R-DCA-0889-2018

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las ocho horas veintiséis minutos del trece de setiembre de dos mil dieciocho.--------

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **DROGUERÍA INTERMED S.A.** en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2016LN-000001-UPIMS**, promovida por el **MINISTERIO DE SALUD** para la contratación del *"Servicio de Importación y Distribución de Drogas Estupefacientes"*, recaído a favor del **CONSORCIO CEFA COMERCIAL S.A.-FARMACIAS EOS S.A.,** cuya cuantía es inestimable.----------

RESULTANDO

I.- Que la empresa Droguería Intermed S.A. presentó recurso de apelación ante esta Contraloría General el día dos de julio del dos mil dieciocho.----------

II.- Que mediante auto de las quince horas doce minutos del tres de julio de dos mil dieciocho, esta División solicitó a la Administración licitante, el expediente administrativo de la contratación, que fue atendido mediante oficio No. DFBS-UBS-0414-2018 del cuatro de julio de dos mil dieciocho.----------

III. Que mediante auto de las once horas treinta minutos del cinco de julio de dos mil dieciocho, esta División, requirió a la Administración remitir la resolución motivada mediante la cual declaró el carácter confidencial el legajo separado rotulado como "Documentos Confidenciales", lo cual fue atendido mediante oficio No. DFBS-UBS-0416-2018 del nueve de julio de dos mil dieciocho.

IV. Que mediante auto de las diez horas cincuenta minutos del once de julio de dos mil dieciocho, esta División requirió a la Administración una ampliación o adición de la resolución No. 035-2018, del cinco de julio del año en curso, en la que se indiquen los motivos, razones, justificaciones (técnicas, financieras y/o jurídicas) que tomó en consideración el Ministerio de Salud, para determinar que resultaba indispensable declarar la confidencial de los documentos contenidos en el legajo separado rotulado como "Documentos Confidenciales", lo cual fue atendido mediante oficio No. DFBS-UBS-0417-2018 del doce de julio de dos mil dieciocho.-------

V. Que mediante auto de las nueve horas quince minutos del dieciséis de julio de dos mil dieciocho, esta División confirió audiencia inicial a la Administración licitante y a la empresa adjudicataria con relación al recurso de apelación interpuesto.----------

VI. Que mediante auto de las once horas con veintisiete minutos del diez de agosto de dos mil dieciocho, esta División confirió audiencia especial a la empresa apelante y la Administración para que se refieran específicamente a los incumplimientos imputados contra la empresa

apelante por parte del consorcio adjudicatario y a la vez se otorgó audiencia a la Administración para que amplíe los términos de la respuesta a la audiencia inicial brindada en este procedimiento.----------

VII. Que mediante auto de las diez horas con dieciocho minutos del veintiuno de agosto de dos mil dieciocho, esta División confirió audiencia especial a la empresa apelante y el consorcio adjudicatario para que se refiera específicamente a lo manifestado por parte de la Administración en la respuesta a la audiencia inicial y audiencia especial conferidas por este División .----------

VIII. Que mediante auto de las trece horas con cincuenta y tres minutos del seis de setiembre de dos mil dieciocho, esta División confirió audiencia final de conclusiones a todas las partes.----

IX. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo de ley, habiéndose observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes. ----------

I.-Hechos Probados. Con vista en el expediente administrativo, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Ministerio de Salud promovió la Licitación Pública número 2016LN-000001-UPIMS para la contratación del *"Servicio de Importación y Distribución de Drogas Estupefacientes"* según invitación a concursar publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 89 del diez de mayo de dos mil dieciséis (folio 33 del expediente administrativo). **2)** Que en dicho concurso participaron las siguientes ofertas: a) Droguería Intermed S.A. y b) Consorcio CEFA- Farmacias EOS S.A., según consta en el acta de apertura de las ofertas llevada a cabo el día catorce de marzo del año dos mil dieciocho. (folio 1076 del expediente administrativo). **3)** Que el Consorcio CEFA-Farmacias EOS S.A. presentó junto con su oferta los siguientes estados financieros: **a)** estados financieros auditados de la empresa Farmacias EOS S.A. que comprenden los estados de posición financiera al 31 de diciembre de los años 2014 y 2015 (folios 06 al 31 del legajo declarado confidencial), **b)** estados financieros auditados de la empresa Cefa Central Farmacéutica S.A. que comprenden los estados de posición financiera al 31 de diciembre de los años 2014 y 2015 (folios 32 al 67 del legajo declarado confidencial), **c)** estados financieros auditados de la empresa Cefa Central Farmacéutica S.A. que comprenden los estados de posición financiera al 31 de diciembre de los años 2015 y 2016 (folios 68 al 106 del legajo declarado confidencial) y **d)** estados financieros auditados de la empresa Farmacias EOS S.A. que comprenden los estados de posición financiera al 31 de diciembre de los años 2015 y 2016 (folios 107 al 135 del legajo declarado confidencial). **4)** Que el Consorcio CEFA-Farmacias EOS S.A. presentó junto con su

oferta copia de los oficios No. SRCST-382-2012 del 25 de abril de y 2012No. ATSJ-GETE-CPE-001-12 del 11 de mayo de 2012, suscritos por la Licda. Amalia Ramírez Chaves y Norma Vindas Céspedes, respectivamente, mediante los cuales la Dirección General de Tributación Directa autorizó a las empresas Cefa Central Farmacéutica S.A. y Farmacias EOS S.A., respectivamente, el cambio de periodo fiscal de impuesto sobre la renta a efecto de que el mismo comprenda desde el 01 de enero al 31 de diciembre de cada año y que debe presentar la declaración de renta y pagar el impuesto correspondiente dentro de los dos meses y quince días naturales siguientes a la finalización del periodo fiscal autorizado (folios 1661 al 1664 del expediente administrativo). **5)** Que mediante resolución No. 027-2018 de las quince horas del dieciséis de julio del dos mil dieciocho, la Proveeduría Institucional dictó el acto final de adjudicación de la presente licitación, acto que recayó a favor del Consorcio CEFA-Farmacias EOS S.A. (folios 1845 al 1849 del expediente administrativo). **6)** Que al atender la audiencia inicial el Consorcio Adjudicatario presentó oficio sin número de fecha doce de julio de dos mil dieciocho, suscrito por el señor Luis Guillermo Rodríguez Araya, Socio de la firma Deloitte & Touche, en el que indica lo siguiente: *"Por solicitud de la Administración de Cuestamoras Salud Costa Rica, S.A. & Subsidiarias ("la Compañía"), les comunicamos que a la fecha 14 de marzo de 2018, el proceso de auditoría bajo el enfoque de Deloitte se encontraba en la etapa de finalización de pruebas sustantivas, conclusiones de auditoria y revisión de borradores de informes de auditoría por parte de la Administración, para las compañías: CEFA Central Farmacéutica, S.A. y Farmacias EOS, S.A.. Nuestro trabajo fue concluido y la emisión definitiva de los informes se llevó a cabo el 7 de mayo de 2018."* (folio 104 del expediente de apelación). **7)** Que en el Análisis Técnico de las ofertas, contenido en el oficio No. DRPIS-UNC-JLA-988-04-2018 de fecha 16 de abril del 20108, la Unidad de Normalización y Control de la Dirección de Regulación de Productos de Interés Sanitario, determinó la siguiente evaluación en relación con la oferta presentado por la empresa Droguería Intermed S.A., en relación con el rubro: *"Variable / Experiencia de la empresa en la actividad de importación y distribución de drogas psicotrópicas o estupefacientes / Porcentaje 20% / % Obtenido 20%"* (Tomo VII, folio 01768 del expediente administrativo). **8)** Que en la oferta presentada por Droguería Intermed S.A. consta copia del Permiso Sanitario de Funcionamiento No. 13158 otorgado por el Ministerio de Salud (No. CS-ARS-HMR-5291-17), a favor de la oferente, para la actividad *"Droguería, producto humano, importar, almacenar y distribuir medicamentos, productos naturales, equipo médico-quirúrgico, artículos de higiene personal y cosméticos"*, para el local ubicado en San José, Cantón Central, Distrito Hospital, 250 mts oeste de los semáforos de la CIA. NUMAR, Barrio Corazón de Jesús, Clasificación Industrial CIIU

4772/4649, Tipo de Riesgo B, entre otros aspectos (Tomo IV, folio 01089 del expediente administrativo). **9)** Que en el oficio No. DRPIS-UNC-DVH-MTC-948-04-18 de fecha 10 de abril del 2018, la Unidad de Normalización y Control de la Dirección de Regulación de Productos de Interés Sanitario, acreditó el Informe de Inspección a la empresa Intermed S.A., en el cual puntualmente -entre otros aspectos- se indicó: *"(…) A continuación se presentan los resultados de la inspección de referencia, la cual se realizó el 6 de abril del 2018 (...) Dirección: Heredia, Ulloa, 600 metros norte de la Pepsi, Ofibodegas Barreal 2, filial 36 (…) Permiso Sanitario de Funcionamiento: No. 2471 otorgado el 29 de noviembre del 2017 con vigencia de 2 años para la actividad de "Droguería producto humano, importar, almacenar, distribuir, productos de calidad humana, equipo médico, quirúrgico, productos naturales, artículos de higiene personal y cosmético" con código CIIU 5210 y riesgo de tipo B."* (Tomo VII, folio 01773 del expediente administrativo).----------

II.- Sobre los incumplimientos alegados contra la oferta de la empresa apelante Droguería Intermed S.A. Cabe señalar que dentro del presente trámite recursivo el Consorcio adjudicatario **Cefa Comercial S.A.-Farmacias EOS S.A.** señaló una serie de cuestionamientos en contra de la oferta presentada por la empresa apelante, alegatos tendientes a cuestionar su elegibilidad en el concurso. Puntualmente se refiere a los siguientes aspectos: **a) Modalidad de participación.** Manifestó **el adjudicatario** que se puede visualizar en los Estados Financieros que la empresa Droguería Intermed S.A. (en adelante "Intermed") pertenece al Grupo Farmanova-Intermed GFI, S.A., es decir que se encuentra relacionada con otras empresas que no son oferentes en este concurso, en vez de constituir o conformar un consorcio, siendo éste precisamente reconocido en el ordenamiento jurídico para cuando dos o más empresas oferentes requieren reunir o completar requisitos del pliego cartelario, sino que la empresa participa individualmente, pero utilizando recursos de otras empresas para cumplir requisitos y dejando de presentar o revelar información sobre la capacidad financiera de esas otras empresas. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** manifestó que según lo solicitado por la Administración en el cartel, las empresas pueden participar tanto de manera individual aunque pertenezcan a un grupo de empresas, como pueden participar en consorcio con otras empresas que incluso no formen parte de su grupo empresarial. De esta manera, legalmente no se está obligado a participar en forma consorciada y bajo tal entendido su representada tomó la decisión de participar únicamente con la razón social Droguería Intermed S.A, ya que es la empresa idónea para cumplir con todos los aspectos y requerimientos de la presente licitación. La licitación da opción de participar individualmente o en consorcio, por lo

que queda a criterio de la empresa participante. **Criterio de la División.** Observa esta División que el alegato planteado versa exclusivamente sobre la modalidad en que la empresa recurrente presentó su oferta y la forma mediante la cual pretende cumplir ciertos requisitos de admisibilidad y evaluación. Al respecto, se tiene que el cartel de dispuso puntualmente lo siguiente: *"**II. GENERALIDADES Y CONDICIONES DEL SERVICIO A PRESTAR** / 6. Cuando dos o más oferentes quisieren ofertar en forma consorciada a fin de reunir o completar los requisitos de esta cartel , debe indicar en forma expresa el nombre , calidades, y representante de cada uno de ellos , aportando la documentación pertinente de respaldo certificada por un Contador Público Autorizado (C.P.A.) colegiado, y que una empresa podrá participar solamente en un consorcio para este concurso, además que los integrantes del consorcio demuestren las condiciones de capacidad y solvencia técnica y financiera para cada uno de sus miembros (ajustándose a las regulaciones correspondientes indicadas más adelante)."* (Tomo III, folios 01051 y 01052 del expediente administrativo). Sobre lo citado, observa esta División que si bien es cierto el cartel del concurso incluyó regulaciones relativas a la participación de empresas en forma consorciada, de una lectura integral del cartel se puede determinar que no se dispuso en el mismo, regulación alguna en términos afirmativos o negativos en cuanto a la participación de empresas bajo otras modalidades para presentar oferta, de manera que, no necesariamente las empresas oferentes hayan tenido que ofertar bajo esta modalidad, siendo esta decisión, propia del ámbito de negocio de cada oferente, la manera bajo la cual decide presentar su oferta, a excepción de que el cartel contenga regulaciones especificas en cuanto la participación. Bajo esta óptica y la lectura del cartel, lo que reclama el adjudicatario *-que la recurrente tenía que ofertar en consorcio por estar relacionada con otras empresas-* carece de fundamentación en el tanto no ha acreditado que la forma de ofertar de la recurrente *-de manera individual-* no sea viable, o no se ajusta al ordenamiento jurídico. En razón de lo expuesto, el alegato sobre el presente aspecto **se declara sin lugar**. **b) Procedimiento para mantener el stock.** Indica **el adjudicatario**, que para cumplir con el requisito de admisibilidad contenido en la cláusula III.10 del cartel relacionado con la obligación del potencial oferente de presentar un procedimiento para mantener el stock requerido por la Administración, la empresa Intermed utiliza el procedimiento de una empresa no oferente, pues corresponde al de GFI (Grupo Farmanova Intermed) y Farmacia Sucre. Considera que la recurrente no puede cumplir este requisito de admisibilidad, a través de otras empresas relacionadas que no son los oferentes en este concurso, por lo que la oferta sería inadmisible y no susceptible de ser evaluada, menos de resultar adjudicada. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le

otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** manifestó que Droguería Intermed S.A. es soportado por un Back Office empresarial el cual dentro de sus funciones principales es generar los manuales de calidad, procedimientos y de funciones para todas las empresas que forman parte de GFI y se estandarizan para un mejor control de los recursos y una mejora significativa en la calidad y eficiencia de los mismos. Específicamente, el pliego de la presente licitación solicita un procedimiento nuevo y que por la metodología no existía dentro de los manuales actuales, razón por la cual por instrucciones de Droguería Intermed S.A. se solicitó al Back Office generar el procedimiento. Dentro de los manuales de calidad está indicado que todos los procedimientos son elaborados por el Back Office, en este caso ingenieros del Operador Logístico que conocen del tema de almacenamiento e inventarios trabajaron dicho procedimiento de manera estandarizada y por esa razón salen con los logos de todas las compañías del grupo. Queda claro que la solicitud de Droguería Intermed S.A. a este Back Office es para solventar el requisito puntual que el Ministerio de Salud pidió en la licitación de Servicio de Distribución e Importación Drogas Estupefacientes. Adjunta el Manual de Calidad de GFI en el cual explica las relaciones del Back Office con cada compañía incluida Droguería Intermed S.A. Agrega que, en todo caso, el pliego de condiciones se limitó a requerir "*...la presentación de un procedimiento cuyas características deban considerar /os parámetros que seguidamente se citan, referentes al stock que debe mantener el adjudicatario en este cartel..."* sin requerir que tal procedimiento fuera de uso exclusivo del oferente, por lo cual carece de toda relevancia a los efectos del concurso, que el procedimiento sea estándar para todas las empresas que conforman el grupo de interés económico, un pues Droguería Intermed S.A. forma parte del mismo. **Criterio de la División.** Sobre este aspecto, el cartel de la contratación puntualmente dispuso: ***"I. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.*** *Requisitos que deben cumplir obligatoriamente los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes: f) Es indispensable que posea la capacidad económica y de almacenamiento seguro, de manera tal que pueda mantener un "stock" de seguridad mínimo de seis meses (explicado más adelante), de acuerdo al consumo histórico de drogas estupefacientes de los últimos tres años (Anexo No. 1), para no desabastecer al país de estos medicamentos que por sus características son de especial importancia. En el caso de fentanilo ampollas y morfina ampollas se debe mantener un "stock" de seguridad de mínimo doce meses, debido a que el trámite de compra de estos medicamentos es más complejo. /* ***II. GENERALIDADES Y CONDICIONES DEL SERVICIO A PRESTAR /*** *8. Como mínimo, la empresa adjudicataria, deberá mantener en existencia un stock de seis meses (detallado más adelante), de acuerdo al consumo histórico de drogas estupefacientes de los últimos tres años (Anexo No. 1). En el*

caso de fentanilo ampollas y morfina ampollas se debe mantener un stock de seguridad de mínimo de doce meses (detallado más adelante), debido a que el trámite de compra de estos dos medicamentos es más complejo; y con el fin de garantizar el abastecimiento oportuno de los siguientes productos, y de cualquier otra droga o forma farmacéutica que la Junta de Vigilancia de Drogas autorice:(...) / ***III. ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS /*** *Requisitos de admisibilidad que las ofertas de los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes deben cumplir son: (...) / 10. Para mantener el stock requerido por la entidad licitante, será obligatorio la presentación de un procedimiento cuyas características deben considerar los parámetros que seguidamente se citan, referentes al stock que debe mantener el adjudicado en este cartel: (...)"* (Tomo III, Folios 1049, 1052, 1054 del expediente administrativo). De lo citado se extrae, que el Ministerio de Salud requiere la contratación de una empresa que se encuentre en capacidad de mantener un stock de seguridad entre 6 y 12 meses dependiendo del medicamento, con el fin único de garantizar que no exista un desabastecimiento de las drogas y estupefacientes que se necesitan en el país. De esta forma, se visualiza que el cartel como requisito de admisibilidad estableció que el oferente debía presentar un "procedimiento de stock", con ciertas características. Con respecto a esto, reclama el Consorcio que la empresa Intermed presentó un procedimiento que no corresponde a su empresa sino al del grupo GFI (Grupo Farmanova Intermed), el cual no es oferente. Por su parte la recurrente, ha indicado que presentó un procedimiento de una de sus empresas "back office" para solventar el requisito pues el procedimiento que se solicita es nuevo y por la metodología no existía dentro de sus manuales actuales. Al respecto, la recurrente hizo referencia al Manual de Calidad de GFI donde, según indica se acreditan las relaciones Back Office y que contiene el procedimiento estándar para todas las empresas que conforman el grupo de interés económico, sobre el cual esta Contraloría no se referirá puntualmente por carecer de interés a efectos de lo que se resolverá en el caso. Además agregó la recurrente, que el requisito no era determinante al exigir que el procedimiento fuera de uso exclusivo del oferente. Sobre los alegatos planteados por las partes, considera esta División que si bien es cierto el cartel exigió como requisito de admisibilidad al oferente, presentar un procedimiento para mantener en stock, lo cierto es que el requisito fue atendido por la empresa adjudicataria en los términos explicados y no se visualiza en el cartel que se exigiera en forma precisa que dicho procedimiento tenía que ser de exclusiva autoría y propiedad del oferente, tal como lo pretende hacer ver el Consorcio adjudicado. En este sentido, bajo la óptica del cartel no se puede exigir en este caso que el procedimiento de stock, sea propiedad del oferente, pues la cláusula cartelaria lo que exigió fue la presentación de un procedimiento para mantener en

stock, sin que se regule de forma alguna, aspectos de propiedad o autoría sobre el documento. Así las cosas, considera esta División que el alegato en contra de la oferta de la recurrente, carece de fundamentación y pruebas necesarias para determinar fehacientemente que el procedimiento para mantener en stock debía ser de la autoría y propiedad del oferente, que no sea factible o viable jurídicamente que la Administración haya aceptado el requisito como lo acreditó la recurrente *-con una de las empresas "back office"-*, así como tampoco se ha desvirtuado en el caso que el procedimiento no se ajuste a las restantes condiciones exigidas en el cartel en los puntos 10-1 y 10-2. De esta forma el presente alegato **se declara sin lugar** en el tanto esta División no encuentra mérito para considerar la oferta inelegible por este aspecto. **c) Regente Farmacéutico Titular.** Manifiesta **el adjudicatario** que la cláusula I.k del cartel, establece el requisito a todo potencial oferente de contar con un regente farmacéutico titular, el profesional que a su vez sería sujeto de evaluación y puntuación. Así el recurrente presentó para tal puesto a la Dra. Amador Monge, respecto de quién se indica en la constancia aportada en oferta, que desempeña el puesto de Jefatura de Calidad y Asuntos Regulatorios en Distribuidora Droguería Intermed S.A. desde el 1 de diciembre del 2016, hasta la actualidad, sin embargo en la información que se adjunta del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, la señora aparece como Jefatura de Calidad del Grupo Farmanova Intermed, empresa que no es oferente en esta licitación. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** señaló que tanto a la fecha anterior a la de presentación de la oferta, así como a la fecha de sometimiento de la plica, y a la fecha actual la Dra. Amador está incluida dentro de la planilla de trabajadores correspondientes a Droguería lntermed. S.A. Adjunta copia de las planillas para los efectos correspondientes, por lo cual corresponde y es parte de los recursos humanos de la oferente. Menciona además, que para la Dra. Amador el nombre del puesto hoy es de Jefe de Calidad y Asuntos Regulatorios, aunque la firma digital especifica que su puesto es corporativo, la experiencia la adquiere a través de los años y se demuestra con el certificado de regencias expedido por el Colegio de Farmacéuticos (adjunta el análisis de las regencias de la Dra. Amador y el cuadro por regencia y el tiempo de experiencia en regencia de Droguerías, experiencia en el manejo de importación y distribución Estupefacientes y Psicotrópicos). Así considera que, el nombre del puesto engloba muchas funciones dentro de las cuales está la experiencia del manejo de drogas estupefacientes y psicotrópicos. **Criterio de la División.** Reclama puntualmente el Consorcio adjudicado que la profesional propuesta por el recurrente

como Regente Farmacéutico Titular *-la Dra. María Gabriela Amador Monge-* se desempeña como Jefatura de Calidad y Asuntos Regulatorios en la empresa Distribuidora Droguería Intermed S.A. desde el 1 de diciembre del 2016 hasta la actualidad y que esta empresa no es la oferente en este caso. Sobre este aspecto el cartel solicitó expresamente: ***"I. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.*** *Requisitos que deben cumplir obligatoriamente los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes: k) Contar con un regente farmacéutico titular con suficiente experiencia en el manejo de medicamentos psicotrópicos o estupefacientes, como responsable legal del manejo y la custodia de estas Drogas, así como de la elaboración de los informes al Ministerio de Salud. l) Contar con un regente farmacéutico suplente con suficiente experiencia en el manejo de medicamentos psicotrópicos o estupefacientes, que en caso de ausentarse el regente titular asuma la misma responsabilidad."* (lo subrayado no es del original, Tomo III, folio 1050 del expediente administrativo). Se extrae de lo citado, la obligación del oferente de contar con un profesional Regente Farmacéutico Titular y uno Suplente, pero lejos de esa lectura, no se puede pretender que dicho profesional necesariamente deba ser empleado de la empresa adjudicataria como lo alega el Consorcio adjudicado. Sin embargo, la empresa recurrente, para acreditar que efectivamente la profesional Dra. María Gabriela Amador Monge, presentó un Estudio de Salarios de la Caja Costarricense de Seguro Social (del periodo octubre 2016 a julio 2018), para acreditar que la profesional si labora para la empresa Droguería Intermed S.A. De esta forma, considera esta División que si bien el cartel expresamente no solicitó que dichos profesionales deben formar parte de la planilla de la empresa oferente, en este caso la recurrente Intermed, dejó acreditado que esta condición se cumple en su caso, razón por la cual no advierte esta División mérito alguno para considerar que la oferta de la empresa recurrente deba ser declarada inadmisible en el concurso. Por esta razón, el alegato planteado en el sobre este aspecto **se declara sin lugar,** por cuando no acreditó el Consorcio adjudicado que la condición de admisibilidad solo debía ser cumplida con personal que forme parte de la planilla de la empresa oferente. **d) Personal de apoyo.** Señala **el adjudicatario** que igual situación a la anterior, acontece en el caso de los miembros del personal de apoyo con el cual el recurrente ha pretendido que se le reconozca experiencia y puntuación. De esa forma, agrega que la señora Heidy Monge Badilla y el señor Gilbert Carballo Cordero desempeñan puestos Gerenciales de Logística y Operaciones en Distribuidora Farmanova S.A. desde el 1 de octubre del 2016 hasta la actualidad; el señor Naranjo Sibaja funge como Coordinador de Distribución de esa misma empresa desde el 1 de abril del 2016 hasta la actualidad y el señor Fonseca Amador, desempeña el puesto de Auxiliar de Bodega en Pharma Punto Net, desde el

1 de abril del 2017 hasta la actualidad. Considera que estas personas no son parte del personal del oferente, sino de otras empresas relacionadas con el recurrente, que no integran un Consorcio para reunir y completar requisitos. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** indicó que en las condiciones cartelarias no se indica de manera expresa que el personal de apoyo que sea ofrecido en la presente licitación, tiene que estar trabajando en la compañía que somete la oferta. Adicionalmente, debe considerarse que la actividad de importación y distribución de estupefacientes para el sector o mercado privado es realizada únicamente por CEFA, en virtud de la contratación anterior, contratación que se ha estado prorrogado en forma reiterada, en virtud de los atrasos en el presente procedimiento licitatorio, por lo cual solamente la hoy adjudicataria tiene personal de apoyo que labora actualmente y está por tanto generando experiencia en la actividad de importar y distribuir estupefacientes. Agrega que actualmente realiza la actividad de importación y distribución de psicotrópicos, y por tanto, cuenta con personal que realiza tal actividad para todas las sociedades que conforman el grupo de interés económico al que pertenece Droguería lntermed S.A. Dicho personal está altamente capacitado, y tiene una excelente experiencia en esta actividad, pero no todo está ni tiene que estarlo vinculado a la firma oferente, dado que el cartel permitió expresamente que se ofertara personal que actualmente no labora con la firma que somete la oferta- lo cual quedó explícito al indicar *"...Para demostrar la experiencia del personal de apoyo se deben aportar las certificaciones de experiencia de donde laboró o labora, extendidas por el patrono."* se entiende entonces que era factible ofertar personal que podía o no, estar vinculado con la firma oferente al momento de someter la oferta. Conforme a lo expuesto, lo que se presentó fue una lista de personal con experiencia en el manejo de importación y distribución de drogas estupefacientes que en caso de resultar adjudicados formarían parte de la planilla de Droguería lntermed S.A, y que por supuesto prestarían los servicios en función de la contratación de referencia, así parte del personal que no está en planilla de Droguería lntermed S.A. pasaría a integrarse a la planilla y para esto existe anuencia de cada uno de ellos de trasladarse de planilla patronal, incluso el cartel abre la posibilidad de haber ofrecido personal que no labore para ninguna de las empresas oferentes pero que cuente con la experiencia requerida y además este anuente a participar como colaborador eso si una vez adjudicado la empresa oferente. Adjunta cartas de anuencia de cambio de planilla de los colaboradores que no están asociados a planilla de Droguería lntermed, el resto del personal, sobre el cual no se aporta carta de anuencia, está

incluido en la planilla de Droguería Intermed S.A, antes, durante y posteriormente a la presentación de la plica. En este sentido, la valoración y puntuación que la Administración realizó, al considerar la experiencia de todo el personal ofrecido, es conforme a las disposiciones del Pliego de Condiciones y por tanto, es admisible y debe considerarse y puntuarse. **Criterio de la División.** En igual sentido que el punto anterior, reclama el Consorcio adjudicado que el personal de apoyo propuesto por la empresa recurrente no es de su empresa, razón por la cual no debe ser admitida ni evaluada en el concurso. Sobre este aspecto, el cartel dispuso puntualmente: ***"II. GENERALIDADES Y CONDICIONES DEL SERVICIO A PRESTAR /*** *9. El Personal que asigne la empresa adjudicada para prestar el servicio de venta de Drogas Estupefacientes debe contar con capacitación y entrenamiento en la importación y distribución de este tipo de productos."* (Tomo III, folio 1053 del expediente administrativo). De lo citado, observa esta División que ciertamente el cartel solicita que la empresa asigne el personal para prestar el servicio, pero de ninguna forma se desprende de lo citado que se establezca la obligación para el oferente de que este personal de apoyo deba formar parte de su planilla laboral. Bajo estos términos, se tiene que la empresa recurrente presentó información relativa a varios profesionales que laboran para algunas de las empresas "back office" y que manifiestan la voluntad de trasladarse a formar parte de la planilla de la empresa Droguería Intermed S.A. en caso de resultar favorecida en esta contratación, circunstancia que considera esta División innecesaria bajo la lectura misma del cartel, el cual no establece que el personal de apoyo deba ser a la fecha actual empleados de la empresa oferente, de manera que, de conformidad con el cartel no ha demostrado el Consorcio adjudicado que la oferta presentada por la recurrente *-por este aspecto-* deba ser declarada inadmisible en el concurso y con vista en el cartel esta División no encuentra mérito para que la condición tenga que ser cumplida bajo el argumento del adjudicado, razón por la cual el presente extremo **se declara sin lugar**. **e) Experiencia de la empresa en la actividad de Importación y Distribución de Drogas Psicotrópicas o Estupefacientes.** Agrega **el adjudicatario** que para evidenciar experiencia la recurrente presenta varios informes de movimientos de droguería, correspondientes al establecimiento Farmanova y el reporte DUAS tramitado por Distribuidora Farmanova S.A., y esta empresa no es el oferente. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** manifestó que la información que se adjunta como DUAS corresponde a un reporte general de parte del importador Transco S.A. donde aparecen varias compañías que no son Droguería lntermed así

como compañías como Farmanova las cuales importan drogas. Este reporte se puede obtener sobre un periodo de tiempo y comprueba que Droguería Intermed para el periodo hizo alguna importación de psicotrópicos. El adjudicatario se refiere solo una parte del reporte a su conveniencia puntualizando donde sale Farmanova pero no presenta el resto del reporte donde se evidencia que Droguería Intermed importó este tipo de medicamentos por lo que es incorrecto decir que presentamos información de experiencia solo de Farmanova para sumar experiencia. Entonces, para cada uno de los documentos que cuestiona EOS, se presenta como prueba el resto del reporte (DUA). De esta manera, se tiene así por acreditado que contrario a lo afirmado por el adjudicatario, la experiencia referenciada si corresponde a las actividades de importación y distribución de psicotrópicos realizadas por la oferente Intermed S.A. **Criterio de la División.** Sobre el presente alegato, debe tenerse en consideración que el mismo versa sobre el factor de evaluación relativo a la experiencia de la empresa. En este sentido, la valoración de experiencia constituye una ventaja comparativa entre las empresas oferentes, sobre la cual el oferente va a obtener una puntuación específica. Lo anterior, resulta de interés, pues no podría entenderse en este caso que la evaluación de experiencia constituye un requisito de admisibilidad cuyo incumplimiento necesariamente deriva en la exclusión de la oferta, contrario a esto, la consecuencia que se puede generar en el sistema de evaluación es la no puntuación o suficiente puntuación para resultar adjudicado. De este modo el cartel dispuso en el apartado VI. Elementos de Adjudicación y Metodología de Evaluación de las Ofertas, la siguiente variable: *"Experiencia de la empresa en la actividad de importación y distribución de drogas psicotrópicas o estupefacientes, 20%".* (Tomo III, folio 1060 del expediente administrativo). Por otro lado, consideró que en este rubro *"Se valorará con un porcentaje de un dos por ciento (2%) cada año de experiencia acumulada hasta un máximo de diez (10 años). / Si la empresa tiene más de 10 años de experiencia obtiene todo el porcentaje asignado a esta variable. La experiencia debe ser certificada por un abogado con base en documentos que hagan constar la actividad, tales como: facturas de importación, facturas de venta a farmacias o informes de movimiento enviados al Ministerio de Salud."* (Tomo III, folio 1061 del expediente administrativo). De frente a lo anterior, el argumento principal del Consorcio adjudicado radica sobre la información contenida en el reporte DUAS tramitado por la empresa Farmanova, la cual considera que no es la oferente este caso, pero se olvida la empresa que no basta con argumentar o tratar de poner en duda la acreditación de experiencia por parte de una empresa, sino que en este caso de frente al sistema de evaluación planteado debió desarrollar argumentos puntuales de cómo afectaría la circunstancia apuntada, en el puntaje que la empresa recurrente pudiera obtener, en el sentido

de desvirtuar la calificación obtenida o bien en el sentido de demostrar que no le corresponde ningún puntaje. Por su parte, la empresa recurrente ha suministrado información de los reportes DUAS referente a la empresa Droguería Intermed, para demostrar que la empresa si ha realizado importaciones, como respaldo de la experiencia que pretende acreditar, sobre la cual esta Contraloría no se refiere puntualmente, en vista de que el Consorcio adjudicatario no ha acreditado un argumento sólido que ponga en discusión la evaluación realizada a la empresa recurrente sobre esta variable de calificación y la puntuación de 20% obtenida por la empresa recurrente (hecho probado 7). Así las cosas, el argumento **se declara sin lugar,** en el tanto carece de la fundamentación adecuada y necesaria para desacreditar el puntaje obtenido por la empresa recurrente en este rubro de evaluación. En otras palabras, el argumento no es suficiente para demostrar que la empresa no le corresponde la experiencia que le fue reconocida. **f) Permiso de funcionamiento y registro como droguería emitido por el Ministerio de Salud.** Indica **el adjudicatario**, que el cartel solicitó en el punto III.6 requisito de admisibilidad, que los oferentes debían cumplir obligatoriamente con el permiso de funcionamiento por parte del Ministerio de Salud, de esta forma el recurrente presentó en la oferta el permiso No. 13158 correspondiente a instalaciones sitas en Barrio Corazón de Jesús de San José, sin embargo para efectos de inspección, evaluación y puntuación, en el expediente e Informe de Inspección para verificar el estado físico y la seguridad que posee el oferente, la empresa Intermed presentó un área que no está en uso, pues no hay productos almacenados, en unas instalaciones ubicadas en Barreal de Heredia, distintas a las indicadas en el permiso que consta en la oferta, es decir, no existe correlación entre el permiso presentado en la oferta para las instalaciones que tiene en uso y las instalaciones sin evidencia de uso que propuso para la inspección, no siendo dable tenerle por acreditado el cumplimiento de este requisito de admisibilidad. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** señaló que el cartel solicita el permiso de funcionamiento de la Droguería, no especifica si debe ser el de CEDI que brindará el servicio; sin embargo es un hecho histórico que fue validado en la visita al CEDI de Heredia por parte del Ministerio, que el día de la apertura Intermed estaba al día con el permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud en Heredia, lugar indicado para la importación y distribución de los Estupefacientes, y cuya autorización se emite a nombre de Droguería lntermed S.A, precisamente la firma oferente. El permiso actual se emitió el 29 de noviembre del 2017 y vence el 29 de noviembre del 2019. Por lo tanto es un hecho histórico el

que Droguería Intermed posee los registros de funcionamiento al día y vigentes antes de la apertura de las ofertas, tanto de Droguería, como el del CEDI que brindará el servicio. Adjunta certificados de funcionamiento como prueba. **Criterio de la División.** Puntualmente sobre este aspecto reclama el Consorcio adjudicado, que no existe correlación entre el Permiso Sanitario de Funcionamiento extendido por el Ministerio de Salud, el cual está en la oferta del recurrente y el manifestado en el Informe de Inspección que realizó el Ministerio donde se acreditan otras instalaciones que a su juicio no se ajustan a lo requerido. Al respecto, esta División considera que se tiene por demostrado que la empresa recurrente presentó en la oferta copia del Permiso Sanitario de Funcionamiento No. 13158 otorgado por el Ministerio de Salud (hecho probado 8), sobre el cual se funda el reclamo del Consorcio adjudicado. En este sentido, para esta División también está demostrado que en el Informe de Inspección que realizó la Administración, acreditó que la empresa recurrente cuenta con el Permiso Sanitario No. 2471, otorgado el 29 de noviembre del 2017 con una vigencia de dos años, entre otros aspectos, para la prestación del servicio (hecho probado 9). Ahora bien, sobre la presentación del Permiso Sanitario de Funcionamiento, el cartel estableció puntualmente: *"**I. ESPECIFICACIONES TECNICAS /** Requisitos que deben cumplir obligatoriamente los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes: a) Permiso de funcionamiento y registro como droguería ante el Ministerio de Salud. / **III. ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS /** Requisitos de admisibilidad que las ofertas de los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes deben cumplir son: (...) 6.Original o copia autenticada del permiso de funcionamiento y registro como droguería extendido por el Ministerio de Salud."* (Tomo III, folio 01049 y 01053 del expediente administrativo). Como se puede observar contar el respectivo Permiso Sanitario de Funcionamiento otorgado por el Ministerio de Salud, resulta un requisito indispensable para la prestación de los servicios a contratar, circunstancia que en el presente caso la Administración acreditó el cumplimiento de la empresa Droguería Intermed en el Informe de Inspección que realizado (hecho probado 9). De esta forma, sobre lo planteado por el adjudicatario, considera esta División necesario advertir que si bien en la oferta de la recurrente se aportó un Permiso Sanitario de Funcionamiento y en el Informe de Inspección se acreditó por parte de la Administración otro, -el cual tuvo por válido y cumpliente- (hechos probados 8 y 9), lo que reclama el consorcio adjudicado es una inconsistencia entre lo que está en la oferta y lo que se consignó en el Informe de Inspección, pero no ha desvirtuado el adjudicatario la existencia de esta habilitación legal otorgada por autoridad competente -el mismo Ministerio de Salud- al recurrente, lo cual si resulta necesario para la prestación del servicio a contratar. En ese sentido, ha sido el Ministerio

de Salud quien acreditó la existencia del Permiso Sanitario de Funcionamiento en el establecimiento sometido a inspección, sobre el cual según se dejó constancia en el Informe de Inspección -*entre otros aspectos*-, que se ubica en Heredia (hecho probado 9). Así las cosas, en virtud de que no se acreditó que la empresa recurrente no cuenta con la habilitación legal correspondiente en cuanto al inmueble en relación con el servicio a contratar, el alegato planteado carece de fundamentación y no da mérito para la exclusión de la oferta de la recurrente por este aspecto, de forma tal que se tiene constancia de que la empresa recurrente si cumplió con los requisitos exigidos sobre la presente condición. De conformidad con lo anterior, **se declara sin lugar** el alegato planteado en el presente extremo. **g) Objeto contractual.** Manifiesta **el adjudicatario** que el objeto de la contratación estableció: *"El servicio a prestar es de importación y distribución de Drogas Estupefacientes a consumidores diferentes de la Caja Costarricense de Seguro Social, debidamente registrados y autorizados por el Ministerio de Salud".* En relación con lo anterior, indica que la empresa Intermed, respondió y ofreció en la oferta *"Que el servicio a prestar es de importación y distribución de Drogas Estupefacientes a consumidores de la Caja Costarricense de Seguro Social, debidamente registrados y autorizados por el Ministerio de Salud",* con lo cual se apartó de requerimiento cartelario, de esa manera considera que el ofrecimiento de la empresa ni siquiera corresponde con el objeto requerido propiamente por la Administración licitante. **La Administración,** omitió referirse puntualmente a este aspecto, no obstante que esta División le otorgó audiencia especial a los efectos. **La recurrente** indicó que lo imputado corresponde es un aspecto subsanable, pues por error se dio la omisión de la palabra "diferentes", claramente corresponde a un error material de transcripción. **Criterio de la División:** En relación con el presente alegato se tiene que el Consorcio adjudicado, interpreta que la empresa recurrente no ofertó lo solicitado en virtud de que manifestó *"Que el servicio a prestar es de importación y distribución de Drogas Estupefacientes a consumidores de la Caja Costarricense de Seguro Social (...)",* siendo lo correcto que el servicio es para consumidores diferentes a los de la Caja Costarricense de Seguro Social. Al respecto, la empresa recurrente manifestó que se trata de un error material involuntario al no transcribir la palabra "diferentes". En este sentido observa esta División, que el alegato planteado por el adjudicatario, no se encuentra lo suficientemente fundamentado para poner en tela de duda la voluntad del recurrente en ofertar con exactitud el objeto correspondiente, de esta forma el argumento **se declara sin lugar**, pues a simple vista se puede determinar que efectivamente se trata de un error material contenido en la manifestación.

Así las cosas, **se declara sin lugar** el alegato planteado en el presente extremo, por falta de fundamentación y el desarrollo argumentativo por parte del adjudicatario para desvirtuar la voluntad del oferente Intermed, en cotizar los servicios objeto de la presente contratación.--------

III.-Sobre el incumplimiento alegado a la oferta adjudicada al Consorcio Cefa Comercial S.A.-Farmacias EOS S.A. Señala **la apelante** que el pliego de condiciones fue explícito en insistir que la evaluación de la capacidad financiara de las ofertas sería realizada con los estados financieros auditados y certificados por CPA correspondientes a los periodos fiscales 2016 y 2017, indistintamente de que se tratare de una persona jurídica con un periodo fiscal ordinario, o un periodo fiscal especial autorizado por la autoridad fiscal. Alega que su representada sometió oferta a la presente licitación aportando los estados financieros auditados correspondientes a los periodos 2016 y 2017, tal como requirió el cartel. Afirma que las firmas consorciadas CEFA Central Farmacéutica S.A y Farmacias EOS S.A., sometieron oferta al concurso de referencia, aportando sus estados financieros auditados en forma individual, correspondientes a los periodos 2015 y 2016, así como constancia de la Administración Tributaria en la que se acredita que ambas empresas cuentan con un periodo fiscal especial. Estima que si bien las empresas que conforman el consorcio cuentan con un periodo fiscal especial, con una fecha de cierre al 31 de diciembre de 2017, para la fecha de apertura de este concurso (14 de marzo de 2018) ya el periodo correspondiente al año 2017 estaba sobradamente concluido, por lo cual estaban obligadas a acatar lo exigido por la Administración licitante, es decir debieron presentar los estados financieros correspondientes a los periodos 2016 y 2017 debidamente auditados. Manifiesta que contrario a las bases del concurso el consorcio presentó junto con su oferta los estados financieros correspondientes a los periodos 2015 y 2016. Considera que permitir una evaluación financiera de los ofertes bajo parámetros distintos a aquellos que fueron expresamente exigidos por la Administración quebranta el principio de igualdad, pero sobre todo impide al Ministerio de Salud conocer la actual capacidad y condición financiera de dichas oferentes, aspecto que califica de medular importancia en esta contratación, al tratarse de un factor de evaluación o ponderación de ofertas que se le dotó con 25 puntos de 100, siendo incluso el de mayor peso porcentual de entre los incluidos en la metodología para comparar ofertas y seleccionar al futuro contratista. Indica que manifestó en sede administrativa que la Administración debía requerir la subsanación de dicho aspecto sin embargo el Ministerio omitió girar las correspondientes prevenciones para subsanar lo omitido a pesar de la insistencia de la apelante. Argumenta no entender cuál es la intención de la

Administración ante tan claras estipulaciones cartelarias, los analistas financieros sencillamente incumplen abiertamente el pliego, y desacatan lo ahí indicado sin justificación alguna. Expone que el recurso lo interpone con la intención de que se anule el acto de adjudicación y se ordene un nuevo análisis apegado al texto cartelario de manera que con sustento en el mismo, se evalúen a todos los oferentes bajo las misas reglas financieras en el tiempo, de forma que las evaluaciones se realicen con los estados financieros más recientes, los cuales, a la fecha, no hay razón para no haber finalizado los procesos de auditoria externa y por ende presentar los estados financieros auditados del último periodo fiscal terminado indistintamente de si se refiere a un periodo ordinario o a uno especial. **La adjudicataria** argumenta que efectivamente el cartel fue objeto de varias modificaciones, en las cuales la Administración finalmente no adaptó armónicamente algunas fechas aunque a su juicio siempre privaron varios conceptos necesarios de considerar para la justa resolución del caso que nos ocupa. Afirma que no sólo a lo largo de los años sino que actualmente cuentan con la capacidad económica para mantener dicho stock que requiere la Administración y que además, materialmente tienen ese stock dentro de su patrimonio. Considera importante tener presente la excepción a la regla en materia de periodos fiscales ordinarios (que comprenden del 1 de octubre de un año al 30 de setiembre del año siguiente) y que el cartel siempre reconoció la situación de empresas para las cuales la misma Dirección de Grandes Contribuyentes Nacionales del Ministerio de Hacienda ha habilitado un período fiscal natural o especial, no con cierre al 30 de setiembre de cada año, sino comprendiendo desde el 01 de enero al 31 de diciembre de cada año, con presentación de la declaración de renta hasta el 15 de marzo siguiente y que la Administración, luego de varias prórrogas, finalmente fijó la fecha de recepción y apertura de ofertas, para el día 14 de marzo del 2018. Argumenta que el cartel lo que solicitó, más que los estados financieros de los años 2015-2016 o 2016-2017, fue los estados financieros auditados de los últimos dos períodos fiscales terminados; y que a su juicio el hecho de que para esa fecha la apelante contara con sus estados financieros del 2017 ya auditados, no significa que sus empresas, que se rigen por periodo fiscal distinto, los tuvieren terminados, aprobados y auditados; pues como se comprenderá, para esa labor, razonablemente y conforme a las normas de esa materia y técnica, objetivamente, se requiere de varios meses después del cierre del período fiscal para concluirla. Señala que la compañía apelante, aprobó sus estados financieros del año 2017 hasta principios de marzo del 2018; es decir, al cabo de más de cinco meses del cierre de su período fiscal ordinario -e incluso, su aprobación final quedó sujeta a la aprobación de la

Asamblea de Accionistas, no siendo entonces razonable ni atendible el argumento de la apelante, según el cual, no hay razón para no haber finalizado los procesos de auditoría externa y por ende presentar los estados financieros auditados del último período fiscal terminado, indistintamente de si se refiere a un período ordinario o uno especial. Agrega que la misma Administración Tributaria les habilitó la presentación de la declaración de renta hasta el 15 de marzo del 2018, siendo esta información significativa que ha de contemplarse en la emisión y aprobación de sus estados financieros del 2017. Afirma que para el día 14 de marzo del 2018, teniendo que presentar declaración de renta hasta el 15 de marzo del 2018, sus empresas no contaban con estados financieros auditados del periodo fiscal 2017 por lo que califica de materialmente imposible presentarlos a la apertura y aporta a manera de prueba con una carta de la empresa auditora. Considera que nadie está obligado a realizar lo imposible por lo que ante las particularidades de la situación presentada con la fecha para recepción y apertura de ofertas y la fecha de presentación de la declaración de renta, integrado a los principios superiores de lógica, razonabilidad y justicia, sin que por eso sea dable imputarnos incumplimiento alguno; amén de que la Administración, en ningún momento, fundamentó la procedencia y posibilidad legal de exigir a los particulares someterse a normas de contabilidad del sector público; y desde el punto de vista esencial o sustancial, lo importante es que con la información y datos que presentamos de las empresas que integran nuestro Consorcio, la Administración pudo realizar los análisis financieros, demostrando así la capacidad y solvencia financiera de cada uno de los miembros del consorcio. Así como el apelante en su recurso estima que la referencia a los periodos 2015 y 2016 que existe en la cláusula 4.1.2 del cartel obedece a un error material, del mismo modo bien se puede considerar que, en tratándose de las empresas que tuvieran un período fiscal especial autorizado por la Dirección General de Tributación directa, se incurrió igualmente en error material al indicar 2016, 2017. Expone que dada la condición especial autorizada por el Estado costarricense a sus representadas, en la fecha de apertura de las ofertas, materialmente no podían presentar estados financieros del periodo 2017, no sólo porque no los teníamos, sino porque ni siquiera se habían emitido ni se encontraban debidamente auditados y terminados; y en este sentido sostenemos, que la regla cartelaria, no ha de aplicarse haciendo abstracción de la excepción por lo que no estaba obligada la Administración a girar prevenciones para subsanar lo que alega el apelante como omitido omitido en nuestra oferta, pretendiendo que se nos requiera por la vía de la subsanación, unos estados financieros que no estaban auditados al momento de la apertura de

oferta. **La Administración** por su parte no se refirió al presente aspecto del recurso de apelación a pesar del requerimiento expreso realizado por esta División. **Criterio de la División.** En el caso de análisis, se tiene por acreditado que el Ministerio de Salud promovió la Licitación Pública número 2016LN-000001-UPIMS para la contratación del *"Servicio de importación y distribución de drogas estupefacientes"* (hecho probado 1). Conforme se aprecia de las piezas del expediente administrativo, la empresa Droguería Intermed S.A. y el Consorcio Cefa-Farmacias EOS S.A. presentaron sus ofertas para este concurso (hecho probado 2), misma que resultó adjudicada a favor del Consorcio Cefa-Farmacias EOS S.A. (hecho probado 5). En primer término, alega la empresa apelante que el consorcio adjudicatario presentó junto con su oferta estados financieros auditados de los años 2015 y 2016 mientras que el cartel requería de los dos últimos periodos fiscales terminados, es decir 2016 y 2017, calificando lo anterior como un defecto grave pues se trata de un requisito de admisibilidad de las ofertas, mientras que el consorcio adjudicatario alega que su representada cuenta con un periodo fiscal especial. Siendo que la disconformidad del apelante se origina en un requisito cartelario, conviene remitir a lo indicado en el pliego de condiciones, que estableció el siguiente requisito de admisibilidad**:** *"(…) III. ADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS. Requisitos de admisibilidad que las ofertas de los potenciales oferentes para la importación y distribución de Drogas Estupefacientes deben cumplir son (…) 8) Copia certificada de los Estados Financieros auditados de los últimos dos periodos fiscales terminados (2016-2017) de acuerdo a la normativa vigente, debidamente auditado y certificado por un Contador Público Autorizado (C.P.A.) que presente la empresa oferente (…). 9. Las empresas que tuvieran un período fiscal especial autorizado por la Dirección General de Tributación Directa, adjuntando la respectiva certificación y podrán presentar los dos periodos fiscales de 2016, 2017 auditados al momento de la apertura de ofertas. (…)"* (folios 1053 y 1054 del expediente administrativo), lo que significa que la Administración definió en las bases del concurso que resultaba indispensable que los oferentes aportaran junto con sus ofertas copia certificada de los estados financieros auditados de los dos últimos periodos fiscales terminados de acuerdo a la normativa vigente aspecto que incluso hace referencia a las empresas que tuvieran un periodo fiscal especial autorizado por la autoridad tributaria a las cuales se le solicitan también los periodos fiscales 2016 y 2017 auditados al momento de la apertura de las ofertas. Es importante destacar que para la fecha de apertura de las ofertas que se llevó a cabo el día catorce de marzo de dos mil dieciocho (hecho probado 2), el consorcio adjudicatario presentó junto con su oferta los estados financieros auditados de las empresas que lo conforman, específicamente los relacionados con los periodos fiscales de los años 2014 al 2015 y 2016 (hecho probado 3), así como copia de los

oficios mediante los cuales el Ministerio de Hacienda les autorizó un periodo fiscal distinto al ordinario, que corre desde el 01 enero hasta el 31 de diciembre de cada año (hecho probado 4). Es por ello, que debe analizarse si efectivamente la adjudicataria se encontraba habilitada en los términos del cartel para presentar los estados financieros de los años que oportunamente presentó. Al respecto, se tiene que el requisito de admisibilidad de los estados financieros auditados fue requerido desde las bases del concurso, sin que hubiera sido objetado, por lo que el mismo se consolidó como de cumplimiento obligatorio para todas las partes. De esa forma, el requisito es de admisibilidad, para determinar precisamente que el oferente pueda contar con la idoneidad financiera, que posteriormente sería valorada con la medición de razones contemplada en las cláusulas VI inciso f) del cartel (folios 1062 al 1066 del expediente administrativo). En el este caso particular podemos concluir que se debe tener entonces por terminados los periodos fiscales los días 30 de setiembre de cada año en el caso de periodos fiscales ordinarios o bien el 31 de diciembre de cada año en el caso concreto de las empresas consorciadas para este concurso que cuentan con un periodo fiscal diferente debidamente autorizado por el Ministerio de Hacienda, contando posterior a esa terminación con un periodo de dos meses y quince días para presentar la declaración del impuesto sobre la renta y pagar el respectivo impuesto (hecho probado 4). Partiendo de lo anterior y teniendo como referencia que la fecha de apertura de las ofertas fue el 14 de marzo del año en curso (hecho probado 2) se entiende entonces que el requisito de admisibilidad es claro que los dos periodos fiscales terminados anteriores corresponde a los años 2016 y 2017, sin perder de vista que en razón del periodo fiscal distinto que le fue autorizado a las empresas que conforman el Consorcio adjudicatario terminó el 31 de diciembre de los años 2016 y 2017 y contaba una vez terminado ese periodo fiscal con un plazo de dos meses y quince días para presentar la declaración de renta. Sin embargo, según consta en el expediente administrativo y de apelación, los estados financieros aportados por el Consorcio corresponden a los períodos fiscales 2015 y 2016 (hecho probado No. 3), es decir no aportó el correspondiente al periodo fiscal terminado el 31 de diciembre de 2017, a pesar de que la fecha de la apertura de ofertas del presente concurso fue el día catorce de marzo del presente año (hecho probado No. 2) es decir dos meses y catorce días después de terminado su periodo fiscal autorizado. Al respecto, el apelante considera que le resultaba materialmente imposible aportar con su oferta los estados financieros del año 2017, para lo cual aporta como prueba documental, un oficio emitido por la empresa Deloitte en la que se acredita que para la fecha de la apertura las ofertas (14 de marzo

2018) dicha compañía asesora estaba trabajando la finalización de pruebas sustantivas, conclusiones de auditoria y revisión de borradores de informes de auditoría por parte de la administración, para las compañías: CEFA Central Farmacéutica, S.A. y Farmacias EOS, S.A. y que fue hasta el día 07 de mayo de 2018 que concluyó la auditoría (hecho probado 6). De lo expuesto se extrae que al momento de ofertar, la empresa apelante contaba con los estados financieros auditados del año 2016 los cuales aportó (hecho probado 3) y no contaba con los correspondientes al periodo 2017 también requeridos en el cartel, requerimiento que el mismo consorcio reconoce. En el caso, la justificación que ofrece el Consorcio adjudicatario es el argumento sobre una imposibilidad material, en tanto estaba trabajando en su declaración de renta y preparando los estados financieros, justificación que no se logró demostrar técnicamente, es decir, esta División tiene claridad en cuanto al periodo fiscal distinto autorizado por autoridad competente con que cuentan las empresas que conforman el consorcio adjudicatario (hecho probado 4), sin embargo los alegatos de defensa no encuentran sustento en la normativa o en la prueba aportada puesto que lo manifestado por la empresa auditora y que se aportó como prueba documental es que los mismos se encontraban trabajando en los estados financieros, mas no se refiere nunca a la imposibilidad material o desde el punto de vista técnico contable o de auditoría de poder presentar los estados financieros auditados correspondientes al año 2017 al momento de la apertura de las ofertas que fue dos meses y catorce días después de terminado su periodo fiscal. Diferente hubiese sido el caso, si junto con el recurso de apelación hubiese demostrado el adjudicatario, mediante prueba idónea, que con base en argumentos técnicos contables o financieros le era verdaderamente imposible contar con esos estados financieros auditados, pues bajo ese supuesto se tendría que tener por cumplido el requerimiento y declarar la admisibilidad de la oferta. De esa forma, bien pudo la empresa adjudicataria ejercer su deber de fundamentación aportando una certificación emitida por la empresa auditora Deloitte u otro profesional competente en la que acreditaran los motivos técnicos contables que hacían imposible cumplir el requerimiento cartelario al momento de la apertura de las ofertas o bien un criterio técnico emitido por el Colegio Profesional competente (Colegio de Contadores o Colegio de Ciencias Económicas) en el que se hubiese plasmado que la labor de auditoría de los estados financieros del año 2017 respecto de las empresas consorciadas requerían de un plazo mayor a los dos meses y catorce días una vez terminado su periodo fiscal, lo anterior amparado en las normas técnicas y jurídicas que rigen la materia contable, determinando con certeza que era

imposible técnicamente tenerlos preparados en ese lapso, sin embargo los alegatos planteados no fueron respaldados por la firma auditora sino que simplemente manifestó que a la fecha de apertura de las ofertas estaba trabajado en los estados financieros sin que de alguna forma manifestara las razones técnicas contables que le impedían tener listos los estados financieros auditados dos meses y catorce días después de terminado el periodo fiscal de sus auditadas. En este mismo sentido, también se podría haber considerado prueba idónea un criterio emitido por el Ministerio de Hacienda o la Dirección General de Tributación Directa, en el que se acreditara que el contar con un periodo fiscal diferenciado resulta impedimento para haber tenido debidamente auditados sus estados financieros del año 2017 para la fecha de apertura de las ofertas. Se desprende de la prueba aportada que los estados financieros auditados del año 2017 fueron finalizados el día 07 de mayo de dos mil dieciocho (hecho probado 6), sin embargo y a pesar de la oportunidad procesal que se le otorgó con la audiencia inicial, del día 16 de julio de dos mil dieciocho (dos meses y nueve días después de finalizados dichos estados financieros debidamente auditados), el consocio tampoco aportó los mismos en esta Sede. Lo anterior, resulta vital por cuanto por su naturaleza de hacer constar hechos inmodificables, los estados financieros pudieron haberse subsanado ante esta Contraloría General, en los términos de los artículos 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, sin embargo esto tampoco fue realizado por la empresa adjudicataria, ello a pesar de que el propio adjudicatario manifiesta tener claro que el cartel requirió claramente como requisito de admisibilidad los dos últimos periodos fiscales terminados, lo que a criterio de esta División y al amparo de la normativa vigente y lo indicado en el cartel corresponden a los años 2016 y 2017. En consecuencia, ante la falta de fundamentación por parte del consorcio adjudicatario, esta Contraloría General determina que lleva razón el apelante en cuanto a lo alegado, lo que conlleva a declarar la inelegibilidad de la oferta del Consorcio Cefa-Farmacias EOS S.A., por lo que corresponde entonces **declarar con lugar el recurso** en este aspecto, en consecuencia se **se anula el acto de adjudicación** recaído a su favor.----------

IV.-**Sobre los restantes argumentos**: De conformidad con la forma en que se ha resuelto el presente recurso, resulta innecesario referirse a los otros argumentos que realiza el apelante en contra de supuestos incumplimientos de la empresa adjudicataria y el adjudicatario en contra del apelante, ya que según se ha resuelto se desvirtúa por completo cualquier posibilidad de un mejor derecho a la readjudicación. Así las cosas conforme lo dispone el artículo 191, párrafo

final del RLCA, no resulta procedente referirse a los otros argumentos de la empresa recurrente ni a los del consorcio adjudicatario.----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 4, 85 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 51, 81 182 y siguientes de su Reglamento, se resuelve: **1) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por interpuesto por la empresa **DROGUERIA INTERMED S.A.,** en contra del acto del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2016LN-000001-UPIMS**, promovida por el **MINISTERIO DE SALUD**, para la contratación del *"Servicio de Importación y Distribución de Drogas Estupefacientes"*, acto de adjudicación recaído a favor del **CONSORCIO CEFA COMERCIAL S.A.-FARMACIAS EOS S.A.**, proceso de cuantía inestimable**, acto el cual se anula. 2)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.----------

NOTIFÍQUESE.----------

ORIGINAL FIRMADO

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
DIVISION DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
SAN JOSE - COSTA RICA

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

ORIGINAL FIRMADO

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y redacción: Rebeca Bejarano Ramírez, Fiscalizadora Asociada y David Venegas Rojas, Fiscalizador

RBR/DVR/chc
NI: 16693, 16697, 16698, 16913, 17289, 17403, 17706, 18314, 19576, 19624, 20944, 21138, 21685, 21719, 22500, 22530, 23217, 23218, 23310, 23326
NN: 13076 (DCA-3284)
G: 2016001901-13