

R-DJ-310-2010

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División Jurídica. San José, a las nueve horas del cinco de julio del dos mil diez. -----

Recurso de objeción al cartel interpuesto por Praxair Costa Rica S.A., en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2010LN-000006-2208 promovida por el Hospital San Vicente de Paúl, Heredia, para el suministro de gases medicinales y oxígeno líquido. -----

I. POR CUANTO: Praxair Costa Rica S.A interpuso en tiempo su recurso de objeción contra el cartel de la citada licitación. -----

II. POR CUANTO: Mediante auto final de las 14:30 horas del veintitrés de junio de 2010 se confirió audiencia especial a la Administración con el objeto de que se refiriera al recurso interpuesto y remitiera copia completa del cartel. -----

III. POR CUANTO: El Hospital San Vicente de Paúl de Heredia atendió la audiencia conferida mediante oficio H.S.V.P-DG-2096-2010 de fecha 28 de Junio de 2010 y se adjuntó copia del cartel. -----

IV. POR CUANTO: RECURSO INTERPUESTO POR PRAXAIR COSTA RICA S.A.: A.)

Características de los Cilindros (Cláusulas vi y xiii): Objeta el recurrente en primer lugar que el Hospital solicita se le entregue en calidad de préstamo todos los cilindros que requiera para el suministro de los gases medicinales requeridos en el concurso, sin que se indique cuánta cantidad de cilindros requiere, ya que esto influye en el costo del servicio. La Administración se allanó a lo solicitado por el recurrente, con relación a la cantidad de envases que el Hospital requerirá, por lo que proceden a modificar el cartel en tal sentido.

Criterio del Despacho: Se aprecia de los argumentos esbozados por el objetante, que lo que se solicita es una aclaración al cartel con respecto a la cantidad de cilindros requeridos para el objeto contractual, sin presentar ningún argumento de objeción a la cláusula misma, siendo que en tal sentido, no se evidencia que se estén violentando los principios de contratación administrativa de libre concurrencia o participación, ni hay argumento alguno por parte del objetante a fin de demostrar que se le esté causando un perjuicio directo, por lo que procede rechazar de plano este extremo del recurso, en tanto debe tramitarse conforme lo dispuesto por el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. No obstante, visto el allanamiento hecho por la Administración, proceda la misma bajo su responsabilidad a incorporar dichas manifestaciones y cambios propuestos en el expediente administrativo del respectivo concurso, a fin de que todos los oferentes interesados en concursar tengan acceso a la información completa. **B.) Servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los envases.** En segundo lugar el objetante impugna que el Hospital solicita se le entregue en calidad de préstamo todos los envases que requiera sin costo alguno por concepto de depósito, pero de igual manera solicita el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de los cilindros sin costo, incluyendo limpieza y pintura. Por lo que solicitan que la cláusula de los envases se establezca como comodato oneroso, en el sentido de que si bien darán los envases en calidad de préstamo sin costo por concepto de depósito, sí cubra el Hospital los costos que involucra el normal uso y el maltrato a

que son sometidos los cilindros en su transporte y uso, en ese sentido manifiestan que deben pagar la suma de ¢3.000 para cubrir el mantenimiento preventivo y correctivo de los cilindros. La Administración no se allana, ya que el objeto de contratación corresponde a las cargas brindadas en los diferentes gases medicinales y no a los envases. Por lo tanto dicho préstamo no debe acarrear ningún costo adicional al hospital debido a que es responsabilidad absoluta del oferente brindar dicho mantenimiento preventivo y correctivo regido por la Asociación Americana de Gases Comprimidos, la cual establece estándares estrictos de calidad necesarios para que un cilindro circule en el mercado, garantizando que su uso no es de peligro para el paciente, tomando en cuenta que los mismos son utilizados en pacientes en estado de inmunosupresión, en condición delicada que se encuentran en los diferentes servicios del hospital. **Criterio del Despacho:** Analizados los argumentos esbozados por el objetante,, así como la posición adoptada por la Administración ante los mismos; debe hacerse primero que todo referencia a la importancia de la debida fundamentación del recurso de objeción y la relevancia de desvirtuar la presunción de validez del cartel. En ese sentido, estima este órgano contralor que no resulta suficiente el planteamiento de la recurrente en cuanto señala que, se establezca la cláusula de préstamo de envases como comodato oneroso, en el sentido de que el Hospital cubra los costos que involucren el normal uso y el maltrato a que son sometidos los cilindros en su transporte y uso, proponiendo que se pague un monto mensual de renta para cubrir el mantenimiento preventivo y correctivo de los cilindros por unidad. Lo anterior, por cuanto no se desprende del recurso cuáles son los argumentos bajo los que sustenta su impugnación, acreditando las razones por las que se estima una cláusula arbitraria, o bien, demostrando que el requisito resulta innecesario para los efectos de los fines que persigue la Administración o por qué resulta limitativo conforme las posibilidades del mercado. En ese sentido, se observa que el recurso de Praxair Costa Rica S.A.. carece de esa fundamentación indicada, y por el contrario la Administración licitante argumenta que la solicitud del mantenimiento preventivo y correctivo responde en principio, a normas mínimas y justificadas en tanto, los usuarios de este tipo de gases medicinales o oxígeno líquido, son pacientes que se encuentran en un grado delicado por ejemplo en el caso de pacientes con inmunosupresión. De igual manera, la Administración hace ver que no son apreciaciones antojadizas por parte de la Administración, sino que además de ser una necesidad garantizar un mínimo de normas a cumplir por parte del oferente en cuanto al mantenimiento preventivo y correctivo, existe norma técnica por parte de la Asociación Americana de Gases Comprimidos en este sentido, garantizando que su uso no es de peligro para el paciente, por lo que visto los argumentos procede declarar sin lugar este extremo del recurso. Sobre el punto en cuestión, resulta necesario indicar a la Administración que se incorporen al cartel las normas técnicas de la mencionada Asociación que se estarían requiriendo en este caso como un requisito de admisibilidad de las ofertas. Lo anterior, con la finalidad de que quede claro a todos los participantes cuáles son los parámetros técnicos objetivos que deben cumplirse en este caso para efectos de la ejecución. **C.) Visitas de mantenimiento preventivo (cláusula vii):** Manifiesta el recurrente que la

cláusula no tiene lógica en el caso de los cilindros dados en préstamo, ya que todo mantenimiento se efectúa en la planta del fabricante, además, debe indicarse en el cartel que el oferente debe adjuntar una rutina de mantenimiento para el tanque de oxígeno líquido propiedad del Hospital y establecer el costo mensual por concepto de este mantenimiento preventivo. La Administración no se allana a lo objetado y manifiesta que el mantenimiento preventivo de cilindros requiere de visitas trimestrales que corroboren el estado óptimo de los envases y adecuado funcionamiento de los servicios y el mantenimiento correctivo que es de suma importancia ya que en múltiples ocasiones los cilindros presentan fallas en las válvulas, acoples, volantes, entre otros. Con relación al tanque de oxígeno del hospital, se aclara que el mismo se encuentra en garantía siendo responsable la empresa constructora del gasto adicional. **Criterio del Despacho:** En relación con la cláusula impugnada, conviene señalar como se mencionó anteriormente, que no basta que el recurrente alegue que el requisito no resulta lógico en esos casos, sino que es preciso fundamentar debidamente el recurso, en aras de desvirtuar la presunción de validez que tiene el cartel. Es por ello que, a la hora de objetar, resulta necesario que se aporte la prueba que estime conveniente, a fin de demostrar como lo indica nuestro ordenamiento jurídico, que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración; requisitos de los cuales se observa que carece el recurso planteado por la empresa Praxair Costa Rica S.A. en el caso de marras, en la medida que se echa de menos la indicación de por qué razones resulta irrazonable, desproporcionado o impráctico, realizar con respecto al mantenimiento preventivo un mínimo de una visita trimestral según lo solicitado por la Administración. De esa forma, el recurso no hace mayor desarrollo respecto de las justificaciones por las cuáles el mantenimiento preventivo se efectúa o deba efectuarse siempre en la planta del fabricante y el por qué no pueda ser llevado a cabo en las instalaciones del Hospital licitante como se está solicitando, de igual manera, el recurso carece de prueba alguna, ni se observan razonamientos técnicos que fundamenten su posición en el sentido de que no se deba realizar el mantenimiento requerido en el Hospital; por el contrario, la Administración argumenta que es necesario garantizar el estado óptimo de los cilindros cada cierto tiempo, cláusula que no resulta injustificada en función de los pacientes que son los usuarios de este tipo de gases medicinales y oxígeno líquido; por lo que este órgano contralor estima que procede rechazar de plano el recurso por falta de fundamentación en este extremo. **D.) Características del transporte (apartado b) .** El recurrente manifiesta que el cartel requiere el suministro de gases medicinales y oxígeno líquido, los gases medicinales se suplen en camiones especiales para este transporte autorizado por el MOPT y los cuales deben tener rampa para bajar y subir los cilindros, sin embargo, el principal objeto del concurso es el suministro de oxígeno líquido que representa el 80% del monto total económico del concurso, por lo que riñe con la lógica y técnica no requerir por lo menos dos pipas que es el único medio de transporte del oxígeno líquido, debidamente autorizadas por el MOPT para su circulación en el territorio nacional. La Administración acepta lo pretendido por el objetante y modifica el cartel agregando “... y de dos pipas para el llenado del tanque de oxígeno líquido” **Criterio del**

Despacho: tomando en cuenta que la Administración se allana a la pretensión de la recurrente y pese a que este órgano contralor guarda sus reservas respecto a la fundamentación realizada en el recurso, en virtud de que no se evidencia en los argumentos ningún perjuicio ni limitación a la participación por parte del oferente, sino que por el contrario, se procede aún así, a declarar con lugar este extremo del recurso, quedando bajo absoluta responsabilidad de la Administración el allanamiento hecho. **E.) Obligaciones del oferente adjudicado (cláusula 9):** Al respecto el impugnante objeta que para el propósito de aplicación de la Ley No. 6038, lo que en la práctica opera es que el certificado de pureza lo firme únicamente el Regente Químico de la empresa, siendo impráctico e impediría el suministro oportuno del oxígeno presentar documentos refrendados por el Colegio. Siendo que el Regente Químico esté debidamente inscrito en el colegio respectivo. Por ello solicitan que el certificado de pureza del oxígeno debe estar debidamente firmado por el Regente Químico de la empresa, que debe estar debidamente registrado en el Colegio respectivo, debiéndose presentar con la oferta la constancia respectiva. La Administración se allana a lo pretendido por el impugnante pero en tal sentido modifica el cartel de la siguiente manera: *“El oferente y posteriormente el proveedor adjudicado deberá garantizar la pureza del oxígeno, mediante una certificación (original o copia), en idioma español, avalada por el Colegio Federado de Químicos e Ingenieros Químico y debidamente firmado por el regente químico de la empresa.”* **Criterio del Despacho:** En cuanto a la objeción presentada en este sentido, es necesario señalar que la Ley Orgánica Colegio Químicos e Ingenieros Químicos (Ley No. 6038), que menciona la firma recurrente, se encuentra **derogada**, por el artículo 111 de la Ley No. 8412 del 22 de abril de 2004 que corresponde a la nueva Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de CR, misma que se encuentra vigente. Por otra parte, en esta misma línea de argumentación, siendo que es la Ley No. 8412 la que aplica para el caso de marras y la objeción en estudio, se aclara que los artículos 94 y 95 de dicho cuerpo normativo, establecen: **“ARTÍCULO 94.- Firma y sello de documentos...** Los peritajes, dictámenes y cualquier otro tipo de informe realizados por los miembros del Colegio de Químicos, deberán llevar su firma y el sello del Colegio de Químicos.” Y por otra parte se indica **“ARTÍCULO 95.- Trámite de documentos....** Para ser tramitados por cualquier oficina pública, los dictámenes, las certificaciones, los reportes, las inscripciones o los registros de productos químicos, los análisis químicos y otros documentos que expresen con fe pública una verdad en las materias encomendadas al Colegio de Químicos, deberán llevar la firma de un miembro activo del Colegio de Químicos, el refrendo y el sello de este colegio” (el subrayado no es del original). Como se desprende de los numerales citados, los requisitos solicitados por el Hospital se ajustan al ordenamiento. En este sentido, no encuentra este Despacho que la Administración licitante no esté actuando conforme a la ley al solicitar dicho requisito dentro de las cláusulas del cartel, ya que existe norma expresa que regula e indica el procedimiento que se debe cumplir ante situaciones como la analizada en este caso, toda vez que lo pretendido es obtener una certificación de pureza del oxígeno que se

va a suministrar a la Administración licitante; por lo que procede declarar sin lugar el recurso interpuesto en este extremo, no obstante se hace la observación a la Administración, respecto al allanamiento hecho y los cambios propuestos en la cláusula 9 inciso c, en cuanto se agrega “...y **debidamente firmado por el regente químico de la empresa.**”, que queda bajo su absoluta discrecionalidad y responsabilidad los cambios que se realicen en este sentido; ahora bien, si subsiste alguna duda por parte de la Administración, respecto de la tramitación que se debe seguir para obtener una certificación de pureza del oxígeno líquido, deberá recurrir a la instancia competente, en este caso con el Colegio de Químicos, a fin de que se tenga claro el requisito que se debe solicitar en el cartel respecto a este punto. **F.) Sistema de ponderación (punto dos referente a la experiencia clínica).** En tal sentido el objetante alega que se están adquiriendo productos indispensables para conservar la vida humana por lo que la experiencia debe ser específica al objeto del concurso y no hablar de similares. Por lo que solicitan que los años de experiencia se establezca que la experiencia a considerar será en la venta específica de gases medicinales y oxígeno líquido. De igual manera indica que para efectos de pertinencia e igualdad de condiciones debe indicarse que la experiencia debe ser para Hospitales del sistema hospitalario Nacional u hospitales privados de Costa Rica, por otra parte, que la experiencia a considerar será por hospitales con igual o mayor suministro al requerido por el licitante, ya que no tendría lógica aportar experiencia de clínicas pequeñas que no tienen la complejidad ni cantidad de Consumo del Hospital San Vicente de Paúl. La Administración acepta lo pretendido por el objetante y modifica el cartel con relación al sistema de ponderación en el punto b de la siguiente manera “(2) *Experiencia clínica en años brindados para el suministro de Gases Medicinales y Oxígeno Líquido, máximo 20%...*” y agregando además “*Con relación a los años de experiencia se tomara en cuenta Hospitales tanto del sistema nacional como internacional, debido a que el Nuevo Hospital tendrá un perfil regional tipo B, esto por presentar un aumento significativo en la cantidad de especialidades médicas, además de que cuenta con la mejor tecnología a nivel centroamericano... Al haber una libre competencia este centro hospitalario se beneficiará:... Obteniendo una mejor calidad del producto, siendo indispensables para conservar la vida humana... Se adquiere mayor cantidad de producto a un mejor precio... Una adecuada atención a los usuarios en los diferentes servicios del hospital, de acuerdo al interés público apegado a la ley.*” **Criterio del Despacho:** En relación con la objeción planteada en este punto, no se aprecia que se esté limitando la participación al oferente o que con dicho sistema de ponderación se contravenga alguno de los principios de la contratación administrativa, sino que lo pretendido por la firma recurrente es precisamente una sugerencia para la Administración licitante. Al respecto, debe indicarse que la definición de los parámetros de evaluación es parte de la discrecionalidad con la que cuenta la Administración para definir las reglas del concurso de frente a sus necesidades; por lo que este órgano contralor estima que procede rechazar de plano el recurso en este punto. No obstante, la Administración licitante se allanó a lo pretendido por la firma recurrente, por lo que proceda la Administración bajo su propia responsabilidad, a realizar la modificación

pertinente conforme los términos que dispone el artículo 60 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **G) Pruebas hidrostáticas (punto 3 del sistema de evaluación).** Refiere el objetante que se está dando puntaje a algo que por motivos de seguridad debe obligatoriamente disponer el oferente, osea el banco de pruebas hidrostáticas. El contar con un banco de pruebas hidrostáticas debe ser un requisito de admisibilidad, no un punto ponderable. Por lo que recomiendan esos 10 puntos se den a experiencia positiva. La Administración licitante no se allana a lo pretendido por el objetante, en defensa refiere que en relación con las pruebas hidrostáticas, es de carácter obligatorio que cada empresa cuente con un banco para realizar dichas pruebas, lo cual permita realizar chequeos continuos para evidenciar el óptimo funcionamiento de los cilindro que salen al mercado, garantizando productos de excelente calidad que no producirán daño a los pacientes. Dichas pruebas son establecidas por la Asociación Americana de Gases Comprimidos y esta solicitud es formulada en la ficha técnica del punto 1 en el apartado iv; pero decide la Administración en ese sentido para mejor comprensión de la ficha técnica agregar lo siguiente: ***“El oferente adjudicado debe garantizar que cada cilindro debe contar con las pruebas hidrostáticas según su período de vigencia en el mercado”***. **Criterio del Despacho:** En relación con la cláusula impugnada, como bien se ha indicado en líneas anteriores, conviene señalar que no basta que el recurrente alegue que debe ser un requisito de admisibilidad y no ponderable, sino que es preciso fundamentar debidamente el recurso, en aras de desvirtuar la presunción de validez que tiene el cartel. Es por ello que, a la hora de objetar, resulta necesario que se aporte la prueba que estime conveniente y no sólo su opinión, en tal sentido pueden ser criterios o normas técnicas que fundamenten que las pruebas hidrostáticas deben ser requisito de admisibilidad y no de ponderación; requisitos de los cuales se observa que carece el recurso planteado por la empresa Praxair Costa Rica S.A. en el caso de marras. Lo anterior, considerando quese echa de menos la indicación de por qué razones resulta desproporcionada o irrazonable el sistema de ponderación cuestionado. En ese sentido, el recurso no hace mayor desarrollo respecto de las justificaciones por las cuáles el sistema de ponderación contraviene los principios de la contratación administrativa, o bien, causa un perjuicio a su participación como potencial oferente. Tampoco se aprecia ninguna consideración respecto que el factor calificado no genere ninguna ventaja comparativa entre ofertas (trascendencia del sistema de evaluación) o resulte un valor agregado para los fines de la contratación; por lo que este órgano contralor estima que procede rechazar de plano el recurso por falta de fundamentación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política; 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa, 51, 170 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa **se resuelve: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción, interpuesto por la **empresa Praxair Costa Rica S.A.**; **2) Proceda** la Administración a

realizar las modificaciones al cartel indicadas en esta resolución, observando lo dispuesto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Licda. Karen Susana Zamora Gallo
Fiscalizadora Asociada

KSZG/fjm

NN: 06429 (DJ-2690-2010)

NI: 12021, 12436

G: 2010001624-1