

R-DCA-01208-2021

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas un minuto del dos de noviembre del dos mil veintiuno.-----

RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la empresa **DIFACE S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **CONCURSO No. 2021ME-000023-0001101142** promovido por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para la adquisición de “*ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA. ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA.*”, acto recaído a favor de **CEFA CENTRAL FARMACEUTICA S.A.** por un monto estimado anual de \$1.732.500. -----

RESULTANDO

I. Que el día siete de setiembre del dos mil veintiuno, la empresa DIFACE S.A. interpuso recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del concurso N° 2021ME-000023-0001101142 promovido por la Caja Costarricense de Seguro Social para la adquisición de ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA. ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA.”, acto recaído a favor de CEFA CENTRAL FARMACEUTICA S.A. -----

II. Que mediante auto de las ocho horas veintitrés minutos del veintiuno de setiembre del dos mil veintiuno, esta Contraloría General de la República admitió para trámite el recurso presentado, otorgando a la Administración y a la adjudicataria audiencia inicial para que se refieran a la totalidad de los argumentos presentados por el apelante en su recurso. Dicha audiencia fue atendida mediante escritos que constan en el expediente de apelación.-----

III. Que mediante auto de las doce horas diecinueve minutos del dieciocho de octubre del dos mil veintiuno, este Despacho brindó audiencia especial a la empresa apelante para que se refiera a las argumentaciones que en contra de su oferta realizó la adjudicataria al contestar la

audiencia inicial. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado en el expediente de apelación. -----

IV.- Que de conformidad con el artículo 190 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la audiencia final de conclusiones es de carácter facultativo, siendo que en el presente caso se consideró innecesario su otorgamiento, en vista de contarse con los elementos suficientes para la resolución del asunto.-----

V.- Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias respectivas.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS: Para la resolución del presente asunto se ha tenido a la vista el expediente electrónico de la contratación N° 2021ME-000023-0001101142, que consta en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP), que puede ser consultado en el link <https://www.sicop.go.cr/index.jsp> por lo que de acuerdo con la información consultada, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que con vista en el Sistema Integrado de Compras Públicas –SICOP-, consta que la oferta electrónica presentada por la empresa CEFA Central Farmacéutica S.A., indica que la modalidad de entrega es en Plaza, tal como de seguido se muestra: -----

Tipo de oferta	Oferta base
Número de la oferta	2021ME-000023-0001101142-Partida 1-Oferta 2
Reajuste de precio	Si
*Desglose porcentual del precio	Se indica en la oferta anexa
Moneda a cotizar	USD <input type="button" value="Consulta del tipo de cambio"/>
Modalidad de pago	Giro a 30 días vista o cuenta abierta - Transferencia electrónica de fondos
Modalidad de entrega	Plaza
Modalidad de oferta	Individual

(ver con el número de procedimiento N° 2021ME-000023-0001101142 / 3. Apertura de ofertas / apertura finalizada / consultar / resultado de la apertura / CEFA CETRAL FARMACEUTICA S.A./ se posiciona sobre 2021ME-000023-0001101142-Partida 1-Oferta / consulta de oferta / oferta/ modalidad de entrega). **2)** Consta en la oferta presentada en SICOP por parte de CEFA, archivo electrónico adjunto denominado Oferta Caspofungina 50 mg y Caspofungina 70 mg (10.37) el cual indica, dentro del Formulario de Oferta, en el apartado Observaciones

Generales, en cuanto a Lugar de entrega lo siguiente: “*DDU Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría*”, asimismo se tiene la inclusión de la oferta económica y el desglose de la misma, tal como se muestra a continuación: -----

OBSERVACIONES GENERALES	
Vigencia de la oferta: Según lo solicita el cartel del presente concurso	
Plazo de entrega: Según lo solicita el cartel del presente concurso.	
Lugar de entrega: DDU Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría	
Laboratorio Fabricante: Laboratorios Merck Sharp & Dohme, Chibret, Francia.	
País de origen: Francia	
Forma de Pago: En la forma usual de la Institución	

OFERTA ECONOMICA ITEM No.1 CASPOFUNGINA 50 MG.	
Cantidad: 16.500 viales	
Precio por vial: US\$105.00	Precio por vial en letras: Ciento cinco dólares exactos
Precio total números: US\$1.732.500.00	Precio total letras: Un millón setecientos treinta y dos mil quinientos dólares exactos.
DESGLOSE DE PRECIOS	
Precio CIF:	90%
Gastos Administrativos y Financieros:	2%
Utilidad:	8%

(ver con el número de procedimiento N° 2021ME-000023-0001101142 / 3. Apertura de ofertas / apertura finalizada / consultar / resultado de la apertura / CEFA CETRAL FARMACEUTICA S.A./ se posiciona sobre 2021ME-000023-0001101142-Partida 1-Oferta / consulta de oferta / oferta/ adjuntar archivo / oferta / Oferta Caspofungina 50 mg y Caspofungina 70 mg (10.37).pdf / FORMULARIO DE OFERTA). -----

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. En cuanto al lugar de entrega ofrecido por CEFA CENTRAL FARMACEUTICA S.A. Señala la empresa DIFACE S.A. lo dispuesto en el cartel del concurso respecto a la forma de cotizar, en las **CONDICIONES ADMINISTRATIVAS** y dentro del apartado **INCOTERM Y LUGAR DE ENTREGA**, en el siguiente sentido: “*Las mercancías*

deberán entregarse en el Área de Almacenamiento y Distribución de la CCSS y se deberá utilizar el Incoterm DDP. El Incoterm anterior aplica para todos los casos, CON EXCEPCIÓN de cuando se trate de productos perecederos tales como radiactivos, reactivos, vacunas y medicamentos que necesiten refrigeración, drogas, estupefacientes u otros, que requieran de seguridades especiales, en cuyos casos la cotización deberá ser en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría. Nota: En los casos que se requiera cotización en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría, NO APLICA EL COSTO DE INTERNAMIENTO". A partir de lo expuesto señala la recurrente que la oferta subida y digitada en SICOP por parte de la empresa CEFA CENTRAL FARMACEUTICA S.A. indicó: "Modalidad de Entrega: Plaza", y además como documento anexo a su oferta indicó en cuanto al Incoterm y forma de entrega lo siguiente: "Lugar de entrega: DDU Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría". Al respecto señala que la empresa CEFA cotizó en la oferta presentada en SICOP la forma de entrega como "En Plaza", mientras que en un documento anexo a dicha oferta indica para el mismo punto "DDU Almacén Fiscal jurisdicción Aduana Santamaría", siendo la primera forma de cotizar en la oferta contraria a las especificaciones del cartel, que requirió como forma de entrega DDU. Indica que una oferta en plaza es aquella cuya mercadería se ha nacionalizado y ha pagado todos los aranceles de internamiento al país; en tanto que una oferta DDU (Delivered Duty Unpaid) refiere a "Entregada derechos no pagados, lugar de destino convenido", siendo que el vendedor paga los costos de transporte y asume sus riesgos hasta que los bienes se hayan entregado, exceptuando el pago de los impuestos de aduana y siendo el comprador el responsable de los costos y riesgos de descarga, despacho aduanero de importación y cualquier entrega subsecuente más allá del lugar de destino. Señala que no es posible cotizar en forma simultánea dos precios, uno en plaza y otro DDU. Se remite al Reglamento para la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas "SICOP", Decreto Ejecutivo N°41438-H, en cuanto al artículo 3.28: Artículo 3º-Definiciones. Para efectos de claridad e interpretación del presente Reglamento, se definen los siguientes conceptos: [...] 28) Oferta electrónica: Manifestación de voluntad del oferente, emitida mediante un formulario electrónico y utilizando la firma digital certificada, dirigida a la institución usuaria con el fin de participar en un procedimiento de contratación administrativa", e indica que de acuerdo con dicho Reglamento, la oferta es la que se contiene en el formulario electrónico, lo cual es respaldado por los artículos 5 y 38, donde se señala lo siguiente: "Artículo 5º- Uso de

formularios y documentos electrónicos. A efectos de garantizar la agilidad, la estandarización y la simplicidad, los procedimientos se deberán llevar a cabo haciendo uso de los formularios y/o documentos electrónicos de que disponga SICOP para determinados actos.(...) Artículo 38.- Requisitos para la presentación de ofertas. Todo proveedor registrado deberá emitir sus ofertas electrónicas en el formulario electrónico disponible al efecto en SICOP. Estas ofertas deben ser suscritas por el oferente o su representante legal mediante firma digital certificada". Conforme a las normas citadas, la empresa recurrente indica que la oferta de un participante en un procedimiento tramitado mediante SICOP es la que se contiene en el formulario electrónico, y no en los anexos complementarios que se adjuntan con ella, de tal manera que para el caso en específico la manifestación de CEFA es que su oferta es EN PLAZA tal como consta en el formulario electrónico, que según el reglamento de SICOP tiene como finalidad "*garantizar la agilidad, la estandarización y la simplicidad*" del procedimiento. Señala que al contrastarlo con las disposiciones del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se trata de una norma previa, y además la norma posterior deroga a la norma anterior cuando regulan sobre la misma materia y también el Reglamento de SICOP es una norma especial de procedimiento y uso del sistema. Señala lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento SICOP: "*Artículo 2º- Alcance. El presente Reglamento será de acatamiento obligatorio para los proveedores registrados y todos los órganos, instituciones y entidades de derecho público, usuarias en forma obligatoria del SICOP, independientemente del régimen de contratación que los regule, los cuales previamente deberán suscribir el respectivo contrato de prestación de servicios con Radiográfica Costarricense, en adelante RACSA, aceptando las políticas de uso del Sistema, según corresponda, así como para cualquier otro usuario de SICOP. La aplicación de este Reglamento no exige a la institución usuaria de cumplir también las responsabilidades y los procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o en la normativa especial que regule la materia de compras de cada institución usuaria; por lo tanto, este Reglamento debe interpretarse de forma integrada con las demás normas que regulan la contratación administrativa, de manera que todo aquello que no se encuentre regulado expresamente en el mismo se regirá por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la normativa especial aplicable a la institución usuaria. Lo estipulado en el presente Reglamento prevalecerá sobre otras normas de igual o menor rango que regulen el uso de medios electrónicos; por lo tanto, las instituciones usuarias deberán velar porque su normativa interna sea acorde con lo dispuesto en el presente Reglamento".* Al respecto señala que al

instituirse SICOP como la herramienta de compras del Estado costarricense, se ha generado un nuevo régimen jurídico que establece que la oferta consiste en los formularios electrónicos de la plataforma, de manera que si la empresa CEFA indica en ese formulario que su oferta es EN PLAZA, así debió ser evaluada por la Administración y consecuentemente procede su descalificación, requiriendo en ese sentido que se declare con lugar el recurso y se anule el acto de adjudicación. Señala la empresa CEFA que la apelante omite indicar que en su propia oferta estipuló en la Forma de entrega la casilla de “Plaza”, así como para la Forma de pago indicó “...ofertas en plaza...”, observándose además que líneas atrás y con respecto a la “Entrega” (y al igual que en la oferta de la adjudicataria), remitió a lo solicitado por el cartel en cuanto al “DDU Incoterm 2000 – destino final Almacén Fiscal bajo jurisdicción Aduana Santamaría”, señalando que es una situación análoga a su oferta que constituye una mera formalidad de frente a la clara voluntad de ambos concursantes y sus manifestaciones en cuanto al Incoterm aplicable. Señala que dicha circunstancia se debe interpretar en armonía con la integralidad de sus ofrecimientos y lo estipulado en los párrafos 2º y 3º del artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, considerando las características especiales del objeto contractual que refiere a un medicamento que necesariamente, requiere refrigeración y por ende encuadra en la EXCEPCIÓN establecida en el cartel, dentro de las “CONDICIONES ADMINISTRATIVAS” que establece, conforme a la cotización y más allá de una equis (x), que la oferta ha sido presentada “en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría”, tal y como lo entendió la Administración para el caso de ambas ofertas, independientemente de las casillas (formas o formularios) que haya ofrecido SICOP para la presentación de ofertas. Expresa que en las “CONDICIONES ADMINISTRATIVAS”, la propia Entidad Licitante indica que en estos Concursos, “La información técnica o complementaria, así como los demás documentos que acompañan la oferta, deben adjuntarse en forma electrónica en SICOP”, de manera que bajo un concepto razonable de integridad de la oferta se debe considerar esa indicación asociada a su oferta y sobre todo en concordancia con su oferta económica donde se aclara y especifica el Incoterm respectivo acorde a la naturaleza del medicamento y la EXCEPCIÓN dispuesta por el cartel. Señala que la aplicación del Reglamento para la Utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas “SICOP”, “...no exime a la institución usuaria de cumplir...los procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o en la normativa especial que regule la materia de compras de cada institución usuaria; por lo tanto, este

Reglamento debe interpretarse de forma integrada con las demás normas que regulan la contratación administrativa...”, porque así lo dispone el párrafo 2° del artículo 2° de ese mismo Reglamento (Decreto N° 41438 del 12 de octubre del 2018). Así las cosas manifiesta, confirma y ratifica que su oferta y voluntad fue cotizar “*en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría*” y no en Plaza; sin que pueda olvidarse que la oferta, aunque sea electrónica, está asociada o responde a la “*Manifestación de voluntad del oferente*”, y esa voluntad priva sobre cualquier aspecto formal, máxime que como bien indica el párrafo 3° del artículo 4° de norma de rango legal contenida en la Ley de Contratación Administrativa: “*En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma...*”; e incluso, si se considerare que en ambas ofertas hay manifestaciones contradictorias, el párrafo final del artículo 83 del Reglamento a dicha Ley bien dispone que “*Si una oferta presenta dos manifestaciones contradictorias entre sí, una que se ajusta al cartel y otra que no, se presumirá su ajuste al cartel...*”; máxime que la sola presentación de su oferta, ha de entenderse “*...como una manifestación inequívoca de la voluntad del oferente de contratar con pleno sometimiento a las condiciones cartelarias, disposiciones legales y reglamentarias vigentes*” (artículo 66 precitado). Indica que en la estructura de su precio –tal y como se puede corroborar en el PDF de su oferta-, no se agregan “*Costos de Internamiento*”, lo cual es importante ya que concuerda con la nota que consta en el cartel con respecto al Incoterm aplicable al caso de marras, según la cual, en casos como este -donde se requiere cotización en los términos DDU indicados- (NO APLICA EL COSTO DE INTERNAMIENTO), además concuerda con la cláusula 1.1 de las “*CONDICIONES ADMINISTRATIVAS*”, atinente a “*Productos importados*”, que precisamente está en función del “*INCOTERM Y LUGAR DE ENTREGA*” aplicable a este caso, por lo que conforme a los principios de Lógica, Razonabilidad, Congruencia, Verdad Real y Conservación de las Ofertas, carece de sentido hacer creer que los medicamentos ofrecidos (y que requieren de refrigeración) fueran cotizados EN PLAZA. Señala que carece de sentido indicar que hayan cotizado simultáneamente dos precios ya que con vista en su oferta económica, bien se puede apreciar su único precio cierto, definitivo y sujeto a las mismas condiciones e Incoterm establecido en el cartel y que además consta en el único desglose de precio de su oferta donde se evidencia en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría y sin agregar costos de internamiento. Por otra parte, cuestiona el precio ofertado por la recurrente y la acreditación de su mejor derecho y falta de

fundamentación, en tanto que señala que la Administración tuvo claro “...*que la oferta CEFA CENTRAL FARMACEUTICA SOCIEDAD ANONIMA cotiza entrega en términos DDU INCOTERM 2000 Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría, tal y como lo solicita el cartel*”, respecto a lo cual señala que si la recurrente discrepaba de los análisis y estudios administrativos que sirvieron de motivo para adoptar la adjudicación que impugna, al menos debió haberlos precisado y rebatido detalladamente, cumpliendo desde luego con la carga probatoria. Indica que no se observa el mínimo esfuerzo por fundamentar cuál -supuestamente- sería la esencialidad o trascendencia del dizque incumplimiento considerando la situación que se presenta en la misma oferta de la recurrente y el entendimiento integral de su oferta. Además señala la importancia de satisfacer la necesidad administrativa -y de los pacientes- con prontitud siendo de la especialidad en Infectología, relacionados con pacientes en estado crítico y de alto riesgo en la Unidad de Cuidados Intensivos (UCI). Señala la Administración que se mantiene el criterio del análisis administrativo de la oferta de la empresa CEFA cumpliendo administrativamente con lo solicitado en el cartel. Señala que el objeto contractual corresponde a medicamentos antifúngicos y antivirales. Indica que en el cartel se observa en el documento denominado “*condiciones administrativas ajustadas al SICOP*” lo relativo a “*INCOTERM Y LUGAR DE ENTREGA*”, transcribiendo dicha referencia y brindando especial atención a la excepción establecida en la norma. Señala que los medicamentos Caspofungina 70 mg y Caspofungina 50 mg requieren refrigeración, por lo que de acuerdo a la excepción establecida en el cartel para INCOTERM Y LUGAR DE ENTREGA, el proveedor debe de cotizar en términos DDU Incoterm 2000 destino final Aduana Santamaría. Se aclara que la forma que ingresó el parámetro de la empresa CEFA está correcto, ya que es una Sociedad Anónima domiciliada en Costa Rica. Señala que el presente concurso en el SICOP, en el apartado de modalidad de entrega se ingresó plaza o importación y se indicó que el Incoterm a utilizar es en términos DDU entrega con derechos no pagados. Señala que del documento anexo a la oferta dentro de las condiciones expresadas por la empresa CEFA se indica: “*Lugar de entrega: DDU Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría*”, siendo este parámetro correcto y que cumple con lo solicitado en el cartel. Señala que no se comparte la posición de la recurrente, ya que la Dirección Jurídica de la Caja Costarricense del Seguro Social mediante oficio GA-DJ-0959-2021 de fecha 2 de marzo de 2021 atiende este mismo escenario, y emite criterio al respecto concluyendo lo siguiente: “*III. CONCLUSIÓN. Por lo expuesto, y de una interpretación armónica de las normas relacionadas, resulta ser criterio de esta asesoría, que la oferta electrónica debe*

ser presentada prioritariamente por los interesados, por medio de los formularios y documentación digital que se encuentra disponible y de uso obligatorio en el SICOP, siendo que de conformidad con el principio de integralidad de las ofertas, desarrollado en el artículo 66 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como lo dispuesto en el numeral 11 del Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas "SICOP", resultaría impropio desconocer la documentación que de forma válida se adjunte a los formularios oficiales de la oferta. Siendo que, de presentarse contradicción entre estos, sea entre el formulario y sus adjuntos, entendidos como la oferta integral, la Administración debe acudir a la aplicación de la forma establecida en el ordenamiento jurídico aplicable". Así las cosas las ofertas ingresadas al SICOP están compuestas por el formulario que debe de llenar el oferente y los documentos adjuntos y ambos deben ser analizados integralmente, por lo que en el caso que existir contradicciones, la Administración deberá tomar en consideración la que se ajusta al cartel. Además señala respecto a la integridad de las ofertas tramitadas en SICOP, que la propia Contraloría General de la República ha indicado que la información aportada en anexos es parte integral de la propuesta en los términos del artículo 66 RLCA. Señala que el artículo 4 de la Ley de Contratación Administrativa regula el principio de eficiencia, el cual postula la conservación de las ofertas al indicar: "Los actos y las actuaciones de las partes se interpretarán en forma tal que se permita su conservación y se facilite adoptar la decisión final, en condiciones beneficiosas para el interés general. Los defectos subsanables no descalificarán la oferta que los contenga. En caso de duda, siempre se favorecerá la conservación de la oferta o, en su caso, la del acto de adjudicación." Conforme a lo anterior y con fundamento en los principios de eficiencia e integralidad de la oferta, se concluye que, a pesar de que la adjudicataria realizó dos manifestaciones contrarias (una en el formulario electrónico y otra en el anexo presentado), lo cierto del caso es que la Administración puede considerar como válida la que se ajuste a las condiciones cartelarias establecidas, por lo que no se comete ninguna ilegalidad o arbitrariedad. Aunado a lo anterior y para ratificar la voluntad de la adjudicataria, al revisar el anexo presentado al concurso, se denota que el desglose del precio cotizado comprende los siguientes rubros correspondientes a Precio CIF 90%, Gastos Administrativos y Financieros 2% y utilidad 8%, a partir de lo cual no se contempla ningún costo por internamiento o transporte local (que deberían cubrirse en caso de realizarse una entrega en plaza), por lo que se ratifica que la intención de la adjudicataria era cotizar en los términos DDU como lo solicitaba el cartel. **Criterio de la División:** Con la finalidad de atender el recurso

de apelación interpuesto, resulta necesario acudir al cartel del concurso y a la oferta presentada por la adjudicataria. En ese sentido, en lo que interesa, señala el cartel lo siguiente: *“INCOTERM Y LUGAR DE ENTREGA Las mercancías deberán entregarse en el Área de Almacenamiento y Distribución de la CCSS y se deberá utilizar el Incoterm DDP. El Incoterm anterior aplica para todos los casos, CON EXCEPCIÓN de cuando se trate de productos perecederos tales como radiactivos, reactivos, vacunas y medicamentos que necesiten refrigeración, drogas, estupefacientes u otros, que requieran de seguridades especiales, en cuyos casos la cotización deberá ser en términos DDU Incoterm 2000 – destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría. Nota: En los casos que se requiera cotización en términos DDU Incoterm 2000 - destino final Almacén Fiscal bajo la jurisdicción de Aduana Santamaría, NO APLICA EL COSTO DE INTERNAMIENTO”.* (ver con el número de procedimiento N° 2021ME-000023-0001101142 / 2. Información de Cartel / Detalle del concurso / F. Documento del cartel / 1 Documento del cartel / Documentos condiciones administrativas / Condiciones administrativas ajustadas a SICOP). Respecto a lo cual se entiende -y no existe contención al respecto- que el medicamento objeto de la presente contratación entra en la excepción dispuesta en la cláusula cartelaria antes citada, tal y como lo dispuso la Administración en SICOP al señalar que se indicó que el Incoterm a utilizar es en términos DDU entrega con derechos no pagados. Ahora bien, con vista en la oferta electrónica presentada por la empresa adjudicataria en SICOP, se indica que la modalidad de entrega del presente concurso corresponde a *“PLAZA”* (ver hecho probado N° 1); no obstante adjunto a dicha oferta, CEFA aporta un documento en formato PDF debidamente firmado y que es identificado como Formulario de Oferta, en el cual se indica, dentro de las Observaciones Generales, que el lugar de entrega corresponde a *“DDU Almacén Fiscal Jurisdicción Aduana Santamaría”* (ver hecho probado N° 2), esto último, coincidiendo con lo requerido a nivel cartelario. A partir de lo expuesto, la oferta presentada por la empresa CEFA incorpora dos manifestaciones distintas, una que es conforme con lo señalado en el cartel de la licitación, sea que los precios son DDU Incoterm 2000 destino final Aduana Santamaría, lo cual es señalado en documento anexo a su oferta, en tanto que por otra parte se indica que la entrega es en Plaza, según consta en la oferta electrónica suscrita en SICOP (ver hechos probados 1 y 2). Ahora bien, señala la empresa recurrente, a partir del Decreto Ejecutivo N° 41438 –H, referido al *“Reglamento para la utilización del sistema integrado de compras públicas SICOP”*, que la única oferta válida presentada en SICOP corresponde al formulario electrónico con la

respectiva firma digital certificada, bajo el entendido que así lo establece el Reglamento SICOP, que es norma posterior y especial respecto al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que considera su prevalencia en todo procedimiento de contratación administrativa que sea desarrollado a través de la plataforma SICOP en casos como en el que nos encontramos, señalando incluso que se trata de un nuevo régimen jurídico aplicable. Al respecto no debe perder de vista el recurrente, que si bien es cierto el Decreto Ejecutivo 41438, regula el uso de la plataforma SICOP, ello no implica que ha operado una desaplicación de la normativa de contratación administrativa vigente, tanto la reglamentaria como la de nivel legal, antes bien, esta permite integrarse junto con la emitida para SICOP –creada para regular el uso de la plataforma electrónica- en conjunto con los principios de contratación administrativa en particular de los principios de eficacia y eficiencia que regulan la materia y que establecen que *“Todos los actos relativos a la actividad de contratación administrativa deberán estar orientados al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la Administración, con el propósito de garantizar la efectiva satisfacción del interés general, a partir de un uso eficiente de los recursos institucionales. Las disposiciones que regulan la actividad de contratación administrativa, deberán ser interpretadas de la manera que más favorezca la consecución de lo dispuesto en el párrafo anterior. En todas las etapas de los procedimientos de contratación, prevalecerá el contenido sobre la forma, de manera que se seleccione la oferta más conveniente, de conformidad con el párrafo primero de este artículo (...) Las regulaciones de los procedimientos deberán desarrollarse a partir de los enunciados de los párrafos anteriores.”* (artículo 4 Ley 7494). Así las cosas se entiende que la materia de contratación administrativa se rige por una norma especial que establece las particularidades que debe seguir el procedimiento para la adquisición de bienes y servicios y respecto a la cual se debe sujetar toda norma de inferior rango. Ahora bien, el Reglamento de SICOP (Decreto Ejecutivo N° 41438-H), tiene por objeto la regulación de ese sistema electrónico, por lo que resulta de acatamiento obligatorio en la ejecución de todo procedimiento de contratación administrativa que se ejecute por medio de esta plataforma.. En este orden, debe atenderse lo establecido en el artículo 2 de dicha reglamentación , que establece expresamente lo siguiente: *“La aplicación de este Reglamento no exime a la institución usuaria de cumplir también las responsabilidades y los procedimientos dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento o en la normativa especial que regule la materia de compras de cada institución usuaria; por lo tanto, este Reglamento debe interpretarse de forma integrada con las demás normas que regulan la*

contratación administrativa, de manera que todo aquello que no se encuentre regulado expresamente en el mismo se regirá por el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y la normativa especial aplicable a la institución usuaria. Lo estipulado en el presente Reglamento prevalecerá sobre otras normas de igual o menor rango que regulen el uso de medios electrónicos; por lo tanto, las instituciones usuarias deberán velar porque su normativa interna sea acorde con lo dispuesto en el presente Reglamento". Igualmente dentro del Reglamento de SICOP se definen aspectos relacionados con la aplicación de dicho sistema, tales como la oferta electrónica, artículo 3.28, que la describe como "*Manifestación de voluntad del oferente, emitida mediante un formulario electrónico y utilizando la firma digital certificada, dirigida a la institución usuaria con el fin de participar en un procedimiento de contratación administrativa*"; y también el artículo 11 se refiere a otros documentos adicionales a la oferta que no están disponibles en formato electrónico o que no cuentan con firma digital certificada, respecto a lo cual señala: "*Todos los documentos que se adjunten a los formularios y los documentos electrónicos disponibles en SICOP, o bien, que se agreguen al expediente electrónico deben ser documentos electrónicos suscritos mediante firma digital certificada. En los casos en los que el documento original no esté disponible en documento electrónico o no cuente con firma digital certificada, éste se debe incluir como un archivo en el formato PDF o según lo disponga el cartel de la contratación respectiva. (...)*". Con esto se evidencia la procedencia de incorporar documentos adicionales a la oferta electrónica incorporada a SICOP, y que como tales pueden formar parte de esta, sin que sea procedente el argumento del recurrente en el sentido que solo el formulario de oferta es lo que debe considerarse prescindiendo de cualquier otra información anexa, lo cual no solo no es establecido de esa forma por el Reglamento en cuestión, sino que además, atenta contra la disposición misma del artículo 66 del RCA al establecer la integridad de la oferta, compuesta por todos aquellos documentos necesarios que conformen la expresión de voluntad del oferente. Es por ello que en criterio de este Despacho, el hecho que en el Reglamento de SICOP se regule la forma de presentar la oferta en dicha plataforma, así como todo lo inherente a su tramitación, ello no supone ni una sustitución ni mucho menos una derogación tácita del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, más bien el artículo 2 antes citado remite a estas disposiciones y las de la Ley, en lo no regulado en aquél. Ahora bien, en el caso en estudio se cuestiona la prevalencia de la oferta electrónica respecto a la documentación adjunto a la misma, respecto a lo cual, si bien no se desconoce la aplicación del Reglamento de SICOP en lo que resulte

pertinente, lo cierto es que el análisis a realizar debe ir más allá de dicha normativa y considerar la totalidad de las normas y principios de la materia, tal como se ha venido señalando.. Es por ello, que más allá de la referencia expuesta en la oferta electrónica propiamente dicha, la documentación anexa constituye también información que forma parte de esta, bajo esa integración que menciona el artículo 66 antes citado.. Debe considerarse que el Sistema de Compras Públicas SICOP constituye un expediente electrónico que permite completar las ofertas mediante la utilización o inclusión de documentos anexos en formatos pdf y otros (ver artículo 11 Reglamento SICOP). Así las cosas, de la revisión integral de la oferta presentada por la empresa adjudicataria, se tiene que más allá de la oferta electrónica suscrita en SICOP, se aporta otra información que incorpora datos del oferente, descripción del bien, tipos de empaques, rotulación así como manifestaciones relacionadas con vigencia de la oferta, plazo de entrega, lugar de entrega, laboratorio fabricante, país de origen, forma de pago, y por supuesto el desglose de la oferta económica, que en el presente caso corresponde a: Precio CIF: 90%, Gastos Administrativos: 2% y Utilidad 8% (ver hecho probado N° 2). Esta información desde luego forma parte de la oferta, sin que pueda entenderse que por no estar en el formulario inicial de oferta no sea parte de esta, véase que el mismo reglamento permite su incorporación y como tal, debe ser analizada. Bajo esta línea de pensamiento tenemos entonces claramente dos manifestaciones contrarias en la misma oferta, una que se aparta del cartel, referida a la entrega en plazo y otra que sí se ajusta a lo requerido, sea por medio del Inconterm DDU entrega en Almacén Fiscal. Esta controversia es resuelta por el mismo RCA en su artículo 83, al indicar que *“Si una oferta presenta dos manifestaciones contradictorias entre sí, una que se ajusta al cartel y otra que no, se presumirá su ajuste al cartel (...)”* Por otra parte, del presente análisis debe considerarse, en los términos referidos anteriormente, que la oferta presentada por CEFA presenta el desglose del precio (Precio CIF: 90%, Gastos Administrativos: 2% y Utilidad 8%) –ver hecho probado N° 2-, sin que de la misma se desprenda la inclusión del Costo de Internamiento descrito en la nota establecida en el cartel para el Incoterm y Lugar de Entrega, bajo el entendido que las ofertas presentadas en *“Plaza”* deben considerar la inclusión de dicho costo, situación que no se da en la oferta de la adjudicataria y que además no ha sido cuestionado por la empresa recurrente al amparo de la carga de la prueba que sobre sí pesa y en los términos de fundamentación dispuestos en el artículo 185 RLCA. Aunado a lo anterior se tiene la expresa manifestación de la adjudicataria en el sentido que su oferta fue constituida con apego a lo dispuesto en el cartel de la licitación,

sea bajo DDU Incoterm 2000 destino final Almacén Fiscal Aduana Santamaría (ver la audiencia inicial concedida, expediente de apelación levantado por este Despacho bajo el número CGR-REAP-2021005321, folios 25 al 30 al cual se puede tener acceso en la página web institucional: www.cgr.go.cr en la pestaña “Consultas”, seleccionando las opciones “Consulte el estado de su trámite”, “Consulta de expediente electrónico” y “Consulta Pública”), lo cual evidencia que se trata de un error consignado en la oferta electrónica respecto a lo cual resulta aplicable lo señalado en el artículo 83 del RLCA antes citado. Así las cosas, en el caso concreto, debe prevalecer por encima de la manifestación del adjudicatario toda aquella información que integra y respalda su oferta, tal y como la oferta económica, en la que no consta en su desglose los costos de internamiento requeridos en el cartel en el caso de aquellas ofertas presentadas en plaza. Así las cosas, entiende este Despacho, de la revisión integral de la oferta así como en apego al principio de eficiencia que rige la materia que la oferta electrónica de la adjudicataria cuenta con dos manifestaciones contrarias entre sí, prevaleciendo la que se ajusta al cartel y sin que pueda prescindirse de la información anexa a su oferta principal incorporada desde oferta para ese cometido, teniéndose en consecuencia por correctamente cumplido el requisito cartelario, en cuanto al requerimiento bajo la modalidad DDU Incoterm 2000 Destino Final Almacén Fiscal Aduana Santamaría a partir de la información anexa incorporada y no en plaza como se indica en el SICOP. De conformidad con lo expuesto se **declara sin lugar** el recurso de apelación presentado. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; y 83,182 y siguientes de su Reglamento, **se resuelve: 1) DECLARAR SIN LUGAR el RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la empresa **DIFACE S.A.**, en contra del acto de adjudicación del **CONCURSO No. 2021ME-000023-0001101142** promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para la adquisición de *“ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA. ANIDULAFUNGINA 100MG. POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYEC FA DE 30 ML O CASPOFUNGINA 50 MG. POLVO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE Y CASPOFUNGINA 70 MG POLVO LIOFILIZADO PARA SOLUCIÓN INYECTABLE .FA.”*, acto recaído a favor de **CEFA CENTRAL FARMACEUTICA S.A.** por un

monto estimado anual de \$1.732.500, **ACTO QUE SE CONFIRMA. 2)** 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

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado



GVG/mtch
Ci: Archivo central
NI: 25805, 26023, 27657, 27946, 27952, 30917
NN: 17049(DCA-4235-2021)
G: 2021003049-2
Expediente: CGR-REAP-2021005321