

R-DCA-0497-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas del siete de julio del dos mil diecisiete.-----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la empresa **INDUSTRIA CONSTRUCTORA DEL POÁS S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2016LN-000006-UTN** promovida por la **UNIVERSIDAD TÉCNICA NACIONAL** para la contratación de servicios de consultoría en ingeniería y arquitectura, por demanda, acto recaído a favor del **CONSORCIO NORTE Y SUR - CAÑAS.** -----

RESULTANDO

I. Que el veintiocho de abril del dos mil diecisiete, la empresa Industria Constructora del Poás S.A. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación pública 2016LN-000006-UTN promovida por la Universidad Técnica Nacional. -----

II. Que mediante auto de las trece horas del doce de mayo del dos mil diecisiete, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante y al adjudicatario con el objeto que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos de la empresa recurrente, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. -----

III. Que mediante auto de las trece horas del veintidós de junio del dos mil diecisiete, esta División confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera en forma expresa y detallada al argumento de la apelante en contra del adjudicatario, concretamente sobre la manifestación de que el adjudicatario incurrió en fraude de ley al incluir dentro del personal ofrecido en su oferta a Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña, quienes actualmente son funcionarios del Ministerio de Educación Pública. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito agregado al expediente de la apelación. -----

IV. Que mediante auto de las once horas del veintiséis de junio del dos mil diecisiete, esta División confirió audiencia especial a las partes para que se refirieran a lo manifestado por la Administración en el oficio R-523-2017 del veintitrés de junio del dos mil diecisiete. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos agregados al expediente de la apelación. -----

V. Que mediante auto de las trece horas del veintiocho de junio del dos mil diecisiete, esta División denegó la solicitud de prueba que en su momento realizaron la apelante y la Administración. -----

VI. Que mediante auto de las trece horas y diez minutos del veintiocho de junio del dos mil diecisiete, esta División confirió audiencia final a las partes para que formularan sus conclusiones sobre el fondo del asunto. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos agregados al expediente de la apelación. -----

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

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Universidad Técnica Nacional publicó en La Gaceta N°240 del 14 de diciembre del 2016 la invitación a participar en la licitación pública N°2016LN-000006-UTN en los siguientes términos:

UNIVERSIDAD TÉCNICA NACIONAL
PROVEEDURÍA INSTITUCIONAL
LICITACIÓN PÚBLICA N° 2016LN-000006-UTN
Servicios de consultoría en ingeniería
y arquitectura por demanda

La Proveduría Institucional de la Universidad Técnica Nacional, recibirá ofertas por escrito hasta las 10:00 horas del jueves 26 de enero del 2017, para la contratación de “Servicios de consultoría en ingeniería y arquitectura por demanda”. El cartel se encuentra disponible en la página web: www.utn.ac.cr, link Contratación Administrativa > Contratación Administrativa > Licitaciones Públicas. Adicionalmente todas las modificaciones, aclaraciones y prórrogas serán publicadas por dicho medio.

Para consultas al correo: kherrera@utn.ac.cr con copia al: vcascante@utn.ac.cr y/o al fax: 2430-3496.

Proveduría Institucional.—Lic. Miguel González Matamoros, Director.—1 vez.—(IN2016095624).

(ver folio 82 del expediente administrativo). **2)** Que la empresa Industria Constructora del Poás S.A. presentó su oferta para participar en la licitación pública 2016LN-000006-UTN el 31 de enero del 2017 (ver comprobante de recepción de la oferta en el folio 1394 del expediente administrativo). **3)** Que la empresa Industria Constructora del Poás S.A. indicó en su oferta lo siguiente:

4.4.10 Profesional en asesoría técnica en contratación administrativa

Nombre	Profesión	Capacitaciones
Alejandra Cabezas Fonseca	Ingeniera Civil	Generalidades de la contratación administrativa

hacemos llegar la información solicitada mediante consecutivo 26-2017 el día 17 de febrero del 2017; con respecto a nuestra oferta presentada a la Licitación Pública 2016LA-000006-UTN 'Servicios de Consultoría e Ingeniería y Arquitectura por Demanda'/ Las subsanaciones requeridas son las siguientes: (...) 2. *Certificados de capacitaciones realizadas por el profesional en Asesoría de Contratación Administrativa, según lo señalado en el apartado 4.4.10 del cartel. VER ANEXO 2.*" (ver folios 2254 y 2253 del expediente administrativo). Además, como anexo 2 a dicho documento la empresa Industria Constructora del Poás S.A. aportó el documento CE-075-ICP-2015 del 24 de febrero del 2017, que dice lo siguiente: "CE-075-ICP-2015/ 24 de febrero del 2017./ Poás, Alajuela./ **Referencia: CERTIFICACIÓN DE CAPACITACIÓN EN ASESORÍA EN CONTRATACIÓN/** Por este medio certifico que mi representada ha dado capacitación sobre asesoría en el proceso de contratación administrativa y contratación administrativa a la Ingeniera Alejandra Cabezas Fonseca carné IC-23581 desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, con un promedio de 3 horas semanales para un total de 72./ Sin otro particular, Ing. Henry Alfaro Rojas Representante Legal Industria Constructora del Poas S.A." (ver folio 2249 del expediente administrativo). **7)** Que el consorcio Norte y Sur – Cañas indicó en su oferta lo siguiente: "**3.5. Personal colaborador del Consorcio Norte Sur – Cañas para el desarrollo de los proyectos:** (...)

Mario Muñoz Fuentes	IC-5412	Ingeniero Civil. Departamento de Inspección de Proyectos
Andrés Matamoros Cubero	A-23335	Arquitecto Dibujante de Planta. Departamento de Diseño
Daniel Calderón Mata	IC-18099	Ingeniero Civil con Experiencia Certificada en Contratación Administrativa , encargado de procesos de Licitación y Adjudicación
Tatiana Sánchez Ureña	IME-18333	Ingeniera Electromecánica con Experiencia Certificada en Contratación Administrativa , encargada de procesos de Licitación y Adjudicación
Marcos Castro Calvo	N/A	Ingeniero en informática.

(ver folios 1868 y 1867 del expediente administrativo). **8)** Que mediante el oficio DGAJ-UTN-031-2017 del 14 de febrero del 2017, el licenciado Alfredo García Vargas en su condición de Asesor Jurídico de la Proveeduría Institucional de la Universidad Técnica Nacional, manifestó el siguiente: "**CONSULTA PLANTEADA:** El oficio INAR-011-2017, de la arquitecta Brenes solicita evacuar dudas referentes al análisis técnico de las ofertas recibidas. Concretamente, se refiere al punto 4.4.10 del cartel, perteneciente a las **Condiciones Técnicas**, mediante el cual se

solicita: 'Profesional en asesoría técnica en contratación administrativa: Deberá contar con un Profesional incorporado en el CFIA con un mínimo de 3 años, con conocimientos en contratación administrativa en la elaboración de carteles, revisión y subcontratación de ofertas. Para ello deberá presentar certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Se debe aportar currículum vitae y atestados que comprueben lo anterior.'/ Los asesores del Área de Ingeniería y Arquitectura estiman que la participante **INDUSTRIA CONSTRUCTORA DEL POÁS S.A.**, incumple con el requisito técnico, ya que de los títulos presentados para verificarlo, solamente uno es aplicable en materia de contratación administrativa para un total de 12 horas. Además, agregan que la certificación solicitada en dicho punto es un oficio realizado por el representante legal de la misma empresa donde indica 72 horas y que se contradice al indicar que son 3 horas mensuales, por un período de 6 meses lo que daría un total de 18 horas y no 72. La duda concreta es que si efectivamente, la certificación es válida./ **OPINIÓN JURÍDICA:** La labor del suscrito asesor jurídico en la etapa de análisis de ofertas en los procedimientos de contratación administrativa según el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se circunscribe a la revisión de los **ASPECTOS LEGALES**, dentro de los cinco días hábiles siguientes al acto de apertura. No obstante, a pesar de que la consulta versa sobre una **CONDICIÓN TÉCNICA** que escapa al ámbito de revisión legal, sí resulta factible referirme a lo consultado por la arquitecta, en vista de que el requisito se refiere a un certificado solicitado para acreditar experiencia en contratación administrativa por parte del profesional de la empresa participante. En este sentido, y únicamente con el afán de aportar algunos elementos que le pueden resultar de utilidad al Área de Ingeniería y Arquitectura para fundamentar su criterio, me permito formular las siguientes observaciones: 1. En el requisito 4.4.10, que pertenece a las condiciones técnicas del cartel, a efecto de acreditar la experiencia del profesional en contratación administrativa, se solicita la presentación de certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Además, se debe aportar currículum vitae y atestados que comprueben lo anterior. Según el documento que consta a folio 1040 del expediente administrativo, la empresa **Industria Constructora del Poas, S.A.**, certifica, por medio de su representante legal y mediante el oficio **CE-030-ICP-2015** (sic), que la profesional que propone, ha recibido capacitación en asesoría en el proceso de contratación administrativa desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, con un promedio de 3 horas mensuales para un total de 72 horas. En el aspecto correspondiente al cálculo de horas, lleva razón la profesional en arquitectura que está realizando el análisis de los aspectos técnicos de la oferta, pues según lo que consta en el

documento, el total de horas resulta ser de 18 y no de 72, como se indica. En consecuencia, el documento es contradictorio en su texto y no puede ser considerado para cumplir con el requisito que se solicita./ 2. Además de lo anterior, de una lectura del requisito del cartel, se deduce que el certificado técnico de capacitaciones debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación, como es el caso de otros certificados de empresas reconocidas en el campo de la capacitación en diversas áreas y que están acreditados en el expediente, lo cual hace que también resulte cuestionable el oficio CE-030-ICP-2015, emitido por la empresa *Industria Constructora del Poás, S.A.*, tal y como se indicó.” (ver folios 2259 al 2258 del expediente administrativo). 9) Que mediante el oficio INAR-016-2017 del 03 de marzo del 2017, suscrito por Carlos Navarro Rodríguez y Adriana Brenes Porras, funcionarios de la Unidad de Ingeniería y Arquitectura de la Universidad Técnica Nacional, se indica lo siguiente: “En relación al proceso de licitación pública 2016LN-000006-UTN ‘SERVICIOS DE CONSULTORÍA EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA POR DEMANDA’, y en atención al informe técnico solicitado a nuestra área, primeramente nos vamos a referir al cumplimiento en la presentación de los subsanes solicitados a los oferentes del concurso./ Según la subsanación solicitada a través del oficio INAR-012-2017 se obtuvo la siguiente información: (...)

Oferente: #3: Industria Constructora del Poás S.A.		
Aspectos técnicos solicitados para subsanación:	Información presentada	N° Folio
1. Copia del título profesional en Tecnología de la Información.	Sí	2251
2. Certificados de capacitaciones realizadas por el profesional en asesoría Contratación Administrativa, según señala el apartado 4.4.10 del cartel.	Sí	2249
3. Certificaciones especiales emitida por el CFIA para cada uno de los proyectos diseñados e inspeccionados que cumplen con los requisitos establecidos en la modificación #6 al cartel. La certificación de cada proyecto debe indicar explícitamente quién es el responsable en cada una de las áreas profesionales inscritas. Esto aplica para los proyectos inscritos por parte del director de proyectos, del profesional en el área hidrosanitario, del profesional en el área eléctrica y del oferente.	Sí	2030, 2254

(...) Dado lo anterior, y procediendo a su correspondiente análisis se desprende que: (...) **Oferente #3: Industria Constructora del Poás S.A./** 1. Los atestados de capacitaciones en contratación administrativa del profesional propuesto suman menos de 60 horas (folio 725), contrario a lo que se indica en el apartado 4.4.10 del cartel: 'Profesional en asesoría técnica en contratación administrativa: Deberá contar con un Profesional incorporado en el CFIA con un mínimo de 3 años, con conocimientos en contratación administrativa en la elaboración de carteles, revisión y subsanación de ofertas. Para ello deberá presentar certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Se debe aportar currículum vitae y atestados que comprueben lo anterior.' (subrayado es propio)/ De la Certificación de capacitación en asesoría en contratación, presentada y relacionada al punto anterior, es importante indicar que: Durante el acto de apertura, en la parte final de observaciones, el representante de la empresa Consorcio Norte y Sur S.A. - Ingeniería Cañas, cuestiona dicha certificación./ Razón por la cual se solicita criterio legal a la Dirección de Proveeduría Institucional, mediante oficio INAR-011-2017, siendo su respuesta el oficio DPI-055-2017 que a su vez adjunta el oficio DGAJ-UTN-031-2017. Este último contiene el criterio jurídico del Licenciado Alfredo García Vargas, Asesor Jurídico de la Proveeduría Institucional de la Universidad Técnica Nacional./ Este criterio es sustento para considerar que esta certificación no es válida ya que: Es emitida directamente por el representante legal de la empresa Incopoás S.A., quienes (sic) se encuentra en concurso para esta licitación en cuestión, lo que genera un conflicto de intereses./ El documento originalmente presentado como 'Certificación de capacitación en asesoría en contratación' (folio 1040 expediente administrativo), indicaba un total de 18 horas que no cumplía con el mínimo establecido, siendo que luego fue modificado y presentado junto con los subsanes solicitados por la Administración, para ajustarse a 72 horas (folio 2249); ahora sí cumpliendo con el número mínimo de horas requeridas; no obstante arrasando el error de forma en cuento (sic) al año de emisión del número de consecutivo del documento./ Sobre el contenido del documento que se encuentra en el folio 1040 del expediente administrativo, el licenciado García indica en el oficio DGAJ-UTN-031-2017: 'En consecuencia, el documento es contradictorio en su texto y no puede ser considerado para cumplir con el requisito que se solicita.'/ El Currículum Vitae presentado por la profesional en asesoría técnica en contratación administrativa **no** incluye la capacitación certificada por el Representante de la empresa concursante, por lo cual no cumple con lo establecido en el apartado 4.4.10 del cartel que indica: 'Deberá contar con un Profesional incorporado en el CFIA con un mínimo de 3 años, con conocimientos en contratación administrativa en la elaboración

de carteles, revisión y subsanación de ofertas. Para ello deberá presentar certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Se debe aportar currículum vitae y atestados que comprueben lo anterior.' (el subrayado es propio)/ El representante legal de esta empresa realiza esta certificación, siendo ajena el área de acción de la empresa al objeto de su negocio, el cual es la construcción y afines (folios 1195 y 1199), y no la capacitación formal en materia de contratación administrativa./ Según se constata en el currículum del representante legal de esta empresa, Ingeniero Henry Alfaro Rojas, su perfil profesional y sus atestados no son atinentes al área de asesoría en contratación administrativa ni experiencia laboral reportada presenta acreditaciones como capacitador en el área señalada (folios 1151 al 1181). Por lo anterior, los documentos con folios 1040 y 2249 firmados por el señor Alfaro en el cual certifica que su representada ha dado capacitaciones sobre asesoría en el proceso de contratación administrativa a la Ingeniera Alejandra Cabezas; evidencia y acentúa un conflicto de intereses por parte del oferente./ Por lo anteriormente expuesto y a la luz del criterio legal externado en el oficio DGAJ-UTN-031-2017 y según los requerimientos expuestos en los apartados 4.4.10 y 5.4.6; se evidencia un incumplimiento técnico de esta oferta.” (ver folios 2268 al 2265 del expediente administrativo). **10)** Que mediante el documento denominado **“INFORME I-ACAD-141-2017 DE LICITACIÓN PÚBLICA 2016LN-000006-UTN ‘SERVICIOS DE CONSULTORÍA EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA POR DEMANDA”** del 10 de marzo del 2017, se indica -en lo que interesa- lo siguiente: **“1. OBJETO DEL CONCURSO** Contratación de servicios profesionales en ingeniería y arquitectura para la realización de formulaciones de proyectos, anteproyectos, planos constructivos, especificaciones técnicas, presupuestos de obra, cronogramas de obra, asesorías técnicas en procesos licitatorios, inspección de obras y consultas técnicas varias./ **2. ANTECEDENTES (...)** Ofertas inadmisibles en el concurso (...) **3. INDUSTRIA CONSTRUCTORA DEL POÁS S.A.** Según el estudio técnico INAR-016-2017, elaborado por la Unidad de Ingeniería y Arquitectura de la UTN, esta oferta no cumple técnicamente en el siguiente punto del cartel (ver folios del 2255 al 2268): 1. Los atestados de capacitaciones en contratación administrativa del profesional propuesto suman menos de 60 horas (ver folio 725), contrario a lo que se indica en el apartado 4.4.10 del cartel./ (...) **3. ANÁLISIS DE LAS OFERTAS 3.1. ANÁLISIS LEGAL** El estudio legal de las ofertas fue realizado por el abogado Alfredo García Vargas de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la UTN, dejando constancia de las respectivas observaciones referidas en el oficio DGAJ-UTN-031-2017. (Ver folios del 2258 al 2259 del expediente de la contratación./ **3.2. ANÁLISIS TÉCNICO** El análisis técnico de las ofertas fue realizado por: La Unidad de Ingeniería y Arquitectura, el

cual corresponde a la línea 1: ver folios del 2255 al 2268 del expediente de la contratación.” (ver folios 2307 al 2303 del expediente administrativo). **11)** Que mediante acuerdo tomado por el Consejo Universitario en la sesión ordinaria N°06-2017 celebrada el 23 de marzo del 2017, se adjudicó la licitación pública 2016LN-000006-UTN al consorcio Norte y Sur – Cañas. En el dicho acuerdo, se indica -entre otras cosas- lo siguiente: “**ACUERDO 6-6-2017.** ‘*Conoce el Consejo Universitario el informe sobre la Licitación pública 2016LN-000006-UTN ‘Servicios de Consultoría en Ingeniería y Arquitectura por demanda, presentado por la Comisión de Licitaciones Institucional, según el Acta 2-2017, de la sesión número dos realizadas el lunes diez de marzo del dos mil diecisiete, por dicho órgano. En el informe indicado se detalla lo siguiente: 1. **OBJETO DEL CONCURSO** Contratación de servicios profesionales en ingeniería y arquitectura para la realización de formulaciones de proyectos, anteproyectos, planos constructivos, especificaciones técnicas, presupuestos de obra, cronogramas de obra, asesorías técnicas en procesos licitatorios, inspección de obras y consultas técnicas varias./ 2. **ANTECEDENTES** (...) Ofertas inadmisibles en el concurso (...) 3. **INDUSTRIA CONSTRUCTORA DEL POÁS S.A.** Según el estudio técnico INAR-016-2017, elaborado por la Unidad de Ingeniería y Arquitectura de la UTN, esta oferta no cumple técnicamente en el siguiente punto del cartel (ver folios del 2255 al 2268): 1. Los atestados de capacitaciones en contratación administrativa del profesional propuesto suman menos de 60 horas (ver folio 725), contrario a lo que se indica en el apartado 4.4.10 del cartel./ (...) 3. **ANÁLISIS DE LAS OFERTAS** 3.1. **ANÁLISIS LEGAL:** El estudio legal de las ofertas fue realizado por el abogado Alfredo García Vargas de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la UTN, dejando constancia de las respectivas observaciones referidas en el oficio DGAJ-UTN-031-2017. (Ver folios del 2258 al 2259 del expediente de la contratación./ 3.2. **ANÁLISIS TÉCNICO** El análisis técnico de las ofertas fue realizado por: La Unidad de Ingeniería y Arquitectura, el cual corresponde a la línea 1: ver folios del 2255 al 2268 del expediente de la contratación./ (...) **POR TANTO, SE ACUERDA: Acoger la recomendación de la Comisión de Licitaciones Institucional y adjudicar la Licitación Pública N°2016LN-000006-UTN a: Oferta #4: CONSORCIO: NORTE Y SUR-CAÑAS Conformado por: EMPRESA NORTE Y SUR ARQUITECTOS S.A. Cédula Jurídica 3-101-240730 Y LA EMPRESA INGENIERÍA CAÑAS S.A. Cédula Jurídica: 3-101-040429.**” (ver folios 2323 al 2317 del expediente administrativo). -----*

II. SOBRE EL FONDO: De conformidad con la información que consta en el expediente administrativo, se observa que al momento del estudio de las ofertas la Administración determinó que la oferta de la empresa Industria Constructora del Poás S.A. presentaba un

incumplimiento técnico (ver hechos probados 8 y 9), situación que hizo que dicha oferta fuera considerada inadmisibles en el concurso (ver hechos probados 10 y 11). Ahora bien, la apelante en su recurso presenta argumentos en contra del procedimiento realizado, en contra de la descalificación de su oferta y en contra de la oferta del consorcio adjudicatario, aspectos que pasamos a analizar. **1. Sobre la nulidad absoluta del procedimiento:** La apelante alega que en el proceso de contratación se evidencia una violación a uno de los elementos constitutivos del acto administrativo, lo cual genera una nulidad absoluta del procedimiento. Concretamente, menciona que la Administración indicó que el cartel y las modificaciones se encontraban disponibles en la página web de la UTN, y que las modificaciones serían publicadas por dicho medio, pero tal actuación vulnera el principio de publicidad y el artículo 40 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), ya que sus actuaciones deben ajustarse a las regulaciones de la Ley 8454. También menciona que el documento mediante el cual se prorroga el plazo para recibir ofertas y la modificación al cartel que se encuentra en la página web de la institución es un documento en formato pdf y sin firma digital, por lo cual se vulnera el artículo 40 de la LCA y los artículos 8 y 9 de la Ley 8454, el principio de seguridad jurídica, el principio de legalidad y el principio de publicidad, todo lo cual conlleva la nulidad del procedimiento realizado. Que se trata de una notificación ilegal, ya que junto con la modificación al cartel se brindaron dos días hábiles adicionales cuando el Reglamento establece que en una licitación pública deben darse al menos quince días hábiles cuando se hagan modificaciones de este tipo. La Administración manifestó que el acto administrativo de adjudicación contiene todos y cada uno de los elementos que le caracterizan, como es el motivo, contenido y fin, el sujeto, el objeto y la voluntad administrativa, lo cual lo convierte en un acto válido. Con respecto al uso de la página web de la Universidad, explica que se encuentra en proceso de incorporación al SICOP por lo que a la fecha los trámites de compra se están tramitando dentro del transitorio establecido en la Ley 9395 que reformó la Ley de Contratación Administrativa. Considera que si el recurrente tenía duda sobre la validez de la firma del documento escaneado y publicado en la página web de la UTN, pudo haber consultado el expediente físico de la contratación. Sobre las modificaciones realizadas al cartel, hace ver que el apelante menciona que existe una afectación pero no la demuestra. Explica que ninguno de los cambios realizados impuso condiciones adicionales a los oferentes, más bien las modificaciones del apartado 4.5 eran en beneficio de los oferentes. El adjudicatario manifestó que se trata de un intento de la apelante de lograr la nulidad por la nulidad misma, y así continuar como contratista de la Universidad mientras se promueve un nuevo procedimiento de contratación. Que las nulidades no son

irrestringidas sino que se encuentran sujetas a ciertas condiciones, entre ellas los artículos 194 al 200 del Código Procesal Civil establecen que tres premisas básicas: a) se debe constatar la indefensión o la afectación al curso normal del proceso, b) no corresponde decretar la nulidad si quien estaba legitimado para hacerlo no la reclamó de manera oportuna y c) sólo la parte que ha sido o pueda llegar a ser perjudicada puede reclamarla. En el caso bajo análisis el apelante no acreditó cómo le afectaron los vicios que menciona, tampoco consta en el expediente administrativo que se haya opuesto en el momento procesal oportuno a las modificaciones al cartel, por lo que de existir algún tipo de nulidad, no puede declararse en esta fase procesal, por aplicación del principio de preclusión. **Criterio de la División:** Como punto de partida debe tenerse presente que el artículo 93 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) establece el medio que debe utilizar la Administración para comunicar los actos relativos al procedimiento de licitación pública, ello en los siguientes términos: *“Artículo 93. Publicación. La invitación a participar, las modificaciones al cartel y el acto de adjudicación se publicarán en el Diario Oficial La Gaceta y en los medios electrónicos habilitados por la Administración.”* Como puede observarse, dicha norma reglamentaria es clara en indicar que en los procedimientos de licitación pública la invitación a participar como las modificaciones al cartel se deben publicar en La Gaceta, y en los medios electrónicos habilitados por la Administración. Ahora bien, en el caso bajo análisis se observa que la Administración publicó la invitación a participar en el concurso en La Gaceta N°240 del 14 de diciembre del 2016 y con fecha de apertura el 26 de enero del 2017 (ver hecho probado 1), y posteriormente emitió un documento denominado “UNIVERSIDAD TÉCNICA NACIONAL/ PROVEEDURÍA INSTITUCIONAL/ LICITACIÓN PÚBLICA No.2016LN-000006-UTN/ MODIFICACIONES AL CARTEL/ CONSULTORÍA EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA POR DEMANDA” el cual contiene unas modificaciones al cartel original y además modificó la fecha de apertura para el 31 de enero del 2017 (ver folios 253 al 246 del expediente administrativo). Ante ello, el apelante alega que existe nulidad del procedimiento de contratación realizado ya que la Administración no publicó las modificaciones en La Gaceta ni tampoco cumplió con el plazo mínimo establecido en el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para este tipo de modificaciones. Al respecto, hemos de indicar que tratándose de un concurso promovido bajo el procedimiento de licitación pública, la Universidad debió respetar el procedimiento de publicación establecido en el artículo 93 del RLCA. No obstante, ha de tomarse en consideración que la propia Administración reconoce que los cambios realizados al cartel se comunicaron a los potenciales oferentes mediante publicación en la página web y correo electrónico, y en este sentido

manifestó lo siguiente: *“Por otro lado, el apelante incurre en falsedad al indicar que la Universidad varió la fecha de apertura en dos días hábiles, cuando en realidad se les notificó de los cambios con cinco días hábiles de anticipación. No solamente se publicó mediante la página web oficial de la Universidad, tal y como se establece en el cartel y la publicación de la Gaceta, sino que se les envió un correo electrónico notificándoles de los cambios realizados en el pliego de condiciones. En el folio 256 se observa que en el caso de INCOPOAS se notificó a los correos amurillo@incopoas.com y al halfaro@incopoas.com.”* (ver folios 93 y 94 del expediente de la apelación). En efecto, revisado el expediente administrativo se observa que en el folio 256 consta la impresión de un correo electrónico enviado el 24 de enero del 2017 por Katherine Herrera Chaves a varios destinatarios, y en el cual informa lo siguiente: *“En referencia a la licitación pública 2016LN-000006-UTN, ‘CONSULTORÍA EN INGENIERÍA Y ARQUITECTURA POR DEMANDA’, y debido al interés mostrado por ustedes por este concurso, les informo que la Universidad le ha realizado aclaraciones y modificaciones al cartel, las cuales adjuntamos para su conocimiento, además les recuerdo que toda esta información se encuentra en la página de la UTN, como se indicó en la invitación en el diario oficial La Gaceta, la cual deben revisar constantemente, previo a la fecha de apertura, la cual también ha sido modificada para el día martes 31 de enero de 2017 a las 3:00 pm.”* (ver folio 256 del expediente administrativo). Si bien, dicha comunicación mediante correo electrónico y mediante publicación en la página web de la institución no sustituye la obligación que tenía la institución de comunicar las modificaciones realizadas mediante publicación en La Gaceta, tal y como lo establece el artículo 98 del RLCA, se observa que la Administración explica que las modificaciones al cartel no fueron sustanciales, y en este sentido manifiesta lo siguiente: *“Las modificaciones en todos los casos obedecieron a solicitud de los potenciales oferentes, especialmente de la misma empresa ahora recurrente. En aras de garantizar una mayor participación, la Administración tomó la decisión de flexibilizar algunos aspectos en beneficio del principio de libre competencia. Ninguna de las modificaciones planteadas impuso condiciones adicionales a los oferentes,...”* (folio 94 del expediente de la apelación). De conformidad con lo expuesto, en este tema queda en evidencia que la Administración licitante se separó de la forma de dar publicidad según lo establece el ordenamiento jurídico, sin embargo, es nuestro criterio que en este caso tal omisión no conlleva la nulidad absoluta del procedimiento realizado -como lo alega la apelante-, ya que la recurrente no explicó, ni acreditó, ni demostró de qué manera la falta de ese requisito (la publicación del aviso de las modificaciones en La Gaceta) le afectó o le generó alguna indefensión para poder participar en el concurso, o bien le imposibilitó participar en igualdad de

condiciones de frente a los demás oferentes, aspecto fundamental para determinar la nulidad absoluta del procedimiento. Téngase presente que el numeral 223 de la Ley General de la Administración Pública, establece: “1.- *Sólo causará nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento. / 2.- Se entenderá como sustancial la formalidad cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión.*” Como se verá más adelante, el incumplimiento que le atribuye la Administración a la oferta de la apelante y que llevó a su descalificación del concurso es sobre un requisito que estaba en la versión original del cartel, razón por la cual en este caso las modificaciones realizadas al cartel no incidieron en la descalificación de dicha oferta. Además, el apelante tampoco acreditó ni demostró cómo el nuevo plazo establecido para la apertura de las oferta le afectó o le generó alguna indefensión para poder participar en el concurso, más bien es claro que la empresa apelante sí pudo presentar su oferta dentro del plazo establecido por la Administración (ver hecho probado 2). Finalmente, se observa que el apelante también cuestiona el hecho de que algunos documentos que constan en la página web de la institución relacionados con este concurso no tienen la firma digital del funcionario, sino únicamente la firma manuscrita de Katherine Herrera Chaves, sin embargo ello tampoco es motivo para declarar la nulidad del procedimiento, ya que ello es un aspecto de forma y no incide en el contenido del respectivo documento. De conformidad con todo lo expuesto, y en aplicación del principio de eficiencia, lo procedente es declarar sin lugar el recurso en este extremo. **2. Sobre la descalificación de la oferta de la apelante:** La apelante menciona que no todo incumplimiento significa la descalificación automática de la oferta, sino que debe ser un incumplimiento de tal magnitud que afecte gravemente el cumplimiento del objeto contractual. Que en el presente caso, para medir la intrascendencia del incumplimiento que origina la descalificación de su oferta se debe considerar las horas requeridas, el cartel solicita un mínimo de 60 horas de capacitación en temas de contratación administrativa, dentro de los últimos tres años, lo cual se puede cumplir con un curso recibido en el año 2014 o 2015, y tanto la ley como el reglamento han sufrido reformas que hacen obsoleto el conocimiento adquirido en los temas relacionados. Además menciona que no existen cursos acreditados en el sistema nacional de calidad ni en el mercado, de modo que no existe forma de garantizar la calidad de estos, la relevancia y la actualidad de sus contenidos, ni el perfil de los facilitadores. Considera que el objeto contractual del concurso impugnado tiene que ver con la contratación de profesionales en ingeniería civil y arquitectura y es netamente técnica, no jurídica, por lo que la descalificación de su oferta es totalmente

desproporcionada e irrazonable, contraria al artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa. Con respecto al criterio jurídico emitido por Alfredo García Vargas, menciona que en él no se trató el tema de la trascendencia, y además carece de firma. También menciona que el asesor legal incurre en error al realizar una interpretación desfavorable a la conservación de las ofertas, al manifestar que “se deduce que el certificado técnico de capacitaciones debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación”, lo cual es una deducción subjetiva. La **Administración**, sobre la trascendencia del requisito de experiencia en materia de contratación administrativa explica que las 60 horas de capacitación es con el fin de que el profesional encargado de realizar los informes técnicos y análisis de ofertas cuente con conocimientos básicos en la materia de contratación administrativa y aprenda a costa de la Administración. Que ello es una lección aprendida del contrato precedente, en el cual se dieron cambios del profesional que asesoraba a la Universidad en esta fase, que afectó por unos meses los servicios mientras la nueva persona aprendía. Con respecto al criterio emitido por el asesor legal explica que la recomendación emitida por él, es un simple criterio jurídico, sin ninguna fuerza ni efecto jurídico alguno, emitido con carácter meramente recomendativo que puede ser acogido o no por la autoridad solicitante. El **adjudicatario** manifestó que el requisito establecido en el punto 4.4.10 del cartel era obligatorio, bajo pena de exclusión de la plica, por lo tanto los oferentes estaban en la obligación de cumplir con dicho requisito ya que la propia Administración lo determinó como sustancial. Además, resulta obvio que si el consultor contratado tiene que elaborar los términos y condiciones de referencia para cada proyecto, necesariamente tiene que tener los conocimientos para la elaboración de carteles, revisión y subsanación de ofertas, etc. Sobre la carta aportada para acreditar la experiencia de Alejandra Cabezas menciona que el hecho de que la certificación de capacitación debía provenir de un ente que se dedique de manera formal a la capacitación es de pura lógica, puesto que de lo contrario se fomentaría que los oferentes intenten burlar la disposición cartelaria mediante auto certificaciones, tal y como lo pretendió hacer la empresa apelante. Que la segunda carta aportada por la apelante para acreditar la experiencia si bien se le cambia la fecha al 24 de febrero del 2017 mantiene los datos del 2015 en el número de oficio, lo cual evidencia que montaron la información en un documento anterior. **Criterio de la División:** En el punto 4 del cartel se estableció lo siguiente: ***“4. CONDICIONES TÉCNICAS Las ofertas deberán entregarse de conformidad con las especificaciones técnicas que se indican en este cartel y las demás condiciones relacionadas con este servicio: (...) 4.4. Perfiles mínimos profesionales requeridos del equipo de trabajo del consultor: El equipo de trabajo para cualquier etapa a***

contratar, deberá estar integrado por los siguientes profesionales: (...) Asimismo, por cada etapa se deben tener las siguientes consideraciones: (...) **4.4.10. Profesional en asesoría técnica en contratación administrativa:** Deberá contar con un Profesional incorporado en el CFIA con un mínimo de 3 años, con conocimientos en contratación administrativa en la elaboración de carteles, revisión y subsanación de ofertas. Para ello deberá presentar certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Se debe aportar *currículum vitae* y atestados que comprueben lo anterior.” (ver folios 72 al 70 del expediente administrativo). Como puede observarse, en el punto 4.4.10 del cartel se requirió como parte del equipo de trabajo, un profesional en asesoría técnica en contratación administrativa, y además se debía acreditar la experiencia de dicho profesional mediante un certificado de capacitaciones realizadas en los últimos tres años, por un total mínimo de 60 horas. Además, en el punto 5.4 del cartel se indicó lo siguiente: **“5.4. Requisitos de admisibilidad/ Sólo se considerarán como oferentes calificados para participar en esta contratación los que demuestren el cumplimiento de los siguientes requisitos mínimos: (...) 5.4.6. Cumplir con todo lo establecido en el apartado 4 ‘Condiciones Técnicas.”** (ver folios 57 y 56 del expediente administrativo), por lo tanto, queda claro que el requisito contemplado en el punto 4.4.10 se estableció como un requisito de admisibilidad para los oferentes. Ahora bien, se observa que para cumplir con dicho requisito, la empresa Industria Constructora del Poás S.A. ofreció a Alejandra Cabezas Fonseca (ver hecho probado 3), y para acreditar las 60 horas mínimas de capacitación aportó junto con su oferta el documento CE-030-ICP-2015 del 30 de enero del 2017, que dice lo siguiente: *“CE-030-ICP-2015/ 30 de enero del 2017./ Poás, Alajuela./ Referencia: CERTIFICACIÓN DE CAPACITACIÓN EN ASESORÍA EN CONTRATACIÓN/ Por este medio certifico que mi representada ha dado capacitación en asesoría en el proceso de contratación administrativa a la Ingeniera Alejandra Cabezas Fonseca carné IC-23581 desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, con un promedio de 3 horas mensuales para un total de 72./ Sin otro particular, Ing. Henry Alfaro Rojas Representante Legal Industria Constructora del Poas S.A.”* (ver hecho probado 4). Como puede observarse, con dicha certificación se pretendió acreditar capacitación recibida por Alejandra Cabezas Fonseca en contratación administrativa desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, por un período de 3 horas mensuales, y fue emitida por Henry Alfaro Rojas en su condición de Representante Legal de Industria Constructora del Poás S.A., o sea la misma empresa oferente. Dicha certificación fue analizada por el licenciado Alfredo García Vargas, en su condición de Asesor Jurídico de la Proveduría Institucional de la Universidad, quien consideró

que esa certificación no cumplía con lo requerido en el cartel, ya que el total de horas acreditadas es de 18 horas y no 72, y además cuestionó el hecho de que el documento haya sido emitido por la misma empresa oferente, ya que considera que el certificado debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación (ver hecho probado 8). En este sentido, dicho funcionario manifestó lo siguiente: *“En este sentido, y únicamente con el afán de aportar algunos elementos que le pueden resultar de utilidad al Área de Ingeniería y Arquitectura para fundamentar su criterio, me permito formular las siguientes observaciones: 1. En el requisito 4.4.10, que pertenece a las condiciones técnicas del cartel, a efecto de acreditar la experiencia del profesional en contratación administrativa, se solicita la presentación de certificado de capacitaciones realizadas en los últimos 3 años, por un total mínimo de 60 horas. Además, se debe aportar currículum vitae y atestados que comprueben lo anterior. Según el documento que consta a folio 1040 del expediente administrativo, la empresa Industria Constructora del Poas, S.A., certifica, por medio de su representante legal y mediante el oficio CE-030-ICP-2015 (sic), que la profesional que propone, ha recibido capacitación en asesoría en el proceso de contratación administrativa desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, con un promedio de 3 horas mensuales para un total de 72 horas. En el aspecto correspondiente al cálculo de horas, lleva razón la profesional en arquitectura que está realizando el análisis de los aspectos técnicos de la oferta, pues según lo que consta en el documento, el total de horas resulta ser de 18 y no de 72, como se indica. En consecuencia, el documento es contradictorio en su texto y no puede ser considerado para cumplir con el requisito que se solicita./ 2. Además de lo anterior, de una lectura del requisito del cartel, se deduce que el certificado técnico de capacitaciones debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación, como es el caso de otros certificados de empresas reconocidas en el campo de la capacitación en diversas áreas y que están acreditados en el expediente, lo cual hace que también resulte cuestionable el oficio CE-030-ICP-2015, emitido por la empresa Industria Constructora del Poás, S.A., tal y como se indicó.”* (ver hecho probado 8). En efecto, de una simple operación matemática se puede evidenciar que 3 horas mensuales por 6 meses equivale a un total de 18 horas, y por lo tanto la certificación CE-030-IPC-2015 aportada por la empresa únicamente hace referencia a 18 horas de capacitación y no 60 horas mínimo, como se estableció en el punto 4.4.10 del cartel. Sin embargo, también se puede observar que durante el estudio de las ofertas la Administración le solicitó a la empresa Industria Constructora del Poás S.A. la subsanación de varios documentos, entre ellos los certificados de capacitaciones realizados por el profesional en asesoría en contratación administrativa (ver hecho probado 5), ante lo cual dicha

empresa aportó el documento CE-075-ICP-2015 que dice lo siguiente: “CE-075-ICP-2015/ 24 de febrero del 2017./ Poas, Alajuela./ **Referencia: CERTIFICACIÓN DE CAPACITACIÓN EN ASESORÍA EN CONTRATACIÓN**/ Por este medio certifico que mi representada ha dado capacitación sobre asesoría en el proceso de contratación administrativa y contratación administrativa a la Ingeniera Alejandra Cabezas Fonseca carné IC-23581 desde julio del 2016 y hasta diciembre del 2016, con un promedio de 3 horas semanales para un total de 72./ Sin otro particular, Ing. Henry Alfaro Rojas Representante Legal Industria Constructora del Poas S.A.” (ver hecho probado 6). Como puede observarse, mediante dicha certificación la empresa corrigió la cantidad de horas de capacitación en contratación administrativa que se pretenden acreditar a favor de Alejandra Cabezas Fonseca, de forma tal que ahora se indica un periodo de 3 horas semanales por 6 meses, para un total de 72 horas, intentando subsanar así el faltante de horas detectado inicialmente por parte del asesor legal de la Administración. Sin embargo, se mantiene el cuestionamiento realizado inicialmente por el asesor legal en el sentido de que la certificación fue emitida por el representante legal de la misma empresa oferente. Dicha situación también se expone en el oficio INAR-016-2017 del 03 de marzo del 2017, donde entre otras cosas, se indica: “Por lo anterior, los documentos con folios 1040 y 2249 firmados por el señor Alfaro en el cual certifica que su representada ha dado capacitaciones sobre asesoría en el proceso de contratación administrativa a la Ingeniera Alejandra Cabezas; evidencia y acentúa un conflicto de intereses por parte del oferente./ Por lo anteriormente expuesto y a la luz del criterio legal externado en el oficio DGAJ-UTN-031-2017 y según los requerimientos expuestos en los apartados 4.4.10 y 5.4.6; se evidencia un incumplimiento técnico de esta oferta.” (ver hecho probado 9). Ahora bien, la apelante alega que este requisito no es motivo para declarar la inelegibilidad de su oferta, ya que considera que no es trascendente, y en este sentido manifiesta lo siguiente: “Aquí para medir la intrascendencia del incumplimiento que origina la descalificación de mi representada se debe considerar las horas requeridas para funcionario acreditado por el oferente. Simplemente solicita el cartel un mínimo de 60 horas de capacitación en temas de contratación administrativa, y dentro de los últimos tres años./ Respecto de los temas es bien conocido que las empresas que prestan este tipo de servicios hacen cursos abiertos donde no se especializan en brindar la capacitación en temas específicos como el objeto contractual aquí discutido, sino que son generales en temas de bienes, servicios u obras. Aunado a lo anterior se debe considerar que al tratarse de una pequeña cantidad de horas, el requerimiento puede ser cumplido incluso con un curso recibido en el año 2014 o 2015, y bien es conocido que tanto la ley como el reglamento han sufrido reformas y adiciones a su

*articulado que haría obsoleto el conocimiento adquirido con los temas relacionados.” (ver folio 10 del expediente de la apelación). La Administración, por su parte ha explicado la importancia de dicho requisito en los siguiente términos: “En el cartel, la etapa de asesoría para licitación y adjudicación amerita toda una fase dentro de los servicios de ingeniería a contratar, regulado mediante los apartados 4.5.2 y los entregables esperados están definidos en el 4.6; entre los cuales se encuentran: Elaboración términos de referencia técnicos para construcción, Visitas técnicas a sitio dirigidas a potenciales oferentes, Análisis de ofertas, Consultas técnicas durante proceso licitatorio./ Como es sabido, la Universidad Técnica Nacional debe tramitar todos sus procedimientos de contratación de servicios de construcción señalados en la fase dos del cartel, mediante la ley de contratación administrativa y todo lo que en ella se enmarca. Es con base en lo anterior, que se solicitó un profesional en ingeniería o arquitectura que cumpliera con al menos 60 horas de capacitación en materia de Contratación Administrativa. Es importante mencionar que en ningún momento se solicita asesoría legal para los procesos de contratación administrativa, tal y como lo menciona el recurrente, puesto que **un curso de 60 horas en contratación administrativa, no convierte a ningún ingeniero, en abogado o asesor legal.** Consideramos que las 60 horas de capacitación es con el fin de que el profesional encargado de realizar los informes técnicos y análisis de ofertas, cuente con conocimientos básicos en la materia de Contratación Administrativa y no venga a aprender a costas de la Universidad. (...) Lo anterior, es una lección aprendida del contrato precedente, en el cual, se dieron cambios del profesional que asesoraba a la Universidad en esta fase, que afectaron por unos meses el servicio mientras la nueva persona aprendía, y la UTN pagaba lo mismo por el servicio por falta de requisitos mínimos en el cartel anterior. / Por otro lado, solamente para el año 2016, la UTN canceló en servicios de asesoría en procesos de contratación la suma de \$21.098.834.58. Esto es un punto que justifica aún más el hecho de que es un servicio que debe regularse y en donde la Administración debe imponer requisitos mínimos al profesional que brinda la asesoría.” (ver folios 96 y 97 del expediente de la apelación). De conformidad con las explicaciones dadas por la Administración, esta División considera que ha quedado debidamente acreditada la importancia y trascendencia de dicho requisito cartelario dentro de este concurso, y por lo tanto no es de recibo el argumento del apelante en este sentido. El apelante continúa diciendo sobre este tema lo siguiente: “En la misma línea de pensamiento y partiendo que mi representada fue la contratista que estaba ejecutando el mismo objeto contractual que se pretende satisfacer con este concurso, ya cuenta con el personal que posee en demasía este requisito para la experiencia incluida en asesoría técnica en materia de contratación administrativa pero en este*

caso en forma directa y vinculada al objeto contractual que se pretende satisfacer.” (ver folio 10 del expediente de la apelación), sin embargo dicho argumento tampoco es de recibo, ya que no basta con el simple dicho del oferente de que cumple con los requisitos solicitados, sino que el cumplimiento debe acreditarse debidamente, o sea en este caso mediante la respectiva certificación, tal y como fue solicitado en el cartel. Además, en este sentido, la Administración manifestó lo siguiente: *“El hecho de que INCOPOAS haya asesorado a la administración en dicho servicio, no implica que no puedan solicitar requisitos mínimos al profesional que asesora en esta materia en el nuevo cartel, esto en función del interés institucional.”* (ver folio 96 del expediente de la apelación), criterio que comparte este órgano contralor. Como parte de esta línea argumentativa, la apelante también menciona lo siguiente: *“Al leer el alcance de la asesoría técnica respecto del cumplimiento de un requisito de acreditación de cursos de al menos 60 horas en redacción de carteles, revisión y subsanación de ofertas, no se observa relación entre una y otra. Es más, la asesoría técnica basta y sobra con la condición de ser un profesional debidamente incorporado al Colegio Profesional y aún más si ya posee la experiencia en manejo de proyectos del sector público como lo realiza mi representada.”* (ver folio 11 del expediente de la apelación), sin embargo dicho argumento no es de recibo ya que si dicha empresa consideraba que ese requisito era irrelevante debió objetarlo en el momento procesal oportuno, o sea mediante el recurso de objeción al cartel, y dentro del plazo establecido para tales efectos, lo cual no hizo, ya que el recurso de objeción al cartel de este concurso que interpuso dicha empresa fue presentado en forma extemporánea (ver resolución R-DCA-0020-2017 del 18 de enero del 2017). Para concluir sobre el argumento de la intrascendencia del incumplimiento atribuido a su oferta, la apelante manifiesta lo siguiente: *“Aunado a esta situación, se tiene que la responsabilidad de formular un cartel, revisión y subsanación de ofertas es de la Administración licitante, tanto es así que dispone no solo de una Proveeduría, un asesor legal y una profesional en Arquitectura que adquirió mucha experiencia en la DIEE del Ministerio de Educación Pública y que precisamente en la funcionaria que revisa nuestra oferta desde el punto de vista técnico, Adriana Brenes Porras...”* (ver folio 11 del expediente de la apelación), sin embargo ante ello la Administración explicó lo siguiente: *“Se considera que la responsabilidad que conlleva la firma de los informes técnicos es trascendental para efectos de la adopción del acto final en los procedimientos de contratación administrativa; esto de ninguna manera delega las responsabilidades de la Proveeduría, la Asesoría Legal o los analistas financieros de las ofertas, pero como es sabido los análisis técnicos de las ofertas de contrataciones de obra los debe realizar un ingeniero*

especialista en donde lo mínimo que se solicita es que conozca lo que está haciendo. Es totalmente razonable solicitar que la persona que elabora los informes técnicos sepa dentro del análisis de ofertas conozca qué aspectos son subsanables y cuáles no. Con esto no se delegan las funciones de la Administración, simplemente se evitan errores frecuentes en la elaboración y redacción de los informes técnicos.” (ver folio 97 del expediente de la apelación). De conformidad con lo expuesto hasta ahora, queda acreditada la importancia y trascendencia del requisito cartelario establecido en el punto 4.4.10 del cartel, sin que sean de recibo los argumentos del apelante para tratar de acreditar lo contrario. Ahora bien, teniendo claro que el requisito establecido en el punto 4.4.10 del cartel era un requisito de admisibilidad y que resultaba de cumplimiento obligatorio para los oferentes, resulta necesario determinar si la empresa apelante incumplió con dicho requisito tal y como en su momento lo determinó la Administración. En este sentido se observa que tanto en el análisis legal emitido mediante el oficio DGAJ-UTN-031-2017 como en el análisis técnico emitido mediante el oficio INAR-016-2017, los funcionarios de la Administración determinaron que los atestados de capacitaciones en contratación administrativa del profesional propuesto por la empresa Industria Constructora del Poás S.A. no cumplían con las horas mínimas de capacitación requeridas en el punto 4.4.10 del cartel (ver hechos probados 8 y 9). Al respecto, es criterio de esta División que si bien mediante la certificación CE-015-ICP-2015 del 24 de febrero del 2017 dicha empresa corrigió la cantidad de horas de capacitación en contratación administrativa que se pretenden acreditar a favor de Alejandra Cabezas Fonseca, de forma tal que ahora se indica un periodo de 3 horas semanales por 6 meses, para un total de 72 horas, intentando subsanar así el faltante de horas detectado inicialmente, es lo cierto que ambas certificaciones aportadas por la empresa Industria Constructora del Poás S.A. fueron emitidas por el representante legal de la misma empresa oferente (ver hechos probados 4 y 6), situación que fue cuestionada por los funcionarios de la Administración en los oficios DGAJ-UTN-031-2017 del 14 de febrero del 2017 y INAR-016-2017 del 03 de marzo del 2017 (ver hechos probados 8 y 9). Concretamente en el oficio DGAJ-UTN-031-2017 del 14 de febrero del 2017 el asesor legal de la Universidad manifestó lo siguiente: *“2. Además de lo anterior, de una lectura del requisito del cartel, se deduce que el certificado técnico de capacitaciones debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación, como es el caso de otros certificados de empresas reconocidas en el campo de la capacitación en diversas áreas y que están acreditados en el expediente, lo cual hace que también resulte cuestionable el oficio CE-030-ICP-2015, emitido por la empresa Industria Constructora del Poás, S.A., tal y como se indicó.”* (ver hecho probado 8); y en el oficio

INAR-016-2017 del 03 de marzo del 2017 la Unidad de Ingeniería y Arquitectura indicó lo siguiente: *“De la Certificación de capacitación en asesoría en contratación, presentada y relacionada al punto anterior, es importante indicar que: Durante el acto de apertura, en la parte final de observaciones, el representante de la empresa Consorcio Norte y Sur S.A. - Ingeniería Cañas, cuestiona dicha certificación./ Razón por la cual se solicita criterio legal a la Dirección de Proveeduría Institucional, mediante oficio INAR-011-2017, siendo su respuesta el oficio DPI-055-2017 que a su vez adjunta el oficio DGAJ-UTN-031-2017. Este último contiene el criterio jurídico del Licenciado Alfredo García Vargas, Asesor Jurídico de la Proveeduría Institucional de la Universidad Técnica Nacional./ Este criterio es sustento para considerar que esta certificación no es válida ya que: Es emitida directamente por el representante legal de la empresa Incopoás S.A., quienes (sic) se encuentra en concurso para esta licitación en cuestión, lo que genera un conflicto de intereses.”* (ver hecho probado 9). Ante dicho cuestionamiento, la apelante alega lo siguiente: *“Aunado a lo anterior, el asesor legal vuelve a incurrir en otro error al realizar una interpretación desfavorable para la conservación de una oferta, al señalar en folio 2258 que ‘se deduce que el certificado técnico de capacitaciones debe provenir de un ente que se dedique formalmente a la capacitación...’* (ver folio 12 del expediente de la apelación). Al respecto, esta División considera que si bien en punto 4.4.10 del cartel no estableció particularmente quién debía emitir la certificación requerida, es lo cierto que en aplicación del principio de transparencia y a fin de lograr imparcialidad y objetividad, dicha certificación debe ser emitida por un tercero imparcial, y bajo ese análisis se debe concluir que las dos certificaciones aportadas por la empresa apelante para tratar de acreditar la capacitación de Alejandra Cabezas Fonseca en contratación administrativa no se pueden aceptar como válidas, ya que fueron emitidas por el representante legal de la propia empresa oferente. Ello debe ser así ya que la certificación que se pide en este caso es para verificar la idoneidad del personal propuesto y de la oferta en sí misma, por lo tanto no es lógico ni razonable que el propio oferente auto-certifique que cumple con el requisito, sino que ello debe ser certificado por un tercero imparcial. De esta manera, y al no aceptar como válidas las dos certificaciones aportadas por la empresa apelante para acreditar el cumplimiento del requisito establecido en el punto 4.4.10 del cartel, se determina el incumplimiento de dicha oferta a un requisito de admisibilidad. Por lo tanto, dicho incumplimiento conlleva la exclusión de esa oferta del concurso, tal y como en su momento lo determinó la Administración. En razón de todo lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar el recurso de apelación en este extremo. **3. Con respecto a los supuestos incumplimientos de la oferta del consorcio adjudicatario:** La

apelante alega que dentro del personal ofrecido por el consorcio adjudicatario están Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña, quienes laboran actualmente en la Dirección de Infraestructura Educativa del Ministerio de Educación Pública, y por lo tanto dichos profesionales no pueden trabajar en la ejecución del contrato. Que esto constituye un fraude de ley, de conformidad con lo regulado en el Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y la consecuencia de dicha actuación es la exclusión de esa oferta. También menciona que no consta en el expediente administrativo la declaración jurada de Daniel Calderón Mata y de Tatiana Sánchez Ureña, lo cual fue un requisito establecido en el cartel. Además menciona que existe un conflicto de intereses por parte del personal de la Universidad, ya que Adriana Brenes Porras es funcionaria de la Unidad de Ingeniería y Arquitectura de Gestión de Infraestructura de la Universidad Técnica Nacional y fue funcionaria de la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo del MEP. Que Adriana Brenes es responsable de los estudios de las ofertas por parte de la Administración y entre ellas la oferta del consorcio adjudicatario, por lo tanto, existe un conflicto de intereses entre las personas que participan como oferentes, el personal del adjudicatario y el personal que estudia las ofertas por parte de la Universidad, sin que Adriana Brenes Porras se haya inhibido de participar en el proceso. También menciona un conflicto de intereses entre Isidro Ramírez Araya y Adriana Brenes Porras, ya que el señor Ramírez Araya es representante de la empresa Norte y Sur Arquitectos S.A. y acreditó un total de 32 proyectos realizados para la Dirección de Infraestructura y Equipamiento Educativo del MEP entre los años 2012 y 2016. La **Administración** manifestó que Adriana Brenes Porras dejó de laborar para el Ministerio de Educación Pública desde el 15 de julio del 2016 y es funcionaria de la Universidad desde el 16 de julio del 2016. Que el puesto que ella desempeñaba en el MEP no tiene relación dentro de la estructura organizacional con los señores Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña, por lo cual no se entiende el conflicto de intereses al que se refiere la apelante. El **adjudicatario** reconoce que Daniel Calderón y Tatiana Sánchez se desempeñan en la actualidad como funcionarios públicos, sin embargo, indica que ello no obsta para que en caso de rechazo del recurso y que la adjudicación adquiera firmeza, puedan renunciar o solicitar un permiso sin goce de salario para trabajar con una empresa privada. Que esta posibilidad se encuentra amparada a la libertad de contratación amparada al artículo 46 de la CP, y como prueba de que el ofrecimiento de dichas personas es real, aporta dos cartas suscritas por Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña en las que manifiestan su anuencia a solicitar un permiso sin goce de salario o a renunciar a su puesto en caso de que el consorcio resulte adjudicatario. **Criterio de**

la División: Con respecto a la situación de Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña, se tiene por acreditado que la empresa adjudicataria incluyó a dichas personas dentro del personal ofrecido como colaborador para el desarrollo del proyecto (ver hecho probado 7), sin embargo al contestar la audiencia inicial reconoció que ambas personas se desempeñan actualmente como funcionarios públicos, pero explica que ello no obsta para que en caso de que la adjudicación a su favor adquiera firmeza, dichas personas puedan renunciar o solicitar un permiso sin goce de salario para trabajar con la empresa, y como respaldo de su argumento aportó dos cartas suscritas por dichas personas, y en las cuales Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña manifiestan lo siguiente: *“Primero; que conozco el proceso de licitación 2016LN-000006-UTN en todo su alcance y acepté ser parte del equipo de trabajo de la oferta presentada por el Consorcio NorteSur – Cañas, en el entendido de que **la oferta de posibles servicios** no está restringida por la dedicación exclusiva./ Segundo; que de resultar adjudicado el consorcio NorteSur – Cañas estoy dispuesta a proceder con cualquiera de los mecanismos legales de los que dispongo para cumplir a cabalidad con lo ofertado, a saber, solicitar un permiso sin goce de salario o a renunciar a mi puesto./ Tercero; que por una cuestión moral, mas no legal, estoy en completa disposición de reembolsar al estado el monto total correspondiente al curso recibido como capacitación durante el 2016 y que se denomina ‘Programa Especialista en Contratación Administrativa’ impartido por el Instituto Tecnológico de Costa Rica.”* (ver las cartas en los folios 81 y 83 del expediente de la apelación). De frente a lo indicado, conviene señalar que se ha aceptado que no es necesario que el oferente tenga dentro de su planilla a todo el personal ofrecido, cuando aún no se tiene certeza de que se llegará a ser adjudicatario del concurso. En este sentido, esta División ha indicado lo siguiente: *“Al respecto es de añadir, que el que un potencial oferente al momento de apertura de ofertas, haya tenido sus profesionales en planilla desde seis meses antes de ese momento, no le asegura que sean esas mismas personas las que lleguen en definitiva a ejecutar la contratación, pues por condiciones propias del derecho laboral y otros, la relación entre esos sujetos podría terminar, en cuyo caso para efectos de ejecución contractual la eventual contratista estaría en la obligación de sustituir su personal con profesionales o consultores de igual o mejores condiciones profesionales y de experiencia que la de los ofrecidos en la plica. Así las cosas estimamos, que procede eliminar el requisito cartelario impugnado, pues con ello se estaría obligando al potencial oferente a tener dentro de su planilla – y en el caso particular desde un plazo mínimo de seis meses antes de la apertura de ofertas-, un personal sin que se tenga ninguna certeza de llegar a ser los adjudicatarios del procedimiento licitatorio promovido por el Benemérito Cuerpo de Bomberos.”* (ver resolución R-DCA-0165-2017 del 15 de marzo del 2017). Así las cosas, y tomando en consideración lo manifestado por Daniel Calderón Mata y Tatiana

Sánchez Ureña en los documentos aportados por el adjudicatario, esta División considera que en este caso no se ha acreditado que dicho consorcio adjudicatario haya cometido fraude de ley, en los términos del artículo 5 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, el cual dispone lo siguiente: *“Artículo 5. **Fraude de ley.** La función administrativa ejercida por el Estado y los demás entes públicos, así como la conducta de sujetos de derecho privado en las relaciones con estos que se realicen al amparo del texto de una norma jurídica y persigan un resultado que no se conforme a la satisfacción de los fines públicos y el ordenamiento jurídico, se considerarán ejecutadas en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma jurídica que se haya tratado de eludir.”* Cabe agregar, eso sí, que la Administración debe velar para que en la ejecución contractual dichos profesionales puedan brindar válidamente los servicios propuestos. Por otra parte, con respecto a la declaración jurada que exige el punto 4.4.6 del cartel, y el supuesto incumplimiento de este requisito por parte de Daniel Calderón Mata y Tatiana Sánchez Ureña, se observa que dicho requisito cartelario indica lo siguiente: *“4.4.6. Los profesionales que conformen el equipo de trabajo deberán declarar bajo fe de juramento que conocen toda la documentación técnica que acompaña este pliego de condiciones. Dichas declaraciones deben estar firmadas por los mismos profesionales responsables en cualquiera de las fases.”* (ver folio 71 del expediente administrativo), sin embargo es lo cierto que el apelante no acreditó en su recurso la trascendencia de dicho incumplimiento, careciendo así su argumento de la debida fundamentación. Por otra parte, con respecto a la situación de Adriana Brenes Porras, y el supuesto conflicto de intereses que alega el apelante por haber sido funcionaria del Ministerio de Educación Pública y ahora funcionaria de la Administración licitante, es criterio de esta División que ello por sí mismo no conlleva un conflicto de intereses, ya que la propia Universidad ha explicado que dicha persona es funcionaria de esa entidad desde el 16 de julio del 2016, y dejó de laborar para el Ministerio de Educación Pública desde el 15 de julio del 2016, y como respaldo de lo dicho aportó copia del oficio R-335-2016 del 24 de junio del 2016 (ver folio 104 del expediente de la apelación), y copia de la constancia DREA-GRH-0202-04-2017 del 05 de julio del 2016 (ver folio 108 del expediente de la apelación), y además brindó la siguiente explicación: *“La participación de la colaboradora Brenes dentro del equipo de trabajo del análisis de ofertas del presente concurso, corresponde a una actividad propia de las tareas asignadas dentro de esta Institución por lo cual esta Administración considera que no hay prueba alguna de las insinuaciones de vínculos entre las partes indicadas por el señor Alfaro.”* (ver folio 101 del expediente de apelación). Finalmente, con respecto a los cuestionamientos

que hace la apelante sobre la conformación del consorcio adjudicatario, se rechazan por falta de fundamentación, ya que la apelante no explicó ni desarrolló cuál es el supuesto incumplimiento o la falta cometida por el consorcio en este aspecto. En razón de todo lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar el recurso de apelación en este extremo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos debatidos en el trámite de este recurso por carecer de interés práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **INDUSTRIA CONSTRUCTORA DEL POÁS S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2016LN-000006-UTN** promovida por la **UNIVERSIDAD TÉCNICA NACIONAL** para la contratación de servicios de consultoría en ingeniería y arquitectura, por demanda, acto recaído a favor del **CONSORCIO NORTE Y SUR - CAÑAS.** **2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado