA (PROCOMER)** para la contratación del *“Servicio de horas de levantamiento de planes de pruebas y ejecución de pruebas funcionales, pruebas de rendimiento y automatización de pruebas bajo demanda”*. -----

RESULTANDO

I. Que el día doce de octubre de dos mil veintiuno, la empresa Grupo Babel Sociedad Anónima, presentó ante la Contraloría General de la República, recurso de objeción en contra del cartel de la contratación pública por principios de referencia. -----

II. Que mediante auto de las trece horas con ocho minutos del quince de octubre del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, en adelante PROCOMER, para que se pronunciara sobre el recurso interpuesto. Dicha audiencia fue contestada mediante el oficio No. PROCOMER-GG-EXT-162-2021, suscrito por el señor Eddie Villalobos Villalobos, en su condición de Gerente General a.i.-----

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 competencia para conocer el presente recurso de objeción: El artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) regula la competencia que ostenta esta Contraloría General para conocer de los recursos de objeción interpuestos en contra de los carteles de licitación pública; ello por cuanto establece precisamente, que contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada puede interponerse recurso de objeción. Así, en cuanto al órgano competente para conocer del recurso de objeción la norma en lo que interesa señala que: *“El recurso se interpondrá ante la Contraloría General de la República, en los casos de licitación pública, y en los demás casos, ante la administración contratante.”* De conformidad con la norma transcrita, se tiene entonces que la competencia de este órgano contralor para conocer un recurso de objeción se activa únicamente en aquellos casos en los cuales el cartel que se objeta corresponde al de un concurso tramitado bajo el procedimiento de licitación pública. A partir de

tal normativa, debe considerarse el tipo de procedimiento en que se enmarca el cartel que está siendo objeto de recurso de objeción. En el presente caso, el concurso corresponde a una Contratación Pública por principios, de conformidad con lo indicado en los términos cartelarios, apartado I Objeto, punto 3 Estimación que dispone: *“La presente contratación es en la modalidad según demanda de cuantía inestimable sin un presupuesto máximo previsto para la ejecución contractual y por ende el tipo de procedimiento de contratación a seguir es el de Contratación Pública”*. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado “2. Información del Cartel”, ingresar a 2021LN-000020-0001101142 “Versión Actual”, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana “Detalles del concurso”, título “F. Documento del cartel”, en documento No. 1 “Documentos del cartel” – “CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 6).” En ese sentido, se procederá a verificar la competencia que ostenta esta Contraloría General para conocer de los recursos de objeción tratándose de un concurso promovido cuya denominación es distinta a una licitación pública (siendo este último elemento el que en principio habilitaría a esta Contraloría General de la República para conocer de un recurso de objeción). Como aspecto de primer orden, en aquellos casos que el sujeto que promueve el concurso no se rige por lo estipulado en la Ley de Contratación y su Reglamento pero sí se encuentra sometido a los principios que inspiran la materia de contratación pública, se cuenta con uno de los elementos para habilitar la competencia de esta Contraloría General, en atención a los fondos públicos inmersos en la contratación y el sujeto que los emplea. Así las cosas, tratándose de un procedimiento sometido sólo a los principios que rigen la materia de contratación, se tiene que este órgano contralor encuentra habilitación para conocer el recurso en contra del cartel, en la medida en que se encuentra sometido PROCOMER a los principios que rigen la materia de contratación pública, en particular, el principio de control de los procedimientos, por la naturaleza pública de los fondos empleados para la ejecución del mismo. Superado ese primer aspecto, se impone la necesidad de verificar lo concerniente al monto de la contratación, siendo que este órgano contralor ostenta la competencia para conocer los recursos de objeción, en el tanto el procedimiento promovido supere la estimación contemplada para la licitación pública –por cuanto esta Contraloría General sólo conoce del recurso de objeción tratándose de licitaciones públicas. En el presente caso, debe contemplarse que la estimación de la contratación pretendida es cuantía inestimable, según lo dispone el cartel en la cláusula transcrita supra. Lo anterior, coincide con lo dispuesto en el artículo 88 de la Reforma Integral al Reglamento para la Contratación de Bienes y Servicios de la Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No.

138 del día dieciocho de julio de dos mil trece que indica: **“Artículo 88: Contratación Pública / Este procedimiento es aplicable para: (...) / c) Contrataciones de cuantía inestimable. (...)”**. Dicho lo anterior, la cuantía inestimable cuya naturaleza según lo definido en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, compete a un procedimiento que será tramitado en forma exclusiva mediante la modalidad de licitación pública, por lo cual la Contraloría General es competente para conocer del recurso de objeción interpuesto. -----

II.- Sobre el fondo del recurso de objeción interpuesto: a) Sobre el apartado II Aspectos de Admisibilidad, punto 1 Perfil del oferente, subpunto 1.2: Contar con experiencia previa de 5 años en el mercado nacional o internacional:

En el caso particular, la empresa objetante manifiesta que la cláusula solicita una experiencia de 5 años de permanencia continua en el mercado acreditados con contratos con un solo cliente, lo que le limita la participación para aquellas empresas que no cuentan con ese requisito de experiencia. Señala que puede cumplir la experiencia pero con varios clientes, por lo cual solicita se flexibilice el requerimiento y se otorgue la oportunidad en esos términos, de conformidad con el tipo de servicio que se está contratando. Menciona que el mismo concurso permite únicamente acreditar 4 años de servicio. Concluye que su petición es que sea modificado el cartel para que en adelante se solicite el requisito de contar con al menos 4 años de experiencia comprobada en un mismo cliente. PROCOMER expone que sobre este argumento de la empresa recurrente, se aclara que el requisito de admisibilidad son los 5 años de experiencia en el mercado nacional o internacional realizando actividades comerciales continuas relacionadas con contratos de aseguramiento de calidad y pruebas de información, sin que por ello implique que los 5 años deberán de ser continuos con un mismo cliente. **Criterio de la División:** El pliego de condiciones establece que:

“1.2 La empresa deberá contar con al menos 5 años de permanencia continua en el mercado, nacional o internacional, con contratos de aseguramiento de la calidad y pruebas de sistemas de información de manera continua en un mismo cliente”. (En consulta por expediente electrónico mediante el

número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado “2. Información del Cartel”, ingresar a 2021LN-000020-0001101142 “Versión Actual”, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana “Detalles del concurso”, título “F. Documento del cartel”, en documento No. 1 “Documentos del cartel” – “CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 8”). Conforme a lo anterior, en cuanto al extremo del recurso de objeción interpuesto por el

objetante, es necesario señalar que la limitación que le origina la cláusula cartelaria es la necesidad de demostrar experiencia previa relacionada con el objeto de contratación mediante contratos (sin especificar el número de ellos), cuya duración mínima sea de 5 años con un mismo

cliente. Según lo indicado por el recurrente, el requisito cartelario es una limitación para los participantes, motivando que los contratos de servicio de aseguramiento de la calidad generalmente pueden desarrollarse entre varios clientes y que su duración generalmente no alcanza ese plazo de ejecución en un mismo contrato. En ese sentido, propone que el plazo de los contratos sea al menos de 4 años, para coincidir con el posible plazo máximo del concurso. Visto lo anterior, PROCOMER señala que su intención no correspondía a establecer que tal experiencia debería comprobarse con un contrato cuya duración haya sido de 5 años con el mismo cliente, lo cual coincide con lo que originalmente peticionaba la objetante, en cuanto a demostrar con varios contratos el plazo mínimo solicitado. Por ende, si bien se observa una falta de fundamentación, de frente a lo exigido normativamente, por cuanto el ejercicio mínimo esperado por parte de la empresa objetante implicaba demostrar que los servicios de aseguramiento en la calidad no se prolongan en el tiempo para un mismo cliente según la realidad de mercado, la naturaleza de los servicios, entre otros posibles motivos, lo cierto es que PROCOMER argumenta que esa no era su intención con el requisito cartelario. No obstante, según la respuesta de PROCOMER a la audiencia especial, básicamente aceptando que no se requiere un solo cliente para demostrar dicho requisito, este órgano contralor observa que la redacción de la cláusula puede confundir a los participantes, siendo que el requerimiento establece que: “(...) *con contratos de aseguramiento de la calidad y pruebas de sistemas de información de manera continua en un mismo cliente*”; razón por la cual, se considera necesario aclarar los términos según lo indicado por PROCOMER en su respuesta a la audiencia especial. En ese contexto, según todo lo expuesto por ambas partes, lo procedente es **declarar parcialmente con lugar** este extremo del recurso, rechazando la propuesta de redacción del recurrente, pero aceptando mantener el plazo de 5 años previstos en la redacción original, bajo el entendido que éste podrá comprobarse con más de un contrato. **b) Sobre el mismo punto 1, subpunto 1.8: Empresa incorporada al Colegio Profesional respectivo y subpunto 2.1.5: Profesionales incorporados al Colegio Profesional respectivo:** La empresa objetante manifiesta con respecto a incorporar a la empresa oferente en el Colegio Profesional respectivo, que dicho requisito le resulta confuso, dado que los Colegios Profesionales están creados para la incorporación de las personas físicas relacionadas en el ejercicio de la carrera competente. En cuanto a los profesionales propuestos, señala que para el ejercicio de la profesión de Ingeniería en Sistemas, Ciencias Económicas o Ciencias Sociales u otra carrera afín, no es requisito el

contar con la colegiatura obligatoria, por lo que esto no determina el grado de profesionalismo o bien la experiencia para realizar las labores con la total idoneidad del puesto, por lo que este requisito más allá de configurarse como una limitante a la libre concurrencia de los oferentes, lleva a una limitante al trabajo y los derechos laborales de las personas que podrían realizar un óptimo trabajo, pero que, sufrirían discriminación por no contar con un requisito no obligatorio. Por lo tanto, solicita sean eliminados ambos requisitos cartelarios. PROCOMER manifiesta que el recurrente se limita a la posibilidad de un único Colegio Profesional dejando de lado otros Colegios Profesionales que sí contemplan la obligatoriedad de incorporación como el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos o el Colegio de Ciencias Económicas. Menciona como conclusión, que no se limita la participación, sino que se señala expresamente la obligación como requisito mínimo de participación del oferente y su personal de cumplir con la incorporación al Colegio Profesional respectivo, cuando por disposición legal así se disponga. **Criterio de la División:** El pliego de condiciones establece para ambos requisitos la siguiente redacción: “1.8. *La empresa debe estar incorporada en el Colegio de Profesionales en aquellos casos en que por disposición legal así se requiera. Presentar certificación del colegio con menos de un mes de emitida*”. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado “2. Información del Cartel”, ingresar a 2021LN-000020-0001101142 “Versión Actual”, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana “Detalles del concurso”, título “F. Documento del cartel”, en documento No. 1 “Documentos del cartel” – “CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 10”) y la cláusula “2.1.5. *En caso de que aplique el personal deberá estar inscrito y al día en el Colegio Profesional respectivo. Presentar certificación del colegio con menos de un mes de emitida*”. (En consulta por expediente electrónico mediante el número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado “2. Información del Cartel”, ingresar a 2021LN-000020-0001101142 “Versión Actual”, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana “Detalles del concurso”, título “F. Documento del cartel”, en documento No. 1 “Documentos del cartel” – “CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 12”). Conforme lo anterior, en el presente caso, el oferente solicita que se eliminen ambos requisitos de colegiatura obligatoria solicitada para el personal propuesto y la empresa oferente; por cuanto no se requiere en el ejercicio de su profesión y en el caso de la empresa oferente, expone que el Colegio Profesional no inscribe personas jurídicas, aportando una pantalla de un sitio web del “CPIC” (Colegio de Profesionales en Informática y Computación). PROCOMER expone que el requisito es obligatorio, si la normativa vigente lo solicita. Ahora bien, es importante considerar lo citado en varios pronunciamientos de la Procuraduría General de la República en cuanto a los Colegios Profesionales y la competencia para organizar a los profesionales, incluyendo el establecimiento de reglas para el ejercicio profesional como la obligatoriedad de la colegiatura.

En ese sentido se ha indicado lo siguiente: “(...) *La regulación profesional es una competencia del Estado que la expresa por medio de la ley. Al Estado corresponde, además, velar por el derecho al ejercicio de la profesión. Empero, el control sobre determinadas profesiones tituladas ha sido delegado en organizaciones corporativas: los Colegios Profesionales. / La configuración de los Colegios, en particular las funciones, composición y organización es determinada obligatoriamente por la Ley, sin perjuicio de que la corporación puede establecer también reglas de autoorganización y de regulación del ejercicio profesional (reglas deontológicas). (...). / Por consiguiente, está prohibido a todo ente público autoatribuirse, por vía reglamentaria o no, potestades de imperio. Estas sólo pueden ser concedidas por el legislador. De modo que la potestad reglamentaria y en general, un poder normativo interno sólo puede ser utilizado en los supuestos de habilitación previa, en aspectos previamente definidos en la propia ley o bien, respecto de puntos no relevantes.” (Lo resaltado no corresponde al original) **(C-054-2000 del 17 de marzo del 2000, citada en la C-236-2016 del 7 de septiembre de 2015)** (El subrayado no corresponde al original). En este sentido, cada Colegio Profesional según la profesión respectiva regula los casos en que se requiere la inscripción obligatoria, sea para el profesional, la empresa (persona jurídica) o ambas. De conformidad con lo anterior, bajo el entendido que por el objeto contractual únicamente sea requerido una empresa y profesionales con el perfil de carreras en informática, computación u otras afines, la Ley Orgánica del Colegio de Profesionales en Informática y Computación, Ley No. 7537 del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cinco, publicada en el Diario Oficial La Gaceta, edición No. 170 del día siete de setiembre de mil novecientos noventa y cinco, no regula por el momento la colegiatura obligatoria para el ejercicio de la profesión. Si bien, lo indicado por el recurrente es cierto, en cuanto a que el personal y la empresa oferente por el momento no requiere la incorporación al Colegio Profesional para el ejercicio de su profesión, el pliego de condiciones no establece la disposición como obligatoria, por lo cual, si no existe norma legal que habilite el cumplimiento del requisito, no podrá ser excluida del concurso. De esta forma, visto los argumentos de ambas partes, este órgano contralor considera que el extremo del recurso de objeción se debe **rechazar de plano**, por cuanto no se ha demostrado que el personal propuesto o a la empresa oferente, se le obligue a la colegiatura obligatoria para participar en el concurso, ante la redacción actual de las cláusulas cartelarias. **c) Sobre el punto 2, Perfil del personal, subpunto 2.2.6: Cursos o certificaciones “Test Manager” (1 especialista) y 2.3.5 “Tester” (2 especialistas):** La empresa objetante*

manifiesta que el requisito a primera vista resulta un poco confuso para los oferentes, al indicar que debe contar su personal con una especialización o estudios formales en software de calidad. Señala que se puede entender del cartel que se solicita que el personal indicado en cada subpunto debe poseer el grado al menos bachiller en sistemas. Es decir que las certificaciones aquí solicitadas son adicionales al Bachillerato, por lo cual no es claro su objetivo, dado que se autoriza tener estudios formales o bien contar con la especialización. Expone que tales requisitos no son justificados ni objetivos y se torna un filtro de descarte para los profesionales en el cartel. Concluye que se solicita flexibilizar el requisito permitiendo presentar certificaciones a las indicadas como admisibilidad de cada perfil, emitidas por la International Software Testing Qualifications Board (ISTQB), las cuales probarán que los recursos cuentan con conocimientos adicionales. PROCOMER manifiesta que para los especialistas “Test Manager” y “Tester” requieren una formación académica mínima de bachiller en ingenierías de sistemas, sistemas de información o informática (deberá aportarse copia del título correspondiente) y adicionalmente se requiere que ese personal haya efectuado cursos o certificaciones en software de calidad. Expone que los requisitos no son excluyentes, sino que los profesionales deben cumplir con un perfil de contar con un título académico y las certificaciones o cursos citados precedentes. Menciona que con los cursos o certificaciones se busca que los profesionales muestren conocimientos que faciliten la mejora, control y optimización de calidad del software, por lo cual, no se hace referencia a ninguna certificación o curso específico, dado que lo que se requiere es un conocimiento general en lo que respecta a utilización de herramientas para la gestión de la calidad de software. Concluye que PROCOMER está solicitando una certificación o curso indistintamente quien sea el Instituto certificador, en el tanto se demuestre que dicha certificación o curso se encuentra relacionada al software de calidad. **Criterio de la División:** El pliego de condiciones establece en el punto 2.2.6 *“Debe contar con la especialización o estudios formales (cursos o certificaciones) en software de calidad. deberá presentar copia de los diplomas que comprueban la formación académica solicitada”* (En consulta por expediente electrónico mediante el número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado “2. Información del Cartel”, ingresar a 2021LN-000020-0001101142 “Versión Actual”, de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana “Detalles del concurso”, título “F. Documento del cartel”, en documento No. 1 “Documentos del cartel” – “CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 14”); el punto 2.3.5 por su parte cita: *“Al menos uno de los dos recursos debe contar con la especialización o estudios formales (cursos o certificación) en software de calidad. deberá presentar copia de los diplomas que comprueban (sic) la formación académica solicitada”*. (En

consulta por expediente electrónico mediante el número de la contratación No. 2021PP-000015-0001700001, en el punto denominado "2. Información del Cartel", ingresar a 2021LN-000020-0001101142 "Versión Actual", de fecha dieciocho de octubre de dos mil veintiuno; en la nueva ventana "Detalles del concurso", título "F. Documento del cartel", en documento No. 1 "Documentos del cartel" – "CARTEL V.1. TESTING.pdf [0.37 MB], página 16)". En el extremo en cuestión, el recurrente expone que el cartel presta a confusión, al solicitar el grado académico de bachillerato y posteriormente una especialidad, por lo cual, considera que ambos requisitos son excluyentes entre sí. En su fundamentación, señala que no es comparable el grado de conocimiento de la carrera con respecto a los conocimientos "extras" solicitados en el cartel. En cuanto a este aspecto, tal y como lo indica PROCOMER, el cartel no establece que sean dos requisitos excluyentes, dado que incluso se regula el grado académico de bachillerato en las carreras solicitadas para el profesional, en un punto completamente independiente a los cursos o certificaciones. Nótese que tal y como lo expone el recurrente, esos conocimientos son "extras", al grado universitario que se requiere para cada profesional, razón por la cual, no demuestran una limitación para participar, en el sentido de comprobarle a este órgano contralor que ambas acreditaciones, tanto el título de bachiller universitario como las constancias o certificaciones para especializarse en el tema específico de software de calidad, no son compatibles para solicitarse en forma conjunta al personal requerido; o bien que el recurrente demostrara que en el mercado no existen cursos o certificaciones como las solicitadas en el cartel, en cuanto a software de calidad o bien que las mismas no proporcionan un valor agregado para PROCOMER de cara a la ejecución contractual. En ese sentido, su argumento no se ajusta a los términos exigidos a nivel normativo, en cuanto a demostrar la limitación para participar, por lo cual procede el **rechazo de plano** del extremo del recurso. No obstante el rechazo de la impugnación, sería importante que PROCOMER considere analizar si con la redacción actual de las cláusulas obtendrá las certificaciones o cursos necesarios para que el profesional cuente con un valor agregado de cara a la ejecución contractual. Para ello puede analizar aclarar los términos de la redacción como por ejemplo: la cantidad de certificaciones por profesional requeridas al menos como mínimo, fecha máxima permitida de realización de los cursos respectivos, tipo de organismo, instituto, laboratorio u empresa de las que se recibirán las certificaciones respectivas; salvo en este último caso que sea indiferente para PROCOMER el tipo de curso o certificación.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 88, 118 y 124 de la normativa aplicable a PROCOMER denominado

Reforma Integral Reglamento para la Contratación de Bienes y Servicios de la Promotora de Comercio Exterior de Costa Rica, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **GRUPO BABEL SOCIEDAD ANONIMA**, en contra del cartel de la **Contratación Pública por principios No. 2021PP-000015-0001700001** promovida por la **PROMOTORA DE COMERCIO EXTERIOR DE COSTA RICA (PROCOMER)** para la contratación del *“Servicio de horas de levantamiento de planes de pruebas y ejecución de pruebas funcionales, pruebas de rendimiento y automatización de pruebas bajo demanda”* **2)** Se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE. -----

Alfredo Aguilar Arguedas
Asistente Técnico

Andrea Muñoz Cerdas
Fiscalizadora Asociada

AMC/chc
NI: 29801-30583
NN: 16492 (DCA-4128)
Gestión: 2021003763-1
Expediente: CGR-ROC-2021006410

