



R-DCA-00487-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas quince minutos del cuatro de mayo del dos mil veintiuno.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **OPMN GROUP S.A (OGILVY)** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000000-0010000001** promovida por el **INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS (INS)**, para la “Contratación de agencias de publicidad para brindar servicios de mercadeo, comunicación y publicidad para las diferentes campañas del Instituto Nacional de Seguros e INS Servicios S.A., bajo la modalidad de convenio marco.”-----

RESULTANDO

I.- Que en fecha diecinueve de abril de dos mil veintiuno, la empresa OPMN Group S.A. (OGILVY), interpuso recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2021LN-000002-0001000001 promovida por el Instituto Nacional de Seguros (INS).-----

II.- Que mediante auto de las nueve horas con veintidós minutos del veintiuno de abril del dos mil veintiuno esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuesto por las empresas objetantes. Audiencia que fue atendida según escrito agregado al expediente digital de objeción.-----

III.- Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO PRESENTADO. i) Sobre Actividades y Organización

BTL. Señala la objetante que los puntos 5 y 6 del Aparte V, Capítulo I, establecen lo siguiente:

“5. Para actividades (organización y BTL), la agencia deberá tener todos los requerimientos listos con al menos (1) una hora de anticipación a la actividad de acuerdo con el cuadro adjuntado, con el propósito de dar el servicio adecuado que se solicite. / El Instituto Nacional de Seguros e INS Servicios S.A. realizará (n) actividades masivas que serán coordinadas con la Agencia con anticipación, de acuerdo con los tiempos mínimos establecidos en el siguiente cuadro:

COORDINACIÓN DE SERVICIOS			
<i>Cant. personas</i>	<i>Tiempo mínimo de coordinación</i>	<i>Reprogramación del evento**</i>	<i>Cancelación del evento**</i>
<i>De 01 a 100</i>	<i>12 horas</i>	<i>06 horas</i>	<i>06 horas</i>
<i>De 101 a 300</i>	<i>24 horas</i>	<i>12 horas</i>	<i>12 horas</i>

De 301 a 500	36 horas	18 horas	18 horas
De 501 en adelante	48 horas	24 horas	24 horas

***Todas las horas serán contabilizadas a partir de la comunicación emitida vida (sic) correo electrónico por la Dirección de Mercado. / -La agencia debe permitir cambios por reprogramación o cancelación de eventos según el detalle del cuadro anterior. / -Los costos incurridos por motivos de cancelación se valorarán cada caso en particular, debido a la diversidad de las actividades y requerimientos. / -Las horas se contabilizarán en tiempo natural. / -La agencia debe considerar la posibilidad de alcanzar la atención de cantidades de personas superiores a 800, hasta las 1000 personas inclusive.”/ 6. La Administración podrá solicitar la cancelación del servicio solicitado por cambio de planes, en virtud de las necesidades institucionales, sin costo alguno, según el cuadro anterior “Coordinación de Servicios”. Además, en la página 28 del nuevo pliego de condiciones, se establece que: “...queda entendido que no se considera dentro del alcance del porcentaje de la subcontratación, las labores de suministro de materiales, confección de los artículos promocionales, montaje de eventos, catering service para los eventos, impresos y producción de materiales asociados, que se requiera o para la prestación del servicio. Por lo que se autoriza la subcontratación de hasta el 100% de dichas actividades”. Partiendo del hecho que prácticamente todos los servicios relacionados a BTL, el adjudicatario podrá subcontratarlos en un 100%, pues por la naturaleza y características de estas actividades, se requieren servicios disímiles que la empresa, probablemente no podrá realizar por sí sola, el adjudicatario deberá elaborar contratos con subcontratistas, para reservar locaciones, equipos técnicos, mobiliario, personal especializado, entre otros, para garantizar la disponibilidad del recurso para el momento del evento. Estos compromisos contractuales, por lo general, contemplan multas y sanciones económicas por cancelaciones, reprogramaciones o cambios previos a la realización del evento, los cuales no están sujetos, ni vinculados a la cantidad de personas. Hay una contradicción en cuanto a la posición de la Administración referente a las cancelaciones y/o reprogramaciones, pues de las notas aclaratorias del cuadro de coordinación de servicio del punto No. 5 establece que “...los costos incurridos por motivos de cancelación, se valorarán cada caso en particular, debido a la diversidad de las actividades y requerimientos”, mientras que el punto No. 6 establece que “La Administración podrá solicitar la cancelación del servicio solicitado por cambio de planes, en virtud de las necesidades institucionales, sin costo alguno, según el cuadro anterior “Coordinación de Servicios”. Solicita ajustar el cuadro de coordinación de servicios, de manera que, las horas estipuladas para notificación de reprogramación y/o cancelación de eventos sean más acordes a los términos y condiciones que los subcontratistas establecen en materia de realización de eventos. Por ejemplo, la industria hotelera o cualquier lugar de alquiler*

de locaciones establece multas o sanciones económicas por cambios al contrato solicitados 24 horas previo a la realización del evento. Se exceptúa del punto anterior, los casos de fuerza mayor o caso fortuito, que claramente tienen una implicación de índole nacional. La Administración manifestó que, lleva razón el recurrente al indicar una contradicción cartelaria, por lo cual se realizar la siguiente modificación al cartel quedando ambas cláusulas de la siguiente manera: *“Punto 5: Para actividades (organización y BTL), la agencia deberá tener todos los requerimientos listos con al menos (1) una hora de anticipación a la actividad de acuerdo con el cuadro adjuntado, con el propósito de dar el servicio adecuado que se solicite. / El Instituto Nacional de Seguros e INS Servicios S.A. realizará (n) actividades masivas que serán coordinadas con la Agencia con anticipación, de acuerdo con los tiempos mínimos establecidos en el siguiente cuadro:*

COORDINACIÓN DE SERVICIOS			
<i>Cant. personas</i>	<i>Tiempo mínimo de coordinación</i>	<i>Reprogramación del evento**</i>	<i>Cancelación del evento**</i>
<i>De 01 a 100</i>	<i>24 horas</i>	<i>24 horas</i>	<i>24 horas</i>
<i>De 101 a 300</i>	<i>24 horas</i>		
<i>De 301 a 500</i>	<i>26 horas</i>		
<i>De 501 en adelante</i>	<i>48 horas</i>		

***Todas las horas serán contabilizadas a partir de la comunicación emitida vía correo electrónico por la Dirección de Mercadeo. / · La agencia debe permitir cambios por reprogramación o cancelación de eventos según el detalle del cuadro anterior. / · Los costos incurridos por motivos de cancelación serán asumidos por la agencia; siempre y cuando la Administración se haya ajustado a las horas mínimas para anunciar la cancelación. Caso contrario las obligaciones deberán ser pagadas según monto ofertado en el miniconcurso por la agencia que resultó adjudicataria de ese requerimiento. / · Las horas se contabilizan en tiempo natural. / · La agencia debe considerar la posibilidad de alcanzar la atención de cantidades de personas superiores a 800, hasta las 1000 personas inclusive.”* En cuanto al punto 6, se procederá a eliminar por completo esta cláusula ya que reitera lo indicado en el punto anterior (punto 5) y ocasiona la confusión señalada por el objetante. Finalmente indica, para lo que refiere el recurrente a sus posibles contratos (incluso a un 100% de la subcontratación para

actividades BTL), se considera que está de más indicar y aclarar que bajo ningún escenario la Administración tiene responsabilidades para con los subcontratistas y que la relación contractual es directa entre Administración-Agencia-Administración. De esta manera, con el fin de estandarizar el plazo de notificación previa para que la Administración comunique al adjudicatario la cancelación de un evento, se propone la modificación para dejarlo con una antelación de 24 horas naturales tal como se muestra en la modificación supra citada. **Criterio de la División.** En el presente alegato la objetante impugna los puntos 5 y 6 del Aparte V Condiciones Técnicas para el Oferente, del Capítulo I. Al respecto, esta División procedió a revisar las modificaciones que en esta oportunidad la Administración introdujo al cartel mediante el documento “Modificaciones al cartel VF.pdf” (agregado a folios 8 y 11 del expediente digital de objeción), y observa que el clausulado objetado en esta oportunidad no fue objeto de ninguna modificación, por lo tanto **el alegato se encuentra precluido**. Sobre la preclusión procesal esta División ha indicado: *“Así las cosas, al tratarse de una etapa posterior, la posibilidad de recurrir queda limitada a las modificaciones efectuadas al cartel y no sobre las cláusulas consolidadas de la versión inicial de éste. Por lo tanto, cualquier alegato que verse sobre una cláusula o contenido del pliego no sujeta a variación, se encuentra precluida, ya que el momento procesal oportuno para impugnar era una vez conocido el contenido del cartel original y haber ejercido la acción recursiva en tiempo. Al respecto conviene remitir al principio de preclusión el cual se entiende como pérdida o extinción de una facultad legal, por lo que no es posible admitir a conocimiento de esta División alegatos precluidos ya que tal proceder atentaría entre otros aspectos, contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel hasta que éste se consolide y por razones de seguridad jurídica, por cuanto las cláusulas que se consolidan se entienden firmes, no existiendo una posibilidad ilimitada en cuanto al momento de objetar el cartel durante el procedimiento de contratación. A mayor abundamiento, conviene señalar que “(...) las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal.” (PACHECO, Máximo, *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). (...)”* (R-DCA-0261-2018 de las doce horas cincuenta minutos del trece de marzo de dos mil dieciocho). Lo expuesto anteriormente, aplica para el caso que se discute en el tanto el momento procesal oportuno para recurrir las cláusulas 5 y 6 del Aparte V Condiciones Técnicas para el Oferente, Capítulo I, era cuando se realizó la primera publicación del cartel (versión original). De conformidad con lo expuesto procede el **rechazo de plano** del recurso de objeción presentado en el presente extremo por preclusión procesal. No obstante lo resuelto, se tiene

que la Administración consideró necesario modificar los términos de las cláusulas 5 y 6 del Aparte V Condiciones Técnicas para el Oferente, del Capítulo I, siendo que efectivamente se observó una inconsistencia en los requerimientos, pues por un lado el punto 5 indica que los costos incurridos por motivos de cancelación se valorarán en cada caso y seguidamente el punto 6 indica que la Administración puede solicitar cancelaciones de servicio sin costo alguno. Al respecto, se tiene que la cláusula será modificada determinando que los costos incurridos por motivos de cancelación serán asumidos por la agencia siempre y cuando la Administración se haya ajustado a las horas mínimas para anunciar la cancelación. Caso contrario las obligaciones deberán ser pagadas según monto ofertado en el miniconcurso por la agencia que resultó adjudicataria de ese requerimiento. Valga destacar que en esta modificación y a solicitud de la objetante también se determinó modificar los tiempos de coordinación, tiempos de reprogramación a 24 horas y los tiempos de cancelación del evento a 24 horas y además eliminó el punto 6 que generaba la contradicción identificada por el objetante. Así las cosas, es criterio de esta División que el allanamiento de la Administración sobre lo pretendido por la objetante, versa exclusivamente sobre su responsabilidad pues es ella, quien determina y motiva las condiciones cartelarias con el objetivo de satisfacer la necesidad pública que se persigue y en este sentido, las modificaciones propuestas se entienden de manera oficiosa de conformidad con los términos del artículo 60 del RLCA, el cual establece que la Administración puede modificar el cartel de oficio en tres oportunidades. De conformidad con lo anterior, se debe proceder con la modificación señalada por la Administración y darle la debida publicidad al cartel para conocimiento de todo potencial oferente. **ii) Sobre la carta de anunciantes.** Señala la objetante que el Capítulo I, Aparte VI punto 6 se establece lo siguiente: *“El oferente deberá presentar cartas de al menos 4 anunciantes (firmadas digitalmente sea por un representante legal de la empresa o el director (a) de mercadeo / director (a) comercial de la empresa), cuya inversión en medios nacionales en planes de medios gestionados con la (s) Agencia (s) **para el periodo 2018-2020, sea igual o superior a 350.000 USD cada anunciante**, estas cartas deberán acompañarse de reportes emitidos y certificados por una empresa de monitoreo de medios”*. Considerando que el impacto de la pandemia en el año 2020, repercutió drásticamente en la actividad comercial del país y siendo la industria publicitaria una de las más afectadas, solicita replantear los criterios del plazo ejecucional e inversión presupuestaria del requisito anterior, con el fin de permitir que un mayor número de ofertas. Los mismos datos aportados por la Administración referente a la estimación de consumo / inversión anual año anteriores

para los servicios de agencia publicidad (Capítulo I, Aparte I), son un reflejo de la situación vivida durante el 2020. En dicho cuadro se evidencia que la cantidad total de solicitudes en el año 2020 disminuyó en un 51.09% con respecto al año anterior (786 vs. 1.607 solicitudes respectivamente), lo que implicó una disminución en la inversión del 33.89%. Adicionalmente, cabe mencionar que durante el año 2020, los Festivales Publicitarios en nuestro país, que anualmente son realizados por la Asociación Comunidad de Empresas de Comunicación Comercial de Costa Rica, fueron cancelados, precisamente por la difícil situación que enfrentó la industria publicitaria, debido la crisis sanitaria del COVID-19. Ante los hechos presentados, solicita ampliar el plazo de ejecución a los cinco (5) años anteriores a la fecha de apertura de las ofertas y establecer un rango de inversión presupuestaria por anunciante que oscile entre los US\$250.000 a US\$300.000. Menciona que la modificación planteada tiene como fin ampliar el plazo y espectro comercial, de forma que los oferentes estén en la capacidad y posibilidad material de acreditar la experiencia y atestados requeridos. En este caso, la fuerza mayor y el caso fortuito incidieron negativamente en la actividad comercial, y la ampliación es requerida para que el requerimiento esté disponible para todos los oferentes interesados. La Administración manifestó que, aclara que las 4 cartas solicitadas no estaban sujetas a actividades a desarrollarse solo para el período 2020, dado que ya se había considerado el factor afectación por pandemia, sino que el oferente tenía la oportunidad de presentar para desarrollo de proyectos ejecutados a partir del 2018 en adelante. Sin embargo, con el fin de no limitar la participación de potenciales oferentes se modificará la cláusula de la siguiente manera: *“El oferente deberá presentar cartas de al menos 4 anunciantes (firmadas digitalmente sea por un representante legal de la empresa o el director(a) de mercadeo / director(a) comercial de la empresa), cuya inversión en medios nacionales en planes de medios gestionados con la (s) Agencia (s) para el periodo 2016-2020, oscile entre los 250.000 USD a los 350.000 USD para cada anunciante, estas cartas deberán acompañarse de reportes emitidos y certificados por una empresa de monitoreo de medios. Estas cartas no deberán tener más de un mes de emitidas (a considerarse desde la fecha de invitación de esta contratación)”*. **Criterio de la División.** En el presente alegato la objetante solicita modificar el plazo del periodo de la inversión a 5 años anteriores a la fecha de apertura de las ofertas y establecer un rango de inversión presupuestaria por anunciante que oscile entre los US\$250.000 a US\$300.000, lo cual sustenta en el impacto que tuvo la pandemia provocada por el COVID-19 el año anterior, así mismo, presenta una serie de estadísticas para evidenciar la disminución del servicio, partiendo de los datos que la Administración introduce en esta

oportunidad al cartel, sobre el consumo anual de años anteriores. En relación con la pretensión se tiene que la Administración se allana de forma total al requerimiento e indica que modificará la cláusula en relación con el periodo de ejecución del 2016 al 2020 y los montos de inversión para que oscilen entre 250.000 USD a los 350.000 USD, con lo que se observa que se satisface la pretensión de la objetante. Valga destacar que esta División entiende que la modificación planteada deriva de un análisis de las condiciones del cartel en función de la necesidad pública que se persigue, cuya responsabilidad es de exclusivo resorte de la Administración licitante. De conformidad con lo anterior, procede **declarar con lugar** el recurso de objeción en el presente extremo. **iii) Sobre Campañas masivas ejecutadas por la (s) agencia (s) en los últimos tres años.** Señala la objetante que Los puntos 11, 12 y 13 (Aparte VI Capítulo I), establecen lo siguiente: “11. *Presentar declaración jurada (firmada digitalmente por el representante legal de cada cliente o quien este autorice), que demuestre la realización de campañas ejecutadas por la (s) agencia (s) en los últimos tres años, según se indica a continuación: **12. Tres campañas publicitarias: una con una inversión superior a 300.000,00 USD, otra con una inversión igual o superior a 200 000,00 USD y 1 con una inversión de 100 000,00 USD, que incluya producción, planificación y ejecución en medios (ATL, BTL, digitales). Deberá presentar 3 casos por cada año.** Para cada campaña deberá indicar: nombre, cliente, duración, grado de efectividad (alcances propuestos y resultados a nivel de plan de medios y de efectividad en ventas o imagen) así como el cumplimiento de los objetivos plasmados para cada campaña*”. / 13. *Presentar un caso de éxito de una campaña o estrategia con interés comercial para alguna de las cuentas que maneja la agencia (s) y que haya sido implementada 100% en medios digitales, la misma debe incluir contenidos en redes sociales, implementación en el sitio web de la empresa, pauta publicitaria, atracción de clientes, entre otros. Deberán presentar el caso con ejemplos de la ejecución, nombre del cliente, duración, propuesta de medios y contenidos, grado de efectividad (alcances propuestos y resultados) para el cumplimiento de los objetivos plasmados para la campaña*”. Partiendo del impacto económico de la pandemia durante el año 2020 y siendo la industria publicitaria una de las más afectadas, hecho que quedó evidenciado por los mismos datos de estimación de consumo e inversión aportados por la Administración en el nuevo pliego de condiciones, solicita replantear los criterios sobre la cantidad de casos a presentar por año, plazo ejecucional e inversión presupuestaria del requisito 11 y 12. Asimismo solicita fusionar el punto 13, referente a casos de éxitos de campañas implementadas 100% en medios digitales, bajo el mismo requerimiento de los puntos 11 y 12, incluyendo dicha una modalidad de ejecución, como una opción más que tiene el oferente para demostrar la experiencia positiva en implementaciones integrales de proyectos de comunicación. Además, solicita ampliar el plazo

ejecucional a los cinco (5) años anteriores a la fecha de apertura de las ofertas y establecer rangos de inversión presupuestarios según la siguiente categorización de canales de implementación y ejecución: *“Producción + implementación en medios ATL + Digital + BTL: US\$200.000 a US\$250.000. / Producción + implementación en medios ATL: US\$100.000 a US\$150.000. / Implementación 100% Medios digitales: US\$12.500 a US\$25.000. /Evento y/o Actividades BTL: US\$12.500 a US\$25.000.”* Con respecto a la cantidad de proyectos a aportar, se solicita a la Administración delimitar a un (1) caso de éxito por categoría de implementación y ejecución. Si el propósito de la Administración con los requisitos establecidos en los puntos 11, 12 y 13 (Aparte VI Capítulo I) es calificar la experiencia positiva del oferente al implementar varios proyectos por vías de ejecución diferentes y con presupuestos de inversión distintos; dicha experiencia puede demostrarse limitando cada ejecución: i). Producción + Implementación en medios ATL + Digital + BTL, ii). Producción + Implementación en medios ATL, iii) Implementación 100% Medios digitales y iv) Evento y/o Activaciones BTL) a una categoría comercial y/ de servicio, de manera que, no solo se evalúe la capacidad del oferente en administrar proyectos con presupuestos de inversión diferentes y ejecutados por canales distintos, sino también, se evalúe la capacidad del oferente en adaptarse a categorías comerciales y/o de servicios diferentes, mediante soluciones creativas e innovadores, a nivel de contenido y ejecución. Reitera que la fuerza mayor y el caso fortuito incidieron negativamente en la actividad comercial de las Agencias de Publicidad, y la ampliación es requerida para que el requerimiento esté disponible para todos los oferentes interesados. La Administración manifestó respecto al punto de demostrar experiencia en campañas masivas que, con el fin de no limitar la participación de potenciales se modificará la cláusula de la siguiente manera: *“Cláusula 11: Presentar declaración jurada (firmada digitalmente por el representante legal de cada cliente o quien este autorice), que demuestre la realización de campañas ejecutadas por la (s) agencia (s) en los últimos cinco (5) años (contados a partir de la fecha de invitación de la presente contratación), según se indica a continuación: a) Proyectos con el siguiente detalle: · Producción, implementación en medios ATL, Digitales y BTL: Inversión que oscile entre los 250.000 y 300.000 USD. / · Producción, implementación en medios ATL: Inversión que oscile entre los 200.000 a 250.000 USD. / Implementación en Medios digitales (100%): Inversión de 14.000 a 20.000 USD. Eventos y/o Activaciones BTL: Inversión de 14.000 a 20.000 USD. / Para lo cual, deberán presentar 2 casos o proyectos ejecutados durante el período supra citado. Para cada campaña deberá indicar: nombre, cliente, duración, grado de efectividad (alcances*

propuestos y resultados a nivel de plan de medios y de efectividad en ventas o imagen) así como el cumplimiento de los objetivos plasmados para cada campaña. b) Para los 2 casos a presentar respecto al proyecto con implementación 100% en medios digitales, los mismos debe incluir contenidos en redes sociales, implementación en el sitio web de la empresa, pauta publicitaria, atracción de clientes, entre otros. Deberán presentar ambos casos con ejemplos de la ejecución, nombre del cliente, duración, propuesta de medios y contenidos, grado de efectividad (alcances propuestos y resultados) para el cumplimiento de los objetivos plasmados para la campaña.” Tal como se muestra se elimina la numeración de las cláusulas 12 y 13 dado que son parte del contenido de la No.11, por lo que se les agrega otro tipo de numeración para mantener esa lógica. Por otra parte, se acogió parcialmente el recurso en el sentido de no ajustarse exactamente a las cantidades y montos de inversión solicitados. Lo anterior debido a que es responsabilidad de la Dirección de Mercadeo, como Unidad Usuaria a cargo del concurso, de no desmejorar en ningún sentido los requisitos y condiciones que permitirán en otra etapa a certificar un servicio de calidad y evidentemente dentro del estudio de las ofertas recibidas se pueda evaluar completamente la capacidad de cada agencia de publicidad.

Criterio de la División. En el presente alegato la objetante recurre las cláusulas 11, 12 y 13 Aparte VI Requisitos Técnicos para el oferente, argumentando que considera necesario replantear los requerimientos cartelarios en cuanto a las campañas publicitarias que se requiere acreditar, debido al impacto que provocó el COVID-19 durante el año pasado y además tomando como referencia el cuadro de consumo que la Administración introdujo al cartel mediante la modificación. Concretamente, los ajustes solicitados se refieren a los siguientes aspectos: **a)** Ampliar el plazo de ejecución a 5 años anteriores a la fecha de apertura de las ofertas, sobre lo cual la Administración accedió según se observa en la modificación pretendida: “(...)que demuestre la realización de campañas ejecutadas por la (s) agencia (s) en los últimos cinco (5) años (contados a partir de la fecha de invitación de la presente contratación), (...)”. **b)** Establecer rangos de inversión presupuestarios según la siguiente categorización de canales de implementación y ejecución: “Producción + implementación en medios ATL + Digital + BTL: US\$200.000 a US\$250.000. / Producción + implementación en medios ATL: US\$100.000 a US\$150.000. / Implementación 100% Medios digitales: US\$12.500 a US\$25.000. /Evento y/o Actividades BTL: US\$12.500 a US\$25.000.” En este punto, la Administración determina realizar una modificación de los montos de las inversiones de la siguiente manera: “Producción, implementación en medios ATL, Digitales y BTL: Inversión que oscile entre los 250.000 y 300.000 USD. /

· *Producción, implementación en medios ATL: Inversión que oscile entre los 200.000 a 250.000 USD. / Implementación en Medios digitales (100%): Inversión de 14.000 a 20.000 USD. Eventos y/o Activaciones BTL: Inversión de 14.000 a 20.000 USD. / Para lo cual, deberán presentar 2 casos o proyectos ejecutados durante el período supra citado. (...)*” Tal como se puede observar la pretensión del objetante solo se vería satisfecha en los siguientes en los casos: -Producción, implementación en medios ATL, -Digitales y BTL; -Implementación en Medios digitales y -Eventos y/o Activaciones BTL. De esta manera, el allanamiento parcial por parte de la Administración sobre algunas pretensiones de la objetante, se entiende de su entera responsabilidad en el tanto es ella la que define los requerimientos del cartel para satisfacer la necesidad pública que se persigue, derivado de una análisis motivado para ello. Ahora bien, no obstante lo anterior, esta División considera que los alegatos del recurso de objeción **carecen de la fundamentación** exigida el artículo 178 del RCLA, que indica que el recurso de objeción debe ser fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente satisface la necesidad de la Administración, y en este sentido no solo basta con argumentar que se ha producido una afectación a la actividad objeto del cartel por las condiciones supracitadas, sino además que para justificar ajustes de ampliación de periodos de cobertura para la demostración de actividades, así como justificar cambios en los montos de las inversiones que la Administración inicialmente estimó, debía la objetante realizar un desarrollo argumentativo y demostrativo de argumentos que evidencien de manera particular cuál ha sido la afectación real de su empresa debido al impacto del COVID-19 y a la poca demanda de servicios en años anteriores, derivado del cual se amerite realizar los ajustes cartelarios solicitado. A parte de lo anterior, debía explicar cómo lo que ofrece atiende la necesidad pública de forma equivalente (artículo 178 párrafo cuarto del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), pues no se pierde de vista que se se trata de tema de experiencia y bajo ésta óptica debía demostrar que la experiencia que puede acreditar aún considerando las afectaciones (que no han sido acreditadas en el caso) empate o resulta apropiado al interés público. De conformidad con lo expuesto **se rechaza de plano** el recurso de objeción presentado en el presente extremo. Proceda la Administración a modificar el cartel según lo expuesto, entendiendo que la modificación es de manera oficiosa de conformidad con los términos del artículo 60 del RLCA, el cual establece que la Administración puede modificar el cartel de oficio en tres oportunidades. De conformidad con lo anterior, se debe **proceder con la modificación** señalada por la Administración y darle la debida publicidad al cartel para conocimiento de todo potencial

oferente. **iv) Sobre Modelo de Compensación y Equipo de trabajo solicitado.** Indica la objetante que el pliego de condiciones establece en el punto 37 (Aparte VII Capítulo I) lo siguiente: *“Para los efectos correspondientes los servicios brindados por la (s) agencia (s) serán debidamente compensados económicamente bajo el modelo de comisiones. Este esquema le posibilita al INS y/o INS Servicios S.A la flexibilidad y velocidad de respuesta que se requiere para un mercado en competencia al contar con hasta 3 agencias de publicidad, cada una con un equipo de trabajo que ejecutará de forma independiente la creación, desarrollo y ejecución de todas las acciones publicitarias o de mercadeo que requieran las marcas que pertenecen al INS, durante el periodo de la contratación a la vez que optimiza sus recursos, que se detallan de la siguiente manera: (...)”* Tomando como referencia los datos aportados por la Administración referente a la estimación de consumo / inversión anual año anteriores para los servicios de agencia publicidad (Capítulo I, Aparte I), bajo el entendido que son datos únicamente para fines ilustrativos y no se deben interpretar como una demanda establecida fija, pues en ningún caso la Administración, se compromete a pagar un mínimo ni un máximo a las agencias adjudicatarias, procedió a realizar una proyección económica de los ingresos que devengaría una de las agencias, bajo el modelo de compensación que el cartel plantea, partiendo que la contratación de esta licitación, tiene como objeto contratar hasta un máximo de 3 agencias de publicidad Adicionalmente, se hizo el ejercicio para determinar los costo directos e indirectos de mano de obra, en función del equipo de profesionales que solicita el cartel, tomando en consideración que el cartel establece en el punto 9 (Aparte VI Capítulo I) y se obtuvo el siguiente resultado:

“Ejercicio Comparativo Compensaciones vrs Análisis Sobre Base Precio”

Detalle del Cálculo	Monto Mensual CRC
<i>Estimación de compensaciones</i>	<i>8.101.123,00</i>
<i>Costo Equipo, Gastos y Margen</i>	<i>12.907.080,00</i>
<i>Diferencia</i>	<i>4.805.957,00</i>

Notas: Montos expresados en colones / Para efectos del cálculo en compensaciones se estima inversión del 2019. / Para efectos del cálculo en compensaciones se estiman el máximo de agencias adjudicadas (3)”. Al respecto, concluye que desde toda perspectiva de rentabilidad, no se verifica un sano equilibrio de intereses entre la institución y agencias que resulten adjudicadas. Es claro que los principios de intangibilidad patrimonial y equilibrio de intereses requieren ser reinstaurados, para la fase de ejecución contractual, y esto sólo puede ser asegurado mediante la objeción al

cartel. De acuerdo a la prueba, se requiere que la Contraloría entre a valorar los números presentados para que ordene a la Administración la modificación requerida. De no ser así, la vinculación jurídica financiera resultaría perdedora para el contratista, y por lo tanto el objeto contractual inviable. La Administración indica que, resulta importante volver a hacer la aclaración de que las comisiones no están siendo limitadas en ningún extremo por la Administración para poder presentar sus propuestas; sino que quizá lo que el recurrente no tiene claro es que ningún tipo de comisión cobra un factor determinante en la elección, descarte o desestimación de ofertas sino que lo aplicable es que en la fase II (de miniconcursos), la Administración estaría aplicando un “documento de cartel” para que las 3 agencias adjudicadas (en la fase I) participen y emitan su cotización (contemplando todos los rubros asociados, incluyendo las diferentes comisiones). Una vez recibidas las propuestas económicas de cada miniconcurso se estarán aplicando los factores de evaluación según el “tipo de servicio”, sea desde una activación, una solicitud de catering service, hasta una propuesta de campaña publicitaria; y desde ahí es que se aplicarán dichos factores, asignando un puntaje al precio cotizado (según las fórmulas indicadas en el cartel) y a los demás factores (para los casos que aplique), calificando y asignando un puntaje a cada propuesta presentada y demostrando en el expediente de la contratación, la elección objetiva de la Administración para la mejor propuesta recibida. El adjudicatario no solo deberá contemplar en su oferta económica los rubros de comisiones asociadas al requerimiento, sino que también factores importantes como costos indirectos, utilidad, mano de obra, gastos administrativos y cualquier otro rubro que estime pertinente. Esto será demostrado y presentado en el desglose de precio y paralelamente cada agencia podrá cotizar cada miniconcurso con la referencia de presupuesto estimado que la Administración estará detallando en cada requerimiento y para ese mismo fin. Como cualquier concurso, quedará a discreción de la empresa la valoración de su participación en un ajuste a sus intereses propios y a una rentabilidad que le genere las utilidades y los beneficios económicos. Finalmente, en relación al ejercicio que realiza el recurrente este no demuestra o es claro en demostrar esa "no rentabilidad para su empresa"; no hay fórmula matemática para demostrar esos resultados y nuevamente se reitera que cobra mayor necesidad hacer énfasis en que el INS estaría por cada miniconcurso brindando una estimación de presupuesto y que por otra parte el cartel fue claro en que la estimación de la inversión del 2019 debía ser utilizada para fines ilustrativos. En relación a este alegato el recurrente es omiso en su dicho, por cuanto señala únicamente que violentan el principio de intangibilidad patrimonial y equilibrio económico-

financiero en los contratos administrativos; en perjuicio del patrimonio del contratista, sin embargo, este no desarrolla los motivos que origina el supuesto desequilibrio, nuevamente se limita a manifestarlo sin realizar el debido razonamiento y sin aportar prueba idónea que logre acreditar las supuestas violaciones a los principios. No obstante lo anterior, es importante mencionar que la modalidad de compensación fue un aspecto objetado y analizado en la primera ronda de recurso, del cual, no derivó ninguna modificación a dicha modalidad, sino, únicamente se realizó modificación al punto Punto 37, d): Pago por producción, por lo que los demás puntos que componen dicho clausulado así como la metodología se mantienen invariables, motivo por el cual el alegato se encuentra precluido. **Criterio de la División**. En el presente caso la objetante argumenta que bajo ningún esquema de rentabilidad, se logra verificar que el modelo de compensaciones establecido por la Administración genera un sano equilibrio de los intereses entre ambas partes. Al respecto, indica que realizó un ejercicio de proyección económica basado en dicho modelo y los datos de consumo que se introdujeron al cartel en esta oportunidad, para determinar costos directos, indirectos, mano de obra, etc., ejercicio que determinó una diferencia negativa de ₡4.805.957,00. Al respecto, la Administración menciona que el alegato se encuentra precluido en el tanto la única modificación que se realizó al cartel relacionada fue únicamente punto Punto 37, d): Pago por producción, por lo que, los demás aspectos se mantienen invariables. Sobre este aspecto, considera esta División que efectivamente **el alegato se encuentra precluido**¹ pues no se observa modificación en cuanto al esquema de compensaciones, salvo la que indica la Administración referida al rubro de pago por producción donde se menciona la etapa de las cotizaciones en los miniconcursos, donde la agencia deberá reflejar el precio y además se establece que no podrá cobrar en etapas posteriores cobros adicionales ni cobros por intermediación, modificación sobre la cual no versa ningún alegato puntual en el presente recurso, sino que, el alegato se plantea en términos generales sobre esquema de cotización. Cabe destacar que en la primera ronda de objeciones, se rechazaron por falta de fundamentación los argumentos de las objetantes LAS TRES LETRAS DEL GÉNESIS S.A. y OPMN GROUP S.A (OGILVY) -una de ellas la actual recurrente-, relacionadas con el esquema de compensaciones, de manera que de la resolución de la Contraloría General (R-DCA-000362-2021) no derivó modificación alguna

¹ Sobre el instituto de la preclusión se pueden consultar también las resoluciones R-DCA-R-DCA-330-2017 de las nueve horas con veinte minutos del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete y R-DCA-000692-2020 de las ocho horas cuarenta y nueve minutos del dos de julio del dos mil veinte.

sobre el esquema de compensaciones. En esa oportunidad no lograron las objetantes demostrar que la forma de compensación establecida en el cartel fuera contraria a los principios de contratación administrativa, de igualdad de intereses e intangibilidad patrimonial, pues no se explicó dónde radicaba la lesión que se alegaba. Tampoco se demostró que el esquema fuera perjudicial a las empresas del mercado, para evidenciar un posible desequilibrio económico ni se demostró que no fuera viable, pertinente o inadecuado al mercado de este tipo de servicios. Se concluye que el presente caso ha operado la preclusión procesal, siendo que el momento procesal oportuno para haber recurrido el cartel sobre este aspecto, fue cuando se publicó el cartel por primera vez (cartel original). No obstante lo anterior, no pierde de vista esta División el recurrente realizó un ejercicio de proyección económica basado en dicho modelo y los datos de consumo que se introdujeron al cartel en esta oportunidad, para determinar costos directos, indirectos, mano de obra, etc., ejercicio que determinó una diferencia negativa de ₡4.805.957,00. Sobre lo expuesto se considera que **el alegato carece también de fundamentación**, pues si bien se muestra un resultado que se presenta negativo, no se explicó cómo el análisis realizado determinó cada una de las estimaciones que se comparan en el cuadro mostrado, tampoco se señalaron cuáles fueron los parámetros y las particularidades que se tomaron en cuenta para las estimaciones, de frente a cada comisión establecida en el cartel, así como tampoco se detallaron los costos de equipo, gastos y margen que se utilizaron para totalizar el rubro. De esta forma el cuadro aportado resulta insuficiente para acreditar que el esquema de compensaciones podría generar un perjuicio a las empresas que vayan a prestar el servicio. De conformidad con lo expuesto **se rechaza de plano** el recurso de objeción interpuesto en el presente extremo por preclusión procesal.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **OPMN GROUP S.A (OGILVY)** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000000-0010000001** promovida por el **INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS (INS)**, para la “Contratación de agencias de publicidad para brindar servicios de mercadeo, comunicación y publicidad para las diferentes campañas del Instituto Nacional de Seguros e INS Servicios S.A., bajo la modalidad de convenio marco.” **2)** Se ordena a la Administración que proceda con las modificaciones al

cartel señaladas en la presente resolución y darles la debida publicidad. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Rebeca Bejarano Ramírez
Fiscalizadora

RBR/chc
Ci Archivo Central
NI: 11281, 11955, 11958.
NN: 06315 (DCA-1709)
G: 2021001467-2
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2021002816

