

R-DCA-0082-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veintiséis de enero de dos mil diecisiete.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **COMCAST MESOAMÉRICA S.A.** en contra del **Concurso 2017CA-0004-PROV**, promovido por **CABLE VISIÓN DE COSTA RICA S.A.** para la “Adquisición de cajas decodificadas para señal de televisión”, adjudicado a la empresa **NETWORK BROADCAST**.-----

RESULTANDO

II.- Que el ocho de enero del año en curso, la empresa Comcast Mesoamérica S.A. interpuso ante la Contraloría General de la República, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del Concurso 2017CA-0004-PROV promovido por Cable Visión de Costa Rica S.A.-----

II.- Que mediante auto de las quince horas con quince minutos del quince de enero del dos mil diecisiete, esta División le solicitó a la Administración remitir el expediente administrativo de la contratación en comentario, el cual fue remitido por medio del oficio CV-PROV-012-2018 del 15 de enero de 2018. -----

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

CONSIDERANDO

I.- Hechos probados: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que Cable Visión de Costa Rica S.A. promovió el Concurso 2017CA-0004-PROV para la “Adquisición de cajas decodificadas para señal de televisión”, adjudicado a la empresa, en el que participaron las siguientes empresas: a) Oferta No.1: Network Broadcast S.A. Caja normal: \$37,42, Cardless \$ 40,72, b) Oferta No.2: Comcast Mesoamérica S.A., Caja normal: \$38, Cardless \$38, c) Oferta No.3: Redetel S.A., Caja normal \$38, Cardless \$38, d) Oferta No.4: Netway S.A., Caja normal \$32,35, Cardless \$31,76 (folios que van del 81 al 83 del expediente administrativo). **2)** Que el día 12 de diciembre al ser las once horas se realizó el acto de apertura de la convocatoria a mejora de precios, en el que las empresas presentaron los siguientes precios: a) Comcast Mesoamérica S.A.: Caja normal \$34,95 y Caja sin tarjeta o Cardless \$34,95 y b) Network Broadcast S.A. Caja normal: \$36.74 y Caja sin tarjeta o Cardless \$40,14 (folio 283 del expediente administrativo). **3)** Que por medio

del oficio CVDI-0234-2017 del 18 de diciembre de 2017 cuyo asunto señala “Justificación técnica Set Top Box”, al analizar las ofertas se indica lo siguiente: “(...) *Según revisión de oferta proveedor Comcast Mesoamérica S.A. / No se entregaron la cantidad de muestras solicitadas, en revisión de la muestra única entregada no cuenta con control universal, por lo cual no es posible comprobar dicho requerimiento, lo anterior a pesar que el proveedor de manera escrita indica que sí cumple con el mismo. Se considera técnicamente que la no entrega física es un incumplimiento de lo estipulado y lo cual imposibilita comprobar las características y funcionalidad (...)*” (folio 294 del expediente administrativo). **4)** Que por medio del oficio CVGG-0374-2017 del 21 de diciembre de 2017, con vistas en el oficio CV-Prov-00109-2017 con el que se emite la recomendación de adjudicación, el señor Marvin Rojas Varela en su condición de Gerente General de Cable Visión de Costa Rica dicta el acto de adjudicación del concurso bajo estudio para los ítems 1 y 2, a favor de la empresa Network Broadcast S.A. (folios que van del 318 al 320 del expediente administrativo). -----

II.- Sobre la admisibilidad del recurso presentado. El artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa dispone que: “*La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso, o en caso contrario, su rechazo por inadmisibles o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos.*” En relación con lo anterior, el artículo 186 del Reglamento a dicha ley dispone que: “*Dentro del plazo de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo para apelar, la Contraloría General de la República deberá analizar la admisibilidad y procedencia general del recurso, procurando detectar en esta etapa las gestiones inadmisibles o manifiestamente improcedentes, para proceder a su rechazo inmediato.*” De tal forma que como aspecto de primer orden corresponde que este órgano contralor se pronuncie con respecto a la admisibilidad del recurso, para lo cual resulta indispensable que la empresa recurrente logre acreditar la elegibilidad de su oferta con el fin de determinar si le asiste un mejor derecho a la adjudicación. Puesto que caso contrario, al no lograr acreditar la elegibilidad de su plica, la impugnación deberá ser rechazada de plano por improcedencia manifiesta. En ese sentido, se procede a analizar los argumentos que expone la empresa recurrente para acreditar la elegibilidad de su propuesta. La empresa apelante manifiesta que su representada presentó la oferta con un mejor precio que la presentada por el adjudicatario, y cumple con las especificaciones técnicas solicitadas por la Administración. Alega que la Administración adjudicó a una oferta más alta y que no llenaba a cabalidad los aspectos cartelarios requeridos. Asegura que de haberse realizado una debida valoración de las ofertas, su representada sería la virtual adjudicataria de la licitación de cita, por haber

cumplido con los requerimientos técnicos y legales necesarios, y contar con la mejor oferta en cuanto a precio. Acusan una ventaja indebida por inadecuada valoración de las ofertas, siendo que en las recomendaciones de adjudicación CVDI-0234-2017 indica que la muestra presentada cumple parcialmente, es un factor subsanable y en el acta de adjudicación CVGG-0374-2017 expresa claramente: "...y teniendo en cuenta que el oferente aportó los requerimientos realizados para subsanar..." demuestra que la empresa adjudicataria fue advertida y se le hizo de su conocimiento para poder aportar la subsanación de la misma, siendo un cambio y una modificación sustancial del hardware de la muestra aportada. Mientras que indica que en el caso de su oferta no se advirtió ni le dieron oportunidad de poder subsanar el accesorio (el control remoto universal) solicitado por la administración. Consideran que las grandes fábricas que producen estos equipos tienen una gran variedad de controles y que por error humano no llegó junto con la muestra el que se solicitaba. **Criterio de la División.** En el caso sometido al conocimiento de este órgano contralor, se observa que Cable Visión de Costa Rica S.A., promovió un concurso para la "Adquisición de cajas decodificadas para señal de televisión" (hecho probado No.1). En dicha contratación participaron, entre otras, las empresas Comcast Mesoamérica S.A., Caja normal: \$38, Cardless \$38, c) Oferta No.3: Redetel S.A., Caja normal \$38, Cardless \$38, d) Oferta No.4: Netway S.A., Caja normal \$32,35, Cardless \$31,76 (hecho probado No.1). Dentro del cartel del concurso bajo análisis, se incluyó un mecanismo de reajuste de precio, que una vez aplicado arrojó los siguientes resultados: a) Comcast Mesoamérica S.A.: Caja normal \$34,95 y Caja sin tarjeta o Cardless \$34,95 y b) Network Broadcast S.A. Caja normal: \$36.74 y Caja sin tarjeta o Cardless \$40,14 (hecho probado No.2). Sin embargo, al momento de efectuar el análisis de las ofertas, la Administración por medio del oficio CVDI-0234-2017 del 18 de diciembre de 2017 cuyo asunto señala "Justificación técnica Set Top Box", al analizar las ofertas se indica lo siguiente: "(...) *Según revisión de oferta proveedor Comcast Mesoamérica S.A. / No se entregaron la cantidad de muestras solicitadas, en revisión de la muestra única entregada no cuenta con control universal, por lo cual no es posible comprobar dicho requerimiento, lo anterior a pesar que el proveedor de manera escrita indica que sí cumple con el mismo. Se considera técnicamente que la no entrega física es un incumplimiento de lo estipulado y lo cual imposibilita comprobar las características y funcionalidad (...)*" (hecho probado No.3). De tal forma que a partir de dicho criterio, se procedió a excluir la oferta presentada por el apelante y por medio del oficio CVGG-0374-2017 del 21 de diciembre de 2017 se dicta el acto de adjudicación del concurso de marras a favor de la

empresa Network Broadcast S.A. para los ítems 1 y 2 (hecho probado No.4). Ahora bien, el cartel de la contratación en estudio, para ambos ítems, establecía lo siguiente: “(...) *Se requiere el envío de muestras de los equipos para validar funcionamiento y compatibilidad con red y plataformas, se requiere que las mismas sean entregadas dentro de los cinco (5) días hábiles después de la apertura de ofertas, en lugar de entrega indicada en cartel (...)*” (páginas 18 y 23 del cartel del concurso). Igualmente, tratándose del control remoto el cartel disponía que: “(...) *se requiere que los decodificadores digitales se personalicen a con el logo oficial de Kölbi: en el control, en el chasis del STB, en la interfaz interna al encender el decodificador (...)*” (páginas 18 y 23 del cartel del concurso). Y agrega que es: “(...) *Requerido que sea un control universal, debe incluir baterías, logo Kölbi y códigos respectivos para su configuración (...)*” (páginas 21 y 26 del cartel del concurso). En el Anexo 4 del cartel, en cuanto a la solicitud de muestras de ambos ítems, se dispone lo siguiente:

PARTIDA	ITEMS	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	REQUERE MUESTRA	CANTIDAD DE MUESTRA
1	1	Cajas Decodificadoras para Señal de Televisión Digital	UNIDAD	SI	5
	2	Cajas Decodificadoras para Señal de Televisión Digital - (Cardless)	UNIDAD	SI	5

(Anexo 4 “Presentación de Muestras”). Mientras que en el Anexo 3 del cartel en cuanto a los aspectos que se revisan en el control de calidad se indica lo siguiente: “(...) *a. Verificación de las principales características del material entregado como marca, modelo. / b. Verificación de la cantidad entregada, accesorios, inspección de estado general y cumplimiento de especificaciones de preferencia. / c. Compatibilidad con red y plataformas (...)*” (Anexo 2 “Control de Calidad”). Por consiguiente, a partir del contenido del cartel se debían presentar muestras de cada uno de los ítems incluyendo sus accesorios, dentro de los cuales se encuentre el control remoto. En consecuencia, es claro que efectivamente cada oferente debía remitir los objetos de muestra incorporando el control remoto para cada ítem. En el caso del apelante, este no incluyó el control remoto dentro de las muestras remitidas, lo que la Administración entendió como un aspecto insubsanable que ameritaba la exclusión (hecho probado No.3). Al respecto, si bien el apelante estima que se trata de un aspecto subsanable y que debió la Administración haberle requerido subsanar dicho aspecto, más allá de proceder a

determinar si se trata de un aspecto subsanable; debe considerarse: a) la regulación normativa en cuanto a la subsanación que resulta aplicable y b) la tesis sostenida de este órgano contralor en cuanto al momento en el que se deben subsanar aquellos vicios susceptibles de subsanación que no fueron requeridos durante la tramitación del procedimiento de contratación y que fueron considerados para efectos de justificar la exclusión de un oferente. En materia de subsanación el artículo 60 del Reglamento para los Procesos de Contratación de las Empresas del Instituto Costarricense de Electricidad establece lo siguiente: “(...) *Artículo 60. Subsanciones. Una vez abiertas las ofertas se procederá con una etapa de saneamiento y corrección, de los aspectos sustanciales o insustanciales, salvo aquellos casos en que se le confiera una ventaja indebida al oferente. / Esta prevención podrá realizarse de oficio, por señalamiento de alguno de los participantes o a solicitud de parte interesada. / No será necesario prevenir la subsanación de aquellas omisiones relacionadas con aspectos exigidos por el Cartel, que no requieren una manifestación expresa del oferente para conocer los alcances puntuales de su propuesta, en cuyo caso se entenderá que acepta las condiciones (...)*”. Dicho artículo añade una lista, abierta y no taxativa, que incluye algunos aspectos que se consideran subsanables, sin que sean los únicos. En cuanto al concepto de ventaja indebida, al interpretar una versión anterior de la normativa que regula las contrataciones de las empresas del Grupo ICE, este órgano contralor a través de la resolución R-096-2010 de las diez horas del veintinueve de octubre del dos mil diez indicó lo siguiente: “(...) *Dentro del cuadro fáctico que se presenta, para efectos de resolver el recurso, tomando en consideración que existe una norma en la que se indica que cualquier aspecto podrá ser subsanado siempre que no le confiera una ventaja indebida al oferente, es claro que un primero elemento que se debe abordar es la definición de los alcances del término “ventaja indebida”, ya que el precepto normativo deja librada al operador jurídico la labor de interpretar lo que se entiende por ventaja indebida, de cara a cada caso concreto. Así las cosas, debe considerarse que esa función hermenéutica, entran en juego los principios que rigen la materia de contratación administrativa. Entiende este Despacho que existe 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 oferentes, 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 (...)*”. La lectura reseñada en el extracto anterior,

resulta de plena aplicación en este caso, en el que si bien la Administración determinó que se trataba de un aspecto insubsanable, no existe un razonamiento a partir del cual se expliquen las razones por las que se considera que la subsanación de las muestras, y en particular del control remoto universal, genere una ventaja indebida a favor del oferente. Por el contrario, al tenor del cuadro fáctico que se expone pareciera que se trata de un vicio que podría ser susceptible de subsanación por cuanto no se observa ningún supuesto en el que dicha subsanación pueda generar una ventaja indebida a favor del recurrente. Sin embargo, más allá de lo expuesto, es pertinente referirse al momento oportuno para realizar la subsanación. Si bien es cierto, el procedimiento de contratación parte del principio de eficiencia, que entre otros aspectos implica que se privilegie el contenido sobre la forma, y la figura de la subsanación se convierte en una piedra angular dentro de los cometidos que propugna dicho principio, lo cierto es que la subsanación no puede entenderse como una figura irrestricta o ilimitada. Por el contrario, para que la subsanación sea útil en los procedimientos de contratación y no se convierta en un aspecto que más bien afecte negativamente la correcta tramitación del procedimiento a través de una dilación exacerbada en los tiempos del análisis de las ofertas, se le debe dar una lectura ajustada a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por consiguiente, se entiende que la figura de la subsanación en los procedimientos de contratación encuentra los límites que la razonabilidad y proporcionalidad imponen, circunscribiéndose siempre del alcance del principio de eficiencia. Dentro de ese escenario, es que este órgano contralor ha interpretado que el momento oportuno para subsanar aquellos vicios que sean susceptibles de subsanación y que no hayan sido subsanados ante la Administración en el transcurso del procedimiento, es la presentación del recurso de apelación. De tal forma que cualquier aspectos o vicio que se acuse como subsanable por parte del apelante, no basta con el mero señalamiento sino que además se requiere que necesariamente sea solventado el vicio con la interposición del recurso de apelación. La lógica inmersa dentro de la interpretación expuesta, radica específicamente en que de lo contrario, aún cuando se trate de un aspecto subsanable, si éste no es subsanado con la interposición del recurso, deja a la Administración imposibilitada para evaluar dicha subsanación pero además obligaría a la este órgano contralor a anular un acto de adjudicación dictado, por la simple expectativa carente de certeza en cuanto a que el apelante subsane el vicio en la vía administrativa. Por lo tanto, se trata de un supuesto que resultaría ser totalmente contrario al principio de eficiencia y que además se apoya en lo que dispone el artículo 185 al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en cuanto a la fundamentación que se

requiere para superar la fase de admisibilidad de la impugnación del acto de adjudicación, que en lo conducente dispone que: “(...) *El apelante deberá aportar la prueba en que se apoyen sus argumentaciones, y cuando discrepe de los estudios que sirven de motivo para adoptar la decisión, deberá rebatir en forma razonada tales estudios, aportando los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados en la materia que se impugna. / El ofrecimiento de prueba que no pueda presentarse al momento de la interposición del recurso, deberá contemplarse en el escrito de apelación, con indicación expresa de los motivos por los cuales no puede ser aportada en ese momento. En todo caso, la presentación de dicha prueba debe realizarse dentro del primer tercio del plazo con que cuenta la Contraloría General de la República para resolver el recurso (...)*”. De ahí que le sea exigible al apelante aportar como parte de su escrito de interposición del recurso la totalidad de la prueba en que funde sus alegatos, dentro de los cuales se encuentra la subsanación de aquellos aspectos que estima subsanables y que fueron utilizados para fundamentar la exclusión de su plica. Con respecto al tema en cuestión, este órgano contralor se ha pronunciado, entre otras, en la resolución resolución R-DJ-161-2009 de las diez horas del veintiocho de setiembre del dos mil nueve, manifestó: “*Ahora bien, es criterio de este Despacho, con fundamento en los principios que informan la contratación administrativa, como lo son los principios de eficacia y eficiencia contemplados en el artículo 4° de la Ley de Contratación Administrativa y 2° de su Reglamento, que nuestro ordenamiento permite la subsanación de algunos elementos conformadores de la oferta, con el fin de hacer siempre prevalecer el contenido sobre la forma, de tal manera que se permita la conservación de las ofertas o, en su caso, el acto de adjudicación. Esto en tanto la actividad de contratación debe ser siempre orientada al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos públicos. De ahí que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa detalla en su artículo 81 una serie de aspectos subsanables. Por otra parte, en el caso en que un oferente se vea en la necesidad de subsanar la presentación de algún dato o elemento indispensable en su oferta de conformidad con el cartel del concurso, se requiere que efectivamente subsane dicha presentación, ya sea ante la propia Administración o bien ante esta Contraloría General, en caso de que interponga un recurso de apelación. Si no fuera posible subsanar la presentación ante la Administración (v.gr. que la respectiva Administración no acepte la subsanación en un momento posterior al establecido en el respectivo cartel), se hace necesario que se subsane dicha omisión al momento de interponer, en caso que*

corresponda, un recurso de apelación. En el presente caso vemos que, ni en fecha posterior al acto de apertura ni en la interposición del recurso de apelación, la aquí recurrente ha subsanado la presentación de la información requerida en cuanto a la experiencia del personal de la empresa. Al respecto es importante recordar aquí lo indicado en otras oportunidades por esta Contraloría General, donde se ha externado lo siguiente: “En relación con el argumento de la parte recurrente, en el sentido de que la lista de partes es de carácter subsanable; tal hipótesis carece de interés, toda vez que en la tramitación de expediente no se encuentra subsanación alguna de la lista. [...] Ha sido la línea de este órgano contralor que en aquellos casos en que se reclama el carácter subsanable de un documento, es menester subsanarlo a la hora de interponer el recurso de apelación (véase en ese sentido las resoluciones RC-616-2002 de las 9:00 horas del 26 de setiembre de 2002, RC-54-2003 de las 10:00 horas del 28 de enero de 2003 y R-DCA-120-2006 de las 14:00 horas del 24 de marzo de 2006), pues resultaría lesivo al interés público la anulación de la adjudicación para que proceda a subsanarse un aspecto cartelario y una vez realizado esto, aun se confirme la exclusión o lo resuelto inicialmente. Como puede verse en el recurso de apelación, pese a que se demanda la subsanación de la lista y en consecuencia se alega como desproporcionada la exclusión de la oferta, [...] aun suponiendo que la subsanación procediera, lo cierto es que a la hora de interponer el recurso la parte apelante no lo hizo, [...]” (Resolución R-DCA-119-2007 de las 10:00 hrs. del 19 de marzo de 2007). En consecuencia, siendo que la recurrente no ha subsanado la presentación de la información relativa a la experiencia del personal de la empresa al interponer su recurso de apelación, no logra entonces acreditar su mejor derecho en la adjudicación del concurso (...). En el caso concreto bajo estudio, se tiene que la Administración excluyó al oferente específicamente por no aportar el número de muestras solicitadas y por haber omitido presentar, dentro de la única muestra aportada, el control universal del equipo. Sin embargo, más allá de tratarse de un aspecto subsanable a la luz de la normativa aplicable, al momento de presentar el recurso, el apelante omite la presentación del control remoto universal como muestra para que sea analizado por parte de la Administración. A su vez, en el recurso de echa de menos un ejercicio argumentativo, en los términos que plantea el artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, tendiente a demostrar que se trate de un incumplimiento intrascendente que no amerite su exclusión, a pesar de mantenerse incumplido. En consecuencia, la omisión apuntada en cuanto a la presentación de la muestra en esta sede, en adición a la falta de un desarrollo argumentativo en relación con la trascendencia del

incumplimiento, generan que la oferta del apelante resulte inelegible y por lo tanto, no pueda ser susceptible de resultar adjudicataria. En esos términos, al no haber podido demostrar el recurrente la forma en la que se debe considerar su oferta como elegible, este no logra acreditar el mejor derecho que le corresponde y por consiguiente, se procede a **rechazar de plano el recurso por improcedencia manifiesta.** -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y siguientes de su Reglamento, se resuelve: **1) RECHAZAR DE PLANO**, el **recurso de apelación** interpuesto por **COMCAST MESOAMÉRICA S.A.** en contra del **Concurso 2017CA-0004-PROV**, promovido por **CABLE VISIÓN DE COSTA RICA S.A.** para la “Adquisición de cajas decodificadas para señal de televisión”, adjudicado a la empresa **NETWORK BROADCAST.** **2) Se confirma el acto de adjudicación.** **3) Se da por agotada la vía administrativa.** -----

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

ORIGINAL FIRMADO

Kathia Volio Cordero
Gerente Asociada a.í

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Alfredo Aguilar Arguedas

AAA/chc
NI: 56, 880, 1279
NN: (DCA--)
G: 2018000415-1

