

## **R-DCA-0997-2019**

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.**

San José, a las siete horas treinta y cinco minutos del ocho de octubre del dos mil diecinueve. --

**RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el **SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL No. 2019LN-000001-0007200002** promovida por el **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA** para el “Servicio de agencia de publicidad” acto de adjudicación recaído en **BAMBÚ CAPITAL SOCIEDAD ANONIMA**, por un monto de ¢150.000.000 (ciento cincuenta millones de colones). -----

### **RESULTANDO**

**I.** Que el veintiséis de julio de dos mil diecinueve, el Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A., presentó ante la Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del referido acto de adjudicación.-----

**II.** Que mediante auto de las nueve horas con cincuenta y un minutos del treinta de julio del dos mil diecinueve, esta División solicitó el expediente administrativo a la Administración licitante. Dicho requerimiento, fue atendido mediante oficio No. DG-PI-2019-00373 del treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, incorporado al expediente de apelación.-----

**III.** Que en forma extraprocesal mediante oficio No. MC-NM-078-201 del cinco de agosto de dos mil diecinueve, el Ministerio de Presidencia solicitó que se investigue lo expuesto por la empresa Kantar Ibope Media Costa Rica S.A., para que se tomen, si así lo ameritan, las medidas correspondientes sobre el proceso licitatorio en trámite.-----

**IV.** Que mediante la resolución No. R-DCA-0786-2019 de las trece horas trece minutos del doce de agosto del dos mil diecinueve, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante y a la empresa adjudicataria con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos de la apelante, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. También se otorgó audiencia de nulidad a todas las partes para que se refirieran a una eventual nulidad absoluta del procedimiento y del acto de adjudicación. Dichas audiencias fueron atendidas según escritos agregados al expediente de la apelación.-----

**V.** Que mediante auto de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, esta División solicitó prueba para mejor resolver al Ministerio de Presidencia para que completara su respuesta a la audiencia de nulidad. Esta audiencia fue atendida mediante documentos agregados al expediente de apelación.-----

**VI.** Que en forma extraprocesal mediante documento sin número y fecha, la empresa adjudicataria interpuso de manera oficiosa el dos de octubre de dos mil diecinueve, aclaraciones a la respuesta brindada por la Administración sobre la prueba para mejor resolver.-

**VII.** Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

**VIII.** 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.-HECHOS PROBADOS:** Para efectos de la presente resolución, con vista en el expediente digital que consta en el Sistema de Compras Públicas (SICOP), así como del expediente del recurso de apelación, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Ministerio de la Presidencia promovió la licitación pública No. 2019LN-000001-0007200002 para el “Servicio de agencia de publicidad” correspondiente a una única partida, en los siguientes términos: -----

“Partida	Línea	Código	Nombre	Cantidad	Unidad	Precio Unitario	[...]	[...]
1	1	8210180292181927	Servicio de agencia de publicidad	1	NA	150.000.000 [crc]	[...]	[...]

(Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento /

[2. Información de cartel] / versión actual / / 1. [Información General] / [11. Información de bien, servicio u obra]). **2)** Que de conformidad con el acto de apertura del proceso, se presentaron las siguientes siete ofertas: **i)** Madison Revolution Sociedad Anónima, **ii)** Bambú Capital Sociedad Anónima, **iii)** Sistema Nacional de Radio y Televisión Sociedad Anónima, **iv)** La Tres- Camedia, **v)** B B Consultores Artavia Sociedad Anónima, **vi)** Consorcio Easy- Panorama y **vii)** Jotabequ Directo S.A. - Camedia Central S.A. (ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [3. Apertura de las ofertas] / partida 1/ Resultado de la apertura). **3)** Que el Sistema Nacional de Radio y Televisión S.A., (en adelante SINART) aportó con su oferta el siguiente desglose económico: “a- Costo mensual por los servicios, en donde la cantidad de horas del personal asignado a la cuenta es de: 1 Director Creativo para un total de 50 horas mensuales, 1 Redactor Creativo para un total de 50 horas mensuales y 1 Ejecutivo de Cuentas para un total de 25 horas mensuales  $\phi$ 1.875.000; b- Costo mensual por los servicios, en donde se detalle la cantidad de reportes escucha y las herramientas utilizadas  $\phi$ 600.000; a- Costo por comisión por

contratación a terceros cuando se requiera (por ejemplo casting, locutores, equipo, personal técnico 20%; b- Costo por día de producción con personal básico: Director, Director de Fotografía, Sonidista, Maquillista, Director de Arte y Vestuarista, Gaffer, Grip y alquiler de equipo necesario  $\phi$ 600.000; c-Costo por hora de edición  $\phi$ 30.000; d-Costo por hora de post producción  $\phi$ 100.000; e-Costo por hora de estudio de sonido  $\phi$ 30.000; Servicios de implementación de diversas campañas, estrategia de medios y compra de pauta publicitaria televisión nacional 10% Televisión regional 20% Radio nacional y regional 20% Prensa 20% Web - Redes sociales 20% OOH 15% BTL 20". (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [3. Apertura de las ofertas] / partida 1/ Resultado de la apertura/ SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION SOCIEDAD ANONIMA/ documento adjunto/ nombre del documento/ oferta/ PE- 274-2019 Oferta Agencia Casa Presidencial (00000002).pdf/ pág. 6-7). **4)** Que en la oferta del SINART consta copia del documento que acredita el otorgamiento del premio "Mirta de la Cuesta 2018" al SINART (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [3. Apertura de las ofertas] / partida 1/ Resultado de la apertura/ SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISION SOCIEDAD ANONIMA/ documento adjunto/ nombre del documento/ oferta/Premio). **5)** Que la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima aportó con su oferta el siguiente desglose económico: "4.1.1-En cuanto a los servicios de asesoramiento en publicidad y mercadeo para apoyo estratégico: a- Costo mensual por los servicios, en donde se detalle la cantidad mensual de horas del personal asignado a la cuenta. Costo mensual del servicio  $\phi$  4,131,958.00; b-Costo mensual por los servicios, en donde se detalle la cantidad de reportes de escucha y las herramientas utilizadas  $\phi$ 2.000.000; 4.1.2-En cuanto a los servicios de producción para campañas publicitarias varias: a-Costo por comisión por contratación a terceros cuando se requiera (por ejemplo casting, locutores, equipo, personal técnico) 15%; b-Costo por día de producción con personal básico: Director, Director de Fotografía, sonidista, maquillista, director de arte y vestuarista, Gaffer, Grip y alquiler de equipo necesario  $\phi$ 2.040.000; c-Costo por hora de edición  $\phi$ 6.000; d-Costo por hora de post producción  $\phi$ 6.000; e-Costo por hora de estudio de sonido  $\phi$ 37.000; Comisión por compra de medios promedio 13.18%" (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [3. Apertura de las ofertas] / partida 1/ Resultado de la apertura/ BAMBU CAPITAL SOCIEDAD ANONIMA/ documento adjunto/ nombre del documento/ Oferta Bambú Capital S.A. anexo 10). **6)** Que la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima aportó con su oferta la siguiente documentación: **a)** Anexo No. 4 "Equipo de Trabajo: CVs y Títulos"; **b)** Anexo No. 5 "Declaración Jurada # 3: Equipo de Trabajo"; **c)** Anexo No. 6 "Declaración Jurada # 4: Herramientas" en la cual el señor Erick Apuy Achio, en su condición de Presidente de la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima, indica que su representada: "(...) cuenta con las siguientes herramientas de medios dentro de la

compañía: (...) b) TV Data de Kantar Ibope para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar, (...) d) Poppy Dos. Cero de IPSOS para estudios de hábitos de consumidores y medios a los que son expuestos, d) Monitor Flex de Kantar Ibope para generar reportes de inversión de la industria publicitaria (...)" ; **d)** Anexo No. 12 correspondiente a los premios otorgados a la empresa adjudicataria en campañas publicitarias enfocadas en la eficiencia. Asimismo consta copia de certificación extendida por Latin America Effie Awards en la que se indica: "A través de la presente notificación dejamos constancia de que la empresa Bambú Capital S.A. Cédula jurídica 3-101-667485 conocida como Agencia Interaction Costa Rica ha obtenido las siguientes distinciones en las ediciones del certamen Latin American Effie Awards correspondientes a los años 2017 y 2018. / 2018 / EFFIE plata - Categoría otros servicios / Vote your way –Interaction Costa Rica para Burger King. / 2017/ EFFIE Oro – Categoría bajo presupuesto/ Whopper dealer- Interaction Costa Rica para Burger King (...)" (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [3. Apertura de las ofertas] / partida 1/ Resultado de la apertura/ BAMBU CAPITAL SOCIEDAD ANONIMA/ documento adjunto/ nombre del documento/ Oferta Bambú Capital S.A. anexos 4-5-6-12) **7)** Que mediante la tabla de resultados de la evaluación de las ofertas, el Ministerio de la Presidencia otorga una puntuación total final de 68,07% a la empresa adjudicataria, distribuida de la siguiente forma: ponderación servicio de asesoramiento en publicidad y mercadeo 2.21%, ponderación servicios de producción; 30.29% y ponderación campañas publicitarias 0.55%; Precio total: 33.07%, Personal Profesional: 10%; Campañas 20% y Reconocimientos 5% y un 65.03% al SINART, distribuida de la siguiente forma: ponderación servicio de asesoramiento en publicidad y mercadeo 7.38 %, ponderación servicios de producción; 22.23% y ponderación campañas publicitarias 0.41%; Precio total: 33.07%; Personal Profesional:10%;Campañas 25% y Reconocimientos 0% (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [8. Información relacionada] /Etapa del procedimiento/ Estudios técnicos, legales u otros/Tabla Resultado de Evaluación de Ofertas/ archivo adjunto/ Metodología de Evaluación - Agencia de Publicidad.xls). **8)** Que mediante acta No. CRA-002-2019 del diez de julio de dos mil diecinueve, la Administración licitante emitió la recomendación de adjudicación en los siguientes términos: "(...) Artículo 2. Estudio de método de evaluación. De conformidad al método de evaluación, la oferta que obtuvo mayor puntaje es la: Oferta # 5 de Bambú Capital S.A, con un puntaje de 68.07. Artículo 3. Recomendación de la Comisión. De conformidad a lo anterior lo procedente es recomendar la adjudicación a la Oferta # 5 de Bambú Capital S.A (...)" (ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / Expediente / número de procedimiento / [4. Información de Adjudicación]/ Acto de adjudicación/ Aprobación recomendación de adjudicación/ [1. Solicitud de la información de la verificación]/ [2. Archivo adjunto]/ acta de comisión). **9)** Que a partir de la recomendación de adjudicación,

el Ministerio de la Presidencia emitió la resolución No. PI-RES-0100-2019 del diez de julio del dos mil diecinueve, suscrito por el señor Ciro Didier Babosa Toribio en su condición de Director General Administrativo, en la cual se dispuso lo siguiente: *“Que conforme los estudios técnicos realizados por la Sra. Marianela Jiménez funcionaria de la Dirección de Información y Comunicación según estudio técnico consignado en el SICOP, se determinó que el adjudicatario de la presente contratación, cuyo objeto es brindar Servicios de Agencia de Publicidad se ajusta a los requerimientos del cartel y a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, con la pretensión de seleccionar la oferta que mejor satisfaga el interés general y al cumplimiento de los fines y cometidos de esta Institución. (...) POR TANTO / Con fundamento en lo expuesto, se acoge en todos sus extremos la recomendación vertida por la Comisión de Adjudicación, y por tanto se Adjudica el procedimiento N°2019LN000001-0007200002 Servicios de agencia de Publicidad (Contrato de Servicios Continuos) de la siguiente manera: Oferta N° 5 Bambú Capital S.A cedula jurídica No. 3101667485 la línea #1, Servicios de Agencia de Publicidad (Contrato de Servicios) hasta por un monto total de ¢ 150,000,000,00 de acuerdo al desglose de rubros ofertado, todo conforme a la oferta y condiciones cartelarias (...)”* ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / Expediente / número de procedimiento / [4. Información de Adjudicación]/ Acto de adjudicación/ Aprobación del acto de adjudicación/[ 1. Solicitud de la información de la verificación]/ estado de la verificación/ Resolución motivado/ PI-RES-0100-2019 Agencia De Publicidad 2019LN-000001-0007200002.pdf. **10)** Que el acto de adjudicación recurrido en esta sede, fue publicado en SICOP el día once de julio del dos mil diecinueve a favor de la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima (ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / Expediente / número de procedimiento / [4. Información de Adjudicación]/ Acto de adjudicación / [Partida1] / información de publicación/). **11)** Que existe una relación contractual entre la empresa Full Media S.A y Bambú Capital S.A. (folio 117 del Expediente de Apelación)-----

## **II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL SINART S.A. 1) SOBRE LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL SISTEMA DE EVALUACIÓN REFERIDO AL PRECIO.**

Manifiesta la apelante que existe un desfase en el pliego de condiciones en cuanto al sistema de evaluación de las ofertas, que puede implicar la nulidad del acto de adjudicación. En este sentido indica que el precio corresponde el principal factor de evaluación dado su puntaje del 60%, siendo así, se constituye en aspecto determinante para seleccionar la oferta más conveniente para los intereses de la Administración licitante. De esta forma menciona con vista en las cláusulas cartelarias, que existen 8 rubros a los cuales le son otorgados un valor máximo de 7.38%, para un total de 59 % según lo indicado en el punto 4.1.2 del cartel, por lo tanto,

considera lógico que la oferta a la que se le otorgue la mejor calificación, será aquella que demuestre el mejor rendimiento como resultado directo de ese costo beneficio obtenido del desglose del precio del oferente. Bajo esta línea expone que si se toman como parámetro los 8 rubros que conforman la estructura del precio, y se compara su oferta contra la de la adjudicataria, se desprende que el SINART presentó costos significativamente menores en 4 de esos 8 rubros, sin embargo, no recibió un mayor puntaje. Además alega que el pliego estableció un precio de referencia en el cual todos los oferentes de manera obligatoria debían ingresar el monto de ¢150.000.000, por lo cual estima que el sistema de evaluación y el propio puntaje otorgado a los oferentes, resulta confuso y contradictorio, ya que si todos los oferentes presentan el mismo precio, resulta imposible que exista un precio menor a comparar. En virtud de lo anterior, alude a una falta de motivación por parte de la Administración sobre la forma en la que se calificaron los precios ofrecidos por los oferentes, dado que no se demuestran las razones por las cuales al precio presentado por el SINART, le fue otorgado únicamente la mitad de los puntos. A su criterio considera que el acto de adjudicación es omiso e induce error a los oferentes, ya que presenta un desglose de precios que refiere a rubros distintos a los incorporados en el sistema de evaluación. De seguido indica, que en razón de la falta de motivación del acto de adjudicación, y dado que todos los oferentes plantearon el mismo precio, lo procedente es entregar el puntaje máximo a cada oferente cuya oferta resulta admisible. Aspectos los anteriores reiterados en atención a la audiencia de nulidad del procedimiento. La empresa adjudicataria responde que la apelante parte de supuestos incorrectos pretendiendo inducir a error donde no lo hay, resaltando que este no es el momento procesal oportuno para atacar aspectos del pliego. Explica que el cartel divide el factor precio en dos elementos; a) precio de referencia con un valor de 1% para todos los oferentes y b) precio con un valor de 59% compuesto por las cotizaciones de los 8 rubros requeridos en el cartel para un total de un 60%. Menciona que el punto 4.1.2 del pliego divide ese 59% entre los 8 rubros definidos, correspondiendo a cada uno un valor de 7,38% en donde cada oferente debía detallar su costo y con base en ello y la aplicación de la fórmula, se otorgaría el valor porcentual a cada oferente, para finalmente realizar la sumatoria de los porcentajes obtenidos y así obtener la evaluación del precio. En relación con el porcentaje asignado al precio de referencia, señala que este no provoca ninguna distorsión ni impide que la fórmula resulte aplicable para evaluar la parte sustantiva del precio, ya que este está previsto para el costo de los 8 rubros en los que se subdivide el punto 4.1.2 del cartel y no del precio de referencia como lo interpreta erróneamente la apelante. Concluye su argumento señalando que el pliego determina claramente cuáles son

los rubros del precio que se debían cotizar y de qué forma iban a evaluarse, con lo cual, no existe violación alguna a los principios que rigen la contratación administrativa y lo que se denota simplemente es una mala interpretación por parte de la recurrente. La Administración transcribe la cláusula cartelaria relacionada con el sistema de evaluación que establece la fórmula para seleccionar la oferta con mejor relación costo beneficio. En tal sentido responde que considera inoportuno el alegato de la recurrente toda vez que no observa prueba que logre demostrar algún vicio dentro del sistema de evaluación, o bien, una falta de motivación en el acto de adjudicación. Refiere como sustento de sus alegatos la revisión efectuada en la evaluación de las ofertas, donde se permite apreciar la calificación que obtuvo cada rubro cotizado por los oferentes de forma individual y total, todo de acuerdo a lo establecido en el punto 4.1.2 del cartel. Como consecuencia de dicho análisis, se logra demostrar que el pliego es claro en razonar sobre el motivo por el cual los oferentes debían ingresar el 1% correspondiente al precio de referencia y además la aplicación de la fórmula, utilizando como base el monto para cada rubro requerido. Considera que no hay confusión o contradicción en el método de evaluación, en razón que en el cartel se pueden observar los puntos 4, 4.1.1, 4.1.2, y 4.1.3, donde se describen los factores a calificar, y los puntos otorgados a cada rubro, y no como lo pretende hacer ver la apelante, considerando el precio como un todo. Arguye que el cartel –tal como lo exige la normativa– requiere el desglose del precio para un eventual reajuste de precios, no obstante, dicho desglose no se toma como insumo para la aplicación del sistema de evaluación. Concluye este punto alegando que la inconformidad de la recurrente constituye un argumento propio del recurso de objeción, y no de un argumento de un recurso de apelación, encontrándose precluido, con la gravedad que parte de premisas incorrectas que carecen de argumentos probatorios. **Criterio de la División.** Sobre el particular, se tiene por acreditado que el Ministerio de la Presidencia promovió la licitación pública No. 2019LN-000001-0007200002 para contratar el servicio de agencia de publicidad (hecho probado 1), en la que se recibieron siete ofertas, a saber: i) Madison Revolution Sociedad Anónima, ii) Bambú Capital Sociedad Anónima, iii) Sistema Nacional de Radio y Televisión Sociedad Anónima (SINART), iv) La Tres- Camedia, v) B B Consultores Artavia Sociedad Anónima, vi) Consorcio Easy- Panorama y vii) Jotabequ Directo S.A. - Camedia Central S.A., (hecho probado 2), recayendo el acto de adjudicación a favor de la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima (hecho probado 10). Ahora bien, la discusión de fondo en relación con este extremo del recurso de apelación, se refiere en específico a uno de los factores incluidos dentro del sistema de evaluación, a partir del cual, el SINART considera que la forma de calificar de la Administración

contiene vicios de nulidad. Al respecto, mediante la resolución No. R-DCA-0786-2019 de las trece horas trece minutos del doce de agosto del dos mil diecinueve, este órgano contralor otorgó a todas las partes audiencia de una eventual nulidad absoluta del procedimiento, indicando en lo que interesa: *“i) Eventual nulidad absoluta del procedimiento en lo que respecta específicamente al rubro del precio, en el sistema de evaluación previsto en el pliego de condiciones. En el contenido del pliego se establece lo siguiente: “la oferta que presenta la mejor relación costo/beneficio gana (precio menor), basados en la mayor puntuación obtenida” y se agrega que dicha disposición se aplicará con base en una fórmula incorporada al cartel. No obstante, pareciera que carece de una metodología de aplicación adecuada, siendo que no se establecieron en forma clara los criterios objetivos y proporcionales con base en los cuales se distribuye el puntaje en cada uno de los rubros correspondientes a los ocho ítems que componen el precio”, por lo cual se abordarán ambos temas en el presente apartado. En el caso, se observa que el cartel del presente concurso dispone dentro de su metodología de evaluación dos rubros referidos al precio; un “precio de referencia” con un valor de un 1% y un “precio cotización rubros” con un valor de un 59%. En este sentido, la cláusula cartelaria dispone: “4.1.1 Precio de referencia 1% En el presente rubro, todos los oferentes deben ingresar obligatoriamente el precio de: Ciento cincuenta millones de colones netos (150.000.000.00) correspondiente al Servicio de Agencia de Publicidad (presupuesto asignado a esta contratación por 2019). Lo anterior en razón de poder adjudicar en el sistema SICOP el monto total disponible para la adquisición del presente servicio. En caso de no indicar este punto, la oferta automáticamente quedará excluida del concurso” (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final). En cuanto al otro rubro del precio, el cartel dispone lo siguiente: “4.1.2 Precio (59 PUNTOS) La oferta que presenta la mejor relación costo/beneficio gana (precio menor), basados en la mayor puntuación obtenida basados en la siguiente formula:*

Costo de oferta menor \* 59

Costo de oferta a evaluar

*Se deberá detallar el costo de acuerdo a los siguientes ítems, por lo cuales se otorgara un valor porcentual de 7.38 % puntos, por rubro.-----*

*4.1.1-En cuanto a los servicios de asesoramiento en publicidad y mercadeo para apoyo estratégico:*



<i>Descripción del rubro</i>	<i>Precio</i>
<i>a-Costo mensual por los servicios, en donde la cantidad de horas del personal asignado a la cuenta</i>	<i>φ-----</i>
<i>b-Costo mensual por los servicios, en donde se detalle la cantidad de reportes de escucha y las herramientas utilizadas</i>	<i>φ-----</i>

4.1.2-En cuanto a los servicios de producción para campañas publicitarias varias

<i>Descripción del rubro</i>	<i>Precio</i>
<i>a-Costo por comisión por contratación a terceros cuando se requiera (por ejemplo casting, locutores, equipo, personal técnico).</i>	<i>φ-----</i>
<i>b- Costo por día de producción con personal básico: Director, Director de Fotografía, sonidista, maquillista, director de arte y vestuarista, Gaffer, Grip y alquiler de equipo necesario.</i>	<i>φ-----</i>
<i>c- Costo por hora de edición</i>	<i>φ-----</i>
<i>d- Costo por hora de post producción</i>	<i>φ-----</i>
<i>e- Costo por hora de estudio de sonido</i>	<i>φ-----</i>

4.1.3-En cuanto a los servicios de implementación de diversas campañas publicitarias mediante estrategia de medios y compra de pauta publicitaria.

<i>Descripción del rubro</i>	<i>Precio</i>
<i>a-Se debe indicar la forma en la que se comisionara por cada compra en los diferentes medios digitales y masivos, cuando así aplique.</i>	<i>φ-----</i>

(Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/). A partir de las transcripciones cartelarias, la recurrente cuestiona la manera en que la Administración le asigna

el puntaje y además reprocha la aplicación de la fórmula, en el sentido que todos los oferentes debían cotizar el mismo precio, por ende, la fórmula carece de valor práctico, no pudiendo determinarse cual oferente cuenta con el mejor precio. El argumento que exponen tanto la Administración como la empresa adjudicataria al atender la audiencia inicial y de nulidad, consiste en alegar una errónea interpretación por parte de la recurrente, pues la fórmula es aplicable únicamente con el precio de cada uno de los 8 rubros establecidos en el punto 4.1.2, cuya cotización difiere para cada empresa participante. Asimismo, la Administración profundiza en el análisis realizado a cada empresa, indicando que los cálculos obtenidos en la metodología de evaluación se efectuaron con base a lo solicitado en el pliego de condiciones, en el tanto que al mejor precio de cada uno de los 8 rubros, le fue otorgado un valor porcentual de 7.38%. De manera que aplicada la fórmula del pliego, se obtuvo el porcentaje a distribuir, acreditando la correcta aplicación de la metodología de evaluación y el valor porcentual total que recibió cada uno de los oferentes, para luego sumar dicho precio al resto de los factores de evaluación, para otorgar un total de 68,07% a la empresa adjudicataria y un 65.03% al SINART (hecho probado 7). De tal forma y una vez enmarcado el cuadro factico de la discusión, observa esta Contraloría General, que efectivamente existe una mala interpretación por parte de la apelante de la forma en que debía aplicarse el sistema de evaluación. En este sentido, si bien es cierto el cartel dividió en dos el factor precio, teniendo en primer lugar un precio de referencia por un monto determinado, ese precio no se encuentra dentro de la fórmula de evaluación, pues lo correcto es aplicar dicha fórmula contemplando el precio que cada oferente dispusiera para cada uno de los 8 rubros según lo exigido en el punto 4.1.2 del pliego de condiciones. Por otra parte y sin que haya sido explicado por parte de la recurrente, se tiene que el cartel define una fórmula que implica la utilización de una serie de factores para obtener la calificación en el apartado precio, siendo de gran importancia, el hecho que la fórmula es aplicable entre todas las ofertas a evaluar y no como lo pretende la apelante, comparando cada valor frente a la oferta de la empresa adjudicataria. De esa forma, en el recurso no se aplicó el sistema de evaluación dispuesto en el cartel sino que las premisas en contra del acto final, parten de una lectura no apegada a las reglas del concurso según se expuso. Es decir, tal como lo demuestra el Ministerio de la Presidencia en el mencionado análisis de las ofertas (hecho probado 7), se evidencia que si bien es cierto el SINART podría obtener frente a la adjudicataria un precio menor en algunos de los rubros, dicho precio debe ser comparado entre todos los oferentes cuyas ofertas resultaron elegibles según los análisis de la Administración (hechos probados 7,8 y 9) para luego así distribuir el porcentaje asignado. Propiamente y a manera de ejemplo, véase

que en el ítem c) de la cláusula 4.1.2 “Costo por hora de edición”, el SINART cotiza la suma de ¢30.000 (hecho probado 3) mientras que la adjudicataria señala un monto de ¢6.000 (hecho probado 5). Ahora bien, observando nuevamente el análisis de la Administración (hecho probado 7), el puntaje máximo de 7.38% fue otorgado a la empresa adjudicataria dado que ofertó el precio más bajo entre todos los elegibles, con lo cual, al aplicarse la fórmula entre todas las plicas elegibles, la apelante obtiene únicamente un puntaje de 1,47% frente a los 7,38% de la adjudicataria. Este caso aplica de igual forma para el ítem b- “Costo por día producción con personal básico. Director, Director de Fotografía, sonidista, maquillista, director de arte y vesturista, Gaffer, Grip y alquiler de equipo necesario” cuyo costo ofrecido por el SINART es de ¢600.000 (hecho probado 3) mientras que la Adjudicataria ofertó ¢2.040.000 (hecho probado 5). Ahora bien, nótese que para este rubro, la oferta del SINART cuenta con un mejor precio, siendo así, el puntaje máximo de 7.38% le corresponde a dicha oferta. Siguiendo con lo dispuesto en el cartel, y posterior a asignarse dicho porcentaje, es que se aplica la fórmula del apartado 4.1.2, utilizando la oferta con el valor más bajo –en este caso el SINART- dividiéndola entre la oferta a evaluar para así distribuir porcentualmente el puntaje asignado a cada oferente. Así las cosas y luego de realizar dicho ejercicio para cada rubro cotizado por los oferentes, se observa un puntaje total -para el factor precio- de un 33.06% para la empresa adjudicataria frente a un 30.03% del SINART (hecho probado 7). En virtud de lo anterior, este órgano contralor comparte lo señalado por la Administración, la cual sustenta su criterio, en una lectura del contenido del punto 4.1.2 reconociéndose la aplicabilidad de la metodología de evaluación establecida en el cartel. De lo dicho, con el ejercicio realizado anteriormente, queda explicada la forma en que se debe aplicar el sistema de evaluación, sin que observe esta Contraloría General que exista un vicio en este apartado, más allá de una interpretación incorrecta por parte de la apelante. Aspecto a lo cual, correspondía a la recurrente a partir de su propio ejercicio demostrar la forma y los resultados que particularmente resultan distintos a los desarrollados por la Administración y las razones para ello, siendo que en caso que la recurrente determine que existe algún error en la aplicación de la fórmula, logre demostrarlo a partir de su propio desarrollo y no como un mero cuestionamiento. Por lo anterior, se concluye que para el factor precio, la Administración aplicó el sistema de evaluación apegada al pliego de condiciones cartelarias, bajo los criterios básicos de contratación administrativa, efectuándose en todo momento el esquema de valoración indicado en el cartel. Como puede observarse, la Administración tiene discrecionalidad para establecer los factores de evaluación que considere relevantes -de conformidad con el objeto que se licite- pero además de eso, se debe establecer

la forma en que serán evaluados cada uno de los factores, y cómo se asignará el puntaje respectivo. Así las cosas, se observa de la explicación brindada por la Administración, en cuanto a que el mecanismo de evaluación definido parte de elementos objetivos y es el resultado de la aplicación de la metodología dispuesta en el cartel, la cual no tiene problemas de aplicación y en consecuencia, tampoco se considera que se esté en presencia de una nulidad absoluta de todo el procedimiento como se había advertido en la respectiva audiencia. Por lo demás, procedente **declarar sin lugar** este extremo del recurso, en tanto no se estima que exista ningún vicio en el clausulado ni en su aplicación por la Administración. **2).**

**Experiencia del técnico especializado.** La apelante alega que la empresa adjudicataria no acreditó ni en tiempo ni en forma que su personal estuviese incorporado al Colegio Profesional respectivo, sin embargo, sí le fue asignada la totalidad de los puntos según se desprende del resultado de su evaluación. Considera por la etapa en que se encuentra el proceso, la oportunidad para subsanar dicho requisito se encuentra precluido, caso contrario, dicha subsanación implicaría una ventaja indebida a su favor en detrimento del resto de los oferentes. Por esta razón concluye que al no cumplirse con este apartado, lo procedente es que la Administración reste la totalidad de los puntos obtenidos por la adjudicataria para el presente rubro de evaluación. La adjudicataria manifiesta que la incorporación al Colegio Profesional deviene de acatamiento obligatorio en el tanto la legislación exija dicha colegiatura para laborar en el campo en el que se desempeñe el profesional en cuestión, ya que de lo contrario, se trataría de una disposición cartelaria ilegal e inconstitucional según ha sido resuelto por la propia Sala Constitucional. Aclara que este requisito no puede aplicarse a los profesionales que se desempeñen en el área del periodismo, siendo en este caso, extensivo a los 3 profesionales que ostentan el título de bachiller en dirección de empresas. Dentro de este orden de ideas, manifiesta que el puntaje máximo le fue otorgado debido a que se ofrecieron 8 profesionales diferentes en atención a las exigencias cartelarias. La Administración acepta que efectivamente el cartel requería que el personal ofrecido debía estar incorporado al Colegio Profesional, sin embargo, de conformidad con los principios de transparencia e igualdad y en aras de no aplicar una condición contraria a la normativa y jurisprudencia, observa que los profesionales en periodismo podrían no estar incorporados al Colegio de Periodistas de Costa Rica. Indica que a pesar que la colegiatura deviene de un hecho histórico y por ende podría llegar a ser subsanable, no podría la Administración requerir un aspecto que contraviene la normativa dado que como se dijo anteriormente, la incorporación a dicho Colegio no es obligatoria. **Criterio de la División.** Para iniciar con el análisis del punto en cuestión, resulta necesario traer a colación

el punto cartelario respecto de las exigencias académicas requeridas en el pliego de condiciones. Así, se tiene que el cartel indica: *“El grado académico de los profesionales que el oferente postule deberán ser acreditados mediante una declaración jurada acompañada de las respectivas copias de los títulos universitarios. Esta declaración debe indicar los nombres de los puestos y el grado académico de cada uno de los profesionales postulantes. Sólo se calificará una persona diferente por cada puesto al que se postule. El personal profesional debe estar debidamente incorporado al colegio respectivo, para lo cual se deberá presentar el último recibo de pago cancelado por cada persona. Por cada profesional se le otorgaran 2 puntos porcentuales hasta un máximo de 10 puntos”*. (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/). De lo anterior, queda patente que la Administración dispuso cartelariamente que los profesionales del equipo del oferente debían estar incorporados al Colegio que regula su profesión. En igual sentido, se desprende que los miembros del equipo de trabajo, debían acreditar mediante declaración jurada, sus puestos, sus grados académicos y sus títulos universitarios. No obstante lo anterior, el cartel en su cláusula 1.2.3.4 “Requisitos para participar” inciso d), también dispuso que: *“El oferente debe contar con un equipo de trabajo para realizar esta contratación con un mínimo de 3 años de experiencia en su cargo, demostrada por medio de sus respectivos currículos. Se debe indicar el grado académico en profesiones relacionadas al área de trabajo y aportar fotocopias de los títulos. El equipo mínimo debe estar conformado por los siguientes profesionales: i) Un director (a) de cuentas. ii) Un ejecutivo (a) de cuentas. iii) Un director (a) creativo. iv) Un Redactor (a) creativo. v) Un director (a) de medios. vi) Un (a) planner de medios. vii) Un diseñador (a) gráfico”*. (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/). Por consiguiente, entiende este órgano contralor, que en este caso lo que busca en el fondo el cartel es la acreditación de la estructura interna de trabajo del oferente, por cuanto, con el solo hecho de llegar a demostrarse que se cuentan con al menos 7 personas diferentes para cada cargo propuesto, se tendría por satisfecho el requerimiento cartelario y en consecuencia, la totalidad de puntos serían otorgados. Desde luego, debe cumplirse la obligación legal de incorporación según el profesional ofrecido, cuando esto sea requerido por el ordenamiento jurídico, pues de lo contrario no se encontraría habilitado para el ejercicio profesional respectivo. En el caso, se observa que la apelante considera incorrecta la calificación otorgada a la adjudicataria, en el tanto no demostró que ninguno de sus miembros de equipo estuviesen incorporados al Colegio

según su campo de ocupación, con lo cual, en su criterio lo procedente es restar ese puntaje. Al respecto, la adjudicataria menciona el hecho que este requisito no puede aplicarse a los profesionales del área de periodismo, dado que dicho Colegio no exige la incorporación como requisito para desempeñarse laboralmente, según ha sido dispuesto en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 del 13 de noviembre de 1985 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Constitucional en su sentencia No. 2313-95 del 9 de mayo de 1995. Bajo esta tesis, agrega también que los profesionales que ostentan el título de Bachiller en Dirección de Empresas tampoco les resulta aplicable la incorporación al Colegio de Ciencias Económicas. Por su parte, la Administración indica que si bien es cierto el cartel requería que el personal ofertado debía estar incorporado al Colegio Profesional, lo cierto es que la incorporación al Colegio de Periodistas no resulta de acatamiento obligatorio. De esta forma, a partir de los argumentos de las partes y las transcripciones cartelarias antes referenciadas, se observa que el requisito de la colegiatura se dispuso en el cartel en tanto resulte exigido por el ordenamiento jurídico, como resulta propio del principio de jerarquía normativa a que se encuentra sujeto el pliego de condiciones. Así pues, lo cierto es que para algunas profesiones, solamente a partir de la inscripción ante el respectivo colegio del profesional en cuestión, es que puede considerarse su habilitación legal, por cuanto pensar en que ese requisito no es necesario de cumplir por estar o no dentro del cartel, estaría implicando una desatención de normas de orden legal que habilitan el ejercicio de la profesión. Con base en ese escenario fáctico, se observa que la empresa adjudicataria presenta un equipo de trabajo cuyos profesionales ostentan los siguientes grados académicos: a) Mariel Apuy Achio con título de Bachiller en Dirección de Empresas; b) Esteban Arriola Coles con título de Licenciatura en Ciencias de la Comunicación Colectiva con énfasis en Relaciones Públicas; c) Erick Apuy Achio con título de Bachiller en Dirección de Empresas, d) Noelia Crocinelli Peluccio con título de Licenciatura en Comunicación de Masas; e) José Morales Valerio con título de Bachiller en Dirección de Empresas; f) Luis Diego Castro Hidalgo con título de Bachiller en Publicidad; y e) Ana Laura con título de Licenciatura en Diseño Publicitario (hecho probado 6 incisos a y b). Así las cosas, el argumento que expone la recurrente se centra en restarle puntos a la empresa adjudicataria al considerar que los profesionales ofrecidos debían presentar su colegiatura, pero lo cierto es que dicho argumento no se acompaña con prueba que sustente tal afirmación, careciendo este alegato de la debida fundamentación. En efecto, se estima que el SINART no ha desarrollado dentro de su recurso la motivación suficiente que permita acreditar que para los servicios que se requieren y los tipos de profesional, todos ellos deben encontrarse incorporados al respectivo colegio por

así exigirlo la normativa vigente. Sobre los elementos requeridos para la demostración de un determinado incumplimiento, este órgano contralor se ha pronunciado, a manera de ejemplo puede verse la resolución R-DCA-375-2015 de las ocho horas siete minutos del diecinueve de mayo del dos mil quince: *"Para tal análisis, se ha de indicar que el ordenamiento jurídico dispone que quien alega lleva la carga de la prueba. En este sentido, el artículo numeral 88 del LCA, establece: "El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados."* Sobre el particular, en la resolución No. R-OCA- 078-2015 de las ocho horas con cuarenta y dos minutos del veintisiete de enero del dos mil quince, este órgano contralor indicó: *"(...) no basta con la simple afirmación, o enunciar los supuestos incumplimientos, sino que además la parte que alega debe presentar la prueba que permita comprobar lo dicho, pues la carga de la prueba recae en quien alega. En el caso bajo análisis, la simple referencia a una serie de incumplimientos no es suficiente para tenerlos por acreditados. En consecuencia, lo procedente es rechazar de plano por falta de fundamentación dichos argumentos (...)"* (negrita agregada) (R-DCA-368-2013 de las diez horas del veinte de mayo de dos mil trece). Así las cosas, este órgano contralor estima que en el presente extremo el consorcio adjudicatario incurre en falta de fundamentación, por cuanto se limita a realizar alegatos pero no acredita la existencia de un incumplimiento puntual de la empresa apelante respecto del pliego de condiciones, que pueda conllevar a considerar esta oferta inelegible (...)." Tal y como se expuso, los argumentos de la apelante debieron previamente concentrarse en demostrarle a este órgano contralor que el análisis y estudio de ofertas practicado por la Administración frente a la oferta de la empresa adjudicataria no atendió los requerimientos del ordenamiento jurídico y presentar los documentos probatorios que sustentaran sus argumentos, lo cual nunca fue desarrollado por la apelante en su recurso. Así las cosas lo procedente es **declarar sin lugar** este extremo del recurso por falta de fundamentación. **3) Reconocimiento de premios.** La apelante transcribe la cláusula cartelaria relacionada con el reconocimiento de premios que establece la forma mediante la cual se otorga el puntaje en el presente apartado. Estima por lo tanto, que el análisis realizado por la Administración es incorrecto ya que le fue asignado cero puntos a pesar de haberse incorporado en la oferta, el premio Mirta de la Cuesta 2018, asignado a la Agencia RTN Publicidad de SINART S.A., por la campaña "Descubrí las Noches del 13". Seguidamente indica

que el certificado del premio corresponde al equipo de trabajo ofrecido por el SINART al Ministerio de la Presidencia, y dado que actualmente son trabajadores de planta, las obras y premios que reciba dicho equipo son propiedad del SINART. Bajo otro orden de ideas, señala que la adjudicataria obtiene la totalidad de los puntos por la presentación de los reconocimientos Effie, no obstante, arguye que dichos premios fueron otorgados a la agencia de publicidad Interaction Costa Rica y no a la empresa Bambú Capital S.A. En este sentido discute que en caso de que se logre demostrar algún vínculo con dicha Agencia, podrían acreditarse únicamente 2 proyectos, en vista que sólo se demuestran dos premios por medio de certificación. Concluye su dicho diciendo que al SINART se le debe asignar un punto por el premio que no le fue reconocido, mientras que a la adjudicataria se le deben de sustraer la totalidad de los puntos. La adjudicataria manifiesta que el actuar de la Administración es correcto, ya que el premio ofrecido por la apelante no cumple con los parámetros establecidos en el pliego cartelario. Menciona que el cartel evalúa los reconocimientos otorgados en campañas publicitarias enfocadas en la eficiencia de las mismas, de tal manera, un premio reconocido por un proceso creativo para la elaboración de un anuncio publicitario dista mucho de lo requerido por el Ministerio de la Presidencia. Sobre este punto agrega que el premio que pretende acreditar la apelante fue otorgado específicamente a los miembros de equipo del SINART pero no a esta como empresa, lo cual contradice claramente con lo dispuesto en el cartel. Por otra parte manifiesta que su empresa es conocida en el medio como Interaction Costa Rica tal como se desprende en la oferta según la declaración jurada suscrita por el representante legal y según la certificación registral donde se hace constar que el titular de la marca es la empresa Bambú Capital S.A., aportada en atención a la audiencia inicial. Adicionalmente, aporta como prueba constancia extendida por la Asociación Comunidad de Empresas de Comunicación Comercial de Costa Rica en la que acredita los galardones que ha obtenido la empresa adjudicataria y copia de la carta emitida por Effie Latin América certificando los premios obtenidos durante los años 2017 y 2018. Por su parte la Administración indica que el premio “Mirta de la Cuesta” no es sometido al sistema de evaluación, dado que no es un premio a la eficiencia de conformidad con lo solicitado en el cartel, ya que el único reconocimiento por dicha característica en el ámbito de la publicidad, es el premio Effie. Explica que en Costa Rica desde el año 2010, se premian a las Agencias de Comunicación con los Effie Awards, gracias a “Comunidad”, que es el ente que agremia a las empresas que se dedican a sector de la comunicación en el país. Continúa manifestando que para participar en este tipo de galardón, cada empresa debe inscribir uno o varios proyectos en diferentes



categorías, evaluadas por un jurado encargado de analizar rubros como desafío estratégico, idea, creatividad, ejecución de la idea y resultados. Resalta la importancia que tienen los reconocimientos Effie para los objetivos de esta contratación, en razón que garantizan que la empresa contratada cuenta con experiencia en la efectividad de las estrategias planteadas para las campañas realizadas, aspectos que no se demuestran con otros premios otorgados en publicidad que reconocen en su mayoría la parte creativa. De igual manera explica con vista en la oferta de la adjudicataria que Interaction es el nombre comercial de la empresa Bambú Capital S.A., quienes presentaron fotografías y certificaciones de cada uno de los Effies recibidos. **Criterio de la División.** Para el punto en cuestión, se tiene que el cartel dispuso en la cláusula 4.4 “Reconocimientos o premios otorgados a la empresa en campañas publicitarias enfocados en la eficiencia de las mismas”, lo siguiente: *“El oferente que demuestre el mayor número de reconocimientos o premios que se le hayan otorgado por campañas publicitarias por concepto de eficiencia, recibirá 5 puntos. Se otorgará un punto por cada premio hasta un máximo de 5 puntos. Debe presentar los certificados de dichos premios y cualquier otra evidencia que lo respalde”.* (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/). De lo anterior se evidencia, que no todo premio será aplicado al sistema de evaluación, ya que el cartel dispone claramente que sean aquellos reconocimientos otorgados al oferente por concepto de eficiencia. Ahora bien, para el caso concreto, se tiene que la empresa apelante aportó como parte de su oferta, el premio denominado “Mirta de la Cuesta” entregado por la campaña “Descubrí las Noches del 13” (hecho probado 4), sin embargo, tanto la Administración como la empresa adjudicataria señalan, que dicho galardón no cumple con lo dispuesto en el pliego, en el tanto los premios Effies son los únicos que se entregan en el ámbito de la publicidad que miden la eficiencia de una campaña publicitaria. En su respuesta, la Administración resalta la importancia de dichos reconocimientos ya que garantizan que la empresa cuenta con experiencia en la efectividad de las estrategias planteadas, siendo posible medir el cumplimiento de los objetivos propuestos. Una vez explicado lo anterior, como se indicó líneas arriba, el pliego de condiciones era claro en delimitar qué tipo de premio se requería para ser merecedor de este puntaje, para lo cual se concluye con vista en el análisis de la Administración que el SINART no cumple con tal reconocimiento (hecho probado 7). Ahora bien, se tiene que el ejercicio de la recurrente se centra también en señalar que a pesar de que la empresa adjudicataria presenta reconocimientos Effies (hecho probado 6 inciso d), lo cierto es que dichos premios le son asignados a la Agencia Interaction Costa Rica. Al respecto,

la adjudicataria al atender la audiencia inicial manifiesta, que en su oferta se logra evidenciar que ésta es conocida en el ámbito comercial como Interaction Costa Rica, aportando en la audiencia inicial como sustento de su alegato, certificación registral en la que se hace constar que la marca de servicios “Interaction” es propiedad de la empresa Bambú Capital S.A (folio 117 del expediente de apelación). Vistos los argumentos de las partes, se reitera la obligación de quién acciona, de brindar la prueba que permita resolver su pretensión, para ello, el pliego de condiciones exigía la presentación de la documentación para acreditar este aspecto, de tal forma que si la defensa del SINART se basaba en la existencia de un premio en su oferta, debía demostrarse como el reconocimiento que le fue entregado, sí cumplía con los objetivos propuestos por la Administración. Ante la ausencia del mismo, esta División no tiene por acreditado que efectivamente dicho galardón cumpla con el concepto de eficiencia, tal y como lo solicitaba el cartel, todo lo cual le correspondía demostrarlo a la empresa apelante y no se hizo. Ciertamente, el ejercicio de la recurrente se centra también en señalar que a pesar de que la empresa adjudicataria presenta reconocimientos Effies, dichos premios le son asignados a la Agencia Interaction Costa Rica, no obstante, al atender la audiencia inicial, la adjudicataria manifiesta de forma expresa que: *“Es bien sabido que, en muchas ocasiones, una persona jurídica es conocida comercialmente con otro nombre, lo cual no tiene absolutamente nada de irregular y en el medio en el que se desempeña se sabe y se conoce la identidad que existe entre ambas denominaciones. Pues eso es lo que ocurre en nuestro caso. Bambú Capital tiene inscrito como nombre comercial “INTERACTION”, lo cual demostramos con la certificación que se adjunta por lo que al indicarse en los premios ese nombre comercial, claramente se trata de Bambú Capital S.A., firma oferente y adjudicataria de este concurso”* (Folio 117 del expediente de apelación), argumento que no es nuevo, ya que desde su oferta (hecho probado 6 inciso b), se evidencia dicha afirmación. Continuando con lo anterior, se tiene además que dentro del ejercicio a realizar por parte de la apelante se requiere la demostración de su mejor derecho para resultar adjudicataria, en el entendido que la empresa apelante no solo sea elegible sino que además, de frente a las pruebas aportadas en su recurso y a la metodología de evaluación pueda resultar ganadora del concurso; no obstante, para el presente apartado, dicha situación no se encuentra desarrollada. Ante ese escenario, para rebatir el análisis hecho por la Administración, es necesario que se presente la documentación respectiva, que permita demostrar, las razones por las cuales considera el SINART que la adjudicataria no cumple con el requisito cartelario y por ende el puntaje asignado es incorrecto, pudiendo ser de índole legal, como podrían ser certificaciones registrales que demostraran la existencia de dos personas

jurídicas totalmente diferentes, o bien formales, respecto al contenido de las cartas aportadas por la adjudicataria para acreditar la cantidad de premios. Al respecto, en la resolución R-DCA-718-2015 de las quince horas con treinta minutos del dieciséis de setiembre del dos mil quince, este órgano contralor indicó: *“El artículo 177 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece el deber de fundamentar el recurso, en los siguientes términos: “El escrito de apelación deberá indicar con precisión la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alega como fundamento de la impugnación, así como individualizar las líneas que se recurren. 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.” Este deber de fundamentación se hace extensivo al adjudicatario cuando presenta argumentos en contra de la oferta de la recurrente, ya que aplica el principio de que quien alega debe probar “onus probandi”.* En consecuencia, considera esta División que los argumentos expuestos por la apelante carecen de la debida fundamentación y elementos probatorios necesarios para demostrar fehacientemente el incumplimiento atribuido a la adjudicataria, no siendo admisibles las meras consideraciones que pueda tener la recurrente, por lo que se **declara sin lugar** el recurso en cuanto a este extremo.-

### **III. SOBRE LA EXISTENCIA DE VICIOS DE NULIDAD ABSOLUTA, EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN.**

El artículo 176 del RLCA, dispone que: *“Cuando en el conocimiento de un recurso la Administración o la Contraloría General de la República consideren que se encuentran en presencia de un vicio causante de nulidad absoluta no alegado en el expediente lo pondrá en conocimiento de las partes por un plazo de entre tres a cinco días hábiles para que manifiesten su posición al respecto”.* De igual manera, el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, dispone: *“La anulación o desaprobación de un acto o de un contrato administrativo por vía de recurso, en ejercicio de tutela administrativa, se regirá por sus propias reglas. / La Contraloría, siguiendo los procedimientos propios del respectivo recurso, podrá declarar de oficio la nulidad de un acto o de un contrato administrativo recurrido, por motivos no invocados por el recurrente, sólo cuando la nulidad sea absoluta.”* De lo transcrito anteriormente, se tiene que independientemente del resultado del conocimiento de un recurso de apelación, sea incluso que el mismo sea declarado sin lugar, la Contraloría General cuenta con la habilitación legal y reglamentaria para revisar y declarar nulidades absolutas en el concurso de manera oficiosa. Con fundamento en lo anterior, mediante la resolución No. R-DCA-0786-2019 de las trece horas trece minutos del doce de

agosto del dos mil diecinueve, este órgano contralor otorgó a todas las partes audiencia de una eventual nulidad absoluta del procedimiento, indicando en lo que interesa: “ii) **Eventual nulidad absoluta del acto de adjudicación** en lo que respecta al cumplimiento por parte del adjudicatario del requisito para participar establecido en el inciso 1.2.3.4 del Anexo No. 1, que dispone lo siguiente: “El oferente debe contar con herramientas de medios que permitan alcanzar los objetivos de alcance y frecuencia (optimizador), para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar, monitoreo de pauta, estudios de hábitos de consumidores y medios a los que son expuestos. Adicional, deberá contar con una herramienta para generar reportes de inversión de la industria publicitaria. Para poder comprobar debe presentar declaración jurada y presentación de las herramientas de que dispone en la oferta”. Lo anterior, considerando que esta Contraloría con vista en el expediente de apelación (folios que van del 052 al 056) observa que el Ministerio de la Presidencia ha solicitado expresamente al adjudicatario referirse a este tema en concreto”. Al respecto, la apelante manifiesta que la empresa adjudicataria induce a error a la Administración, declarando hechos falsos mediante declaración jurada. Agrega que dicha acción implica un rechazo a la oferta y la ejecución de la garantía de participación según lo exige el artículo 39 inciso c) del RLCA. Por su parte, la adjudicataria señala que en su oferta fue aportada una declaración jurada suscrita ante notario público en la cual manifiesta que Bambú Capital S.A., cuenta con las herramientas requeridas en el cartel, entre estas; la TV DATA de KANTAR IBOPE para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar; POPPY DOS.CERO de IPSOS para estudios de hábitos de consumidores y medios y MONITOR FLEX DE KANTAR IBOPE para generar reportes de inversión de la industria publicitaria. De acuerdo con esto, señala que el cartel requería contar con las herramientas, más no las licencias, por lo tanto, al ser cliente de la empresa Full Media S.A, cuya naturaleza corresponde a una Central de Medios, le faculta a utilizar los servicios, herramientas e insumos propios de esa actividad, contratadas por Full Media S.A. Bajo esta línea menciona, que la firma Full Media S.A., es cliente tanto de KANTAR IBOPE como de IPSOS, en cuyo caso, tiene permitido el uso de las herramientas indicadas en la declaración jurada que se incluyó dentro de la oferta. Arguye que esta es la forma usual en la que se opera dentro del mercado de las Agencias de Publicidad. Concluye señalando que no existe ninguna irregularidad, ya que el punto 1.2.3.4 del pliego fue acreditado de forma correcta y, por ende, no puede dar lugar a ninguna nulidad del acto de adjudicación. Finalmente, la Administración indica que para cumplir los fines de la presente contratación, lo primordial es la información que se puedan obtener de las diferentes herramientas del mercado, utilizando la

metodología “escucha”, por tal motivo, se consideró en el pliego la obligación de contar con insumos que permitan alcanzar los objetivos de alcance y frecuencia (optimizador) para conocer audiencias. De esta manera, queda patente la prioridad de obtener la información mediante dichas herramientas, sin ser estas específicas o únicas en el mercado, pudiendo los oferentes incluso acreditar las que tengan al alcance. Concluye señalando que no existe nulidad en los actos emitidos, por lo tanto, solicita que se mantenga el acto de adjudicación. En la respuesta sobre la prueba para mejor resolver, la Administración manifiesta que se han hecho diligencias para aclarar la situación sobre las herramientas propuestas por la empresa Bambú Capital S.A. Agrega que con el fin de verificar tal situación, se le requirió a la adjudicataria la presentación del contrato suscrito entre las propietarias de las herramientas y la empresa Full Media S.A., sin embargo, al ser esta información ajena a las partes involucradas en el presente procedimiento, dicha información no fue presentada, provocando inseguridad e incertidumbre jurídica. Finalmente expone, que con la información aportada por Bambú Capital S.A., se está cumpliendo con lo requerido en el cartel, no obstante, no se puede identificar los alcances o restricciones para el buen uso de estas. **Criterio de la División.** En primer lugar, resulta necesario indicar que el objeto de la presente licitación corresponde a la: *“Contratación de una Agencia Publicitaria con experiencia en el área de publicidad, mercadeo digital, compra de medios, social listening y producción, para que brinde al Programa Información y Comunicación de la Presidencia de la Republica los servicios que requiera para la elaboración de productos de comunicación durante el periodo de este contrato”* (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/), de esta forma dentro de los requisitos solicitados en el cartel, se dispuso: *“El oferente debe contar con herramientas de medios que permitan alcanzar los objetivos de alcance y frecuencia (optimizador), para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar, monitoreo de pauta, estudios de hábitos de consumidores y medios a los que son expuestos. Adicional, deberá contar con una herramienta para generar reportes de inversión de la industria publicitaria. Para poder comprobar debe presentar declaración jurada y presentación de las herramientas de que dispone en la oferta”* (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final/), requisitos que resultan atinentes con el objeto contractual y el interés que se pretende satisfacer. En este sentido, dada la importancia de las herramientas para cumplir con el objeto de esta contratación, mediante la resolución No. R-DCA-0786-2019 de las trece horas trece minutos del doce de agosto del dos

mil diecinueve, este órgano contralor otorgó a todas las partes audiencia de nulidad para que se refirieran al requisito exigido en el cartel en la cláusula 1.2.3.4. De esta forma, la adjudicataria al atender la audiencia de nulidad dada por esta Contraloría General, señala que dicho requisito fue acreditado de la forma como lo requería el cartel, es decir mediante declaración jurada, pues de la misma, se evidencian las herramientas que se mantienen disponibles al ser cliente de la empresa Full Media S.A., cuya naturaleza le permite proveer de esos insumos a cada uno de sus clientes contractuales. Como prueba de sus alegatos, aporta certificación notarial de la cláusula 1 del contrato de servicios suscrito con Full Media S.A., y constancia de relación comercial con dicha empresa (hecho probado 11). Al respecto, en un primer escenario al atender la audiencia de nulidad, la Administración manifestó que resulta suficiente la acreditación de tales requisitos con la documentación que consta en la oferta de la adjudicataria y además porque hay contratos comerciales entre dicha empresa y Full Media S.A., que permiten corroborar tal situación, no obstante, en consideración a lo planteado por esta Contraloría General en la solicitud de la prueba para mejor resolver, al requerirse que se manifestara expresamente sobre las restricciones planteadas por los propietarios de cada herramienta ofertada, según se afirmó en la investigación realizada por la propia Administración y puesta en conocimiento de esta Contraloría General, se indica que existe una incertidumbre jurídica en contra del Ministerio de la Presidencia que no permite verificar los alcances o restricciones de uso para las herramientas requeridas. De la lectura del expediente del concurso, se tiene que la empresa Bambú Capital S.A., para cumplir con las disposiciones cartelarias presentó con la oferta, una declaración jurada en la cual el señor Erick Apuy Achio, en su condición de Presidente de la empresa Bambú Capital Sociedad Anónima, indicó que su representada: *(...) cuenta con las siguientes herramientas de medios dentro de la compañía: (...) b) TV Data de Kantar Ibope para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar, (...) d) Poppy Dos. Cero de IPSOS para estudios de hábitos de consumidores y medios a los que son expuestos, d) Monitor Flex de Kanta Ibope para generar reportes de inversión de la industria publicitaria (...)* (hecho probado 6 inciso c). De manera que, partiendo de esta documentación que consta en la oferta, para la Administración está claro que la empresa posee los insumos necesarios para cumplir con los objetivos propuestos (hecho probado 8, 9 y 10). No obstante, a raíz de su propia investigación y de lo manifestado en atención a cada etapa procesal ante este órgano contralor, no ha podido acreditar de forma fehaciente que la empresa adjudicataria cuente con la posibilidad de realizar la actividad objeto de la presente licitación que corresponde a la *“Contratación de una Agencia Publicitaria con*

*experiencia en el área de publicidad, mercadeo digital, compra de medios, social listening y producción, para que brinde al Programa Información y Comunicación de la Presidencia de la Republica los servicios que requiera para la elaboración de productos de comunicación durante el periodo de este contrato”* (Ver expediente electrónico, disponible en la dirección <https://www.sicop.go.cr> / concursos / expediente / número de procedimiento / [2. Información de cartel] / versión actual/ Anexo N°1 Cartel Licitación Pública Agencia de Publicidad Final). Como puede verse, el requisito resulta trascendente a los efectos de la contratación, hecho que por cierto resulta no controvertido; por lo que es fundamental que la Administración haya verificado su cumplimiento. En ese sentido, no se pierde de vista que dentro de la tramitación del recurso de apelación, la propia Ministra de Comunicación requirió a este órgano contralor que este aspecto fuera investigado, así como informó que la Proveeduría de Casa Presidencial fue informada de esta situación y la misma le solicitó a Bambú Capital Sociedad Anónima referirse al tema (folios 052 al 056 del expediente del recurso de apelación). Dentro del trámite del recurso se consultó a la Administración licitante (Ministerio de la Presidencia), que precisamente se refiriera la verificación del requisito y los resultados de las consultas pertinentes (folios 57 al 62 y 121 y 122 del expediente del recurso de apelación). En el caso, la Administración ha sido contradictoria en su forma de actuar, defendiendo su acto de adjudicación en atención a la audiencia inicial y la nulidad, pero concluyendo en su respuesta a la solicitud de prueba para mejor resolver, que la empresa adjudicataria no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos legales en cuanto a las herramientas propias que se solicitan al oferente y no terceros o proveedores, y que resultan necesarias para el ejercicio de la actividad objeto de la contratación. Afirmación la anterior, que deriva de la respuesta brindada en la referida solicitud de prueba para mejor resolver, al indicarse por parte de la Administración lo siguiente: *“Tal como lo ha indicado la Unidad encargada en su oficio DC-026-2019, con la información aportada a la fecha por Bambú Capital S.A, el oferente está cumpliendo con lo solicitado en el cartel, no obstante, y como se ha expuesto ésta Administración se encuentra en un grado de escepticismo e inseguridad jurídica tal, que no permite decretar una situación infalible sobre los alcances o restricciones de uso por parte de las herramientas (...)”* (folios 131 al 133 del expediente del recurso de apelación). Conforme lo expuesto, es claro para este órgano contralor que la Administración no ha verificado el cumplimiento del requisito cartelario en discusión. Es cierto que la adjudicataria ha discutido su cumplimiento mediante la declaración jurada, o bien, al aportar parcialmente el contrato entre ella y Full Media S.A. (hecho probado 11), pero también es notorio que se han discutido las posibilidades de cumplir tal manifestación y por ende de cumplir el requisito, lo cual no puede afirmar ni siquiera el

propio Ministerio de la Presidencia. De esa forma, ese Ministerio dejó de lado su obligación de verificar el cumplimiento de requisitos que parecen trascendentales para el cumplimiento de la contratación y con ello se afecta el motivo mismo del acto final, en el sentido de que se desconoce si la oferta seleccionada efectivamente resulta la más idónea frente a las reglas del concurso y por ende la que mejor satisface el cumplimiento del interés público. En este sentido, resulta primordial indicar que la Administración se encuentra obligada a fundamentar de manera adecuada sus decisiones y por ende, en el caso de considerar que un determinado oferente resulta ser merecedor de un acto de adjudicación, debe motivar dicho acto, con sustento en los estudios técnicos realizados y partiendo de sus propias reglas cartelarias, dado que ahí es donde se refleja su propia voluntad. En este sentido, la Sala Constitucional ha realizado importantes referencias, indicando entre otras cosas, lo siguiente: *“IV.- SOBRE LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. La motivación del acto administrativo debe ser auténtica y satisfactoria, es decir, una explicación de las razones que llevaron a su emisión, por lo que, no se trata de un mero escrúpulo formalista que pueda ser cumplido con la fabricación “ad hoc” de los motivos. En consecuencia, [...], la resolución debe contener en forma explícita las circunstancias de hecho y de derecho que han motivado a la Administración Pública, al dictado o emanación del acto administrativo. [...]. Bajo esa inteligencia, el administrado goza de una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración, depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de su impugnación (...)”* (ver Sentencia 2008-008552 de las dieciséis horas y tres minutos del 21 de mayo del 2008). En el caso, pese a que la adjudicataria insiste en poder utilizar las herramientas, a saber; TV DATA de KANTAR IBOPE para conocer audiencias de televisión, costo por punto rating y costo por millar; POPPY DOS.CERO de IPSOS para estudios de hábitos de consumidores y medios y MONITOR FLEX DE KANTAR IBOPE para generar reportes de inversión de la industria publicitaria, lo cierto es que su argumento no se tiene por acreditado, en el tanto de la información presentada ante esta sede, no se explica a partir de cuáles elementos es posible concluir que efectivamente las empresas en mención, o bien, por parte de Full Media S.A., el que en apariencia le presta el servicio, le faculta proveerle a la Administración este servicio de manera integral, efectiva y transparente, que permita concluir el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de condiciones. Esta ya mencionada obligación, contrasta en el caso con las afirmaciones del Ministerio cuando indica que efectivamente existe una inseguridad jurídica que no puede desconocerse, pues no se ha



demostrado que la adjudicataria cuente con la habilitación suficiente para utilizar las herramientas de la forma en que lo requiere el cartel. Es por ello que, al amparo del artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General se impone anular el acto final en tanto carece de motivo en relación con la selección de la oferta más idónea conforme las reglas del concurso, circunstancia que no solo fue puesta en conocimiento por el Ministerio de Comunicación, sino que ha sido confirmada en el trámite por el Ministerio de la Presidencia. De esa forma, le corresponde al Ministerio licitante proceder a la verificación de la documentación que acredite el cumplimiento de la cláusula 1.2.3.4 del pliego. No obstante, en virtud de los principios de igualdad y preclusión procesal, únicamente podría utilizarse los documentos aportados en la oferta de la empresa recurrente, así como verificar el contrato con la empresa Full Media S.A., que fue parcialmente aportado por la empresa adjudicataria en atención a la audiencia inicial y de nulidad (hecho probado 11). Lo anterior, por cuanto se han brindado los espacios procesales y audiencias pertinentes, de forma que no podría abrirse nuevamente discusiones sobre otros documentos que no fueron discutidos en las respectivas audiencias. Por lo expuesto, **se anula de oficio el acto final** y se ordena al Ministerio licitante la verificación de los requisitos cartelarios. En virtud de que se está anulando el acto final, se ordena también al Ministerio que verifique el cumplimiento de la cantidad de premios de la adjudicataria, en la medida que si bien no fueron desvirtuadas por el fondo, lo cierto es que formalmente se aprecia que los documentos aportados no cuentan con firma válida, lo cual deberá verificarse debidamente y ponderar si procede la asignación de puntaje.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184, de la Constitución Política; artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 86 y siguientes de la Ley de la Contratación Administrativa; artículos 182, 190, 192 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa se resuelve: **1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **SISTEMA NACIONAL DE RADIO Y TELEVISIÓN S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL No. 2019LN-000001-0007200002** promovida por el **MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA** para el “Servicio de agencia de publicidad”, acto de adjudicación recaído en **BAMBU CAPITAL SOCIEDAD ANONIMA**, por un monto de ¢150.000.000 (ciento cincuenta millones de colones). **2) ANULAR DE OFICIO** el acto de adjudicación conforme las razones expuestas en la parte considerativa. **3)** Proceda la Administración a realizar el análisis de las ofertas, conforme lo señalado en la presente resolución, de previo al dictado de un nuevo acto final.**4)** De

conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFÍQUESE.**-----

**ORIGINAL FIRMADO**

Allan Ugalde Rojas  
**Gerente de División**

**ORIGINAL FIRMADO**

Elard Gonzalo Ortega Pérez  
**Gerente Asociado**

**ORIGINAL FIRMADO**

Marlene Chinchilla Carmiol  
**Gerente Asociada**

Estudio y redacción: Diego Arias Zeledón

DAZ/apus

NI: 19927, 19942, 19943,20533, 20578,20864, 20875,21868 ,21872  
21897,22745, 22762, 22773, 24035,26862

**NN: 15163 (DCA-3696-2019)**

G: 2019002848-2

