

R-DCA-691-2016

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas nueve minutos del diecinueve de agosto de dos mil dieciséis.-----

Recursos de apelación interpuestos por **QUALITY-1 EXPORT INC**, en contra del acto de adjudicación del ítem 2 y la empresa **KENDALL INNOVADORES EN CUIDADOS AL PACIENTE S.A. (MEDTRONIC)** en contra del acto de adjudicación de los ítems 1 y 5 de la **LICITACION ABREVIADA 2015LA-000052-2104**, promovida por el **HOSPITAL MEXICO** para la adquisición de "Placas, mangos y cables de electrocauterio", recaído en favor de las empresas **KENDALL INNOVADORES** (ítem 2), **YIRE MEDICA HP** (ítem 1) y **COMERCIALIZADORA MEDICA CENTROAMERICANA COMECEN S.A.** (ítem 5) licitación promovida bajo la modalidad de entrega según demanda y por cuantía inestimable. -----

RESULTANDO

I.-Que la empresa **QUALITY-1 EXPORT INC**, presentó recurso de apelación el 4 de agosto del año en curso, en contra de la adjudicación del ítem 2 y la empresa **KENDALL INNOVADORES EN CUIDADOS AL PACIENTE S.A. (MEDTRONIC)**, presentó vía fax en la misma fecha su recurso, en contra del acto de adjudicación de los ítems 1 y 5, todos de la Licitación Abreviada 2015LA-000052-2104, promovida por el **HOSPITAL MEXICO** para la adquisición de "Placas, mangos y cables de electrocauterio".-----

II.-Que mediante auto de las once horas del 5 de agosto del año en curso, se solicitó a la Administración el expediente administrativo de la contratación, y se solicitó indicar si se había presentado ante la Administración, recurso contra las líneas apeladas, requerimiento que fue atendido mediante oficio **DGHM-HM-2024-2016**, recibido el 9 del mismo mes y año, indicándose que se presentó recurso de revocatoria por la empresa **QUALITY-1 EXPORT INC**, el cual fue contestado por el Hospital el día 8 de agosto de 2016.-----

III.-Que la presente resolución se dicta dentro del término de ley y en su trámite se han observado las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes.-----

CONSIDERANDO

I. HECHOS PROBADOS. Con vista en el expediente administrativo remitido y para efectos de la resolución del presente asunto, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés:

1) Que en la recomendación técnica emitida por el Hospital México, por medio de oficio **S.OP.H.M 046-06-16**, se indica en lo que interesa destacar: "**ITEM 2 ADQUISICION PLACAS DE ELECTRO CAUTERIO PARA EQUIPO DE ELECTRO CIRUGIA (UNA CARA). Oferta 2,**

Quality –Export inc, Observaciones: Excluida técnicamente, incumple con lo solicitado en el cartel, de acuerdo a la valoración organoléptica y prueba en el cauterio, la lengüeta de la placa debe ser mayor a un 1 cm (...)" (ver folios 368 y 369 vuelto del expediente administrativo). **2)** Que en los folios 0277 y 0278 del expediente administrativo, que corresponden a la oferta de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A., se observa que dicho documento tiene en el membrete del mismo, el término TELIC, S.A. y en el folio 0278 del mismo expediente se indica en lo que interesa: "...**MARCA BLAYCO®**". En el folio 267 del mismo expediente se indica para el ítem 1 de la oferta de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A. "**PLACA DE ELECTROCAUTERIO PARA EQUIPO DE ELECTROCIRUGIA (2 CARAS) MARCA BLAYCO**". Además, la oferta de cita indicó en el mismo folio 267 que "...el material conductor es un hidrogel de acrílico basado en agua, el cual reduce la resistencia entre el tejido y la placa conductiva...". **3)** Que en la misma recomendación técnica de cita, respecto de la oferta N°3 que es la de la empresa KENDALL INNOVADORES EN CUIDADOS AL PACIENTE S.A. y para el ítem 5 del concurso, se indica que esa oferta fue excluida técnicamente porque incumple con lo solicitado en el cartel porque de acuerdo a la valoración organoléptica, la estructura no es a prueba de agua en donde se encuentran los botones, ya que existen fisuras que afectan la estructura a prueba de agua, tiene los botones juntos, lo que propicia al error por lo tanto queda excluida, agregándose en la recomendación que la oferta de la empresa AUTO MED CENTROAMERICANA S.A cumple técnicamente, por tabla de ponderación obtiene un 89%, y se recomienda como alternativa de compra No. 2 y la oferta de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A. cumple técnicamente, por tabla de ponderación obtiene 85,99% y se recomienda como alternativa de compra No. 3 (ver folios 369 y 370 vuelto, y 391 vuelto del expediente administrativo).-----

II. Sobre la admisibilidad del recurso presentado por la empresa QUALITY 1 EXPORT INC. El artículo 86 de la Ley de Contratación Administrativa señala 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 (...)*." Por su parte, el artículo 180 de su Reglamento dispone en lo que interesa lo siguiente: "*Artículo 180.-Supuestos de improcedencia manifiesta. El recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, en cualquier momento del procedimiento en que se advierta, en los siguientes casos: (...)* 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. Destacado lo anterior procede indicar que **la apelante** recurre el ítem 2 y expone que el cartel indica en ese ítem: "...**PLACAS DE ELECTROCAUTERIO PARA EQUIPO DE ELECTROCIRUGÍA (UNA SOLA CARA) TIPO MATERIAL DE MEDIDAS.** Placas de electro bisturí o electro cauterio de una cara desechables, flexibles, con electrodo de retorno con material hipoalergenico y libre de látex, tipo REM. Conexión con placas de lengüeta mayor a un centímetro de ancho adhesivas con adhesivo conductor totalmente conductor el material conductor debe ser un hidrogel de polímero en agua el cual reduzca la resistencia entre el tejido y la placa conductiva y además evite la migración de la piel, que se amolde a cualquier superficie corporal...". Agrega la recurrente que en las evaluaciones de muestras, el estudio técnico indica: "2. El sistema de evaluación de ofertas del cartel cita: Variable ponderable Porcentaje Precio 100% Total 100%, Mecanismo de evaluación es Precio menor dividido entre precio a evaluar multiplicado por 100". Añade la apelante que su oferta cumple técnica y administrativamente con lo solicitado en el cartel y para el ítem 2 el precio que cotizaron fue de \$2.93 unidad, en comparación con la oferta de la empresa KENDALL INNOVADORES S.A. de \$3.00, siendo más elevado, por lo que según el método de evaluación se le debe adjudicar por ser más económica. Ante los anteriores argumentos, estima esta División que existe mérito suficiente para el rechazo de plano del recurso interpuesto, por las razones que seguidamente se exponen. Considerando la recomendación técnica emitida para la licitación en estudio, el Hospital licitante indicó que la aquí apelante y con relación al ítem 2 que es el que está impugnando, su plica no cumplió técnicamente de conformidad con el pliego cartelario, considerando los siguientes incumplimientos encontrados: "Ítem 2 placas electro cauterio para equipo de electro cirugía (una cara), oferta 2 QUALITY-1-EXPORT INC., OBSERVACIONES: Excluida técnicamente, incumple con lo solicitado en el cartel, de acuerdo a la valoración organoléptica y prueba en el cauterio, la lengüeta de la placa debe ser mayor a un 1 cm (ver hecho probado 1). Del mismo escrito de recurso de apelación, y según lo indicado, se desprende que la empresa reclama la adjudicación en su favor, únicamente bajo el argumento de tener un menor precio cotizado en ese ítem 2 respecto de la plica adjudicada, siendo que en su criterio, ello resulta suficiente para reclamar ese mejor derecho, no obstante la apelante no desvirtúa los incumplimientos que en sede administrativa se le imputaron a su plica y para el ítem que impugna, es más ni siquiera menciona esta situación en su planteamiento por lo que en su recurso no hace referencia ni

aporta prueba o fundamentación con la cual acreditar cumplir técnicamente en ese ítem con su oferta. En otras palabras, en el presente caso no basta con que el oferente alegue contar con un mejor precio que la adjudicataria en ese ítem, sino que previo a ello, conociendo que había sido excluida del concurso por un incumplimiento de orden técnico, se imponía su deber de rebatir mediante la fundamentación respectiva, el criterio vertido por la Administración, para luego de demostrar su elegibilidad, alegar el mejor derecho a su favor. Ante un panorama como el expuesto, siendo que el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa requiere de la apelante acreditar su mejor derecho para resultar adjudicataria del concurso, lo cual debe hacer desvirtuando todos y cada uno de los incumplimientos que se le han imputado y que en este caso no se hace, de conformidad con lo dispuesto en la norma de cita, este órgano contralor procede a **rechazar de plano** por improcedencia manifiesta, el recurso de apelación interpuesto.-----

III. Sobre la admisibilidad del recurso presentado por la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. La apelante recurre el ITEM 1 y menciona que la Administración licitante adjudicó a la empresa YIRE MEDICA HP SA, sin cumplir con las especificaciones técnicas que solicitó el cartel, y que en folio 0086 del expediente se observa como la marca del producto es Blayco y no Telic como lo indican en su oferta, folio 0277 y 0278. Que el código marcado en su literatura es el código 2500, sin embargo en su oferta también indican código TPI01 lo cual puede provocar una confusión, y que el oferente tenga la opción de entregar dos tipos de productos diferentes, confundiendo a la Administración. Que tomando en cuenta su literatura y el código marcado 2500 (folio 0278) es una placa que no tiene la cinta acrílica, grado médico que refuerza el borde externo de la placa para evitar la entrada de fluidos. Refiere la apelante adjuntar catálogo del producto con fotografías claras donde se evidencia que no lo poseen. Añade que el adhesivo acrílico debe ser como bien lo indica el cartel un "BORDE ADHESIVO DE SUPERFICIE CONDUCTORA MAYOR A 1CM Y CINTA ACRILICO GRADO MEDICO" (según folio 0086). No solo debe tener un adhesivo acrílico si no que este debe ser una cinta y el producto ofertado no lo tiene. Menciona además que el material conductor solicitado debe ser hidrogel basado en agua, el cual reduzca la resistencia entre el tejido y la placa conductiva y además evite la migración del gel, y que el ofertado es hidrogel acrílico seco que aumenta la resistencia entre el tejido y la placa, permitiendo la migración de ésta y exponiendo al paciente a posibles quemaduras. Que se debe considerar que para esta descripción de hidrogel, la adjudicataria presentó una solicitud de modificación al cartel al no

tener el que solicitaba el pliego, y ello no prosperó, según folios 0062 y 0065 donde se observa el rechazo a la pretensión de cambio. A su vez, **la apelante** recurre el **ITEM 5** y menciona que fue adjudicado a la empresa Comercializadora Medica Centroamericana, el Lápiz de Electrocirugía, refiriendo que esa empresa no cumple con lo requerido técnicamente, pues refiere según su catálogo al código F4797 tal y como se desprende con vista al folio 0252 del expediente, y al hacerse análisis al EMB 4122-EMB-20373 aportado por dicha empresa, se denota de forma clara y contundente que dicho certificado no contempla el código F4797 que cotizan, de manera tal que dicha empresa presenta información falsa que conllevó a inducir a un error a la Administración licitante, situación que es la que solicita se les resuelva a su favor tal y como en derecho corresponde, al carecer la adjudicación del ítem 5 a favor de la empresa de cita de fundamento técnico para resultar válidamente adjudicada, todo conforme a la legalidad del proceso que debe de prevalecer en dichos concursos. Agrega que la empresa YIRE MEDICA S.A no puede resultar readjudicada para el ítem 5, por cuanto ofertó un producto en donde se logra observar que el dispositivo ofertado de la marca Blayco código MB100 carece de un diseño de sellado para prevenir fugas y que prevenga cualquier probabilidad de descarga eléctrica según característica solicitada en folio 0087, tema indispensable de seguridad, y ninguna de esas dos empresas nombradas anteriormente la tienen. Que eso protege al usuario y al no poseer ese recubrimiento podría generar peligro al usuario y al paciente, lo cual apoya en figura del folio 3 de su escrito. **Criterio de la División:** Destacados los argumentos expuestos por la aquí recurrente, procede indicar que al igual que lo dispuesto en el anterior recurso, es preciso determinar la legitimación de la empresa apelante, en los ítems que recurre, que para el caso concreto, son los ítems 1 y 5 del concurso de marras. Como primer punto se analiza lo argumentado en contra de la adjudicación que corresponde al ítem 1, recaída en favor de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A. Sobre el particular, es preciso indicar que el artículo 88 de la Ley de Contratación Administrativa establece con claridad que: *“...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”*, de lo cual se deriva sin duda la obligación de presentar la debida fundamentación de los argumentos que se hacen y la prueba en que los mismos se apoyen, en este caso prueba para acreditar que la empresa adjudicada

presentó una plica que no cumple con el pliego cartelario. Por su parte el numeral 180 del Reglamento a dicha ley dispone en lo conducente, que el recurso de apelación será rechazado de plano por improcedencia manifiesta, entre otros, cuando el recurso se presente sin la fundamentación que exige el artículo 88 citado. En el caso de la impugnación del ítem 1, la empresa apelante menciona ente los argumentos expuestos en contra de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A. que *“...no cumple técnicamente con las especificaciones solicitadas en el cartel (ver folio 0086 del expediente. En dicho folio se ve claramente como la marca del producto es Blayco y no Telic como lo indican en su oferta (ver folio 0277 y 0278)”* (ver en ese sentido el folio 2 de su escrito de recurso de apelación). Sobre este argumento primero que todo hay que indicar que cuando expresa la apelante “en dicho folio”, se entiende según su redacción, que el folio que acaba de citar es el folio 86 del expediente administrativo, folio que corresponde al pliego cartelario, siendo entonces que claramente no corresponde ese folio a la oferta de la empresa YIRE MEDICA H.P.S.A. Como segundo aspecto, adicionamos que cuando remite a los folios 0277 y 0278 del mismo expediente administrativo que son los que cita, lo que se observa es que el término o palabra Telic, se encuentra en el membrete de esos folios 00277 y 0278 (ver hecho probado 2), por lo que no demuestra con prueba fehaciente la empresa apelante a este órgano contralor, dónde la empresa YIRE MEDICA S.A, menciona que la marca de su producto es Telic en esos folios, si es solo el membrete, y más bien en el folio 278 citado, sí se indica como marca, BLAYCO (ver hecho probado 2). Asimismo, desea destacar este órgano contralor que revisando la oferta de la empresa de cita adjudicada en este ítem uno, se indica en la misma la marca Blayco para el ítem 1, según consta en ese mismo hecho probado 2, por lo que no presenta el apelante la suficiente prueba o fundamentación que demuestre que se cotizó la marca Telic de parte de la sociedad adjudicada, siendo como se indicó que la única referencia a dicha marca, se encuentra la citada en el membrete de los folios indicados, sin que ello constituya por sí mismo, suficiente prueba para acreditar que la voluntad de la adjudicataria fuere el cotizar otra marca. Como otro argumento tenemos que la empresa apelante, da a entender en su recurso, que el hecho de que la empresa adjudicada haya marcado en su literatura el código 2500 y en la oferta indica el código TPI01, esto puede provocar confusión y que entonces aquella podría entregar dos tipos de productos diferentes. Sobre este argumento debe indicarse primero, que se presenta por la apelante sin de la debida fundamentación, pues la recurrente menciona según su criterio, que cotizar dos códigos puede provocar confusión, pero ni siquiera realiza un ejercicio en su escrito de recurso para al menos

tratar de demostrar con prueba técnica o documentación alguna, que efectivamente se trata de dos códigos distintos y no un mismo código, y por ende probar de manera fehaciente de que se trata de dos productos distintos, como lo trata de hacer ver en su prosa. En el mismo orden de ideas, procede indicar que cuando la apelante menciona ,y citamos en lo conducente- que el código marcado 2500 es una placa que no tiene la cinta acrílica, grado médico que refuerza el borde externo de la placa para evitar la entrada de fluidos, refiriendo que adjunta un catálogo del producto con fotografías claras que evidencian que no lo poseen, tampoco fundamenta este otro argumento, pues ni con el recurso presentado por fax, ni con el escrito original remitido con posterioridad a este, aportó a este órgano contralor, el catálogo que mencionó y con el cual, en tesis de principio, pretendía comprobar su dicho (ver folios del 10 al 14 y del 21 al 24 del expediente de recurso de apelación). Tampoco demuestra la empresa apelante, en qué parte de la redacción del cartel específicamente y para el ítem uno, se lee con esa claridad, la exigencia de tener que presentar la cinta que menciona la recurrente en su argumentación. Por último, al tenor de los argumentos de la empresa apelante que expone y referimos también en lo conducente, que el cartel requiere para este mismo ítem que el material conductor solicitado sea hidrogel basado en agua que reduzca la resistencia entre el tejido y la placa conductiva y además evite la migración del gel, y que el ofertado por la adjudicataria es hidrogel acrílico seco que aumenta la resistencia entre el tejido y la placa, permitiendo la migración de ésta exponiendo al paciente a posibles quemaduras, procede indicar que este también es un argumento que no sustenta con prueba alguna más que su mero dicho, por lo que no comprueba el incumplimiento que le quiere imputar a la oferta de la sociedad adjudicada, y ante falta de prueba, no es de recibo su argumento, esto incluso sin perjuicio de destacar que revisando la oferta de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A., la misma indica “...*el material conductor es un hidrogel de acrílico basado en agua, el cual reduce la resistencia entre el tejido y la placa conductiva...*”.(ver hecho probado 2). Por lo tanto, ante las consideraciones de hecho y de derecho expuestas hasta este momento y para el ítem uno impugnado, procede el **rechazo de plano** de los argumentos expuestos en contra del ítem uno, por ser manifiestamente improcedentes ante la falta de fundamentación de cada uno de ellos, por lo cual la apelante no demuestra su dicho, y por ende no acredita que existan efectivamente incumplimientos en la oferta adjudicada en este ítem uno. En cuanto a los argumentos expuestos por la empresa apelante, con relación al **ítem 5**, es preciso indicar que la aquí apelante en esa línea fue excluida, indicando la recomendación técnica emitida por el Hospital

licitante que la oferta tres de la empresa KENDALL INNOVADORES EN CUIDADOS AL PACIENTE S.A. fue excluida técnicamente porque incumple con lo solicitado en el cartel, que de acuerdo a la valoración organoléptica la estructura no es a prueba de agua en donde se encuentran los botones ya que existen fisuras, que afectan la estructura a prueba de agua, tiene los botones juntos, lo que propicia al error, por lo tanto queda excluida (ver hecho probado 3), indicándose además en dicha recomendación, que como segunda alternativa de compra en ese ítem está la oferta de la empresa AUTO MED CENTROAMERICANA S.A. y como tercer alternativa de compra está la de la empresa YIRE MEDICA H.P. S.A. (ver hecho probado 2). En ese sentido, en la misma acreditación de mejor derecho a una adjudicación conforme lo expuesto líneas atrás, y al tenor de lo regulado en el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, la empresa apelante estaba en la obligación de referirse a los incumplimientos que se le imputaron a su oferta en este ítem en sede administrativa que incluso generaron su exclusión, y desvirtuarlos todos, comprobando de esa manera que su oferta sí cumple de conformidad con el pliego cartelario y demostrar ese mejor derecho a la readjudicación que se viene mencionado a lo largo de esta resolución. En este caso en concreto y para el ítem 5, la aquí recurrente ni siquiera menciona sus incumplimientos al expresar sus argumentos para reclamar que la situación se resuelva a su favor, como lo menciona en el folio 3 de su recurso de apelación, mucho menos aporta prueba o fundamentación con la cual logre demostrar que su oferta cumple, y que los incumplimientos advertidos por el Hospital licitante, no son tales y por ende ostenta posibilidad de adjudicación. Por lo anteriormente expuesto, estima esta División que existe mérito suficiente para el rechazo de plano del recurso interpuesto por no demostrar la apelante en este ítem 5, su mejor derecho para resultar adjudicataria del concurso, todo esto con fundamento en lo establecido en el artículo 180 inciso b) del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa citado.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 30, 34 y 37, inciso 3), de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, 84, 85 y 86 de la Ley de Contratación Administrativa, 175 y 180 incisos a) y b) de su Reglamento, **se resuelve: 1) Rechazar de plano por improcedencia manifiesta por falta de legitimación, el recurso de apelación** interpuesto por **QUALITY-1 EXPORT INC.** en contra del acto de adjudicación del ítem 2 y **2) Rechazar de plano por improcedencia manifiesta por falta de fundamentación en cuanto al ítem 1 y por falta de legitimación en cuanto al**

ítem 5, el recurso de apelación presentado por la empresa **KENDALL INNOVADORES EN CUIDADOS AL PACIENTE S.A. (MEDTRONIC)**, todos de la **LICITACION ABREVIADA 2015LA-000052-2104**, promovida por el **HOSPITAL MEXICO** para la adquisición de “Placas, mangos y cables de electrocauterio” bajo consumo por demanda, acto recaído en favor de las empresas **KENDALL INNOVADORES** (ítem 2), **YIRE MEDICA HP** (ítem 1) y **COMERCIALIZADORA MEDICA CENTROAMERICANA COMECEN S.A.** (ítem 5), licitación promovida bajo la modalidad de entrega según demanda y por cuantía inestimable. **2)** De conformidad con el artículo 90 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se da por agotada la vía administrativa. -----
NOTIFÍQUESE.-----

Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Estudio y Redacción: Kathia Volio Cordero
KGVC/pus
NN: 10854 (DCA-2092-2016)
NI: 21090, 21059,21126,21388
G: 2016002791-1