

Emitir resolución de recursos

1. Generar resolución de recursos

| | | | |
|-------------------------------|---|-----------------------|-------------------------------------|
| Encargado | KAREN ZELMIRA QUIROS CASCANTE | | |
| Fecha/hora gestión | 05/02/2025 10:33 | Fecha/hora resolución | 05/02/2025 15:06 |
| * Procesos asociados | Recursos | Número documento | 8072025000000221 |
| * Tipo de resolución | Resolución de Fondo | | |
| Número de procedimiento | 2024XE-000081-0001101142 | Nombre Institución | Caja Costarricense de Seguro Social |
| Descripción del procedimiento | FUMARATO DE FORMOTEROL 12 MCG, POLVO PARA INHALACION ORAL CONTENIDO EN CAPSULAS PARA AEROSOL. FRASCO INHALADOR AEROLIZADO. CON 30 CAPSULAS (30 DOSIS) O FUMARATO DE FORMOTEROL. Código 1-10-23-7525 | | |

2. Listado de recursos

| Número | Fecha presentación | Recurrente | Empresa/Interesado | Resultado | Causa resultado |
|---|--------------------|--------------------------------------|---|----------------------|-----------------|
| 8122024000001022 <input checked="" type="checkbox"/> Línea 1 | 05/11/2024 16:58 | JULIO ANTONIO BARQUERO CORDERO | DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANONIMA | Con lugar (Ley 9986) | No aplica |

| | |
|--------------------------|---------------------|
| Resultado del acto final | Se anula Acto Final |
|--------------------------|---------------------|

3. *Resultando

I.- Que el cinco de noviembre de dos mil veinticuatro, la empresa DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA presentó ante esta Contraloría General recurso de apelación No. 8122024000001022 en contra del acto de adjudicación dictado a favor de PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA, en la Licitación del régimen especial de la Ley No. 6914, tramitado bajo el procedimiento No. 2024XE-000081-0001101142, promovido por la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), para adquirir fumarato de formoterol 12 mcg, polvo para inhalación oral contenido en cápsulas para aerosol. frasco inhalador aerolizado con 30 cápsulas (30 dosis) o fumarato de formoterol, código 1-10-23-7525.

II.- Que con auto No. 8052024000002211 de las nueve horas veinticuatro minutos del quince de noviembre de dos mil veinticuatro, este órgano contralor otorgó audiencia inicial a la CCSS y a PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA, para que se manifestaran sobre el recurso de apelación interpuesto. Dicha audiencia fue atendida por las partes, respectivamente, con los documentos No. 8062024000004310 y No. 8062024000004302, ambos ingresados en fecha veintisiete de noviembre de dos mil veinticuatro.

III.- Que mediante documento No. 8012024000000110 de las quince horas veintidós minutos del veintidós de noviembre de dos mil veinticuatro, la empresa DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA presentó documentación de prueba emitida por el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, la cual había ofrecido con la presentación del recurso de apelación.

IV.- Que mediante auto No. 8052024000002328 de las once horas cincuenta minutos del veintinueve de noviembre de dos mil veinticuatro, se otorgó audiencia a la CCSS y PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA, para que se refirieran a la prueba aportada por DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA. Dicha audiencia fue atendida por PANAMEDICAL con documento No. 8062024000004398 del cuatro de diciembre de dos mil veinticuatro; y por la CCSS con documento No. 8062024000004433 del seis de diciembre de 2024.

V.- Que mediante auto No. 8052024000002347 de las diez horas treinta y cinco minutos del cuatro de diciembre de dos mil veinticuatro, se otorgó audiencia a PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA, en relación a la confidencialidad del archivo comprimido "Panamedical de Costa Rica SA. Prueba confidencial.rar", el cual a su vez contiene los archivos identificados como "Prueba No. 6. Contrato entre Panamedical y Segex del 2 de febrero de 2023.pdf", "Prueba No. 9. Acuerdo de calidad entre Panamedical y Segex.pdf" y "Prueba No. 10. Anexo de Servicios Contratados del 23 de setiembre de 2021.pdf"; presentados con el documento No. 8062024000004302. Dicha solicitud fue atendida por PANAMEDICAL mediante documento No. 8062024000004399 de fecha cuatro de diciembre de dos mil veinticuatro.

VI.- Que mediante resolución No. 8042024000000294 de las veintiún horas cincuenta y dos minutos del nueve de diciembre de dos mil veinticuatro, de conformidad con los artículos 8 inciso c) y 15 de la LGCP, así como 30 del RLGCP, esta Contraloría General declaró la confidencialidad del archivo comprimido "Panamedical de Costa Rica SA. Prueba confidencial.rar", el cual a su vez contiene los archivos identificados como "Prueba No. 6. Contrato entre Panamedical y Segex del 2 de febrero de 2023.pdf", "Prueba No. 9. Acuerdo de calidad entre Panamedical y Segex.pdf", y "Prueba No. 10. Anexo de Servicios Contratados del 23 de setiembre de 2021.pdf. Asimismo, se indicó a las partes y todos los interesados que el resumen del contenido de dichos archivos se encuentra disponible en el expediente del recurso.

VII.- Que a través del auto No. 8052024000002385 de las ocho horas cuarenta y ocho minutos del diez de diciembre de dos mil veinticuatro, se confirió audiencia especial a la CCSS, para que se refiriera sobre la respuesta de la adjudicataria al atender la audiencia inicial, y a la apelante DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA, para que se pronunciara sobre los alegatos que formularon las partes en su contra al atender la audiencia inicial. Dicha audiencia fue atendida por las partes, respectivamente, a través de documentos No. 8062024000004541 y No. 8062024000004555; ambos ingresados el diecisiete de diciembre de dos mil veinticuatro.

VIII.- Que mediante auto No. 8052025000000158 de las quince horas veintisiete minutos del veintiuno de enero de dos mil veinticinco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 inciso d) de la Ley General de Contratación Pública, así como el numeral 268 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, y tomando en consideración la complejidad del caso en trámite en virtud de los temas en discusión, este órgano contralor prorrogó por diez días hábiles el plazo para resolver.

IX.- Que de conformidad con lo establecido en el artículo 97 de la Ley General de Contratación Pública, siendo facultativa la audiencia final, 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.

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

4. *Considerando

4.1 - Hechos probados

I.- **HECHOS PROBADOS.** Los hechos que se han tenido por demostrados para efectos de la resolución, se han incorporado a la parte considerativa de la resolución con su respectiva referencia de prueba, para su ubicación en el expediente digital tramitado a través del Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP, a cuya documentación se tiene acceso ingresando a la dirección electrónica <http://www.sicop.go.cr/index.jsp>, pestaña expediente electrónico, digitando el número de procedimiento, e ingresando a la descripción del procedimiento de referencia.

4.2 - Recurso 8122024000001022 - DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANONIMA

Acto Final parcial o total por líneas - Argumento de las partes

Ver argumentos de las partes en el expediente electrónico del recuro en SICOP.

Acto Final parcial o total por líneas - Criterio CGR

Con lugar (Ley 9986)



II.- SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Según la letra del artículo 97 inciso c) de la Ley General de Contratación Pública (LGCP, Ley No. 9986), la Contraloría General de la República poseerá competencia para conocer los recursos de apelación interpuestos en casos de licitaciones menores promovidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, cuando se trate de lo regulado en el artículo 60 inciso d) de la LGCP, y, de la compra de medicamentos conforme a la Ley No. 6914, Reforma Ley Constitutiva Caja Costarricense de Seguro Social del 28 de noviembre de 1983, siempre que la estimación del concurso alcance el umbral previsto para la licitación mayor.

En este supuesto, se cuenta con la particularidad de que el umbral establecido en el artículo 36 de la Ley General de Contratación Pública, fue actualizado mediante la resolución R-DC-00123-2023 del 12 de diciembre de 2023, publicada en el Alcance No. 250 de La Gaceta No. 232 del 14 de diciembre de 2023, de manera que el umbral para las licitaciones mayores del régimen ordinario se encontraba en ₡235.035.033,00 colones; al momento del dictado del acto final que nos ocupa.

Así las cosas, en el asunto de marras la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) promovió el procedimiento No. 2024XE-000081-0001101142, para adquirir fumarato de formoterol 12 mcg, polvo para inhalación oral contenido en cápsulas para aerosol, frasco inhalador aerolizado con 30 cápsulas (30 dosis) o fumarato de formoterol, código 1-10-23-7525, modalidad de entrega según demanda, por un periodo de doce meses con posibilidad de prórroga de tres períodos iguales hasta un total de cuatro años, en cuyo acto de adjudicación que fue adoptado en Sesión Ordinaria No. 027-2024 del 22 de octubre de 2024, se indicó que se estimaba un monto máximo anual de \$1.646.100,00 (un millón seiscientos cuarenta y seis mil cien dólares, con cero centavos; moneda de curso legal de los Estados Unidos de América) (ver en pantalla pantalla Acto Final el archivo Acuerdo Artículo 2 Sesión O n. 027-2024.pdf (1.36 MB)).

Según lo anterior, al tratarse de un procedimiento según demanda, se tiene este como de cuantía inestimable, y en ese tanto, este órgano contralor resulta competente para conocer del recurso de apelación interpuesto.

III.- SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA.

Al atender la audiencia inicial, la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante PANAMEDICAL) reclama que la apelante FARMANOVA no cuenta con legitimación, en tanto no cotizó el precio conforme a las especificaciones del pliego, pues cotizó con el incoterm CIP que solo es transporte y seguro, en lugar del incoterm CIF que abarca costo, seguro y flete; razón por la cual afirma que se trata de un precio incompleto y, por ende, es insuficiente para hacerle frente a la presente contratación. Adicionalmente, alega que la apelante cotizó con un precio excesivo, mayor al de su representada.

Por su parte, la empresa DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante FARMANOVA) al atender la audiencia especial, rebatido indicando que su representada empleó CIP el cual incluye el precio de fábrica más fletes y seguros, por lo cual cumple con lo solicitado en el pliego. Explica que la diferencia entre el incoterm CIP y CIF es que el precio CIF el transporte únicamente se debe realizar por barco desde origen, mientras que el CIP el medio de transporte es multimodal, es decir el producto se puede transportar por medio terrestre, aéreo o una parte por barco; de manera que ambos Incoterms incluyen flete y seguro hasta las aduanas asignadas, valor aduanal del producto.

Finalmente, la Administración al atender la audiencia especial conferida señala que las ofertas presentadas tanto por FARMANOVA, como por PANAMEDICAL, cumplen, administrativa, técnica y financieramente, toda vez, que ofertan precios razonables; de forma tal que el estudio de razonabilidad no es debatido por la adjudicataria, por lo que existe falta de fundamentación en cuanto este aspecto.

Criterio de la División. Para efectos de la resolución de este punto, es necesario indicar en primer término qué reguló el pliego y luego verificar lo discutido por las partes. Así entonces, en este caso la cláusula 18 de las condiciones administrativas que conforman el pliego, dispuso que:

"18- DESGLOSE DE LA ESTRUCTURA DEL PRECIO / De conformidad con lo señalado en el artículo 42 de la Ley 9986 y Art. 102 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, en este apartado se consignan los términos del formato para la presentación de la estructura de precios, para los oferentes participantes. / Definiciones: / El desglose de la estructura de precios estará en concordancia las definiciones que a continuación se detallan: / Mano de Obra: Es el esfuerzo físico y mental que se pone al servicio de la fabricación de un bien o prestación del servicio. La mano de obra que se incluye en este rubro corresponde a la mano de obra directa. / Insumos: Se considera toda la materia prima que empleada en el proceso de fabricación del producto o prestación del servicio. / Gastos administrativos: Son todos los costos de producción que se consideran como parte del bien o servicio, no atribuibles a un contrato en particular, pero necesarios para efectuar los trabajos en general como, por ejemplo: salarios indirectos, depreciaciones, mantenimientos, alquileres, seguros de edificios, bodegas, predios, agua, luz, transporte y electricidad, entre otros. / Utilidad: Es la ganancia o lucro que percibe el oferente / contratista / Valor en Aduanas: es la sumatoria de los costos asociados al precio de fábrica, seguro y flete hasta el país de destino. Cuando el precio CIF sea diferente al Valor en Aduanas, regirá el Valor en Aduanas. Este valor está en concordancia con el artículo 254 de la Ley General de Aduanas. / Costo de Internamiento: corresponde a la suma del flete, seguro, bodegaje y honorarios de las agencias aduanales dentro del país de destino. Considera los costos relacionados desde el puerto hasta el destino de entrega. / [...] / b. Productos importados: Los oferentes deben presentar el desglose según se detalla a continuación:

| DESCRIPCIÓN | PORCENTAJE DEL PRECIO OFERTADO |
|------------------------|--------------------------------|
| Valor en Aduana* | 00.00% |
| Costo Internamiento | 00.00% |
| Gastos Administrativos | 00.00% |
| Utilidad | 00.00% |
| Precio ofertado | 100.00% |

Nota: *Entiéndase Valor en Aduana como la Base imponible del Valor Aduanero a nivel del Sistema Aduanero Nacional Costarricense, en concordancia con el Art. 254 del Reglamento a la Ley General de Aduanas. / **Nota Aclaratoria:** / - Si el oferente es fabricante directo o ensamblador del producto: Se ajustará a todos los elementos del costo indicados: Valor en Aduana, Costos de Internamiento, Gastos Administrativos y Utilidad. Adicionalmente deberá indicar el rubro correspondiente a la Mano de Obra Directa. / - Si el oferente es distribuidor deberá señalar: Valor en Aduana, Costos de Internamiento, Gastos Administrativos y Utilidad. / - Si el oferente es distribuidor, pero realiza algún cambio/modificación al producto ofrecido o ejecuta algún proceso adicional para comercializarlo en el país que implica la utilización directa de algún tipo de mano de obra, deberá justificar y señalar: Valor en Aduana, Costos de Internamiento, Gastos Administrativos y Utilidad. Adicionalmente deberá indicar el rubro correspondiente a la Mano de Obra Directa (debe detallar planillas que se aportan a la C.C.S.S, la cantidad de personal, perfiles ocupacionales, monto salario, horas dedicadas, desglose de cargas sociales y justificar otros rubros como aguinaldo, cesantía y cualquier otro costo asociado). / En cualquiera de los casos los oferentes deben ajustarse a los términos del INCOTERM y lugar de entrega señalado en el pliego de condiciones. / Se recuerda la potestad que tiene la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) de reservarse el derecho de requerir información una vez iniciado el proceso, solicitando la prueba documental correspondiente, así como la metodología de cálculo del porcentaje asignado dentro de la estructura de precio indicada por el oferente. / Dicho desglose es necesario para poder cumplir con la responsabilidad de la Administración de constatar la razonabilidad del precio conforme lo señalado por el artículo 9 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública y lo indicado por el artículo 102 Reglamento a la Ley 9986. Por tanto, el oferente deberá indicar dentro del desglose del precio, si este incluye impuestos que requiere exonerar. De no indicarlo se considera un precio neto." (ver pantalla Ingreso del pliego de condiciones, 2024XE-000081-0001101142 [Versión Actual] - 16/07/2024, y abrir archivo Condiciones administrativa versión 9 Ley 9986 2.pdf).

En el caso de marras, en fecha 30 de julio de 2024, la empresa DISTRIBUIDORA FARMANOVA S.A presentó su oferta económica, la cual en lo que interesa, señala:

"Oferta Económica: / Precio por Frasco: US\$7.20 / Monto en Letras: Siete dólares americanos con 20/100 / Desglose de Precio

| Descripción | Porcentaje del Precio Ofertado |
|---------------------------------|--------------------------------|
| Precio CIP | 92% |
| Costo Internamiento | 1% |
| Gastos Administrativos | |
| Salarios, Cargas, Viáticos 1,2% | |
| Gastos legales, garantías 0,5% | 2% |
| Patente Municipal 0,3% | |
| Utilidad | 5% |
| Precio Ofertado | 100% |

(ver en pantalla Resultado de la apertura, el archivo Oferta Fumarato Formoterol Firmada.pdf).

Conforme a lo anterior, consta a secuencia No. 1494093 (0672024114200773) de las 09:22 horas del 31 de julio de 2024, que la Administración emitió el estudio DABS-AGM-3245-2024 fechado 20 de agosto de 2024, en el cual concluyó que la oferta de FARMANOVA es razonable (ver en la secuencia No. 1494093, la pantalla Detalles de la solicitud de verificación, el archivo 2024XE-000081-0001101142 FUMARATO DE FORMOTEROL 12 MCG.pdf (256.55 KB)).

Lo anterior fue secundado en el informe de recomendación No. GL-DABS-1570-2024 fechado 02 de octubre 2024 y en al acto de adjudicación que fue adoptado en Sesión Ordinaria No. 027-2024 del 22 de octubre de 2024, publicado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) a las 14:32 horas del 24 de octubre de 2024 (ver pantalla Informe de recomendación de Acto Final el archivo GL-DABS-1570-2024 Informe Recomendación de adjudicación 2024XE-000081-0001101142.pdf (432.98 KB) y ver en pantalla pantalla Acto Final el archivo Acuerdo Artículo 2 Sesión O n. 027-2024.pdf (1.36 MB)).

Ahora bien, en relación a la falta de legitimación invocada por PANAMEDICAL en contra de FARMANOVA, es criterio de este órgano contralor que lo alegado adolece de una falta de fundamentación por los motivos que de seguido se explicarán. Al tenor de lo que manda el artículo 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP, Ley No. 9986), así como los numerales 246 y 262 párrafo final del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP, Decreto Ejecutivo No. 43808-H), la carga de la prueba recae en la parte adjudicada respecto de sus alegatos en el escrito de respuesta a la audiencia inicial; para lo cual deberá cumplir con la misma diligencia exigida para la interposición del recurso de apelación.

Si bien, en la cláusula 18 de las condiciones administrativas del pliego se estableció que el precio a cotizar debía ser con base en el incoterm denominado CIF, y que se ha constatado que en efecto, la empresa FARMANOVA cotizó haciendo uso del incoterm CIP, lo cierto es que PANAMEDICAL no ha fundamentado ni aportado prueba que demuestre que en la especie, el incumplimiento es trascendente y en consecuencia haría de difícil o imposible cumplimiento la ejecución o afectaría la consecución del fin público perseguido, esto en caso de que FARMANOVA se erigiera como adjudicataria.

Sostiene PANAMEDICAL que FARMANOVA no es elegible en tanto no cotizó el precio conforme a las especificaciones del pliego y dado que por definición los incoterms CIP y CIF son diferentes, se genera una distorsión en el precio de FARMANOVA, haciéndolo ruinoso o no remunerativo para el oferente. Asimismo, asegura que conforme a los artículos 1 y 8 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Ley No. 7475), así como los artículos 27, 86 y 254 de la Ley General de Aduanas (Ley No. 7557), la obligación tributaria aduanera aplicable es el valor CIF, valor de mercancía. Al respecto, PANAMEDICAL ofrece el documento MH-DGA-PRO09-INS-004 denominado Instructivo cálculo para la obligación tributaria para la importación de mercancías, versión 01 de agosto de

2023, y también, el documento PMD0109-DCI-ONNVA identificado como Manual de Procedimientos para la determinación del valor en aduana de mercancías amparadas a una Declaración Aduanera de Tránsito, pendiente de recibo en la Aduana de Destino, versión 01 de 2009: ambos publicados por el Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, este órgano contralor echa de menos en la contestación de la audiencia inicial de PANAMEDICAL, argumentos y elementos probatorios que demuestren que de haberse aplicado un incoterm de tipo CIF en lugar del CIP, el precio ofertado por FARMANOVA variaría de manera tal que, el resultado del análisis de razonabilidad DABS-AGM-3245-2024 fechado 20 de agosto de 2024, en el cual se concluyó que la oferta de FARMANOVA es razonable, sería distinto al grado de que la oferta fuera ruinosa y no podría cumplir con las obligaciones aduaneras, tal y como lo afirma. Tampoco demuestra mediante prueba idónea PANAMEDICAL, que el uso del incoterm CIP se encuentre prohibido o limitado en el ordenamiento jurídico costarricense.

Nótese que no basta para PANAMEDICAL con referenciar la existencia de una diferencia operativa entre los Incoterm debatidos, sino que debía demostrar con base en cálculos objetivos a través de prueba técnica pertinente, que de haberse aplicado el incoterm CIF al precio de su competidora FARMANOVA, efectivamente la distorsión del precio se generaba, y que dicha diferencia, además, hace ruinosa la oferta económica. En esos términos, de conformidad con los ordinales 8 inciso e) de la LGCP así como el 134 del RLGCP, debe favorecerse la conservación de los actos, de manera tal que los defectos subsanables y los incumplimientos intrascendentes no descalifiquen la oferta que los contenga.

Justamente, en la contestación de la audiencia inicial de PANAMEDICAL no se ofrecen cálculos que desvirtúen y demuestren la ruinosidad de la oferta de FARMANOVA por haber cotizado con un valor CIP en lugar de un CIF y el incumplimiento de obligaciones aduaneras, máxime que la Administración al atender la audiencia especial en relación a la respuesta de la actual adjudicataria, pese a que no se refiere al tema de los incoterms, mantiene el análisis de razonabilidad vertido durante el trámite del procedimiento.

Así, era deber de PANAMEDICAL demostrar su dicho y realizar el análisis de trascendencia de los incumplimientos endilgados a FARMANOVA, esto conforme al numeral 134 del RLGCP, a fin de sostener la exclusión de la plica de la apelante competidora (sobre el tema véase el precedente R-DCA-SICOP-01193-2023 de las 15:54 horas del 04 de octubre de 2023 reiterado en resoluciones R-DCP-SICOP-00440-2024 de las 14:49 horas del 01 de abril de 2024, R-DCP-SICOP-00511-2024 de las 12:39 horas del 11 de abril de 2024 y R-DCP-SICOP-00782-2024 de las 13:27 del 04 de junio de 2024).

Como corolario de lo dicho, de conformidad con los motivos de hecho y de derecho arriba expuestos, se declara **sin lugar la falta de legitimación** alegada por PANAMEDICAL en contra de FARMANOVA.

IV.- SOBRE EL FONDO DEL RECURSO. SOBRE LA FIGURA DE LA SUBCONTRATACIÓN

En lo que resulta de interés para la resolución del presente asunto, reclama la empresa DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante FARMANOVA) que la actual adjudicataria no indicó con su oferta el subcontrato que mantiene para la gestión de la bodega en la cual regencia sus mercancía, cuestión que estima no es subsanable.

Por su parte, la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante PANAMEDICAL) rebate indicando que se trata de un contrato general para el giro de su negocio, pero que dado que no fue un aspecto que haya sido prevenido por la Administración, subsana en fase recursiva el subcontrato para la bodega en la cual almacena sus productos. Alega además, que FARMANOVA tampoco suministró la información respecto de su subcontratista en aduanas.

Finalmente, la Administración no efectúa referencia en cuanto al tema de la subcontratación en concreto, pero manifiesta que dado que verificó que la actual adjudicataria PANAMEDICAL cumplía con los permisos para su operación en territorio nacional, estimó que la misma se encuentra ajustada con lo requerido en el pliego de condiciones.

Criterio de la División. Los artículos 49 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP, Ley No. 9986) y 133 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP, Decreto Ejecutivo No. 43808-H) establecen que el oferente podrá subcontratar hasta en un cincuenta por ciento (50%) del monto adjudicado, únicamente para la realización de cuestiones especializadas, lo cual no le releva de su responsabilidad. De manera tal que, los oferentes se encuentran obligados a aportar con la oferta, el listado de las empresas subcontratadas, con los nombres de todas las personas físicas y jurídicas con las cuales se va a subcontratar, incluyendo su porcentaje de participación en las prestaciones a realizar.

Asimismo, el artículo 133 del RLGCP determina que no se considera subcontratación, la adquisición de suministros, aun cuando éstos conlleven su propia instalación, ni tampoco los compromisos asumidos por cada uno de los participantes consorciados o que presentan oferta en conjunto. También, el artículo 122 del RLGCP establece que los oferentes deberán aportar toda la documentación requerida por la Administración en el pliego de condiciones, a fin de que la Administración contratante verifique el estado de las obligaciones del oferente y los subcontratistas.

Por otra parte, los artículos 95 inciso b), 97, 100, 102 y 119 de la Ley General de la Salud (LGS, Ley No. 5395) y los artículos 4.8 y 23.1.1 del Reglamento de buenas prácticas de almacenamiento y distribución de medicamentos en droguerías (Decreto Ejecutivo No. 37700-S), establecen que la importación, venta, expendio, manipulación y almacenamiento de todo medicamento queda sujeto a las exigencias generales legales y reglamentarias y a las restricciones que el Ministerio de Salud (en adelante MINSa) decreta para cada medicamento en particular,

entre otros, la obligatoriedad de la prescripción médica cuando proceda. Además, se dispone que cualquier actividad relacionada con el proceso de importación, almacenamiento y distribución de un producto farmacéutico que se delegue a otra persona o entidad, se deberá realizar de acuerdo a un contrato escrito establecido entre el contratante y el contratista. Todo lo cual estará sometido a la vigilancia y fiscalización del MINSA y el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica.

Así, consta en el expediente que, en fecha 30 de julio de 2024 la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA S.A presentó su oferta, en la cual no es posible ubicar indicación de la existencia de subcontratos para la ejecución del objeto licitatorio (ver en pantalla Resultado de la apertura, el archivo principal Oferta Fumarato de formoterol.pdf y archivos anexos). Señala FARMANOVA que, conforme a la información suministrada por el Colegio de Farmacéuticos, la omisión en la plica de PANAMEDICAL, de señalar el subcontrato que mantiene para la operación de su negocio, al ser un elemento esencial de la oferta, no permite subsanación, y por ende, resulta inelegible.

Ahora bien, mediante documento No. 8012024000000110 de las 15:22 horas del 22 de noviembre de 2024, la apelante FARMANOVA presentó prueba que había ofrecido en el escrito de apelación, gestionada ante el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica (en lo sucesivo COLFAR) (ver prueba aportada en el expediente del recurso de apelación a secuencia No. 8012024000000110).

De previo a abordar el contenido de la prueba traída por la apelante, para este órgano contralor resulta imperioso apuntar que, en cuanto al ofrecimiento de prueba efectuado por FARMANOVA con la interposición del recurso de apelación, el mismo resulta admisible, en los términos del artículo 246 del RLGCP.

Sobre la admisibilidad de la prueba, PANAMEDICAL arguye que la apelante FARMANOVA no presentó comprobante de su solicitud ante el Colegio de Farmacéuticos a fin de acreditar el objeto de la consulta y que había gestionado la misma previo a la presentación del recurso. No obstante, aprecia este órgano contralor que, atendiendo al principio de la buena fe objetiva, FARMANOVA había advertido desde la interposición del recurso, de la solicitud de prueba ante el COLFAR, la cual señaló seguía sin respuesta por parte de la corporación profesional, misma que al tenor de lo que señala el artículo 246 del RLGCP, ingresó en tiempo y forma con documento No. 8012024000000110 de fecha 22 de noviembre de 2024. Adicionalmente, cabe anotar que el COLFAR en oficio FPF-1449-11-2024 fechado 04 de noviembre de 2024, expresamente consignó que la solicitud había sido gestionada desde el 08 de octubre de 2024 y referenció cada uno de los puntos consultados por FARMANOVA, por lo que no se observan elementos que generen la inadmisibilidad de la prueba aportada por FARMANOVA.

Establecido lo anterior, con la prueba aportada con documento No. 8012024000000110, consta el oficio FPF-1449-11-2024 fechado 04 de noviembre de 2024 emitido por el COLFAR, en el cual se indica que PANAMEDICAL se encuentra habilitada para operar a través de terceros contratados, bajo las siguientes condiciones: *"FPF-1449-11-2024 / 04 de noviembre de 2024 / Señor Julio Barquero Cordero / FARMANOVA S.A / Presente / Estimado señor: / Reciban un cordial saludo de parte del Unidad de Fiscalización de la Práctica Farmacéutica del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica. / El pasado 08 de octubre de 2024, se recibe una solicitud de información sobre el establecimiento PANAMEDICAL DE COSTA RICA con número de OP 8563, Droguería. / Procedemos a brindar respuesta a cada uno de los puntos solicitados: / 1.- Solicitud de una copia certificada del acta de la Sesión Ordinaria No. 11-2024 del 27 de mayo de 2024 en donde la Junta Directiva de ese Colegio Profesional le otorgó a la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA el certificado de operación No. 8563 para la clase de DROGUERÍA. / R-/ Se adjunta certificación suscrita por la Dra. Erika Rodríguez Lizano, secretaria de la Junta Directiva del Colegio de Farmacéuticos, del Artículo 3 del acta de la sesión N° SO-11 del 27 mayo del 2024 donde consta la aprobación de la solicitud de renovación del establecimiento en cuestión. / 2.- Solicitud de copia certificada del expediente en el que se tramitó el otorgamiento a la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA del certificado de operación No. 8563, donde se incluya la información pública aportada por esta compañía. / R-/ Se adjunta en formato digital copia fiel de los originales, para uso informativo de los permisos de autorización, certificados de operación y regencia vigentes del establecimiento PANAMEDICAL DE COSTA RICA. / 3.- Solicitud de copia certificada del Formulario No. DF-DA-03 elaborado por esa Fiscalía, las actas y de cualquier otro documento en donde se acreditó el resultado de la inspección al edificio TORRE UNIVERSAL, PISO 18, OFICINA 06 ubicado en el Cantón de San José, Mata Redonda, que efectuó esta Fiscalía, previo a que la Junta Directiva de este Colegio concediera el certificado de operación No. 8563 a la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA. (Este es un requisito obligatorio de acuerdo con el inciso 4 del artículo cuarto del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados, Decreto Ejecutivo No. 16765 del 13 de diciembre de 1985 y sus reformas). / 4.- Solicitud de copia certificada de todos los documentos sobre inspecciones realizadas por parte de esa Fiscalía en el edificio TORRE UNIVERSAL, PISO 18, OFICINA 06 ubicado en el Cantón de San José, Mata Redonda donde opera la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA. Se procede a brindar respuesta al punto 3 y 4. / R-/ Esta Unidad ejecutó las fiscalizaciones correspondientes para la autorización del establecimiento tipo Droguería, las cuales, fueron realizadas por un fiscal adjunto del Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica, en las fechas 13-06-2022 y el 16-06-2022, quien en ejercicio de sus funciones da el visto bueno en el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Almacenamiento y Distribución-37700-S para el otorgamiento del certificado de Operación y Regencia por parte de la Junta Directiva en SO-13-2022. Así como fiscalizaciones posteriores en las fechas 11/10/2023 y 24/05/2024 en las que se mantiene el cumplimiento de las Buenas Prácticas de Almacenamiento y Distribución-37700-S. / 5.- Solicitud de copia certificada del diagrama actualizado de la distribución de áreas del edificio TORRE UNIVERSAL, PISO 18, OFICINA 06 ubicado en el Cantón de San José, Mata Redonda, donde opera la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA, que conste en este Colegio Profesional. (Este es un requisito del punto 12 del Reglamento de buenas prácticas de almacenamiento y distribución de medicamentos en droguerías, Decreto Ejecutivo 37700-S del 29 de enero de 2013). / 6.- Solicitud de copia certificada del diagrama actualizado de la distribución de áreas de cualquier otro lugar haya autorizado ese Colegio profesional para que realice sus operaciones la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA, diferente al edificio TORRE UNIVERSAL, PISO 18, OFICINA 06 ubicado en el Cantón de San José, Mata Redonda. / Se procede a brindar respuesta al punto 5 y 6. / R-/ Respecto a los diagramas mencionados tanto el del establecimiento PANAMEDICAL (sic) como los Diagramas de los terceros contratados por el establecimiento, se encuentran en cumplimiento. / 7.- Solicitud de copia certificada de los informes que haya realizado esa Fiscalía en instalaciones de contratista con los que la empresa PANAMEDICAL DE COSTA RICA mantenga alguna relación contractual vinculada al ejercicio de las operaciones avaladas por ese Colegio Profesional. / R-/ El establecimiento PANAMEDICAL DE COSTA RICA, mantiene contrato con otro establecimiento tipo Droguería, fiscalizado y verificado por esta Unidad, el cual se encuentra en cumplimiento del Buenas Prácticas de Almacenamiento y Distribución-37700-S. / [...] (resaltado es propio) (ver prueba aportada en el expediente del recurso de apelación a secuencia No. 8012024000000110).*

Concomitantemente, consta en la fase recursiva que con documento No. 8062024000004302 de fecha 27 de noviembre de 2024, al atender la audiencia inicial PANAMEDICAL señala que, al presentar la oferta, por error omitió la indicación del socio comercial Seginini Exportaciones Sociedad Anónima (SEGEX), el cual asume todas las labores relacionadas a aduanas, y en concreto, el servicio logístico de gestión de inventarios (almacenamiento y alisto de pedidos) de productos farmacéuticos; por lo que manifiesta que, en ese acto procede a efectuar el subsane de dicha condición, al no haber sido prevenido por la Administración (ver respuesta de PANAMEDICAL a la audiencia inicial y prueba aportada en el expediente del recurso de apelación a secuencia No. 8062024000004302).

Visto lo anterior, para este órgano contralor es posible concluir que: 1- PANAMEDICAL se encuentra habilitado por el COLFAR para operar el giro de su negocio droguería (importación, depósito, distribución y venta al por mayor de medicamentos, sin el suministro directo al público y la preparación de recetas); 2- PANAMEDICAL ostenta dicha habilitación al contar con un contrato con un tercero para realizar el almacenamiento y distribución, este último el cual ha sido autorizado y fiscalizado por el COLFAR; 3- PANAMEDICAL no indicó en su oferta que existiera algún subcontrato para efectos de la presente licitación; y, 4- Que de conformidad con el artículo 133 del RLGCP así como los numerales 4.8 y 23.1.1 del Decreto Ejecutivo No. 37700-S, el almacenamiento y preparación de pedidos que indica PANAMEDICAL, constituye un servicio especializado de frente a la eventual fase de ejecución, de manera que posee la naturaleza jurídica de subcontrato.

Sobre el particular, estima este órgano contralor que, lleva razón la apelante FARMANOVA en cuanto a la trascendencia de la no indicación del subcontrato con la oferta y que por ende, no es posible subsanar en esta etapa procesal. Así entonces, los artículos 49 de la LGCP y 133 del RLGC disponen la obligación de advertir e indicar desde la oferta la existencia de subcontratos para la venta de bienes o prestación de servicios, entendida la subcontratación como aquella actividad especializada delegada a un tercero, para el cumplimiento del eventual contrato con la Administración; subcontrato sin el cual, no sería posible la ejecución.

La obligación descrita antes no resulta inocua, pues no solo es de suma importancia para la gestión de riesgos por parte de la Administración y verificación de idoneidad de los oferentes y los subcontratistas conforme a las reglas de los artículos 49 de la LGCP y 133 del RLGC, así como el pliego de condiciones, sino que además, resulta indispensable para la verificación del cumplimiento de disposiciones legales para garantizar la transparencia, como lo son las contenidas en el Capítulo V de la LGCP relativo al régimen de prohibiciones.

En este caso, observa esta Contraloría General que la indicación de la existencia de un subcontrato con SEGEX no fue oportunamente indicada con la oferta por parte de PANAMEDICAL, lo cual imposibilitó a la Administración realizar la tarea de valorar todos los elementos para verificar la idoneidad del oferente y del subcontratista. En ese sentido, es notorio que la relación con la empresa Seginini Exportaciones Sociedad Anónima es clave para atender el objeto de la contratación, de forma que si no se trata de otras formas de participación (por ejemplo consorcios), se entiende que esa prestación específica para el cumplimiento de la contratación debió reportarse como subcontrato no sólo para que la Administración revisara su sustancialidad frente a la idoneidad del contratista sino también por otros temas complementarios como la verificación del régimen de prohibiciones.

Dicha indicación en los términos de los artículos 50 de la LGCP, 134 y 135 del RLGCP, no es susceptible de subsanación, en tanto se trata de un elemento esencial de la oferta que no permite un control posterior, razón por la cual la plica de PANAMEDICAL no es elegible. Precisamente, esta Contraloría de manera reiterada ha determinado que aquellos potenciales oferentes que participen en un proceso de licitación, suponen una idoneidad mínima para ejecutar las labores del objeto contractual, es decir, deben tener la capacidad de asumir la parte sustantiva del objeto contractual, sin que ello implique desconocer que en ocasiones se pueda recurrir a la figura de la subcontratación. Razón por la cual, el ofrecimiento de los subcontratistas, por mandato legal, debe constar desde la oferta, de forma tal que, la posibilidad de subsanar aspectos relacionados con la subcontratación, únicamente es plausible cuando los subcontratistas hayan sido propuestos desde la oferta con sus respectivos porcentajes de participación; por lo tanto, no resultaría válido, que ante la omisión total desde la oferta de un subcontrato, se pueda incorporar en un momento posterior, ya que se afectaría no solo la estructura de costos, sino también el esquema de negocio propuesto, lo cual inexorablemente implica una variación de los elementos esenciales de la oferta, que coloca al oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida (sobre el particular véanse las resoluciones R-DCA-SICOP-00343-2023 de las 13:34 horas del 07 de marzo de 2023, R-DCP-SICOP-00847-2024 de las horas del 14 de junio de 2024, y, R-DCP-SICOP-00163-2025 de las 16:48 horas del 29 de enero de 2025).

Al respecto, PANAMEDICAL al atender la audiencia conferida sobre la prueba, mediante documento No. 8062024000004398 de fecha 04 de diciembre de 2024, señaló que en su estructura de costos el porcentaje de internamiento corresponde al 10%, el cual asevera, tiene correspondencia con el porcentaje de subcontratación con SEGEX, y que como consecuencia el porcentaje de subcontratación es de 10%. Con base en ello, asegura que al encontrarse SEGEX inscrito en el Registro de Subcontratistas, al no variar el precio y no superar el 50% del porcentaje de subcontratación máximo, no existe ventaja indebida, tal y como ya lo había señalado al atender la audiencia inicial (ver respuesta de PANAMEDICAL a la audiencia inicial y prueba aportada en el expediente del recurso de apelación a secuencia No. 8062024000004302, así como respuesta a la audiencia sobre la prueba, a secuencia No. 8062024000004398). No obstante, estima este órgano contralor que si bien las regulaciones en materia de salud permiten la contratación de terceros para la operación de las droguerías, ello no releva a los oferentes de señalar los subcontratos que mantengan para la venta de los bienes o prestación de los servicios, que resulten indispensables para la ejecución contractual. Se insiste en que, el señalamiento del subcontratista no sólo reviste interés en cuanto a la estructura de costos, sino además, resulta de vital importancia para la verificación del modelo de negocio propuesto y la gestión de riesgos asociados por parte de la Administración, la evaluación de la idoneidad del oferente y el subcontratista; así como el examen del régimen de prohibiciones; cuestiones que como se ha venido advirtiendo, no admiten una verificación a posteriori, al constituir elementos esenciales de la oferta.

Aunado a ello, en relación a la afirmación de PANAMEDICAL de que FARMANOVA tampoco suministró la información respecto de su subcontratista en aduanas, por lo que ambas empresas se encuentran en igualdad de condiciones dado que tienen un giro comercial y de importación similar, debe advertir esta Contraloría que no existe fundamento ni elementos probatorios que hayan sido ofrecidos por PANAMEDICAL a fin de acreditar su dicho, por lo que existe una falta de fundamentación sobre este punto.

Finalmente, en relación a los alegatos de PANAMEDICAL respecto del presunto cambio de teoría del caso de FARMANOVA con la presentación de dicha prueba, considera este órgano contralor que no le asiste razón. En ese sentido, la apelante FARMANOVA había indicado en el recurso de apelación que dado que no había indicación de la existencia de subcontrataciones por parte de PANAMEDICAL, partía de la presunción de que la adjudicataria prestaría los bienes por cuenta propia, y en virtud de ello, sus alegatos inicialmente giraron en torno a la suficiencia física de las oficinas de PANAMEDICAL. No obstante, con la emisión de la información por parte del COLFAR, es hasta ese momento que la apelante tiene acceso a la información que le permite tener el panorama completo del caso, cuestión que se vio reafirmada, dado que la propia PANAMEDICAL intentó subsanar en fase recursiva el subcontrato con su socio comercial SEGEX.

Así las cosas, se declara **con lugar** el recurso de apelación interpuesto por DISTRIBUIDORA FARMANOVA SOCIEDAD ANÓNIMA en contra de PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA. Por los motivos de hecho y derecho antes explicados, se declara inelegible la oferta de PANAMEDICAL DE COSTA RICA SOCIEDAD ANÓNIMA y se anula el acto de adjudicación que fue adoptado en Sesión Ordinaria No. 027-2024 del 22 de octubre de 2024, publicado en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) a las 14:32 horas del 24 de octubre de 2024. Deberá la Administración realizar nuevamente el análisis de las ofertas y adoptar la decisión que en derecho corresponda. Se omite pronunciamiento sobre los demás extremos alegados por las partes al carecer de interés para los efectos de lo resuelto en la parte dispositiva de la presente resolución.

5. Aprobaciones

| | | | |
|--------------------------------|---|-----------------------------|-------------------------------------|
| Encargado | FERNANDO MADRIGAL MORERA | Estado firma | La firma es válida |
| Fecha aprobación(Firma) | 05/02/2025 10:56 | Vigencia certificado | 17/05/2024 15:22 - 16/05/2028 15:22 |
| DN Certificado | CN=FERNANDO MADRIGAL MORERA (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=FERNANDO, SURNAME=MADRIGAL MORERA, SERIALNUMBER=CPF-02-0652-0911 | | |
| CA Emisora | CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017 | | |

| | | | |
|--------------------------------|---|-----------------------------|-------------------------------------|
| Encargado | ADRIANA PACHECO VARGAS | Estado firma | La firma es válida |
| Fecha aprobación(Firma) | 05/02/2025 10:59 | Vigencia certificado | 26/07/2022 13:17 - 25/07/2026 13:17 |
| DN Certificado | CN=ADRIANA PACHECO VARGAS (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=ADRIANA, SURNAME=PACHECO VARGAS, SERIALNUMBER=CPF-01-0960-0433 | | |
| CA Emisora | CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017 | | |

| | | | |
|--------------------------------|---|-----------------------------|-------------------------------------|
| Encargado | ALFREDO AGUILAR ARGUEDAS | Estado firma | La firma es válida |
| Fecha aprobación(Firma) | 05/02/2025 15:06 | Vigencia certificado | 16/11/2023 15:59 - 15/11/2027 15:59 |
| DN Certificado | CN=ALFREDO AGUILAR ARGUEDAS (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=ALFREDO, SURNAME=AGUILAR ARGUEDAS, SERIALNUMBER=CPF-01-1249-0197 | | |
| CA Emisora | CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017 | | |

6. Notificación resolución

| | | | |
|---|------------------------|---------------------------|------------------|
| Fecha/hora máxima adición aclaración | 10/02/2025 23:59 | | |
| Número resolución | R-DCP-SICOP-00211-2025 | Fecha notificación | 05/02/2025 16:40 |