

R-DCA-0006-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas quince minutos del doce de enero del dos mil diecisiete.-----

Excepción de falta de competencia presentada por el **Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Raúl Blanco Cervantes** en relación con el recurso de apelación interpuesto por la empresa **Distribuidora Farmacéutica Centroamericana DIFACE**, en contra del acto de adjudicación del procedimiento de **Licitación Abreviada 2016LA-000020-2202**, para la adquisición de **“Rosuvastatina 10 mg”**, modalidad **entrega según demanda**, promovida por el **Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Raúl Blanco Cervantes**, acto recaído a favor de la empresa CEFA central Farmacéutica.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa Distribuidora Farmacéutica Centroamericana DIFACE S.A, presentó ante este órgano contralor en fecha dieciocho de noviembre del dos mil dieciséis, recurso de apelación en contra del citado acto de adjudicación.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas del dos de diciembre del dos mil dieciséis, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante y a la empresa adjudicataria, para que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por la empresa recurrente en su escrito de interposición del recurso, y del mismo modo para que aportaran las pruebas que estimaran oportunas y señalaran medio para recibir notificaciones. --

III. Que en el escrito de respuesta a la audiencia inicial conferida por esta División en el trámite del recurso de apelación interpuesto, la Administración Licitante presentó excepción de falta de competencia en razón de la cuantía para poder apelar ante la Contraloría General de la República.-----

IV. Que para emitir esta resolución se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I.-Sobre la excepción de falta de competencia en razón del monto presentada por el Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Raúl Blanco Cervantes: La Administración Licitante, al contestar la audiencia inicial, manifiesta que si bien el procedimiento promovido se realizó bajo la figura de la modalidad de entrega según demanda, en la decisión inicial se encuentra claramente establecido el tope de la contratación, siendo este el límite superior de la compra directa fijado por la Contraloría General de la República (ver folio 015 del expediente de

la contratación) y así se encuentra registrada en el SIAC la adjudicación de la compra en la cual se señala que NO se trata de cuantía inestimable. Señala que de esa forma quedó eliminado el supuesto de cuantía inestimable de la modalidad de contratación de entrega según demanda, toda vez que el tope de la contratación establecido limita y obliga a la Administración a efectuar compras según demanda hasta ese límite, monto que es invariable e independiente del presupuesto asignado o de la demanda estimada e incluso del tipo de procedimiento de contratación realizado. Indica que el tope definido de la contratación es el límite superior de la compra directa (¢90.600.000,00), no obstante tratándose de un procedimiento prorrogable (un año con posibilidad de tres prórrogas), al considerar las prórrogas para la estimación de la contratación; el procedimiento debió realizarse bajo la figura de la licitación abreviada, lo anterior, sin que implique que se haya variado el tope de adjudicación impuesto (correspondiente al límite superior de la contratación directa). Manifiesta que dicha autolimitación por parte de la Administración también ha sido reseñada por el ente contralor que en el oficio DJ-2969 de fecha 26 de julio, 2010 emitido por la División Jurídica de la Contraloría indicó: *"Lo anterior resulta aplicable al caso concreto, de modo que si esa Administración se autolimita en la compra al monto de la contratación de escasa cuantía, bien podrá utilizar la modalidad de entrega según demanda siguiendo tal mecanismo de selección, pero se advierte que en modo alguno podrá sobrepasar el límite fijado para la escasa cuantía, para todo el periodo de la contratación."* Señala que el tope implica que la Administración no puede excederse -de ninguna forma- en el consumo, por lo cual el monto de la contratación tramitado bajo la licitación abreviada 2016 LA-000020-2202, no supera el monto a partir del cual procede el recurso de apelación ante la Contraloría General de la República que en el caso de la Caja Costarricense del Seguro Social, correspondiente al Estrato A equivalente a ¢314.000.000,00. De conformidad con lo expuesto indica que la Contraloría General de la República, no resulta competente para el conocimiento del recurso de apelación planteado en este procedimiento de compra, en razón de la cuantía del procedimiento, ya que si bien se estableció bajo la modalidad de entrega según demanda, el tope máximo de adjudicación corresponde al límite superior de la contratación directa que actualmente corresponde a ¢90.600.000,00. Por ende se solicita que de conformidad con el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa se declare la inadmisibilidad del recurso de apelación por improcedencia. **Criterio de la División:** Para entrar a conocer esta excepción tenemos

primeramente que el artículo 179 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, en lo que interesa establece: *“Al momento de contestar la audiencia inicial, las partes podrán alegar como excepción la presentación extemporánea o la incompetencia por monto, que en caso de prosperar obligará a dictar la resolución final dentro de los quince días hábiles siguientes al recibo de la gestión.”* Sobre el particular, la Contraloría General se ha pronunciado sobre estas excepciones, entre ellas en la resolución R-DCA-035-2012 del 24 de enero del 2012 de la siguiente manera: *“(…) Dichas excepciones devienen alegatos cuyo objetivo final es el poner fin al proceso de forma anticipada, sin llegar a resolverse el fondo del mismo, en aras de evitar dilaciones injustificadas a los procedimientos concursales. Así, ordinariamente el conocimiento de un recurso de apelación implica valorar las posiciones de las partes, quienes ejercen su derecho de defensa a lo largo del proceso, y conocidas sus posiciones, se resuelve el fondo; sin embargo, al alegarse una excepción, sea de extemporaneidad o falta de competencia en razón de la cuantía, el proceso finalizaría de forma anticipada, sin que sea necesario conocer el fondo de lo planteado por el apelante (...).”* Dicho lo anterior, corresponde entrar a conocer la excepción dado que el artículo 179, inciso c) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, dispone que el recurso de apelación será rechazado de plano por inadmisibles cuando no corresponda conocerlo a la Contraloría General de la República en razón del monto. Al respecto, hemos de indicar que la competencia de esta Contraloría General para conocer los recursos de apelación en razón del monto, se encuentra regulada en el artículo 84, relacionado con el numeral 27, ambos de la Ley de Contratación Administrativa, así como en el artículo 175 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, disponiendo este último artículo que: *“...Monto: Para efectos de determinar la procedencia del recurso en contra del acto de adjudicación se considerará únicamente el monto impugnado. En el caso de licitaciones compuestas por varias líneas se sumarán los montos adjudicados en las líneas que se impugnen. Si se trata de contratos continuados, se tomará en cuenta el monto adjudicado para el plazo inicial sin considerar eventuales prórrogas. En licitaciones de cuantía inestimable cabrá únicamente el recurso de apelación.”* (el subrayado no es del original). Conforme con la disposición citada, en el caso de licitaciones de cuantía inestimable únicamente cabe el recurso de apelación. Ahora bien, establecido el marco normativo, resulta necesario referirse al expediente de la contratación. En primer término tenemos que en la Decisión Inicial del concurso se estableció lo siguiente: *“(…) con base en el tope de adjudicación establecido por la Junta Directiva Artículo 6° de la sesión 8124 del 18 de Enero de 2007, autoriza el trámite de este procedimiento de contratación N°2016LA-000020-*

2202 bajo las condiciones reunidas: por un periodo de un año con posibilidad de tres prórrogas y modalidad entrega según demanda (...). Adicionalmente establece en el punto d. la Decisión Inicial lo siguiente: "(...) d. ESTIMACION DEL COSTO. -Según los costos estimados por Dra. Olga Wittingham Quirós en calidad de Directora de Farmacia el costo anual asciende a ¢6,879,363.84. –Se trámita mediante Licitación Abreviada por el monto a adquirir, al ubicarse la Caja Costarricense de Seguro Social en el estrato A, con posibilidades de adquirir este procedimiento de más de ¢90,600,000.00. a menos de ¢628,000,000.00, según artículo 27 LCA, Gaceta N°41 del 29 de febrero del 2016 y circular No.15.223 de fecha 22 de abril de 2009 Art. 7 de la sesión No.8339 de fecha 16 de abril 2009 Modelo Distribución de competencias Gaceta 80 del 27 de abril de 2009." (ver folios 15 y 16 del expediente administrativo). Por su parte, el cartel estableció sobre el objeto del concurso, lo siguiente: "OBJETO CONTRACTUAL ROSUVASTATINA 10 MG POR PERIODO DE UN AÑO CON POSIBILIDAD DE TRES PRORROGAS Y MODALIDAD DE ENTREGA SEGÚN DEMANADA" (folio19 del expediente administrativo). De igual forma se observa, que la empresa adjudicataria presentó su precio en la oferta en los siguientes términos: "Cantidad 1 CN. Descripción TOREZA R 10 MG (ROSUVASTATINA 10 MG) Medicamento Innovador. Precio por Unidad: \$12.97 Total: \$12.97 **Compra según demanda, proyección 72 CN**". (folio 114 del expediente administrativo). Además, en la Resolución de Adjudicación No. DAF-CA0144-2016 de fecha 09 de noviembre de 2016, se estableció lo siguiente: "ACTA DE ADJUDICACIÓN No. DAF-CA0144-2016 Número de Concurso N°2016LA-000020-2202 OBJETO CONTRACTUAL ROSUVASTATINA 10 MG POR PERIODO DE UN AÑO CON POSIBILIDAD DE TRES PRORROGAS Y MODALIDAD DE ENTREGA SEGÚN DEMANADA (...)" (folio 297 del expediente administrativo). Así las cosas, y de conformidad con lo establecido en el cartel del concurso, en la forma de ofertar de la empresa adjudicataria y en el acto de adjudicación, queda claro que la contratación bajo análisis se promovió como suministro bajo la modalidad por demanda, donde las cantidades del producto deben suplirse según las necesidades de la Administración, y el pago se realizará en razón de las cantidades entregadas según la demanda registrada, siendo esta la razón por la cual se adjudica por precio unitario, toda vez que no existe una cantidad previamente definida. Ello implica que el monto final a pagar a la empresa contratista no se puede estimar previamente sino que dependerá de la demanda real de determinaciones que se llegue a presentar. De esta forma, la Administración tiene la certeza que únicamente pagará

por las cantidades del producto efectivamente recibidas y sin que exista una obligación o compromiso sobre un monto total a pagar. Por otra parte es claro que la Administración en su decisión inicial determinó tramitar un procedimiento de Licitación Abreviada, y así tener la posibilidad de adjudicar el procedimiento en un monto que supere más de ¢90,600,000.00 a menos de ¢628,000,000.00, sin que se estableciera un monto o cantidades fijas a adquirir del producto de forma previa. Es por ello que en el caso bajo análisis, la contratación se considera de cuantía inestimable, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 175 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa el cual establece que en licitaciones de cuantía inestimable cabrá únicamente el recurso de apelación. Lo anterior, por cuanto si bien es cierto la Administración licitante para la contratación cuenta con un disponible presupuestario de ¢6.879.363,84 y estableció por el consumo histórico una cantidad estimada del producto a consumir, ello resulta ser un estimado y por ello no es un monto que obligue a la Administración. Sobre este aspecto, esta División se ha pronunciado de la siguiente manera: *“(...) A pesar de que dicha estipulación cartelaria fue plasmada en el pliego de condiciones consolidado y sustentada en el consumo histórico, lo cierto es que bien podría superarse ese consumo histórico y por ello no podría tenerse como el parámetro para determinar la competencia de la Contraloría General. De esa forma, no puede dejarse la competencia y el ejercicio de los controles a la ponderación de un consumo histórico, sino que debe considerarse necesariamente que en este caso se trata de una Licitación Abreviada de cuantía inestimable, por lo cual dicha inestimabilidad es dentro de un rango determinado de montos, que atienden al tipo de procedimiento escogido y no a la decisión de la Administración que se autoimpone un límite de consumo anual. Con esto entonces se establece que si bien se ha reconocido la posibilidad de promover concursos de acuerdo al artículo 154 inciso b) del RLCA utilizando para esto procedimientos diferentes a la Licitación Pública, la autolimitación que realiza la Administración a este procedimiento de entrega según demanda lo establece en función de los límites del procedimiento escogido.”* (R-DCA-790-2014 de las catorce con veintiocho minutos del seis de noviembre del dos mil catorce). De lo dicho se tiene que el procedimiento de contratación resulta inestimable dentro de los límites de la licitación abreviada que se promovió para este objeto. Así, se tiene que de conformidad con la Resolución R-DC-014-2016 del Despacho Contralor, mediante la cual se actualizan los límites económicos de Contratación Administrativa que disponen los incisos a) al j) del artículo 27 y 84 de la Ley de Contratación Administrativa, la Caja Costarricense del Seguro Social se encuentra en el Estrato A por lo que el límite máximo para promover una licitación abreviada -que excluye obra pública-, es la suma de

¢628.000.000, suma que supera ¢314.000.000 que es el monto a partir del cual procede el recurso de apelación ante la Contraloría General de la República en ese estrato. Así las cosas, se tiene que este órgano contralor sí resulta competente para el conocimiento del recurso de apelación planteado en este procedimiento de compra, en razón de la naturaleza inestimable del objeto dentro del rango para la licitación abreviada. En consecuencia, se **declara sin lugar** la excepción de falta de competencia presentada y se continúa con el conocimiento del recurso de apelación presentado. -----

POR TANTO

De conformidad con lo señalado y lo dispuesto por los artículos 175 y 179 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, **se resuelve: 1) DECLARAR SIN LUGAR** la excepción de falta de competencia en razón del monto presentada por Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Raúl Blanco Cervantes en relación con el recurso de apelación interpuesto por la empresa Distribuidora Farmacéutica Centroamericana DIFACE, en contra del acto de adjudicación del procedimiento de Licitación Abreviada 2016LA-000020-2202, "Rosuvastatina 10 mg", modalidad entrega según demanda, promovida por el Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Raúl Blanco Cervantes, recaído a favor de la empresa CEFA Central Farmacéutica, por lo que se continúa con el conocimiento del recurso presentado. **NOTIFÍQUESE.** -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado