

R-DCA-585-2013

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

Recurso de objeción interpuesto por Atlántica Medical AML, S. R. L, en contra del cartel de la Licitación Pública N° 2013LN-0000019-05101 promovida por la Caja Costarricense de Seguro Social para la adquisición de bolsas de colostomía cerradas para adultos, sistema dos piezas medidas para estomas de 59 mm+/- 3mm. -----

I. POR CUANTO: Atlántica Medical AML, S. R. L presentó oportunamente ante este órgano contralor, recurso de objeción contra el cartel de la Licitación Pública 2013LN-0000019-05101, promovida por la Caja Costarricense de Seguro Social para la adquisición de bolsas de colostomía cerradas para adultos sistema dos piezas medidas para estomas de 59 mm+/- 3mm.-----

II. POR CUANTO: Mediante auto de las quince horas con treinta minutos del dieciséis de setiembre de dos mil trece se otorgó audiencia inicial a la Administración licitante para que se refiriera al recurso y remitiera copia del cartel, audiencia que fue atendida mediante oficio sin número de fecha 19 de setiembre de 2013, donde adjuntan copia los oficios ALDI-1472 y CTO-050-2013.-----

III. POR CUANTO: SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO: El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto a la fundamentación, apunta: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia.”* Al respecto, este órgano contralor en la resolución R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, señaló: *“... no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: “(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respecto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable “acomodo” a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso*

específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente” (RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. Lo anterior, tomando en consideración que como resultado del fin público que en principio, persiguen los actos administrativos, estos se presumen dictados en apego al ordenamiento jurídico. [...] el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. [...] En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público.” De frente a lo expuesto, se analizarán alegatos expuestos en el recurso. -----

IV.- SOBRE EL FONDO. 1) Sistema de evaluación para evaluar las muestras: El recurrente cuestiona el procedimiento que se utilizará para evaluar las muestras porque considera que no se garantiza la transparencia ni una sana participación, por lo que solicita se regulen y se identifiquen, tanto parámetros como métodos e instrumentos de cuantificación para evaluar las muestras, con el objeto que se incluyan en el cartel las reglas técnicas y/o científicas con las que van a medir objetivamente las características del objeto licitado. Ello, a efecto de no realizar una evaluación basada en mera apreciación organoléptica subjetiva y discrecional y, donde el criterio de experto sea aplicado a un acto administrativo mejor fundamentado en un contexto razonable, técnico, transparente y objetivo y, por ende, menos subjetivo, tangible y arbitrario. **La Administración** rechaza la pretensión de la empresa objetante y señala que el análisis de la medición de cada parche en su aro y su medida recortable se realiza según el sistema métrico internacional y en cuanto a la valoración de textura el análisis se efectúa en base a la superficie rugosa o lisa que tenga el material. Agrega que la Comisión realiza pruebas al parche donde mide el

grosor, con sistema métrico y lo coloca en diferentes materiales para probar su adhesividad, e indica que el análisis que realiza a las muestras se fundamenta en el conocimiento que tiene cada uno de los miembros en la práctica con los pacientes, criterios que no son abstractos ni subjetivos porque utiliza el mismo criterio técnico para todas las ofertas. Además, señala que se convoca a los oferentes según el orden de presentación de ofertas para el mismo día y hora para la revisión de las muestras, proceso que se aplica en igualdad de condiciones para todos los oferentes según las normas administrativas. **Criterio para resolver:** El extremo principal de este punto del recurso gira en torno a que se incluyan en el cartel parámetros, métodos e instrumentos de cuantificación para evaluar las muestras, con la finalidad que dicho análisis sea más objetivo y que no se realice por medio de *“una mera apreciación organoléptica subjetiva y discrecional”* de la Comisión Técnica. Como punto de partida, resulta conveniente señalar que al momento de elaborar el cartel, la Administración goza de amplias facultades discrecionales para fijar en el pliego de condiciones aquellos requerimientos que a su juicio, vienen a satisfacer de la mejor manera sus necesidades, por lo que los potenciales oferentes son los llamados a ajustarse a las necesidades plasmadas en el pliego de condiciones y no a la inversa, o sea, no es la administración licitante la que debe acomodar el cartel a las posibilidades del mercado. Las cláusulas cartelarias deberán ser removidas en los casos en que violenten normas o principios de la contratación administrativa o que de modo arbitrario limiten la participación. Por otra parte, visto el recurso planteado, se observa que se formulan una serie de interrogantes que en sí mismas no pueden tenerse como fundamento suficiente para dar cabida a una modificación del cartel. Si bien el objetante indica que la forma de valorar las muestras podría reñir con el principio de equidad y que los criterios de la comisión podrían apartarse de la objetividad, es lo cierto que la Administración señala que *“...TODAS LAS EMPRESAS PROVEEDORAS SON FIJADAS PARA LAS MISMAS FECHAS DE REUNIÓN, LAS MISMAS HORAS Y EN EL MISMO LUGAR, SE REVISAN SEGÚN EL ORDEN QUE ENTRARON A LA INSTITUCIÓN Y SU VALORACIÓN ES IGUAL PARA TODOS LOS PRODUCTOS Y SEGÚN LAS ACTAS DE CADA REUNIÓN EN TODAS LAS APERTURAS Y VALORACIONES DE INSUMOS...”* (folios 36 y 37 del expediente de la objeción), de donde se extrae que las partes al estar presentes al momento de la valoración, de lo que se levanta un acta. Con el fin de contar con un cartel claro y que todas las partes sean conocedoras de las reglas del concurso, deberá incorporarse al cartel la posibilidad de que los oferentes estén presentes cuando se valoran las muestras, según lo indicado por la Administración al atender la audiencia que le fue conferida. Por otra parte, según señala la entidad licitante, también se hacen mediciones de cada parche en su aro y su medida recortable según el sistema métrico, lo cual da objetividad. Así las cosas, estima que en lo restante de este punto del recurso no lleva

razón el objetante en el tanto la valoración se hace por una comisión -y como tal no es conformada por sólo un miembro- la cual debe motivar sus actuaciones por medio de acto donde deben constar las razones por las cuales rechazan o no una muestra. En consecuencia, por la falta de fundamentación y por las razones expuestas, se declara sin lugar este extremo del recurso.

2. Vencimiento del producto: El recurrente solicita que se permita un plazo menor para el vencimiento del producto licitado y, para ello, propone un período de vencimiento del producto de 24 meses +- 4 meses, ya que no todos los fabricantes estandarizan la duración de la esterilización a un plazo tan amplio, lo que impide la participación de oferentes cuyos productos no alcanzan este plazo requerido. **La Administración** no se acepta la modificación planteada porque señala que si la fecha de vencimiento es inadecuada, los pacientes se ven afectados porque la efectividad se altera menoscabando su función inicial. Expone, que el consumo de este insumo es para cubrir 12.25 meses de consumo; sin embargo, su uso es para pacientes enfermos aleatorios y si por alguna razón hay variaciones de consumo, no se pueden desechar los productos por llegar su vencimiento sin uso, actuación que en estos momentos, se está tratando de evitar para que se no pierdan recursos públicos, sumado a que es riesgoso y peligroso para los pacientes que no se dé un rango razonable de tiempo para estos parches, bolsas y accesorios, por lo que disminuir el rango implicaría que la fecha de vencimiento estaría más cerca de afectar el producto. **Criterio para resolver:** Vista la respuesta de la entidad licitante, se observa que expone razones que le llevan a formular el requerimiento que se objeta, de modo que no se considera que exista un uso abusivo de la discrecionalidad administrativa. Aplica aquí lo señalado en cuanto al deber de fundamentar las acciones recursivas, y se reitera que es el recurrente el llamado a adaptarse a las necesidades de la Administración y no a la inversa. En consecuencia, se declara sin lugar este punto del recurso.

3. Empaque secundario: El recurrente solicita se amplíe la escala de empaque de 180 a 720 bolsas, ya que no todos los fabricantes tiene como su cartón de empaque secundario una caja de 300, 500, 600 o 720, con la finalidad que la Administración cuente con una mayor cantidad de oferentes, sumado a que el producto que pretende ofertar las cajas son empacadas en cartones de 180 unidades. **La Administración** se allana a la petitoria de la objetante, en el sentido que se modificará la ficha técnica para que el rango para el empaque secundario sea de 180 a 720 bolsas. **Criterio para resolver:** Siendo que la Administración acepta modificar el cartel en la forma indicada por la objetante, se declara con lugar este extremo del recurso, pero se advierte que para ello se parte del supuesto que la Administración licitante valoró la conveniencia de introducir modificaciones al cartel y que de este modo se satisfacen adecuadamente sus necesidades,

4. Códigos de barras: El recurrente solicita que se aclare y se exima de la presentación de código de barras al complemento de las bolsas, dado que la costumbre de la Administración licitante ha sido ingresar

al inventario únicamente las bolsas, insumo que es controlable bajo la codificación institucional. **La Administración** indica que para el empaque primario se exonera del código de barras solo en el complemento de la bolsa de colostomía, pero para el empaque primario y secundario se mantiene el código GS1-128 para el producto “*Bolsas de colostomía cerradas para adultos, sistema de dos piezas, con medidas para estomas 59 mm, +-3 mm*”. **Criterio para resolver:** Visto el allanamiento por parte de la Administración, y partiendo de que la entidad licitante aclara que el código de barras GS1-128 aplica solo para el complemento de la bolsa del empaque primario, donde estimó que con la modificación cartellaria se satisfacen adecuadamente las necesidades, se impone declarar con lugar este extremo del recurso.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo establecido en los artículos 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa; 170 y siguientes del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: **SE RESUELVE: 1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso interpuesto por Atlántica Medical AML, S.R.L en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2011LN-0000019-5101 promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para adquisición de bolsas de colostomía cerradas para adultos, sistema dos piezas medidas para estomas de 59 mm+/- 3mm. **2)** Proceda la Administración a efectuar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, observando lo dispuesto en el numeral 172 del RLCA. Se da por agotada la vía administrativa.-----
NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

MCHA/ksa
NN: 10279 (DCA-2352-2013)
Ni: 21828, 22479
G: 2013002697-1