

R-DCA-110-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas con cuarenta y dos minutos del día nueve de febrero del dos mil quince.-----

Recursos de objeción interpuestos por **Laboratorios J.R. Sánchez, S.A., y Clínicas de la Audición CDA, S.A.** en contra de las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000001-2307**, promovida por el Hospital William Allen Taylor (Caja Costarricense del Seguro Social) para la “adquisición de prótesis auditivas”.-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **Laboratorios J.R. Sánchez, S.A.**, presentó en tiempo recurso de objeción en contra de las modificaciones del referido cartel, publicadas en la Gaceta No. 13 del 20 de enero del año en curso.-----

II. Que la empresa **Clínicas de la Audición CDA, S.A.** presentó en tiempo, recurso de objeción en contra de las modificaciones del referido cartel.-----

III. Que mediante autos de las ocho horas treinta minutos del día veintiséis y once horas del día veintisiete, ambos del mes de enero del año en curso, se otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se refiriera a los recursos interpuestos y para que remitiera copia del cartel del concurso. La Administración atendió en tiempo la audiencia concedida mediante oficios DAFHWAT #062-2015 y DAFHWAT #064-2015, recibidos en fechas 30 de enero y 2 de febrero del dos mil quince.-----

IV. Que en el procedimiento se han observado la disposiciones legales respectivas.-----

CONSIDERANDO

I.-Sobre el fondo: i)-Recurso de objeción interpuesto por Laboratorios J.R. Sánchez, S.A.

1) Sobre el derecho al trabajo de los profesionales en Audiología inscritos en el Colegio de Médicos y Cirujanos. La **objetante** señala que la forma en como está redactado el cartel, lesiona su derecho a participar en el concurso, ya que el mismo únicamente permite profesionales en Audiología inscritos en el Colegio de Terapeutas y no así en el Colegio de Médicos. Agrega que lo anterior contradice el artículo 8 de la propia Ley del Colegio de Terapeutas de Costa Rica, el cual permite la participación de expertos inscritos en uno u otro o bien, ambos Colegios profesionales para el ejercicio de procedimientos audiológicos. La **Administración** se allana a lo solicitado por el objetante, siendo que indica que procederá a incluir la modificación para que se entienda que los terapeutas que aporten las empresas

puedan estar inscritos en el Colegio de Médicos y Cirujanos, así como también en el Colegio de Terapeutas de Costa Rica. **Criterio de la División.** El recurso de objeción en nuestro ordenamiento, conforme las reglas establecidas en los artículos 82 de la Ley de Contratación Administrativa y 170 de su Reglamento, se encuentra dispuesto para que los potenciales oferentes remuevan del respectivo pliego de condiciones, aquellas cláusulas que resulten lesivas a la participación o bien a otros principios de la contratación administrativa, así como cuando contenga disposiciones que atente contra normas de procedimiento o el ordenamiento jurídico en general. Este recurso se estatuye bajo la filosofía que los potenciales oferentes se constituyen como coadyuvantes de la Administración en la depuración de las reglas cartelarias, con la finalidad de lograr una mayor participación y publicidad en el proceso, a efecto que esta llegue a contar con mayores alternativas de selección. No obstante, esta figura recursiva no debe ser utilizada para que aquellos oferentes eventualmente interesados en participar, suplanten la voluntad administrativa en la definición del objeto contractual o bien en el resto del clausulado cartelario, pues para esto la Administración goza de amplia discrecionalidad, no constituyendo entonces una herramienta para cuestionar o validar la oportunidad y conveniencia de las decisiones que adopte la Administración en términos de economía o eficacia, la cual es ejercida dentro del ámbito de su competencia y con miras a la satisfacción de un interés público, lo cual se refleja en la adquisición de determinado bien o servicio. Consecuencia de ello, es que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser se estaría subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular. Ahora bien, en el presente caso la empresa objetante pretende, mediante la interposición del recurso, evitar la exclusión de los profesionales en Audiología que se encuentren inscritos en el Colegio de Médicos y Cirujanos, ya que el pliego cartelario únicamente incluye a los audiólogos inscritos en el Colegio de Terapeutas, lo que lesiona su derecho a la libre participación. Agrega que, de acceder al cambio, la Administración sería congruente con lo indicado en la Ley No. 8989 o Ley del Colegio de Terapeutas, que en el artículo ocho expresamente dispone: *“Los profesionales que cuenten con título universitario en las áreas de Terapia Física, Terapia del Lenguaje, Terapia Ocupacional, Terapia Respiratoria y Audiología **deberán pertenecer al Colegio de Terapeutas o al Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica, o a ambos, a elección***

personal” (el resaltado no es del original). Ahora bien, aunado a la indicación expresa de la citada norma, no deja de lado este Despacho que si bien el aspecto objeto de discusión se encuentra precluido por no corresponder a las últimas modificaciones realizadas por el Centro Hospitalario, la Administración ha aceptado ajustar su cartel a lo solicitado por la recurrente, en vista que ello es lo correcto conforme a la normativa aplicable. Por este motivo, a pesar que el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano** por tratarse de un tema precluido, la Administración deberá efectuar la modificación cartelaria respectiva a dicha cláusula, en vista de la corrección que ha consentido en realizar al cartel, aceptando la participación de oferentes inscritos tanto en el Colegio de Terapeutas como el Colegio de Médicos. **2) Sobre la aplicación de normativa válida y vigente dispuestas en la circular No. 26366-5-A. La objetante** indica que el documento GM-AV-10824 del 31.10.2014 emitido por la Gerencia Médica, solicita a los directores de Hospitales y Clínicas de la C.C.S.S. el cumplimiento estricto de la circular No. 26366-5-A. La citada circular señala que en el tanto se realicen procedimientos concursales para adquirir el artículo, se debe entregar el producto directamente al interesado, sin el nombre del paciente y entregado en el Hospital. Agrega la recurrente que sin embargo, del planteamiento del cartel no se observa de manera estricta la normativa antes descrita, siendo que la Administración realiza modificaciones arbitrarias que lesionan lo establecido en la Ley 8969 o Ley de Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, ya que solicita la incorporación del nombre del paciente y ciertas características para su identificación al ser entregados a la empresa adjudicataria. Añade que las bases de datos no pueden ser transferidas a una empresa privada sin el cumplimiento fiel de la ley arriba citada, ya que los datos de salud son sensibles y requieren tratamiento especial, aunado al hecho de que no se pueden comercializar ni divulgar. **La Administración** señala que la interpretación realizada por la objetante de la normativa indicada no es correcta. Lo anterior, por cuanto no podría dejarse de enviar al paciente a la empresa adjudicada, con la receta que diga su nombre, ya que cada aparato debe ser anatómico y ajustable a las necesidades de cada beneficiario. Agrega que es necesario que el proveedor tenga acceso a información “sensible” de los usuarios para poder brindarle el insumo necesario. No obstante, el Hospital y el adjudicatario están obligados a guardar confidencialidad de la información producto de la relación contractual, siendo entonces prohibido su divulgación, traslado y comercialización. Por lo indicado anteriormente, se opone a lo solicitado por la objetante. **Criterio de la División.**

Observa este órgano contralor, de la lectura de los argumentos objetados por la recurrente, que los mismos no corresponden a temas propios de la modificación cartelaria, sino a aspectos del cartel original, por lo que su planteamiento debió realizarse en el momento procesal oportuno, destacándose por tanto, que por encontrarse debidamente consolidada la cláusula cartelaria, el aspecto a considerar se encuentra precluido y por esa razón el argumento debe ser **rechazado de plano**. No obstante lo indicado, no obvia este Despacho que el manejo de datos personales sensibles, debe ir en armonía con la regulación de rango legal existente así como con las medidas que a lo interno haya definido esa Administración, motivo por el cual las regulaciones cartelarias no deben desconocer las instrucciones o directrices que en forma previa o documentada hayan sido emitidas con ese propósito, sin dejar de lado el hecho que la Administración en su respuesta, no ha sido categórica en cuanto a la imposibilidad existente de generar los respectivos audífonos a cada paciente por medio de otra información de estos, excluyendo la referencia exacta a su nombre. **ii) Recurso de objeción interpuesto por Clínicas de la Audición CDA, S.A. 1) Sobre aspectos no modificados del cartel: La objetante** señala que como actuante de buena fe, interpone recurso de objeción aun cuando lo que objeta ya había sido manifestado en momentos procesales anteriores dentro del mismo procedimiento licitatorio con ocasión de modificaciones realizadas al cartel. Añade que mediante resoluciones R-DCA-488-2014, R-DCA-497-2014 y R-DCA-756-2014 todas emitidas por el órgano contralor, se declaró con lugar lo objetado por ella, siendo que en esas oportunidades, operó el allanamiento por parte de la Administración licitante y la obligación de modificar las cláusulas del pliego cartelario según disposición del Despacho. Agrega que sin embargo, ignora las razones por las cuales el centro hospitalario omitió realizar los cambios correspondientes, incluyendo en el cartel actual, los mismos errores sustanciales de fondo. Esas variaciones se encontraban referidas a incongruencias en los plazos de entrega de los audífonos que requieran reparación, imprecisión sobre las características técnicas del objeto contractual, referidas a memorias programables –incorporación de funciones encendido/apagado-, y audífonos intracanal, todas estas ya abordadas y declaradas con lugar en su momento. Por esta razón, plantea nuevamente ante este órgano contralor, el recurso de objeción sobre los mismos aspectos, ya que jurídicamente no existe otro medio para lograr validar sus derechos. **La Administración** señala que efectivamente ha identificado un error material, ya que las debidas modificaciones y cambios no los ha incluido al momento de

publicar el cartel, por lo que establece el compromiso de tomar las medidas necesarias para evitar que dicha situación se repita, siendo que además, se allana a lo pretendido por la objetante. **Criterio de la División.** Analizada la argumentación de las partes, este órgano contralor observa que el mismo objetante reconoce que se trata de temas ya abordados en oportunidades de objeción anteriores, lo cual implica que en la presente ronda, los mismos se encuentren debidamente precluidos. No obstante, no se pierde de vista que estos mismos fueron objeto de estudio por parte de este órgano contralor. Al respecto, en la resolución R-DCA 756-2014, de las diez horas del veintisiete de octubre del año dos mil catorce, punto segundo, sección segunda del Recurso de Objeción interpuesto por la ahora también recurrente, se indicó por parte de este Despacho en lo que interesa, lo siguiente: *“(...) Si bien en el argumento de la recurrente no se presenta mayor desarrollo ni fundamentación, sí tiene por acreditado este órgano contralor que existe una incongruencia en lo estipulado por la Administración en cuanto a los tiempos de reparación de prótesis. Sin embargo, en virtud de que la Administración corrige la contradicción y acepta la pretensión de la objetante, de forma que se lea ya no tres días sino diez como tiempo de reparación, y que ello coincide con lo solicitado en el recurso, este órgano contralor no encuentra razón alguna para cuestionar dicho allanamiento de la Administración, siendo lo procedente declarar con lugar este extremo del recurso...”* Asimismo, este Despacho en el punto tercero, sección segunda de la citada resolución indicó en cuanto a las multimemorias programables que *“(...) Encuentra este órgano contralor que lo alegado por la recurrente corresponde a un aspecto precluido por no ser objeto de la modificación practicada por la Administración en esta oportunidad, siendo que dicho alegato debió ser presentado en el momento oportuno. (...) No obstante, no obvia esta División que la Administración a pesar de lo expuesto ha aceptado variar la cláusula, razón por la cual, existiendo dicha aceptación, el centro hospitalario deberá modificar el pliego cartelario en los términos consentidos por ella”.* Al respecto, siendo que los cambios no fueron incorporados al cartel por la Administración, según fue reconocido por el mismo Hospital en la contestación a la audiencia especial, aún mediando aceptación de realizarlos, deberá ese centro hospitalario en consecuencia efectuar las variaciones en el clausulado que sea necesario, de conformidad con lo ordenado por este Despacho en las resoluciones relacionadas a este proceso anteriormente. Por esa razón, tomando en consideración que la argumentación de la recurrente refiere a temas del cartel original del procedimiento –objeto de pronunciamiento en su oportunidad-, pero que sin embargo la Administración no modificó en su momento, corresponde entonces declarar **parcialmente con lugar** el presente recurso, por las razones de previo expuestas, debiendo

asimismo ese centro hospitalario efectuar las correcciones necesarias del pliego cartelario según lo ordenado por este Despacho.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en lo que disponen los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 81 de la Ley de Contratación Administrativa, 170, 171 y 172 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) Rechazar de plano** el recurso de objeción interpuesto por **Laboratorios J.R. Sánchez, S.A.** y **2) Declarar parcialmente con lugar** el recurso de objeción interpuesto por **Clínicas de la Audición CDA, S.A.**, ambos en contra de las modificaciones al cartel de la **Licitación Pública No. 2014LN-000001-2307**, promovida por el Hospital William Allen Taylor (Caja Costarricense del Seguro Social), para la “adquisición de prótesis auditivas”. **3)** De conformidad con el artículo 90 de la Ley de Contratación Administrativa se da por agotada la vía administrativa. -----

NOTIFIQUESE. -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora

SZF/yhg
NI: 1727, 1966, 2413, 2573
NN: 01953 (DCA-0339-2015)
Ci: Archivo central
G: 2014001975-4