

## R-DCA-1038-2017

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

San José, a las doce horas cincuenta y seis minutos del primero de diciembre del dos mil diecisiete. -----

**Recursos de apelación** interpuestos por el **CONSORCIO PUENTE VIRILLA** y **CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS S.R.L.** en contra del acto de no objeción emitido por **CONAVI** dentro del concurso **No. ITB-CRPC-90413-2016-002** promovido por la **OFICINA DE NACIONES UNIDAS DE SERVICIOS PARA PROYECTOS (UNOPS)** para la construcción de la obra denominada “Construcción sostenible del puente sobre el río Virilla en la ruta nacional No.32 en límite entre la provincia de San José y la provincia de Heredia” recaído a favor del **CONSORCIO VIRILLA 32**, por un monto de \$22.369.087,33 (veintidós millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta y siete dólares con treinta y tres centavos).-----

### RESULTANDO

**I.** Que el Consorcio Puente Virilla presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General, el día nueve de octubre de dos mil diecisiete.-----

**II.** Que Constructora Hernán Solís S.R.L presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General, el día diez de octubre de dos mil diecisiete. -----

**III.** Que mediante el auto de las once horas cuarenta y tres minutos del once de octubre de dos mil diecisiete se solicitó el expediente administrativo del concurso, solicitud atendida por parte del Consejo Nacional de Vialidad, mediante oficio DIE-07-17-3233 (0021) de fecha doce de octubre de dos mil diecisiete. -----

**IV.** Que mediante auto de las quince horas treinta minutos del doce de octubre del dos mil diecisiete, esta División previene al Consejo Nacional de Vialidad: **a)** aclarar cuáles son las piezas que conforman el expediente administrativo completo, y de considerar que la información sea declarada confidencial, aportar indicación expresa de las piezas que no considera de acceso público así como la justificación por la que considera que el legajo debe ser declarado confidencial; **b)** aportar la certificación con la que acredita que se trata de copia fiel y exacta del expediente original; **c)** aportar el acuerdo de confidencialidad que refiere y que no fue anexado al oficio indicado. Dicha prevención fue atendida mediante oficio DIE-07-17-3262 (0021) de fecha trece de octubre de dos mil diecisiete. -----

**V.** Que en forma extraprocesal, el Consorcio Virilla 32 presentó gestión de previo y especial pronunciamiento en fecha trece de octubre de dos mil diecisiete en la que solicita se rechace el

recurso de Constructora Hernán Solís S.R.L. por improcedencia manifiesta, considerando que cualquier argumento referido a actuaciones previas a una readjudicación se encuentra precluído. -----

**VI.** Que mediante auto de las quince horas catorce minutos del trece de octubre del dos mil diecisiete, esta División previene al Consejo Nacional de Vialidad aportar la certificación expedida por la autoridad que corresponda, con la que acreditara que los once tomos de referencia comprenden copia fiel, íntegra, exacta y actualizada a la fecha del expediente original de la contratación, lo cual fue atendido mediante oficio DIE-07-17-3286 (0021) de fecha diecisiete de octubre de dos mil diecisiete. -----

**VII.** Que mediante auto de las quince horas treinta minutos del trece de octubre de dos mil diecisiete, esta División emitió un auto reservando el conocimiento del expediente administrativo en consideración a la declaratoria de confidencialidad referida por el Consejo Nacional de Vialidad y en atención a que el acceso de los expedientes de concursos de las contrataciones promovidas por la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) se discute ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo el expediente judicial No. 17-011500-0007-CO. -----

**VIII.** Que mediante escrito de fecha dieciocho de octubre de dos mil diecisiete, el apelante Consorcio Puente Virilla solicitó acceso para revisar y obtener copias de aquellos en que conste la valoración, análisis, estudios, dictámenes técnicos, y de cualquier naturaleza, de la oferta de su representada. -----

**IX.** Que mediante oficio 12396 (DCA-2528) de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, esta División acusa recibo del escrito referido en el resultando VIII anterior, y se remite a lo indicado en el auto de las quince horas treinta minutos del trece de octubre de dos mil diecisiete mencionado en el resultando VII tras anterior. -----

**X.** Que mediante auto de las quince horas treinta minutos del veinte de octubre del dos mil diecisiete, esta División otorgó audiencia inicial al Consejo Nacional de Vialidad y al Consorcio Virilla 32 para que se refirieran a los alegatos expuestos por las apelantes, audiencia que fue contestada por las partes según consta de los escritos incorporados al expediente de apelación.-----

**XI.** Que mediante auto de las once horas dieciocho minutos del treinta de octubre del dos mil diecisiete, esta División previene al Consejo Nacional de Vialidad: **a)** corregir la numeración de los tomos del expediente administrativo para que su numeración oficial sea única y se

encuentre estampada en la carátula de cada tomo del expediente administrativo en forma ordenada y cronológica; **b)** aclarar el motivo por el cual se tiene por faltante del folio No. 004893; **c)** elaborar un legajo separado de los folios 000619 al folio 000625 que constan en el tomo I, para distinguirlos claramente en su carácter confidencial de aquellos que son de consulta pública, lo cual fue atendido mediante oficio DIE-07-17-3434 (0021) de fecha treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete. -----

**XII.** Que mediante escrito de fecha tres de noviembre de dos mil diecisiete, el Consorcio Puente Virilla informa a esta Contraloría General respecto de la renovación de su garantía de participación realizada en fecha treinta de agosto de los corrientes. -----

**XIII.** Mediante auto de las catorce horas catorce minutos del ocho de noviembre de dos mil diecisiete, esta División otorgó audiencia especial a los apelantes para que se refirieran específicamente a los argumentos que en su contra fueron formulados por el consorcio adjudicatario, audiencia que fue atendida por las partes según escritos incorporados al expediente de apelación.-----

**XIV.** Mediante auto de las quince horas diez minutos del nueve de noviembre de dos mil diecisiete, se advierte que a folio 214 del expediente de apelación consta boleta de notificación del documento No. 13012-2017, mismo que no corresponde a la presente gestión. En consecuencia, se procede a retirar del expediente de apelación la citada boleta notificación y en su lugar se incorpora la boleta de notificación correcta. -----

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

### **CONSIDERANDO**

**I. Hechos probados:** Con vista en el expediente de apelación se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) promovió el concurso No. ITB-CRPC-90413-2016-002 cuyo objeto es la *“Construcción sostenible del puente sobre el río Virilla en la ruta nacional No.32 en límite entre la provincia de San José y la provincia de Heredia”* (según consta de la invitación a licitar y las bases del cartel, visible a folios 001 al 334 del expediente administrativo del concurso). **2)** Que se presentaron las siguientes ofertas: a) Consorcio CODOCSA-FREYSSINET-INDISA, b) Consorcio Virilla 32 integrado por Constructora Meco S.A., Puentes y Calzadas Grupo de Empresas S.A. y Puentes y Calzadas Infraestructuras S.A., c) Constructora Hernán Solís SRL., y d) Consorcio Puente Virilla integrado por Grupo Orosi S.A. y OAS Engenharia e Construcao S.A. (según consta del

acta de apertura de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis, visible a folios 648 al 661 del expediente administrativo del concurso). **3)** Que el CONAVI emitió el oficio POE-01-2017-1123 del veintidós de setiembre de dos mil diecisiete, suscrito por el señor Oldemar Sagot González, Gerente a.i. de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial, en adelante Unidad Ejecutora, en el cual se dispuso lo siguiente: *"(...) habiendo sido remitido a esta Unidad Ejecutora por medio del oficio UNOPS\_2017\_90413\_JPS\_156 de fecha 19 de setiembre pasado, el expediente administrativo de la contratación de referencia, y como respuesta al oficio POE-01-2017-0756 de fecha 21 de junio de 2017 (...) Una vez revisado el informe enviado y teniendo a la vista copia certificada del expediente completo, correspondiente a los antecedentes de la contratación, bases del cartel, invitación al concurso, solicitudes de aclaración, notas aclaratorias emitidas por UNOPS, enmiendas realizadas al cartel, las ofertas, evaluación de las propuestas, análisis de las ofertas económicas, recomendación de adjudicación y conclusión; de parte de esta Unidad Ejecutora se confiere la respectiva aprobación a la II recomendación externada por la UNOPS, siendo que de la revisión llevada a cabo con la normativa de UNOPS, así como las garantías correspondientes a los principios de contratación administrativa. (...)"* (según consta del oficio citado, visible a folios 8275 y 8276 del expediente administrativo del concurso). **4)** Que mediante oficio No. POE-02-2017-1156 de fecha veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, el Consejo Nacional de Vialidad emite el "Aviso de Adjudicación y exposición del expediente de Licitación ITB-CRPC-90413-2016-002" con el cual comunicó a las partes lo siguiente: *"Con base en las solicitudes de ratificación de adjudicación enviadas por parte de UNOPS (...) para el consorcio de empresas Consorcio Virilla 32, mediante oficio POE-01-2017-1123 del 22 de setiembre pasado, esta Unidad Ejecutora confirió la aprobación de las recomendaciones emitidas por UNOPS. En cuanto al expediente administrativo del proceso de contratación en referencia, se indica que el CONAVI, suscribió un acuerdo de confidencialidad con la UNOPS, en virtud de lo cual, únicamente se pondrá a disposición de los oferentes, las partes del expediente que se encuentren fuera de los alcances de dicho acuerdo, y que se encuentran en los folios 00001 al 00618, y 00626 al 00664"* (según consta a folio 152 del expediente de apelación). **5)** Mediante el oficio No. DIE-07-17-3262 (0021) del trece de octubre de dos mil diecisiete, el Consejo Nacional de Vialidad remitió el Acuerdo de Confidencialidad suscrito con UNOPS, firmado por ambas partes el día diecinueve de setiembre de dos mil diecisiete, que en el punto tercero del Por Tanto indica: *"la información que está sujeta a las obligaciones de confidencialidad establecidas en este acuerdo se*

encuentra en los folios 000619 al folio 000625 y del 000665 al 008170 y se encuentra indicada como “confidencial” (según consta a folios 103 a 105 del expediente del recurso de apelación).

6) Mediante el oficio No. DIE-07-17-3401 (0021) del veintisiete de octubre de dos mil diecisiete, el Consejo Nacional de Vialidad remitió la Enmienda No. 1 al Acuerdo de Confidencialidad, suscrita por ambas partes el día veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, cuya cláusula tercera dispone: “Se modifica el punto 3 del por tanto del Acuerdo de Confidencialidad, de manera que en lo sucesivo se lea de la siguiente forma: “La información que está sujeta a las obligaciones de confidencialidad establecidas en este acuerdo se encuentra en los folios del 000619 al 000625, del 000665 al 008226” (según consta a folios 164 y 165 del expediente de apelación). -----

## **II. Sobre el fondo de los recursos interpuestos. A) Recurso del Consorcio Puente Virilla. 1)**

Experiencia del maestro de obras: Manifiesta el apelante que, durante el concurso, UNOPS le solicitó aclarar y presentar el currículum completo, actualizado y documentado de todo el historial laboral de sus maestros de obra, los señores Reginaldo Granja de Souza y Joel Ferreira de Oliveira; sobre lo cual brindó respuesta y posteriormente se le comunicó que su oferta no resultó seleccionada. En razón de lo anterior, menciona que procedió con la solicitud para aclarar la razón de descalificación de la oferta a lo que UNOPS respondió que Reginaldo Granja de Souza cuenta con 8.24 años de experiencia profesional mientras que Joel Ferreira de Oliveira tiene 6.75 años de experiencia profesional, por lo que no se cumple con el mínimo de diez años de experiencia profesional en la construcción de carreteras que solicitó el cartel. En ese sentido, interpone un primer recurso de protesta, resuelto favorablemente en cuanto a la experiencia del señor Reginaldo Granja de Souza, no así del señor Joel Ferreira, a quien incluso se le rebaja a 6.14 años de experiencia. Vistas las razones anteriores, interpone un segundo recurso de protesta, con la cual se ratifican las razones de exclusión y se mantiene la descalificación de la oferta. Continúa afirmando que el señor Joel Ferrera de Oliveira sí cuenta con la experiencia que solicitó el cartel, que admitir el criterio contrario le costaría al país y a la hacienda pública aproximadamente \$6.030.000.00, casi un 40% más que su oferta. Añade que las actuaciones de los oferentes deben interpretarse de forma que permita la conservación de las ofertas; los defectos subsanables no descalifican a la oferta que los contenga, y en caso de duda siempre se favorece la conservación de las ofertas. Continúa indicando que por principio de eficacia y eficiencia, los actos administrativos deben buscar la satisfacción del interés público

y un uso eficiente de los recursos. En ese sentido, considera que la subsanación de un hecho histórico como bien lo es la experiencia del maestro de obra, acumula 3.25 años más en materia de construcción de carreteras, con las obras de construcción, ampliación y reforma del Aeropuerto Gobernador André Franco Montoro (Aeropuerto Internacional de Guarulhos). Alega que lo anterior, aunado a los 5.5 años que se le desconocen por los proyectos Terraplén Fábrica Renault y Canaleta Río Tiete, a su criterio, obras constructivas comunes y afines a las obras que se realiza en la construcción de una carretera (excavaciones, remoción y estabilización de taludes, canalización de aguas, remoción y compactación de superficies, entre otras), le permiten superar el requisito de experiencia en mención. Por su parte, el Consortio adjudicatario señala que el principio de conservación de ofertas permite mantener la mayor cantidad de ofertas elegibles ante eventuales defectos insustanciales, lo cual no resulta aplicable tratándose de vicios que precisamente afecten o atenten contra la elegibilidad de las oferta conforme a las condiciones del concurso, tal como sucede en el caso en cuestión, en donde la oferta del apelante incumple la experiencia mínima requerida para el personal clave. Agrega que en aplicación de los principios, estos no pueden reñir entre sí, por ejemplo el principio de inderogabilidad singular del reglamento o de legalidad administrativa, de forma que no podrían desaplicarse disposiciones cartelarias que no fueron objetadas en tiempo y que fueron tácitamente aceptadas por los oferentes. Añade que según lo afirma el apelante, la experiencia que pretende acreditar no es la que estableció el cartel, ya que alude a similitudes de procesos constructivos que no ha acreditado de forma alguna, no ha presentado prueba técnica que soporte su dicho, pero además no describe en qué consiste la similitud de esos procesos. Menciona que un aeropuerto debe tener algunas estructuras viales para el transporte de vehículos usualmente livianos que transportan equipaje o ayudas para los aviones, pero no se trata de carreteras, el desarrollo constructivo y logístico de ambos proyectos es completamente distinto. Tampoco resulta experiencia equiparable, considerando las características técnicas de cada estructura, los mecanismos constructivos, programación de actividades, maquinaria a utilizar, entre otros aspectos. Señala además, en cuanto a las obras de Terraplén Fábrica Renault y la ampliación de la canaleta del Río Tiete, que tampoco podría hablarse de similitud en las actividades siendo que no hay vialidad alguna, no hay informe técnico que acredite las razones por las cuales estima que las actividades son compatibles con las que se ejecutan en la construcción de una carretera. La Administración menciona que en las bases de licitación se define un mínimo de personal técnico clave en función de la alta

complejidad de la obra a ejecutarse. Agrega que en las bases de licitación se solicitó el currículum de cada personal propuesto con el objetivo de subsanar cualquier omisión que se pudiera cometer en la selección de las experiencias reportadas. Agrega que, de las resoluciones de protestas interpuestas por el Consorcio apelante, se realizó una revisión minuciosa de todo el proceso de evaluación llevado a cabo por el Comité de Evaluación, en donde se incluyó la justificación para declarar inadmisibles la oferta del consorcio. En cuanto a la experiencia rebatida, manifiesta que se evaluó la información suministrada, y en el caso del maestro de obras Joel Ferreira, la experiencia no contabilizada no reúne los requerimientos en construcción de obras de carretera. En cuanto a la información que se introduce, para el Aeropuerto Internacional de Guarulhos, destaca que este proyecto no se presentó desde la fase de aclaración al proceso de evaluación. A pesar de lo anterior, UNOPS sí le reconoció vía resolución de protesta, la experiencia contabilizada de marzo 2001 a abril 2002 dentro del acumulado de los 6.14 años. En ese sentido afirma, que la experiencia debe permanecer invariable. II) Falta de motivación del acto de no objeción: Como un segundo aspecto, el apelante destaca que mediante oficio POE-02-2017-1156, CONAVI comunica que ha recibido por parte de UNOPS la recepción del informe de recomendación para adjudicar la licitación al Consorcio Virilla 32, aprobado por CONAVI. Argumenta que dicho acto de aprobación no reúne lo indicado en resolución R-DCA-0705-2017, toda vez que la Administración se limita a señalar que UNOPS le remitió la recomendación, y, sin mayor consideración, valoración, motivación o razonamiento alguno, aprueba el resultado. Agrega que no se han comunicado las razones y criterios en los que se sustenta la aprobación por lo que echa de menos motivación alguna del acto de aprobación. Afirma que con la forma simplista mediante la cual CONAVI aprueba el informe de recomendación, incurre nuevamente en el vicio de falta de motivación, en el tanto no expresa, describe ni comunica juicio de revisión, valoración, constatación alguna respecto de cómo y por qué se llegó a la recomendación que le hace UNOPS. Refiere que esta Contraloría anuló la adjudicación inicial en razón de que CONAVI no había visto ni tenido los antecedentes de la recomendación; reconocer ahora que recibió la solicitud de aprobación junto al expediente no constituye en modo alguno juicio valorativo de legalidad del acto. El Consorcio adjudicatario menciona que las condiciones que el apelante echa de menos fueron cumplidas a satisfacción por el CONAVI, según lo desprende del oficio POE-01-2017-1123 de fecha veintidós de setiembre pasado. Agrega que el Consorcio apelante no revisó el expediente administrativo antes de elaborar su impugnación, ya que la fundamentación de la no objeción otorgada por

CONAVI no se encuentra en la notificación sino que consta en el oficio referido del veintidós de setiembre. Remite a lo dispuesto por el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública, que indica que la motivación del acto podrá consistir en la referencia explícita o inequívoca a dictámenes o resoluciones previas, siendo esa la situación puntual existente en el expediente de interés. La Administración en su caso argumenta que con base en el cartel, el expediente que le fue suministrado, las consideraciones de la Comisión Interna de Adjudicaciones y en el razonamiento externado por la Asesoría Legal Corporativa de UNOPS, mantiene la recomendación técnica final, toda vez que su conformidad se brindó en el marco del Memorando de Acuerdo suscrito entre el Gobierno de Costa Rica y UNOPS. III) Violación al derecho de defensa y debido proceso: Como último aspecto, menciona el apelante, que CONAVI no puso a disposición de los oferentes el expediente administrativo, a efecto de ejercer los mecanismos recursivos posibles contra el acto de adjudicación, informados, y con pleno conocimiento de las razones y motivos que sustentaron la adjudicación. Menciona que si bien CONAVI comunicó sobre el acceso del expediente para revisión y fotocopiado, las piezas disponibles únicamente contenían el cartel, sus modificaciones, solicitudes de aclaración y objeciones al cartel, no así de todos los actos desplegados por la Administración y la propia UNOPS en relación con la valoración, análisis, estudios y dictámenes técnicos y de cualquier naturaleza, que finalmente llevaron a su descalificación. Puntualiza que al haber incumplido la Administración con lo dispuesto por esta Contraloría, se incurre en el vicio de violación del debido proceso y de derecho de defensa, vulnerando con ello todo el proceso recursivo y en consecuencia, la validez del acto de adjudicación. El Consorcio adjudicatario considera que el derecho a conocer de evaluaciones practicadas a otros oferentes es innecesario para que estuviese en capacidad plena de recurrir en contra de las razones por las cuales su propia oferta fue descalificada. Estima que del recurso es posible entender que el apelante conoce de las razones por las cuales UNOPS descalificó su oferta; tuvo oportunidad e incluso accedió a impugnar en propia sede de UNOPS, los extremos por los cuales su oferta fue descalificada y logró en esa sede revertir la calificación que hizo originalmente UNOPS respecto de uno de los dos profesionales que originalmente habían sido reputados como incumplientes de la experiencia mínima solicitada. Reitera que este ejercicio lo realizó en dos oportunidades, resultando parcialmente exitosa la defensa de su oferta. Continúa indicando que el apelante no ha desarrollado cuáles elementos del expediente administrativo relacionado con su evaluación, le fueron privados o desconocidos, ni tampoco sustenta qué aspectos o extremos de su



evaluación le habrían impedido su derecho de defensa y debido proceso, sino que de los antecedentes observa que el recurrente tuvo varias oportunidades para exponer su defensa y así lo hizo con éxito parcial. La Administración responde que de conformidad con las disposiciones del Memorando, sus respectivas adendas y las consideraciones referidas por este órgano contralor desde el respectivo refrendo y la resolución R-DCA-0705-2017, comunicó mediante oficio POE-02-2017-1156 de fecha veintinueve de setiembre anterior, el resultado de la empresa adjudicada, además las piezas que podían ser proporcionadas a las partes en virtud del acuerdo de confidencialidad suscrito entre CONAVI y UNOPS. **B) Recurso de Constructora Hernán Solís S.R.L. Confidencialidad del expediente administrativo y su indebida exclusión del concurso:** I) Confidencialidad del expediente administrativo: Manifiesta el apelante, que a pesar de sus múltiples gestiones, no fue sino hasta el veintinueve de setiembre del presente año en que la Administración les informa de la existencia un acuerdo de confidencialidad con la UNOPS. Expone que la vía de excepción utilizada para contratar directamente los servicios de UNOPS, no debe entenderse como un mecanismo para evadir los principios constitucionales de publicidad, transparencia y control que rigen en materia de contratación con cargo a fondos públicos. Estima que el CONAVI y la UNOPS no adecuaron sus actuaciones a los principios constitucionales que aceptaron respetar, pues pretenden oponer a los oferentes un acuerdo de confidencialidad que restringe al máximo los principios de publicidad y transparencia y acto que a su vez no cuenta con la debida motivación lo que, a su juicio, vicia de nulidad absoluta lo actuado, pues contraviene normas y principios superiores. Argumenta que la UNOPS recomendó como mejor calificada una oferta que cotizó \$22.369.087.33 (veintidós millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta y siete dólares con treinta y tres centavos) por la realización de la misma obra por la cual su representada ofreció un precio de \$17.388.968,45 (diecisiete millones trescientos ochenta y ocho mil novecientos sesenta y ocho dólares con cuarenta y cinco centavos); existiendo entre ambas ofertas una diferencia de \$4.980.118,88 (cuatro millones novecientos ochenta mil ciento dieciocho dólares con ochenta y ocho centavos). Alega que la confidencialidad declarada respecto al expediente administrativo es contraria a los principios de publicidad y transparencia, pues no se les ha permitido analizar y corroborar la razonabilidad de la oferta más onerosa ni de los restantes competidores, limitando así su derecho a recurrir que forma parte del principio constitucional del debido proceso, máxime cuando dicha confidencialidad fue declarada e impuesta en forma súbita. Manifiesta que al no permitirle a los concursantes corroborar el efectivo cumplimiento de

los requisitos cartelarios con vista de la información y documentación de los otros concursantes se incumple el principio de transparencia y se menoscaba el principio de libertad probatoria, pues se les ha impedido corroborar si la oferta seleccionada cumplió con los requisitos estipulados en los detalles de la licitación, lo que a su juicio los coloca en desventaja o desigualdad procesal, ya que para desvirtuar el supuesto incumplimiento utilizado por la UNOPS para excluir su oferta, debe de desvirtuarse, sin conocer la situación que se presenta en las restantes ofertas, en un contexto donde no conoce el resultado de evaluación. II) Respecto de la exclusión de su oferta: Alega que las bases del concurso definen el objeto como un puente en el que los bastiones y pilas son de concreto reforzado construidos sobre cimbra apoyada en el terreno, mientras que el tablero es de concreto pretensado construido con la técnica de voladizos sucesivos por lo que considera que para evaluar el cumplimiento de la experiencia en obras similares, se debe partir de la descripción del objeto contractual. Manifiesta que el cartel requiere como experiencia similar de las empresas concursantes que cuenten con la construcción de al menos un puente de concreto postensado, construido con la técnica de avance por voladizos sucesivos, cuya longitud, entre apoyos de bastiones, debe ser mayor o igual a 200 metros y la longitud del claro principal, medida entre apoyos del vano mayor, debe ser mayor o igual 100 metros, así como la construcción de puentes o viaductos de concreto fabricados en el sitio con cimbra, bien apoyada sobre el terreno o bien autoportante, cuya longitud de los claros principales de los puentes superior o igual a 30 metros y la suma de la longitud de los puentes, que cumplan con la condición anterior, medida entre apoyos de bastiones, sea superior a trescientos metros. Apunta que el cartel no estableció que los requisitos de experiencia se debieran cumplir en puentes diferentes y que de acuerdo con el principio de legalidad y según lo establecido en el cartel, de ser el caso, ambos requisitos podrían ser cumplidos en un mismo puente, que combine ambas técnicas constructivas, pues a su juicio debe partirse de que el objeto del contrato es un puente de 285 metros, de los cuales solo 34 metros son construidos con cimbra apoyada en el terreno y 250,35 metros son construidos con los avance por voladizos sucesivos (carros). Afirma que en ninguna parte del cartel se solicita que el segundo requisito cartelario de experiencia debiera ser aplicado sobre todo el puente, es decir, que todo el puente debía construido con cimbra apoyada en el terreno, ni tampoco se dispuso que todo el puente se debía construir con voladizos sucesivos. Señala que el cartel no definió que debía entenderse por el término “cimbra, bien apoyada sobre el terreno o bien autoportante”, ni estableció cuáles elementos de la estructura del puente eran los

que debían construirse con cimbra apoyada en terreno o bien con cimbra autoportante, para poder cumplir con el requisito, por lo que para interpretar el cartel, se debe estar primero, a lo que es el objeto contractual y segundo a lo que en Costa Rica se entiende por cimbra. Argumenta que los puentes con los que su representada pretende acreditar la experiencia mínima exigida en el cartel fueron realizados con encofrados o cimbra deslizante y las dovelas de cierre, que los extremos del puente fueron realizados con cimbras apoyadas sobre el terreno, cumpliendo con los requisitos cartelarios, que de ninguna forma son excluyentes, pues, precisamente, las obras que se pretenden contratar se utilizará la misma metodología constructiva que se usó su representada en los puentes, por lo que considera que no es correcto lo resuelto por la UNOPS al concluir que no se usó cimbra porque se usó carros sucesivos, cuando lo cierto, se utilizó la combinación de ambos sistemas, que es la forma correcta en la construcción de este tipo de puentes. Expone que la UNOPS intenta acreditar que la estructura de los puentes está dividida en tres partes 1) contrapeso de un extremo, 2) puente y 3) contrapeso del otro extremo, lo cual no coincide con el concepto de puente, según la norma CR-2010, que define el puente como: *“Puente - Una estructura, incluyendo todos sus tramos y apoyos, que facilita el paso sobre una depresión, cauce, línea férrea, carretera u otra obra que signifique obstrucción.”*. Señala que partiendo de la definición de puente citada, las contrapesas forman parte integral del puente y de su longitud total, por lo tanto, si éstas fueron construidas con cimbra apoyada en el terreno, como lo reconoce UNOPS, el puente cumple con el requerimiento cartelario. Concluye que los requisitos cartelarios elaborados por la UNOPS, para la licitación de referencia, no limitaron que los puentes pudieran ser construidos con la combinación de ambos sistemas y que se pudiesen acreditar concomitantemente ambos requisitos, lo cual resulta acorde al objeto contractual, ya que el puente que se piensa construir, requiere el empleo de ambos sistemas de forma conjunta, en el mismo puente. La Adjudicataria alega que el único parámetro de evaluación entre las ofertas elegibles consiste en el precio ofertado y siendo que existe una oferta que presenta un mejor precio que el apelante tendría prioridad de frente a una eventual readjudicación, por lo que era preciso que el apelante acreditara su mejor derecho a resultar readjudicatario, por lo que a su juicio debió el apelante acreditar las razones por las cuales el oferente Consorcio Puente Virilla, no podría acceder a la readjudicación y sólo se limita a indicar que la oferta del Consorcio de cita fue declarada inelegible. Alega que el apelante no recurrió contra el acto de adjudicación original, lo que califica como motivo suficiente para declarar la preclusión de argumentos que pudieron y

debieron ser debatidos durante esa primera fase recursiva, según abundantes administrativa y jurisprudencia. Considera que el apelante pretende hacer creer que su oferta fue descalificada porque incumple uno de cuatro requisitos de experiencia en obras similares, brindando alegatos técnicos por los que considera indebida su exclusión, sin embargo, alega, el apelante no se refirió a otro motivo de exclusión que le fue achacado por la Administración, y que si el apelante no rebate todos los incumplimientos que le fueron imputados como causal de descalificación de su oferta, estará aceptando tácitamente que los no rebatidos son ciertos y existentes y por ello carecería de interés legítimo y actual en el concurso que nos ocupa pues no lograría acreditar su mejor derechos a una eventual readjudicación. Afirma que fue de conocimiento público y notorio que las obras que la apelante pretende se le reconozcan como parte de su experiencia positiva fueron adjudicadas a un consorcio donde no participó la empresa apelante y en donde no se le subcontrató a dicha empresa la labor profesional o constructiva de los puentes de la ruta 27 que ofrece como experiencia en de construcción a raíz de un supuesto subcontrato. Argumenta que el apelante pretende adjudicarse la calidad de subcontratista de los puentes de la ruta 27 y así lo pretende acreditar con el mero decir de una empresa consultora nacional, más no con una aprobación o certificación ni de la Administración licitante, ni tan siquiera del consorcio adjudicatario como en realidad debió haber sido, pues de otra forma no podría ser constatado. Expone que el apelante no presentó junto con su oferta, ni tampoco en la etapa de protestas ante la UNOPS, ni en esta etapa recursiva prueba alguna de que el adjudicatario hubiese ofrecido su subcontratación. Estima que el hecho de que la empresa inspectora le haya puesto un sello de aprobado al contrato, no significa que la Administración hubiese aprobado una subcontratación y demuestra la fragilidad del argumento del apelante. Afirma que la UNOPS finalmente no le reconoció a la empresa apelante experiencia mínima denominada experiencia No. 1 (avance por voladizos) ni la experiencia No. 2 (cimbra), por lo que al enfocarse la argumentación del recurso únicamente respecto a la experiencia No. 2 dejó de lado referirse al incumplimiento de la experiencia denominada como No.1 lo que deslegitima su recurso de apelación y evidencia que el recurso resulta improcedente porque el apelante ha omitido referirse y argumentar en contra de este incumplimiento señalado por la UNOPS, pues debió necesariamente desvirtuar el incumplimiento achacado para no reconocerle la experiencia derivada de la subcontratación de los puentes de la ruta 27 y no lo hizo. Señala que el cartel es claro en requerir la experiencia en puentes de dos tipos y no en un mismo puente que tenga varias tipologías constructivas, sin embargo, el apelante alega que UNOPS no tiene derecho a

exigir esto. Afirma el adjudicatario que aun considerando los contrapesos como puentes de cimbra, los mismos estarían sumando 100 metros a los 60 del puente anterior, por lo que la suma de longitudes no alcanzaría los 300 metros mínimos requeridos por lo que continúa el apelante sin alcanzar el mínimo requerido en el cartel, ya que estarían acreditando un total de 270 metros (60m + 100m + 100m), cuando el cartel exige un mínimo de 300 y en consecuencia seguiría sin cumplir la experiencia mínima requerida. Indica que el cartel es claro en cuanto a sus exigencias requiriendo acreditar puentes que cumplan con los dos tipos de técnicas constructivas, sea voladizos sucesivos y puentes cimbrados y la apelante pretende que se le permita sumar experiencias en un mismo puente, cosa que el cartel no permite. Por su parte la Administración alega que para el proceso de licitación de la obra de construcción del puente sobre el río Virilla en la Ruta Nacional 32, se definió en los términos de referencia un mínimo de requisitos de experiencia general y de experiencias similares de la empresa o consorcios en función de la alta complejidad de la obra a ejecutarse. Afirma que el análisis de la oferta y protesta de la apelante comprende el resultado de una revisión minuciosa del caso particular y de todo el proceso de evaluación llevado a cabo por el denominado Comité de Evaluación correspondiente, donde se incluye la justificación correspondiente para cada una de las inadmisibilidades o falencias declaradas a la empresa Constructora Hernán Solís; así como consideraciones de los métodos y criterios de evaluación y consideraciones respecto al debido proceso. Expone que el incumplimiento de la experiencia similar se da al no alcanzar satisfacer los requerimientos técnicos mínimos solicitados por las bases de licitación. Alega que la experiencia ofrecida por el apelante no constituyen puentes (o viaductos) de concreto fabricados con cimbra (o dígame encofrado o formaleta), con longitudes igual o superior a 30 metros, de manera que sumados alcancen los 300 metros acumulados requeridos por las bases. **Criterio de la División.** En el caso bajo análisis, se tiene que la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (en adelante UNOPS) promovió el concurso ITB-CRPC-90413-2016-002 para contratar la construcción de la obra denominada “Construcción sostenible del puente sobre el río Virilla en la ruta nacional No.32 en límite entre la provincia de San José y la provincia de Heredia”, lo anterior en su calidad de gestor de los fondos públicos obtenidos por el Consejo Nacional de Vialidad del Contrato de Préstamo No. 2080 con el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE) (hecho probado 1) y que tanto el consorcio adjudicatario como los apelantes presentaron sus respectivas ofertas al presente concurso (hecho probado 2). Esta es la segunda ocasión en que se impugna el acto final del concurso.

En la primera oportunidad, el Consorcio apelante reprochó los motivos por los cuáles su oferta fue declarada inelegible, y además se observaron manifestaciones extraprocesales de otros oferentes, tal es el caso de Constructora Hernán Solís que destacó en varias oportunidades su intención de apelar el acto final del concurso, lo cual le fue impedido a partir del tratamiento confidencial que la Administración ha dado al expediente administrativo, sobre lo cual este órgano contralor resolvió lo siguiente: *“este órgano contralor estima que en aplicación de principios constitucionales de transparencia y libre acceso al expediente, así como para garantizar la efectiva aplicación del principio de control sobre los \$22.369.087,33 de fondos públicos que se han girado a la UNOPS como gestor para este proyecto. Esta imposibilidad necesariamente afecta elementos formales del acto final, los cuales están estrictamente ligados al procedimiento contratación administrativa y sus correspondientes etapas, permitiendo con ello garantizar el debido proceso, toda vez que el desarrollo del procedimiento conforme a los principios es esencial para la validez del acto administrativo; por lo que considerando que la Administración no puso a disposición el expediente después de dictar su acto de no objeción para el eventual ejercicio recursivo, no pudo haber nacido a la vida jurídica por omitir precisamente ese debido proceso y derecho defensa del acto integralmente considerando. Bajo esa tesitura y al amparo de los hechos descritos en esta resolución, resulta evidente que esa Administración ha violentado también el principio del debido proceso al habersele negado el expediente administrativo a los oferentes para que éstos tuviesen la oportunidad de ejercer su derecho de impugnación conforme a las reglas previstas desde el Memorando de Acuerdo. En el caso concreto, no se trata de meras potencialidades sino de situaciones efectivas como en efecto señaló la empresa Constructora Hernán Solís S.R.L que indicó: “según el antecedente que precisamente condicionó el referendo de la relación de CONAVI con UNOPS; y sin duda alguna, al limitar y hasta impedir el acceso al Expediente, se menoscaban las legítimas posibilidades de los concursantes y de los administrados, no sólo para indagar la corrección -o no- de lo actuado, sino para ejercer –sin menoscabo– su derecho recursivo, que integra garantía fundamental del Debido Proceso” (folio 196 del expediente administrativo), de dónde debe concluirse necesariamente que esa fase de impugnación se encuentra viciada por cuanto ninguno de los oferentes, ni el apelante, ni el adjudicatario (incluso la propia Administración) lograron tener acceso al expediente como parte de sus derechos fundamentales amparados a los principios constitucionales del debido proceso que informan esta materia. Si bien los actos administrativos se presumen válidos, no puede perder de vista esta División que de lo acontecido se desprenden elementos suficientes para cuestionar la validez del acto final, en tanto se hizo nugatorio el principio de control lo que necesariamente impone también la necesidad de **anular** el acto de aprobación dictado por el CONAVI y que compone el acto final complejo. De esa forma, la Administración deberá efectuar las verificaciones pertinentes a partir del expediente de la contratación, para poder emitir de manera fundada la aprobación*

*o no del informe que le ha sido puesto en conocimiento*". (R-DCA-0705-2017 de las siete horas cuarenta y seis minutos del cuatro de setiembre del dos mil diecisiete). Conforme se extrae de la resolución citada, se dispuso anular el acto de no objeción vigente en dicha oportunidad procesal en virtud de tres razones puntuales. La primera de ellas, es la falta de acceso al expediente administrativo por parte de los oferentes para ejercer en forma irrestricta y completa su derecho de defensa. En segundo lugar, se destaca la falta de conocimiento por parte del CONAVI respecto de las actuaciones que constan en el expediente administrativo, conforme a las cuales haya generado un acto de aprobación debidamente motivado. Por último, se abordó la imposibilidad de tener acceso al expediente por parte de esta Contraloría General para examinar los argumentos del caso. Siendo que el ejercicio recursivo de las partes, en esta ocasión, se dirige a cuestionar las situaciones antes resueltas de frente a las circunstancias actuales del caso, conviene analizar en primera instancia cual es el acto que en esta oportunidad se recurre y posteriormente el fondo de los extremos alegados. **A) Sobre la preclusión de la posibilidad de recurrir de la Constructora Hernán Solís S.A.** En el caso, se tiene que el consorcio adjudicatario ha señalado que el apelante no recurrió contra el acto de adjudicación original, lo que califica como motivo suficiente para declarar la preclusión de argumentos que pudieron y debieron ser debatidos durante esa primera fase recursiva, según abundantes antecedentes administrativos y jurisprudencia. Según se indicó en párrafos anteriores, mediante resolución No. R-DCA-0705-2017 esta División dispuso anular el acto de no objeción emitido por el CONAVI en dicha oportunidad, considerando la vulneración al ejercicio de impugnación de las partes, toda vez que no les fue puesto en conocimiento el expediente junto con todas las actuaciones relacionadas del concurso, con lo cual no hubo pronunciamiento sobre el fondo de los alegatos de la recurrente, en ese entonces Consorcio Puente Virilla. Como puede verse, con anterioridad este órgano contralor no se pronunció sobre el acto final dictado y estuvo imposibilitado de resolver los aspectos alegados en general por la ausencia de acceso al expediente para las partes. La preclusión como instituto procesal pretende generar seguridad jurídica cerrando posibilidades de discutir aspectos que debieron plantearse en otras etapas, sin embargo, ¿qué aspectos se habría discutido si precisamente se anuló el acto final anterior por un tema de motivación de la no objeción emitida?. El análisis que se haga ciertamente no cambia los documentos base emitidos por la UNOPS (por cierto declarados confidenciales), pero desde luego puede justificar una serie de posibilidades diferentes como puede ser que se confirme la adjudicación de la UNOPS o que el CONAVI no

emita la no objeción por contar con inquietudes, dudas o valoraciones diferentes. Pero la razón primordial para que no se pueda tener por precluida la discusión anterior, es precisamente porque como es de conocimiento público, este órgano contralor no pudo contar con el expediente tampoco para resolver ningún argumento, por lo que una lectura como la pretendida por la firma adjudicataria resultaría lesiva de los derechos fundamentales inmersos en la posibilidad de impugnar un acto final, posición que no puede compartir este órgano contralor en tanto garante del acceso a la justicia administrativa propia de las impugnaciones en materia de contratación administrativa. En virtud de lo expuesto, para este órgano contralor le asiste posibilidad de impugnar a la Constructora Hernán Solís S.A. en los términos que se ha señalado y se **declara sin lugar** el argumento de la empresa adjudicataria en este punto. **B) Sobre la naturaleza del acto impugnado.** Siendo que se alega un vicio trascendente respecto del acto final de concurso impugnado como parte de los argumentos, se debe entrar a su valoración a la luz de los principios que informan esta materia. En ese sentido, debe recordarse que mediante la resolución R-DCA-0403-2017 de las trece horas treinta y nueve minutos del catorce de junio del dos mil diecisiete, se indicó que: *“de la regulación aplicable al caso, es preciso señalar que como parte de la tramitación de sus procedimientos, UNOPS presenta dos actuaciones distintas que se denominan como adjudicación. La primera de ellas consiste en la adjudicación interna, mientras que la segunda se trata de la adjudicación oficial. (...) cuando se trata de la adjudicación interna nos encontramos ante un acto preparatorio del acto final que no sería susceptible de impugnación. Mientras que en el caso de la adjudicación oficial, se trata de una actuación que tiene vedada la activación de los mecanismos internos de impugnación y que según se expone en el Memorando de Acuerdo y sus apéndices, su comunicación viene aparejada del visto bueno o aprobación de parte del CONAVI con respecto a lo resuelto por parte de UNOPS en relación con el procedimiento de contratación del que se trate. En ese escenario, entiende este órgano contralor que es este acto de adjudicación oficial sumado al visto bueno de parte de la Administración lo que habilita la utilización del régimen recursivo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento (en tanto aplican los principios de contratación según se ha explicado). Téngase en cuenta que se trata de un acto compuesto que es comunicado a los interesados de forma conjunta, tal y como lo dispone el Memorando de Acuerdo y sus Apéndices (...)”*. De lo expuesto, se desprende que únicamente la no objeción que brinde la Administración, es el acto susceptible de ser impugnado ante esta Contraloría General para conocer de la impugnación, pues con dicho acto administrativo se



configura el acto compuesto, resultando así de vital importancia su adecuada notificación a las partes del concurso a los medios señalados por estos, pues como se indicó es a partir de la notificación de dicho acto administrativo, emitido por la Administración, que procede la impugnación. **C) Competencia para conocer del acto impugnado.** Al respecto se tiene como un hecho no controvertido que el acto final de no objeción emitido por CONAVI fue notificado a los oferentes de este concurso el día veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, siendo precisamente esa fecha a partir de la cual inicia el cómputo del plazo para recurrir dicho acto administrativo y habilita con competencia de esta Contraloría General para su conocimiento y resolución, tal como se indicó líneas arriba, por lo que el plazo de cinco días hábiles para recurrir dicho acto final venció el pasado diez de octubre del año en curso, tomando en consideración que mediante resolución No. R-DC-072-2017 emitida por el Despacho de la Señora Contralora a las ocho horas del cinco de octubre de dos mil diecisiete, -la cual puede ser consultada en el sitio web institucional-, se dispuso "*(...) Adherirse a las disposiciones emitidas por el Gobierno de la República y otorgar asueto a los funcionarios de la Contraloría General de la República los días cinco y seis de octubre de dos mil diecisiete, días en el que se mantendrán cerradas las instalaciones de la Institución (...) Suspender todos los plazos y gestiones relacionadas con la actividad de la Contraloría General de la República, tales como recepción de declaraciones juradas, trámites relacionados con actividad jurisdiccional, de contratación administrativa, consultiva o cualquier otra del fuero propio de la Institución, retomándose los mismos el día lunes nueve de octubre del corriente año (...)*", motivo por el cual los recursos de apelación se tienen por interpuestos en tiempo ante esta jerarquía impropia, conforme al artículo 84 de la Ley de Contratación Administrativa. **D) Motivación del acto de no objeción emitido por el CONAVI.** En cuanto al cuestionamiento de si el acto final impugnado cuenta con la debida motivación que todo acto administrativo requiere como parte de sus elementos esenciales. Al respecto, se tiene que en este caso concreto el CONAVI emitió el oficio No. POE-01-2017-1123 del 22 de setiembre de 2017, suscrito por el señor Oldemar Sagot González, Gerente a.i. de la Unidad Ejecutora del Programa de Obras Estratégicas de Infraestructura Vial, en adelante Unidad Ejecutora, en el cual se dispuso lo siguiente: "*(...) habiendo sido remitido a esta Unidad Ejecutora por medio del oficio UNOPS\_2017\_90413\_JPS\_156 de fecha 19 de setiembre pasado, el expediente administrativo de la contratación de referencia, y como respuesta al oficio POE-01-2017-0756 de fecha 21 de junio de 2017 (...)* Una vez revisado el informe enviado y teniendo a la vista copia certificada del

*expediente completo, correspondiente a los antecedentes de la contratación, bases del cartel, invitación al concurso, solicitudes de aclaración, notas aclaratorias emitidas por UNOPS, enmiendas realizadas al cartel, las ofertas, evaluación de las propuestas, análisis de las ofertas económicas, recomendación de adjudicación y conclusión; de parte de esta Unidad Ejecutora se confiere la respectiva aprobación a la II recomendación externada por la UNOPS, siendo que de la revisión llevada a cabo con la normativa de UNOPS, así como las garantías correspondientes a los principios de contratación administrativa. (...)"* (hecho probado 3), de cuya lectura se desprende que es precisamente dicho oficio el que constituye el acto de aprobación o de no objeción por parte del CONAVI respecto la recomendación de adjudicación emitida por la UNOPS y configurando con ello el acto final compuesto de adjudicación sujeto a impugnación una vez notificado a las partes. Respecto a la falta de motivación del acto final impugnado, se tiene que de su lectura se desprende que al momento de su emisión la Administración contaba con copia certificada del expediente administrativo, así como con un informe de recomendación de adjudicación remitido por la UNOPS (hecho probado 3), debiéndose valorar entonces si ello resultaba suficiente para tener por debidamente motivado el acto final. Al respecto, estima esta División que al contar con el expediente administrativo y el informe de la UNOPS la Administración emitió dicho informe de recomendación de adjudicación de frente al expediente administrativo, tal como lo afirma en el acto impugnado, por lo que se entiende que se gestionó con la debida valoración del concurso por parte de la Administración, precisamente en aras de motivar su decisión. En el caso en particular, se alega que el acto final carece de la debida motivación, sin embargo no se dan las razones sobre las cuáles se sustenta dicha afirmación ni se aportó prueba que le permita a esta División valorar si efectivamente el acto final adolece del vicio señalado. Lo anterior, considerando que debe partirse del hecho que el acto administrativo se presume válido y que el CONAVI tiene la obligación de ejercer una debida fiscalización del procedimiento concursal y de la ejecución del contrato; en consideración a los fondos públicos involucrados como parte de los giros realizados en el contexto del Memorando de Acuerdo que sustenta estas contrataciones. En este caso concreto, observa esta División que la Administración otorgó el acto de no objeción haciendo referencia expresa al informe remitido por la UNOPS y afirma haber tenido a la vista expediente administrativo para el preciso momento en el que dictó el acto de no objeción, por lo que se entiende que la no objeción emitida, encuentra su motivación en los análisis realizados y la documentación que consta en el expediente de la contratación, de dónde se tiene que la

Administración incluye en su no objeción que configura luego acto final complejo, la motivación por referencia a las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan ese acto. Esta precisión resulta de interés en la medida que debe precisarse en qué consiste esa obligación de verificación o fiscalización que se ha venido desarrollando y distinguirla de que ello implique repetir todos los estudios y análisis contratados a la UNOPS. De esa forma, le corresponde a la Administración contratante verificar la existencia de los estudios y análisis de conformidad con la regulación cartelaria, que permitan verificar que se ha seleccionado en forma objetiva a la oferta más idónea; pero no podría esto significar que se realicen nuevamente todos los análisis técnicos, jurídicos, financieros o de cualquier otra índole. Por lo que aún en el evento de dudas o inquietudes, si bien puede echar mano de su personal técnico, lo cierto es a su contratista la UNOPS a quién puede requerir precisiones, aclaraciones o un mayor detalle que le permita mantener las seguridades razonables para emitir la no objeción. De ahí que, el cuestionamiento genérico de una eventual duplicidad de análisis, no puede ser compartido por este órgano contralor. Por otro lado, no puede dejarse de lado que ante la falta de fundamentación de los recursos, estima este órgano contralor que resulta válido y suficiente que el CONAVI haya señalado en el acto final de no objeción que sustenta su decisión en el informe de recomendación de adjudicación de la UNOPS y en el expediente del concurso que se puso a su disposición. Así las cosas, se tiene que la Administración motivó su decisión de otorgar la no objeción al acto de recomendación de adjudicación amparada en el informe que para tales efectos remitió la UNOPS, así como teniendo a la vista el expediente administrativo que respalda este concurso, ante lo cual quienes alegan un vicio de dicho acto administrativo, por falta de motivación, no han hecho el ejercicio de fundamentación adecuado para lograr demostrar que el acto impugnado carece de motivación, pues se ha limitado a alegar el supuesto vicio sin presentar prueba o alegatos de fondo que así lo demuestren. Ante ello no resulta posible para esta División partir de los simples alegatos de las partes para determinar si los mismos llevan o no razón, sino que es su deber sustentar sus afirmaciones de forma idónea, cómo por ejemplo explicar suficiente las razones por las que estimó que el hacer referencia a estudios o informes y no transcribirlos, puede viciar de nulidad un acto administrativo o bien haber mostrado, que el acto dictado no es consistente con el contenido de los informes o análisis en los que se sustenta, o bien, que la Administración en realidad no tuvo acceso al expediente administrativo, por lo que resulta evidente la falta de fundamentación del recurso en cuanto a este punto. En consecuencia corresponde declarar **sin lugar** este aspecto del recurso.

**E) Sobre el alcance de confidencialidad del expediente administrativo.** Según se precisó en párrafos anteriores, esta es la segunda oportunidad en que se recurre ante esta Contraloría General, para impugnar el acto final compuesto dictado en el marco de la presente contratación. En la resolución que antecede, se abordó el tema de la confidencialidad decretada para el expediente administrativo del concurso, y las repercusiones jurídicas que esto significó durante la tramitación del procedimiento de apelación. De esta forma, se resaltó que “(...) en esa oportunidad no se remitió las ofertas del concurso, ni los estudios técnicos o financieros, tampoco la recomendación de adjudicación ni las valoraciones que realizó la UNOPS y que motivan el dictado del acto compuesto de adjudicación. Como se puede apreciar con facilidad, este órgano contralor también estuvo imposibilitado de conocer la integridad del expediente para analizar las ofertas, los estudios y valoraciones realizados por la UNOPS y que debieron ser validados por el CONAVI. (...). Esta circunstancia en sí misma también genera un vicio adicional del acto final, pues sumado a la ausencia de motivo del acto final por los vicios ya apuntados en la no objeción; debe sumarse la imposibilidad que tiene este órgano contralor de verificar si en efecto existió una motivación en la adjudicación interna para adjudicar el concurso al Consorcio Virilla 32 S.A que fuera posteriormente validada por el CONAVI (...)” De lo anterior, se destaca que el expediente administrativo del concurso no fue examinado durante la primera ronda de apelación, considerando que los documentos que lo componen no fueron puestos a disposición para que esta División procediera a resolver. Ahora bien, en la fase actual, se requirió nuevamente el expediente administrativo mediante el auto de las once horas cuarenta y tres minutos del once de octubre de dos mil diecisiete, solicitud atendida por la Administración mediante oficio DIE-07-17-3233 de fecha doce de octubre de dos mil diecisiete, con lo cual aportó un total de once tomos numerados del folio 00001 al 08295 que conforman el expediente administrativo de la contratación. De esta forma, se solventa uno de los vicios conforme a los cuales se dispuso anular el acto final en la ocasión anterior, toda vez que ya no existe restricción de esta Contraloría para acceder a la información contenida en el expediente. Pese a lo anterior, con la resolución precedente también se advirtió sobre la nulidad del acto, vista la solicitud de confidencialidad que en ese momento el Consejo Nacional de Vialidad requirió sobre el expediente, en consecuencia limitó el libre acceso de las piezas por parte de los oferentes. Al respecto, se señaló: “(...) un tercer aspecto que resulta de relevancia analizar en este caso y que debe abonarse a la nulidad de la no objeción que se está anulando; es precisamente el **alcance que se ha dado a la confidencialidad del expediente en este caso.**

(...) *En este caso, es un hecho demostrado que el expediente no se puso a disposición de ninguno de los oferentes interesados, ni tampoco del CONAVI pese a ser la Administración contraparte que contractualmente se definió para emitir la no objeción del concurso; lectura que en criterio de este órgano contralor vulnera derechos constitucionales e impide materializar el principio de control que la propia UNOPS aceptó cumplir en el Memorando de Acuerdo bajo el cual promueve este concurso*". (el resaltado es del original) En el escenario actual, las partes han reprochado la inobservancia a los principios que informan la materia de contratación administrativa y así a la resolución adoptada por esta Contraloría General, considerando que a la fecha no se les ha permitido consultar la integralidad del expediente. Se aprecia de la propia respuesta inicial del CONAVI, que mediante oficio POE-02-2017-1156 de fecha veintinueve de setiembre de dos mil diecisiete, referente al "Aviso de Adjudicación y exposición del expediente de Licitación ITB-CRPC-90413-2016-002" emitido por CONAVI, comunicó a las partes el resultado de adjudicación en favor de Consorcio Virilla 32, y se brinda acceso al expediente en los siguientes términos: *"En cuanto al expediente administrativo del proceso de contratación en referencia, se indica que el CONAVI, suscribió un acuerdo de confidencialidad con la UNOPS, en virtud de lo cual, únicamente se pondrá a disposición de los oferentes, las partes del expediente que se encuentren fuera de los alcances de dicho acuerdo, y que se encuentran en los folios 00001 al 00618, y 00626 al 00664"* (hecho probado 4). Con el aviso de adjudicación en mención, es posible constatar que los oferentes no tuvieron acceso a la integralidad del expediente, solamente los folios que expresamente se indican, en virtud de la confidencialidad pactada entre CONAVI y UNOPS. Sobre el particular conviene indicar, que dicho tratamiento confidencial fue incluso solicitado por el CONAVI durante el presente trámite de apelación mediante oficio No. DIE-07-17-3233 de fecha doce de octubre de dos mil diecisiete, donde indicó: *"CONAVI, considerando los criterios emitidos por UNOPS en cuanto a la necesaria aplicación de criterios de confidenciales (sic) al tenor de lo dispuesto en las normas y procedimientos de la organización, así como la posibilidad que brinda la legislación costarricense de considerar información confidencial (art 273 de la Ley, General de la Administración Pública), se suscribió el referido acuerdo - del cual se adjunta copia-donde se consignan las condiciones que deberán ser respetadas, (...), por lo que, este Consejo requiere de manera formal por parte de la Contraloría General de la República, el tratamiento de confidencialidad de la siguiente documentación que integra el expediente administrativo de la Licitación Pública Internacional ITC-CRPC-90413-2016-002, y que se encuentra contenida entre*

los folios que van del 000619 al 000625 y del 000665 al 08170. Por lo tanto, se remiten 10 (diez) tomos que corresponden al expediente administrativo de la Licitación Pública Internacional ITC-CRPC-90413-2016-002, los cuales están numerados del folio uno (000001) al ocho mil ciento setenta (008170)” (folios 83 al 86 del expediente de apelación). De igual manera, el Consejo Nacional de Vialidad aportó el Acuerdo de Confidencialidad suscrito con la UNOPS, cuyo punto tercero del Por Tanto establece que: “*la información que está sujeta a las obligaciones de confidencialidad establecidas en este acuerdo se encuentra en los folios 000619 al folio 08170 y se encuentra indicada como “confidencial”* (hecho probado 5), corregido mediante oficio No. DIE-07-17-3262 (0021) de fecha trece de octubre de dos mil diecisiete indicando que la foliatura correcta finaliza al folio 08171 (folio 101 del expediente de apelación). Finalmente, mediante oficio No. DIE-07-17-3401 (0021) de fecha veintisiete de octubre de dos mil diecisiete con el cual atiende la audiencia inicial conferida en el trámite, CONAVI aporta el expediente actualizado con folios 008227 hasta el folio 008295 (tomo XI), cuyo contenido no es cubierto por el citado acuerdo de confidencialidad sino hasta el folio 008226, según se desprende del oficio mismo y de la Enmienda No. 1 al Acuerdo de Confidencialidad, suscrita por ambas partes el día veintiséis de octubre de dos mil diecisiete (hecho probado 6). Así las cosas, es posible identificar que el expediente completo no ha sido puesto a disposición de los oferentes al momento en que CONAVI otorgó la no objeción que aquí se discute, lo cual también ha sido impedido en el curso del procedimiento de apelación, vista la declaratoria de confidencialidad que consta desde la notificación del acto. Esto implica que en un contexto posterior al dictado de la resolución R-DCA-0705-2017<sup>1</sup>, en la que claramente se advirtió la posición de esta Contraloría, de brindar el acceso oportuno del expediente a los oferentes para un ejercicio apropiado de impugnación, la Administración suscribió un acuerdo que inhibe el adecuado ejercicio de los principios constitucionales del debido proceso que informan la materia

---

<sup>1</sup> Sobre el tema, puede consultarse también la resolución **R-DCA-0789-2017** de las doce horas del veintisiete de setiembre de dos mil diecisiete, en la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto en el caso del concurso ITB-CRPC-90413-2016-003 también promovido por UNOPS para la construcción de la obra “Intersección Garantías Sociales y colector hacia el Río María Aguilar, San José Costa Rica”, donde se indicó: “*al momento de otorgar la no objeción el expediente tampoco se puso a disposición de los interesados para efectos del ejercicio de impugnación, sino que fue con posterioridad que se declaró confidencial el expediente del concurso en los términos que ya se ha referido en esta resolución. De esa forma, en el trámite se aprecia que se hizo nugatoria la posibilidad de impugnar el acto final dictado, pues no existía ninguna declaratoria que amparara no poner a disposición el expediente y que permitiera a los interesados conocer precisamente las ofertas presentadas, los análisis de ofertas bajo los cuales se determinó por conformes o disconformes las ofertas presentadas, en concreto lo reclamado por la empresa apelante. Ciertamente, el CONAVI ha remitido el expediente del concurso a esta Contraloría General, a efecto de analizar los alegatos expuestos por el apelante, pero ello no desvirtúa que no se tuviera a disposición dentro de los cinco días hábiles para impugnar el acto final. Por lo expuesto, procede **declarar parcialmente con lugar** el recurso en los términos que también reclama la recurrente ed (sic) que no ha podido ejercer adecuadamente la posibilidad de impugnación”.*

de contratación administrativa y que resultan aplicables a las contrataciones promovidas por UNOPS en su calidad de gestor de fondos públicos pertenecientes a CONAVI. Llama la atención de esta Contraloría, que el tratamiento confidencial de la información en contrataciones de esta naturaleza se ha comportado de manera diferente, y sin justificación de mérito alguna que convierta en necesaria la aplicación de un criterio radicalmente distinto en virtud de las particularidades del caso, en otra impugnación presentada precisamente ante esta Contraloría General, para el caso del concurso ITB-CRPC-90413-2016-001, promovida por UNOPS para la “construcción sostenible del puente sobre el Río Virilla en la Ruta Nacional No. 147”<sup>2</sup>, procedimiento durante el cual CONAVI no tuvo reparo alguno en abrir a los oferentes el expediente íntegro una vez comunicado el acto final, a excepción de uno de los legajos que en esa oportunidad fue la única pieza señalada de carácter confidencial. Esta situación contrasta con lo acontecido en este caso, en donde es un hecho no controvertido que en el contexto de las regulaciones de confidencialidad y los acuerdos suscritos entre la UNOPS y CONAVI, no se permitió el acceso al expediente de la contratación a los oferentes participantes. En cuanto a esa discusión, tampoco puede dejar de considerarse que se informó a las partes mediante auto de las quince horas con treinta minutos del trece de octubre del dos mil diecisiete: *“Considerando la declaratoria de confidencialidad referida, así como que el acceso de los expedientes de concursos de las contrataciones promovidas por la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos (UNOPS) constituye un tema en discusión ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia bajo el expediente judicial No. 17-011500-0007-CO, se reserva el conocimiento público de las piezas declaradas confidenciales por el CONAVI, hasta tanto no sea resuelto este aspecto en la sede referida, sin perjuicio de la tramitación del recurso en los plazos de ley”*, tal actuación anterior se emite en virtud de las circunstancias particulares en las que se encuentra el caso, toda vez que el acceso a expedientes

---

<sup>2</sup> Ver Resolución R-DCA-0103-2017 de las catorce horas cincuenta y un minutos del diecisiete de febrero de dos mil diecisiete. En este primer antecedente, se solicitó el expediente administrativo del concurso, para el respectivo estudio de admisibilidad regulado en el artículo 186 del Reglamento a la Ley de Contratación, el cual fue remitido en dos momentos diferentes. En primer término el CONAVI a través del oficio DIE-07-17-0407 (0021) de fecha 09 de febrero de 2017 adjuntó copia completa del expediente administrativo del concurso; mientras que luego se remitió como pieza aparte el denominado Informe de Evaluación de Ofertas, conforme al oficio No. UNOPS\_2017\_90413\_AMH\_008 del 10 de febrero de 2017, en el cual UNOPS advierte que dicho informe constituye una pieza separada del expediente, por ser de carácter confidencial y en ese sentido se solicitó proteger únicamente este legajo. Ahora bien, con el oficio No. DIE-07-17-0407 (0021) presentado por CONAVI, puede verse el Anexo 4, oficio No. POE-01-2017-0086 de fecha 20 de enero de 2017, conforme al cual la Administración notificó a los oferentes del resultado de adjudicación, a su vez puso a disposición el expediente completo para las empresas participantes una vez notificado el acto final del concurso. Si bien con este recurso, Constructora Hernán Solís S.R.L. hizo alusión al corto tiempo durante el cual se puso a disposición el expediente para consulta, ciertamente los documentos tuvieron un margen de publicidad para que las empresas lo verificaran y ejercieran su debida defensa, posición que pareciera más congruente con las garantías que debe tener la inversión de fondos públicos. Pese a lo anterior, no se entró a conocer del fondo del recurso toda vez que el mismo fue presentado de forma extemporánea, tal y como se dispuso en la resolución.

administrados por UNOPS en función de los concursos que promueve, además de ser parte de los alegatos expuestos por parte de los recurrentes en su impugnación, constituye una discusión pendiente de resolver ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ya no solo en el proceso No. 17-011500-0007-CO relacionado directamente con esta contratación, sino que además en el expediente No. 17-013881-0007-CO<sup>3</sup>. Razón por la cual, este órgano contralor, consideró dentro del auto señalar a las partes, que si bien el acceso al expediente de la contratación se configura como un elemento controvertido dentro del líbelo del expediente y este aspecto se encuentra actualmente recurrido ante la Sala Constitucional, en virtud de la necesidad de resolver la impugnación presentada, dentro de los plazos previstos legalmente para ello y sin que existe ninguna indicación de parte del Tribunal Constitucional que suspenda el dictado de la resolución final en este caso, con el fin de resolver los elementos sometidos a discusión, podría resultar necesario, como en efecto lo fue, pronunciarse con respecto a este tema. Tal y como se ha expuesto, a criterio de este órgano contralor el acceso al expediente por parte de los oferentes, viene dado como una materialización del principio de transparencia y genera un efecto negativo en la efectiva garantía del principio de control, en el tanto, imposibilita que, para efectos de elaborar las impugnaciones correspondientes, las partes puedan hacer un ejercicio informado, completo e integral de la tramitación del concurso, de la cual puedan verificar el respeto a los principios que resultan aplicables en este caso, de tal forma que se encuentren habilitados para plantear ante este órgano contralor una impugnación adecuadamente fundamentada. De esa forma, se estima que la declaratoria de confidencialidad efectuada en este caso por parte del CONAVI, mediante la cual se niega el acceso a la mayor parte del expediente del concurso, limita ilegítimamente la posibilidad de impugnar y convirtiendo en nugatoria la garantía que el recurso de apelación implica para los oferentes en un concurso. En esos términos, este órgano contralor no observa que en el presente caso exista un motivo a partir del cual se pueda concluir válidamente que se pueda restringir tan ampliamente el acceso de las partes al expediente de la contratación, valorando la etapa en que se encuentra el procedimiento, ya con las ofertas presentadas, analizadas y sin posibilidad de poder variar los aspectos contenidos en estas. Esta Contraloría General, entiende que el acceso al expediente se convierte en uno de los requisitos mínimos que deben garantizarse a

---

<sup>3</sup> Recurso de amparo interpuesto en contra del Consejo Nacional de Vialidad, respecto del concurso ITB-CRPC-90413-2016-003 también promovido por UNOPS para la construcción de la obra "Intersección Garantías Sociales y colector hacia el Río María Aguilar, San José Costa Rica"



los oferentes para que el accionar ante esta jerarquía impropia se configure como una vía de impugnación eficaz y que brinde un valor agregado en contrataciones en las que además de estar involucrada una cuantiosa cantidad de fondos públicos, se trata de proyectos trascendentales para el país en la búsqueda de solventar temas tan trascendentales en la actualidad como el acceso a de la ciudadanía a mejores vías de comunicación. Desde luego, que este órgano contralor no deja de lado que parte de las circunstancias indiscutibles de contratar a la UNOPS es el hecho que procede aplicar las normas de adquisiciones de ese sujeto de derecho internacional público en consideración a su naturaleza y como parte de sus condiciones de operación. Esto significa que procede aplicar el documento denominado Manual de Adquisiciones de UNOPS, que en lo que interesa dispone: **“Artículo. 1.4.2:** *“La transparencia también implica que toda la información sobre las políticas, los procedimientos, las oportunidades y los procesos de adquisición, está claramente definida y es dada a conocer y/o provista simultáneamente a todas las partes interesadas. Un sistema transparente tiene reglas y mecanismos claros para garantizar el cumplimiento de las normas establecidas (especificaciones imparciales; criterios objetivos de evaluación; documentos licitatorios estándares; la misma información a todas las partes; confidencialidad de las ofertas, etc.). Entre otras cosas, los registros son puestos, cuando corresponda, a disposición para su inspección por parte de auditores, los proveedores que no logren la adjudicación pueden recibir información sobre las fortalezas y debilidades de sus propias ofertas y toda información acerca del contrato se divulga públicamente. La incorporación de criterios de sostenibilidad en las primeras etapas del proceso de adquisición fomenta el respeto de este principio. La transparencia garantiza que cualquier desviación de un trato equitativo y justo sea detectada muy temprano en el proceso, lo que reduce la probabilidad de que ocurran tales desviaciones y, por lo tanto, protege la integridad del proceso y los intereses de la organización. (...) Artículo 7.4.1 “Las ofertas llevarán la fecha y las iniciales o firmas de todos los miembros de la comisión de apertura de ofertas. El manejo de las ofertas es en su naturaleza confidencial, y es esencial que cualquier información que se produzca durante el proceso sea tratada de manera confidencial. Artículo 8.10.1 Todas las ofertas que no fueron seleccionadas deben conservarse en el expediente de adquisiciones. Sin embargo, todas las Garantías de Sostenimiento de Oferta o de otro tipo deben ser devueltas. El oficial de adquisiciones del ejercicio de licitación debe garantizar que la Garantía de Sostenimiento de Oferta incluida en cualquier presentación de oferta no seleccionada sea devuelta al licitante prontamente después de la adjudicación del*

*contrato al licitante seleccionado. Los licitantes que no sean seleccionados serán notificados solo después de que el contrato sea adjudicado y todos los documentos del contrato estén debidamente ejecutados. Además, el informe debe incluir una declaración que confirme la razonabilidad del precio (...). El informe de evaluación es un documento confidencial y no debe ser distribuido o personas que no estén involucradas en el proceso de adquisiciones respectivo.*"; sin embargo, no puede dejarse de lado que –como ya se ha explicado en otras ocasiones– la UNOPS administra fondos públicos que implican la observancia de los principios constitucionales en contratación administrativa<sup>4</sup>. De esa forma, resulta clave que la inversión de estos recursos públicos, contemple la posibilidad de garantías propias de estos fondos como el caso del principio de control que implica la interposición de recursos. Este principio se garantiza no solo por la habilitación de la impugnación, sino también por el hecho la misma sea una garantía real y efectiva para los interesados, para cuya materialización se hace indispensable el acceso al expediente de la contratación. Esta imposibilidad resulta trascendente porque el derecho de impugnación se ve imposibilitado parcialmente, en tanto los oferentes interesados desconocen cuál es la oferta de la parte ganadora. De ahí que verificar qué se revisó y en general el acceso de aspectos de la no objeción, pueden ser claves para una adecuada impugnación que garantice al disconforme que se clarificará que efectivamente la oferta ganadora es la más idónea. A partir de los elementos antes esgrimidos, procede **declarar parcialmente con lugar** el recurso en los términos que reclaman los recurrentes, en el sentido de que no han podido ejercer adecuadamente la posibilidad de impugnación, situación que ha permanecido invariable desde el momento en que este órgano conoció de los recursos en primera ronda. Por ello, se impone **anular** el acto de no objeción dictado por el CONAVI (hecho probado 3). En virtud de lo antes expuesto, no se entran a resolver los alegatos restantes que han sido argumentados por las partes. -----

---

<sup>4</sup> Sobre la administración de fondos que realiza UNOPS y la observancia de los principios, este órgano contralor dispuso mediante oficio No. 08736 (DCA-2205) de fecha veintidós de agosto de dos mil catorce lo siguiente: “*el citado contrato de préstamo estableció que la contratación que fuera necesaria para la ejecución de los proyectos financiados con los fondos del BCIE deberían respetar y cumplir como mínimo los principios de la Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica. En vista de lo que viene dicho, y en lo que respecta a la actividad contractual que llegue a desplegar la UNOPS, se deberán aplicar y respetar los principios que rigen la contratación administrativa, ello por cuanto el propio contrato de préstamo que otorga recursos al proyecto lo dispuso. (...) En ese sentido y como parte de los principios que rigen la contratación administrativa se encuentra la sujeción al control jerárquico impropio por parte de esta Contraloría General, lo cual ha sido establecido por la Sala Constitucional en razón del origen público de los fondos con que se financien total o parcialmente las contrataciones y del origen constitucional de las facultades de control y fiscalización que ostenta este órgano contralor*”.

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 188 inciso d), del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de apelación interpuestos por **CONSORCIO PUENTE VIRILLA y CONSTRUCTORA HERNÁN SOLÍS S.R.L.**, en contra del acto de no objeción emitido por **CONAVI** dentro del concurso **No. ITB-CRPC-90413-2016-002** promovido por la **OFICINA DE NACIONES UNIDAS DE SERVICIOS PARA PROYECTOS (UNOPS)** para la construcción de la obra denominada “Construcción sostenible del puente sobre el río Virilla en la ruta nacional No.32 en límite entre la provincia de San José y la provincia de Heredia” recaído a favor del **CONSORCIO VIRILLA 32**, recaído a favor de **CONSORCIO VIRILLA 32** por un monto de **\$22.369.087.33** (veintidós millones trescientos sesenta y nueve mil ochenta y siete dólares con treinta y tres centavos), **acto el cual se anula. 2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFÍQUESE.** -----**ORIGINAL FIRMADO**

Allan Ugalde Rojas  
Gerente de División

**ORIGINAL FIRMADO**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
Gerente Asociado

**ORIGINAL FIRMADO**

Marlene Chinchilla Carmiol  
Gerente Asociada

Estudio y redacción:  
Marcia Madrigal Quesada Fiscalizadora Asociada,  
David Venegas Rojas Fiscalizador.

MMQ/DVR/chc  
NN: 15032 (DCA-3259)  
NI: 25364, 25607, 25898, 26038, 26207, 26207, 26298, 27572, 27577, 27920, 28318, 29269, 29293.  
CI: Archivo central  
G: 2017002299-4

