

R-DCA-738-2013

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las doce horas del veinte de noviembre del dos mil trece. -----

Recursos de apelación interpuestos por las empresas **VMG Healthcare Products S.A.** y **Respifarma S.A.**, en contra del acto de adjudicación del concurso No. **2013ME-000126-5101**, promovida por la **Caja Costarricense de Seguro Social**, para la compra de “**GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS RECUBIERTAS**”, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **Droguería Intermed S.A.**, por el monto total de \$ 2.638.100 (dos millones seiscientos treinta y ocho mil cien dólares). -----

RESULTANDO

I.- Que por medio de escrito recibido en este Despacho el primero de noviembre del año dos mil trece, la empresa VMG Healthcare Products, S.A., presentó un recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del procedimiento No. **2013ME-000126-5101**, promovida por la **Caja Costarricense de Seguro Social**, para la compra de “**GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS RECUBIERTAS**”, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **DROGUERIA INTERMED S.A.**, por el monto total de \$ 2.638.100 (dos millones seiscientos treinta y ocho mil cien dólares). -----

II.- Que por medio de escrito recibido en este Despacho el primero de noviembre del año dos mil trece, la empresa RESPIFARMA, S.A., presentó un recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del procedimiento No. **2013ME-000126-5101**, promovida por la **Caja Costarricense de Seguro Social**, para la compra de “**GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS RECUBIERTAS**”, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **DROGUERIA INTERMED S.A.**, por el monto total de \$ 2.638.100 (dos millones seiscientos treinta y ocho mil cien dólares). -----

III.- Que mediante auto de las trece horas del seis de noviembre de dos mil trece, se solicitó el expediente administrativo a la Administración, el cual fue remitido por la Administración mediante oficio No. SA-1327-2013, del día siete de noviembre del corriente (ver folio 41 del expediente de apelación). -----

III.- Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones legales y reglamentarias vigentes. -----

CONSIDERANDO

I Hechos Probados. Se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)-** La Caja Costarricense de Seguro Social llevó a cabo el procedimiento No. **2013ME-000126-5101**, promovida

por la **Caja Costarricense de Seguro Social**, para la compra de “GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS RECUBIERTAS”, (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, Carpeta denominada expediente electrónico 2013ME-000126-5101, documento formato pdf titulado Cartel). **2)**- Que el cartel del procedimiento No. 2013ME-000126-5101, señaló lo siguiente: “...**2.1)**. El ÁREA DE ADQUISICIONES DE BIENES Y SERVICIOS - Caja Costarricense de Seguro Social, recibirá ofertas por MEDIO ELECTRONICO, HASTA LAS 10:00HORAS, DEL Día 06 de AGOSTO del 2013, para el suministro de: GEMFIBROZILO 600 MG. TABLETA RECUBIERTAS.

Ítem	UM	Código	Descripción	Petición	Modalidad	Cantidad	No. De Entregas	Intervalo	Primera Entrega
1	CN	1-10-13-0795	GEMFIBROZILO 600	2608996	Prorrogable	370,000	4 (No iguales)	3 meses	30/10/2013

/ **2.2)**. TABLA DE PONDERACIÓN: Resultará adjudicado aquel proveedor que cumpla técnica y administrativamente con las condiciones establecidas en este cartel, y que además, sea el de menor precio. Esta condición rige para todos los casos, con excepción de aquellos en los que por conveniencia institucional, la ficha técnica defina otros factores de ponderación...”. (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, Carpeta denominada expediente electrónico 2013ME-000126-5101, documento formato pdf titulado Cartel). **3)**-Que para el citado proceso concursal el día de apertura de ofertas, 06 de agosto de 2013, se presentaron 8 ofertas, a saber en lo que interesa se pueden citar las siguientes: Oferta No. 3 RESPIFARMA S.A., Oferta No. 6 de DROGUERIA INTERMED S. A, y Oferta No. 7 de VMG HEALTHCARE PRODUCTS SOCIEDAD ANONIMA. (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, documento formato pdf titulado Acta de Apertura). **4)**- Que mediante oficio No. SIEI-0856-2013, del 29 de mayo de 2013, la Dirección Técnica de Bienes y Servicios, de la Gerencia de Logística de la Caja Costarricense de Seguro Social, indicó lo siguiente: “...Ficha Técnica / Código 1-10-13-0795, Gemfibrozilo 600mg Tabletas Recubiertas. / Descripción de Producto. / Empaque: Secundario caja con 500 a 1000 tabletas. / Terciario corrugado con 10000 a 20000 tabletas...”. (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, documento formato pdf titulado Ficha Técnica y Código de Barras). **5)**- Que la empresa Drogueria Intermed S.A., mediante oficio No. CPF-09-0066-0310, de fecha 6 de agosto de 2013 indicó a la Administración lo siguiente: “...Léase correctamente: Empaque Secundario: Caja con 500 a 1000 tabletas. Empaque Terciario: Corrugado con 10000 a 20000 tabletas...”. (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, documento formato pdf titulado Subsane de Oferta

No. 6). 6)- Que mediante estudio de ofertas, la Caja Costarricense de Seguro Social indicó lo siguiente:

“...Admisibilidad:

Razón	Oferente	Admisibilidad
3101062338	CHEMO CENTROAMERICANA S.A	Aceptada
3101393109	Sango Unido Internacional S. A.	Aceptada
3101461207	Respifarma S. A.	Aceptada
3101111086	DAMIPE S.A.	Aceptada
3101113158	DROGUERIA INTERMED S. A.	Aceptada
3101201700	VMG HEALTHCARE PRODUCTS SOCIEDAD	Aceptada
3101499745	Servicios Medicorp S. A.	Aceptada

/ Comparación de Ofertas

Oferente	Oferta	Monto Fijo	Recargos	Descuentos	Monto Fijo neto	Puntos
3101113158 - DROGUERIA INTERMED S. A.	Base	7,130000 USD	0,000000	0,000000	7,130000	100
3101461207 - Respifarma S. A	Base	9,100000 USD	0,000000	0,000000	9,100000	78,35
3101111086 - DAMIPE S.A.	Base	9,330000 USD	0,000000	0,000000	9,330000	76,42
3101201700 - VMG HEALTHCARE PRODUCTS SOCIEDAD ANONIMA	Base	4.775,000000 CRC	0,000000	0,000000	4.775,000000	75,34
3101062338 - CHEMO CENTROAMERICANA S.A	Base	10,250000 USD	0,000000	0,000000	10,250000	69,56
3101393109 - Sango Unido Internacional S. A.	Base	11,200000 USD	0,000000	0,000000	11,200000	63,66
3101499745 - Servicios Medicorp S. A.	Base	13,500000 USD	0,000000	0,000000	13,500000	52,81
3102407318 - INVERSIONES ACIFOLIUM	Base	13,800000 USD	0,000000	0,000000	13,800000	51,67

LIMITADA						
----------	--	--	--	--	--	--

...”. (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, Carpeta denominada expediente electrónico 2013ME-000126-5101, documento formato pdf titulado Cuadro Comparativo de Ofertas).

7)- Que mediante Resolución Final N° Sesión 8670 Art. 37, del 28 de octubre de 2013, de la Dirección de Proveeduría Institucional, de la Caja Costarricense de Seguro Social indicó lo siguiente: “...VEINTIOCHO DE OCTUBRE DEL DOS MIL TRECE a las DIEZ CON CUARENTA Y CINCO MINUTOS - CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL. Conoce esta Junta Directiva acto final dentro del procedimiento de contratación administrativa CONTRATACION ME CCSS N° 2013ME-000126-05101, cuyo objeto es GEMFIBROZILO 600 MG TABLETAS RECUBIERTAS. Resultado. Primero: Que mediante oficio N° oficio No. APBS-2267-2013 del 08/07/2013, se solicitó la iniciación de los trámites de la presente contratación para la “Compra de GEMFIBROZILO 600 MG TABLETAS RECUBIERTAS”. Visible en el expediente electrónico de la contratación. Segundo: Que dicha solicitud fue amparada con la disponibilidad presupuestaria prevista según solicitud de pedido No. 120A13T0289 por un monto de 2.035.000.000,000000 Colones. Visible en el expediente electrónico de la contratación. Tercero: Que de conformidad con la solicitud de compra indicada, la disposición presupuestaria dispuesta para este trámite, y el inicio del procedimiento respectivo, la Proveeduría Institucional, de conformidad con su competencia, señaló la apertura de las ofertas para el día 06/08/2013 (SEIS DE AGOSTO DEL DOS MIL TRECE) a las DIEZ CON CERO MINUTOS; presentándose a concurso las siguientes ofertas: 1 CHEMO CENTROAMERICANA S.A 3101062338, 2 Sango Unido Internacional S. A. 3101393109, 3 Respifarma S. A. 3101461207, 4 INVERSIONES ACIFOLIUM LIMITADA 3102407318, 5 DAMIPE S.A. 3101111086, 6 DROGUERIA INTERMED S. A. 3101113158, 7 VMG HEALTHCARE PRODUCTS S. A. 3101201700, 8 Servicios Medicorp S. A. 3101499745 ./ Considerando: Que la presente adjudicación se regirá por las descripciones, especificaciones, II. Plazos, condiciones de entrega, vigencia de la relación, garantías del producto y de cumplimiento, cláusulas penales y demás regulaciones contenidas en las disposiciones cartelarias específicas de esta contratación y en la oferta del adjudicatario, las cuales serán suplidas o subsanadas -en caso de laguna, vaguedad o imprecisión- por las normas legales y reglamentarias aplicables, según la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. / Considerando Adicional: ARTICULO 37° SESIÓN N° 8670 CELEBRADA EL 18 DE OCTUBRE-2013 Por consiguiente, teniendo a la vista el oficio N° GL-52.928-2013 de fecha 14 de octubre del año en curso, firmado por el Gerente Administrativo a cargo de la Gerencia de Logística, de acuerdo con

los elementos que se tienen como acreditados en el expediente electrónico visible en el sitio Comprared respecto del procedimiento N° 2013ME-000126-05101, dado el cumplimiento administrativo, técnico y legal, con fundamento en el acuerdo de aprobación de la Comisión Especial de Licitaciones en la sesión número 19 del 14 de octubre del año 2013, así como la comunicación del 9 de setiembre del año 2013, número ACC-2205-2013, suscrita por la licenciada Azyhadee Picado Vidaurre, Jefe, y el licenciado Carlos R. Azofeifa Chacón, Analista del Área de Contabilidad de Costos, relativo a la solicitud de aval a estudio de precios del concurso en consideración, que avala la metodología para el cálculo de precios realizada por el Área de Gestión de Medicamentos, habiéndose hecho la presentación pertinente por parte de la licenciada Karina Aguilera Marín, Asesora de la Gerencia de Logística, y con base en la recomendación del licenciado Campos Montes, en ausencia de la señora Gerente de Logística, la Junta Directiva ACUERDA adjudicar el renglón único de la cotización N° 2013ME-000126-05101, a través de la plataforma de compra electrónica Comprared, a favor de la oferta N° 6 (seis), Droguería Intermed S.A., oferta en plaza: 370.000 (trescientos setenta mil) cientos de Gemfibrozilo 600 mg., tabletas recubiertas. Total: US\$2.638.100 (dos millones seiscientos treinta y ocho mil cien dólares). Modalidad de la compra: prorrogable: una vez que se acrediten en el expediente los estudios que comprueben la razonabilidad de precios y condiciones de mercado que benefician los intereses institucionales para poder ampliarla hasta por un (01) período más de aproximadamente un año. Todo de conformidad con las condiciones exigidas por la Institución en el respectivo cartel y las ofrecidas por la firma adjudicataria. / Por lo tanto: Adjudicar el procedimiento CONTRATACION ME CCSS N° 2013ME-000126-05101 de la siguiente manera Oferta N° 6 DROGUERIA INTERMED S. A. cédula jurídica 3101113158, la(s) línea(s) # 00001, por un monto total de \$ 2.638.100,000000 (DOS MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CIEN DÓLARES), todo conforme a la oferta y condiciones cartelarias. / La presente adjudicación se da de acuerdo a las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y aceptadas por el adjudicatario. / Contra la presente resolución cabe el recurso establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Es todo- NOTIFÍQUESE...” (Ver expediente electrónico ubicado en disco compacto remitido, Carpeta denominada expediente electrónico 2013ME-000126-5101, documento formato pdf titulado Resolución de Adjudicación de Trámite).-----

II.- Sobre la admisibilidad del Recurso Interpuesto. En el caso bajo estudio tenemos por acreditado que la Caja Costarricense de Seguro Social en adelante CCSS, promovió el procedimiento No. 2013ME-000126-5101, para la compra de “GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS

RECUBIERTAS”, (hecho probado No. 1). Además se tiene demostrado que, ambas empresas apelantes; oferta No. 3 de RESPIFARMA S.A., y Oferta No. 7 de VMG HEALTHCARE PRODUCTS S.A., cotizaron en el citado procedimiento (hecho probado No. 3). Por otra parte se tiene que resultaron ofertas elegibles según el Análisis Comparativo (hecho probado No. 5). No obstante, en virtud de la Metodología de Evaluación establecida en el cartel (hecho probado No. 2) resultó adjudicada la oferta de la empresa Drogueria Intermed S.A. Así entonces, corresponde analizar ambos recursos en cuanto a su fundamentación y legitimación, toda vez que no basta que se haya participado en el concurso sino que el recurrente debe también acreditar de qué forma en caso de prosperar el recurso interpuesto, sería beneficiado con la eventual readjudicación del concurso.**1) Sobre el Recurso de VMG Healthcare Products S.A.** Manifiesta la empresa recurrente que, de conformidad con artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, puede interponer recurso de apelación cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo, respecto al resultado de adjudicación del concurso en cuestión. En virtud de lo anterior señala que, su representada como oferente precalificado del producto que se desea adquirir y como potencial oferente se apersona ante este Despacho a fin de solicitar nulidad de todo lo actuado. Es por lo expuesto que procede a manifestar que, por una reciente disposición de la CCSS, se ha empezado a incluir dentro de los carteles un cronograma de actividades en el cual se detalla los tiempos estimados para cada una de esa etapas del procedimiento de contratación lo que da como resultado que se establezca una fecha fija de entrega. Señala que la anterior disposición de fecha fija, sujeta a los oferentes a confeccionar y adecuar su oferta en aras de poder cumplir con la entrega establecida por la institución para ese producto, lo cual implica obligatoriamente que el oferente contemple dentro de su precio final, todos los costos de producción y logística que necesite para ajustarse a esa condición de índole invariable dentro de un cartel como lo es el tiempo de entrega. Indica que el cartel del concurso dispuso como fecha de realización para la primera entrega del medicamento, el 30 de octubre de 2013, no obstante al día de hoy dicho concurso ni tan siquiera cuenta con un acto de adjudicación firme lo que vuelve de imposible cumplimiento para todos los oferentes dicha condición cartelaria. Manifiesta que al no respetar la propia administración los tiempos previstos en su cronograma de actividades y tornar materialmente imposible el poder realizar la entrega en la fecha prevista en el cartel, la Administración no solo está incumpliendo con el pliego cartelario que ella misma impuso a todos, manifiesta que está quebrantando el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y está generando un grave perjuicio a todos los participantes quienes para brindar ese precio final de su producto

valoraron y consideraron la proximidad de la fecha fija de entrega establecida y los costos en que debían de incurrir para poder cumplir con la misma ya que era una fecha consolidada y en firme. Agrega que el emitir un acto de adjudicación a favor de un oferente determinado como Droguería Intermed S.A., aún y con conocimiento de que el tiempo de entrega establecido es de imposible incumplimiento por haberse superado ya la fecha establecida y que es una condición invariable del cartel no objeto de modificación en esta etapa del procedimiento infringe, los artículos 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública, recayendo ese vicio en elemento sustancial de validez de todo acto administrativo por tanto esa disconformidad con el ordenamiento jurídico conlleva la nulidad absoluta de la adjudicación. Señala que no puede motivarse una adjudicación bajo el supuesto de “a posteriori” una nueva fecha modifica condición cartelaria firme y que rigió para todos los oferentes. Habiéndose superado ya la fecha de entrega establecida en el cartel y al ser una condición de imposible cumplimiento y no susceptible de modificación en esta etapa del procedimiento se debe de declarar la nulidad de todo lo actuado incluyendo la adjudicación. Criterio de la División: Se tiene que, la empresa VMG Healthcare Products S.A., ofertó para el citado procedimiento, (hecho probado No. 3). Producto de lo anterior, la oferta de VMG Healthcare Products S.A., se consideró elegible y obtuvo de calificación según estudio de ofertas la nota de 75,34, ocupando un cuarto lugar según tabla de ponderación (hecho probado No. 5). Ahora bien, se logra acreditar dentro del escrito del recurso de apelación, que la empresa apelante simplemente se limita a solicitar la nulidad total del procedimiento y lo anterior lo fundamenta en que se incumplió el plazo de entrega fijado por la Administración según se estipuló dentro del cartel. Al respecto se tiene que, efectivamente dentro del pliego cartelario se concretó por parte de la Administración, la primera entrega del medicamento para el 30 de octubre de 2013, (hecho probado No. 2), el cual está sobradamente superado en la actualidad, por lo que sí es cierto que se incumplió con lo que establece el citado cartel. No obstante de lo anterior, considera esta División, que lo realmente trascendental es determinar, entonces, si ese incumplimiento ocasiona la nulidad absoluta de todo el procedimiento. Sobre el particular, estimamos que si bien es cierto ha quedado plasmado que se incumplió la fecha de entrega pactada dentro del cartel, pero lo que no se ha demostrado hasta el momento por parte del recurrente es la lesión que se le causó con esta actuación, es decir faltó fundamentar adecuadamente cómo se vería su oferta beneficiada, con la eventual anulación del procedimiento que se solicita, lo que no es otra cosa que la acreditación del mejor derecho, por parte de la recurrente, y ello tiene sustento, en el artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que indica lo siguiente “*Podrá interponer el recurso de apelación*

cualquier persona que ostente un interés legítimo, actual, propio y directo” normativa que le impone apelante el deber de acreditar con su recurso de apelación, la legitimación que ostenta dentro del procedimiento. En otras palabras no basta con enunciar que se incumplió el plazo de entrega pactado dentro del cartel y que ello amerita la anulación del procedimiento, sino que el recurrente además debe acreditar el daño que tal actuación le causaría en su propuesta, considera esta División que no es procedente un alegato que no tenga como objetivo la readjudicación a favor de su representada, es decir no basta alegar que se anule un procedimiento, sino que además es deber de la empresa apelante motivar adecuadamente como esa anulación influye directamente en su oferta con una eventual adjudicación. De conformidad con lo anterior queda claro que el recurrente simplemente se limitó a señalar que, se debe de anular el procedimiento, sin hacer referencia a al interés legítimo, actual, propio y directo, que ostenta dentro del concurso bajo análisis. Esta División, no puede anular un acto de adjudicación por la mera referencia de que se incumplió un plazo de entrega. Debe de indicarse que, lo señalado anteriormente ha sido criterio reiterado de esta Contraloría General, lo anterior se evidencia en las siguientes resoluciones: R-DCA-469-2012, de las once horas del diez de setiembre del dos mil doce, que indica “...Como es conocido, el legislador fijó en materia de contratación administrativa un esquema de legitimación para impugnar los actos finales, que supone un interés legítimo, actual, propio y directo (artículo 85 de la Ley de Contratación Administrativa), lo cual fue igualmente reproducido por el Reglamentista (artículo 176 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), cuando dispuso precisamente la necesidad de contar con un interés con esas cuatro características, agregando que la materialización de ese interés supone que se haya presentado oferta bajo cualquier título de representación. Como puede verse, el sistema definido por el legislador para la impugnación de actos finales de los procesos de compra, supone una lectura restrictiva en el tanto la posibilidad de impugnación está reservada a quienes hayan participado como oferentes en un concurso y en consecuencia, no basta un interés legítimo, sino que necesariamente debe ser propio y directo en la medida no solo que exista una afectación de sus intereses con el acto impugnado (la adjudicación no recayó sobre su oferta pese a que se estima que debía ganar conforme las reglas del concurso), sino también porque los efectos de la anulación de ese acto podrían recaer en su esfera de intereses patrimoniales, es decir, le podría resultar adjudicado el concurso. Esta lectura se confirma cuando el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa supone el rechazo de plano de un recurso de apelación cuando justamente un 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”; disponiendo también un “deber” de acreditar en el recurso

su aptitud para resultar adjudicatario. Como puede verse, la legitimación en materia de la impugnación del acto final de un procedimiento, supone la necesidad de que se acredite la posibilidad de resultar adjudicatario, lo cual desde luego será valorado al resolver el fondo del asunto por parte de la Contraloría General (recurso de apelación) o bien de la Administración Licitante (recurso de revocatoria). En un sentido contrario, es criterio de esta Contraloría General que no podría hablarse de que un apelante se encuentra legitimado, cuando no pretende que le sea adjudicado el concurso. Esto significa entonces, que por ejemplo la vía del recurso de apelación no es el mecanismo para venir a señalar simplemente la existencia de una nulidad de todo un procedimiento, porque el apelante después de participar determinó que existía una nulidad absoluta que vicia todo el concurso, muchas veces porque no resultó adjudicatario del concurso cuya nulidad pretende sea declarada. De esa forma, no existe legitimación en los términos regulados por el legislador, cuando una empresa impugnante únicamente pretende la anulación de todo el procedimiento, sin acreditar cómo resultaría ganador del concurso en ese caso. En ese sentido, estima este órgano contralor que la legitimación para impugnar el acto final, está reservada para aquellos oferentes que efectivamente acrediten que cuenta con alguna posibilidad de hacerse con la adjudicación (aspecto que se definirá al resolver el fondo del recurso), pues de lo contrario la figura de impugnación se prestaría para que los oferentes que no impugnaron oportunamente el cartel se aprovechen maliciosamente a este momento, para abrir discusiones que se encuentran precluidas bajo la consideración de que no resultaron ganadores del concurso...”. Además la resolución No. R-DCA-419-2007, de las ocho horas del veinticinco de setiembre de dos mil siete, que señala “...En otras palabras, que lo irrelevante no comporte la ineficacia de lo relevante. Ello así, pues desde la perspectiva que proporciona el principio de conservación de los actos administrativos, no procede invocar la nulidad por la nulidad misma, toda vez que, en la especie, ambas ofertas incumplen de forma similar o equivalente, lo cual podría dilucidarse, a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como una especie de convalidación en aras de mantener las actuaciones seguidas en este procedimiento con el fin de lograr la consecuencia más favorable, habida cuenta que todo lo actuado no se ha visto afectado por las irregularidades apreciadas y, por el contrario, vendría en detrimento de esto el tener que repetirse el procedimiento con las consecuencias economía y de tiempo que ello conlleva; lo cual, indiscutiblemente, repercute en una lesión importante al interés público...”. Ante ese panorama y para este caso en particular, se reitera que, el recurrente se limita a indicar que se incumplió la fecha de entrega del medicamento, sin embargo no fundamenta como dicho incumplimiento le causó algún perjuicio, por lo que no puede alegar la nulidad del procedimiento por sí solo, sino que debió indicar como le ocasionó daño y como dicha anulación que solicita, le beneficiaría a futuro. Es así que considera esta División que, declarar una nulidad del procedimiento por la sola circunstancia de que no cumplió la primera fecha de entrega establecida en el cartel, sería atentar en contra del principio de eficiencia que

establece el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa . De esa forma, estima este órgano contralor que lo procedente, es rechazar de plano por falta de fundamentación este recurso. **2) Sobre el Recurso de la empresa RESPIFARMA, S.A.** Señala la empresa recurrente que, teniendo en cuenta que, la empresa Droguería Intermed S.A., no cumple con los requerimientos técnicos del cartel y ficha técnica tal como se demostrará, su representada es la oferta con menor precio y le corresponde la adjudicación. Procede a indicar que el acto de adjudicación violenta los principios constitucionales de Igualdad, Principio de Legalidad, Principio de Buena Fe, Principio de Eficiencia, puesto que se adjudicó a una oferta que no cumplía los requerimientos legales aplicables, sean los establecidos en la ficha técnica y el cartel. Manifiesta que específicamente la oferta de DROGUERIA INTERMED S.A., incumple las condiciones de empaque, ya que ofreció un empaque secundario de “100 tabletas (10 blister de 10 tabletas cada una)” y el empaque terciario “2500 a 5000 tabletas (25-50 empaques secundarios”, empaques que difieren con lo indicado en la ficha técnica oficial y vigente, que establece “EMPAQUE: EMPAQUE SECUNDARIO: caja con 500 a 1000 tabletas. EMPAQUE TERCIARIO: Corrugado con 10000 a 20000 tabletas”. Manifiesta que la Administración en lugar de descalificar dicha oferta por no cumplir con un requisito fundamental, como lo es la ficha técnica le previene dándole ventaja frente a los demás oferentes para que aclare su oferta en ese sentido y así procedió a modificar y corregir la oferta. Indica que, lo anterior constituye una clara irregularidad que no encuentra sustento en las normas y procedimientos que rigen la Contratación Administrativa. Además agrega que, es necesario tener presente el papel del cartel y las fichas técnicas, ya que señalan a los oferentes las condiciones legales y técnicas que deben de cumplirse para resultar adjudicatarios. Las fichas técnicas son documentos elaborados con el objetivo de homologar especificaciones, estandarizar, orientar, informar y dar apoyo al proveedor es por lo anterior que cada uno de los requisitos indicados en el cartel, así como ficha técnica oficial es obligatorio. Señala que, la Administración paso por alto las especificaciones técnicas establecidas tanto en el cartel como ficha técnica adjudicando a la empresa que aunque contaba con el precio más bajo no cumplía con las condiciones y requisitos técnicos. Señala que es claro que, en el procedimiento en cuestión no se ha efectuado un correcto estudio técnico que justifique la adjudicación a la empresa Droguería Intermed S.A. De forma complementaria señala que el cartel estableció una fecha cierta donde claramente se indicó, la primera entrega del producto, para el 30 de octubre de 2013. Por lo anterior, como resulta evidente a pesar de que el cartel establecía una fecha de entrega, no es sino hasta el 30 de octubre 2013, que se notifica acto de adjudicación lo cual convierte el concurso en ineficaz e inútil

contradiciendo el régimen jurídico de las contrataciones públicas que, deben de tener como único resultado la satisfacción del interés público, indica que no se está respetando el tiempo previsto en el cronograma de actividades, ya que el mismo establece que la Administración tenía como fecha máxima para adjudicar el pasado 4 de octubre de 2013. Dicho retraso por parte de la Administración conlleva a que la orden de compra se emite con posterioridad a la fecha cierta definida en el cartel y la administración estaría incumpliendo con el pliego cartelario lo que invalida en proceso en su totalidad procede declararlo desierto. Criterio de la División: Como punto de partida se debe de indicar que, efectivamente el cartel del procedimiento bajo análisis indicó en lo que interesa lo siguiente "...Ficha Técnica / Código 1-10-13-0795, Gemfibrozilo 600mg Tabletas Recubiertas. / Descripción de Producto. / Empaque: Secundario caja con 500 a 1000 tabletas. / Terciario corrugado con 10000 a 20000 tabletas..." (hecho probado No. 4). De lo anterior, se concluye que efectivamente, la Administración requirió los empaques secundarios de caja con 500 a 1000 tabletas y los terciarios con 10000 a 20000 tabletas. Ahora bien se constata que la oferta de la empresa adjudicataria, como respuesta a solicitud de subsanación que efectuó la Administración, procedió a indicar en relación a los empaques secundario y terciario que secundario caja con 500 a 1000 tabletas. / Terciario corrugado con 10000 a 20000 tabletas, (hecho probado No. 5). Es decir, como bien lo indica la recurrente se subsanó con el requerimiento que hizo la Administración, lo referente a la presentación del medicamento, por ende resultó adjudicataria dentro del procedimiento pues ofreció el precio más bajo, (hecho probado No. 6). No obstante de lo anterior indica la empresa recurrente entre otras cosas que, la Administración no debió prevenirle, pues le dio ventaja frente a los demás oferentes y que debió ser excluida por incumplir la ficha técnica. Al respecto, estima este órgano contralor que la tesis de la recurrente, significaría que esta Contraloría General debería anular el acto de adjudicación por la simple presentación del medicamento que en primera instancia difirió en lo indicado en la ficha técnica que elaboró la Administración. Sin embargo de lo anterior no comparte este Despacho dicha tesis, pues debe tomarse en consideración que no se está cuestionando por la recurrente algún elemento trascendental, sino más bien la mera presentación del producto que se requiere. Conforme lo anterior está claro que el incumplimiento por parte del adjudicatario, fue subsanado oportunamente. Aunado a lo anterior el incumplimiento de la empresa Droguería Intermerd S.A., no es trascendente, en la medida que no cambia en nada la naturaleza del objeto que se requiere, sino más bien lo que se cuestiona por la recurrente es que, se presentó de forma distinta a la requerida, no obstante en nada afecta el fin público que se persigue. De ese modo, la exclusión de la oferta no puede darse ya que, no

se esta apartando sustancialmente de lo requerido en las especificaciones de la ficha técnica, es decir el producto es tal cual se requiere por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social, y no existe sustento jurídico para determinar que dicho incumplimiento es trascendental y por ello debe de excluirse la oferta, es totalmente justificable que en estudio de ofertas se encuentren disconformidades, no obstante de ello es deber de la Administración buscar como enderezar el procedimiento en equilibrio con la normativa vigente. Además se debe de tener presente lo señalado en el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, que en lo que interesa señala lo siguiente: *“...Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta...”*. De lo anterior se puede concluir que, la actuación de la Administración fue apegada a derecho pues como se puede apreciar el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa contempla la posibilidad de no excluir una oferta cuando incumpla al inicio, algún aspecto que no sea trascendental. Es así que la actuación de la Administración, al requerir la subsanación de la empresa Droguería Intermed S.A., no se puede ver como una actuación que genere alguna ventaja indebida de frente a los demás oferentes, ya que dicho incumplimiento no ameritaba la exclusión de la oferta. Debe de tenerse presente que ,la subsanación en este caso en particular se a un requisito no esenciales de la oferta, es decir, que no implica una modificación por ejemplo en el precio, el objeto y condiciones ofrecidas. Reitera esta División que, la subsanación es un mecanismo previsto no sólo para ajustar las ofertas a las disposiciones cartelarias, sino también una alternativa con que cuenta la Administración para enderezar el procedimiento, tesis que confirma el artículo 80 del Reglamento a Ley de Contratación Administrativa. Por ende de ello es elemental que dentro del procedimiento se proceda a corregir aspectos, lo anterior con el fin de adjudicar el procedimiento a la oferta que más convenga. El Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, permite tanto corregir errores, como suplir información, toda vez que ambos supuestos inciden en la correcta presentación de las ofertas y por ende, en las etapas posteriores del proceso de compra, análisis, calificación y adjudicación, lo anterior considera esta División también tiene sustento amparado al principio de conservación de la ofertas. Conforme lo señalado lo procedente es rechazar el recurso por falta de fundamentación.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 34 y 37 inciso 3) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, 85, 86, 90

de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 180 inciso b), 184 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **RESUELVE: 1) Rechazar de plano por falta de fundamentación** los recursos de apelación interpuesto por las empresas **1. VMG Healthcare Products S.A., y 2. RESPIFARMA, S.A,** en contra del acto de adjudicación del concurso No. **2013ME-000126-5101,** promovida por la **Caja Costarricense de Seguro Social,** para la compra de “GEMFIBROZILO 600MG TABLETAS RECUBIERTAS”, acto de adjudicación recaído a favor de la empresa **DROGUERIA INTERMED S.A.,** por el monto total de \$ 2.638.100 (dos millones seiscientos treinta y ocho mil cien dólares). **2)** De conformidad con las regulaciones del artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE. -----

Lic. German Brenes Roselló
Gerente de División

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

AAG/chc
NN: 12821 (DCA-2946)
Ni: 27598-27626
G: 2013003504-1