

## **R-DCA-221-2010**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.** San José, a las nueve horas del veintidós de diciembre del dos mil diez.-----  
Recursos de apelación interpuestos por los señores Luis Pedro Urrutia Nocedo, en su condición de representante legal de la empresa **OPMN GROUP S.A.** y Carlos Fonseca Gutiérrez en calidad de representante legal de la empresa **PUBLIMARK S.A.**, contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública N°**2010LN-110004-UL**, promovida por el Instituto Nacional de Seguros para la adquisición de servicios de publicidad, promoción de ventas, mercadeo directo, divulgación, avisos institucionales, relaciones públicas, comunicación integrada e investigación de mercados, adjudicada a los **Consortios Garnier BBDO-Demoscopía y Grupo Jotabequ** por montos de cuantía inestimable.-----

### **RESULTANDO**

**I.-**Que la empresa **OPMN GROUP S.A.**, presentó recurso de apelación en contra del referido acto de adjudicación, fundamentado esencialmente en que la Administración efectuó una indebida exclusión de su oferta del concurso, por considerar que esta no tiene dentro de su objeto social la prestación de servicios de publicidad, desconociendo que cuando en los estatutos sociales de una sociedad se indica que esta se dedica al comercio en general y la prestación de toda clase de servicios, es precisamente un habilitación para realizar cualquier tipo de actividad empresarial, no debiendo entenderse por ese solo hecho, que de estos se encuentra excluida la actividad publicitaria. Por otra parte indica, que la empresa Garnier BBDO integrante del consorcio Garnier BBDO-Demoscopía, obtuvo en la calificación de los estados financieros un total de 63.24% inferior al 70% mínimo requerido en el cartel para considerarla como elegible, por lo cual la Administración incurrió en error también al adjudicarla (folios 01 a 014 del expediente de apelación).-----

**II.-**Que la empresa **PUBLIMARK S.A.**, presentó recurso de apelación en contra del referido acto de adjudicación, manifestando que la Administración la excluyó indebidamente del concurso bajo el argumento que no acreditó de conformidad con el cartel, que la empresa tiene dentro de su giro comercial la prestación de servicios de publicidad, a pesar de constar en el expediente sobrada información que así lo acredita, expresando que el cartel no estableció que la empresa para poder participar debía desde su constitución, haber consignado en el pacto constitutivo entre todos los servicios que una sociedad mercantil puede prestar, el de la actividad

publicitaria, que es una subcategoría que se encuentra inmersa en objetos sociales más amplios como lo es la industria, comercio y los servicios, de ahí que se concluye el proceder ilegítimo de la institución, tomando en cuenta además, que este requisito en todo caso, no constituía de frente a las reglas cartelarias, un requisito de admisibilidad (folios 016 a 035 del expediente de apelación).-----

**III.-**Que mediante auto de las ocho horas del 17 de noviembre del 2010, notificadas a las partes en la misma fecha, se admitieron para su trámite los recursos interpuestos, otorgándose a la Administración licitante y a las empresas adjudicadas, audiencia inicial por un plazo de cinco días hábiles, a efecto que se refirieran a los argumentos expuestos por las recurrentes, resolviéndose de la misma forma acumular a las presentes diligencias, el recurso de revocatoria presentado por los mismos hechos ante la Administración licitante por la empresa OPMN GROUP S.A.(folio 041 del expediente de apelación).-----

**IV.-**Que la citada audiencia fue atendida en tiempo y forma por la integridad de las partes, mediante escritos que corren agregados a folios 058 a 073 del expediente administrativo de apelación.-----

**V.-**Que mediante auto de las quince horas del 15 de diciembre del 2010, comunicada en la misma fecha, se concedió audiencia final a las partes por el término de tres días hábiles, a efecto que manifestaran las conclusiones del caso, diligencia que fue debidamente atendida por las partes (folios 086 a 097 del expediente de apelación).-----

**VI.-** Que en la tramitación se han observado las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

## **CONSIDERANDO**

**I.-Hechos Probados:** Se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)-**Que el Instituto Nacional de Seguros, mediante publicación realizada en el diario oficial La Gaceta N°96 del 19 de mayo del 2010, promovió la Licitación Pública N°2010LN-110004-UL, para la contratación de servicios de publicidad, promoción de ventas, mercadeo directo, divulgación, avisos institucionales, relaciones públicas, comunicación integrada e investigación de mercados (folio 322 del expediente administrativo). **2)-**Que para el citado proceso concursal participaron las empresas Consorcio Garnier BBDO-Demoscopía, Ingeniosos Grupo Estratégico Remi S.A., Publimark S.A., Consorcio Asesores-API, OPMN GROUP y Consorcio Grupo Jotabequ (folios

557 a 559 y 638 a 2014 del expediente administrativo). **3)**-Que el cartel de la contratación indicó en el Capítulo I Aspectos Técnicos apartado I. punto a) objeto de la contratación, lo siguiente: *“(...) El Instituto Nacional de Seguros adjudicará la presente licitación a los oferentes (mínimo 2 –máximo 3) que cumplan con lo establecido en este pliego de condiciones y obtengan mayor puntaje (...)”* **4)**-Que el cartel de la contratación estableció en el punto V Requisitos Técnicos para los Oferentes, apartado A., lo siguiente: *“El oferente deberá estar inscrito en el Registro Público, Sección Mercantil, domiciliados en Costa Rica y tener como objeto la actividad publicitaria, para lo cual deberá aportar una certificación de acciones y personería. (Al menos una de las empresas consorciadas debe estar domiciliada en Costa Rica”* (folio 622 del expediente administrativo). **5)**-Que el citado cartel estableció los siguientes criterios de evaluación a efecto de determinar la oferta ganadora: **a**-Costo de intermediación: 25% **b**-Experiencia del oferente: 20% **c**-Referencia clientes actuales: 15% **d**-organización de la empresa: 20% **e**-Ejecución de investigaciones de mercado: 20% (folios 624 a 626 del expediente administrativo). **6)**-Que para el rubro de evaluación “Experiencia del Oferente” el cartel se refirió en los siguientes términos en lo que interesa: *“Se refiere a la experiencia del oferente en la prestación de servicios de publicidad, a través del desarrollo de campañas publicitarias, de mercadeo directo y relaciones públicas, en el área de servicios o sector financiero / La experiencia por evaluar es la realmente acumulada, producto de la práctica de los servicios contratados, la cual debe ser demostrada por el oferente, mediante el aporte de los datos que se requieren en el siguiente formato (...)”* (folio 626 del expediente administrativo). **7)**-Que el mismo cartel para efectos de evaluación de la información financiera indicó en el apartado “a. Requisitos que debe cumplir la información financiera” en lo de interés lo siguiente: *“(...) Las empresas que participan formando un consorcio, deberán presentar sus Estados Financieros en forma individual; es decir, los resultados que cada empresa ha tenido en los períodos a evaluar. Para efectos de evaluación se considerará la empresa que obtenga mayor puntaje en el aparte de elegibilidad financiera...”* *“(...) Para obtener el puntaje total de la evaluación financiera de cada oferente, se determina que para que un oferente califique o no financieramente debe alcanzar como mínimo un 70% de los 190 puntos disponibles, los cuales se obtendrán de la sumatoria de ambos análisis (razones y tendencias)”* (folios 627 y 634 del expediente administrativo). **8)**-Que la empresa OPMN GROUP S.A. aportó una certificación literal de microfilm de sus estatutos sociales, los cuales disponen en lo que interesa: **“Tercera: Tendrá como objeto el desarrollo del comercio en general, la prestación de toda clase de servicios, la**

*agricultura, la construcción, la ganadería y la industria en todas sus ramas, el turismo, la importación y la exportación, y para tales fines podrán comprar, vender, dar y recibir bienes en arrendamiento...*” (folio 1105 del expediente administrativo). **9)**-Que la empresa Publimark S.A. aportó en su oferta a efecto de dar cumplimiento con lo solicitado en el cartel, una copia microfilmada de los estatutos sociales, en la cual se indica en lo que interesa que **“III. La sociedad se dedicará al comercio, industria, agricultura y ganadería en general, y para cumplir sus fines podrá adquirir por cualquier título toda clase de bienes, venderlos, gravarlos, arrendarlos...”** (folio 1428 del expediente administrativo). **10)**-Que una vez corrida la evaluación financiera practicada por la Dirección de Finanzas de la institución licitante se concluyó que el puntaje obtenido para el Consorcio conformado por las empresas Garnier BBDO S.A. y Demoscopía S.A. es el siguiente: Garnier BBDO 63,24% y Demoscopía 78,54% (folio 2052 del expediente administrativo). **11)**-Que la empresa OPMN GROUP, a efecto de cumplir lo dispuesto en el hecho probado sexto, aportó una serie de cartas de referencia de servicios brindados a diferentes clientes en la rama de la publicidad (folios 1125 a 1132 del expediente administrativo). **12)**-Que la empresa Publimark S.A con el mismo propósito, aportó una serie de cartas de referencia de clientes que han recibido servicios en el campo de la publicidad por parte de la empresa citada, destacando además, certificación emitida por la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad en la que se indica que la empresa de cita, forma parte de dicha organización desde el año 1977 (folios 1503, 1508 a 1529 del expediente administrativo). **13)**-Que mediante oficio ID-00630-2010 del 24 de setiembre del 2010, el Instituto Nacional de Seguros procedió a emitir el criterio técnico y resultado final de la evaluación de los ofertas consideradas elegibles, arrojando los siguientes resultados: a-Garnier BBDO-Demoscopía 100% b-Publimark 100% c-OPMN GROUP 100% y Grupo Jotabequ 98% (folios 2187 a 2191 del expediente administrativo). **14)**-Que mediante oficio ID-00640-2010 del 30 de setiembre del 2010, el Departamento de Investigación y Desarrollo de la Administración licitante indicó: *“(...) En oficio ID-00630-2010 del 25 de Setiembre, esta unidad usuaria remitió el estudio técnico del cartel citado en la referencia, emitiendo la respectiva recomendación de adjudicación de la licitación citada en la referencia. / No obstante y dado que ayer en la tarde, se nos informó por parte de esa Proveeduría, que además de la evaluación de ofertas, se debía revisar el cuadro de análisis formal enviado en el oficio PROV-05138-2010 del 20 de agosto, procedimos a cumplir con lo solicitado, encontrando que dicha revisión modifica la recomendación de adjudicación presentada inicialmente, lo anterior por el tema del objeto de*

*inscripción de las empresas en el Registro Público, el cual en la página 16 del pliego de condiciones, indica: “A. El oferente deberá estar inscrito en el Registro Público, Sección Mercantil, domiciliados en Costa Rica y tener como objeto la actividad publicitaria, para lo cual debe aportar una certificación de acciones y personería.”/ Al respecto la empresa Publimark indica que: “...se dedicará al comercio, industria, agricultura y ganadería en general...” y la empresa Ogilvy tendrá como objeto “...el desarrollo del comercio en general, la prestación de toda clase de servicios, la agricultura, la construcción, la ganadería, y la industria en todas sus ramas, el turismo, la importación y la exportación y para tales fines...”/ Bajo esos objetos de inscripción y en apego al pliego de condiciones, ambas firmas no cumplen con el requisito solicitado, por lo que no podrían ser objeto de adjudicación, tal y como se había solicitado antes de revisar los aspectos formales (...)” “...En virtud de lo anterior, solicitamos dejar sin efecto la recomendación emitida en el oficio ID-000630-2010 y dado que se cumple con el mínimo de empresas requerido (2), adjudicar la presente licitación a las empresas: Consorcio Garnier BBDO-Demoscopía y Consorcio Grupo Jotabequ...” (folios 2198 y 2199 del expediente administrativo). 15)-Que la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros, mediante acuerdo VIII tomado en la sesión N°9028 del 19 de octubre del 2010, adjudicó la citada licitación a las empresas Consorcio Garnier BBDO-Demoscopía y la Consorcio Grupo Jotabequ, acto que fue debidamente publicado en La Gaceta N°208 del 27 de octubre del 2010 (folios 2211 a 2213 y 2222 del expediente administrativo).-----*

**III.-Sobre la admisibilidad de los recursos:** El artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa y su correlativo desarrollo en el artículo 176 de su Reglamento, establecen que podrá interponer recurso de apelación, toda persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo, normativa que impone el deber de revisar la legitimación que ostenta el oferente para impugnar, como paso previo para determinar la procedencia o no del recurso. En el caso de estudio, dado que lo impugnado por las recurrentes, obedece por igual a su indebida exclusión del concurso por el presunto incumplimiento cartelario referido a la acreditación de la actividad publicitaria como parte de su giro comercial, y dado que dicho factor de exclusión determina simultáneamente la capacidad de resultar adjudicatario en el presente concurso, y con ello la legitimación para impugnar la respectiva adjudicación, dicha condición será analizada en forma paralela al análisis de fondo que se realice de los motivos de cada recurso.-----

**IV.-Sobre el fondo: a)-Sobre el requisito de acreditar la actividad publicitaria por parte de los oferentes:** Dado que en torno a este punto, los recursos de las firmas apelantes versan en

suma sobre el mismo extremo, es decir, la presunta interpretación equivocada que realizó la Administración para tener por acreditado la actividad publicitaria y que además, tanto las adjudicadas como la misma Administración en la atención de las audiencias, se refirieron en forma global a estos puntos y no de manera individual para cada recurso, procederemos a señalar de manera seguida los argumentos de apelación expuestos por las recurrentes, para luego indicar lo manifestado por las adjudicadas sobre estos, así como el criterio vertido por la Administración licitante, concluyéndose con el criterio de este Despacho sobre dicho extremo. **a.i)-Recurso de OPMN GROUP S.A.:** Manifiesta la apelante que su oferta a pesar de haber sido evaluada inicialmente con un 100% del total de los puntos de calificación, súbitamente fue desestimada por la Administración bajo el argumento de un incumplimiento de lo requerido en el cartel en la página 16, en vista de presuntamente no acreditar el giro de actividad publicitaria de la empresa. Aspecto que considera incorrecto pues la institución ha aplicado un excesivo formalismo al interpretar y aplicar la norma cartelaria en cuestión, sin considerar que cuando en la escritura constitutiva de una sociedad se indica que tiene por objeto el comercio en general y la prestación de toda clase de servicios, no se ha de entender excluida la actividad comercial publicitaria, pues bajo este ámbito, la sociedad puede dedicarse a toda actividad comprendida dentro del comercio en general, siendo que la empresa ha ejercido durante años la actividad publicitaria que bien le ha sido reconocido en el plano nacional. Expresa que el criterio de la Administración lo que evidencia es una incorrecta interpretación del cartel, pues asume que si la actividad publicitaria no está expresamente enunciada en la certificación de acciones y personería o en el acta constitutiva de la empresa, entonces esta no puede válidamente ser ejercida, obviándose que cuando se habla precisamente de comercio en general y prestación de toda clase de servicios, es claro que se ubica dentro de estas denominaciones a la actividad publicitaria. En todo caso estima, que ante la duda de la Administración bien pudo haber conservado su oferta bajo un principio de conservación de ofertas, señalando además un contrasentido de la institución licitante en el tanto la oferta de su representada fue analizada y evaluada en aspectos adicionales como su experiencia en la prestación de servicios de publicidad, referencia de relación comercial con clientes en los últimos tres años, organización en las diferentes áreas y servicios de publicidad y ejecución de investigaciones de mercado propias de las agencias de publicidad, obteniendo en todos estos extremos la totalidad de puntos asignables por el cartel, y ello precisamente, porque su objeto social comprende la ejecución de actividades publicitarias. **a.ii)-Recurso de Publimark S.A.:** Manifiesta la apelante que inicialmente la Administración otorgó

a su representada la puntuación máxima de cien puntos no obstante, con posterioridad a ello, la misma entidad emite un nuevo acto en el que se deja sin efecto el anterior, señalando que su representada no cumple con lo solicitado en el cartel respecto al objeto social inscrito en el Registro Público, el cual de acuerdo con el pliego cartelario en su página 16, debía ser relacionado directamente con la actividad publicitaria. Sobre este tema indica, que Publimark S.A. cumplió plenamente con el requisito cartelario por medio de la certificación aportada, pero además, señala que la actividad publicitaria de esta se acreditó adicionalmente, en la gran cantidad de documentos aportados que comprueban que la empresa ha mantenido por años esa actividad, siendo la más importante la expedida por la Asociación Costarricense de Agencias de Publicidad. Expresa, que la Administración se encuentra introduciendo el tema del objeto social como elemento en el proceso, ello por cuanto a su entender en ningún momento el cartel dio pie para considerar que lo que se estaba solicitando es que el objeto social de la empresa fuera la actividad publicitaria, sino que lo solicitado corresponde a que la sociedad tenga por objeto la actividad publicitaria. Indica que lo importante es que los oferentes tuviesen por objeto actual y real la actividad publicitaria, sin que ello necesariamente debiera constar en el pacto social, pues de haberse querido así por la Administración, debió entonces haber sido clara en el cartel en punto a ese requisito. En todo caso indica, que ello carecería de valor agregado toda vez que podría suceder el caso que una firma podría haberse inscrito con un objeto social que incluyera la publicidad y no haberla ejercido en un lapso determinado. Por otra parte expresa que en el sistema Mer-Link y el registro de proveedores de la institución aparece inscrita la empresa en servicios de publicidad, donde no existe duda entonces de la actividad desplegada. Así pues, si el requisito que pretendía la Administración se acreditara era la actividad publicitaria, pues entonces debió haber sido clara en el cartel y solicitarlo de esa forma de manera objetiva. Sobre otro particular expresa además, que más allá de la forma en que la Administración pretendió valorar dicho aspecto, indica que este requisito en todo caso no era un aspecto que implicara un requisito de admisibilidad que generara ante su eventual incumplimiento, la exclusión del concurso, más aún si se toma en cuenta, que tampoco se trataba de un aspecto evaluable, a diferencia de la experiencia del oferente y referencias de clientes que sí lo es. Por otra parte indica, que el cartel no estableció que la empresa para poder participar debía desde su constitución, haberse consignado en su pacto constitutivo entre todos los servicios que una empresa o sociedad mercantil puede prestar, el de la actividad publicitaria, que se trata de una subcategoría inmersa en objetos sociales más amplios como lo es la industria, el comercio y los

servicios. Por las razones expuestas, siendo que el cartel no fue claro en la forma de requerir dicho requisito, y que en todo caso este, no constituía un requisito de admisibilidad de las ofertas, solicita se declare con lugar el recurso. La adjudicataria Garnier BBDO S.A en representación del consorcio Garnier BBDO-Demoscopia indicó respecto a ambos recursos, que estos deben ser rechazados en todos sus extremos por carecer los recurrentes de legitimación, en vista que el cartel fue claro en exigir a los oferentes que el objeto social de la sociedad fuera la publicidad, aspecto que su representada cumplió. Expresa que si las recurrentes estaban disconformes con dicho requisito cartelario, debieron entonces impugnar en su momento el cartel respectivo, pero no utilizar el recurso de apelación para ese propósito, motivo por el que solicita se declaren sin lugar estos. La adjudicataria Grupo Jotabequ no se refirió en su respuesta a la audiencia, a los aspectos argumentados por las recurrentes sobre este extremo, únicamente referencia algunos aspectos referidos al puntaje otorgado por la Administración a su plica, los cuales serán abordados con ese propósito en el apartado correspondiente. La Administración indicó que la cláusula cartelaria en cuestión, al referirse que los oferentes deben tener por objeto la actividad publicitaria, se está refiriendo al objeto bajo el cual se encuentra inscrita la empresa en el Registro Público, solicitando como prueba entonces la certificación de acciones y personería. En este sentido indica, que no existió de parte de la Administración interpretación antojadiza o subjetiva, sino únicamente apegarse al pliego de condiciones como marco legal de la contratación, ya que el texto del ítem señalaba claramente cuál era el requisito que se debía cumplir. Expresa que, si bien es cierto, ambas firmas en la evaluación técnica alcanzaron el máximo puntaje de cien puntos, lo que generó una recomendación de adjudicación, esta tuvo que ser modificada una vez que se verificó precisamente el cumplimiento de todos los aspectos solicitados en cuenta, el punto discutido. En este sentido la institución indica que si bien es conocida la trayectoria de ambos oferentes en el campo de la publicidad, su objeto registral dista de lo solicitado en el marco normativo publicado, y bajo el cual participaron ambos sin alegar nada en su oportunidad. En este orden ideas indica que si bien la publicidad puede encontrarse inmersa dentro del término “comercio”, este es un concepto sumamente amplio y precisamente por esa condición, aquella empresa que no tenga como función medular alguna actividad específica –en este caso actividad publicitaria-, no puede garantizarle a quien la contrata, lo establecido en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y 2 incisos a y b de su Reglamento, orientados a que la Administración busque la consecución del fin público propuesto. Por lo que para poder garantizar el adecuado cumplimiento del objeto de la



contratación y satisfacer así el interés público de la Administración, resultaba necesario que las empresas que participaran, tuvieran como función medular la publicidad y ser especialistas en la materia, de ahí la importancia del requisito cartelario. Razón por la cual solicita se declaren sin lugar los recursos interpuestos. **Criterio para resolver:** Si bien el cartel de conformidad con el artículo 51 del Reglamento de Contratación Administrativa constituye el reglamento específico de la contratación, y en el, deben encontrarse incorporados todos aquellos requerimientos que de manera objetiva la Administración necesite acreditar con miras al adecuado cumplimiento de sus fines y objetivos, tampoco debe perderse de vista que estos no deben constituirse en un fin en sí mismos, elevando a categorías de excesivo formalismo en su aplicación, aquellos requisitos que por su misma naturaleza no resulten trascendentales para la selección de la mejor oferta. En el caso en cuestión, la Administración licitante estableció en el cartel un requisito consistente en que las oferentes debían acreditar que contaban dentro de su objeto social con la prestación de la actividad publicitaria (hecho probado 4), aspecto que la administración en el segundo criterio técnico emitido consideró no fue de cumplimiento de las apelantes en vista de la redacción general y no puntualizada en la actividad publicitaria, que los estatutos sociales de estas presentaban (hecho probado 14). Al respecto conviene destacar como parte de la resolución del caso por parte de este Despacho, algunas consideraciones importantes: Si bien el requisito cartelario no contó con una redacción contundente en ese sentido, sí permitió dejar por sentado al menos cual era el requisito que debían demostrar los oferentes, aspecto para el cual conviene revisar su trascendencia de frente a otros requisitos cartelarios y si de la forma aportada por los oferentes se encontraba este solventado. El requisito en cuestión, parte de la premisa que las empresas debían tener de manera expresa integrado dentro de su objeto social la actividad publicitaria, lo cual se considera cumplido con la referencia expresa en ese sentido en sus estatutos sociales. No obstante tómesese en cuenta que aparejado con este factor, el mismo cartel exigió una serie de requisitos necesarios para que más allá de la mera indicación en sus estatutos de la actividad publicitaria, se acreditara más bien la competencia y experiencia de cada oferente en ese campo, prueba de ello son los requerimientos del cartel –por demás evaluables-, en los que se acreditara entre otros, la organización de la empresa, la experiencia y la referencia de clientes (hecho probado 5), lo cual tenía indudablemente como propósito para la Administración, tener por verificada la pericia y competencia de la empresa en el campo de la publicidad, aspectos estos que según se evidencia del expediente, fueron satisfactoriamente cumplidos por las apelantes, al punto que un primer estudio técnico les otorgó la máxima puntuación (hecho

probado 13), lo cual nos permite complementarlo con el tema del objeto social, como señalaremos de seguido. Sobre este tema, la lectura que debe efectuarse del principio de eficiencia consagrado en el artículo 4° de la Ley de Contratación Administrativa –derivado junto con los demás principios rectores de la contratación administrativa del artículo 182 constitucional-, es que la Administración no solo debe procurar seleccionar la empresa que mejor resulte para la satisfacción del interés público, sino que en la búsqueda de ese interés, no deben construirse obstáculos a partir de criterios formales y sobre intrascendentes, que lejos de coadyuvar en la consecución de esa oferta ideal, más bien restrinja esas posibilidades. Señalamos lo anterior, por cuanto en el caso analizado, es más bien esta última la conducta desplegada por la Administración, pues a pesar de tener por demostrado a través de requisitos evaluables y documentados en el expediente la trayectoria y existencia de las recurrentes en el campo de la publicidad (hechos probados 11 y 12), descarta ambas ofertas por considerar no tienen dentro de su objeto social expresamente incorporada la actividad publicitaria, criterio que a juicio de este Despacho implica el protagonismo desmedido de un requisito en todo caso formal, en demérito de otros de mayor importancia y que con mayor eficacia, permitían acreditar la experticia del oferente. Tómese en cuenta además, que tanto la empresa OPMN GROUP S.A. como Publimark S.A si bien no indican expresamente en sus estatutos sociales el desarrollo de la actividad publicitaria como parte de su objeto social, sí contienen disposiciones generales que permiten al menos acreditar que su actividad se encuentra integrada dentro del comercio y los servicios (hechos probados 8 y 9) –dentro de los cuales podrían incorporarse los de publicidad-, aspecto que si se complementa con el resto de requisitos cartelarios exigidos, no existe justificación alguna para que dichas empresas hayan sido excluidas del concurso. Lo que sucede en el caso en cuestión, es que la Administración licitante efectúa una valoración aislada de ese extremo cartelario omitiendo en aplicación del principio de eficiencia integrarlo con el resto de requisitos para así tener una visión amplia de la trascendencia que este tenía para los efectos del proceso. Es decir, cabría preguntarse de frente al objeto del concurso, si a la Administración le interesaba más que las empresas acreditaran simplemente su objeto social o más bien, era su experiencia y pericia en el manejo de servicios publicitarios lo relevante, inclinándose este Despacho por esta última consideración, de ahí que no resulta posible entonces brindar relevancia a un requisito que si bien forma parte del cartel, no debe tener la fuerza suficiente para descalificar una oferta del concurso, antes bien, el requisito que se atribuye de incumplido no es concluyente, pues como dijimos, la cláusula general que contienen los estatutos de las

oferentes perfectamente pudo ser interpretado en el sentido de encontrarse cobijada la actividad publicitaria por estas, y no la valoración restrictiva efectuada en el sentido que al no decirlo expresamente se debía tener por no realizada, a pesar del contrasentido que la misma Administración esboza en la atención de la audiencia inicial al reconocer la trayectoria de ambas empresas en el campo de la publicidad. Ante este panorama no queda más a este Despacho que, declarar con lugar los recursos interpuestos tal y como será dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución, debiendo la Administración mantener en el concurso a las empresas recurrentes, aplicando el sistema de evaluación definido, con la incorporación de las ofertas de las recurrentes. **b)-Sobre la evaluación financiera de la empresa Garnier BBDO: a.i)- Recurso de OPMN GROUP S.A.:** Indica la apelante que la empresa Garnier BBDO integrante del consorcio Garnier BBDO-Demoscopía, obtuvo de acuerdo con el análisis financiero aplicado, tan solo un 63,24%, inferior al 70% requerido como nota mínima para considerarla elegible, por lo que esta condición implicaba su imposibilidad de acceder a la fase siguiente en el orden de evaluación, y en consecuencia debió ser excluida del concurso y no haber resultado adjudicada. La adjudicataria Garnier BBDO S.A. no se refirió en la atención de la audiencia especial conferida sobre este extremo del recurso. La Administración por su parte, indicó que para este punto se debe destacar lo establecido en el cartel al indicar en lo que interesa que *“...Las empresas que participan formando un consorcio, deberán presentar sus estados financieros en forma individual; es decir, los resultados que cada empresa ha tenido en los períodos a evaluar. Para efectos de evaluación se considerará la empresa que obtenga mayor puntaje en el aparte de elegibilidad financiera...”* Por lo que indica que lo señalado por la recurrente no es de recibo, en vista que el mismo cartel estableció la metodología a emplear en esta etapa, la cual fue producto de una modificación cartelaria debidamente comunicada a las partes mediante la respectiva publicación, motivo por el cual solicita se declare sin lugar el recurso en este extremo. **Criterio del Despacho:** Tal y como fue establecido en el cláusula cartelaria respectiva, para efectos de evaluación financiera la Administración tomaría para lo correspondiente al puntaje a obtener en este extremo para el caso de consorcios, el puntaje más alto obtenido de los integrantes de este. Es decir, aplicando la evaluación financiera a cada uno de los integrantes del consorcio, únicamente se consideraría para efectos de determinar el avance a la fase siguiente, el porcentaje más alto obtenido por cualquiera de ellos (hecho probado 7). En el caso en cuestión, una vez corrida la evaluación financiera se obtuvo que la empresa Garnier BBDO S.A. obtuvo un 63,24%, sin embargo la empresa Demoscopía S.A. en su calidad de

integrante del consorcio junto con la primera, obtuvo un total de 78,54% (hecho probado 10), de ahí que para los efectos respectivos es esta empresa la que concede en razón de su puntaje el avance a la siguiente fase del proceso a la totalidad del consorcio, visto que las reglas cartelarias así lo definieron. Es por ello, que si bien la apelante lleva razón en punto a que la empresa Garnier BBDO S.A. obtuvo una calificación inferior al porcentaje mínimo requerido de 70% (hecho probado 7), esto no implica la exclusión del consorcio del concurso en vista precisamente, que la otra integrante sí consiguió más del mínimo establecido, lo que le permitía mantener su condición de elegible. Así las cosas, procede declarar sin lugar el recurso en este extremo. **c)-a.i)-Sobre el alegato de la adjudicada Grupo Jotabequ S.A. en la atención de la audiencia inicial concedida:** Señala únicamente la empresa Grupo Jotabequ en la respuesta a la audiencia inicial concedida, que la Administración le restó ilegítimamente dos puntos en la evaluación, por considerar incumplido el requerimiento cartelario de acreditar dentro de la organización de la empresa, la existencia de servicios de monitoreo publicitario, a pesar de hacer una indicación expresa que cumplían con ese punto y que además, indicó que dichos servicios se brindarían por medio de la empresa Media Gurú, motivo por el cual esos dos puntos han sido restados de manera indebida. Adicionalmente señala, que en caso de mantenerse ese criterio, deberían restarse idénticos puntos a la empresa Publimark S.A, pues esta empresa utiliza para esos servicios a la empresa Publisearch según constancia que obra a folio 1505 del expediente de la contratación. Por otra parte indica, que en el organigrama incorporado por dicha oferente, se incluye solo a una persona para servicios de monitoreo, lo que evidencia que se trataría de servicios muy básicos y poco complejos. **Criterio del Despacho:** A pesar de tratarse de un aspecto que supera el tema abordado en los recursos presentados por las recurrentes, lo cierto del caso es que el alegato de la empresa Grupo Jotabequ S.A. en este extremo, obliga a este órgano contralor a efectuar algunas consideraciones necesarios en punto a su argumento. En primer lugar, el cartel de la contratación estableció en el Apartado III-Cuadro de Calificación. Tabla para Valoración de Ofertas, punto D)-Organización de la empresa, una serie de servicios que deben ser brindados por cuenta propia por el oferente y sobre el cual se asignarían dos puntos por cada uno hasta un total de veinte (folio 624 del expediente), siendo uno de estos servicios el de monitoreo publicitario, y sobre el cual la adjudicada alega indebidamente restados por la Administración los dos puntos correspondientes. En este sentido tome en cuenta la adjudicada, que el mismo cartel en el punto indicado solicitó que: *“...Para la evaluación de este punto se requiere que el oferente presente una declaración jurada de la estructura vigente en la empresa,*

*indicando las diferentes áreas y servicios que la conforman y el organigrama correspondiente... ”.* Para este propósito se observa que la empresa Publimark S.A. presentó la respectiva declaración jurada en la que se incorpora el servicio de monitoreo publicitario (folio 1506 del expediente) y además, consta el organigrama de la empresa en la que se observa la indicación a través de una persona de dicho servicio (folio 1504). Ahora bien, si se trata de una persona o más las que en teoría deberían requerirse para estos servicios, lo cierto del caso es que el cartel no estableció precisión alguna en ese sentido, siendo la afirmación de la Grupo Jotabequ en punto a la existencia del servicio con una sola persona, meramente especulativa, por lo que debe concluirse el ajuste con el cartel de los requisitos presentados por Publimark S.A. Ahora bien, en punto al folio 1505 que la adjudicada en cuestión alega corresponde al servicio de monitoreo que a través de un tercero brinda la empresa anteriormente señalada, revisando su contenido se observa que se trata de un documento de Publisearch Centroamérica, en el que se indica que mantiene relaciones comerciales con Publimark S.A desde el 2008, no obstante no indica dicho documento de manera expresa que esa relación sea para servicios de monitoreo publicitario de la primera a la segunda, por lo que no considera este Despacho se incumpla el requisito antes mencionado por ese hecho. Así pues no se observa de los alegatos de la empresa en cuestión, aspecto alguno que diera mérito en punto al tema de monitoreo publicitario, para restar puntaje a Publimark S.A que implicara recurrir a las reglas de desempate en una nueva ronda de evaluación a cargo de la Administración. Ahora bien, sobre el tema de la indebida disminución de puntaje, observando la oferta de la empresa Grupo Jotabequ, se aprecia que esta no indicó en su organigrama, expresamente el servicio de monitoreo tal y como lo requirió el cartel, ni mucho menos, la indicación que este servicio se presta por cuenta propia (ver oferta de la empresa a folios 735 a 741 del expediente de la contratación), lo que evidencia que de frente a las reglas cartelarias los dos puntos restados por la Administración no se configuran como indebidamente suprimidos, sino más bien, una conformidad de acuerdo con la metodología de evaluación definida. Por lo demás, si la firma Jotabequ estimó que el requerimiento resultaba lesivo a su participación y justamente innecesario en función de las explicaciones que ahora vierte en su apelación; lo cierto es que bien pudo interponer oportunamente un recurso de objeción desvirtuando la necesidad de contar con esas áreas y con la obligación de contar con personal específico para tales actividades.-----

**POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, y 85 de la Ley de Contratación Administrativa y 184 de su Reglamento, **se resuelve: 1)-DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR**, el recurso de apelación y de revocatoria acumulado al primero, presentado por la empresa **OPMN GROUP S.A.** y **2)-DECLARAR CON LUGAR**, el recurso de apelación presentado por la empresa **PUBLIMARK S.A.**, ambos contra el acto de adjudicación de la Licitación Pública **N°2010LN-110004-UL**, promovida por el Instituto Nacional de Seguros para la adquisición de servicios de publicidad, promoción de ventas, mercadeo directo, divulgación, avisos institucionales, relaciones públicas, comunicación integrada e investigación de mercados, adjudicada a los **Consortios Garnier BBDO-Demoscopia y Grupo Jotabequ** por montos de cuantía inestimable, **ACTO QUE SE ANULA.**

**3)-De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, la presente resolución da por agotada la vía administrativa. -----**

**NOTIFÍQUESE. -----**

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

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada  
**Gerente Asociado**

**Estudio y redacción:** Lic. Edgar Herrera Loaiza.

Rbr/

NN: 12790 (DCA-0972)

NI: 21240, 21255, 21566, 22645, 22941, 22942, 23833, 24504, 24568, 24572

G: 2010001386-4