

R-DCA-1115-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas con quince minutos del veinte de diciembre del dos mil diecisiete.-----

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **LAS TRES LETRAS DEL GÉNESIS S. A.** en contra del cartel de la **licitación pública No. 2017LN-000010-01**, promovida por el **BANCO DE COSTA RICA** para la "Contratación de hasta dos agencias de publicidad para el Banco de Costa Rica".-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Las Tres Letras del Génesis, el ocho de diciembre del año en curso presentó ante la Contraloría General recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia.-----

II. Que mediante auto de las catorce horas treinta minutos del doce de diciembre del dos mil diecisiete, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto, la cual fue atendida mediante oficio No. OCA-240-2017, agregado 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 FONDO: 1) En cuanto al sistema de evaluación: La objetante: Señala que el rubro respectivo a la "Comisión de Agencia por Intermediación", carece de fundamento técnico en cuanto al valor de los porcentajes establecidos. Indica que se le asigna un valor total de 40 puntos, con una escala de 6% que corresponden a 5 puntos, 5% a 10 puntos y 4% a 40 puntos. Menciona que en la cláusula 33.1, que la oferta debe señalar con claridad cuál es la comisión que cobraría en caso de ser adjudicataria y que no se aceptarán ofertas cuya comisión sea menor al 4%. Indica que puede observarse cómo no hay ninguna justificación ni criterio técnico ni objetivo que permita razonablemente comprender por qué la diferencia de apenas un punto porcentual en la comisión por intermediación, representa una diferencia de 30 puntos en la evaluación final. Lo anterior evidencia una violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Señala que no sólo se trata de una diferencia drástica en la evaluación por un punto porcentual, sino que además los porcentajes propuestos por el cartel se encuentran muy alejados de la realidad del mercado, pues normalmente este porcentaje ronda el 10%. Es decir, no solo el 4%, establecido en el cartel como porcentaje para obtener el mayor puntaje, es

ruinoso para los oferentes, sino que el máximo que se puede ofertar según la cláusula 33.1, es decir 6%, continúa siendo considerablemente bajo en relación al porcentaje mínimo que, normalmente, las agencias de publicidad cobran. Considera que no existe un criterio técnico que justifique al BCR establecer estos porcentajes y no puede justificarse, según la realidad de mercado, que un 4% de comisión por intermediación sea un monto adecuado para la supervisión y coordinación de un proyecto, ya que existen una serie de costos directos e indirectos como salarios, infraestructura, alquileres, servicios públicos, supervisión y otros, que no se están tomando en consideración para fijar este porcentaje. Por ejemplo, si se contrata un *stand* que cuesta cuatro millones de colones, se estaría estimando que con ciento sesenta mil colones se cubre el costo de coordinación y supervisión del proyecto por parte de la agencia, proceso que normalmente se toma más de un mes y en el que interviene un equipo de personas con diferentes responsabilidades. De igual manera si se contrata una rotulación de oficinas de quinientos mil colones en una zona fuera del Gran Área Metropolitana, se estima que con veinte mil colones se cubren los gastos por administración, coordinación y supervisión del proyecto por parte de la agencia; todo lo cual es desapegado de la realidad. La importancia de este criterio es que sea objetivo y se fundamente en criterios técnicos este rubro (Comisión por intermediación), ya que con base a este criterio se puede obtener el mayor puntaje (40 puntos), de modo que para resultar adjudicatarios los oferentes deberán necesariamente ofrecer un 4% de comisión por intermediación y en caso de ofrecer cualquier otro porcentaje es poco probable tener oportunidades reales de ganar la licitación; o sea, el BCR está forzando indirectamente a todos los oferentes a ofrecer este porcentaje para tener posibilidades reales de ganar la licitación. En su petitoria requiere que se ordene modificar la cláusula 33.1, para que los porcentajes de comisión por intermediación se ajusten a la realidad del mercado y se fundamenten en criterios técnicos. **La Administración** indica que en cuanto a la objeción de la cláusula 33.1 del cartel de licitación, procede a ajustar los porcentajes de comisión de intermediación para que sean más claros y proporcionales, de la siguiente manera:

Parámetros	Puntaje
8% o más de comisión	10 puntos
7% de comisión	20 puntos
6% de comisión	30 puntos
5% de comisión	40 puntos

Indica que considera razonable el cobro de una comisión del 5%, dado que en el contrato de publicidad que se encuentra vigente la agencia trabaja con ese porcentaje sin ninguna dificultad. Asimismo procede a otorgar puntaje a ofertas con un porcentaje mayor. **Criterio de la División:** En cuanto a este tema en concreto, es menester indicar que ha sido criterio de este órgano contralor que la Administración licitante cuenta con el ámbito de discrecionalidad lo suficientemente amplio para disponer de un sistema de calificación de las ofertas en la forma que mejor lo considere, así como en la propia manera en cómo evaluar cada uno de los elementos o factores que lo componen. En ese sentido, en la resolución R-DJ-148-2009 de las once horas del diecisiete de setiembre del dos mil nueve, en lo que resulta de interés se indicó: *“Respecto a este punto en particular, se declara sin lugar el recurso interpuesto, siendo que dentro del ámbito de discrecionalidad con que cuenta la Administración, puede otorgar el puntaje que considere oportuno, valorando diferentes factores en el sistema de evaluación, los cuales deben medirse en forma objetiva sobre aspectos no manipulables por las partes. Aunado a lo anterior, la recurrente no señala o acredita en que forma considera que la puntuación es desproporcionada, ni las razones por las cuales considera injusto que pasadas las pruebas de protocolo reciba puntuación, ni justifica de qué manera puede haber manipulación de datos en ambientes no controlados que originen variaciones en su coeficiente.”* Al respecto, debe advertirse que el punto recurrido no se refiere a elementos o requisitos de admisibilidad, sino más bien a factores de ponderación, sin que se hubiese demostrado o acreditado mediante prueba idónea, conforme lo exige el numeral 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), que se limite la participación de los potenciales interesados en participar en la licitación, ni la desproporción de tales factores y porcentajes. Al respecto, el citado numeral, entre otras cosas, establece: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”* Ahora bien, sin detrimento de lo anterior, debe indicarse que siendo que el Banco de Costa Rica (BCR), expone que procederá a modificar los porcentajes respectivos a efectos que sean más claros y razonables, deberá dicha Administración proceder a incorporar las variantes correspondientes en el pliego de condiciones de conformidad con lo que dispone

el artículo 180 RLCA, razón por la cual procede declarar parcialmente con lugar dicho argumento. **2) Cláusula 5 del Anexo al cartel:** La objetante señala que de acuerdo con el cartel (cláusula 33.1), los criterios de evaluación están estrictamente relacionados con los precios ofertados en cada uno de los rubros, por lo que los requisitos establecidos de la cláusula 1 a la 4.10 del Anexo constituyen requisitos de admisibilidad. Es decir, para que la oferta pueda ser considerada elegible y evaluada primero debe cumplir con estas exigencias. Sin embargo, la cláusula 5 de este mismo Anexo, deja abierta la posibilidad de que el BCR exima a algún oferente de cumplir con estos requisitos incondicionales y a pesar de ello evaluar su oferta. Esta cláusula contraviene el artículo 54 del RLCA, que se refiere a las "condiciones invariables" que pueden establecerse en el cartel, el cual deberá exigir el cumplimiento obligatorio de estos requisitos, cuando corresponda. Dentro de estas condiciones invariables y según el objeto de que se trate, se podrán establecer aspectos tales como capacidad financiera, especificaciones técnicas y experiencia. Según la redacción del cartel es claro que estos requisitos son exigencias para que las ofertas sean admitidas y puedan ser consideradas elegibles, por tanto, la posibilidad del Banco de aceptar ofertas que no cumplan con los años de experiencia, violenta principios fundamentales de la contratación administrativa como lo son la igualdad y la libre competencia. Señala que todos los oferentes deben tener claridad en cuanto a las reglas que rigen la contratación y al imponerse reglas fundamentales, que en algunos casos el BCR puede obviar, le hace concursar en condiciones de desventaja con respecto a los otros oferentes y sobre todo en condiciones de inseguridad jurídica, violentándose así otro principio fundamental. Menciona que si bien la Administración cuenta con un grado de discrecionalidad administrativa a la hora de tomar sus decisiones, lo cierto es que cuando se establecen requisitos que condicionan la admisibilidad, éstos deberían aplicarse igualmente a todos los oferentes, pues esa primera etapa y la definición de estos requisitos, constituyen elementos que dan a los oferentes seguridad jurídica. En su peticoria solicita se elimine la cláusula 5 del anexo al cartel. La Administración indica que procederá a eliminar la cláusula 5 del Anexo al cartel. **Criterio de la División:** En razón de lo expuesto por las partes, se denota que la Administración se allana a lo pretendido por la empresa recurrente, o sea eliminar la referida cláusula cartelaria. Así las cosas, al no encontrarse que con la modificación propuesta se violente el ordenamiento jurídico, se procede a declarar con lugar este aspecto del recurso, conforme lo dispone el artículo 175 del RLCA. Ahora bien, asume este órgano contralor que la Administración valoró la conveniencia de la modificación propuesta, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. **3) Cambio de la agencia de relaciones públicas:** La objetante señala que

en las cláusulas 29.15 y 31.k, el BCR se reserva el derecho de solicitar a la agencia de publicidad, el cambio de la agencia de relaciones públicas adjudicada o bien el cambio de personal que la agencia de publicidad disponga en caso de ofrecer el servicio con recursos propios. Menciona que sin la debida justificación por parte de la Administración, se violenta el principio de libre contratación de la agencia de publicidad que resulte adjudicataria, debido a que en el tanto y en el cuanto las agencias de relaciones públicas cumplan con los requisitos establecidos en el cartel (cláusulas 29 a 31), la agencia de publicidad debería estar en la libertad de contratar a la agencia de relaciones públicas que estime conveniente. Ahora bien, en el caso de que la Administración tuviera motivos suficientes para solicitar los cambios establecidos en las cláusulas 29.15 y 31.k del cartel, esta solicitud de cambio debe encontrarse debidamente razonada y fundamentada, lo anterior para evitar cualquier arbitrariedad y atendiendo a la necesidad de fundamentación y motivación de los actos administrativos. Es claro entonces que si el BCR considera que debe cambiarse la agencia de relaciones públicas o el personal de la agencia de publicidad, en caso de ofrecerse el servicio de relaciones públicas con recursos propios, debe realizarse por medio de un acto fundamentado y motivado, para que la agencia adjudicada conozca los motivos por los cuales no se consideran satisfechos los requisitos establecidos en el cartel, que constituye para efectos de las partes contratantes el reglamento de la contratación, según lo establecido en el artículo 51 del RLCA. En la redacción actual de las cláusulas cartelarias citadas pareciera que el Banco puede solicitar, sin ninguna motivación y cuantas veces que le requiera, el cambio en el personal o la agencia de relaciones públicas ofrecida. En su petitoria solicita que modifiquen las cláusulas 29.15 y 31.k, para que se establezca que para solicitar los cambios establecidos en dichas cláusulas, la solicitud debe encontrarse fundamentada y razonada. **La Administración** indica que procederá a modificar la cláusula 29.15 para que se lea: *“El Banco de Costa Rica, tiene el derecho de solicitar a la agencia de publicidad, cambios en la nómina de los profesionales que éstas asignen para brindar los diferentes servicios de relaciones públicas, esto implica el cambio de agencia de relaciones públicas adjudicada o bien en el cambio de personal que la agencia de publicidad disponga en caso de ofrecer el servicio con recursos propios, **en caso de que incumplan algunos de los requisitos o tareas mencionadas en los puntos 29.1 al 29.14., así como por el incumplimiento de cualquier obligación del contrato. La agencia contratada tendrá 30 días naturales para hacer efectivo el cambio.** Para los profesionales indicados en este apartado, la agencia podrá cobrar sus honorarios profesionales a través de un fee mensual (costo fijo, no variable).”* (folios 127 y 128 del expediente de objeción). Por su parte, en cuanto

a la cláusula 31.k, se modifica la redacción en el siguiente sentido: “*El Banco de Costa Rica, se reserva el derecho de solicitar a la agencia de publicidad, cambio en la nómina de los profesionales que éstas asignen para brindar los diferentes servicios de relaciones públicas con especialidad política, esto implica el cambio de agencia de relaciones públicas con especialidad política adjudicada o bien en el cambio de personal que la agencia de publicidad disponga en caso de ofrecer el servicio con recursos propios, esto en caso de que incumplan algunos de los requisitos o tareas mencionadas en lo punto 31, incluyendo los incisos desde el a) hasta el j), así como por el incumplimiento de cualquier obligación del contrato La agencia contratada tendrá 30 días naturales para hacer efectivo el cambio. Para el profesional indicado en este apartado, la agencia podrá cobrar sus honorarios profesionales a través de un fee mensual (costo fijo, no variable).*” (folio 128 del expediente de objeción).

Criterio de la División: En relación con este alegato, se observa que la Administración propone determinadas modificaciones a las cláusulas 29.15 y 31.k; donde especifica una serie de causales a partir de las cuales podrían proceder la solicitud de cambios respectivos. Ahora bien, debe indicarse que en todo caso, de conformidad con el numeral 13 de la Ley de Contratación Administrativa, la Administración deberá cumplir con su deber de fiscalización del contrato. Por lo que debe adoptar las medidas de control interno necesarias y suficientes a fin de contar con herramientas idóneas que determinen el ajuste de la ejecución contractual a los términos fijados en el cartel, oferta y contrato. La adecuada y oportuna fiscalización, así como el contar con el recurso humano idóneo que pueda realizar tales funciones, es una responsabilidad que debe ser asumida con el rigor que el caso exige, aspecto que en criterio de este jerarca impropio, contempla la posibilidad de solicitar cambios como los estipulados en las cláusulas cartelarias recurridas. Adicionalmente, en caso que se requiera la modificación de las agencias de publicidad o del personal correspondiente, se deberá realizar dicha actuación mediante acto motivado, el cual debe constar en el expediente administrativo. Es decir, deberán incorporar al expediente las actuaciones debidamente motivadas que sirvieron de base para solicitar los cambios contemplados en las cláusulas recurridas. Conforme lo descrito, se declara parcialmente con lugar el presente extremo del recurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 175, 178 y 180 de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **LAS TRES LETRAS DEL GÉNESIS S. A.** en contra del cartel de la **licitación pública No. 2017LN-**

000010-01, promovida por el **BANCO DE COSTA RICA** para la “Contratación de hasta dos agencias de publicidad para el Banco de Costa Rica”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

ORIGINAL FIRMADO

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

ORIGINAL FIRMADO

Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

MCHA/tsv
NN: 16311 (DCA-3566-2017)
NI: 32097-33023-33110
G: 2017003862-1

