

R-DCA-758-2013

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

Recurso de objeción interpuesto por la empresa **Nutricare S. A.**, en contra del cartel de la **Licitación Pública 2013LN-000025-05101**, promovida por la **Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS)** para la adquisición de bolsas para nutrición enteral.-----

I. POR CUANTO: El recurrente, el veinte de noviembre de dos mil trece presentó ante esta Contraloría General recurso de objeción en contra del cartel de la referida licitación pública 2013LN-000025-05101.--

II. POR CUANTO: Mediante auto de las quince horas quince minutos del veintiuno de noviembre de dos mil trece, este Despacho concedió audiencia especial a la Administración para que se refiriera al recurso interpuesto y remitiera copia del cartel.-----

III. POR CUANTO: La Administración atendió la audiencia conferida, según oficio CRO-0314-2013.----

IV.-POR CUANTO: Sobre el fondo del recurso. 1) Punto 1, Especificaciones. Material EVA. Indica **el recurrente** que se permita también el material PVC, ya que el EVA es una alternativa de material para utilizar en bolsas parenterales. Señala, que por ser un concurso para bolsas para nutrición enteral, los protocolos de soporte nutricional no excluyen el uso del material PVC ni solicitan que se debe utilizar un material especial. Indica que se estaría ofreciendo una bolsa con material que no va a causar ninguna complicación en el paciente. Agrega, que las mismas sondas nasogástricas que compra la entidad y se utilizan en los servicios del hospital para pasar la nutrición son de material PVC. Por su parte **la Administración** no comparte el alegato, toda vez que considera que las ventajas que posee el etil vinil acetato (EVA) no son comparables con las otorgadas por PVC. Agrega, que no se aporta prueba técnica.

Criterio de la División: El artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) dispone: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración. Además debe 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”*

. En relación con lo anterior, esta Contraloría General ha señalado: *“De manera que, mediante la interposición de este recurso, los potenciales oferentes ayudan a la Administración en la formulación y depuración del pliego de condiciones; por ello son de importancia las razones que la Administración indique en defensa de las condiciones y requerimientos, pues es ella quién, en principio, conoce las necesidades que deben satisfacerse mediante el concurso que promueve, para lo que ha fijado el diverso clausulado cartelario, que debe contar con un adecuado sustento técnico y jurídico para que no devengan*

en arbitrarios. No obstante, esta posibilidad prevista por el artículo 81 de la Ley de Contratación Administrativa debe ejercerse en forma sustentada, pues quién afirma posee la carga de la prueba. Al respecto ha indicado este Despacho que: "...por el contrario, el recurrente se limita a indicar las características de su equipo, sin dar mayor detalle. Al respecto, en resolución R-DAGJ-13-2004 de 8:30 horas del 14 de enero del 2004, señalamos lo siguiente: "... ha de reiterarse la naturaleza que tienen tanto el cartel como el recurso de objeción al cartel. Se presume que la función administrativa del Estado tiene un fin público y que por lo tanto sus actos (en este caso los carteles de una licitación) se presumen dictados apegados al ordenamiento jurídico y básicamente como instrumento de satisfacción de los intereses generales. De tal suerte que cada cartel lleva implícita la presunción de apego a los principios de la contratación administrativa y del resto del ordenamiento jurídico, siempre partiendo de la supremacía del interés general sobre cualquier otro. Sin embargo, es claro que no siempre las actuaciones administrativas son tan objetivas y, por lo tanto, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que sujetos particulares puedan impugnarlas con el afán de desvirtuar esa presunción, labor que, tal como se indicó líneas atrás, no es simple ya que más allá de las meras consideraciones que pueda tener el objetante se trata del ejercicio jurídico de un recurso procesal que debe estar acompañado de lo que podríamos llamar la carga de la prueba en materia de objeciones al cartel, es decir, para cuestionar y evidenciar que ese acto presuntamente apegado al interés general es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa el objetante está en la obligación de traer argumentos y pruebas –ambos- apropiados es decir que respalden su "mero dicho". Y es que acá debe partirse de otro elemento fundamental que conviene reiterar, los procedimientos de contratación administrativa no son concursos que han de ser abiertos a todo el mercado de manera irrestricta y por encima de las necesidades concretas que tiene cada entidad licitante; ello llevaría no solo al caos comparativo de ofertas que son diametralmente diferentes y por lo tanto incomparables, sino principalmente a un fuerte riesgo de afectación a la satisfacción de las necesidades públicas. En otros términos, la libre competencia y la igualdad de trato no han de ser entendidas como portillos irrestrictos para todo aquel que desee concursar, sino como un punto de sano y razonable equilibrio entre las verdaderas necesidades que debe satisfacer la Administración Pública y un trato justo y equitativo a todos aquellos potenciales oferentes que sí logran contribuir adecuadamente en esa delicada labor. En la práctica ese equilibrio, así como la justicia y equidad que ha de perseguir el ordenamiento jurídico se logra mediante la incorporación únicamente de cláusulas limitativas (o más bien delimitativas) que tengan el adecuado sustento técnico, legal y financiero pero concomitantemente mediante la posibilidad de revisar esas cláusulas, en aras de la adecuada satisfacción del interés general e igualmente mediante argumentos objetivamente fundamentados, que permitan el estudio del cartel no solo desde la perspectiva de los intereses particulares, sino primordialmente desde la óptica de la función social o colectiva que persigue

el Estado.” Lo anterior aplica al caso concreto y lleva a rechazar el recurso por carecer de la fundamentación adecuada que venga a demostrar las razones por las cuales se limita la participación del recurrente. Recuérdese que no basta con señalar las características del equipo que se está en capacidad de ofrecer y, con ese solo hecho, “fundamentar” el recurso. De frente al cartel de licitación, es preciso señalar los motivos por los cuales se estima existen cláusulas que en forma arbitraria limitan la participación. La Administración expone sus necesidades y, son los eventuales oferentes los que deben ajustarse a ellas, no a la inversa, sea, no es la entidad licitante la que debe ajustar el cartel a los bienes que ofrecen determinados proveedores.” (resolución R-DAGJ-685-2005 de las 12:15 horas del 13 de octubre de 2005). De esa forma, no existe un derecho a objetar sino en forma sustentada, indicando no solo las limitaciones a la participación sino también fundamentando apropiadamente tales aseveraciones, esto es, aportando la prueba pertinente que acredite las diversas afirmaciones que se hagan en el recurso.” (Resolución R-DAGJ-005 del 3 de enero del 2006). En ese sentido no basta con que un objetante señale su alegato, sino que éste debe estar debidamente fundamentado y acompañado de la prueba pertinente, cuando así se requiera. En el caso bajo estudio, el objetante se ha limitado a señalar que se permita otro material sin fundamentar ni presentar prueba técnica al respecto. No debe olvidarse que la Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo deben ser satisfechas, de modo que los potenciales oferentes deben ajustarse a tales requerimientos y no a la inversa, o sea, no es la entidad licitante la que debe adecuarse a las opciones que puedan brindar los eventuales proveedores. En consecuencia, ante la falta de fundamentación del recurso y al no lograrse demostrar que la norma cartelaria violente normas o principios de la contratación administrativa, procede **rechazar** este punto del recurso. **2) Punto 1, Especificaciones. Bolsas estériles.** Indica **el recurrente** que se permita dar bolsas limpias, ya que la esterilidad es una característica exclusiva para la administración de la nutrición parenteral. En el caso de las bolsas enterales, al ser el procedimiento de alimentación enteral limpio y no estéril, no hay ninguna implicación o riesgo para el paciente en utilizar bolsas limpias que estén debidamente selladas en su empaque unitario. **La Administración** señala que se requiere un material estéril, con el fin de disminuir al máximo la posibilidad de la contaminación en las preparaciones enterales para los pacientes que por su naturaleza se encuentran inmuno suprimidos. **Criterio de la División:** Al igual que lo expuesto en el punto anterior, se echa de menos la argumentación suficiente así como la probanza técnica de la firma objetante para respaldar su solicitud. Por otro lado, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ha manifestado la necesidad de que el material sea estéril con el fin de disminuir la contaminación para los pacientes inmuno suprimidos. Así, las cosas **se rechaza** este punto. **3) Punto 5. Tamaño de la etiqueta.** **El objetante** solicita que se amplíe las medidas en el caso del ancho que sea de 8 a 25 cm y en el caso de largo se permita un rango de 7-10 cm. Ello en virtud que la etiqueta de las bolsas que pueden ofrecer es lo suficientemente amplia como para colocar el nombre completo del

paciente, tipo de fórmula y toda la información necesaria. En relación con este punto **la CCSS**, manifiesta que con el fin de ampliar la participación de los oferentes, se amplía el rango de la etiqueta, por lo que se leería “Con etiqueta adhesiva o impresa en blanco para rotular la fórmula, de 8 a 25 cm de ancho por 7cm a 10cm de alto, que permita la impresión de la información del paciente.” **Criterio de la División:** Visto el allanamiento de la Administración y que éste, según indica la entidad promotora del concurso, pretende fomentar mayor participación, se declara con lugar este punto. Queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración haber valorado que con las modificaciones propuestas, se satisfacen adecuadamente sus necesidades. **4) Empaque primario con instrucciones en español. El objetante** solicita que se permita que las instrucciones sean en inglés de fábrica con etiquetado de la institución en español y así favorecer la participación de más oferentes. Señala, que Nutricare cuenta con un departamento de enfermeras profesionales encargadas de brindar la educación sobre el uso de los equipos al personal involucrado. **La Administración** acepta la solicitud, por lo que eliminará la indicación del etiquetado para el empaque primario en idioma español. **Criterio de la División:** Visto el allanamiento de la CCSS, se **declara con lugar** el punto, siendo responsabilidad de esa entidad las razones que le llevaron para aceptar el cambio. Además, dado que de manera expresa la Administración señala “*Se acepta lo solicitado...*” (folio 15 del expediente de la apelación) y que el recurrente indica: “*Solicitamos se permita las instrucciones en inglés de fábrica con etiquetado de las instrucciones en español...*” (folios 03 y 08 del expediente de la objeción), se entiende que habrá un etiquetado de las instrucciones en español.-----

POR TANTO

Con fundamento en lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 182 y siguientes de la Constitución Política, 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa y 170, 171 y 172 de su Reglamento General se resuelve **1) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por la empresa Nutricare S. A, en contra del cartel de la Licitación Pública 2013LN-000025-05101, promovida por la Caja Costarricense de Seguro Social para la adquisición de bolsas para nutrición enteral. **2) Prevenir** a la Administración para que realice las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, según lo dispuesto en el artículo 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE.-----

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora