

R-DCA-807-2015

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las catorce horas con veinte minutos del nueve de octubre de dos mil quince.-----

Recurso de apelación interpuesto por la empresa **QUALITY-1 EXPORT INC**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2015LA-000020-INS-HT**, promovida por el **HOSPITAL DEL TRAUMA**, para la Adquisición de insumos para electrocirugía, modalidad entrega según demanda, recaído a favor de **KENDALL INNOVADORES S.A.**-----

RESULTANDO

I. Que la empresa **QUALITY-1 EXPORT INC**, interpuso en fecha veinticinco de setiembre del 2015, recurso de apelación en contra del acto de adjudicación del procedimiento licitatorio de referencia.-----

II. Que por medio de auto de las nueve horas del veintinueve de setiembre de dos mil quince, se solicitó a la Administración el expediente administrativo del concurso, el cual fue remitido por medio de oficio INS-HT-PROV-00353-2015, de fecha 01 de octubre de 2015.-----

III. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo establecido por ley, habiéndose observado durante su tramitación todas las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias pertinentes.-----

CONSIDERANDO

I.-Hechos probados: Para la resolución del presente caso se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que mediante análisis técnico no. INS-HT-GS-00442-2015, del 31 de agosto de 2015, se indica lo siguiente:-----

ASPECTOS DE ESTUDIO			QUALITY-1EXPORT INC 3-012-437995	KENDALL INNOVADORES S.A. 3-101-211041
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Línea	Insumo	Descripción	Cumplimiento	Cumplimiento
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
1	Electrodos de Retorno	1.8. Al contacto con el agua, el gel no debe desprenderse de la placa	NO CUMPLE. Se realizan pruebas de campo: exponiendo la muestra al agua al cabo de un tiempo la	CUMPLE.

			<p>consistencia del gel cambia, lo cual ocasiona grumos y el desprendimiento de la placa, se debe garantizar la calidad del producto debido a que dentro del proceso transoperatorio puede haber derrames de líquido o verse expuesto a fluidos corporales por tiempos prolongados sin ser detectados por el personal del quirófano y se debe evitar el riesgo de contacto directo de la placa metálica con el paciente, por estas razones esta administración considera que el producto ofertado no garantiza la seguridad del paciente.</p>	
[...]		[...]	[...]	[...]
2	Lápiz de electrocirugía manual de tres pines			
[...]	[...]	[...]	[...]	
		2.3. Con punta plana de acero inoxidable desmontable, que		

		<i>cuente con:</i>		
		a. <i>Un revestimiento de solición, que reduzca la acumulación de la escara y facilite su eliminación</i>	NO CUMPLE. <i>Ya que la muestra presentada y el producto ofertado no cuentan con el revestimiento de solición, no obstante en los documentos que se aportan literatura y estudios se hace referencia al producto, al no aportar la muestra correspondiente no se puede evaluar el cumplimiento de este requerimiento.</i>	CUMPLE.
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

...". (ver folio 323 del expediente administrativo).-----

II. Sobre la admisibilidad del recurso de apelación presentado. En relación con el análisis del presente recurso, conviene precisar que el artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) establece un plazo de 10 días hábiles, en el cual esta Contraloría General debe disponer sobre la tramitación del recurso o bien su rechazo de plano por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. En ese sentido indica la norma de cita que *“La Contraloría General de la República dispondrá, en los primeros diez días hábiles, la tramitación del recurso o, en caso contrario, su rechazo por inadmisibile o por improcedencia manifiesta. Esta facultad podrá ejercerse en cualquier etapa del procedimiento en que se determinen esos supuestos”*. A su vez la norma transcrita se complementa con lo indicado en el artículo 88 de la citada Ley, que señala *“El recurso de apelación deberá indicar, con precisión, la infracción sustancial del ordenamiento jurídico que se alegue como fundamento de la impugnación. Cuando se discrepe de los estudios que sirven de motivo a la administración para adoptar su decisión, el apelante deberá rebatir, en forma razonada, esos antecedentes; para ello, deberá aportar los dictámenes y estudios emitidos por profesionales calificados...”*. Esta disposición normativa implica que todo aquél que presenta un recurso de apelación contra un acto final, tiene el deber de fundamentar adecuadamente el motivo de su impugnación, rebatiendo con argumentos

claros, precisos y desarrollados, la decisión adoptada por la Administración, lo cual conlleva dentro de ese ejercicio recursivo, la obligación también de aportar la prueba pertinente que permita justamente rebatir los criterios seguidos por la institución contratante cuando así corresponda. Además, debe de indicarse que dentro del análisis efectuado por este órgano, también debe de considerarse el inciso b) del artículo 180 del RLCA, que establece como causal para el rechazo del recurso de apelación lo dispuesto en su inciso b) al señalar que *“b) Cuando el apelante no logre acreditar su mejor derecho a la adjudicación del concurso, sea porque su propuesta resulte inelegible o porque aún en el caso de prosperar su recurso, no sería válidamente beneficiado con una eventual adjudicación, de acuerdo con los parámetros de calificación que rigen el concurso. Debe entonces el apelante acreditar en el recurso, su aptitud para resultar adjudicatario...”* En otras palabras, ese mejor derecho no es otra cosa que el deber de ese recurrente, de demostrar cómo de frente a las reglas que rigen el concurso, su propuesta resultaría elegida al momento de anularse el acto final impugnado, debiendo entonces demostrarse en el recurso, la aptitud para resultar adjudicatario. Dicho lo anterior, se procede a analizar la legitimación de la recurrente. **i) Sobre la exclusión de la oferta de la empresa QUALITY-1 EXPORT INC: a) Incumplimiento del punto 1.8., Línea no. 1.** En este orden se tiene que la **apelante** señala, que en la evaluación de ofertas realizada por la Administración, se indica en cuanto a su oferta que presenta dos incumplimientos. El primer incumplimiento en relación con la línea no. 1, denominada Electrodo de Retorno, sobre la especificación técnica no. 1.8, del pliego cartelario que señala *“Al contacto con el agua, el gel no debe desprenderse”*. Indica que en relación a la citada especificación técnica, la Administración procedió a señalar que su oferta no cumple y en el informe técnico se indica en relación a su oferta lo siguiente: *“Se realizan pruebas de campo: exponiendo la muestra al agua al cabo de un tiempo la consistencia del gel cambia, lo cual ocasiona grumos y el desprendimiento de la placa, se debe garantizar la calidad del producto debido a que dentro del proceso transoperatorio puede haber derrames de líquido o verse expuesto a fluidos corporales por tiempos prolongados sin ser detectados por el personal del quirófano y se debe evitar el riesgo de contacto directo de la placa metálica con el paciente, por estas razones esta administración considera que el producto ofertado no garantiza la seguridad del paciente”*. Conforme a lo anterior manifiesta, que los insumos ofertados por su representada son fabricados en Estados Unidos y cuentan con certificados de calidad ISO 13485 y pruebas de fábrica que garantizan la seguridad de la integridad de los pacientes. Agrega que el material de

la placa que cotiza es resistente a derrames de líquidos en la cara externa, que es la que queda expuesta en el paciente, más la cara interna contiene un gel hidrosoluble tal como lo pide la ficha técnica, por lo tanto es claro al ser un gel a base de agua va a ser diluido por la misma, pero como esta cara no queda en contacto con líquido, la cara externa es la responsable de no permitir que el líquido pase a través de ella y lo diluya; por esa razón solicita se vuelva a realizar otra prueba a la placa ofertada y se les invite a corroborar los resultados de la misma. **Criterio de la División:** Esta División, en cuanto a la resolución del punto en cuestión, toma en consideración lo contenido en el cartel del procedimiento, que señala lo siguiente: “...III OBJETO DE LA CONTRATACIÓN, LÍNEA 1. *Electrodos de Retorno, [...] Descripción [...], 1.8. Al contacto con el agua, el gel no debe desprenderse. [...]. 4. Presentación y Análisis de muestras. 4.1 En caso de que se requiera, durante el proceso de análisis de ofertas, el Hospital del Trauma solicitará muestras de los productos y líneas que estime conveniente. Las mismas se deben de identificar con el nombre de la empresa, el número de contratación, el nombre del artículo y el número de línea a la que corresponde, de acuerdo al pliego de condiciones. 4.2 La muestra presentada debe ser igual al material a entregar en caso de ser adjudicado. 4.3. El o los adjudicatarios quedan obligados a suplir el los suministros con los estándares de calidad y demás propiedades de las muestras presentadas. 4.4. Las muestras presentadas serán sometidas a pruebas físicas destructivas y de uso que comprueben el cumplimiento de las características técnicas establecidas en el pliego de condiciones, si cumple se otorgará el recibido conforme, si no cumplen será rechazados...*”, (ver folio 66 y 78 del expediente administrativo). En virtud de lo anterior, es claro que los electrodos de retorno requeridos para la línea no. 1, debían cumplir una serie de especificaciones técnicas diseñadas y consolidadas en el cartel de procedimiento, así como además era obligación del oferente presentar dos muestras del producto y una de estas se iba a someter a pruebas, con el fin de verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas. Así mismo se indicó que de no cumplir sería rechazada. Ahora bien conforme a lo anterior, se tiene que la Administración luego de recibida las ofertas procedió a evaluarlas y estudiar sus muestras, particularmente para la oferta recurrente, se señaló en relación al punto 1.8, que no cumple ya que “*Se realizan pruebas de campo: exponiendo la muestra al agua al cabo de un tiempo la consistencia del gel cambia, lo cual ocasiona grumos y el desprendimiento de la placa, se debe garantizar la calidad del producto debido a que dentro del proceso transoperatorio puede haber derrames de líquido o verse expuesto a fluidos corporales por*

tiempos prolongados sin ser detectados por el personal del quirófano y se debe evitar el riesgo de contacto directo de la placa metálica con el paciente, por estas razones esta administración considera que el producto ofertado no garantiza la seguridad del paciente”, (hecho probado no. 1). Ante ello se tiene que dentro de su acción recursiva, la apelante se circunscribe a señalar entre otros aspectos, que sus insumos son fabricados en Estados Unidos y cuentan con certificados de calidad ISO 13485, y pruebas de fábrica que garantizan la seguridad de la integridad de los pacientes, así como que el material de la placa es resistente a derrames de líquidos en la cara externa y que la cara interna contiene un gel hidrosoluble tal como lo pide la ficha técnica; por esa razón solicita se vuelva realizar otra prueba a la placa ofertada y se les invite a corroborar los resultados de la misma. Ante esta afirmación considera este Despacho, que el recurso presentado se limita a señalar o tratar de convencer a esta División, que el producto ofertado sí cumple, no obstante omita demostrarlo en forma indubitable con algún tipo de prueba como por ejemplo estudios de laboratorio o certificados y cartas de fabricante, que vengán refutar el criterio vertido por la Administración sobre las pruebas efectuadas a su muestra. En este orden debe señalarse, que para efectos del presente recurso de apelación, no basta con que el apelante solicite una repetición de las pruebas efectuadas sobre las muestras, o que incluso indique que sus muestras sí cumplen, si esta petición no viene acompañada de prueba idónea que demuestre ese cumplimiento o al menos establezca una duda razonable sobre su materialización. Bajo este orden de ideas, se imponía también que el recurrente demostrara que el criterio de la Administración se encontraba errado, y cómo cumplía con el punto 1.8 cartelario, no obstante, en su recurso se decanta por establecer una serie de supuestos en relación a que su producto sí cumple por ser fabricado en Estados Unidos y estar certificado, sin lograr demostrar hasta el momento, que el gel de la placa no se desprende como lo indica el Hospital. Por lo anterior, se considera que no existe una debida fundamentación por parte del recurrente en su escrito, que logre demostrar que el análisis practicado por la Administración contiene errores, reforzándolo con algún tipo de prueba que demuestre que su producto cumple cabalmente con tal requerimiento. Este debe de fundamentar y probar su dicho en recurso de apelación, ha sido abordado en oportunidades anteriores por esta División, tal y como se indicó mediante resolución R-DCA-105-2015, en la cual se señaló en lo de interés, lo siguiente: “(...) Debe tomar en cuenta el apelante, que la fundamentación de un recurso de apelación no se debe basar en conjeturas o circunstancias fabricadas por el recurrente, sino que esta debe inspirarse en un análisis objetivo de lo actuado

por la Administración en el expediente, pudiendo desde luego echar mano de la prueba que en su criterio estime oportuna. [...]. Al respecto, debe insistir este Despacho en que era obligación del apelante, refutar de manera amplia y desarrollada la decisión adoptada por la Administración para llevar al convencimiento de este Despacho, que efectivamente esta puede hacerle frente a la ejecución de dicho procedimiento [...]. No obstante lo anterior, lo que hace el recurrente como fue indicado, es limitarse a señalar que el acuerdo tomado por el Consejo es ilegal y contraviene lo regulado en el artículo 8 de la Ley de Contratación Administrativa y 9 de su Reglamento, [...]. En virtud de lo anterior lo que procede es rechazar el recurso por falta de fundamentación...". Al respecto, considera este Despacho que conforme a lo anterior, no existió por parte del apelante un adecuado ejercicio de fundamentación, pues no acreditó con claridad, cómo su electrodo de retorno propuesto, resultaba acorde al cumplimiento de la especificación técnica contenida en el cartel para ese objeto, aspecto sobre el que el apelante fue omiso, lo que permite confirmar, que su oferta fue debidamente excluida del concurso, y con ello, no logra demostrar la elegibilidad de su oferta en el concurso, restándole por ello, legitimación para impugnar en este sede. En ese sentido se puede citar además el criterio reiterado de esta División de Contratación Administrativa, en los siguientes términos: "...De esa forma, no basta con indicar que se le excluyó por haber mal implementado la Administración las pruebas organolépticas, sino que se debe desvirtuar mediante prueba técnica el análisis técnico que llevó a cabo la Administración sobre el kit ofrecido. En el presente caso, con el recurso de apelación el recurrente debió aportar prueba que demostrara el cumplimiento técnico de los bienes cuestionados por la Administración, rebatiendo entonces el criterio técnico de los especialistas [...]. En este sentido, no se aporta criterio técnico que demuestre que el kit ofrecido cumple con las especificaciones técnicas del cartel, sea rebatiendo los criterios técnicos de la Administración..." (ver resolución no. R-DCA-830-2014, de las quince horas con treinta minutos del dieciocho de noviembre de dos mil catorce). Ante tal situación, considera esta División que el apelante carece de legitimación para impugnar el acto recurrido, en vista que no logra desacreditar las razones de exclusión de su oferta, lo cual confirma la inelegibilidad de su oferta, motivo por el cual, procede el rechazo de plano del recurso. **b) Incumplimiento del punto 2.3., Línea no. 2.** Sobre el segundo incumplimiento atribuido, manifiesta el apelante, que es en relación a la línea no. 2, titulada Lápiz de Electrocirugía manual de tres pines, en relación al punto 2.3, inciso a), de las especificaciones técnicas que señala "Con punta plana de acero inoxidable desmontable, que cuente con: a) Un revestimiento de silicón, que reduzca la acumulación de escara y facilite su eliminación", Agrega que ante el anterior requerimiento, se indicó por parte del informe técnico realizado por

la Administración, que *“NO CUMPLE. Ya que la muestra presentada y el producto ofertado no cuentan con el revestimiento de silicón, no obstante en los documentos que se aportan literatura y estudios se hace referencia al producto, al no aportar la muestra correspondiente no se puede evaluar el cumplimiento de este requerimiento”*. Ante ello afirma que todos sus modelos de lápices electroquirúrgicos, y extensiones de hojas de mangos de corte cuentan con el revestimiento de silicón y también tienen los modelos con doble cubierta de un polímero de silicón cuya patente es llamada Ultraclean, además agrega la información fue presentada con la oferta, por lo tanto su representada sí cumple técnicamente con dicho punto. **Criterio de la División:** De igual forma al punto anterior, considerando que el cartel que es el reglamento específico de la contratación, se tiene que en cuanto a la línea no. 2, titulada Lápiz de Electrocirugía manual de tres pines, se fijaron una serie de especificaciones técnicas (ver en ese sentido folio 67 del expediente administrativo), así es que particularmente se señaló *“Con punta plana de acero inoxidable desmontable, que cuente con: a) Un revestimiento de silicón, que reduzca la acumulación de escara y facilite su eliminación”*, (ver folio 68 del expediente administrativo). Ante tal requerimiento se procede a señalar por parte del Hospital, que la empresa recurrente incumple dicho punto, (ver hecho probado no. 1), originando la presente acción recursiva, siendo que el recurrente manifiesta que los modelos de lápices electroquirúrgicos, y extensiones de hojas de mangos de corte, cuentan con el revestimiento de silicón, así mismo agrega la información fue presentada con la oferta, por lo tanto su representada sí cumple técnicamente con dicho punto. Ante ello considera esta División de Contratación Administrativa, que de igual forma al punto anterior, el recurrente es omiso en su recurso, en lograr acreditar con prueba pertinente que su producto su cumple con la especificación técnica contenida en el pliego cartelario, o bien pruebe desde el punto de vista que refute el criterio vertido por la Administración, para demostrar como el lápiz de Electrocirugía, que oferto, y el que aportó como muestra, sí cumplen con el revestimiento de silicón, que se requirió en el cartel. Si el oferente con la información técnica que aportó con su oferta, permitía evidenciar el cumplimiento de la especificación cartelaria, era de esperar que estas estuvieran presentes en la muestra aportada para su análisis por parte de la Administración, por lo que más allá de si la información aportada contenía ese requisito, resultaba fundamental que esta característica pudiera ser confirmada por la Administración en la muestra, no desarrollando el apelante las razones por las cuales en su criterio la muestra que presentó sí cumplía con el requerimiento. Por lo contrario se cuenta con que solo

manifiesta en el recurso, que sí cumple técnicamente, sin mayor razonamiento o prueba que lleve al convencimiento de que el producto que ofertó va a cumplir el fin que persigue satisfacer esa Administración. Es ante lo expuesto, que lo procedente es rechazar este extremo de igual forma al anterior por falta de fundamentación. Finalmente, en vista de carecer de interés para efectos de lo que será dispuesto en la parte dispositiva de la presente resolución, con fundamento en el artículo 183 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, este Despacho omite pronunciarse sobre otros aspectos incorporados en el recurso presentado. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 84, 86, 88, de la Ley de Contratación Administrativa, 180 incisos a), b) y d) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, **SE RESUELVE: 1) Rechazar de plano por improcedencia manifiesta, por falta de legitimación, el recurso de apelación** interpuesto por la empresa **QUALITY-1 EXPORT INC**, en contra del acto de adjudicación de la **LICITACIÓN ABREVIADA No. 2015LA-000020-INS-HT**, promovida por el **HOSPITAL DEL TRAUMA**, para la Adquisición de insumos para electrocirugía, modalidad entrega según demanda, recaído a favor de **KENDALL INNOVADORES S.A.** 2) Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción: Adriana Artavia Guzmán
AAG/yhg
NN: 14660 (DCA-2569-2015)
NI: 25599-26469
Ci: Archivo central
G: 2015003112-1