



## R-DCA-00139-2022

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

San José, a las diez horas con diecisiete minutos del nueve de febrero del dos mil veintidós.-----

**RECURSO DE OBJECCIÓN** interpuesto por **IVANNIA VERÓNICA CASTILLO QUIRÓS**, en contra de las modificaciones al cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2022LN-000001-0004700001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESPARZA** para la “Contratación de servicios bajo la modalidad según demanda para la operacionalidad del Centro de Cuido y Desarrollo Infantil (CECUDI) de Esparza”.-----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el día veintiséis de enero de dos mil veintidós, Ivannia Verónica Castillo Quirós presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra de las modificaciones al cartel de la Licitación Pública No. 2022LN-000001-0004700001 promovida por la Municipalidad de Esparza.-----

**II.** Que mediante auto de las once horas treinta y ocho minutos del primero de febrero de dos mil veintidós esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio N° AME-081-2022 del dos de febrero de dos mil veintidós que se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

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

### **CONSIDERANDO**

**I. SOBRE EL PLAZO PARA RECIBIR OFERTAS UNA VEZ EFECTUADAS MODIFICACIONES ESENCIALES.** Considera este órgano contralor que de la resolución R-DCA-00073-2022 de las catorce horas con diecinueve minutos del veintiuno de enero del dos mil veintidós, la Administración debería realizar una serie de modificaciones al pliego de condiciones que involucraban no solamente la propia definición del objeto contractual -ya que se requería definir qué servicios se encontraban cubiertos por el subsidio del IMAS y si se iban a requerir servicios adicionales-, sino también elementos relacionados con el sistema de evaluación. Así pues, estas modificaciones no pueden ser entendidas como accesorias o de poca importancia, por el contrario, se relacionan con elementos esenciales o sustantivos de la contratación de mérito, al afectar directamente el objeto como tal a contratar, sino también, la forma de evaluar ofertas.

Ahora bien, al estar en presencia de modificaciones sustanciales al cartel, resulta oportuno analizar el plazo otorgado por la Administración entre la publicación de las mismas y el plazo para recibir ofertas. En ese sentido se tiene que la versión actual del pliego de condiciones, según se desprende del Sistema Integrado de Compras Públicas fue publicada el veinticinco de enero de dos mil veintidós, definiéndose a su vez la fecha para abrir las ofertas, para el día treinta y uno de enero de dos mil veintidós, es decir, se otorgaron cuatro días hábiles, entre la publicación de las modificaciones y la fecha para abrir ofertas. Sobre este tema, este órgano contralor en la resolución R-DCA-0304-2019 del veintiocho de marzo de dos mil diecinueve, indicó: *“(...) No obstante lo anteriormente dicho por la Administración, lo cierto es que dada la magnitud e importancia de los temas modificados en el cartel, estas modificaciones considera este órgano deben ser consideradas como esenciales, en tanto entre otras cosas, se variaron requisitos de admisibilidad –como el plazo de constitución de las empresas, la cantidad de contratos y monto total sumado de estos definido como admisibilidad-, requisitos del personal técnico y profesional, elementos del sistema de evaluación y multas. Así las cosas, es claro que si bien directamente no se está modificando el objeto contractual, lo cierto es que indirectamente, al tratarse de un contrato de servicios, y al modificarse requisitos de admisibilidad relacionados con la experiencia mínima –entre otras cláusulas- tiene una relevancia tal que el plazo que se otorgue debe ser razonable, en tanto dependiendo de la definición que haga la Administración de la cantidad de contratos, el monto correspondiente y demás, una empresa podrá participar o no, lo que implica por lo tanto un plazo acorde con la importancia de estas modificaciones, que corresponde al menos al mínimo previsto para la licitación pública que es de quince días hábiles. Al respecto de este tema, este órgano contralor en la resolución R-DCA-0991-2017 de las doce horas veintinueve minutos del veinte de noviembre de dos mil diecisiete indicó lo siguiente: “(...) De esta manera, consta que la Administración realizó modificaciones al pliego cartelario denominada “Modificación No. 2” De lo anterior se tiene que el plazo que media entre la publicación de las modificaciones (01 de noviembre de 2017) y la fecha de apertura de ofertas (07 de noviembre de 2017) es de cuatro días hábiles, siendo el tercio de ese plazo un día hábil que sería con el que en principio contaría el interesado para impugnar dicha modificación. Ahora bien, observa esta División que las modificaciones al pliego cartelario fueron realizadas respecto a la cláusula 21 del cartel denominada “Aspectos Ponderables”, específicamente relacionadas con el sistema de evaluación/ por lo que conviene entonces traer a colación lo resuelto por esta Contraloría General con relación a las modificaciones cartelarias: “ “En cuanto a las segundas, es decir las modificaciones esenciales, se definen como aquellas que cambian o modifican*

sustancialmente el objeto contractual o constituyen una variación fundamental en su versión original. Así, de operarse una de esas modificaciones con posterioridad a la invitación al concurso, el artículo 60 del reglamento ordena ampliar el plazo para la recepción de ofertas un máximo del 50% del plazo mínimo otorgado para el tipo de contratación de que se trate. Al respecto, este despacho es del criterio que esa regulación deberá interpretarse a la luz del inciso f), del artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa, N° 7494, el cual establece que: (...) De la regulación transcrita, debe repararse en el hecho de que si bien el legislador ordenó desarrollar lo relacionado al procedimiento de licitación pública en el reglamento correspondiente, también consideró importante dejar constando, a nivel legal, criterios mínimos bajo los cuales cualquier procedimiento de compra ordinario debería implementarse. Ello es fundamental, sobre todo si el plazo mínimo establecido por la ley N° 7494 para recibir ofertas en los procedimientos de licitación pública, es de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación del aviso a participar y hasta el día de la apertura de las ofertas, inclusive. Esto, definitivamente, es un parámetro legal dentro del cual debe interpretarse y aplicarse el párrafo segundo del artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y, por lo tanto, debe entenderse en los siguientes términos: (...) Lo anterior debe ser así, no sólo en el ejercicio de una buena técnica jurídica, (por cuanto una norma reglamentaria no puede contrariar una legal); sino porque prorrogar el plazo para recibir ofertas un 50% del plazo mínimo que corresponda al tipo de contratación particular ante modificaciones esenciales, evidentemente atenta contra los derechos e intereses de los oferentes, en el tanto se infringen principios constitucionales aplicables a los procedimientos de contratación administrativa, a saber: principio de libre concurrencia, eficiencia, eficacia, razonabilidad y proporcionalidad. / Pero, este perjuicio no sólo se reporta contra los particulares, sino contra la administración, pues esa disminución del plazo para la recepción de ofertas ante modificaciones esenciales, en última consecuencia lesiona su derecho (y correlativamente su deber) de allegarse mejores bienes y servicios. Lo contrario, sería impactar negativamente el interés general inherente a todos los procedimientos de compra pública. / De igual forma, en la resolución R-DCA-669-2016 de las ocho horas ocho minutos del diez de agosto de dos mil dieciséis, en donde además se desarrolló el tema del plazo mínimo para recibir ofertas precisamente de frente a modificaciones realizadas al cartel y la fórmula consecuente para calcular el plazo para impugnar tales variaciones, sobre lo cual se indicó: “Finalmente, el artículo 60 del RLCA referido a modificaciones dispone en lo que interesa que: “Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados, como máximo, en el cincuenta

por ciento del plazo mínimos que correspondan de acuerdo con la ley para este tipo de contratación.” En cuanto a este último plazo conviene tomar en consideración lo expuesto por esta Contraloría General en el oficio No. 04951 (DAGJ-0668-2008) del 02 de junio de 2008 a fin de determinar cómo ha de ser entendido el artículo 60 del RLCA referido a las modificaciones al cartel, del cual destaca lo siguiente: (...) A partir de dicho criterio emitido por este órgano contralor sobre el plazo mínimo que debe mediar entre la publicación de modificaciones sustanciales y la nueva fecha para recibir ofertas; a fin de garantizar el acceso real al concurso, la concurrencia y libre participación esperada en una licitación pública y a partir de una posición a favor de la acción recursiva – principio pro actione- se asimila el plazo inferior otorgado por la Administración entre la publicación de las modificaciones sustanciales y la nueva fecha fijada para la apertura de ofertas, al mínimo que en principio debía respetarse según la normativa especial que rige la materia, a saber, 15 días hábiles. Así, a partir de dicho plazo es que se contabiliza el primer tercio del plazo para la recepción, y por ende, el plazo para presentar recurso de objeción en contra de las modificaciones, el cual es de 05 días hábiles.” (al respecto también puede verse la resolución No. R-DCA-0395-2017 las diez horas treinta y cinco minutos del doce de junio del dos mil diecisiete). De esa forma, para definir si el recurso se encuentra en tiempo y por ende la competencia para conocerlo, se hace necesario analizar si la modificación dispuesta por la Administración debe considerarse o no sustancial pues, conforme lo expuesto, de ello dependerá que exista obligación para la Administración de prorrogar en al menos quince días la fecha de apertura de las ofertas, lo que amplía el plazo para su impugnación. De la versión original del cartel se observa que el sistema de evaluación (cláusula 21) dispuso asignar puntaje a la experiencia/ De la lectura de ambas cláusulas (original y modificada) se tiene que la Administración pasó de calificar un tipo de experiencia, que contemplaba un ámbito de reconocimiento más amplio al resultar admisible la experiencia brindada tanto en el sector privado como el público, sin embargo, de la redacción de la modificación se observa que la misma pondera la experiencia obtenida únicamente en el sector público, por lo que se modifica un elemento especial que implica en los oferentes realizar ajustes y valorar cómo impacta su estrategia de participación frente a sus atestados. Ciertamente, el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa no contiene una definición de qué se entiende por modificación sustancial sino que el reglamentista cuando indicó: “Por modificaciones no esenciales, se entienden aquellas que no cambien el objeto, del negocio ni constituyan una variación fundamental en la concepción original de éste y deberán comunicarse por los mismos medios en que se cursó la invitación, con al menos tres días hábiles de anticipación al vencimiento

del plazo para recibir ofertas. Cuando mediante publicación o comunicación posterior se introduzca una alteración importante en la concepción original del objeto, los plazos para recibir ofertas serán ampliados, ...”, lo que hizo fue brindar parámetros orientadores para los operadores jurídicos, haciendo hincapié en el concepto de una alteración importante en la concepción original del objeto. Es por ello que, se podría cuestionar que la modificación en este caso no alcanza el objeto de la contratación, sin embargo, estima este órgano contralor que el factor cuestionado del sistema de evaluación en este caso, se refiere a la ponderación de la experiencia como un elemento de valoración del oferente que no puede dejarse aislado del objeto contractual, en tanto se trata de una contratación de servicios. De esa forma, la referencia al objeto contractual es un aspecto que la Administración debe examinar en cada caso en una forma integral en el clausulado del cartel, por lo que los factores de evaluación también podrían encontrarse dentro de esa lectura del objeto contractual. En el caso concreto, la citada modificación relacionada con la experiencia, implica que los potenciales oferentes pudiesen tener que hacer un giro o cambio radical en cuanto a su estrategia para concursar ya que según la disposición cartelaria original los oferentes verían recompensada su experiencia en el servicio de laboratorio obtenida tanto en el sector público como en el privado, no obstante, la modificación planteada requiere que la experiencia de los concursantes básicamente devenga del contratos con el sector público. Ante ese ajuste los potenciales oferentes que cuenten con una experiencia mayoritariamente del sector privado se verían obligados a replantear su estrategia de participación o impugnando este aspecto desde la óptica de la trascendencia, proporcionalidad y aplicabilidad; que es justamente lo que ocurre cuando se cuestiona la fundamentación de la exclusión que originalmente no tenía el cartel, por lo que este órgano contralor la valora como modificación sustancial. Esta modificación es de tal relevancia, que requiere de un plazo razonable para que los oferentes pueda reconstruir sus ofertas y poder participar; con lo cual el plazo otorgado resulta fundamental para garantizar los principios constitucionales de libre concurrencia y eficiencia. En consecuencia debió la Administración al publicar la modificación cartelaria No.2 realizar una prórroga de la apertura de las ofertas en al menos quince días hábiles conforme se expuso a lo largo de este punto de la resolución. Conforme lo expuesto, debe considerarse que en el caso concreto, la modificación debió generar la prórroga del plazo de apertura de las ofertas en la menos quince días hábiles (...) Así pues, dada la trascendencia e importancia de las modificaciones realizadas, la Administración debió otorgar un plazo para recibir ofertas de al menos quince días hábiles, entre la publicación de las modificaciones realizadas y el día para abrir ofertas. Lo anterior, en tanto las variaciones deben analizarse de frente a la concepción del objeto, por lo que los requisitos de

*admisibilidad y de evaluación asociados a experiencia por ejemplo como en este caso, representa un factor determinante en la estructuración que cada oferente debe realizar, tal y como se observa como en este caso en donde la Administración ha considerado variar el cumplimiento de la experiencia mínima como admisibilidad, por medio de cuatro contratos y no dos como originalmente se solicitó y además, con una variación en el monto mínimo, lo que claramente no constituye una modificación cosmética sino relevante para una debida formulación de la oferta, de ahí su esencialidad. Es por ello que la Administración, a partir de los cambios realizados y que deberá realizar, deberá otorgar un plazo mínimo de quince días hábiles entre la publicidad de la modificación y el plazo de apertura de ofertas (...)*". Así pues, de todo lo anteriormente dicho, puede concluirse de manera meridiana, que de frente a una interpretación armónica de los artículos 42 inciso f) de la Ley de Contratación Administrativa 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al existir modificaciones esenciales o sustanciales, lo pertinente era que entre la fecha de la publicación de las mismas y la apertura de ofertas mediara un plazo de al menos quince días hábiles. Ahora bien, en el oficio AME-081-2022 del dos de febrero de dos mil veintidós, mediante el cual la Administración responde la audiencia especial conferida al efecto, la Municipalidad de Esparza textualmente manifestó que: *"(...) la Administración realizó el acto de apertura de este concurso que estaba previsto para las 09:00 horas del día 31 de enero de 2022 (...)"*. Sobre el particular, resulta de relevancia lo expuesto por esta Contraloría General en resolución No. R-DCA-0991-2017 de las 12:29 horas del 20 de noviembre de 2017: *"(...) estima esta División que la modificación realizada por la Administración respecto del sistema de evaluación debe considerarse como sustancial por los motivos ahí desarrollados, lo que implica que la Administración estaba en la obligación de prorrogar el fecha de apertura de las ofertas en al menos quince días hábiles adicionales según se explicó en el citado punto, prórroga que la Administración omitió y en su lugar mantuvo la fecha de apertura inicialmente programada, existiendo un plazo entre la publicación de la modificación y la apertura de las ofertas de apenas cuatro días hábiles, lo que a todas luces resulta ser un vicio grave del procedimiento, pues se ha omitido en once días hábiles el plazo para recibir ofertas. Al respecto, ha indicado esta Contraloría General que: "(...) no brindar el plazo mínimo dispuesto en la Ley de Contratación Administrativa para recibir ofertas, no constituye en sí una mera formalidad sino que reviste de una garantía sustantiva para el interés público, en tanto permite a todos los interesados, la confección reposada de su oferta para efectos del tipo de procedimiento que se ha seleccionado. En ese sentido, debe considerarse que la decisión del legislador de otorgar un plazo de 15 días, no hace sino desarrollar los principios de libre competencia, publicidad, transparencia de los*

procedimientos, seguridad jurídica y formalismo de los procedimientos licitatorios que se encuentran contenidos en la Constitución Política (véase en ese sentido la sentencia No. 998-98 de las once horas treinta minutos del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho, Considerando VI). De esa forma, la definición de un plazo de 15 días no es sino el reflejo de la forma en cómo el legislador ordinario determinó una garantía mínima para quienes están interesados en contratar con el Estado (en el sentido del ámbito que contempla el artículo 1 de la Ley de Contratación Administrativa), bajo el reconocimiento que en el caso del procedimiento licitatorio obligatorio para las contrataciones de mayor cuantía, también se observará por las administraciones un plazo mínimo. Ese plazo garantizaría necesariamente un mínimo que permita a los oferentes preparar sus ofertas, pero también una garantía para el interés público de que se contará con la mayor cantidad de opciones posibles para la selección sobre una relación de mejor calidad-precio. Es así entonces, como lo que pareciera simples formalidades tienen un carácter extraordinariamente sustantivo, pues como bien lo ha señalado la Sala Constitucional, resultan precisamente controles endógenos y de autofiscalización de la acción administrativa; de manera que no se constituyan en obstáculos a la libre concurrencia. De ahí que el legislador no dejó esta configuración a la casuística sino que perfiló un mínimo común, de modo que la Administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción; perfilando elementos garantistas de transparencia y seguridad jurídica que resultan de carácter indispensable en la contratación administrativa. En ese sentido, como bien afirma GIMENO FELIÚ: **“La transparencia en la contratación pública, como principio instrumental, exige una implementación compatible con su finalidad, optando por sistemas ágiles, accesibles y de alcance universal, que hagan posible que cualquier licitador pueda obtener información sobre una licitación y comprender las reglas de esta, sin que existan incertidumbres –o costes o cargas innecesarias- que favorezcan que se desista a presentar ofertas por entender que el procedimiento puede estar ya orientado hacia determinados licitadores”** (el subrayado no es del original)” (resolución No. R-DCA-0655-2017 de las doce horas cincuenta y ocho minutos del dieciocho de agosto del dos mil diecisiete). De lo anterior se extrae que resulta fundamental el haber respetado el plazo para la apertura de las ofertas con el fin de respetar el debido proceso definido normativamente y velar por el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, publicidad, transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica y formalismo de los procedimientos licitatorios, así como en cumplimiento de uno de los elementos esenciales del acto administrativo como lo es la forma (elemento formal). En el caso concreto se tiene que se ha irrespetado el plazo para la recepción de ofertas que por los motivos expuestos

debió ser prorrogado en al menos quince días hábiles, lo que vicia de nulidad absoluta todos los actos posteriores a la publicación de la modificación cartelaria, pues es precisamente ese acto el que omitió el plazo legal para la apertura de las ofertas. Así las cosas, se tiene que resulta indispensable para el procedimiento de contratación administrativa que se respeten sus formalidades entre la cuales se encuentra el otorgamiento del plazo mínimo para la recepción de ofertas, mismo que no fue cumplido, viciando de nulidad absoluta el procedimiento licitatorio y poniendo en riesgo la validez del acto final que se llegare a dictar de no corregirse la violación al citado elemento esencial del acto administrativo. Así las cosas al tenor del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se **declara la nulidad absoluta del procedimiento promovido, (...) para que realice una nueva publicación de la misma respetando el plazo mínimo para la apertura de las oferta conforme se ha expuesto.(...) POR TANTO (...) SE RESUELVE (...) DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA MODIFICACIÓN CARTELARIA, por consiguiente, se ordena retrotraer los efectos del procedimiento promovido por esa Administración al momento de la publicación de la modificación (...) para que realice una nueva publicación de la misma respetando el plazo mínimo para la apertura de las oferta conforme se ha expuesto” (resaltado es propio y del original) (...)**”. Así las cosas, considera este órgano contralor que en la actualidad se está en presencia de un vicio grave en el procedimiento de contratación administrativa bajo análisis, en tanto la Administración no otorgó el plazo mínimo requerido entre la publicación de las modificaciones esenciales y la apertura de ofertas, transgrediendo los principios de publicidad y transparencia, e impidiendo no sólo la posibilidad de los interesados de presentar una oferta adecuada, contando para ello con el tiempo oportuno; sino también otorgando un plazo escaso para impugnar dichas modificaciones. Así las cosas, y a partir de todo lo expuesto anteriormente, se impone de conformidad con el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República declarar la nulidad de las actuaciones realizadas con posterioridad a la modificación efectuada y retrotraer el procedimiento a fin de alcanzar la modificación del cartel por parte de la Administración, por las razones expuestas en la presente resolución y en la resolución No. R-DCA-00073-2022 antes citada y ajustar el plazo para la apertura de ofertas a los plazos mínimos obligatorios. Para las actuaciones que se tomen a partir de la presente resolución, deberá tener presente la Administración lo que se explicará a continuación en la presente resolución. Adicionalmente, vale insistir en que al haber procedido con la apertura de ofertas sin haberse consolidado el cartel pone en riesgo no sólo la validez del acto final que se emitirá, sino que es cuestionable la base sobre la cual se realizaron las ofertas y el plano de igualdad bajo el que deben ser analizadas.-----

**II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. 1) Sobre el subsidio que financia los servicios.** La objetante procede a citar un apartado de la resolución R-DCA-00073-2022 e indica que a pesar de lo indicado en dicha resolución se procedió a realizar unas modificaciones en los apartados 2.4, 2.5 y 2.6. Considera que la Administración procedió a realizar cambios sobre las solicitudes adicionales sin que conste en el expediente la consulta que fue ordenada realizar al IMAS, razón por la cual estima que dichas modificaciones se realizan sin el criterio técnico de la entidad competente para establecer los componentes que incluye el pago del subsidio pagado por ellos para atender las necesidades del CECUDI. Estima que no solo se omitió acatar la prevención ordenada en la resolución antes indicada, sino que se modificó la necesidad de la Administración sin contar con el pronunciamiento técnico de la entidad responsable de otorgarle contenido a la contratación. Estima entonces que los requisitos modificados no resultan válidos, siendo que se han realizado incumpliendo lo ordenado por la Contraloría en que existía la obligación de realizar la consulta pertinente, previo a ajustar los términos del cartel, además de que considera que en el expediente electrónico de SICOP, así como en la modificación publicada el 25 de enero, no consta la consulta realizada al IMAS, tal y como fue requerido. Estima que se ha violentado el deber de acatar las órdenes de modificación realizadas por la Contraloría y las respectivas sanciones por incumplimiento de no atender dichas prevenciones, por lo que considera que deben hacerse las consultas que fueron ordenadas al IMAS, a efectos de que cumpla con lo prevenido por el órgano contralor y se cuente con la información suficiente para establecer la viabilidad de las solicitudes adicionales que pretende la Administración. La Administración indica que obediente a lo resuelto por la Contraloría General en la resolución R-DCA-00073-2022, mediante el oficio AME-GDHL-005-2022, suscrito por el Sr. Cristian Carvajal Chaves, Gestor Desarrollo Humano Local de la Municipalidad de Esparza, solicitó a la Licda. Brenda Hudson Easy, Profesional del Área de Bienestar Familiar del Instituto de Ayuda Social, IMAS, que le suministrará el detalle de los servicios que contempla el subsidio (131.000 colones) para las familias en condición de pobreza extrema y pobreza, cuyos niños y niñas requieren ser atendidos en los CECUDI IMAS. La Sra. Hudson Easy, mediante correo electrónico de las 10:38 horas del día lunes 24 enero de 2022, suministro a la Municipalidad de Esparza el documento denominado “Modelo para la estimación de monto de subsidio para el beneficio Cuido y Desarrollo Infantil”, el cual fue utilizado, conforme a lo instruido por el Ente Contralor, como fuente para modificar el cartel de la Licitación Pública No. 2022LN-000001-00047000001, modificándose la cláusula 4.2. Indica con respecto a la modificación aplicada a esta condición cartelaria que es Importante destacar los siguientes elementos: que se amplió los términos de esa cláusula en relación con lo

que había propuesto en el oficio AME-038-2022, mediante el cual la Administración atendió el primer recurso presentado en el que indicó: “2.4 Servicio de Atención Médica: El contratista deberá coordinar con la entidad estatal respectiva la obtención de este servicio con el fin de validar el derecho de acceso a la atención en salud de cada niño y niña, vacunación, emergencias, valoración, entre otras”; que esa condición cartelaria, tal y como está redactada no representa, a su juicio, un costo adicional para el adjudicatario del concurso, y que considera que atendió y actuó conforme lo señalado en la resolución R-DCA-00073-2022. En relación al apartado 2.5 indica que la modificación realizada se mantiene de acuerdo con la interpretación efectuada por la Administración a la información suministrada por el IMAS según el modelo de costos. Finalmente, en relación al punto 2.6 de servicio de trabajo social, el mismo fue eliminado, a la luz de lo señalado en el Modelo para la estimación del monto de subsidio. **Criterio de la División:** Para iniciar con el análisis de los argumentos expuestos por la recurrente, resulta necesario indicar que de la revisión que hiciera este órgano contralor del expediente administrativo del concurso de mérito, se observa que en el apartado “[8. Información relacionada]” consta el oficio AME-GDHL-005-2022 del veinticuatro de enero de dos mil veintidós en el que la Administración le requirió al Instituto Mixto de Ayuda Social los servicios que contempla el subsidio de mérito. Así las cosas, en cuanto a lo indicado en la resolución R-DCA-00073-2022 citada por las partes, se tiene que la Administración efectivamente ha consultado al IMAS. No obstante, y también de la revisión realizada por este órgano contralor, se observa que la respuesta brindada por el Instituto Mixto de Ayuda Social, más que referirse a los servicios que incluyen el subsidio en cuestión, la respuesta se refiere, según indica textualmente el documento, al “detalle de las estimaciones realizadas para definir el monto de esos subsidios”. Así las cosas, si bien la Municipalidad de Esparza procedió a realizar consulta al IMAS, tal y como se le ordenó, lo cierto es que de la respuesta aportada no observa esta Contraloría General de la República que se aporten elementos que expliquen cuáles servicios se encuentran incluidos o no dentro del subsidio en cuestión; lo cual era el objetivo de la consulta a realizar. En esta misma línea de pensamiento, resulta necesario explicar que este órgano contralor, al requerir a la Administración que realizara la consulta en cuestión, pretendía que la Administración tuviera mayor claridad de los servicios en cuestión, no sólo para dotar de mayor claridad al pliego de condiciones y de los servicios a requerir, así como de los fondos que sustentan los mismos; sino también para que los propios oferentes tuvieran también certeza al respecto de los servicios que debían planificar en su oferta. Así pues, una respuesta que no atienda estos requerimientos no resulta válida para los fines antes explicados. Siguiendo este orden de ideas, tampoco se observa en el expediente

administrativo un análisis de parte de la Administración que justifique las modificaciones en cuestión de frente a la respuesta el IMAS, máxime que dicho documento además de tratarse de un modelo de estimación del subsidio -y no de una explicación de los servicios que incluye dicho subsidio- data de junio de 2016, según el mismo documento indica. Asimismo, tampoco se observa que la Administración haya realizado la explicación requerida en la resolución “(...) *en caso de requerir servicios adicionales a aquellos que se encuentren cubiertos por el suscrito, deberá determinar claramente los mismos, los recursos con los que se cuenta y la forma de pago correspondiente (...)*”. Así pues, se declara **parcialmente con lugar** este punto del recurso, debiendo la Administración realizar la consulta correspondiente, en la cual se le explique cuáles son los servicios que incluye el subsidio en cuestión, y posteriormente proceder a modificar el pliego de condiciones de forma tal que se indique claramente si los servicios requeridos se encuentran cubiertos o no por el subsidio en cuestión; y de requerir servicios adicionales no cubiertos por el subsidio del IMAS, determinar los mismos claramente y los recursos presupuestarios con los que se cuenta para afrontar los costos asociados. **2) Sobre la ambigüedad en el requisito de experiencia.** La objetante procede a citar nuevamente la resolución R-DCA-00073-2022 antes mencionada y que pese a lo anterior, la Administración procedió a modificar la cláusula, pasando de permitir sólo experiencia de proyectos en ejecución a permitir experiencia de proyectos que se haya tenido a cargo la persona antes de la apertura de las ofertas de la presente contratación, es decir, estima que ahora solo permite experiencia en proyectos concluidos. Considera que la Contraloría fue clara en ordenar que se debía permitir tanto proyectos en curso de ejecución, como aquellos que hayan sido concluidos, sin que se justifique la exclusión de experiencia con motivo a si el proyecto está en ejecución o no. Por ende estima que siendo que la Contraloría fue clara en que se debe permitir experiencia debidamente concluida y experiencia en proyectos de ejecución, deberá la Administración modificar el requisito para que esté acorde con lo ordenado por esta División. Considera que se está quebrantando los artículos 51 y 96, LCA, además de 180 RLCA y que debe permitirse la acreditación de experiencia tanto de los proyectos que aún se están ejecutando como en proyectos que hayan sido concluidos, todo en función de que ambos tipos de experiencia permiten acreditar la experiencia idónea y pertinente con el objeto del concurso. La Administración indica que desde que atendió la anterior audiencia, fue clara en su intención de modificar la cláusula cartelaria, con lo cual considera que no ha cambiado su postura ni modificó el punto de una manera distinta a como lo había propuesto desde la atención a la anterior audiencia. **Criterio de la División:** En la anterior ronda de objeción, la recurrente explicó que consideraba como inválido que se tome en

consideración solamente experiencia en ejecución, siendo que estimaba que la experiencia debidamente concluida podía ser también considerada como admisible, solicitando que se tomara en consideración la que estuviera en ejecución o no al momento de la apertura. Sobre este tema, al contestar la audiencia especial conferida al efecto, en el oficio AME-038-2022 del diecisiete de enero de dos mil veintidós la Administración indicó que “(...) *efectivamente existe un error en el cartel al valorar solamente experiencia en los CECUDIS en ejecución cuando lo correcto es que sea de proyectos ya ejecutados (...)*”. De acuerdo a lo anterior se desprende que la Administración licitante fue clara en señalar que su deseo no era evaluar *solamente* experiencia en ejecución. Justamente al respecto de la respuesta dada por la Administración, este órgano contralor procedió resolver lo siguiente sobre el punto: “(...) **Criterio de la División:** *Para el presente apartado se observa que la Administración ha decidido allanarse a lo indicado por la recurrente en tanto procederá a modificar el pliego de condiciones de forma tal que se tome como válida la experiencia debidamente concluida y no solamente en ejecución. Por ende, se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración la decisión de modificar el cartel, como mejor conocedora de sus necesidades y del objeto contractual, con lo cual se declara con lugar este punto del recurso, debiendo la Municipalidad realizar los ajustes respectivos al pliego de condiciones y darles la publicidad respectiva (...)*” (lo subrayado no es del original). De frente a lo anterior, es también claro que de acuerdo al criterio vertido por la Administración, la Administración no debía considerar *solamente* experiencia en ejecución, sino también experiencia debidamente acreditada. En el presente estadio procesal, la recurrente estima que se ha desobedecido el criterio de este órgano contralor, mientras que la Administración indica que no ha modificado en forma alguna la redacción del cartel que propuso en su anterior respuesta. En primer lugar, debe tener presente la Administración, que el hecho que aporte una posible redacción del pliego de condiciones, no implica que esta versión deba ser entendida como la definitiva o que cuenta con algún tipo de aprobación por parte de este órgano contralor; siendo que por el contrario, es en un momento posterior a lo resuelto por esta Contraloría General que la Administración debe modificar y publicar el pliego de condiciones en una versión definitiva. Por el contrario, lo que sea aportado en su respuesta a una audiencia especial como “nueva versión del cartel”, debe ser entendido justamente como una versión preliminar, que no adquiere la condición final, hasta que se cumpla con los requisitos normativos no sólo de forma, sino también de publicidad y transparencia. Considerar que una versión preliminar que se envía en conjunto con la respuesta a la audiencia especial, no puede ser modificada, implicaría por ejemplo que esta versión no podría ser posteriormente impugnada, una vez debidamente publicada, lo que a todas luces no

puede ser considerado como válido. En segundo lugar, y continuando con lo anteriormente expuesto, este órgano resolvió lo correspondiente, en el sentido de que la Administración había señalado que no correspondía considerar *solamente* experiencia en ejecución, sino también debidamente ejecutada. Ahora bien, como respuesta al recurso de objeción actual, la Administración se limita a indicar que desde la anterior ocasión había expuesto la forma en que iba a modificar el cartel, pero sin justificar por qué lo más conveniente para el interés público es aceptar experiencia *solamente* ejecutada y no así en ejecución. Por el contrario, considera este órgano contralor que el aceptar experiencia tanto en ejecución, como debidamente ejecutada -en el sentido de lo resuelto en la resolución- implica una mayor posibilidad de participación para eventuales oferentes, ampliando con esto las opciones disponibles para la Administración licitante, en beneficio de la selección de la mejor oferta posible y por ende del interés público. Así las cosas, se declara **con lugar** este punto del recurso, debiendo la Administración aceptar no *solamente* la experiencia debidamente concluida, sino también experiencia en ejecución, modificando el cartel en lo pertinente y dándole la publicidad respectiva a dichas modificaciones.

**3) Sobre los criterios de evaluación.** La objeitante indica que la Administración incluyó una tabla relacionada con la experiencia del operador del CECUDI y que en el primer factor de evaluación se indica que se evaluarán cierta cantidad de proyectos “adicionales a los establecidos en los requisitos de admisibilidad”, lo que estima genera que los proyectos deban ser solo de proyectos concluidos, según la interpretación sistemática que se puede hacer de la cláusula en relación con el resto del cartel. Estima que la Contraloría fue clara al ordenar que se debía permitir tanto proyectos en curso de ejecución, como aquellos que hayan sido concluidos, sin que se justifique la exclusión de experiencia con motivo a si el proyecto está en ejecución o no. Considera que siendo que se expresó que se debería permitir experiencia debidamente concluida y experiencia en proyectos en ejecución, la Administración debe modificar también el requisito de evaluación para que esté acorde con lo ordenado. La Administración indica que de acuerdo con justificación vertida en el numeral anterior, al modificarse la condición cartelería relacionada con la experiencia para aceptar únicamente la adquirida, en forma positiva, antes del proceso de apertura, la asignación de los puntos debía ser consecuente con lo solicitado en el cartel. **Criterio de la División:** Considera esta Contraloría General de la República que el punto bajo análisis tiene una estrecha relación con el apartado anteriormente resuelto. Al respecto, se observa que la recurrente considera oportuno que dentro del sistema de evaluación se otorgue puntaje por proyectos en ejecución y no solamente sobre proyectos debidamente concluidos, siendo que el criterio de evaluación, remite al requisito de admisibilidad, puntuando a partir de la experiencia

adicional. Por su parte, la Administración indica que se modificó para que el cartel fuera coincidente. Ahora y si bien entiende este órgano contralor que la Administración decidiera darle uniformidad a su criterio, lo cierto es que de frente a lo resuelto anteriormente, la Administración deberá ajustar el sistema de evaluación, de manera tal que se puntúe la experiencia no solamente en proyectos debidamente concluidos, sino también en ejecución, para lo cual deberán definirse reglas claras y precisas dentro de dicho sistema. De acuerdo a lo anterior, se **declara con lugar** el punto, debiendo la Administración realizar los ajustes respectivos del sistema de evaluación dentro del pliego de condiciones, darles la publicidad respectiva a dichos ajustes.-----

### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR el RECURSO DE OBJECCIÓN** interpuestos por **IVANNIA VERÓNICA CASTILLO QUIRÓS**, en contra de las modificaciones al cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2022LN-000001-0004700001** promovida por la **MUNICIPALIDAD DE ESPARZA** la “Contratación de servicios bajo la modalidad según demanda para la operabilidad del Centro de Cuido y Desarrollo Infantil (CECUDI) de Esparza”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3) DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA** de las actuaciones realizadas posteriormente a la publicación de las modificaciones impugnadas y por consiguiente, se ordena retrotraer los efectos del procedimiento promovido por esa Administración al momento de la publicación de la modificación cartelaria. **4) Se da por agotada la vía administrativa.**-----  
**NOTIFÍQUESE.**-----

Alfredo Aguilar Arguedas  
**Gerente Asociado**

Marco A. Loáiciga Vargas  
**Fiscalizador**

MALV/mjav  
NI: 2135-2999  
NN: 2049 (DCA-0493-2022)  
G: 2022000878-2  
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2022001437

