

## R-DCA-134-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División Jurídica. San José, a las diez horas del diecisiete de noviembre del dos mil diez. -----

**Recurso de apelación** interpuesto por la empresa **KAVIAL S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999**, promovida por el **Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)**, para la contratación de servicios de publicidad en vallas, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **ARQUEN BRANDIG S.A.** por un monto de **¢43.199.661,33**. -----

### RESULTANDO

**I.** Que la empresa **KAVIAL S.A.** interpuso formal recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999 el 22 de setiembre del 2010.---

**II.** Que mediante el auto de las once horas con diecisiete minutos del veinticuatro de setiembre del dos mil diez, este Despacho procedió a solicitar al IAFA, la presentación del expediente administrativo de la Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999 (ver folio 024 del expediente de apelación). El IAFA presenta el expediente administrativo solicitado, por medio del oficio AA-AB-286-09-10 del 24 de setiembre del 2010, recibido en este Despacho el 27 de setiembre siguiente (ver folio 028 del expediente de apelación). -----

**III.** Que a través del auto de las quince horas con treinta minutos del cinco de octubre de dos mil diez, se confirió audiencia inicial a la Administración y a la empresa adjudicataria (ver folio 029 del expediente de apelación). La Administración contestó la audiencia inicial por medio del oficio AA-AB-314-10 del 13 de octubre del 2010, recibido en esa misma fecha (ver folios que van del 044 al 054), mientras que la empresa adjudicataria no contestó la audiencia conferida. -----

**IV.** Que mediante el auto de las quince horas con treinta minutos del quince de octubre del dos mil diez, se confirió audiencia final de conclusiones a las partes por espacio de tres días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de dicho auto (ver folio 055 del expediente de apelación). La cual fue contestada por parte de la empresa apelante y la Administración (ver folios 64 al 80). -----

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

### CONSIDERANDO

**I. Hechos probados:** **1)** Que el IAFA promovió la Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999, para la contratación de servicios de publicidad en vallas (ver folios del 17 al 19 del expediente administrativo). **2)** Que el cartel de la licitación en comentario estableció el siguiente requisito: **2.1)** “(...) *IV. Condiciones Generales / (...) 5. No se permite la cotización parcial de las*

*líneas (...)*”(ver folio 13 del expediente administrativo). **2.2)** 6. *Plazo de adjudicación: diez días hábiles. La metodología de evaluación consiste en adjudicar a la oferta o pro forma con mayor porcentaje total para la línea; siempre que cumpla con las especificaciones solicitadas y los requisitos de admisibilidad del oferente. El oferente tiene que cotizar por la línea indicando precio unitario y el monto total de lo ofertado. El IAFA se reserva la potestad de adjudicar parcialmente de conformidad con el artículo 52 inciso n) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (...)*” (ver folio 13 del expediente administrativo). **3)** Que dentro de su oferta la empresa apelante, en cuanto al precio, estipuló que: “(...) *Total de la oferta en letras sin impuestos incluidos: Veintiún millones doscientos treinta y nueve mil setecientos cincuenta colones con 00/100 / (...) ¢21.239.750,00 (...)*” (ver folio 061 del expediente administrativo). **4)** Que la empresa adjudicataria en su oferta indicó que: **4.1)** “(...) *1.2. Descripción del servicio / NOTA IMPORTANTE: La colocación de la pauta en los espacios ofertados están sujetos a su disponibilidad en el momento inmediato en el que se adjudique en firme el cartel y se dé la orden de producción. De no encontrarse disponible alguna de las ubicaciones, se brindará una alternativa similar en costo y ubicación, de ser posible. (...)*” (ver folio 90 del expediente administrativo). **4.2)** Que en su oferta la empresa adjudicataria consignó los siguientes detalles de cada uno de los sitios de la Línea 1: 1. San Pedro de Montes de Oca (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 2) San Pedro de Montes de Oca: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 3) Autopista General Cañas: (...) Medidas 12.60x05.40 (...) Total General ¢1.475.458,00. 4) Autopista General Cañas: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 5) Entrada Puriscal: (...) Medidas 9x3 (...) Total General ¢697.475,00. 6) Centro Puriscal: (...) Medidas 9x3.6 (...) Total General ¢1.475.458,00. 7) Entrada Pérez Zeledón: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 8) Centro de Pérez Zeledón: (...) Medidas 09.00x06.00 (...) Total General ¢1.475.458,00. 9) Entrada Alajuela: (...) 18.00x06.00 (...) Total General ¢1.475.458,00. 10) Centro Alajuela: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 11) Entrada a San Ramón (...) Total General ¢1.475.458,00. 12) Centro San Ramón: (...) 09.00x02.70 (...) Total General ¢1.167.080,00. 13) Entrada a San Carlos: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 14) Centro de San Carlos: (...) Medidas 09.00x06.00 (...) Total General ¢1.475.458,00. 15) Centro de Cartago: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 16) Centro de Cartago: (...) Medidas 09.00x02.70 (...) Total General ¢1.475.458,00. 17) Entrada a Heredia: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 18) Entrada a Heredia: (...) Medidas 18.00x06.00 (...) Total General ¢1.475.458,00.

19) Entrada Guanacaste (Liberia): (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 20) Entrada Guanacaste (Liberia): (...) Medidas 09.00x06.00 (...) Total General ¢1.475.458,00. 21) Entrada Puntarenas: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 22) Centro Puntarenas: (...) Medidas 07.20x03.60 (...) Total General ¢1.475.458,00. 23) Entrada Limón: (...) Medidas 14.40x04.50 (...) Total General ¢1.475.458,00. 24) Centro Limón: (...) Medidas 09.00x02.70 (...) Total General ¢1.475.458,00. Para un total de ¢34.474.631.00 (ver folios que van del 93 al 96 y folio 79 del expediente administrativo). **4.3)** Que en su oferta la empresa adjudicataria consignó los siguientes detalles de cada uno de los sitios de la Línea 2: 1) Pérez Zeledón Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 2) San Vito de Coto Brus Centro: (...) Medidas 9x3 (...) Total General ¢729.178.20. 3) Puriscal Centro: (...) 9x3(...) Total General ¢348.737.40. 4) Alajuela Centro: (...) 9x3 (...) Total General ¢356.636.83. 5) Grecia Centro (...) Total General ¢424.693.46. 6) Ciudad Quesada Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 7) San Ramón Centro: (...) Medidas 09:00x12.60 (...) Total General ¢356.636.83. 8) Cartago Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 9) Palmares Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 10) Turrialba Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 11) Heredia Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 12) Puntarenas Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 13) Quepos Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 14) Liberia Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 15) Santa Cruz Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 16) Limón Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 17) Guápiles Centro: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 18) San Pedro de Montes de Oca: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. 19) San Pedro de Montes de Oca: (...) Medidas 9.00x04.5 (...) Total General ¢866.231.99 20) Pavas: (...) Medidas 9.00x02.70 (...) Total General ¢356.636.83. Para un total de ¢8.725.030.33 (ver folios que van del 90 al 92 y el folio 78). **5)** Que la Administración por medio de la solicitud de subsanación del 26 de julio del 2010, le solicita a la empresa Arquen Branding S.A. aportar una serie de documentos, dentro de los cuales interesa la presentación de: “(...) d. *El desglose de la estructura del precio con un presupuesto detallado y completo con todos los elementos que lo componen, tanto unitario como totales, conteniendo como mínimo costos directos, indirectos y utilidad (imprevistos si los contempla el oferente). El desglose deberá presentarse en números y en porcentajes, cantidad que sumada alcanzará la totalidad del precio ofertado (Art.28 RLCA) (...)*” (ver folio 106 del expediente administrativo). **6)** Que la

información consignada en los cuadros aportados por la empresa adjudicataria para contestar la prevención se resume de la siguiente forma: **6.1)** En relación con la línea 1:

| <b>Locaciones</b>            | <b>Tamaño</b> | <b>Total general</b> |
|------------------------------|---------------|----------------------|
| San Pedro de Montes de Oca   | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| San Pedro de Montes de Oca   | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Autopista General Cañas      | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Autopista General Cañas      | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Puriscal             | 9x3           | ¢.703.724.80         |
| Centro Puriscal              | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Pérez Zeledón        | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Pérez Zeledón        | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Alajuela             | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Alajuela              | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada San Ramón            | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro San Ramón             | 9x3           | ¢1.173.330.41        |
| Entrada San Carlos           | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro San Carlos            | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Cartago              | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Cartago               | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Heredia              | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Heredia               | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Guanacaste (Liberia) | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Guanacaste (Liberia)  | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Puntarenas           | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Puntarenas            | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Entrada Limón                | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| Centro Limón                 | 9x3           | ¢1.481.708.00        |
| <b>TOTAL</b>                 |               | ¢34.474.631.21       |

(ver folio 116 del expediente administrativo).

**6.2)** En cuanto a la línea 2:

| <b>Locaciones</b>     | <b>Tamaño</b> | <b>Total general</b> |
|-----------------------|---------------|----------------------|
| Pérez Zeledón centro  | 9x3           | ¢389.136.83          |
| San Vito de Coto Brus | 9x3           | ¢761.678.20          |
| Puriscal Centro       | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Alajuela Centro       | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Grecia Centro         | 9x3           | ¢457.193.46          |
| Ciudad Quesada Centro | 9x3           | ¢389.136.83          |
| San Ramón Centro      | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Cartago Centro        | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Palmares Centro       | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Turrialba Centro      | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Heredia Centro        | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Puntarenas Centro     | 9x3           | ¢389.136.83          |
| Quepos Centro         | 9x3           | ¢389.136.83          |

|                            |     |               |
|----------------------------|-----|---------------|
| Liberia Centro             | 9x3 | ¢389.136.83   |
| Santa Cruz Centro          | 9x3 | ¢389.136.83   |
| Limón Centro               | 9x3 | ¢389.136.83   |
| Guápiles Centro            | 9x3 | ¢389.136.83   |
| San Pedro de Montes de Oca | 9x3 | ¢389.136.83   |
| San Pedro de Montes de Oca | 9x3 | ¢895.731.99   |
| Pavas                      | 9x3 | ¢389.136.83   |
| <b>TOTAL</b>               |     | ¢8.725.030.33 |

(ver folio 117 del expediente administrativo).

7) Que por medio de nota del 13 de agosto del 2010 recibida en el IAFA el 16 de agosto siguiente, la empresa KAVIAL S.A. expone a la Administración lo siguiente: “(...) *aun cuando explícitamente el cartel no lo solicita se envía el desglose de los precios :a) Campaña Cero Alcohol tras el volante, 24 vallas por 2 meses: / ¢14.898.300,00 / Catorce millones ochocientos noventa y ocho mil trescientos colones con 00/100 / b) Campaña Aprendo a valerme por mi mismo, 20 vallas por 1 mes / ¢6.341.450,00 / Seis millones cuatrocientos cincuenta mil colones con 00/100 / Valor total de la oferta 21.239.750,00 / Veintiún millones doscientos treinta y nueve mil setecientos cincuenta colones con 00/100 (...)*” (ver folios 128 y 129 del expediente administrativo). 8) Que por medio del oficio AA-AB-233-08-10 del 17 de agosto del presente año, dirigido a la empresa Kivial Publicidad Exterior, el funcionario Leonidas Ramírez Villalobos en calidad de Encargado del Subproceso Adquisición de Bienes y Servicios de la licitante resolvió que: “(...) 3) *Efectivamente, tal y como usted apunta en el numeral 5. De la Sección 1 se indica: “No se permite la cotización parcial de las líneas”, lo que quiere decir que si cotizan para la línea 1, por ejemplo, deberán hacerlo para todas las 12 vallas solicitadas, no permitiéndose cotizar para menos unidades que el total indicado. / 4) Al ser dos líneas independientes una de la otra, se deberá contar con dos valores ofertados, uno para la primera línea y otro para la segunda línea, ya que se puede ofertar exclusivamente para la línea uno y no para la línea dos, o viceversa. Esto permite adjudicar líneas de acuerdo al precio cotizado y a los otros valores de evaluación. En la presente licitación se tendría entonces un oferente al cual se le puede adjudicar las dos líneas o bien oferentes, uno por cada línea adjudicada. / 5) Para poder adjudicar de acuerdo a lo expuesto en el ítem 4, era necesario contar con los precios por línea para poder aplicar el procedimiento de evaluación. Al no contarse con la propuesta económica por línea, fue imposible valorar la línea correspondiente y por lo tanto su consideración (...)*”(ver folio 130 del expediente administrativo). 9) Por medio de la Sesión Ordinaria N° 29-10 realizada el martes 07 de setiembre de 2010, la Junta Directiva del IAFA

mediante Acuerdo N° 8 resolvió adjudicar la Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999 a la empresa Arquen Branding S.A. (ver folio 148 y 149 del expediente administrativo). -----

**II. Sobre la admisibilidad del recurso incoado. Sobre la legitimación.** Con base en lo dispuesto por el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), el cual dispone que: “(...) *podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo (...)*”, resulta indispensable realizar el análisis referente a la legitimación, como actuación previa para determinar la procedencia o no de los argumentos en que las empresas apelantes apoyan su recurso. Sobre el particular, siendo que dentro del procedimiento concursal de marras, la oferta de la recurrente fue excluida por parte de la Administración, para que ésta cuente con la legitimación suficiente dentro del conocimiento de la presente acción recursiva, en primera instancia debe acreditar, ineludiblemente, que su oferta resulta elegible y en segundo lugar, a través de sus argumentos debe demostrar que de llevar razón en cuanto a los alegatos esbozados resultaría ser la legítima adjudicataria del procedimiento de contratación bajo estudio. En ese orden, se analizará la legitimación que ostenta la empresa recurrente. La empresa apelante alega que es inadmisibles que se haya excluido su oferta por no haber cotizado por línea, cuando ya se contaba con esa información que ellos presentaron, aclarando el monto ofertado para cada una de las líneas, a pesar de no haber recibido ninguna solicitud de aclaración. Arguye que de ninguna forma esto podría representar una ventaja indebida a favor de su empresa, ya que su precio total ya había sido conocido por la Administración y no fue modificado, sino que se informó sobre la distribución de las líneas. Por su parte, la Administración contestó que el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa es muy claro al señalar que el oferente podrá ofertar por líneas, cuando se trate de líneas independientes entre sí, por lo que en este caso la cotización se debió hacer por cada línea en forma separada y no de forma global como lo hizo la empresa apelante. Por ende, se dio una imposibilidad de valorar la oferta presentada por esta empresa, ya que se trata de un aspecto insubsanable, puesto que implicaría la modificación de un aspecto fundamental de la oferta. **Criterio del Despacho:** De conformidad con el artículo 61 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: “(...) *la oferta es la manifestación de voluntad del participante, dirigida a la Administración, a fin de celebrar un contrato con ella, conforme a las estipulaciones cartelarias (...)*”. De manera tal que aun cuando en el mismo Reglamento se indique que: “(...) *la sola presentación de la oferta, se entenderá como una manifestación inequívoca de la voluntad del oferente de contratar con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, disposiciones legales y reglamentarias vigentes. (...)*”, es claro que existen

ciertos aspectos dentro de la oferta que ameritan una manifestación expresa de parte del oferente para permitirle a la Administración valorar su oferta frente a las disposiciones consolidadas en el pliego de condiciones. En ese sentido, en el presente caso, se tiene que la contratación se dividió en dos líneas y en el pliego cartelario se dispusieron dos condiciones que resultan de interés para resolver el recurso incoado. La primera de ellas es que se prohibió la cotización parcial de líneas (ver hecho probado 2.1). Es decir que, al estar las líneas compuestas por diferentes locaciones donde se debían colocar las vallas, el oferente debía ofertar para la totalidad de las localidades. Por consiguiente, dentro de una línea ofertada no resultaba posible cotizar únicamente para algunas de las locaciones señaladas en el cartel. Como un segundo elemento de interés, es menester señalar que la Administración indicó en el cartel que el oferente debía cotizar por línea y la Administración se reservaba la potestad de adjudicar parcialmente el concurso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 52 inciso n) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (ver hecho probado No.2.2). Vale resaltar que es precisamente por esa reserva que hace la Administración, según la cual era posible adjudicar las líneas 1 y 2 a oferentes distintos, o bien adjudicar una y declarar la otra desierta o infructuosa, que resulta ser de vital importancia que los oferentes tomaran en consideración dichas cláusulas y más allá de ofertar un monto global, indicaran el monto ofertado para cada una de las líneas por separado. Lo anterior, con el fin de comparar las propuestas presentadas por los oferentes y poder aplicar el sistema de evaluación para cada una de las líneas del concurso. En ese sentido, es claro que la empresa apelante, al momento de presentar su oferta, únicamente incluyó el monto global ofertado por ambas líneas sin detallar el monto que correspondía a cada una de ellas (hecho probado No.3). Este hecho es reconocido por la propia apelante que con posterioridad a la apertura de ofertas aporta un documento en el que desglosa el monto ofertado, indicando el porcentaje que ofertó para cada línea (ver hecho probado No.7). Normativamente, el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone que: “(...) *Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida. (...)*”. Ahora bien, partiendo de ese escenario fáctico, para efectos de resolver los alegatos de las partes, es necesario analizar la figura de la subsanación y concretamente si en el presente caso se daría una ventaja indebida a la empresa apelante al aceptar la aclaración presentada de oficio por parte de ésta. En cuanto a la figura de la subsanación, resulta pertinente reiterar el

criterio sostenido por este órgano contralor sobre este instituto jurídico de la materia de contratación administrativa (entre otras en la resolución N° R-DCA-96-2010 de las diez horas del veintinueve de octubre del dos mil diez.), según el cual se entiende que el sustento de la subsanación deriva directamente del principio de eficiencia (artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y numeral 2 inciso a) de su respectivo Reglamento) y su aplicación es obligatoria para la Administración, siempre y cuando se presenten los elementos de hecho y de derecho que la hagan necesaria. En el presente caso, la Administración excluye a la empresa adjudicataria, argumentando que la subsanación del defecto contenido en su oferta le generaría a la empresa apelante una ventaja indebida en relación con los demás oferentes. En ese orden de ideas, debe tenerse presente que existirá ventaja indebida cuando en determinada circunstancia, una vez realizada la apertura de las ofertas, que es el momento en que los oferentes tienen la posibilidad de revisar las propuestas de los demás participantes, un oferente puede obtener una condición favorable o de provecho a raíz del conocimiento previo de las condiciones consignadas por los demás oferentes en sus plicas, lo cual implicaría una trasgresión al principio de igualdad que debe regir los procedimientos de contratación. Consecuentemente, siendo que en el caso sometido al conocimiento de este Despacho, la subsanación versó sobre uno de los aspectos ponderados en el sistema de evaluación como es el precio, que si bien no implicó una variación en el monto total ofertado, el hecho de no haber indicado el monto cotizado por cada línea, sí provoca que al momento de separar el monto global ofertado por la empresa apelante -ya habiéndose realizado la apertura de ofertas-, se coloque a este oferente en una posición en la que podría manipular la separación de ese monto global para su propia conveniencia, valiéndose del conocimiento previo de la oferta de los demás participantes, tomando en cuenta pues el hecho de no haberlo incluido inicialmente en su plica y la posibilidad que existe en el presente procedimiento de adjudicar parcialmente por líneas. Por consiguiente, la oferta de la empresa apelante en este caso resulta inelegible –como bien lo señaló la Administración en su momento (ver hecho probado No.8)- siendo que de otorgársele la posibilidad de subsanar su oferta mediante la separación por líneas del monto global ofertado, le colocaría en una posición en la que puede obtener una ventaja indebida en relación con los demás oferentes, situación con la que se vulnera el principio de igualdad al no existir elementos que permitan determinar que el monto ofertado por líneas constaba desde el momento de la apertura de ofertas. Como resultado de lo anterior, la oferta de la empresa apelante resulta inelegible y lo procedente es **rechazar de plano por improcedencia manifiesta**, el recurso al tenor de lo dispuesto en el inciso b) del artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. -----



**III. Sobre las nulidades de oficio.** Ahora bien, con respecto al acto de adjudicación, a pesar de haberse rechazado de plano el recurso al ser inelegible la oferta de la empresa apelante, convirtiéndola en una oferta sin posibilidades reales de constituirse en adjudicataria del presente procedimiento de contratación administrativa, corresponde indicar que ante los argumentos expuestos por parte de la recurrente, concretamente en lo referente a los incumplimientos que le atribuye a la oferta de la empresa apelante, de oficio este Despacho procederá a analizarlos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Dicho numeral señala en lo de interés: “(...) *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 (...)*”. Alega la empresa apelante que la adjudicataria está condicionando su oferta al no asegurar las locaciones o sitios que ofertó, sino que los deja sujetos a disponibilidad y en caso “de ser posible” al momento de la adjudicación en firme (ver hecho probado No.4.1). En ese sentido, conviene señalar que efectivamente este Despacho observa que la empresa adjudicataria al señalar que “(...) *La colocación de la pauta en los espacios ofertados están sujetos a su disponibilidad en el momento inmediato en el que se adjudique en firme el cartel y se dé la orden de producción (...)*”, está condicionando su oferta a un hecho futuro e incierto, consistente en que las locaciones se encuentren disponibles al momento de quedar en firme la adjudicación a su favor. Es decir, que a la fecha, todavía la Administración no tiene la certeza de los lugares en los que se van a ubicar las vallas, de manera tal que no puede haber verificado el cumplimiento de las condiciones cartelarias establecidas con respecto a la ubicación de las vallas. Además, dentro del mismo condicionamiento, expresa que: “(...) *De no encontrarse disponible alguna de las ubicaciones, se brindará una alternativa similar en costo y ubicación, de ser posible (...)*”, con lo cual la empresa adjudicataria indica nuevamente que se podrán poner las vallas en alguna otra ubicación distinta a las ofertadas –sin aclarar que en cualquier caso la nueva ubicación igualmente se circunscribirá a las locaciones definidas cartelariamente- y adiciona que las nuevas alternativas que se brinden (en caso de no estar disponibles las ofertadas) serán similares en ubicación y en precio. Lo anterior, a criterio de este Despacho es inadmisibles dentro de la oferta, por una parte, porque las nuevas locaciones deberían circunscribirse a las que ya fueron definidas por la Administración de acuerdo a los estudios previos (tránsito vehicular, población meta, visibilidad, entre otros) que debió haber realizado para el establecimiento de éstas, y además porque adicionalmente se está condicionando el precio, al decir que eventualmente se buscará una opción

“similar”, término que además de ser indeterminado genera incerteza en cuanto a la satisfacción de la necesidad por parte de la Administración, sin dejar de lado por supuesto los costos reales de adquisición del servicio. En relación con el precio, el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa dispone que: “(...) *El precio deberá ser cierto y definitivo, sujeto a las condiciones establecidas en el cartel o pliego de condiciones y sin perjuicio de eventuales reajustes o revisiones (...)*”. De manera tal que un condicionamiento como el que presenta la oferta adjudicataria, resulta a todas luces inadmisibles, puesto que coloca a la Administración en situación de inseguridad e indeterminación del monto final de la contratación. Por otra parte, la empresa recurrente agregó que al momento de responder una prevención efectuada por la Administración en relación con el desglose del precio (ver hecho probado No.5), la empresa adjudicataria aportó un cuadro en el que modificó el costo de las vallas para cada una de las locaciones y redujo el tamaño de las vallas que estaba ofertando para ser ubicadas en los distintos sitios. Sobre este tema, luego de revisar la oferta de la empresa adjudicataria, se aprecia una diferencia entre la medida de los sitios para las dos líneas inicialmente ofertadas –donde se establecen rótulos de mayor tamaño al mínimo fijado en el cartel (ver hechos probados No.4.2 y 4.3)-, respecto al cuadro con el desglose de los precios que presentó la empresa apelante en respuesta a la solicitud de subsanación (ver hechos probados 6.1 y 6.2), en el que la empresa adjudicataria indicó un tamaño inferior al que había sido ofertado inicialmente, lo que además implica una desmejora en el objeto contractual ofertado originalmente. Aspecto que contraviene lo dispuesto en el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que dispone lo siguiente: “(...) *Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos (...)*, toda vez que sin lugar a dudas dentro de una contratación de servicios de vallas publicitarias, el tamaño de éstas representa una de las características fundamentales que requiere este tipo de objeto y está intrínsecamente ligado al cumplimiento del objetivo ulterior que tiene el IAFA en divulgar la campaña publicitaria. De ese modo que, siendo que hasta la fecha, la empresa adjudicataria no ha aclarado la situación anterior e incluso ni siquiera contestó las diferentes audiencias conferidas dentro del conocimiento del recurso de apelación de marras, en virtud de lo expuesto, considera este Despacho que la adjudicación realizada por parte del IAFA contiene vicios sustanciales que hacen que la misma se encuentre viciada de nulidad absoluta. Al respecto debe tomarse en cuenta, que la administración no puede adjudicar en caso de existir este tipo de vicios o incumplimientos en la

oferta de la empresa adjudicataria, por lo que se procede a anular de oficio el acto de adjudicación dictado por parte de la Administración. En este orden, resulta conforme al ordenamiento jurídico no proceder al otorgamiento de la audiencia especial señalada en el artículo 168 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa para este tema, dado que los puntos señalados sobre estas líneas corresponden al alegato de la empresa apelante. -----

**IV. Consideraciones de oficio.** Llama la atención de este Despacho que en el sistema de evaluación se destina un 10% de la ponderación, al material presentado por los oferentes que demuestre conocimiento en el desarrollo e implementación de productos multimedia e interactivos, no obstante para efectos de definir la puntuación asignada a cada uno de los oferentes, se dispone que el encargado del Proceso de Comunicación establecerá la puntuación de 1 a 10, según el producto presentado sin definir los parámetros objetivos de conformidad con los cuales se otorgará la puntuación. Al respecto, ha sido el criterio sostenido por este Despacho que el objetivo del sistema de evaluación es el de objetivizar el procedimiento de selección entre los oferentes elegibles que han cumplido las condiciones de admisibilidad del cartel. La elaboración del sistema de evaluación, debe dirigirse a la erradicación de posibles elementos que posibiliten la toma de decisiones arbitrarias. Es decir que su fundamento se encuentra en los principios de transparencia e igualdad, por lo que a través de su incorporación al pliego de condiciones se pretende dar a conocer a los potenciales oferentes, los elementos que van a ser tomados en cuenta para la selección de la oferta ganadora. En ese sentido, la ponderación del material presentado por los oferentes, tal y como fue establecido en el cartel, se configura como un instrumento de evaluación subjetivo, ya que existe un alto grado de subjetividad al momento de otorgar una puntuación en función del conocimiento que el encargado de otorgar la puntuación determine que tiene cada uno de los oferentes al ver su trabajo. Lo mismo sucede, cuando la Administración, en procedimientos de contratación administrativa, intenta ponderar una entrevista tratándose de una contratación de servicios profesionales, una prueba de manejo cuando se pretendan contratar vehículos o maquinaria, o bien una degustación tratándose de servicios de alimentación. Al no definirse adecuadamente los parámetros objetivos dentro de los cuales se va a enmarcar el sistema de evaluación, éste queda librado a la discrecionalidad de la persona que toma la prueba, lo que va en claro perjuicio del interés público y es una práctica que en futuros procedimientos de contratación la Administración debe erradicar, para efectos de contar con un pliego de condiciones que respete cabalmente los principios que informan la materia y consiga la selección del oferente idóneo para la efectiva satisfacción del interés público. -----

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículos 1, 28, 34, y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 84 y 85 de la Ley de la Contratación Administrativa; 174, 178, y 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Rechazar de plano por falta de legitimación** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **KAVIAL S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999**, promovida por el **Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)**, para la contratación de servicios de publicidad en vallas, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **ARQUEN BRANDIG S.A.** por un monto de  $\text{¢}43.199.661,33$ . **2) Anular de oficio** el acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No. 2010LA-000005-99999**, promovida por el **Instituto de Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA)**, para la contratación de servicios de publicidad en vallas, adjudicado a la empresa citada.**3)-De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.-----**  
**NOTIFÍQUESE. -----**

Lic. German Brenes Roselló  
**Gerente de División**

Lic. Edgar Herrera Loaiza  
**Gerente Asociado a.i.**

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

Estudio y redacción: Alfredo Aguilar Arguedas

AAA/fjm

**NN:** 11236 (DCA-0597-2010)

**NI:** 18052, 18324, 19814, 20555, 20443

**G:** 2010002315-2