



R-DCA-00901-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las siete horas con cincuenta y seis minutos del diecisiete de agosto del dos mil veintiuno.-----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por **PRAXAIR COSTA RICA S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000017-2101**, promovida por el **HOSPITAL DR. RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA**, para suministro de gases medicinales, industriales, mantenimiento preventivo y correctivo para tanque criogénico, repuestos y accesorios para sistema de tanques de gases medicinales, acto recaído a favor de **TRIGAS S. A.**, bajo la modalidad de entrega según demanda.-----

RESULTANDO

I. Que el diecisiete de junio de dos mil veintiuno la empresa Praxair Costa Rica S.A. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de apelación en contra del acto de adjudicación de la licitación pública No. 2019LN-000017-2101, promovida por el Hospital Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas treinta y ocho minutos del veintiuno de junio de dos mil veintiuno, esta División requirió a la Administración licitante la remisión del expediente administrativo. Dicha prevención fue atendida mediante oficio No. SCA-0922-06-2021 del veintitrés de junio de dos mil veintiuno, mediante el cual se remitió el expediente digitalizado del concurso.-----

III. Que mediante auto de las siete horas con treinta y un minutos del primero de julio de dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia inicial a la Administración licitante y a la empresa adjudicataria con el objeto de que manifestaran por escrito lo que a bien tuvieran con respecto a los alegatos formulados por el apelante, y para que ofrecieran las pruebas que consideraran oportunas. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

IV. Que mediante auto de las once horas con treinta y un minutos del veintisiete de julio de dos mil veintiuno, esta División confirió audiencia especial a la empresa apelante para que se refiriera a las argumentaciones que en contra de su oferta realizó la empresa adjudicataria al momento de contestar la audiencia inicial. Asimismo, se confirió audiencia especial a la empresa apelante y a la empresa adjudicataria para que se refirieran a las manifestaciones de la Administración

plasmadas en el oficio No. SCA-1004-07-2021 del 15 de julio de 2021, en atención a la audiencia inicial conferida; específicamente sobre el punto titulado: “En el Recurso de Apelación, referente al punto 2.1.3 la Empresa PRAXAIR Costa Rica S.A indica que: “Trigas S.A. no posee el Registro Sanitario legalmente requerido para los ítems 1, 10, 12, 13 y 30...”. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos incorporados al expediente de la apelación.-----

V. Que de conformidad con lo establecido en el artículo ciento noventa del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se consideró que no era necesario otorgar audiencia final a las partes, en vista de que durante el trámite del recurso se tenían todos los elementos necesarios para su resolución.-----

VI. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.-----

CONSIDERANDO

I. **HECHOS PROBADOS:** Para emitir la presente resolución, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que la apertura de las ofertas se llevó a cabo el día 13 de mayo de 2020 (folio 1475 del expediente administrativo). **2)** Que la empresa Praxair de Costa Rica S.A., presentó lo siguiente:



CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL
HOSPITAL DR. RAFAEL ANGEL CALDERON GUARDIA
RECIBO DE GARANTIA
 (Comprobante)

000450 PARTICIPACION
 N° 11666 CUMPLIMIENTO

DIA	MES	AÑO	Nombre o razón social del Depositante	Código Proveedor	No. Licitación
12	05	2020	PRAXIAR COSTA RICA S.A	12246	2019LN-000017-2101
Monto		Valor en Letra CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE COLONES CON 70/100.			No Orden de Compra
¢ 5.570.419,70					
TIPO DE GARANTIA		N° CUENTA	TIPO DE GARANTIA		N° CUENTA
1	<input type="checkbox"/> Bonos (Registrar numeración)	700-05-01	6	<input type="checkbox"/> Depósito a plazo	700-05-01
2	<input type="checkbox"/> Dinero efectivo	320-14-01	7	<input checked="" type="checkbox"/> Carta bancaria	
3	<input type="checkbox"/> Cheques certificados	320-14-01	8	<input type="checkbox"/> Certificado INS	
4	<input type="checkbox"/> Cheques de Gerencia	320-14-01	9	<input type="checkbox"/>	
DETALLE DEL DEPOSITO					
SE RECIBE ENMIENDA CARTA BANCARIA NUMERO 004246418 DEL BANCO BAC SAN JOSE S.A CON VIGENCIA QUE VA DEL 10/09/2020 AL 13/05/2021, COMO AMPLIACION A LA VIGENCIA DE LA GARANTIA DE PARTICIPACION PARA LA LICITACION PUBLICA NACIONAL 2019LN-000017-2101 POR CONCEPTO DE "SUMINISTRO DE GASES MEDICINALES INDUSTRIALES, MANTENIMIENTO REVENTIVO CORRECTIVO PARA TANQUE CRIOGENICOS, REPUESTOS Y				 * 12 MAYO 2020 * Sello Cajero RECIBIDO	
ACCESORIOS PARA SISTEMA DE TANQUE DE GASES MEDICINALES. Jefatura o Encargado				Firma Cajero	
CEDULA JURIDICA 3-101-063829-2101		ROJAS CORDOBA WALTER			

ORIGINAL: Interesado - DUPLICADO Estado de caja - TRIPLE: Interesado, Sistema de Crédito
 CUADRIPPLICADO: Contabilidad - QUINTUPLICADO Y SEIS: Una Comisión Adquisiciones

2000264



000451

007780

Banco BAC San José S.A.

ENMIENDA

VALE POR: CRC 5,570,419.70

FECHA: 7 MAYO, 2020

SEÑORES
C.C.S.S HOSPITAL CALDERON GUARDIA
PRESENTE

REF.: GTIA DE PARTICIPACION No. 004246418
LICITACION 2019LN-000017-2101

ESTIMADOS SEÑORES:

POR MEDIO DE LA PRESENTE EL BANCO BAC SAN JOSE S.A., MODIFICA LOS
TERMINOS DE LA GARANTIA ANOTADA EN LA REFERENCIA CONFORME SE
ESPECIFICA A CONTINUACION:

VENCIMIENTO ANTERIOR 10 SETIEMBRE, 2020

NUEVO VENCIMIENTO 13 MAYO, 2021

QUEDA ENTENDIDO QUE EL BANCO BAC SAN JOSE S.A., ASUME IRREVOCABLEMENTE
E INCONDICIONALMENTE LA RESPONSABILIDAD INHERENTE A LAS OBLIGACIONES DE
PRAXAIR COSTA RICA S.A. UNICAMENTE POR EL MONTO ESPECIFICADO DE CRC
5,570,419.70 (CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS
DIECINUEVE COLONES CON 70/100) Y HASTA LA FECHA DE VENCIMIENTO.

DEMAS TERMINOS Y CONDICIONES QUEDAN IGUAL.

ATENTAMENTE,


FIRMA AUTORIZADA

(folios 450 y 451 del expediente administrativo). **3)** Que mediante nota sin número del 02 de junio de 2020, la empresa Praxair de Costa Rica S.A. señaló lo siguiente: "Praxair presentó oferta en el concurso de referencia y como parte de los requisitos cartelarios adjuntó a esta la enmienda a la garantía de participación, misma que fue debidamente recibida con el comprobante No. 11666 en fecha 12 de mayo de 2020, fijada para la apertura de las ofertas. Debe tener presente la administración, que el documento de enmienda que se aportó con la oferta, en realidad contiene todos los elementos esenciales de la garantía: plazo, monto, beneficiario. Esto quiere decir, no existe elementos de indefinición para la administración, ya que los términos que prevalecen, son precisamente lo de la enmienda. / La enmienda a la garantía de participación que se entregó corresponde a la ampliación de la vigencia del plazo de la garantía de participación en virtud del

cambio de fecha para la apertura, y el requisito cartelario de que esta debe ser rendida por el mismo plazo de la vigencia de precios. / Esta subsanación de oficio es posible de conformidad con lo establecido por los artículos 80 y 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), los cuales expresan que la subsanación de una omisión –como la ocurrida- resulta posible en el tanto su corrección no varíe elementos esenciales de la oferta tales como características fundamentales de los bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega, las garantías de los productos o implique una ventaja indebida para el oferente; ninguna de estas condiciones se dan con la entrega en este acto de la garantía de participación principal, por lo que es factible de subsanación, además en atención a los principios de eficiencia y conservación de las ofertas establecidos en el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa y artículo 2 del RLCA. / Asimismo, de conformidad con lo dicho por el artículo 81.i) del RLCA, es posible subsanar aquellos documentos necesarios para probar la veracidad de hechos acaecidos antes de la apertura de ofertas como ocurre en este caso, al ser evidente que existía la garantía de participación principal antes de la apertura de las ofertas al haberse entregado al momento de esta la enmienda respectiva; lo accesorio sigue lo principal, no puede existir una enmienda si no existe previamente lo que debe ser enmendado. [...] Conforme a lo indicado, se solicita tener por subsanada la presentación de la garantía de participación principal, al haberse aportado juntamente con la oferta la enmienda a este, no tratarse de un aspecto esencial de la oferta, no generarse una ventaja indebida para el oferente y por tratarse de un hecho histórico.” (folios 1501 a 1503 del expediente administrativo). **3.1)** Que junto con la referida nota, aportó lo siguiente:

SEGURO SOCIAL
CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL
HOSPITAL DR. RAFAEL ANGEL CALDERON GUARDIA
RECIBO DE GARANTIA
 (Comprobante) **N° 11706** PARTIAL CUMPLIMIL ^{TNTO}

DIA	MES	AÑO	Nombre o razón social del Depositante	Código Proveedor	No. Licitación
03	06	2020	PRAXIAR COSTA RICA S.A	12246	2019LN-000017-2101
Monto		Valor en Letra		No Orden de Compra	
₡ 5.570.419,70		CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE COLONES CON 70/100.			
TIPO DE GARANTIA		N° CUENTA	TIPO DE GARANTIA		N° CUENTA
1	<input type="checkbox"/> Bonos (Registrar numeración)	700-05-01	6	<input type="checkbox"/> Depósito a plazo	700-05-01
2	<input type="checkbox"/> Dinero efectivo	320-14-01	7	<input checked="" type="checkbox"/> Carta bancaria	
3	<input type="checkbox"/> Cheques certificados	320-14-01	8	<input type="checkbox"/> Certificado INS	
4	<input type="checkbox"/> Cheques de Gerencia	320-14-01	9	<input type="checkbox"/>	
DETALLE DEL DEPOSITO					
SE RECIBE CARTA BANCARIA NUMERO 004246418 DEL BANCO BAC SAN JOSE S.A CON VIGENCIA QUE VA DEL 10/02/2020 AL 10/09/2020 COMO GARANTIA DE PARTICIPACION PARA LA LICITACION PUBLICA NACIONAL 2019LN-000017-2101 POR CONCEPTO DE "SUMINISTRO DE GASES MEDICINALES INDUSTRIALES, MANTENIMIENTO PREVENTIVO CORRECTIVO PARA TANQUE CRIOGENICOS, REPUESTOS Y ACCESORIOS PARA SISTEMA DE TANQUE DE GASES MEDICINALES.					
Caja Juridica 3-461-663820		Confeccionado por		Vo. Bo. Jefatura o Encargado	
2101		ROJAS CORDOBA WALTER		Firma Cajero	

ORIGINAL: Interesado - DUPLICADO: Estado de caja - TERCER COPIA: Sección Sistema de Crédito - CUADRUPULICADO: Contabilidad - QUINTUPLICADO Y SEPTUPLICADO: Adquisiciones

2000304



0076149

Banco BAC San José S.A.

001507

GARANTIA DE PARTICIPACION

VALE POR: CRC 5,570,419.70

FECHA: 29 ENERO, 2020

SEÑORES
C.C.S.S HOSPITAL CALDERON GUARDIA
ESTIMADOS SEÑORES:

SIRVANSE TOMAR NOTA DE QUE HEMOS ESTABLECIDO A FAVOR DE USTEDES UNA GARANTIA DE PAGO IRREVOCABLE SEGUN DETALLE:
NUESTRO NUMERO: 004246418
POR ORDEN DE: PRAXAIR COSTA RICA S.A.
POR CUENTA DE: PRAXAIR COSTA RICA S.A.
A FAVOR DE: C.C.S.S HOSPITAL CALDERON GUARDIA
POR VALOR DE: CRC 5,570,419.70 (CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CUATROCIENTOS DIECINUEVE COLONES CON 70/100)
UTILIZABLE DESDE EL 10 FEBRERO, 2020 HASTA EL CIERRE DE OPERACIONES DE ESTE BANCO EN SUS OFICINAS DE SAN JOSE, EL DIA 10 SETIEMBRE, 2020 GARANTIZANDO LA PARTICIPACION DE PRAXAIR COSTA RICA S.A. EN LA LICITACION 2019LN-000017-2101 PARA GASES MEDICINALES.

ESTA GARANTIA DE PARTICIPACION ES INCONDICIONAL Y LA HAREMOS EFECTIVA DE INMEDIATO, ANTE EL SIMPLE REQUERIMIENTO DE USTEDES, POR EL MONTO INDICADO, SIN SIQUIERA CUESTIONAR LOS MOTIVOS DE SU DECISION DE COBRARLA. ES CONDICION INDISPENSABLE PARA HACER EFECTIVA ESTA GARANTIA LA PRESENTACION DE ESTE DOCUMENTO. EL COBRO DE ESTA GARANTIA DEBE SER HECHO POR USTEDES EN UNA DECLARACION, DIRIGIDA POR USTEDES A BANCO BAC SAN JOSE, S.A. EXPONIENDO LAS RAZONES POR LAS CUALES HACEN EFECTIVA LA GARANTIA.

BANCO BAC SAN JOSE S.A. NO ASUME RESPONSABILIDAD NI COMPROMISO ALGUNO POR LA VERACIDAD DE DICHAS RAZONES QUE PARA HACER EFECTIVA ESTA GARANTIA EXPONGAN USTEDES EN LA DECLARACION MENCIONADA EN ESTE PARRAFO, NI SE OBLIGA A INTERVENIR EN INSPECCIONES NI EN VERIFICACIONES. EN CONSECUENCIA, BANCO BAC SAN JOSE, S.A., SE LIMITARA A EFECTUAR EL PAGO DE LA SUMA QUE USTEDES COBREN EN LAS CONDICIONES EXPRESADAS DENTRO DEL PLAZO DE VALIDEZ DE ESTA GARANTIA. SI AL VENCIMIENTO DE LA GARANTIA, ESTA NO HA SIDO HECHA EFECTIVA SU VALIDEZ CADUCA AUTOMATICAMENTE Y BANCO BAC SAN JOSE, S.A. QUEDARA DESLIGADO DE TODO COMPROMISO O RESPONSABILIDAD, NO SOLO PARA LO FUTURO, SINO TAMBIEN EN LO REFERENTE A HECHOS OCURRIDOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTA GARANTIA.

ATENTAMENTE,


FIRMA AUTORIZADA

(folios 1506 y 1507 del expediente administrativo). 4) Que en el documento titulado “**Hoja de Análisis**” de la Administración licitante, respecto de la empresa Praxair de Costa Rica S.A., se indicó lo siguiente: “Se observa en folios 000450 y 000451 enmienda a la garantía de participación con fecha del 10/02/2020 al 13/05/2020, sin embargo no se encuentra en el expediente de compra la garantía de participación inicial requerida para esta compra, tal como se solicita en folio 000454 del cartel de marras, así como en el punto 6.1 de las Condiciones Específicas para adquirir bienes servicios y obra, del Hospital Dr. R.A. Calderón Guardia, visible a folio 000502 del pliego de condiciones cartelarias, el cual indica: “La garantía debe ser rendida por un plazo igual a la vigencia de precios solicitada en el cartel.” / Dado que no se encontró la garantía en el expediente

de compra, ni en el Sistema Sipca, se intenta conversar telefónicamente con la señora Alexa Quirós representante de la empresa el día 01 de junio de 2020, ante la imposibilidad de ser atendida en el referido número se envía correo electrónico (folio 001484), solicitando copias de las garantías presentadas para este concurso. La señora Quirós devuelve la llamada al ser las 3:30 p.m. manifestando que enviará las copias solicitadas. / Así las cosas y siendo que la empresa no aporta la garantía requerida antes de la fecha de apertura de la compra, la cual se efectuó el día 13 de mayo de 2020, y dado que otro proveedor cumple con este y los demás requisitos administrativos, lo que procede es descalificar administrativamente esta oferta. / Así mismo (sic), el día 02 de junio de 2020, esta Sub Área de Contratación Administrativa recibe oficio sin número de consecutivo y visible a folios del 001501 al 01505, donde además aportar garantía de participación número 004246418 mediante recibo No. 11706 (folios 001506 y 001507), la cual tiene fecha de vigencia del 10/02/2020 al 10/09/2020. Los días de vigencia de esta garantía siendo que la fecha de apertura corresponde al 13 de mayo de 2020, son 86 días, lo que arroja como resultado un 57.33% del 100% requerido, que corresponde a 150 días, plazo igual a la vigencia de precios. / Por su parte, el artículo 80 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece en su párrafo segundo que: “Se considerará que un error u omisión es subsanable o insustancial, cuando su corrección no implique una variación en los elementos esenciales de la oferta, tales como las características fundamentales de las obras, bienes o servicios ofrecidos, el precio, los plazos de entrega o las garantías de los productos, o bien, coloque al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida”. / De igual forma el artículo 81 inciso f) SUBSANABLES del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, al respecto indica: “f) El plazo de vigencia de la oferta, siempre que no se haya ofrecido por menos del 80% del plazo fijado en el cartel”. / Por tanto: En virtud de lo anterior, y siendo que la empresa no aporta la garantía requerida antes de la fecha de apertura de la compra la cual corresponde al 13 de mayo de 2020, y que aunque existiera la posibilidad alguna de aceptar la garantía presentada el 02 de junio de 2020, la misma no cubre el mínimo de 80% requerido para ser subsanado este requisito, aunado a que otro proveedor cumple con este y los demás requisitos administrativos, se procede a descalificar administrativamente esta oferta.” (folios 1519 a 1521 del expediente administrativo). **5)** Que en el oficio No. HCG-AGIM-1601-06-2020 del 29 de junio de 2020, cuyo asunto es “**Recomendación Técnica**”, la Administración consignó lo siguiente: “Para el presente concurso participaron dos empresas, de las cuales la **Oferta 1** empresa TRIGAS S.A. y la **Oferta 2** empresa PRAXAIR S.A. de las cuales queda descalificada administrativamente, de acuerdo con el análisis administrativo visible en los folios 1516 al 1552, la empresa PRAXAIR, por lo que

se le ha realizado el análisis técnico a la Oferta 1 y los ítems del 01 al 31. / La empresa TRIGAS S.A. **para ítems 01 al 31**, si cumple con 137 de las 137 especificaciones técnicas solicitadas.” (folios 1652 al 1681 del expediente administrativo). **6)** Que en el documento titulado “**Acta Administrativa / Ampliación Análisis Administrativo**”, la Administración expuso lo siguiente: “[...] debido a que el proveedor Praxair S.A., no presentó anterior al acto de apertura la garantía participación requerida en esta contratación, y siendo que la misma constituye un requisito de admisibilidad, aunado a que otra empresa posible adjudicataria en este concurso rindió la garantía de participación y cumplió con todos los requisitos administrativos, la oferta presentada por Praxair S.A., se descalificó administrativamente.” (folios 1796 y 1797 del expediente administrativo).-----

II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL RECORRENTE: 1) Sobre la garantía de participación. La adjudicataria manifiesta que entre los elementos esenciales que un oferente debe cumplir cuando el cartel así lo exija, es la garantía de participación, situación que se encuentra debidamente fundamentada en los artículos 33 de la Ley de Contratación Administrativa y 37 de su reglamento. Indica que en el caso concreto, la Administración consideró esencial que los oferentes asegurasen su participación a través de una garantía de participación, especialmente por la naturaleza de la contratación, cuya seriedad de las ofertas debía asegurarse por estar involucrada la salud de los asegurados. Agrega que pese a las diversas modificaciones efectuadas al cartel, la necesidad y oportunidad de inclusión y aporte de una garantía de participación se mantuvo incólume en la versión última del cartel. Detalla que se requirió una vigencia mínima de 150 días hábiles, a partir de la apertura de las ofertas. Expone que en caso de indicarse una vigencia cuyo plazo empiece a correr antes de la fecha de apertura, se contabiliza a partir del día de la apertura, quedando sin efecto los días anteriores. Indica que tan trascendental es la garantía, que solo existen dos supuestos en los cuales se puede subsanar: cuando el monto cubra al menos un 80% del monto establecido en el cartel, cuando su vigencia cubra al menos un 80% de la vigencia indicada en el cartel. Señala que fuera de esos dos supuestos, no es posible subsanar una garantía de participación, siendo su falta de presentación en tiempo y forma una causal de descalificación inmediata del oferente. Considera que la afirmación del recurrente en el sentido de que se presentó una garantía con errores subsanables, es falsa y busca confundir a la Administración y al órgano contralor, toda vez que el recurrente no presentó su garantía al momento de la apertura de la licitación. Detalla que en el folio 450 del expediente administrativo se recibe un documento denominado enmienda a la carta bancaria del 10/09/2020 al 13/05/2021 y previo a esa fecha no consta el documento principal de la garantía de participación. Afirma que

ese documento no abarcaba el plazo inicial de la contratación, ya que dejaba desprotegida a la Administración desde el 13 de mayo de 2020 y hasta el 10 de setiembre de 2020. Continúa diciendo que en el folio 451 el BAC modifica los términos de la garantía anotada en la referencia, estableciendo un nuevo vencimiento al 13 de mayo de 2021. Señala que únicamente se efectúa una extensión, pero sigue sin cubrirse el plazo inicial de la contratación, así como tampoco se ha aportado documento denominado garantía principal. Manifiesta que en el folio 534 se da la apertura de ofertas según publicación en el diario oficial La Gaceta No. 74 del 08 de abril de 2020. Afirma que en los folios 991-1474 se observa la documentación técnica y legal, sin que se observe recibo principal ni enmienda. Expone que en los folios 959-975 se registra la oferta base de Praxair y en la misma no hay evidencia de haberse incorporado o incluido un documento que pueda ser calificado como una garantía de participación principal. Menciona que en los folios 976-990 consta la oferta alternativa de Praxair y reitera que solamente se observa la enmienda. Indica que en los folios 1501-1503 se aporta una nueva enmienda, con la cual se ampliaba el plazo de la garantía principal de participación. Expone que en los folios 1506-1507, en fecha 03 de junio de 2020, finalmente, se aporta recibo principal de la garantía por parte del Hospital. Agrega que se aporta un documento con fecha 29 de enero de 2020, emitido por el BAC, en donde se indica se establecían los términos para utilizar la garantía de participación. Indica que hasta 23 días después de la apertura de ofertas se tiene esa información. Estima que llama la atención que Praxair, en su recurso, no aportó una copia de la garantía principal con sello de recibido de fecha anterior a la apertura de las ofertas. Señala que en los folios 1520-1521 la Administración indica que no encontró la garantía de participación principal en el expediente. Afirma que al analizar la garantía principal presentada, se nota que solamente tiene una vigencia del 10/02/2020 al 10/09/2020, por lo que sólo cubre un 57.33% del plazo y no es subsanable. Manifiesta que no consta en el expediente que el documento de garantía principal hubiese estado en poder de la Administración antes de la apertura de 13 de mayo de 2020 y de todas formas al vencer el 10 de setiembre de 2020, tenía solo un 57.33% del plazo de vigencia, siendo insuficiente para aplicar la subsanación. Explica que la Administración no podía ejecutar la garantía porque el documento enmienda iniciaba el 10 de setiembre de 2020, es decir, que no se podía ejecutar hasta esa fecha, lo que dejaba a la Administración desprotegida y además no se podía ejecutar la garantía principal porque se tuvo en poder hasta el 03 de junio de 2020 y se requería la presentación de la original. Reitera que el Hospital no podía ejecutar una garantía que no tenía en su poder. Manifiesta que el recurrente no acredita que la garantía principal fuera presentada antes del 13 de mayo de 2020 y que ésta pudiera ser ejecutable por la Administración. Menciona que el recurrente se contradice,

toda vez que el mismo documento del BAC indica que para la ejecución es indispensable el aportar o contar con el documento original principal. Cita la resolución R-DAGJ-573-2004, en la que se desaprueba una acción idéntica a la que el recurrente hizo. Afirma que a efectos de verificar la ejecución de la enmienda de una garantía de participación, necesariamente debe comprobarse la literalidad de las condiciones de la garantía original y determinar si existe alguna limitación. Considera que el documento de garantía original echa por tierra la defensa del recurrente, cuando literalmente indica que la condición de presentar ese documento original. Indica que la recurrente no tiene legitimación por la nula presentación de una garantía de participación. La apelante señala que la garantía de participación correspondiente a la presente licitación, fue debidamente emitida por el Banco BAC para la licitación de marras en fecha 29 de enero de 2020, con una vigencia inicial del 10 de febrero de 2020, hasta el 10 de setiembre de 2020. Manifiesta que siendo que la fecha de apertura de ofertas se trasladó para el 13 de mayo de 2020, la garantía de participación ya habría descontado 62 días hábiles de su vigencia original, quedándole para ese momento solamente 88 días hábiles de vigencia. Agrega que en vista de lo anterior, se le solicitó al Banco BAC San José, la emisión de una enmienda a la garantía emitida, en la cual se ampliara su vigencia hasta el día 13 de mayo de 2021. Adiciona que dicha solicitud fue atendida por la entidad bancaria en fecha 7 de mayo de 2020. Expone que el 12 de mayo de 2020, un día antes de la apertura de las ofertas, se gestionó la presentación formal de la enmienda de la garantía de participación ante la Administración. Expone que su representada fue diligente y realizó las gestiones requeridas para contar con la garantía de participación solicitada en el cartel, así como también gestionó en tiempo y forma las enmiendas correspondientes para cumplir con los requerimientos de la contratación. Adiciona que no fue sino, por un error involuntario, completamente humano y sin mala fe, que se presentó solamente la enmienda junto con la oferta. Considera que no se está ante un supuesto de inexistencia de garantía o incumplimiento respecto al porcentaje mínimo de monto o plazo requerido en el cartel. Afirma que la argumentación de Trigas S.A. se basa en no reconocer la existencia de la garantía de participación original, como hecho histórico de previo a la apertura de las ofertas. Agrega que es posible constatar la existencia y vigencia de la garantía de participación original de previo a la apertura de las ofertas en fecha 13 de mayo de 2020, la vigencia de la garantía y cumplimiento del monto y plazo requerido en el cartel y que el plazo de vigencia de la garantía fue del 13 de mayo de 2020 al 13 de mayo de 2021, sobrepasando en forma inexorable el plazo mínimo de los 150 días hábiles solicitado en el cartel. Establece que la enmienda a la garantía es accesorio a la obligación principal consagrada en el título original, de manera que, de no existir la garantía de

participación, no hubiese podido existir la enmienda debidamente reconocida y recibida por la Sub-Área de Contratación Administrativa del Hospital Calderón Guardia. Manifiesta que la garantía de participación es y ha sido ejecutable por la CCSS desde el inicio de su vigencia y por ende, desde la apertura de las ofertas, por cuanto ya existía, de previo y desde el momento de recepción de ofertas, un reconocimiento expreso por parte de la Sub-Área de Contratación Administrativa del Hospital Calderón Guardia, mediante boleta No. 11666 de fecha 12 de mayo de 2021, de que la garantía original existía y que la enmienda cubría el plazo mínimo solicitado en el pliego cartelario. Indica que se encuentra legitimada para interponer recurso de apelación en contra del acto de adjudicación. **Criterio de la División:** En el caso en concreto, se observa que las imputaciones de la empresa adjudicataria son referentes a la garantía de participación presentada por la empresa apelante. Así las cosas, como punto de partida, se tiene que el pliego de condiciones requirió lo siguiente: *“El oferente deberá presentar una “Garantía de Participación” del 1% del monto total de la oferta y debe ser rendida por un plazo máximo de 150 días hábiles [...]”* (folio 454 del expediente administrativo). En relación con dicho requerimiento, la empresa Praxair de Costa Rica S.A. presentó un documento titulado *“ENMIENDA”* del 07 de mayo de 2020, en el que, entre otras cosas, se dispuso ampliar el vencimiento de la garantía de participación al 13 de mayo de 2021 (hecho probado 2). Dicho documento fue recibido por la Administración, de conformidad con el recibo de garantía (comprobante) No. 11666, el 12 de mayo de 2020 (hecho probado 2). Posteriormente, se presentó un documento titulado *“GARANTÍA DE PARTICIPACIÓN”* del 29 de enero de 2020 (hecho probado 3.1). Dicho documento fue recibido por la Administración, de conformidad con el recibo de garantía (comprobante) No. 11706, el 03 de junio de 2020 (hecho probado 3.1). De conformidad con lo anterior, considerando que la garantía de participación no fue aportada antes de la fecha de apertura de ofertas, el Hospital determinó descalificar la oferta de la empresa Praxair de Costa Rica S.A. (hechos probados 4, 5 y 6). Ahora, en relación con este tema y con ocasión de la audiencia inicial conferida, la empresa Trigas S.A. señala que: *“No solamente la recurrente presentó tardíamente la garantía de participación además está evadiendo un hecho fundamental: la Administración nunca hubiera podido ejecutar la garantía de haber sido necesario por cuanto: [...] b. La Administración tampoco podía ejecutar el documento de garantía de participación principal porque la Administración lo tuvo en su poder hasta el 3 de junio de 2020 y la única condición que el banco puso para poder ejecutarla si fuese necesario, era la presentación del original. Era materialmente imposible para el Hospital ejecutar esta garantía entre el 13 de mayo de 2020 y el 3 de junio de ese **año simplemente porque no la tenía en su poder.** [...] Para todos los efectos, el Hospital no podía*

*ejecutar una garantía que **no tenía en su poder**. Pese a toda la argumentación que hace la recurrente el punto es muy sencillo, no logra demostrar que presentó la garantía de participación principal **antes** del 13 de mayo de 2020 y que esta pudiera ser ejecutable por la Administración contratante.” (destacados del original) (folio 14 del expediente digital de apelación). De frente a lo que ha sido indicado, se estima que la discusión se centra en la ejecutoriedad de la garantía de participación. Sobre dicha característica de la garantía de participación, en la resolución No. RC-701-2002 de las diez horas del treinta y uno de octubre de dos mil dos, este órgano contralor señaló: “[...] *lo anterior significa que el cumplimiento o realización de la ejecución debe hacerse en forma plena y efectiva. En ese sentido esta Contraloría General ha señalado que la garantía de participación no solo debe tener plena ejecutoriedad sino que no debe encontrarse condicionada (véase en ese sentido el Oficio 15929 del 11 de diciembre de 1996 (DGCA-1687-96).*” (subrayado del original). En el caso concreto, se tiene que, tal y como ya fue indicado, la empresa Praxair de Costa Rica S.A. presentó, antes de la fecha de apertura de ofertas -del 13 de mayo de 2020 (hecho probado 1)-, la enmienda a la garantía de participación (hecho probado 2) y hasta en un momento posterior a la apertura de ofertas se aportó la garantía principal (hecho probado 3), por lo que procede revisar si la garantía cumplía con la característica de ejecutoriedad. En este sentido, considerando que la enmienda a la garantía de participación indicaba que “*DEMÁS TERMINOS Y CONDICIONES QUEDAN IGUAL*” (hecho probado 2), deben revisarse las condiciones contenidas en la garantía principal. Al respecto, se observa que la garantía principal detallaba, entre otras cosas, lo siguiente: “*ES CONDICION INDISPENSABLE PARA HACER EFECTIVA ESTA GARANTIA LA PRESENTACION DE ESTE DOCUMENTO.*” (hecho probado 3.1). Así las cosas, la garantía de participación principal contemplaba la obligación de presentar ese documento -garantía principal- para poder ejecutar esa garantía. Así, en el plazo que transcurrió del 13 de mayo de 2020, fecha de apertura de ofertas (hecho probado 1), y el 03 de junio de 2020, fecha de recibido de la garantía de participación principal (hecho probado 3.1), no se cumplió con la característica de ejecutoriedad y la Administración quedó desprotegida para efectos de esta licitación. En consecuencia, resultan procedentes los incumplimientos endilgados por la empresa adjudicada. Sobre este tema, puede verse la resolución de la Contraloría General No. R-DAGJ-573-2004 de las diez horas del veintiuno de setiembre de dos mil cuatro, en la que se indicó: “*A partir del Voto No. 998-98 de la Sala Constitucional, la garantía de participación ha tenido un reconocimiento expreso como un elemento sustancial de la oferta, de tal manera que su objeto, finalidad o razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en el pliego de condiciones,**

es decir, la garantía de participación avala la solemnidad de la oferta y, como tal, constituye una seña precontractual destinada a asegurar la celebración del contrato como medida cautelar de la responsabilidad del oferente. En ese sentido, nos dice Dromi sobre este tipo de garantías, que su objeto o finalidad es afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo que se estipula en la ley o en los pliegos de condiciones y tiene por objeto la admisión del proponente en el acto de la licitación; asegurar la seriedad del ofrecimiento, que se cumplirá con la propuesta formulada y que se mantendrá el precio durante el plazo establecido en el pliego de condiciones (Dromi, Roberto, Licitación pública, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, pp.333-334). En igual sentido, Cassagne nos dice que los oferentes tienen la obligación de mantener su oferta con un plazo determinado y que la garantía tiene la función de asegurar el cumplimiento de esa obligación por parte de los oferentes, que cubre toda la responsabilidad del proponente en el supuesto de que desista de su propuesta (Cassagne, Juan Carlos, El contrato Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 55). De esa forma, entonces, la finalidad de la garantía de participación no es otra que dar seriedad a la oferta que se presente ante la Administración para asegurar que en caso de resultar adjudicatario concurrirá a la formalización del contrato manteniendo las condiciones planteadas en su oferta (véase en ese sentido la resolución de esta Contraloría General No. R-DAGJ-017-2000). Dentro de las características que este Órgano Contralor ha enumerado respecto de las garantías de participación (resolución No. RC-701-2002) se encuentran la unilateralidad, la obligatoriedad, la consustancialidad y accesoriedad, independencia, inembargabilidad y, quizás la más importante de ellas, la ejecutoriedad, que no es otra que el cumplimiento o realización de la ejecución del documento de garantía debe hacerse en forma plena y efectiva en cualquier momento en que la Administración se vea en la necesidad de hacerlo para proteger el interés público. En el caso que nos ocupa, el apelante aportó con su oferta la enmienda o addendum número dos de la garantía de participación (hecho probado No. 7) y fue en forma posterior a la apertura de ofertas que aportó su garantía original y el addendum número uno de esa garantía (hecho probado No. 8), por lo que procede revisar si la garantía cumplía con la característica de ejecutoriedad, en el tanto el Consejo Nacional de Vialidad excluyó a la oferta de la firma apelante por considerar que la garantía no habilitaba a la Administración para proceder con una eventual ejecución (hechos probados No. 10 y 12). Al respecto, debe considerarse primero que todo que tratándose las enmiendas 1 y 2 justamente de ampliaciones del plazo y que en ellas se indicó que los demás términos y condiciones de la garantía permanecían invariables (hechos probados No. 7 y 9), inevitablemente deben revisar también no solo las condiciones de las enmiendas, sino también lo dispuesto en la garantía

*principal. En ese sentido, tenemos que la garantía original indicó que era condición indispensable para hacer efectiva la garantía la presentación del documento original, acompañado de las enmiendas si las hubiera por parte del beneficiario (hecho probado No. 8); de esa forma la literalidad de la garantía original o principal es contundente en cuanto a la necesidad de presentar, acompañado de sus enmiendas, el documento original, lo cual es reiterado por las propias enmiendas cuando se señaló que todos los demás términos y condiciones permanecían invariables. De esa forma, de acuerdo a la redacción de la garantía principal, es necesario presentar tanto la garantía principal como las enmiendas cuando las haya, para poder hacerlas efectivas (ejecutoriedad). Es por ello que, si ambos documentos (principal y enmienda número 2) forman uno solo para efectos de hacer efectiva la garantía de participación; durante los cinco días que mediaron entre la apertura de ofertas (12 de febrero) y el día de presentación de la garantía (19 de febrero), la Administración quedó desprotegida para efectos de este concurso y, en consecuencia, resultaba procedente excluir a la firma apelante, en tanto durante ese lapso de tiempo no garantizó su participación en el concurso. No desconoce este Órgano Contralor que la firma apelante presentó ante la Administración una nota del Banco emisor de la garantía, en la que se indica que basta la presentación de la enmienda para efectos de ejecución y que tiene la misma fuerza de ejecución que la garantía principal (hecho probado No. 11); sin embargo esta política del Banco contrasta con la literalidad de la garantía, a lo cual tenía que atenerse la Administración al momento de la apertura y a la que también debía ajustarse a la hora de la revisión de ofertas. Lo anterior, pues si un determinado Banco tiene este tipo de políticas así lo debería hacer constar en las respectivas enmiendas o en la garantía principal y no simplemente remitir a la garantía principal. Por lo demás, no es posible que este Órgano Contralor avale este tipo de prácticas en la medida que se generaría inseguridad jurídica en la tramitación de los concursos licitatorios, por cuanto las condiciones fijadas en los documentos de garantía emitidos y presentados en las ofertas, podrían variar con la sola manifestación del Banco emisor o con la variación de sus políticas y ello no está en posibilidad de conocerlo la Administración, quién únicamente puede exigir o protegerse de frente a las manifestaciones de los bancos emisores que constan en sus documentos de garantía. Según lo expuesto entonces, debe **declararse sin lugar** el recurso, en la medida que la garantía presentada por la firma apelante no cumple con la característica de ejecutoriedad de la garantía de participación, pues su enmienda No. 2 que presentó en su oferta, no puede ejecutarse por sí sola, sino con la presentación de la garantía principal u original.” De conformidad con lo antes dicho, se impone declarar con lugar este alegato presentado por la empresa Trigas S.A. En consecuencia, se le resta legitimación a la empresa*

Praxair para impugnar el acto de adjudicación, ya que su oferta deviene en inelegible, por lo que se declara sin lugar el recurso de apelación incoado. De conformidad con lo establecido en el artículo 191 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se omite pronunciamiento sobre otros aspectos por carecer de interés práctico.-----

III. SOBRE LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPECTO A LOS ÍTEMES 1, 9, 10, 12,

13 Y 16: Dado que la oferta del apelante resulta excluida del concurso, con fundamento en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, se entrará a conocer lo expuesto por la Administración respecto de la adjudicación de los ítemes 1, 9, 10, 12, 13 y 16: La Administración, al atender la audiencia inicial, señala que resultó indispensable aclarar los puntos que se mencionan en el recurso de apelación con el Ministerio de Salud, donde mediante correo electrónico, se procede a solicitar la aclaración y criterio respectivo para este caso, obteniéndose respuesta mediante correo del 08 de julio del 2021, con el cual notifican el oficio MS-DRPIS-UR-990-2021 de fecha 7 de julio 2021, donde exponen que los gases medicinales con registro vigente como producto químico no pueden usarse como medicinales, ya que el uso registrado es industrial y si fuese usado en personas o animales, no podría asegurarse la pureza ni la seguridad del gas al ser usado en pacientes o para efectos médicos. Explica que ante el criterio emitido por el Ministerio de Salud, resulta en un cambio en las condiciones que se conocían para este tipo de contrataciones y bajo este criterio es que se vuelven a revisar los registros emitidos por la empresa Trigas S.A. en su oferta y subsanaciones, determinándose que los ítems 1, 9, 10, 12, 13 y 16, no cumple con este criterio al momento de la entrega de la documentación para la presente contratación, por cuanto, no podrían adjudicarse a la empresa Trigas S.A. La adjudicataria, al atender la audiencia especial conferida respecto a lo indicado por la Administración, señala que el Ministerio de Salud mediante la directriz DRPISUR-484-2015 del 26 de agosto de 2015 había establecido cuáles gases debían considerarse gases medicinales, incluyendo, nitrógeno y el dióxido de carbono. Expone que se estaban adquiriendo gases medicinales registrados como producto químico, sin embargo, con el oficio MS-DRPIS-UR-990-2021 del 7 de julio de 2021 emitido por el Ministerio de Salud, se indica que existió un cambio en las condiciones que se conocían para este tipo de contrataciones, lo que denota que la acción externa por parte del Ministerio de Salud afecta la norma cartelaria, por lo que no le es atribuible ni a la Administración ni a su representada cualquier aparente incumplimiento. Adiciona que su representada ya cuenta con los certificados que solicita expresamente el Ministerio de Salud para tales efectos, pese a la modificación de criterios, la cual no ha sido comunicada formalmente mediante oficio, documento, decreto o disposición alguna, debido a que la misma varía

repentinamente. Expone que efectivamente cuenta con los certificados de gases, medicinal y EMB según corresponda, tal y como se lo indicó a la Administración en el oficio MS-DRPIS-UR-990-2021 el Ministerio de Salud. Detalla que en su escrito presentó copia certificada del Certificado de Registro Sanitario del Producto M-US-20-00275 "óxido nitroso USP medicinal" (Líneas 12 y 13), del Certificado de Registro Sanitario del Producto EMB-CR-21-00381 "Dióxido de Carbono" (Línea 1) y del Certificado de Registro Sanitario del Producto EMB-CR-19-04117 "Nitrógeno" (Línea 10). Establece que estos documentos evidencian que los registros vigentes corresponden a estos gases como medicamentos o EMB, según lo que le comunicó el Ministerio de Salud al Hospital Calderón Guardia recientemente. Manifiesta que la entidad rectora en la materia ya verificó que es posible utilizarlos en seres humanos, por lo que no existe riesgo alguno para la salud pública, sobre todo, porque esta contratación no ha entrado en fase de ejecución. Añade que el interés público justifica la conservación de la adjudicación de dichas líneas, ya que su oferta es la única viable. Indica que cuando existe una única oferta viable, la Contraloría General de la República ha permitido que la Administración sea flexible con los términos cartelarios en vista que no se estaría violentando el principio de igualdad y debe ponderarse la finalidad pública. Menciona que con la obtención de los certificados correspondientes, el Hospital Calderón Guardia ya cuenta un documento que respalda su adquisición en los nuevos términos señalados por el Ministerio de Salud al responder la consulta a la Administración. La apelante al atender la audiencia especial conferida respecto a lo indicado por la Administración, expone que debe tener por acreditado que no solo la empresa Trigas S.A no cumplió técnicamente con los requisitos cartelarios del punto 13.3.3 en relación con los registros sanitarios para los ítems 1, 10, 12, 13, sino que la Administración pudo constatar que para los ítems 9 y 16, tampoco demostró haber cumplido con el requisito de aportar los registros sanitarios al momento de la entrega de la documentación para la presente contratación. **Criterio de la División:** En el caso particular, se tiene que la Administración, al momento de atender la audiencia inicial conferida, expuso lo siguiente: *"Posterior a la revisión del argumento de la empresa PRAXAIR Costa Rica S.A y ante lo contenido en la resolución R-DCA-00339-2021 del 22 de marzo del 2021, resulto indispensable aclarar los puntos que se mencionan en el Recurso de Apelación con el Ministerio de Salud, donde mediante correo electrónico, se procede a solicitar la aclaración y criterio respectivo para este caso, obteniéndose respuesta mediante correo del 08 de julio del 2021, el cual notifican el oficio MS-DRPIS-UR-990-2021 de fecha 7 de julio 2021 (el cual se adjunta), donde exponen que los gases medicinales, con registro vigente como producto químico No pueden usarse como medicinales, ya que el uso registrado es industrial y si fuese usado en personas o animales, no*

podría asegurarse la pureza ni la seguridad del gas al ser usado en pacientes o para efectos médicos. / Ante el criterio emitido por el Ministerio de Salud, resulta en un cambio en las condiciones que se conocían para este tipo de contrataciones y bajo este criterio es que se vuelve a revisar los registros emitidos por la empresa TRIGAS S.A. en su oferta y subsanaciones, determinándose que los ítems 1, 9, 10, 12, 13 y 16, no cumple con este criterio al momento de la entrega de la documentación para la presente contratación, por cuanto, no podrían adjudicarse a la empresa TRIGAS S.A.” (folio 21 del expediente digital de apelación). Considerando lo transcrito, este órgano contralor confirió audiencia especial a la empresa adjudicataria, a lo que la misma manifestó: “[...] **mi representada ya cuenta con los certificados que solicita expresamente el Ministerio de Salud para tales efectos [...]**” (negrita del original) (folio 34 del expediente digital de apelación). Así las cosas, siendo que los certificados de registro de medicamentos son susceptibles de subsanación, de conformidad con el numeral 81 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, corresponde a la Administración verificar el cumplimiento de la documentación aportada por la empresa adjudicataria. Sobre lo anterior, se advierte que deberá observarse que dichos certificados tenga una fecha de aprobación anterior a la fecha de apertura de las ofertas, que abarquen los bienes que se licitan en la contratación de mérito y que se cumpla con la normativa que para el efecto ha emitido el Ministerio de Salud. Por todo lo anterior, se declara parcialmente con lugar la posición de la Administración respecto de la adjudicación de los ítems 1, 9, 10, 12, 13 y 16 y, con fundamento en el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General, se anula la adjudicación de esos ítems en particular.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 182 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, y 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se resuelve:

1) DECLARAR SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto por **PRAXAIR COSTA RICA S.A.**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000017-2101**, promovida por el **HOSPITAL DR. RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA**, para suministro de gases medicinales, industriales, mantenimiento preventivo y correctivo para tanque criogénico, repuestos y accesorios para sistema de tanques de gases medicinales, acto recaído a favor de **TRIGAS S. A.**, bajo la modalidad de entrega según demanda. **2) ANULAR** el acto de adjudicación de los ítems 1, 9, 10, 12, 13 y 16 de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000017-2101**, promovida por el **HOSPITAL DR. RAFAEL ÁNGEL CALDERÓN GUARDIA**, para suministro de gases medicinales, industriales, mantenimiento preventivo y correctivo para tanque

criogénico, repuestos y accesorios para sistema de tanque de gases medicinales. **3)** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE.-----

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División Interino

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada



Elard Ortega Pérez
Gerente Asociado

RGV/mjav

NI: 17213-2021, 17720-2021, 18303-2021, 19792-2021, 19947-2021, 20060-2021, 20131-2021, 21711-2021, 21875-2021.

NN: 12112 (DCA-3131-2021)

G: 2020000453-6

Expediente digital: CGR-REAP-2021003889