



R-DCA-00317-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.
San José, a las once horas con treinta minutos del dieciséis de marzo del dos mil veintiuno.-----
RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por el **CONSORCIO ICQ** y por el **CONSORCIO LA CASITA SOBRE LA ROCA** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000001 PMDOTA** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE DOTA** para la contratación de servicios de operabilidad del CECUDI en el Cantón de Dota, recaído a favor de **LEDA MARÍN VARGAS**, modalidad según demanda.-----

RESULTANDO

- I. Que el veintidós de enero del dos mil veintiuno, el consorcio ICQ y el consorcio La Casita sobre la Roca presentaron ante la Contraloría General de la República sus respectivos recursos de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Pública 2020LN-000001 PMDOTA promovida por la Municipalidad de Dota para la contratación de servicios de operabilidad del CECUDI.-----
- II. Que mediante auto de las diez horas del veintiséis de enero del dos mil veintiuno, esta División solicitó a la Administración licitante el expediente administrativo del concurso. Dicha solicitud fue atendida por la Administración mediante escrito incorporado al expediente de la apelación.-----
- III. Que mediante la resolución R-DCA-00144-2021 del tres de febrero del dos mil veintiuno, esta División rechazó de plano por inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por el Consorcio La Casita sobre la Roca, y admitió el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio ICQ. Además se otorgó audiencia inicial a la Administración licitante, a la adjudicataria y al Consorcio La Casita sobre la Roca para que se manifestaran por escrito con respecto de las alegaciones formuladas por el apelante en su recurso y para que aportaran y ofrecieran las pruebas que estimaran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----
- IV. Que mediante la resolución R-DCA- 00173-2021 del nueve de febrero del dos mil veintiuno, esta División revocó parcialmente lo dispuesto en la resolución R-DCA-00144-2021 del tres de febrero del dos mil veintiuno, únicamente en lo que respecta al rechazo de plano del recurso de apelación interpuesto por el consorcio La Casita sobre la Roca, y se admitió para su trámite dicho recurso de apelación. Además se otorgó audiencia inicial a la Administración licitante, a la adjudicataria y al Consorcio ICQ para que se manifestaran por escrito con respecto de las

alegaciones formuladas por dicho apelante en su recurso y para que aportaran y ofrecieran las pruebas que estimaran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

V. Que mediante la resolución R-DCA-00175-2021 del diez de febrero del dos mil veintiuno, esta División declaró parcialmente con lugar las diligencias de adición y aclaración interpuestas por el Consorcio La Casita sobre La Roca en relación con lo resuelto por la División de Contratación Administrativa en la resolución R-DCA-00144-2021 del tres de febrero del dos mil veintiuno.-----

VI. Que mediante auto de las ocho horas del veintiséis de febrero del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial y audiencia de nulidad. La audiencia especial se otorgó al Consorcio ICQ para que se refiera a las argumentaciones que en contra de su oferta realizaron la Administración, la adjudicataria y el Consorcio La Casita sobre la Roca al momento de contestar la audiencia inicial. También se otorgó audiencia especial al Consorcio La Casita sobre la Roca para que se refiera a las argumentaciones que en contra de su oferta realizaron la Administración y la adjudicataria al momento de contestar la audiencia inicial. La audiencia de nulidad absoluta fue conferida a todas las partes para que se refirieran a la eventual nulidad absoluta del cartel y de todo el procedimiento, según fue expuesto en dicho auto. Tales audiencias fueron atendidas por el Consorcio ICQ mediante escrito incorporado al expediente de la apelación.-----

VII. Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite de los recursos se tenían los elementos necesarios para su resolución.-----

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

CONSIDERANDO

I. HECHO PROBADO: Para la resolución del presente asunto se tiene por demostrado el siguiente hecho de interés: 1) Que en la licitación pública 2020LN-000001 PMDOTA presentaron oferta el Consorcio La Casita sobre la Roca, Leda María Marín Vargas y el Consorcio ICQ (ver las respectivas ofertas en los folios 139 al 2768 del expediente administrativo).-----

II. SOBRE LA NULIDAD ABSOLUTA DEL PLIEGO DE CONDICIONES Y DE TODO EL PROCEDIMIENTO: como aspecto preliminar ha de indicarse que esta Contraloría General de la República, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentra habilitada a declarar la nulidad absoluta de ciertos actos, ya sea de oficio o a solicitud de parte. Así, la Ley Orgánica de la

Contraloría General en su artículo 28, referido a la declaración de nulidad absoluta dispone lo siguiente: *“Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá declarar la nulidad absoluta, evidente y manifiesta, que advierta en los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley general de la Administración Pública, y sin perjuicio de las potestades anulatorias de la Administración activa. / Cuando alguien que no sea titular de un derecho subjetivo ni de un interés legítimo, presente una denuncia, la intervención de la Contraloría será facultativa. / La anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso, en ejercicio de tutela administrativa, se regirá por sus propias reglas. / La Contraloría, siguiendo los procedimientos propios del respectivo recurso, podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, solo cuando la nulidad sea absoluta.”* Por su parte, el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa regula lo concerniente a los vicios de nulidad no alegados en el expediente y dispone: *“Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto.”* Es al amparo de lo anterior que este órgano contralor, mediante auto de las ocho horas del veintiséis de febrero del dos mil veintiuno, confirió audiencia de nulidad absoluta a todas las partes para que se refieran a la eventual nulidad absoluta del cartel y por ello de todo el procedimiento tramitado, en razón de los siguientes aspectos: *“1) Mediante la resolución R-DCA-01306-2020 del 08 de diciembre del 2020, esta Contraloría General de la República resolvió un recurso de objeción interpuesto en contra del cartel de la Licitación Pública 2020LN-000001PMDOTA promovida por la Municipalidad de Dota para contratar los servicios de operatividad del CECUDI en el cantón de Dota. En esa ocasión se cuestionó el sistema de evaluación contenido en el cartel y en dicha resolución el órgano contralor indicó en lo que interesa, lo siguiente: **“Criterio de la División:** Se observa que la Administración se allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario eliminando del sistema de evaluación el punto 4 relacionado la valoración de la experiencia del oferente en modalidad nocturna. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede declarar **parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. Para ello se presume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia*

de la modificación al cartel que plantea, lo cual corre bajo su entera responsabilidad./ **POR TANTO/** En virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa, 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuestos por la señora **ILEANA MARÍA AGUILAR GÓMEZ**, en contra el cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000001PMDOTA** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE DOTA** para contratar los servicio de operacionalidad del CECUDI en el cantón de Dota. **2) Instruir** a la Administración a efectuar las modificaciones dispuestas en esta resolución.” (el destacado es del original) (ver resolución en los folios 133 al 135 del expediente administrativo). Posteriormente, mediante la resolución R-DCA-00144-2021 del 03 de febrero del 2021, esta División le requirió a la Administración -entre otras cosas- que indicara en qué parte del expediente administrativo se encuentra la última versión del cartel (ver resolución en el folio 20 del expediente de la apelación), y como respuesta a lo consultado, la Municipalidad remitió el oficio PMD-0025-2021 del 17 de febrero del 2021, en donde manifestó lo siguiente: “La nueva versión del cartel se encuentra entre los folios 080 y 0123 del expediente administrativo.” (ver documento registrado con el número de ingreso 5039-2021 en el folio 48 del expediente de la apelación). Sin embargo, revisado el cartel que se encuentra en los folios 080 al 0123 del expediente administrativo remitido, y en particular los factores de evaluación, se observa que en esa versión del cartel hay cuatro factores de evaluación desglosados de la siguiente manera: experiencia de la empresa o persona oferente en primera infancia: 20%, experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI: 40%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI DIURNO: 20%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO: 20%, total: 100%. Así las cosas, no se observa que la Administración haya realizado las modificaciones al cartel de conformidad con lo indicado por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-01306-2020 del 08 de diciembre del 2020. Dicha situación podría conllevar un incumplimiento por parte de la Administración licitante a lo establecido en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual dispone en lo que interesa, lo siguiente: “Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la Administración se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes.”

2) El cartel puntúa como aspectos de evaluación elementos que corresponden a requisitos mínimos de admisibilidad. Tal situación, sea que se replican requisitos de admisibilidad en el sistema de evaluación, se advierte por ejemplo en los siguientes casos: a) Cuando para el puesto

de “COORDINADOR O COORDINADORA TÉCNICA DEL CECUDI” se establece el requisito de tener título de licenciado en Educación en preescolar primer o segundo ciclo, y en el sistema de evaluación se puntúa con 10% el grado de licenciatura. **b)** Cuando para el puesto de “COORDINADOR O COORDINADORA TÉCNICA DEL CECUDI” se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico con 2% y el examen psicológico con 3%. **c)** Cuando para el puesto de “PERSONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de tener título de bachiller en preescolar primero o segundo ciclo, y en el sistema de evaluación se puntúa el título de bachiller universitario del docente en educación preescolar de I y II ciclo con 10%. **d)** Cuando para el puesto de “PERSONAL EN ATENCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico del docente en educación preescolar de I y II ciclo con 2% y el examen psicológico del docente en educación preescolar de I y II ciclo con 2%. **e)** Cuando para el puesto de “ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de bachillerato secundaria, y en el sistema de evaluación se puntúa el bachillerato secundaria de los asistentes de cuidado con 3%. **f)** Cuando para el puesto de “ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación se puntúa el título de manipulación de alimentos de los asistentes de cuidado con 1%. **g)** Cuando para el puesto de “ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico de los asistentes de cuidado con 1% y el examen psicológico de los asistentes de cuidado con 2%. **h)** Cuando para el puesto de “COCINERO O COCINERA” se establece el requisito de tener título de sexto grado, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de sexto grado con 3%. **i)** Cuando para el puesto de “COCINERO O COCINERA” se establece el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de manipulación de alimentos con 1%. **j)** Cuando para el puesto de “MISCELÁNEO” se establece el requisito de tener título de sexto grado, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de sexto grado con 3%. **k)** Cuando para el puesto de “MISCELÁNEO” se establece el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de manipulación de alimentos con 1%. **l)** Cuando para el puesto de “MISCELÁNEO” se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación denominado

“Personal de Apoyo” se puntúa el examen médico con 1% y el examen psicológico con 2%. Tal circunstancia de otorgar puntuación a requisitos de admisibilidad hace que el sistema de evaluación dispuesto en el cartel no se apegue a normativa especial que rige la materia, toda vez que el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone lo siguiente: “Sistema de evaluación. En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos para la contratación.” Lo anterior, eventualmente no permitiría valorar las ofertas de acuerdo con el sistema de calificación dispuesto en el cartel. Todo ello podría generar una eventual nulidad absoluta del cartel y por ello de todo el procedimiento tramitado.” (folio 65 del expediente de la apelación). Dicha audiencia fue conferida y notificada a todas las partes, sin embargo únicamente fue atendida por el Consorcio ICQ mediante escrito que se encuentra incorporado al expediente de la apelación. El Consorcio ICQ menciona que la calificación de este tipo de nulidad especial viene otorgada como una competencia a la Administración activa, la cual debe no sólo realizar una apreciación inicial sobre la supuesta existencia de esa especial patología de legalidad, sino que además debe realizar un procedimiento ordinario administrativo para su eventual declaración. Indica que por la importancia de la teoría de los actos propios que garantiza el artículo 34 de la Constitución Política, la Administración debe acudir a la vía de lesividad para lograr la nulidad de actos que estime nulos, con la excepción de la nulidad declarable en sede administrativa. Considera que existe una indebida calificación por parte de este órgano contralor, al conferirle la audiencia según el criterio de que puede existir una nulidad absoluta, evidente y manifiesta, en el trámite de licitación, ya que esa valoración correspondería, eventualmente, al órgano administrativo que promovió la licitación. Señala que sería la misma Administración la que debería iniciar el procedimiento ordinario administrativo y, luego de concluida la fase de tramitación, remitir el asunto a conocimiento de la Contraloría para que emita el dictamen vinculante. Menciona que esa competencia de que sea el órgano competente el que inicie el trámite de declaratoria de ese especial tipo de infracción a los elementos del acto administrativo ha sido destacada así por la Procuraduría General de la República. Alega que los actos absolutamente nulos pueden ser anulados en la vía administrativa, cuando la nulidad de la que adolezcan sea además de absoluta, evidente y manifiesta, y que para ello es necesario el dictamen de este órgano asesor, que debe

darse de manera previa al dictado del acto final y que debe referirse necesariamente sobre el carácter absoluto, evidente y manifiesto de la nulidad invocada. Refiere al artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública y señala que de esa norma se extrae que deben cumplirse con los requisitos que se establecen, pues de lo contrario no será posible declarar la nulidad evidente y manifiesta del acto administrativo. Remite a pronunciamientos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de la Procuraduría General de la República sobre la nulidad prevista en el artículo antes mencionado. Señala que al tratarse de una corporación municipal, la Procuraduría General ha establecido que el órgano con competencia para iniciar el procedimiento es el Consejo Municipal. Señala que resulta un riesgo que este órgano contralor confiera una audiencia partiendo de la posible existencia de un vicio de nulidad absoluta, evidente y manifiesta, cuando tal patología debe ser analizada y activada por un órgano de la Administración activa, con los requisitos y formalidades que se le imponen para acudir a esta vía extraordinaria de exceptuar el principio constitucional de no venir contra los actos propios. La Administración no contestó la audiencia de nulidad. El Consortio La Casita sobre la Roca no contestó la audiencia de nulidad. La adjudicataria no contestó la audiencia de nulidad. **Criterio de la División:** tal y como fue indicado, este órgano contralor confirió audiencia de nulidad absoluta a todas las partes en la medida en que con ocasión de los recursos interpuestos, se detectaron dos anomalías en el cartel del concurso, concretamente en el sistema de evaluación, aspectos que de seguido se pasan a analizar. **1) La última versión del cartel no contiene las modificaciones de conformidad con lo indicado por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-01306-2020 del 08 de diciembre del 2020:** al respecto debe tenerse presente que mediante la resolución R-DCA-01306-2020 del 08 de diciembre del 2020, esta Contraloría General resolvió un recurso de objeción interpuesto en contra del cartel de la Licitación Pública 2020LN-000001PMDOTA promovida por la Municipalidad de Dota para contratar los servicio de operabilidad del CECUDI en el cantón de Dota. En esa ocasión se cuestionó el sistema de evaluación contenido en el cartel y en dicha resolución el órgano contralor, en lo que interesa, indicó lo siguiente: ***“Criterio de la División: Se observa que la Administración se allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario eliminando del sistema de evaluación el punto 4 relacionado la valoración de la experiencia del oferente en modalidad nocturna. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede declarar **parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. Para ello se presume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia de la modificación al cartel que plantea,***

lo cual corre bajo su entera responsabilidad./ **POR TANTO/** En virtud de lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 de la Ley de la Contratación Administrativa, 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción interpuestos por la señora ILEANA MARÍA AGUILAR GÓMEZ, en contra el cartel de la LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000001PMDOTA promovida por la MUNICIPALIDAD DE DOTA para contratar los servicio de operacionalidad del CECUDI en el cantón de Dota. 2) Instruir a la Administración a efectuar las modificaciones dispuestas en esta resolución.**” (el destacado es del original) (ver resolución en los folios 133 al 135 del expediente administrativo). Posteriormente, mediante la resolución R-DCA-00144-2021 del 03 de febrero del 2021, esta División le requirió a la Administración -entre otras cosas- que indicara en qué parte del expediente administrativo se encuentra la última versión del cartel, y como respuesta a lo consultado, la Municipalidad remitió el oficio PMD-0025-2021 del 17 de febrero del 2021, en donde manifestó lo siguiente: *“La nueva versión del cartel se encuentra entre los folios 080 y 0123 del expediente administrativo.”* (ver documento registrado con el número de ingreso 5039-2021 en el folio 48 del expediente de la apelación). Sin embargo, revisado el cartel que se encuentra en los folios 080 al 0123 del expediente administrativo remitido, y en particular los factores de evaluación, se observa que en esa versión del cartel hay cuatro factores de evaluación principales, desglosados de la siguiente manera: experiencia de la empresa o persona oferente en primera infancia: 20%, experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI: 40%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI DIURNO: 20%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO: 20%, para un total: 100%. Concretamente, en lo que respecta al último factor de evaluación mencionado, el cartel indica lo siguiente:

3. Experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO	20%
3.1 Asistentes de Cuido:	10%
3.1.1 Formación académica:	3%
Bachillerato secundaria	3
3.1.2 Experiencia profesional:	3%
Al menos 1 año de experiencia	1
De 1 a 2 años de experiencia	2
3 años o más de	3

	experiencia	
	3.1.3 Examen médico	1%
	3.1.4 Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas	2%
	3.1.5 Título de manipulación de alimentos.	1%

	3.2 Personal de Apoyo:	10%
	3.2.1 Formación académica:	3%
	Título de sexto grado.	3
	3.2.2. Experiencia en labores relacionadas con el puesto.	3%
	Al menos 1 año de experiencia	1
	De 1 a 2 años de experiencia	2
	3 años de experiencia o más.	3
	3.2.3. Examen médico	1%
	3.2.4. Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas	2%

	3.2.5. Título de manipulación de alimentos.	1%
--	--	-----------

(folios 119 al 121 del expediente administrativo). Así las cosas, queda en evidencia que la Administración no realizó las modificaciones al cartel de conformidad con lo indicado por la Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-01306-2020 del 08 de diciembre del 2020, ya que en el sistema de evaluación del cartel que se encuentra en los folios 080 al 0123 del expediente administrativo incluye la calificación de la experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO con un puntaje del 20%, lo cual debió ser eliminado. Dicha situación conlleva un incumplimiento por parte de la Administración licitante a lo establecido en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual dispone, en lo que interesa, lo siguiente: *“Cuando la resolución de la Contraloría General de la República disponga la modificación del cartel, la Administración se encuentra obligada a realizar las enmiendas y publicarlas por los medios correspondientes.”* Por lo tanto, dicho factor de calificación debió ser eliminado del sistema de evaluación, y al no eliminarse se presenta un vicio de nulidad absoluta del cartel y con ello de todo el procedimiento, ya que además de contravenir la disposición contenida en el artículo 180 del cuerpo reglamentario recién citado, es claro que al amparo de lo establecido en el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública, como más adelante se desarrollará, de haberse eliminado tal factor, el resultado del concurso pudo haber variado. Así, el contenido del cartel presenta un vicio sustancial y grave que implica su nulidad absoluta, la del procedimiento seguido, y la del acto final adoptado. **2) El sistema de evaluación establecido en el cartel contempla aspectos de evaluación que también están como requisitos de admisibilidad**: tal y como se indicó anteriormente, al revisar el cartel que se encuentra en los folios 080 al 0123 del expediente administrativo que fue remitido, y en particular los factores de evaluación, se observa que en esa versión del cartel hay cuatro grandes factores de evaluación, desglosados de la siguiente manera: experiencia de la empresa o persona oferente en primera infancia: 20%, experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI: 40%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI DIURNO: 20%, experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO: 20%, para un total: 100%. Ahora bien, en lo que respecta a la evaluación de la experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI así como a la evaluación de la experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI, el cartel subdivide dichos factores de evaluación por puesto, ya sea, coordinador técnico o docentes para el primero y asistentes de cuidado y personal de apoyo para el segundo, y a la vez, tales puestos se vuelven a dividir en otros subfactores de evaluación, a saber, formación académica, experiencia profesional, examen médico, examen psicológico, y título de manipulación de

alimentos, resultando relevante tal circunstancia, según será dicho más adelante. Ahora bien, en cuanto a la réplica de elementos de admisibilidad como factores de evaluación detectada, se procede a contrastar el contenido del cartel, y se evidencia lo siguiente: para el puesto denominado “COORDINADOR O COORDINADORA TÉCNICA DEL CECUDI”, se establecieron los siguientes requisitos:

A. PUESTO: (UNO) COORDINADOR O COORDINADORA TÉCNICA DEL CECUDI.

a. REQUISITOS:

- i. Título de Licenciado (a) Educación en preescolar Primer o segundo ciclo.**
- ii. Cinco años de experiencia profesional como mínimo**
- iii. Incorporado (a) al colegio respectivo.**
- iv. Adjuntar currículum y fotocopia de los títulos.**

- v. Fotocopia del carnet del colegio profesional correspondiente.**
- vi. Fotocopia del título de incorporación al Colegio profesional o certificación extendida por el colegio profesional.**
- vii. Incluir: fotografía tamaño pasaporte, hoja de delincuencia, examen médico y examen psicológico.**

(folios 102 y 103 del expediente administrativo), sin embargo, en el sistema de evaluación, concretamente como en el factor de evaluación denominado “*Experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI*” se indica la siguiente calificación para el coordinador técnico: “1. *Coordinador técnico: Profesional en Educación en Preescolar, Educación de I y II ciclo: 20%.*” Este sub-factor se divide a su vez en cuatro sub-factores quedando de la siguiente manera: 1.1. Formación académica: Grado de Licenciatura al que se le asigna 10%, 1.2. Experiencia profesional al que se le asigna 5%, 1.3. Examen médico al que se le asigna 2%, 1.4. Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas al que se le asigna 3%” (folios 116 y 117 del expediente administrativo). Como puede observarse, para el puesto denominado “COORDINADOR O COORDINADORA TÉCNICA DEL CECUDI” en el cartel se establece el requisito de tener título de Licenciado en Educación en preescolar primer o segundo

ciclo, y en el sistema de evaluación se puntúa el grado de licenciatura con 10%, también se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico con 2% y el examen psicológico con 3%. Por su parte, para el puesto denominado “PERSONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y NIÑAS”, se establecieron los siguientes requisitos:

B. PUESTO: (DOS) PERSONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y NIÑAS

a. REQUISITOS:

- i. Título de Bachiller Educación en preescolar Primer o segundo ciclo.**
- ii. Cinco años de experiencia.**
- iii. Incorporado (a) al colegio respectivo.**
- iv. Adjuntar currículum y fotocopia de los títulos.**
- v. Fotocopia del carnet del Colegio Profesional correspondiente.**
- vi. Fotocopia del título de incorporación al Colegio profesional o certificación extendida por el colegio profesional.**
- vii. Incluir: fotografía tamaño pasaporte, hoja de delincuencia, examen médico y examen psicológico.**

(folio 105 del expediente administrativo). Sin embargo, en el sistema de evaluación, concretamente en el factor de evaluación denominado “*Experiencia de los profesionales que van a laborar en el CECUDI*” se indica la siguiente calificación para el docente: “2. *Docente en Educación Preescolar Educación de I y II ciclo: 20%.*” Este sub-factor se divide a su vez en cinco sub-factores quedando de la siguiente manera: 2.1. Formación académica: Bachiller Universitario al que se le asigna 10%, 2.2. Experiencia profesional al que se le asigna 5%, 2.3. Examen médico al que se le asigna 2%, 2.4. Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas al que se le asigna 2%, 2.5. Título de manipulación de alimentos al que se le asigna 1%. (folio 117 del expediente administrativo). Como puede observarse, para el puesto denominado “PERSONAL DE ATENCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de tener título de bachiller en preescolar primero o segundo ciclo, y en el sistema de evaluación se puntúa el título de bachiller universitario del docente en educación preescolar de I y II ciclo con 10%, también se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico del docente en educación

preescolar de I y II ciclo con 2% y el examen psicológico del docente en educación preescolar de I y II ciclo con 2%. Por su parte, para el puesto denominado “ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS”, se establecieron los siguientes requisitos:

C. PUESTO: (DOS) ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS

a. REQUISITOS:

- i. Bachillerato secundaria**
- ii. Dos años de experiencia en cuidado de niños y niñas.**

iii. Título de manipulación de alimentos.

iv. Incluir: fotografía tamaño pasaporte, hoja de delincuencia, examen médico y examen psicológico.

(folios 108 y 109 del expediente administrativo), sin embargo, en el sistema de evaluación, concretamente en el factor de evaluación denominado “Experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI DIURNO” se indica la siguiente calificación para los Asistentes de Cuido: “3.1. Asistentes de Cuido: 10%”. Este sub-factor se divide a su vez en cinco sub-factores quedando de la siguiente manera: 3.1.1. Formación académica: bachillerato secundaria al que se le asigna 3%, 3.1.2 Experiencia profesional al que se le asigna 3%, 3.1.3 Examen médico al que se le asigna 1%, 3.1.4. Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas al que se le asigna 2%, 3.1.5. Título de manipulación de alimentos al que se le asigna 1%. (folio 118 del expediente administrativo). Como puede observarse, para el puesto denominado “ASISTENTE PARA LA ATENCIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS” se establece el requisito de bachillerato secundaria, y en el sistema de evaluación se puntúa el bachillerato secundaria de los asistentes de cuidado con 3%; también se establece el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación se puntúa el título de manipulación de alimentos de los asistentes de cuidado con 1%; también se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación se puntúa el examen médico de los asistentes de cuidado con 1% y el examen psicológico de los asistentes de cuidado con 2%.

Por su parte, para el puesto denominado “COCINERO O COCINERA”, se establecieron los siguientes requisitos:

D. PUESTO: (DOS) COCINERO O COCINERA

a. REQUISITOS:

i. Título de sexto grado.

ii. Título de manipulación de alimentos y un año de experiencia en labores de manipulación de alimentos y limpieza.

(folios 110 y 111 del expediente administrativo), y para el puesto denominado “MISCELÁNEO”, se establecieron los siguientes requisitos:

E. PUESTO: MISCELÁNEO

a. REQUISITOS:

i. Título de sexto grado.

ii. Un año de experiencia en labores relacionadas con el puesto.

iii. Título de manipulación de alimentos

iv. Incluir: fotografía tamaño pasaporte, hoja de delincuencia, examen médico y examen psicológico.

(folio 112 del expediente administrativo); sin embargo, en el sistema de evaluación, concretamente en el factor de evaluación denominado “3. *Experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI DIURNO*” se indica la siguiente calificación para el personal de apoyo: “3.2. *Personal de Apoyo: 10%*”. Este sub-factor se divide a su vez en cinco sub-factores quedando de la siguiente manera: 3.2.1. Formación académica: título de sexto grado al que se le asigna 3%, 3.2.1. Experiencia en labores relacionadas con el puesto al que se le asigna 3%, 3.2.3. Examen médico al que se le asigna 1%, 3.2.4. Examen psicológico que demuestre la idoneidad para trabajar con niños y niñas al que se le asigna 2%, 3.2.5. Título de manipulación de alimentos al que se le asigna 1%. (folios 118 y 119 del expediente administrativo). Como puede observarse, para el puesto denominado “COCINERO O COCINERA” se establece el requisito de tener título de sexto grado, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de sexto grado con 3%, también se establece

el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de manipulación de alimentos con 1%. Además, para el puesto de “MISCELÁNEO” se establece el requisito de tener título de sexto grado, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de sexto grado con 3%; también se establece el requisito de aportar título de manipulación de alimentos, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el título de manipulación de alimentos con 1%; también se establece el requisito de aportar examen médico y examen psicológico, y en el sistema de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se puntúa el examen médico con 1% y el examen psicológico con 2%. De conformidad con lo expuesto, es claro que el cartel de modo expreso confiere puntaje a los oferentes por contar con condiciones que también se han estipulado como requisitos de admisibilidad, particularmente en lo concerniente a la formación académica, al examen médico, al examen psicológico y al título de manipulación de alimentos requerido al personal, lo cual resulta ser contrario al artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), que tal y como fue advertido en la respectiva audiencia de nulidad absoluta, dispone: *“Artículo 55.-**Sistema de evaluación.** En el cartel se establecerá un sistema de evaluación, el cual deberá contemplar los factores ponderables, el grado de importancia de cada uno de ellos, así como el método para valorar y comparar las ofertas en relación con cada factor. / La Administración, podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.”* (el subrayado no corresponde al original). En el cartel de la licitación bajo análisis la Administración estableció en el sistema de evaluación varios factores, sin embargo la mayoría de ellos ya fueron considerados como requisitos mínimos, lo que implica una violación a un imperativo normativo que rige en materia de compras públicas que incide en una distorsión de la propia concepción del sistema de evaluación de ofertas. El artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública dispone: *“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.”* Ello debe ser observado desde la perspectiva de la concepción del sistema de evaluación, ya que no se puede obviar que en el sistema de evaluación la Administración debe establecer aspectos cualitativos y cuantitativos relevantes para la selección de la mejor oferta. Se puntúa por condiciones que contengan las ofertas o los oferentes

que generen una ventaja comparativa y que permitan una distinción entre ofertas. Conviene resaltar que la materia de compras públicas es enteramente casuística y atiende a las particularidades de cada caso en concreto, siendo que en el presente caso no podría procederse con una “anulación parcial” o una “desaplicación de algunos de los factores” y mantener otros, al amparo del principio de eficiencia, siendo que de proceder a restarle al sistema de calificación los puntos asignados a aspectos que también son considerados como requisitos mínimos o de admisibilidad, tal y como fue expuesto anteriormente, se tendrían que eliminar los siguientes puntos: en el factor de evaluación denominado “Coordinador Técnico” se tendrían que eliminar 10% por el grado de licenciatura, 2% por el examen médico y 3% por el examen psicológico; en el factor de evaluación denominado “Docente en Educación Preescolar I y II ciclo” se tendrían que eliminar 10% por el título de bachiller universitario, 2% por el examen médico y 2% por el examen psicológico; en el factor de evaluación denominado “Asistentes de Cuido” se tendrían que eliminar 3% por el título de bachillerato de secundaria, 1% por el examen médico, 2% por el examen psicológico y 1% por el título de manipulación de alimentos; en el factor de evaluación denominado “Personal de Apoyo” se tendrían que eliminar 3% por el título de sexto grado, 1% por el examen médico, 2% por el examen psicológico y 1% por el título de manipulación de alimentos. Todo ello da un total de 43% que se tendrían que eliminar del sistema de evaluación, y si además se eliminan 20% asignados al factor de evaluación denominado “Experiencia del personal de apoyo y asistentes que van a laborar en el CECUDI NOCTURNO” según lo expuesto en el apartado anterior de esta resolución, en total se tendrían que eliminar 63% del 100% del sistema de calificación, quedando únicamente válido un máximo de 37% de puntuación, lo cual de ninguna manera podría entenderse como representativo. Tal particularidad en el sistema de evaluación del cartel de este concurso difiere de la posibilidad de desaplicar un factor que contenga el vicio y mantener los factores restantes, ya que esta manipulación del sistema de evaluación en el caso particular no permite alcanzar un puntaje que apunte a una ventaja comparativa o competitiva suficiente y categórica que permita hacer una diferenciación real entre ofertas. Al no existir factores representativos y por lo tanto, tampoco un porcentaje representativo, se estaría cercenando la voluntad de la Administración cuando al momento de la elaboración del cartel y en uso de sus más amplias facultades discrecionales estipuló que el sistema de evaluación se conformara por diferentes factores, que no estarían siendo reflejados en la selección de la oferta ganadora como fue dicho. Bajo esta circunstancia particular, se estaría tergiversando el concurso toda vez que los oferentes han planteado sus propuestas bajo ciertas expectativas a partir de determinados factores de evaluación, incluso, tales factores bien pudieron

incidir en la voluntad de participar o no en el concurso ante las expectativas o posibilidades de posicionarse como eventual ganador. Lo anterior, partiendo de la lógica de que las ofertas se someten a un sistema de calificación de 100%. Sin embargo, el sistema de evaluación en el presente caso no establece los elementos que permitan generar esa diferenciación entre las tres ofertas que se sometieron a concurso (hecho probado 1), y no se logra advertir una ventaja comparativa suficiente y categórica que permita hacer la diferencia. De todo lo que viene dicho, estima este órgano contralor que se ha incurrido en un vicio en el procedimiento tramitado que imposibilita que las ofertas sean sometidas a criterios que permitan determinar la oferta ganadora, siendo que de haberse contado con un sistema de evaluación ajustado al artículo 55 del RLCA habría podido contarse con elementos categóricos para determinar una oferta ganadora bajo parámetros objetivos, significativos o representativos, todo en un plano de seguridad jurídica e igualdad entre oferentes y tendiente a seleccionar a la mejor oferta de frente a la satisfacción del interés público. Ante el vicio que se observa es que no resulta procedente vislumbrar una oferta como posible ganadora, toda vez que el sistema de selección mismo impide, respetando los principios de seguridad jurídica, legalidad, transparencia e igualdad, asegurar una escogencia de la oferta idónea. De este modo, al amparo de lo establecido en el artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública se estima que se está en presencia de un vicio de nulidad absoluta, ya que de acuerdo a lo que ha sido señalado anteriormente, es claro que de contarse con un sistema de calificación en el cual no se consideren factores de admisibilidad, la decisión final podría haber cambiado. Así, el contenido del cartel presenta un vicio sustancial y grave, que implica su nulidad absoluta, la del procedimiento seguido, y la del acto final adoptado. Finalmente, y en atención a lo manifestado por el Consorcio ICQ al contestar la audiencia de nulidad, resulta necesario reiterar, tal y como fue indicado líneas arriba, que la facultad anulatoria de este órgano contralor encuentra su base legal en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y por lo tanto no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública al que hace alusión el Consorcio ICQ. Debe tener presente que el artículo 173 de la LGAP se refiere a la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos y en el caso bajo análisis el acto de adjudicación de la licitación recurrida no está firme. Con respecto a la competencia de la Contraloría General de la República para proceder con la anulación de un acto de adjudicación, la doctrina señala: *“En el caso del recurso de apelación, se trata de un contralor rogado de estricta legalidad, que conduce eventualmente a la anulación de la adjudicación pero no a su reforma o sustitución, y que se da dentro del límite de las pretensiones del recurrente, salvo el caso de nulidades absolutas, que reiterada jurisprudencia*

de la Contraloría ha sujetado a sus poderes de revisión fuera de toda invocación del particular y aun en los casos en que, por discrepancias sustanciales con el pliego de condiciones particulares, la oferta y, consiguientemente, la apelación del presunto oferente en falta se reputan inadmisibles ad portas.” (ORTIZ ORTIZ, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III, Biblioteca Jurídica Diké, 2004, p. 141). De conformidad con el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se omite pronunciamiento sobre otros aspectos por carecer de interés práctico.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 223 de la Ley General de la Administración Pública, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 55, 176, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CARTEL, DEL ACTO FINAL Y DE TODO EL PROCEDIMIENTO** de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000001 PMDOTA** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE DOTA** para la contratación de servicios de operabilidad del CECUDI en el Cantón de Dota, anulando el acto final. **2)** De conformidad con 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

CMCH/mjav
NI: 1984, 1989, 2140, 2264, 2678, 3382, 5039, 5136, 5151, 5280, 5467, 5832, 7031
NN: 04030 (DCA-1115-2021)
G: 2020004242-3
Expediente electrónico: CGR-REAP-2021001307