

R-DCA-087-2010

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las diez horas del veinticinco de octubre de dos mil diez.-----
Recurso de apelación interpuesto por **Cefa Central Farmacéutica S. A.**, en contra del acto de adjudicación de la **Licitación Abreviada No. 2010LA-000004-2102**, promovida por la **Caja Costarricense del Seguro Social**, para la compra de “Material de Bodega de Quirófano”.-----

RESULTANDO

I.- La empresa Cefa Central Farmacéutica S. A., presentó recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la referida licitación, indicando entre otras cosas que existen vicios de forma y fondo en las recomendaciones técnicas de la adjudicación, así como que se está realizando un indebido ajuste presupuestario, y que la oferta adjudicada no debió ser tomada en consideración por haber superado el 10% del presupuesto asignado al concurso Asimismo señala que existen vicios de forma e irregularidades en el acta de la comisión de suministros y que no existe una resolución que adjudique formalmente el concurso.-----

II. Mediante auto de las doce horas del nueve de setiembre del dos mil diez, se confirió audiencia inicial a las empresas Kendall Innovadores en Cuidados al paciente S. A., Gerard O Elsner Limitada y a la Administración, para que se refirieran a los argumentos expuestos por la recurrente.-----

III. Mediante auto de las catorce horas con cuarenta minutos del diecisiete de setiembre del dos mil diez, se confirió audiencia especial a la empresa apelante para que se refiriera a los argumentos expuestos en contra de su oferta.-----

IV. Mediante auto de las nueve horas del veintinueve de setiembre del año dos mil diez, se convocó a audiencia final oral, la cual fue celebrada el once de octubre anterior, en el piso trece del edificio principal de la Contraloría General de la República, con la presencia de todas las partes.-----

V. La presente resolución se dicta dentro del término de ley, habiéndose observado durante su trámite las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I.- HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la Caja Costarricense del Seguro Social promovió la Licitación Abreviada 2010LA-000004-2102, para la Adquisición de Materiales varios de Bodega de Quirófano y mediante documento emitido por la Dra. Ileana Balmaceda Arias, Directora General A.I., del hospital San Juan de Dios se adjudicó la licitación 2010LA-000004-2102 a la empresas Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S. A., por un monto total de \$542.250,00; a Cefa Central Farmacéutica S. A., por un monto de \$151.156,00; y a la empresa Gerard O Elsner Limitada, por un monto de €4.,470,00. Acto

último que fue convalidado por la Gerencia Médica de dicha Institución (ver folios 172, 707, 837 y siguientes del expediente administrativo). **2)** Que en el cartel de licitación se indica: **a)** “Método de evaluación y selección de of: 100% Precio”. (ver folio 173 del expediente de contratación) **b)** Para los ítems 18-19-20-21-22: “... El equipo de grapeo y los cartuchos deben ser compatibles con los existentes en la Sala de Operaciones y Bodega de Quirófano “Auto Suture” (ver folio 173 del expediente administrativo). **c)** “Para compra en formula 28-742213 del día 20 de enero, 2009 Código:2-12-01-0290-035.//... Nombre del artículo y detalles: Equipo de Grapeo tipo PPH de 33MM, para hemorroides. Estéril...” (ver folio 186 del expediente de licitación). **3)** Que en oficio sin número de fecha 26 de marzo del 2010, el Dr. Eduardo Trujillo indica: “Item N° 10 y item N° 10 (Alternativa): No cumple con lo solicitado. No se recomienda su compra, ya que dichos productos no son compatibles con los equipos existentes. Item N° 11, 12, 12 (Alternativa), 13, 14, 14 (Alternativa), 15, 15 (Alternativa), 16, (16 Alternativa): Los item mencionados no cumple con lo solicitado. No se recomienda su compra, ya que dichos productos no son compatibles con los equipos existentes. Item N° 18: Cumple con lo solicitado. No se recomienda su compra por su precio. Item N° 19, 20, 21, 21 (Alternativa) y 22: Los item (sic) mencionado no cumple con lo solicitado. No se recomienda su compra, ya que dichos productos no son compatibles con los equipos existentes.... Nota N° 2: Recomendación brindada por el Dr. Trujillo Herin ya que la Dra. Julia Vargas se encuentra incapacitada. Esto ya que dichos insumos se requiere con suma urgencia.” (ver folios 694 y 697 del expediente administrativo). **4)** Que en el acto de adjudicación emitido por la señora Ileana Balmaceda Arias, Directora General A.I. del Hospital San Juan de Dios se indica: “La Dirección General del Hospital San Juan de Dios con base en la recomendación técnica del Dr. Eduardo Trujillo Hering, Comisión de Servicio de Cirugía Laparoscópica y considerando la recomendación vertida por la Comisión de Suministros en su sesión del día 31-03-10 adjudica la compra...Empresa: Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A.... TOTAL: \$542.250,00...//... Empresa: Cefa Central Farmaceutica .SA.... TOTAL: \$151.156,00...//...Empresa: Gerard O Elsner Limitada:...TOTAL: €4.470,00”(ver folio 707 del expediente de contratación). **5)** Que en el expediente administrativo se encuentra un documento en el cual se indica: “IMPLEMENTACIÓN DECLARACIÓN JURADA EN PROCESO DE RECOMENDACIÓN TÉCNICA...N° de Concurso: 2010LA-000004-2102 MEDIAS ANTIEMBOLICAS, TIJERA BISTURI ARMONICO, PINZA P/ APLICAR CLIPS, BOLSAS COLECTORAS, CARTUCHOS, EQUIPOS DE GRAPEO, CANULA DE ASPIRAR Y CABLE DE FIBRA OPTICA. Yo. DR EDUARDO TRUJILLO HERING, cédula N° 1-613-581 funcionario de la Institución,

designado para brindar la Recomendación Técnica, declaro bajo juramento....” (ver folio 693 del expediente de contratación). **6)** Que el precio ofertado por la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al paciente, para las siguientes líneas es de: *“ITEM: 10... PRECIO: UNITARIO\$35,00, TOTAL: \$10.500,00...//... ITEM:11... PRECIO: UNITARIO: \$50,00, TOTAL: \$3.000,00”* (ver folio 452 del expediente de contratación). **7)** Que el precio ofertado por CEFA S. A. para las siguientes líneas es de: *“ITEM 10...PRECIO: UNITARIO: \$133.68, TOTAL: \$40.104,00...//...ITEM 11... PRECIO: UNITARIO\$52.97, TOTAL: \$3.178,20* (ver folio 236 del expediente de licitación).**8)** Que en oficio N° 031 -10 J.S.C.-Adm del 08 de febrero del 2010, la Caja Costarricense del Seguro Social indicó: *“Objeción No 4: Ítems 12, 13 y 14 Se deben dejar los ítems como están redactados, ya que estas cargas son utilizadas con engrapadoras que tenemos experiencia en el hospital. Las cargas ofrecidas por esta casa no son compatibles con estas engrapadoras. Además el oferente siguiere (sic) cambiar los tamaños de acuerdo a su disposición de cargas y no a las necesidades del hospital como se ve en el ítem No 14. Objeción No 5: Ítems 12 y 16 Los ítems deben quedar iguales, por las mismas razones que se explicaron en el párrafo anterior...”* (ver folio 95 del expediente de licitación). **9)** Que en el acta de comisión de suministros de fecha 31 de marzo del 2010, respecto a las firmas del médico se indica: *“En curso...”* (ver folio 698 al 701 del expediente de compra). **10)** Que el tipo de cambio de referencia para la venta calculado por el Banco Central de Costa Rica del dólar americano con respecto al colón costarricense a la fecha de la notificación del acto de adjudicación, sea el 23 de abril del 2010, alcanzaba la suma de ¢516,59 y para la fecha de la convalidación del acto de adjudicación, sea el 20 de agosto anterior, alcanzaba la suma de ¢516,69 (Ver sitio web <http://www.bccr.fi.cr>). **11)** Que el tipo de cambio del euro respecto al dólar americano a la fecha de notificación de la del acto de adjudicación, sea el 23 de abril del 2010, alcanzaba la suma de \$1,3280 convalidación del acto de adjudicación, sea el veinte de agosto anterior, según el Banco Central de Costa Rica alcanzaba la suma de \$1,2679 por cada Euro. (Ver sitio web <http://www.bccr.fi.cr>).-----

II SOBRE LA LEGITIMACION Y EL FONDO: En primer lugar, se debe indicar que el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone que *“Podrá interponer el recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo.”* De lo anterior se extrae que presupuesto necesario para entrar a conocer el fondo de un recurso de apelación, es que el recurrente ostente un interés legítimo, actual, propio y directo en el negocio, o sea, que cuente con legitimación para apelar. Así las cosas, dado que en el presente caso se abordan argumentos tales como

vicios en la recomendación técnica, ambos aspectos, a saber, legitimación y fondo, se analizarán en forma conjunta. **1.Sobre los vicios en la recomendación técnica:** El apelante indica que en documento que consta a folios 694 al 697 del expediente administrativo, el Dr. Eduardo Trujillo Herin, cirujano general, firma en nombre de la Comisión de Cirugía Laparoscópica del Hospital San Juan de Dios, la recomendación técnica en relación con cada uno de los ítems de la contratación. Así, estima que dicha recomendación contiene varios vicios; a) No aparece nombramiento formalmente instituido del doctor Trujillo Herin como miembro de dicha comisión, razón por la cual la recomendación técnica no cuenta con asidero legal. b) La Comisión Laparoscópica resulta ser un órgano colegiado, conformado por varios profesionales y para que reunidos sus criterios, habilidades y conocimientos, se hagan las recomendaciones técnicas que beneficien a los asegurados al sistema de Seguridad Social y especialmente a los pacientes que llegarán a utilizar el bien o material que deben analizar. c) La recomendación está firmada solamente por un médico sin hacer referencia a que la Comisión haya sesionado a los efectos de emitir tal recomendación, de forma tal que, sin detrimento de las capacidades y conocimiento del profesional, no se contó con una diversidad de criterios, no hubo discusión si conformación del órgano colegiado que debió haber hecho este ejercicio, ni parece ser que se procuraran otras opiniones a la hora de valorar las ofertas, una de las razones fundamentales de la existencia de la Comisión. Solicita la nulidad de la recomendación, ya que su realización correcta pudo haber cambiado efectivamente ante la posibilidad de contar con pluralidad de criterios y oportunidad de discusión sobre las especificaciones y ventajas o desventajas de los diferentes productos ofertados, la decisión final y en definitiva crea un estado de indefensión. La adjudicataria Kendall Innovadores en cuidados al Paciente S.A. expresa que la recomendación técnica es válida en su totalidad. Señala que como se desprende del documento visible a folio 693 del expediente administrativo, el Doctor Trujillo fue debidamente designado, él suscribió la declaración jurada correspondiente, en la cual se establece que ha sido designado por el Hospital San Juan de Dios para realizar dicho acto. Agrega que aclara el Dr. Trujillo, al final de su informe que él fue designado para la elaboración del mismo, en razón de que la Dra. Julia Vargas se encontraba incapacitada y que la evaluación era urgente. Indica que pretende confundir el apelante, desarrollando el término comisión y relacionándolo con el concepto de órgano colegiado de la Ley General de la Administración Pública. Esa asimilación es improcedente y no se encuentra relacionada de manera alguna con el hecho de que el Dr. Trujillo haya elaborado la recomendación técnica. De igual manera, resulta improcedente la aseveración de que era necesario un órgano colegiado a la hora de realizar la recomendación técnica,

primero que todo, no establece o señala el fundamento jurídico que justifique dicha aseveración, en segundo término la designación del mencionado doctor se ajustó totalmente a Derecho, siguiendo con las especificaciones internas de competencia para el Hospital. El apelante ni siquiera alega cuál es el agravio que se le causa con el hecho que argumenta, siendo que, como es ampliamente conocido de conformidad con el artículo 223 de la LGAP, sólo causa nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento, entendiéndose estas como aquellas cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión. Se echa de menos en los alegatos del apelante la fundamentación o siquiera mención del agravio sufrido con el supuesto vicio de forma en la recomendación técnica, de lo que debe concluirse que se trata de una acción que pretende la nulidad por la nulidad misma. Indica que por ser un procedimiento netamente interno que no afecta en nada a los oferentes, no se comprende el motivo del reclamo. Asimismo, siempre firma una sola persona, en este caso el coordinador o la persona asignada por él. El cartel en ningún momento señala que se nombra a la Comisión. La Administración expresa que la Comisión de Cirugía Laparoscópica está conformada desde febrero del 2010 por el Dr. Valentín Rojas Montoya, Marco Herrera Rodríguez, Jairo Villareal Jaramillo, Dr. Eduardo Trujillo y la señora Julia Vargas Carranza. Dicha comisión es un órgano de recomendación interna y la coordinadora es la responsable de firmar las recomendaciones. En la fecha que se firmó la recomendación de la compra, la Coordinadora se encontraba incapacitada, por lo que el Dr. Trujillo miembro de la Comisión y con conocimiento técnico del producto, firmó la recomendación con el fin de no atrasar el proceso. Por ser un asunto netamente interno no se ve el motivo del reclamo. Además no creen conveniente que las compañías oferentes cuestionen la forma de trabajar de la Comisión. **Criterio para resolver:** Como punto de partida debe indicarse que el argumento del recurrente se centra en que existe un vicio en la recomendación técnica, por cuanto no existe nombramiento formal del Dr. Trujillo Herin como miembro de la Comisión de Cirugía Laparoscópica –señala que al respecto solicitó esa información a la Administración-, y únicamente fue firmada por dicho doctor, razón por la cual no existió un órgano colegiado en el cual se discutiera el tema, así considera que debe declararse la nulidad de la recomendación. Por su parte, la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S. A., quien resultara adjudicataria en algunas de las líneas de la licitación, expresa que no consta que el recurrente hubiese solicitado información alguna al Hospital. Además señala que consta una declaración jurada emitida por el Dr. Trujillo con lo cual se desprende que efectivamente fue designado para dichas labores, y que inclusive en la recomendación

técnica se indica que el citado doctor sustituye en dicho acto a la Dra. Julia Vargas, por cuanto se encontraba incapacitada. Por otra parte señala que no se puede identificar el término “comisión” con el concepto de “órgano colegiado” de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), y que en todo caso no era necesaria la instauración de un órgano de este tipo. Al respecto la Administración indica que sí existió una Comisión encargada de emitir la recomendación técnica, misma que fue firmada por el señor Trujillo, por cuanto la Coordinadora se encontraba incapacitada. De conformidad con los argumentos expuestos por cada una de las partes, considera este órgano contralor que deben observarse dos aspectos relevantes para resolver en punto en disputa. El primero de ellos se refiere a que de llevar razón el argumento de la recurrente, no solamente se debería decretar la anulación de las líneas específicas contra las que presenta sus alegatos concretos, sino que también, todas las líneas que fueran adjudicadas, inclusive en las que él mismo resultó adjudicatario se anularían, por cuanto estamos ante un aspecto que engloba todo el acto de adjudicación y no solamente las líneas en contra de las cuales se presenta el recurso de apelación, así, de ser que efectivamente el criterio técnico cuenta con vicios que impiden su validez de frente a la recomendación para el acto de adjudicación, deberá anularse todo el acto de adjudicación emitido por la Administración, de ahí que este órgano contralor consideró importante darle audiencia a los demás adjudicatarios del concurso. En ese sentido la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S. A, se refirió al respecto, mas la empresa Gerard O’Elsner Ltda señaló que no contaba con alegaciones respecto al recurso. Como segundo aspecto, y ligado al anterior, se debe analizar si el criterio vertido por el Dr. Eduardo Trujillo Hering es dable de ser tomado en consideración como un verdadero análisis técnico o bien si debe ser descartado por el hecho de no existir un nombramiento oficial de ese profesional para tales efectos, así como por no constar que la Comisión hubiese sido integrada por diversos especialistas. En ese sentido debe efectuarse una construcción de las distintas normas que informan la materia sobre este aspecto en concreto, a efectos de valorar si existe un incumplimiento o no por parte de la Administración al momento de realizar el análisis de las ofertas. En ese orden de ideas puede indicarse que el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación en lo que interesa dispone: *“Estudio de admisibilidad de ofertas. Cumplida la anterior etapa, la Administración, procederá al estudio y valoración de las ofertas en relación con las condiciones y especificaciones de admisibilidad fijadas en el cartel y con las normas reguladoras de la materia [...] Para facilitar ese estudio el órgano competente confeccionará un cuadro comparativo de análisis de las ofertas según el ajuste a las especificaciones del cartel y de sus características más importantes, el cual formará parte del*

expediente respectivo...”; por su parte el numeral 86 del mismo cuerpo normativo establece: “Acto final. Una vez hechos los estudios y valoraciones señalados en los artículos anteriores, la Administración, deberá dictar el acto de selección del adjudicatario...”.Adicionalmente valga mencionar que el ordinal 223 del citado Reglamento expresamente establece que: “Comisión de Recomendación de Adjudicaciones. En las Administraciones podrá existir una Comisión de Recomendación de Adjudicaciones, con competencia exclusiva, para analizar y recomendar la adjudicación de las contrataciones que por la naturaleza de la contratación así se requiera. Cada Administración deberá regular su estructura y funcionamiento, garantizando el carácter técnico y autónomo de sus integrantes, uno de los cuales será el Proveedor Institucional o quien lo sustituya.” De la relación de las normas de cita, se desprende que la entidad licitante necesariamente debe llevar a cabo una serie de estudios que le permitan seleccionar la oferta que cumpla con los requerimientos mínimos establecidos en el reglamento específico de la contratación, y con base a ello deberá efectuar una comparación de las ofertas que le permita determinar el cumplimiento de dichos elementos, para lo cual eventualmente podría nombrar una comisión, con ciertas características, que tenga por objetivo recomendar la adjudicación. Una vez realizados los estudios correspondientes, la Administración procederá a dictar el acto de adjudicación o declaratoria de desierto o infructuoso del procedimiento de contratación administrativa, debiendo para ello motivar dicha actuación con las razones suficientes que le permitan justificar la decisión adoptada. Existe entonces un elemento central y esencial para que el sujeto u órgano encargado de adjudicar un procedimiento de contratación administrativa pueda tomar su decisión final, sean estudios de las ofertas que se alcanzan gracias a una serie de análisis que llevan las distintas dependencias de la Administración, mediante los cuales se permite no solo determinar el cumplimiento o no de aspectos mínimos que deben contener las ofertas, sino que permiten establecer en forma objetiva y específica el puntaje obtenido para cada una de las ofertas que fuesen sometidas al concurso público. Estos estudios se presentan como un acto preparatorio a través de los cuales la entidad licitante logra efectuar el acto de adjudicación, es decir, son la base o fundamento bajo el cual se justifica la toma de una determinada decisión, sin embargo, ello no implica que el órgano decisor se encuentre vinculado o imposibilitado de apartarse del mismo, ya que puede separarse de la recomendación siempre y cuando motive en forma razonada, detallada y suficiente el por qué de su accionar. Con base en lo indicado, es criterio de este órgano contralor, que el apelante no ha acreditado la existencia de una norma o fundamento normativo bajo el cual se presuma que la recomendación técnica, que es la discutida en el presente procedimiento de apelación, deba ser emitida

por una determinada comisión, por el contrario, este Despacho estima que efectivamente existe un criterio técnico, independientemente de la conformación o no de una Comisión, bajo el cual se analizaron los requerimientos técnicos que debían cumplir los equipos solicitados por la Administración en el pliego de condiciones, así vemos como existe un funcionario responsable de efectuar el estudio respectivo, sea el doctor Trujillo Herin, quien en sustitución de la Dra. Julia Vargas emitió el criterio técnico bajo el cual se analizaron las condiciones específicas de los equipos ofertados por cada uno de los interesados en adjudicarse la licitación (hecho probado 3 y 4). En ese sentido, omite el recurrente señalar cuál es la norma jurídica que se infringe con el hecho de que la recomendación hubiese sido emitida por uno o varios profesionales en medicina, así no se encuentra fundamento jurídico para invalidar una recomendación formulada por un solo sujeto, inclusive valga recordar que el citado artículo 223 del RLCA establece que podrá establecerse o existir una comisión de recomendación de adjudicaciones, no que necesariamente deberá conformarse la misma. Adicionalmente, pese a que el expediente administrativo únicamente se encuentra una declaración jurada del doctor Trujillo y su recomendación (hecho probado 5) -no de todos los supuestos miembros de la Comisión-, lo cierto es que la Administración al contestar la audiencia inicial, indicó: *“A pesar de que esta compra fue solamente firmada por el Dr. Trujillo, previamente fue revisada por la Dra Vargas y los miembros de la Comisión de Laparoscopia.”*, razón por la cual este órgano contralor considera que se debe rechazar el argumento de la accionante, ante la falta de fundamentación del alegato de la parte recurrente, así como de la aplicación de los principios que rigen la materia de la contratación administrativa, especialmente de los principios de eficiencia y eficacia, los cuales han sido examinados y desarrollados por esta Contraloría General, como por ejemplo en la resolución R-DJ-165-2010, que lo que respecta indicó: *“Expuesto lo anterior, es menester indicar que el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa en lo que interesa dispone: “Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas, y los objetivos de la administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos naturales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma...En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta, o en su caso, la del acto de adjudicación...” Así las cosas, debe indicarse que aplicando los principios de eficacia y de eficiencia al caso en concreto, del análisis de los*

argumentos de la empresa gestionante, así como de la oferta y documentos presentados por la recurrida en el expediente administrativo, se encuentran argumentos suficientes para mantener el criterio de la Administración sobre este aspecto, ello por cuanto la finalidad del requerimiento del pliego de condiciones se entiende cumplido (...), De frente a lo anterior, y en relación con el principio de eficiencia, resulta conveniente señalar lo indicado en la resolución R-DCA-497-2007, que en lo que interesa, indicó: “No debe olvidarse que la contratación administrativa se ve informada por una serie de principios, como lo es el principio de eficiencia que orienta a que “en todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma”. Sobre este principio, en la exposición de motivos de la Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 (Dictamen unánime afirmativo de la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de 7 de febrero de 1995), se dijo: “En primer lugar se destaca, como una reacción a la tendencia actual, el principio de eficiencia como objetivo de los procedimientos de contratación. Esto significará que la Administración desplegará toda su actividad orientada a buscar la mejor alternativa para el interés público, dejando en un segundo plano el cumplimiento de requisitos formales. Se consagran por esta vía, como correlato de la eficiencia, los principios de conservación e informalismo, de larga aceptación en nuestro ordenamiento jurídico desde la promulgación de la Ley General de la Administración Pública.” (Ley de Contratación Administrativa, San José, Ediciones SEINJUSA, 1995, p. 8). De conformidad con el texto de cita, aplicando los principios que informan la materia, y en virtud de las razones expuestas en líneas atrás, considera este órgano contralor que existen razones de mérito suficientes para proceder a rechazar el recurso incoado respecto a este punto en concreto.

2. Sobre los vicios de fondo en la recomendación técnica: La Valoración técnica de la oferta de CEFA: La recurrente señala que en la recomendación técnica se valoró la oferta de Cefa, indicando en varios ítems que no se recomendaba la compra de los productos, en referencia a los ítems del 10 al 16 (y sus respectivas alternativas), por cuando no cumplen con lo solicitado y no se recomienda su compra, ya que dichos productos no son compatibles con los equipos existentes. En el cartel, no se hace referencia a un requerimiento específico de compatibilidad con equipos existentes. Es en el cartel en el que se establecen los criterios técnicos que deben cumplir los productos ofertados, y en este caso no existe ningún criterio o requerimiento de compatibilidad con equipos existentes tal y como lo indica la valoración técnica de su oferta. De esa forma existe un error en el fundamento en el que se basa la Comisión Técnica para no recomendar la compra, incluyendo un requerimiento inexistente, de forma tal que dicha recomendación se basa en un elemento que no consta en

el cartel y que por lo tanto no es un requisito que deban cumplir los productos ofertados. La recomendación técnica no puede alejarse de los parámetros incluidos en el cartel, debido a la firmeza y carácter de normativa que rige los términos de escogencia de la mejor oferta para la contratación específica. Aún en caso que para los ítems mencionados en efecto existiera el requerimiento técnico que los productos ofertados deben ser compatibles con los equipos existentes, para los productos ofertados, Cefa adicionalmente ofreció sin costo alguno los equipos necesario para su funcionamiento. En conclusión su oferta en relación con los ítems mencionados no debe ser rechazada ya que cumple con los requerimientos técnicos del cartel. La adjudicataria indica que los argumentos de la recurrente carecen de sentido por cuanto está plenamente enterada de la necesidad de compatibilidad, en ese sentido se puede observar a folios 94 y 95 del expediente administrativo, que en su momento Cefa interpuso recurso de objeción al cartel, mismo que fue contestado por la Dra. Julia Vargas Carranza, coordinadora de la Comisión de Laparoscopia, indicando que los ítems se deben dejar como están. La recurrente, incluso antes de presentar su oferta, estaba en pleno conocimiento de las necesidades del Hospital y de la necesaria compatibilidad que los productos a ofertarse debían guardar con el equipo existente. Esa aclaración se produce como consecuencia de una consulta hecha por la propia recurrente. Cefa ofertó con pleno conocimiento de que sus productos no iban a cumplir con las especificaciones y necesidades de la Administración. La recurrente reconoció la situación de que los productos ofertados debían cumplir con el equipo existente. Precisamente al ofrecer los equipos necesarios para el funcionamiento de sus productos, Cefa admite que sabía que el Hospital requería instrumentos que se ajustaran a los equipos existentes. El hecho de que los ofreciera sin costo alguno, no subsana el hecho de que se estaban ofreciendo productos que no habían sido solicitados por la Administración y que al regalarlos, incurriera en una competencia desleal respecto de los otros oferentes que sí cotizaron precisamente lo que el cartel de licitación exigió. Asimismo formula un cuestionamiento relativo las características técnicas de algunos de los equipos ofertados por la disconforme, así indica que en cuanto a los ítems 10 y 11, su oferta cotiza los cartuchos a menor precio, además de que el producto ofertado es la única opción que cumple con la especificación de bisturí en la carga y 4.8mm en la carga verde. Con respecto a los ítems 12 al 16, indica que para el ítem dos el cartucho color verde de Ethicon es de 4.1mm y no 4.8mm, mismo que tampoco es articulado como solicita el cartel. Para el ítem 13, según se muestra en el catálogo de Ethicon el código TRW35W es una grapa color blanco (tejido vascular) y no de color azul (tejido normal) como solicita el cartel. Para el ítem 14, el cartucho no articulado como solicita el cartel. Para el ítem 15, el cartucho no es

articulado como lo solicita el cartel. Para el ítem 16, cartucho color verde de Ethicon es de 4.1mm y no de 4.8mm tampoco es articulado como lo solicita el cartel. La Administración indica que en nota enviada el día 8 de febrero en donde la compañía Cefa hace objeción al cartel, se aclara que las grapas deben ser compatibles con los equipos que existen en el hospital, por lo que no es cierto que no se consigan que el equipo debe ser compatible con los equipos existentes. Aunque el oferente Cefa ofrece sin costo alguno las engrapadoras, en este momento el hospital tiene suficiente cantidad de engrapadoras que no serían compatibles con las del oferente en cuestión y que se perderían. Además de que Cefa ofrece solo engrapadoras específicas para cada set de grapas, lo que aumentaría los costos para la esterilización, empaque y utilización de personal para lavado. **Criterio para resolver:** En el alegato de la recurrente se discute en que para las líneas que van de la 10 a la 16, la Administración descalificó erróneamente su oferta, por cuanto el criterio técnico vertido señaló para esos ítems que no se cumplía con lo solicitado por el pliego de condiciones, por cuanto los equipos ofrecidos no eran compatibles con los existentes, sin embargo a su parecer el cartel de licitación no requería dicha compatibilidad como parte de sus condicionamientos, y la recomendación técnica no puede alejarse del clausulado cartelario. Expresa que aún en caso de que existiera ese requerimiento técnico, en su oferta se ofreció sin costo alguno los equipos necesarios para la utilización de las grapas que se están adquiriendo. Al respecto la empresa adjudicataria Kendall Innovadores en Cuidos al Paciente S. A., señala que en su momento, en razón de un recurso de objeción interpuesto por la recurrente, se le informó que los productos debían ser compatibles con los existentes, razón por la cual la apelante conocía de antemano dicho requisito, asimismo expresa que el hecho de ofrecer sin costo alguno los equipos para la utilización de las grapas, no subsana el que se estén ofreciendo productos diferentes a los solicitados por la Administración, y aceptar esa situación sería aceptar una ventaja indebida a favor de Cefa S. A., respecto a las ofertas que sí cumplieron con los condicionamiento cartelarios. Adicionalmente indica que los productos ofertados por la recurrente incumplen con determinados requerimientos técnicos estipulados en el pliego de condiciones y que para dos ítems específicos su precio es menor al ofertado por la recurrente. Sobre el tema, la Administración manifiesta que con ocasión del recurso de objeción interpuesto por Cefa S.A., se le indicó el requisito de la compatibilidad, además que actualmente en el hospital se tienen suficientes engrapadoras, y las ofrecidas por la recurrente son específicas para cada set de grapas, lo cual incrementaría los costos. De las manifestaciones de las partes se desprende que existen al menos dos temas que deben ser examinados por parte de este Despacho, a efectos de resolver el punto en cuestión. El primero de ellos referido al supuesto

mejor precio de los productos atinentes a las líneas 10 y 11 de la empresa adjudicataria, así como a los incumplimientos técnicos señalados por la adjudicataria en contra del producto ofertado por la recurrente para los ítems 12 al 16, ello por cuanto ambos aspectos encuentran relación con el tema de la legitimación del recurrente, ya que de llevar razón en sus argumentos, respecto a las líneas indicadas, eventualmente se debería rechazar por improcedencia manifiesta el recurso incoado. En ese orden de ideas, respecto a las líneas 10 y 11 se encuentra que en el recurso de apelación no se efectúa mención alguna que tenga por finalidad señalar algún incumplimiento por parte de la adjudicataria, así que aún sin entrar a analizar el tema de la compatibilidad, procede verificar si la apelante podría resultar readjudicatario para esas líneas. En ese sentido encontramos que el sistema de evaluación contempló que la oferta con menor precio se adjudicaría la línea respectiva (hecho probado 2-a), así vemos que el precio ofertado por la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente, para la línea 10 es de \$35,00 por unidad, para un total de \$10.500,00, y para el ítem 11 de \$50,00 por unidad, para un total de \$3.000,00 (hecho probado 6) mientras que el monto cotizado por la firma Cefa S.A, para la línea 10 es de \$133,68 por unidad, para un monto total de \$40.104,00, y para el ítem 11 de \$52,97 por unidad, para un total de \$3.178 (hecho probado 7). Así las cosas, siendo que para ambas líneas no se han achacado incumplimientos en la oferta de la adjudicataria y que su precio es menor, resulta aplicable el numeral 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual dispone: *“El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento en que se advierta, en los siguientes casos: b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso su aptitud para resultar readjudicatario...”* En atención a la norma de cita, siendo que el recurrente no acredita la forma cómo podría resultar beneficiado con la readjudicación del concurso público, procede rechazar por improcedencia manifiesta los alegatos incoados en contra de la adjudicación de las líneas 10 y 11 del procedimiento de contratación administrativa, razón por la cual se confirma la adjudicación para ambos ítems. El segundo aspecto, de este primer tema que procede analizar, corresponde a que en la audiencia inicial la empresa adjudicataria Kendall, señala determinados incumplimientos técnicos en la oferta de la recurrente, específicamente para las líneas 12 a la 16, e inclusive indica que sus alegatos –en contra de la plica del apelante- se sustentan en un catálogo adjunto a su escrito de contestación, sin embargo es menester indicar que pese a la

referencia realizada por dicha empresa, al momento en que este Despacho intenta revisar el documento respectivo en el cual se deberían verificar los incumplimientos técnicos, se determina que el mismo no se encuentra adjunto al escrito presentado, es decir omite el adjudicatario aportar los documentos técnicos, razón por la cual las afirmaciones efectuadas por la adjudicataria carecen de la fundamentación debida y necesaria para que este órgano contralor pueda entrar a conocer los alegatos esgrimidos en contra de los productos ofertados por la empresa Cefa S.A. Sobre el tema de la fundamentación se ha indicado que quien alega un hecho necesariamente debe probarlo de forma fehaciente, así no basta el simple decir o suposición sobre un hecho, sino que resulta esencial que se aporten todos los medios probatorios que le permitan a la parte comprobar y acreditar su dicho. Al respecto el ordinal 88 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), en lo que interesa dispone *“Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá debatir, en forma razonada, esos antecedentes, para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados.”*(subrayado no pertenece al original). En ese sentido, en la resolución R-DCA-530-2006 de 13 de octubre del 2006, se puede observar que ese ha sido el criterio de esta Contraloría General, inclusive con el reglamento anterior que contenía una disposición similar a la citada, se expuso: *“Asimismo ha sido criterio reiterado de este Despacho que quien alega un hecho, debe probarlo. Al efecto en resolución RSL 113-99 de las 15:00 horas del 26 de marzo de 1999 se dispuso “[...] es indispensable recordar para quienes afirman un hecho, que no basta con alegar los supuestos incumplimientos, sino también, se debe aportar toda aquella información y prueba fehaciente para fundamentar sus argumentaciones, así como determinar la trascendencia de lo alegado. No debe pretenderse entonces que, por el simple hecho de alegar un incumplimiento, este Órgano Contralor deba tenerlo por acreditado. Es imperioso aportar razones y los medios probatorios pertinentes, que demuestren la existencia real de la situación planteada. De esta manera, dado que la firma adjudicataria no ha aportado suficiente información para demostrar el incumplimiento que aduce ni su trascendencia jurídica, es lo procedente tener por desestimado el alegato de comentario...”* Así las cosas debe indicarse que al no existir la fundamentación debida por parte de la empresa adjudicataria procede rechazar el alegato respectivo para este punto en concreto, en cuanto a las líneas dichas. Ahora bien, el segundo tema que se debe entrar a conocer, se relaciona con la existencia del requerimiento atinente a la compatibilidad de los equipos ofertados con los equipos existentes, y si aún en caso de existir dicho condicionamiento cartelario, basta que se ofrezcan las engrapadoras en forma gratuita para obviar ese

eventual incumplimiento. Como primer aspecto resulta necesario verificar si en el pliego cartelario se solicitaba o no que los oferentes debían ofertar productos que fueren compatibles con los existentes en el Hospital, así una vez revisado el cartel de la licitación concluye este Despacho que dentro de las especificaciones de los productos de dichas líneas, no se solicitó de forma expresa que para los ítems que van del 12 al 16 existiese la mencionada compatibilidad. Ahora bien, dentro de la respuesta dada por el adjudicatario y la Administración se indica que dicho requisito fue conocido previamente por el recurrente, en tanto él presentó un recurso de objeción en contra del pliego cartelario, mismo que fue atendido por la Administración mediante nota N° 031-10 J.S.C.-Adm del 08 de febrero del año en curso, en la que se indicó que los bienes a ofertar debían contar con dicha compatibilidad, sin embargo una vez analizado dicho documento se desprende que si bien se aclara el tema de la compatibilidad, únicamente para los ítems 12, 13, 14 y 16 (hecho probado 8), lo cierto es que no consta en el expediente de la licitación que dicho oficio hubiese sido notificado a la recurrente, es decir cabe la posibilidad de que la disconforme no hubiese conocido el contenido de dicho documento, lo cual evidentemente la podría dejar en un estado de indefensión, asimismo dicha disposición, tal y como se ha mencionado, no consta que hubiese sido introducida al cartel como parte de los condicionamientos mínimos a cumplir por parte de los oferentes. Siendo que para los ítems que van del 12 al 16, no se encuentra que los equipos debían ser compatibles con los existentes, debe este Despacho proceder a declarar con lugar el recurso respecto a estas líneas en mención, para lo cual deberá la Administración proceder a efectuar el estudio técnico respectivo, para lo cual no podrá alegar como incumplimiento el que la empresa recurrente no presentó, para estas líneas específicas, equipos compatibles con los existentes, ello por cuanto en el pliego de condiciones no se solicita de forma expresa dicho elemento. El siguiente aspecto a explicar en este segundo tema, y que deberá ser observado para apartados posteriores, corresponde a aclarar que para las líneas recurridas en este punto, lo cierto es que la Administración no se encontraba comprando engrapadoras, sino los cartuchos de las mismas, razón por la cual no puede un oferente imponerle a la Administración cuál será el objeto que pretende adquirir, así dentro del mencionado ámbito de discrecionalidad puede comprar el objeto que según necesidades requiera, en este caso la CCSS no compra las engrapadoras alegando que tiene la cantidad suficiente en bodega. Ciertamente podría resultar muy riesgoso para una Administración aceptar un determinado bien que no se está adquiriendo propiamente en el concurso público, ya que el pliego de condiciones no está diseñado para ese objeto específico, así se podrían dar problemas en las garantías, en el funcionamiento, en la capacitación, entre

otros, que no ostentarían respaldo cartelario, simplemente porque ese no era el objeto que se pretendía adquirir. Lo anterior se indica, por cuanto este Despacho no considera que el argumento esgrimido por el recurrente se encuentre dentro del marco legal que regula la materia, ya que el objeto contractual se define y queda firme con el pliego cartelario, así para el caso de marras de haber existido efectivamente el requisito de la compatibilidad, lo cierto es que no habría sido de recibo el alegato de que se ofrecían gratis los equipos para la utilización de las grapas. Finalmente, no se desea dejar pasar la oportunidad para advertirle a la Administración que no debe crearse una dependencia tecnológica para evitar caer en una especie de ciclo o círculo vicioso donde por ejemplo, primero efectúa un procedimiento para adquirir las grapas porque cuenta con las engrapadoras, después realiza otro para comprar las grapadoras porque cuenta con las grapas y así sucesivamente, razón por la cual de frente a futuros procedimientos de contratación deberá utilizar todos los recursos técnicos, presupuestarios, y administrativos, a efectos de evitar este tipo de dependencias. De conformidad con lo indicado, procede declarar parcialmente con lugar el recurso incoado respecto a este punto en concreto, por cuanto se rechazan los argumentos en contra de las líneas 10 y 11, y se declara con lugar los relativo a las líneas 12 a 16. **3. Vicios de fondo en la recomendación técnica, respecto al ítem 18:** El apelante indica que para este ítem se indicaba que el producto ofertado debía ser igual o similar al producto denominado PPH. El estudio técnico recomendó adjudicar el producto HEM del oferente que finalmente fue adjudicado, pese a que dicho producto es completamente nuevo y no ha sido utilizado en pacientes por parte de la CCSS. Este producto no cuenta con estudios de comprobación de uso en pacientes en relación efectividad y aunque es similar al PPH, su yunque es removible y el tamaño de cierre de la grapa es mayor (1mm) que el de PHH(0,75mm). Anteriormente el PPH tenía un cierre de 1mm y se redujo a 0,75 para tener una mayor hemostasia. Con base en lo expuesto, considera que el producto ofertado por el adjudicatario no cumple con los criterios técnicos del cartel al diferir de forma sustancial del PPH y por el contrario presenta interrogantes y riesgos en su uso en detrimento del interés público. La adjudicataria expresa que la adjudicación fue correcta y se ajusta plenamente a lo requerido por la Administración. Se requería equipo PPH, pero no definía que tenía que ser necesariamente de este tipo. Cefa reconoce que la adjudicación realizada, comprende lo establecido por el cartel. Al cumplir ambas ofertas con lo especificado por el pliego de condiciones, la selección de debía ser por precio, y esto le beneficiaba, en ningún momento se solicita adjudicar con base en la experiencia del producto, ni es un criterio a valorar dentro de la licitación. Resulta necesario destacar que no existe riesgo alguno y que, en ningún momento, logra demostrar la recurrente un

perjuicio al interés público. Adicionalmente y también en esta argumentación del recurrente deben resaltarse los términos del artículo 177 del RLCA, pues la apelante no aporta prueba de tipo alguno, incumpliendo así la carga de que quien afirma debe probarlo. PPH significa, según sus siglas en inglés “Procedure for Prolapse and Hemorroid”, no se está refiriendo a dicha casa comercial porque se estaría produciendo un favoritismo porque Ethicon, utiliza esas siglas como marca. Además la empresa adjudicataria con su marca Autosuture oferta la engrapadora HEM3335 a menor precio, cumpliendo con las especificaciones descritas y estando registrada ante el Ministerio de Salud. La Administración expresa que no se varía la recomendación. **Criterio para resolver:** El argumento del recurrente tiene por objetivo achacar incumplimientos técnicos al producto ofertado por el recurrente, sin embargo tal y como se mencionó en apartados anteriores, quien alega un hecho debe probarlo, no basta afirmar una situación sino que se deben aportar todos los documentos a través de los cuales se acredite la afirmación efectuada por cada una de las partes. Así de conformidad con el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa, siendo que se están debatiendo aspectos técnicos, resulta esencial e indispensable que la empresa recurrente presentara la prueba suficiente a efectos de demostrar el supuesto incumplimiento en el equipo adjudicado a la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente. Como aspecto fundamental el apelante debió sustentar su dicho, acompañándolo de la prueba suficiente e idónea para apoyar sus argumentaciones, ciertamente no se puede pretender que con el simple hecho de afirmar un argumento, esta Contraloría General deba tenerlo por cierto; toda vez que el ordenamiento jurídico exige aportar los medios probatorios a través de los cuales se demuestren las argumentaciones que se desarrollan en el recurso. En todo caso valga mencionar que a partir del análisis del pliego cartelario se logra determinar que la Administración estipuló como condición de admisibilidad el que los productos del ítem 18 fueran tipo PPH (hecho probado 2-c), es decir se solicitaba algo similar o semejante, con lo cual no se requería exactamente que el producto fuera PPH, sino del tipo PPH, en ese sentido el propio argumento del apelante refuerza que el equipo ofertado por la adjudicataria es similar al solicitado por la Administración al indicar en su recurso de apelación que: “...*Este producto no cuenta con estudios de comprobación de uso en pacientes en relación con efectividad y aunque es similar al PPH, su yunque es...*” Tampoco es de recibo alegar que por el hecho de que un producto no ha sido utilizado por la entidad licitante el mismo no sea recomendable para satisfacer la necesidad de la Administración, lo cierto es que para ello existen estudios que recomiendan o no la utilización de un determinado bien, sea o no que hubiese sido utilizado con anterioridad por la entidad que lo adquiere, bajo la tesis del recurrente

nunca se podrían adquirir nuevas tecnologías por el simple hecho de que la Institución que compra un producto nunca lo ha utilizado con anterioridad. De conformidad con lo expuesto, procede el rechazo del recurso sobre este punto por improcedencia manifiesta. **4. Sobre los vicios de fondo en la recomendación técnica: Oferta CEFA para los ítems 19 al 22:** La recurrente indica que en todos estos ítems, en relación a su oferta la recomendación técnica indica que no cumple con lo solicitado, no se recomienda su compra ya que dichos productos no son compatibles con los equipos existentes. El objeto del contrato pretende conseguir al solicitar que algunos de los productos incluidos dentro de las distintas líneas del cartel sean compatibles con los equipos existentes, es el mejor aprovechamiento del presupuesto de la Administración ya que la CCSS no considera necesario incurrir en gastos de compra de equipos nuevos si puede utilizar los que actualmente tiene. Pese a que estas grapadoras están diseñadas y recomendadas técnicamente para ser utilizadas por una única vez, la Administración desea re utilizarlas en más de una ocasión para más de un paciente en aras de no incurrir en mayores costos. Su propuesta incluye, sin costo adicional para la Administración, nuevas grapadoras, nuevo equipo para ser utilizado con los productos ofertados por Cefa, para todas y cada una de las líneas ofertadas, no solamente las indicadas en este punto del recurso, de forma que el objetivo fundamental de la inclusión del término compatible con los equipos existentes se pudiera cumplir y más aún, en un evidente ahorro de recursos para la Administración se estaría además entregando un equipo nuevo sin costo adicional y con la posibilidad de ser utilizado en beneficio de los pacientes. Si las grapas se utilizan correctamente, de conformidad con las especificaciones técnicas de su productor y casa farmacéutica, estas no pueden utilizarse en más de un paciente como pareciera pretender indicar la Administración, por lo que sus argumentos de esterilizar, empacar y utilizar personal de lavado son totalmente improcedentes. La adjudicataria señala que a folios 16 al 19 del expediente administrativo, se solicita que el equipo de grapeo y los cartuchos debían ser compatibles con los existentes en Sala de Operaciones y Bodega de Quirófano Auto Suture. Ello era una condición con la que debía de cumplir todos los oferentes, o , de lo contrario no presentar ofertas sobres estos ítems. A pesar de esto, Cefa labora una serie de justificaciones, sobre por qué presentó su oferta en la forma en que lo hizo, que carecen de sustantivación y aplicación al caso en concreto. Claramente, la recurrente ofertó productos que no estaban dentro del objeto de la contratación así establecido por el cartel. La alusión a los principios no tiene sentido jurídico por cuanto la Administración tenía fijadas metas y justificaciones técnicas para la contratación con base en sus equipos existentes. Indica que es importante reiterar que el producto que comercializa la recurrente es

también desechable al igual que los otros oferentes y que en este momento no hay ningún equipo de grapeo laparoscópico en el mercado que sea reutilizable. La Administración manifestó que no se varía la recomendación. **Criterio para resolver:** El alegato de la parte recurrente es básicamente el mismo resuelto en el punto segundo de la presente resolución, en cuanto arguye que el cartel de licitación no estableció como requisito de admisibilidad el que los productos ofertados fuesen compatibles con los existentes, así considera que la Administración utilizó en forma errónea ese argumento por cuanto no se le debía descalificar del concurso público, asimismo expresa que aún de existir el requisito de la compatibilidad, lo cierto es que en su oferta se ofrecen de forma gratuita los equipos que permiten utilizar el objeto licitado. Como primer paso para resolver el punto en disputa debe analizarse si el pliego cartelario solicitaba o no dicho requisito de admisibilidad, así una vez revisado el mismo considera este despacho que para las líneas 19 a la 22 del cartel de licitación efectivamente se solicitaba la compatibilidad de los equipos ofertados con los que existiesen en la Sala de Operaciones y Bodega de Quirófano Auto Suture (hecho probado 2-b). Así las cosas, es criterio de esta Contraloría General que no lleva razón la parte apelante al señalar que en el reglamento específico de la contratación no se estableció expresamente el requerimiento de la compatibilidad para los ítems en mención. Ahora bien, en cuanto al hecho de que el apelante ofrece sin costo alguno, nuevo equipo para utilizar con el ofertado, deberán las partes estarse a lo resuelto en apartados anteriores, en cuanto este órgano contralor no considera que dicho argumento sea válido para proceder a anular el acto de adjudicación emitido respecto a estas líneas en concreto. Por otra parte, es menester aclararle a la parte disconforme, que a diferencia de lo indicado en su escrito de apelación, de la resolución R-DJ-280-2010 no se puede concluir que el acto de adjudicación fuera enteramente discrecional, por el contrario se afirmó que dicho acto es reglado, pero que acepta cierto grado o margen de discrecionalidad en cuanto a las posibilidades con que cuenta la Administración para adjudicar o no una oferta, o bien declarar desierto o infructuoso el concurso. Finalmente debe indicarse que si el apelante considera que la Caja Costarricense del Seguro Social, se encuentra utilizando en forma incorrecta e insalubre los respectivos equipos médicos relacionados con el objeto licitado en la contratación de marras, podrá proceder a interponer las denuncias en las instancias respectivas y ante las autoridades públicas competentes, fundamentando para ello sus alegatos, a efectos de que se tomen las medidas del caso. **5. Sobre los vicios de forma e irregularidades en el acta de comisión de suministros:** La apelante expresa que a folios 698 al 701 del expediente administrativo consta el acta de la comisión de suministros, en la cual se establece el criterio de la comisión con base en

la recomendación del servicio. El acta debe estar firmada tanto por la parte administrativa, la contable, y la médica. La existencia de cada una de estas áreas es parte fundamental en la Comisión de Suministros y los acuerdos necesariamente deben estar firmados por todas ellas. En este caso, no consta la firma del Médico, y se indica que se encuentra en curso. Esta situación es irregular y anula los actos respectivos, ya que la misma no contó con la revisión técnica de un médico, requisito indispensable para conformar la Comisión y además para velar que los criterios técnico- médicos que en dicha acta se estuvieran realizando cumplieran a cabalidad con los requisitos formales del proceso que puedan generar un daño o indefensión. La adjudicataria indica que cuando la Comisión de Suministros ya se reunió, ya existía una recomendación técnica elaborada, no por uno sino por varios médicos especialistas. Por lo tanto, sí existía la revisión técnica que echa de menos el recurrente. De ahí que, en aplicación del principio de eficiencia es claro que ningún vicio existe por el hecho denunciado. Se echa de menos el alegato y demostración de cuál es el agravio que se le causa al recurrente con el hecho que denuncia, siendo que, como es ampliamente conocido, solo causa nulidad de lo actuado la omisión de formalidades sustanciales del procedimiento, entendiéndose estas como aquellas cuya realización correcta hubiera impedido o cambiado la decisión final en aspectos importantes, o cuya omisión causare indefensión. La Administración expresa, en referencia al punto primero, que a pesar de que la compra fue firmada por el Dr. Trujillo, previamente fue revisada por la Dra. Vargas y los miembros de la Comisión de Laparoscopia. **Criterio para resolver:** En cuanto a este aspecto la empresa disconforme señala que el acta de Comisión de Suministros no se encuentra firmada por la parte médica, lo cual tiene como efecto que deba anular el acto respectivo. La empresa adjudicataria indica que al momento de reunirse la Comisión de Suministros, previamente existía la revisión técnica, así en atención al principio de eficiencia debe prevalecer el contenido sobre la forma, adicionalmente señala que no se indica cuál es el agravio que se le ocasiona al recurrente. Por su parte la Administración también indica que existió una revisión técnica previa, inclusive de la propia recomendación del Dr. Trujillo. Sobre el tema en concreto, este Despacho es del criterio que debe retomarse lo indicado en el punto primero de la presente resolución, en cuanto a que si bien deben existir diversos estudios de selección, lo cierto es que para ello puede o no existir una comisión que se encargue de ello o bien un órgano unipersonal, según la distribución de competencias de cada Administración, lo importante es que exista dentro del procedimiento de contratación el análisis respectivo emitido por uno o varios funcionarios que cuenten con el conocimiento y las capacidades técnicas, legales, administrativas o financieras, entre otras, para

llevar a cabo los estudios que se deban efectuar según cada contratación específica. Para el caso particular consta que existió un criterio técnico referente a los productos ofertados (hecho probado 3), asimismo se tiene por acreditado que efectivamente se omitieron las firmas de la parte médica en el documento emitido por la Comisión de Suministros (hecho probado 9), sin embargo valorando la trascendencia de la omisión de dicha firma, considera este órgano contralor que en aplicación de los principios de eficiencia y eficacia así como de la conservación del acto administrativo, y siendo que el aval médico se encontraba otorgado desde la recomendación técnica emitida por el Dr. Trujillo, el argumento del recurrente pierde relevancia, por cuanto el acta de la Comisión de Suministros, al cual le hace falta la firma de la parte médica, se vería complementada por el criterio médico emitido anteriormente. En ese sentido para anular un acto es necesario tener por acreditado la trascendencia del vicio que afecta el acto de adjudicación, así en un sentido similar esta posición ya ha sido asumida por este órgano contralor, así en la Resolución RC-834-2002, se dijo: *“... a la luz de la jurisprudencia reiterada de esta Contraloría General debe analizarse la trascendencia del incumplimiento, a efectos de determinar si amerita o no la exclusión de cualquier participante que omita esos requisitos, pues ya hemos indicado que no se trata de cualquier incumplimiento sino de aquellos que por su trascendencia no permiten ajustar a la oferta al interés público (RSL-71-97 de las 14:00 horas del 2 de abril de 1997 y RC-507-2002, de las 10:00 horas del 6 de agosto de 2002), o bien que lesionan los principios aplicables a la materia.”* Para el caso de cita si bien se hace referencia a las ofertas, lo cierto es que aplicando análogamente el enfoque ahí dado para el caso en estudio, es posible indicar que el supuesto incumplimiento se presenta en un aspecto formal, y que en todo caso se cuenta con un criterio médico anterior, por lo que no cabría decretar la nulidad por la nulidad misma de todo el procedimiento. De conformidad con lo expuesto procede rechazar el recurso interpuesto en contra de este punto específico. **6. Sobre el ajuste de reservar presupuestaria:** La apelante indica que en el expediente administrativo consta la solicitud que se hace para que se ajuste el presupuesto que se tenía destinado para la contratación, ya que la oferta que se adjudicó excede dicho monto. En dicho escrito se solicita un ajuste de ¢92.618.537,00 para el presupuesto inicial de ¢278.328.367,80. Esto significa un ajuste presupuestario de 33%, en relación con el presupuesto originalmente asignado para esta contratación, lo cual es totalmente improcedente. De conformidad con el artículo 14 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, si las ofertas exceden el presupuesto asignado al concurso, este deberá declararse inválido si el monto de la oferta adjudicada supera el 10% del presupuesto asignado al concurso, la norma también dispone que de existir varias ofertas elegibles, para la adjudicación no se

considerarán las que superen el 10% y se escogerá dentro de las que se ubiquen por debajo de ese porcentaje. La adjudicación realizada por la Administración se efectuó en contravención con la legislación que regula la materia y específicamente el artículo anterior, por lo que la oferta adjudicataria debería ser descartada por superar el presupuesto del cartel, no por esto el concurso debe ser declarado inválido, sino que la contratación deberá adjudicarse a favor del oferente que cumpla con las condiciones del cartel y además haya ofertado por un precio dentro de los límites presupuestarios del cartel. Si se readjudica a Cefa las líneas del concurso que pretenden mediante la presentación de este recurso, sería innecesario realizar siquiera una modificación del presupuesto originalmente asignado a la contratación y además, se estaría adjudicando a una oferta por un precio equivalente al 42% menos que la oferta adjudicada. La adjudicataria manifiesta que debe aclararse que el ajuste de reserva de presupuesto se hace con la inclusión de los montos a los que resultó adjudicada Cefa. El monto no es solamente al ofertado por Kendall, sino el total de todas las adjudicaciones de todos los ítems adjudicados, incluidos aquellos en los que el propio recurrente resultó favorecido. De ahí que, no se comprende cómo o por qué impugna los ítems correspondientes al recurrente, a sabiendas de que, la misma razón que alega para la anulación de los ítems en que Kendall fue favorecida, resultaría aplicable para anular también los ítems en que Cefa resultó adjudicataria. Expresa que el artículo 14 al que hace referencia la recurrente se refiere a un supuesto diferente. Alude a aquél supuesto en el cual todos los oferentes presentan ofertas por montos superiores a la estimación preliminar del negocio, y ello no pasa en esta licitación. El ajuste de reserva de presupuesto se hace con la inclusión de los montos con los que resultó adjudicada Cefa y la empresa Gerald O'Elser Limitada. La Administración señala que se realizó un ajuste presupuestario que fue enviado el 15 de abril de 2010. **Criterio para resolver:** En cuanto a este aspecto debe indicarse que existe una errónea interpretación por parte de la empresa apelante del artículo 14 del RLCA, ya que al entender la norma aplica respecto al monto de la reserva presupuestaria, sin embargo debe aclararse que el mencionado artículo lleva relación con el tipo de procedimiento que se debe seguir para efectuar el concurso público. Como primer aspecto para explicar lo indicado, procede observar la disposición normativa, misma que indica: *“Artículo 14.- Exceso en los límites del procedimiento. Cuando se haya determinado una contratación directa de escasa cuantía, un procedimiento ordinario, o bien una contratación directa autorizada por la Contraloría General de la República con fundamento en la estimación preliminar del negocio y posteriormente las ofertas presentadas superen los límites para la aplicación del procedimiento respectivo, no se invalidará el concurso, si este exceso no supera el 10% y*

la Administración dispone de los recursos presupuestarios suficientes para asumir la erogación. Si existen varias ofertas elegibles, para efectos de adjudicación no se considerarán las que superen el citado 10% y se escogerá dentro de aquellas que se ubiquen por debajo de ese porcentaje. Los oferentes cuya propuesta supere el 10% podrán rebajar para efectos del trámite y posterior ejecución, el precio hasta ese límite, sin embargo para la comparación se considerará el monto original.” Dicha norma se entiende en el sentido de que si se llega a superar el límite económico del procedimiento como tal, el procedimiento únicamente podría mantenerse si las ofertas presentadas han cotizado un precio que supere hasta un máximo del 10% de ese límite, siempre y cuando la entidad licitante cuente con los recursos presupuestarios para hacer los eventuales pagos. Vemos así como la disposición de cita se refiere a un exceso del monto ofertado con relación al tipo de procedimiento de contratación administrativa seguido por la Administración para llevar a cabo la adquisición necesaria y no respecto a la reserva presupuestaria como lo indica el recurrente. Respecto al procedimiento que se debe acudir encontramos que el elemento de la cuantía juega un papel importante, así es dable indicar que el mismo viene dado bajo los supuestos del artículo 27 de la LCA, en atención al monto del presupuesto para contratar bienes y servicios no personales de la Administración, dichos montos son actualizados año tras año, mediante resolución emitida por este órgano contralor. Actualmente encontramos que mediante la Resolución R-DC-27-2010, emitida por esta Contraloría General de la República (publicada en la Gaceta N° 33 del 17 de febrero del 2010) se encuentran actualizados los respectivos montos, para escoger el procedimiento ordinario aplicable según la cuantía del negocio que se desea llevar a cabo por la Administración. Bajo dicha resolución, se le faculta a cada Administración seleccionar el procedimiento correspondiente según su presupuesto para la adquisición de bienes y servicios. Par el caso de la CCSS tenemos que dicha Institución se ubica en el estrato A) según su monto presupuestario para adquisición de bienes y servicios no personales, lo cual le permite efectuar la contratación aplicando el procedimiento de licitación abreviada, -excluyendo obra pública- todas aquellas compras por montos que se encuentren entre menos de ¢354.000.000,00 e igual o más de ¢49.100.000,00. En cuanto al momento a considerar para realizar la respectiva conversión, conviene citar lo indicado por la doctrina al respecto “... *destacados expositores usan promiscuamente las expresiones “ratificar” y “confirmar”, a pesar de que ellas acusan una fundamental diferencia, [...] Sin desconocer que “convalidación” es también un término adecuado para expresar la idea de que aquí se trata, prefiero usar el término “saneamiento”, expresión genérica comprensiva de cualquier medio que se utilice para que el acto administrativo irregular adquiera*

*perfección. [...] El acto administrativo inválido, una vez saneado, adquiere “validez” ¿Desde cuándo se produce ésta? [...] En el supuesto de “confirmación” el acto de saneamiento no es constitutivo, sino meramente “declarativo” de derechos. En consecuencia, sus efectos proyéctanse hacia el pasado, hacia la fecha en que fue emitido el acto que se confirma.”(MARIENHOFF, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp.652-653 y 667). Así las cosas siendo que el monto total adjudicado (hecho probado 4), al tipo de cambio de la fecha de la notificación de la adjudicación alcanza la suma total de €361.458.394, 94 (hechos probados 10 y 11) y al tipo de cambio de la fecha de la notificación de la convalidación efectuada por la Gerencia Médica, alcanza la suma total de €361.381.173,46 (hechos probados 10 y 11) y que con ello no se supera el 10% señalado, procede rechazar el alegato de la recurrente. Adicionalmente, se considera oportuno señalar que en el oficio 6369 del 19 de junio del año 2007 (DCA-2037), este Despacho evacuó una consulta en la cual se explicó que si los montos ofertados superan la reserva presupuestaria no habría invalidez del procedimiento, siempre y cuando no se supere el límite económico para la determinación del proceso de contratación, así en lo que interesa se indicó que: “ Por otro lado, un segundo escenario y para los efectos de la presente consulta, probablemente referido a la más frecuente de las situaciones posibles alrededor de este tema, se da cuando los precios ofertados superan únicamente la reserva presupuestaria o lo que se conoce también como el contenido económico que se ha separado para respaldar esa contratación en particular, sin que necesariamente se sobrepase el límite económico del procedimiento. Ejemplos de lo anterior, podrían darse en licitaciones públicas en donde el exceso en el límite económico no incide en la validez del procedimiento de contratación por ser éste el más riguroso de los que existen en la legislación, como también en procedimientos de licitación abreviada en los cuales el monto de la disponibilidad presupuestaria es muy inferior al límite económico fijado para este tipo de procedimiento. En ambos casos, el exceso del precio no incide en la validez del procedimiento en relación con los límites económicos, pero sí puede llegar a incidir en la medida en que la Administración tenga o no los recursos financieros necesarios para cubrir la diferencia entre los precios que originalmente estimó y los que en la práctica fueron cotizados por encima de su reserva presupuestaria.” **7. Sobre el precio de la oferta de CEFA:** La Apelante manifiesta que su precio es mucho menor que el de cualquier otra oferta presentada que cumpla con los requisitos técnicos del cartel. La oferta de CEFA, si se readjudicaran las líneas que pretenden, representaría un ahorro para la Administración de más de \$203 000,00 en la compra del equipo. La adjudicataria indica que las ofertas se valoraron por ítems y no como un todo. Cefa*

pretende reconocer el interés general, por encima de la pericia y discrecionalidad técnica del hospital. Evidentemente, es el Hospital el que conoce verdaderamente los aspectos y los requisitos técnicos que deben de componer el cartel de licitación. La Administración considera que a pesar de que el precio de Cefa es menor, comprar sus cargas significa tener que desechar las engrapadoras que ya existen porque serían incompatibles, lo que ocasiona una pérdida económica, así como aumento de costos, en cuanto a materiales y tiempo para la esterilización, además del recurso humano, ya que las engrapadoras de esa empresa deben ser usadas con una carga específica a diferencia de la existente que es universal y acepta todo tipo de cargas. **Criterio para resolver:** Sobre este tema debemos manifestar que el único argumento de la apelante se centra en que su precio es menor en las líneas que recurre, lo que en caso de serle adjudicadas representaría un ahorro significativo para la Administración. Sobre la afirmación que plantea dicha empresa, es de importancia mencionar que sobre este punto omite el disconforme expresar argumento alguno en contra de la oferta del recurrente o bien de la actuación administrativa, asimismo omite fundamentar los efectos que sus afirmaciones alcanzarían dentro del análisis del recurso para que se anule la adjudicación, ya que por sí solo el argumento no genera la anulación del acto de adjudicación, de frente a los incumplimientos que le fueron achacados en algunas líneas, razones por las cuales considera este Despacho que procede declarar sin lugar el recurso interpuesto para este punto en específico. Adicionalmente debemos indicar que los hechos nuevos expuestos por las partes después del momento procesal oportuno para presentar sus alegatos iniciales, sea la presentación del recurso y la audiencia inicial, no fueron tomados en cuenta para la elaboración de la presente resolución por encontrarse extemporáneos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del RLCA se omite pronunciamiento sobre otros extremos por carecer de interés práctico. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 129, 131, 140, 142, 161, 177 y 187 de la Ley General de la Administración Pública; 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; 86, 100, 174 y 179 siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **Cefa Central Farmacéutica S. A.**, en contra del acto adjudicación de **Licitación Abreviada No. 2010LA-000004-2102**, promovida por la **Caja Costarricense del Seguro Social**, para la compra de “Material de Bodega de Quirófano”, recaído en cuanto a las citadas líneas en

favor de la empresa **Kendall Innovadores Cuidados al Paciente S. A.** y se anula la adjudicación de las líneas 12 a 16 inclusive, confirmándose en el resto de los ítems impugnados. -----
NOTIFIQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lic. Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

ASS/ymu
NN: 10287 (DCA-0347-2010)
NI: 16403-16608-17357-17566-17685-18111-19586-20399
G: 201001172-3