

R-DCA-439-2013

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa. San José, a las trece horas del veinticuatro de julio del dos mil trece.-----

Recurso de apelación interpuesto por la CAPRIS MEDICA, en contra del acto de declaratoria de infructuosa de la **Licitación Pública No.2011LN-000011-2101 (Ítemes del 1 al 15)**, promovida por **Hospital Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia de la Caja Costarricense del Seguro Social**, para la adquisición de reactivos para determinar agentes infecciosos, bajo la modalidad de entrega según demanda.-----

RESULTANDO

I. Que Capris Medica., interpuso ante esta Contraloría General recurso de apelación en contra del acto de declaratoria de infructuosa de la Licitación Pública No.2011LN-000011-2101 (Ítems del 1 al 15) en fecha 10 de julio del 2013.-----

II. Que mediante auto de las 10:20 del 11 de julio del 2013, este órgano contralor solicitó el expediente administrativo del concurso. El cual fue aportado en copia certificada por la Administración mediante oficio No. SCA-2478-07-2013 de fecha 12 de julio del 2013. -----

III. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación todas las prescripciones legales y reglamentarias pertinentes. -----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente recurso, este órgano contralor tiene por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que EQUITRÓN S.A. Y ABBOTT HEALTHCARE COSTA RICA, SA., presentaron recurso de objeción en contra del cartel de la licitación en estudio. (Folios 195-198 y 212-222 del expediente administrativo). En la resolución de dichos recursos de objeción se resolvió, en lo que resulta pertinente: **“1. Punto 7, Capítulo 2, Especificaciones Clínicas y Técnicas, Características Administrativas Generales.”** (Folio 241-253 del expediente administrativo) **Criterio para resolver:** *Primeramente, se debe señalar que en el cartel se define la voluntad de la administración e incluye el objeto contractual que tiende a la satisfacción del interés público, lo cual en este caso, se relaciona con un tema fundamental como lo es la salud de las personas. En ese sentido, el actuar de la Administración responde al ejercicio de su discrecionalidad – de conformidad con lo dispuesto en los numerales 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública – de la cual goza, y en él se plasman los criterios a partir de los cuales se seleccionará la mejor oferta para la satisfacción de las necesidades públicas. En este escenario, es que la Administración a partir de subvaloración fundamentada y a las reglas de esa discrecionalidad debe decidir si la adjudicación del objeto del concurso será a un único*

oferente o por el contrario a varios participantes. En el caso concreto, la Administración al amparo de esa discrecionalidad administrativa dispuso en el cartel que se adjudicará a un único proveedor los ítemes solicitados – Capítulo 2, apartado 7 -, dando en este sentido las siguientes razones: a) Uso correcto a los recursos públicos al elegir a la oferta más conveniente para el interés público e institucional; b) La admisión de tantos oferentes como pruebas solicitadas, implicaría un uso irracional de los recursos; c) Al permitir la adjudicación a varios oferentes, el laboratorio debe asumir una serie de pasos complicados en logística de toma de muestra, procesamiento, análisis y reporte de resultados, lo cual comprometería la eficiencia y eficacia del trabajo y los recursos humanos y materiales del Laboratorio Clínico, perjudicando los servicios del hospital; d) Al adjudicar a un solo oferente se simplifican todos los pasos y se optimiza el uso de los recursos; e) El centro hospitalario no cuenta con el espacio físico y capacidad eléctrica suficiente para la instalación de varios equipos, se debe tomar en cuenta que cada adjudicatario tiene que proveer de una refrigeradora y una serie de insumos que requieren de un lugar para colocarlos y f) No se cuenta con el recurso humano suficiente. En este sentido, la Administración presenta una serie de razones por las cuales determinó que la adjudicación del concurso a un único proveedor corresponde la mejor manera de satisfacer las necesidades e intereses públicos, por lo que no considera este órgano contralor que exista una violación al principio de libre participación tal y como lo señala la objetante. Por su parte, el recurso se encuentra carente de la fundamentación necesaria para rebatir la presunción de que la Administración es la que mejor conoce sus necesidades y por ello es quien mejor puede definir las especificaciones del objeto a contratar y sus condiciones. Adicionalmente, estima este órgano contralor que no es procedente la solicitud de la objetante en el sentido de que se permita la adjudicación a varios proveedores siempre y cuando el oferente tenga un analizador debidamente instalado en la división de inmunología, lo cual violenta el principio de libre participación al permitir que únicamente sean adjudicatarios quienes cumplan el requisito de tener el equipo instalado en el centro médico, tal y como lo hace ver la Administración. Además, el equipo que señala el objetante que tiene instalado es en la división de inmunología y la Administración por su parte indica que la compra está destinada a otra sección – Sección de Serología – (al respecto ver respuesta del punto cuarto del recurso de la empresa Equitrón, S.A.) por lo que tampoco en este aspecto lleva razón la objetante. Por último, queda la opción de unirse con otros posibles oferentes para cotizar en forma consorciada. Así las cosas, se declara sin lugar en este extremo el recurso de objeción.” (Folio 243-244 del expediente administrativo). **2)** Que al concurso presentaron ofertas las empresas Capris Medica y Biocientífica Internacional (Folios 161 – 162 del expediente administrativo). **3)** Que Capris Medica presento oferta para los reglones del 1 al 15 del ítem 1 de la licitación en estudio.

(Folio 391 - 393 del expediente administrativo). **4)** Que la empresa Biocientífica indica “*ITEM No.1 A ITEM No.15 No cotizamos. // ITEM No.16 12 (doce) Juegos Placas HLA clase I (juegos de 10 placas)*” y “*ITEM No.17 a ITEM 24 No cotizamos.*”(Folio 710 y 713 del expediente administrativo). **5)** Que la Administración mediante “ACTA DE AMPLIACIÓN DE ANALISIS ADMINISTRATIVO” resuelve en lo que resulta pertinente que “La Sub Área de Contratación Administrativa del Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, de conformidad con lo que establece el artículo 52 último párrafo del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: “[...] La obligación de participar en la totalidad de los reglones, solamente será posible cuando exista una justificación técnica para ello y así haya sido advertido en el cartel”, que además no solamente se estableció en el cartel sino que también la Contraloría General de la República emitió su criterio consintiendo la decisión del Laboratorio Clínico de adjudicar todos los ítems a un solo proveedor y aceptar solo un equipo para todas las pruebas, pero al cotizar la empresa Capris S.A. los ítems del 1 al 15 y la empresa Biocientífica Internacional S de R.L., cotiza el ítem 16 (que al parecer incluye lo solicitado en los ítems del 16 al 22) aun así no cotiza la totalidad, se tiene de esa manera que ninguna de las dos ofertas cumplen con ese requisito indispensable de cotizar todos los ítems tal y como se estableció en el pliego cartelario, por tanto resuelve descalificar administrativamente las dos ofertas participantes en este concurso.” (Folios 740 al 745 del expediente administrativo). **6)** Que la Administración mediante “*ACTA DECLARATORIA INFRUCTUOSO LICITACIÓN PÚBLICA NACIONAL 2012LN-000011-2101*” de las 13 horas del 11 de junio del 2013, resolvió “(...) basados en el Art. 86 párrafo tercero del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa, y en el criterio de Bach, Diana Rojas Jiménez, Analista Administrativa y la Licda., Laura Torres Carmona, Jefatura Área Gestión Bienes y Servicios, la Dirección Médica proceda a declarar Infructuosa ésta compra, ya que las ofertas son descalificadas administrativamente.” (Folio 747 del expediente administrativo). -----

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), y 178 de su Reglamento (RLCA), esta Contraloría General cuenta con un plazo de 10 días hábiles para proceder a la tramitación o rechazo (por inadmisibles o por improcedencia manifiesta) del recurso de apelación. Asimismo, el numeral 180 inciso b) del RLCA señala como uno de los supuestos para proceder al rechazo de plano por improcedencia manifiesta de un recurso de apelación, el hecho de que el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, bien porque su oferta sea inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso no se vería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, así se exige que el disconforme acredite su aptitud para resultar adjudicatario. Además dicho artículo en su inciso e) establece que procede el rechazo cuando los argumentos que sustentan el recurso se encuentren precluidos. En el presente caso, el cartel

estableció en la en el Capítulo 2 “*ESPECIFICACIONES CLÍNICAS Y TÉCNICAS*” punto 7 que “*Se adjudicará a un único proveedor los ítems solicitados, por cuanto no se cuenta con el recurso humano suficiente para el tiempo que debe invertirse en la recepción de muchos proveedores, así como para disminuir el trámite administrativo y los controles que se deben seguir. No se aceptarán adjudicaciones parciales.*” (Folio 306 del expediente administrativo). Ahora bien, **el recurrente** alega que en su condición de oferente único para los reglones 1 al 8 y 9 al 15 del concurso, su oferta cumple con todos los requisitos sustanciales del cartel, y en ese tanto, por ser una propuesta elegible es apta para resultar adjudicada. Al respecto, señala que la Administración tomó una decisión que considera no se ha motivado adecuadamente, por cuanto las normas invocadas en el expediente y los aspectos considerados, no justifican el resultado infructuoso, como tampoco justifican la realidad que se desprende del hecho de la participación no de varios oferentes, sino tan sólo de dos. En relación con lo cual, indica que el artículo 52 inciso n) del RLCA claramente establece que “La obligación de participar en la totalidad de los reglones, solamente será posible cuando exista una justificación técnica para ello y así haya sido advertido en el cartel.”, sin embargo, considera que la justificación que privó para mantener invariable la redacción del Punto 7, Capítulo 2, Especificaciones Clínicas y Técnicas, no es estrictamente técnica. Asimismo, manifiesta que al plantearse los recursos de objeción al cartel ante este órgano contralor en contra de lo regulado en el mencionado punto 7, quedaron dos cosas, a su entender, claras a saber que aún y cuando según el cartel está conformado por 24 ítems distintos, los mismos fueron agrupados “... *según las características técnicas del producto a ofrecer en 4 sub-grupos... 1. Ítem del 1 al 8 Agentes Infecciosos: 2. Ítem del 9 al 15 Pruebas de Autoinmunidad. 3. Ítem del 16 al 23 Pruebas de Histocompatibilidad y 4. Ítem 24 Reactivo HTLV*”. En vista de lo cual, señala que las razones que en su oportunidad dio la Administración y sobre las cuales resolvió sin lugar el órgano contralor respondieron a un contexto bastante particular; toda vez que, considera que lo sucedido dista mucho de ello. Al efecto, indica que solo se presentaron dos ofertas, que los reactivos que hoy se licitan son suministrados a la Administración por su representada por la otra empresa que presentó oferta Biocientífica Internacional S.R.L. Concretamente, precisa que su representada ha venido suministrando los reactivos que guardan relación con los reglones 1 al 8 y 9 al 15 y la otra empresa el resto; y es que por esa razón señaló presentaron ofertas para los reglones en los cuales podían participar absteniéndose de hacerlo en el resto. Por otra parte, señala que el equipo que se requiere ya está instalado y funcionando en el Hospital, lo único que se tendría que hacer es sustituir los que están instalados por los nuevos equipos. Además, señala que el Hospital en la actualidad se encuentra prácticamente sin los reactivos licitados, siendo previsible que ante un nuevo trámite ninguna empresa en el país pudiera participar ofreciendo todos los ítems requeridos. Finalmente, señala que en la

declaratoria de infructuosa dictada por la Administración, no se cumple con ninguno de los dos supuestos contemplados en el artículo 86 párrafo tercero del RLCA, por cuanto se presentaron ofertas, por lo menos en su caso que no han incumplido con ningún elemento esencial del concurso. **Criterio de la División.**

En vista de lo alegado por la recurrente, este órgano contralor considera necesario analizar si los argumentos planteados por la apelante logran acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, y por ende su legitimación para apelar. El cartel de la licitación en estudio en el Capítulo 2 “*ESPECIFICACIONES CLINICAS Y TÉCNICAS*” apartado “*CARACTERISTICAS ADMINISTRATIVAS GENERALES*” del apartado “*CARACTERISTICAS ADMINISTRATIVAS GENERALES*” punto 7 establece: “*Se adjudicará a un único proveedor los ítems solicitados, por cuanto no se cuenta con el recurso humano suficiente para el tiempo que debe invertirse en la recepción de muchos proveedores, así como para disminuir el trámite administrativo y los controles que se deben seguir. No se aceptarán adjudicaciones parciales.*” (Folio 306 del expediente administrativo). Ahora bien, el recurrente presentó oferta únicamente para los reglones del 1 al 15 del ítem 1 del cartel. (Véase hecho probado 3), lo cual implica que la apelante no ofertó los reglones del 16 al 22, siendo que el cartel determinó el objeto a adquirir en 22 líneas o reglones. (Folios 309- 312 del expediente administrativo) En vista de lo cual, se incumple con dicho requerimiento solicitado en Capítulo 2 “*ESPECIFICACIONES CLINICAS Y TÉCNICAS*” apartado “*CARACTERISTICAS ADMINISTRATIVAS GENERALES*” punto 7, tal y como lo determinó la Administración al momento de realizar el análisis de ofertas (Véase hecho probado 5). Asimismo, el requisito de que el procedimiento se adjudicará a un único proveedor todos los reglones, fue objeto de recurso de objeción interpuesto por EQUITRÓN S.A. Y ABBOTT HEALTHCARE COSTA RICA, SA, resolviéndose declarar sin lugar los alegatos de las recurrentes (Véase hecho probado 1), lo cual tuvo como consecuencia que la cláusula se consolidara y por lo tanto constituya un requisito de cumplimiento obligatorio para los oferentes. Siendo entonces que el tema del recurso de apelación, ya fue conocido en una etapa anterior, como lo es la fase de objeción al cartel, resulta pertinente referirnos a la figura de la preclusión procesal, respecto de la cual este órgano contralor ha señalado que: “*La doctrina y la propia jurisprudencia nacional han definido la preclusión como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal. Su objetivo consiste en el rechazo de recursos cuando el argumento de la parte gestionante se centra en reabrir discusiones que se debieron discutir en etapas anteriores, así el proceso se ejecuta de forma sucesiva, en el cual durante su desarrollo se va clausurando en forma definitiva cada una de sus etapas, impidiéndose volver a momentos procesales ya consumados.*” (Resolución No. R-DJ-228-2009 de las once horas del treinta de octubre de dos mil nueve). Asimismo sobre la preclusión procesal el Tribunal Contencioso Administrativo ha establecido que “*(...) la base de aquel recurso y la de*

esta acción, son prácticamente iguales, pero en todo caso, lo que interesa recalcar, es que el instrumento definido por el legislador para impugnar el cartel, fue declarado extemporáneo, con lo cual, las especificaciones allí consignadas deben quedar incólumes, en razón de operar la denominada preclusión procesal, precisamente en pos de la seguridad jurídica. En relación, don Eduardo Ortiz Ortiz expresa en su libro *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo III, Biblioteca jurídica Dike, pg. 140: **“Si el particular no impugna en tiempo y forma el “cartel”, el mismo se convierte, contra él, en acto consentido, firme e inimpugnable, administrativa y jurisdiccionalmente.”** En el mismo sentido, en doctrina más reciente, el doctor Ernesto Jinesta Lobo, en su tratado de *Derecho Administrativo, Contratación Administrativa*, tomo IV, ediciones Guayacán, 2010, pg. 291, refiere al tema de la siguiente forma: **“La falta de impugnación del cartel por los interesados, en tiempo y forma, tiene por consecuencia, por aplicación del principio de la preclusión procedimental, el consentimiento tácito y consolidación de las diversas cláusulas del pliego”**. Y es que esto es así, porque precisamente se requiere de seguridad jurídica y estabilidad, respecto de lo actuado, pues incide de manera directa en el interés público inmerso en la contratación. Por eso los artículos 43 inciso g), 81 y 82 de la *Ley de Contratación Administrativa*, determinan el momento en que pueden formularse los cuestionamientos respecto del cartel, si ello no ocurre, o como en este asunto, se realiza en forma extemporánea, el procedimiento debe continuar con las reglas ahí estipuladas y confirmadas ante la ausencia de cuestionamientos. (...) Y es que sobre el particular, debe tenerse presente que el cartel corresponde a un acto preparatorio con efecto propio y la legislación que regula la contratación administrativa de manera expresa estipula los medios recursivos posibles de actuar en su contra y, al no ejercerlos como corresponde, no sólo afectan el posible interés legítimo del inconforme, sino que además, al requerirse el agotamiento de la vía administrativa en forma preceptiva en esta materia, pierde paralelamente la legitimación necesaria para continuar a la vía jurisdiccional.” (Sentencia No. 80- 2011 de las catorce horas veinticinco minutos del veinticinco de abril del año dos mil once, dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección Quinta. Segundo Circuito Judicial de San José, Anexo A, Goicoechea). De este modo, los alegatos y no conformidades que el recurrente tuviese en relación con el requisito establecido en el punto 7 de cita, definido por la Administración, alegatos que recaen directamente sobre el contenido del pliego de condiciones, no son susceptibles de una nueva discusión, es decir no se puede reabrir su discusión mediante el recurso de apelación, por ser un tema que se discutió en una etapa anterior como lo fue el recurso de objeción al cartel, momento en el cual los alegatos fueron declarados sin lugar. El ahora apelante, debió presentar recurso de objeción al cartel con todos los alegatos y fundamentos, que ahora realiza con su recurso de apelación, lo cual no realizó. Asimismo, resulta importante señalar el hecho de que las objetantes que

recurrieron el cartel en el momento procesal oportuno, que estaban en desacuerdo con el punto que discute el ahora apelante, no presentaron oferta dentro del concurso (Véase hecho probado 2) quienes en apego a los requisitos cartelarios determinaron su posibilidad o no de participar en el concurso. Siendo que en la licitación en estudio, solo se presentaron 2 ofertas (Véase hecho probado 2), en la que ninguna de ellas cotizó la totalidad de los reglones requeridos por la Administración (Véase hechos probados 3 y 4), teniendo como consecuencia que ninguna cumplió con el requisito establecido en el punto 7 del cartel de cita, y con base en el cual la Administración, en aplicación de la regla cartelaria consolidada y claramente conocida por el ahora recurrente, declarará infructuosa la licitación en estudio (Véase hecho probado 6). Así las cosas, siendo que el apelante no logra demostrar que participó en la totalidad de las líneas solicitadas por la Administración, no resulta factible de ser adjudicatario, por lo que **se rechaza de plano por improcedencia manifiesta** el recurso de apelación interpuesto.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa; 174, 178, 180 incisos b) y e) y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: Rechazar de plano, por improcedencia manifiesta,** el recurso apelación interpuesto por la **CAPRIS MEDICA**, en contra del acto de declaratoria de infructuosa de la **Licitación Pública No.2011LN-000011-2101 (Ítems del 1 al 15)**, promovida por **Hospital Doctor Rafael Ángel Calderón Guardia de la Caja Costarricense del Seguro Social**, para la adquisición de reactivos para determinar agentes infecciosos, bajo la modalidad de entrega según demanda. **2) Se da por agotada la vía administrativa.** -----
NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Oscar Castro Ulloa
Gerente Asociado a.i.

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado