

R-DCA-0258-2017

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las diez horas veinte minutos del veintisiete de abril del dos mil diecisiete -----

Recurso de apelación interpuesto por **Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. (MEDTRONIC)**, en contra del acto de adjudicación de los items 2 y 3 de la **Licitación Abreviada 2017LA-000001-2306**, promovida por el **Hospital Dr. Max Peralta Jiménez**, para la adquisición de “Sondas de Succión Cerrada #14FR” y “Sondas de Succión Cerrada #16FR”, acto recaído a favor de la empresa **Nutricare, S.A.** -----

RESULTANDO

- I. Que la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. (MEDTRONIC) presentó recurso de apelación el veinticuatro de febrero de dos mil diecisiete. -----
- II. Que mediante el auto de las diez horas del veintiocho de febrero de dos mil diecisiete se solicitó el expediente administrativo del concurso. -----
- III. Que mediante el auto de las catorce horas del nueve de marzo de dos mil diecisiete se otorgó audiencia inicial a la Administración y a la empresa adjudicataria para que se refirieran a los argumentos expuestos por la recurrente en el recurso de apelación, la cual fue contestada por ambas partes. -----
- IV. Que mediante el auto de as once horas del dieciséis de marzo de dos mil diecisiete se otorgó audiencia especial a la empresa apelante para que se manifestara sobre lo dicho por la Administración y la empresa adjudicataria en la contestación de la audiencia inicial. -----
- V. Que mediante el auto de las ocho horas del treinta y uno de marzo del dos mil diecisiete se otorgó un audiencia para mejor resolver, mediante la cual se le solicitó a la Administración que se refiere a lo dicho por la apelante en la contestación de la audiencia especial.-----
- VI. Que mediante el auto de las catorce horas del cinco de abril de dos mil diecisiete se otorgó audiencia a todas las partes sobre lo dicho por la Administración al contestar la audiencia de prueba para mejor resolver. -----
- VII. Que mediante el auto de las once horas del diecinueve de abril de dos mil diecisiete se otorgó audiencia final. -----
- VIII. Que en el procedimiento se han observado las prescripciones constitucionales, legales y reglamentarias.-----

CONSIDERANDO

I. Hechos probados: Con vista en el expediente administrativo de la Licitación Abreviada 2017LA-000001-2306, remitido físicamente el primero de marzo de dos mil diecisiete, se tienen por demostrados los siguientes hechos de interés: **1)** Que el Hospital Dr. Max Peralta Jiménez tramitó la Licitación Abreviada 2017LA-000001-2306 para la adquisición de “Sondas de Succión Cerrada #14FR” y “Sondas de Succión Cerrada #16FR” (Folio 147 expediente administrativo del concurso). **2)** Que en el presente concurso se recibieron las siguientes ofertas: 1) Soporte Médico, S.A. 2) Kabé Soluciones Médicas, S.A. 3) Grupo Salud Latina, S.A. 4) D.A. Médica de Costa Rica, S.A. 5) TRI DM S.A. 6) Corporación Sandoval y Sandoval, S.A. 7) Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. (MEDTRONIC), 8) Nutricare, S.A., 9) Yiré Médica H.P. S.A. y 10) Hospimédica S.A. (Folios 407 al 709 expediente administrativo del concurso). **3)** Que la Administración mediante documento suscrito por el Msc. Abilio Gutiérrez Arguedas, Director Administrativo Financiero se adjudicó las líneas 2 y 3 a la empresa Nutricare, S.A. (Folios 892 y 893 expediente administrativo del concurso). **4)** Que la Administración mediante el oficio HMP-U.T.R-0041-2017 del 13 de marzo de 2017 al atender la audiencia inicial indicó lo siguiente: “2. Cada una de las empresas aportó una muestra de sonda de succión cerrada No. 14 Fr y 16 Fr, para los ítems No. 2 y 3 respectivamente. No obstante; se aclara, que la Empresa Nutricare presenta como un accesorio adicional el conectar o puerto para broncoscopio, el cual no viene dentro del paquete de la sonda; sin embargo, cumple técnicamente con lo solicitado en el cartel; como puede observarse en el catalogo Smiths Medical-Portex, página 27, visible en el folio 964. 3. Además, se manipularon todas las muestras presentadas con los usuarios de la Unidad de Terapia Intensiva de este centro hospitalario, para comprobar el funcionamiento de las sondas respecto a las especificaciones técnicas solicitadas; en la cual pudimos verificar clínicamente el cumplimiento de ambas ofertas. 4. Por último, se reitera que en base a todo el análisis órganoleptico, revisión de la literatura aportada en los catálogos y la valoración clínicas de las ofertas, ésta administración recomendó a la Empresa Nutricare S.A. en los ítems No. 2 y 3 por cumplir con todos los requisitos técnicos solicitados en el cartel, obteniendo el porcentaje más alto de la tabla de ponderación (100%), con lo cual se estableció de manera objetiva, como la propuesta más conveniente para la administración. (Folio 100 expediente de apelación). **5)** Que la Administración mediante el oficio HMP-U.T.R-0134-2017 del 03 de abril de 2017 al atender la audiencia de prueba para mejor resolver indicó lo siguiente: “1. Respecto al requisito cartelario de los ítems 2 y 3, línea No 17 donde se solicita textualmente **“Con puerto**

desmontable para broncoscopio". Cada una de las empresas apporto (sic) una muestra de sonda de succión cerrada No. 14 Fr y 16 Fr, para los ítems No. 2 y 3 respectivamente. No obstante; se aclara, que la Empresa Nutricare presenta como un accesorio adicional el conector o puerto para broncoscopio, el cual no viene dentro del paquete de la sonda; sin embargo, cumple técnicamente con lo solicitado en el cartel; como puede observarse en el catalogo Smits Medical-Portex, página 27, visible en el folio No. 964. Se aceptó el puerto de broncoscopio como un accesorio, porque en las especificaciones se solicita y no se especifica que debe estar interno o externo en el paquete de la sonda, por lo cual la administración considero que no es un punto relevante al no tener ninguna implicación clínica si está incluido o no dentro del paquete de la sonda, ya que lo que se desea es que tenga el puerto para que en los casos que se amerite se pueda utilizar y pasar por este el broncoscopio. Por lo tanto, la Administración consideró y comprobó Clínicamente (sic) que cumplía con todo el pliego de condiciones técnicas descritas en el cartel, así como lo solicitado en el punto 18, porque viene en un paquete estéril, como que hace mención la empresa Covidien. Además, la empresa adjudicataria tiene tres adaptadores (color naranja, blanco y azul) que permiten proteger la sonda cuando se desconecta para colocar el puerto de broncoscopio, protegiendo la esterilidad de la sonda permitiendo reutilizarla luego del procedimiento. Por último, se aclara que ambas ofertas cumplen técnicamente con todas las condiciones solicitadas en el cartel y la administración adjudicó a la empresa Nutricare como opción más conveniente al tener el 100% de ponderación por precio." (Folios 162 y 163 de apelación). -----

II. Sobre el fondo del recurso incoado. Manifiesta el apelante que la adjudicataria no cumple con los requerimientos técnicos del cartel, dado que para los ítems 2 y 3 la sonda de succión no tiene el puerto desmontable para broncoscopía. Además, al contestar la audiencia especial señala que la Administración está dando por bueno lo presentado por Nutricare, lo cual argumenta que no es de recibo por cuanto contraviene lo solicitado en el cartel. Lo anterior, violenta la legalidad y la seguridad jurídica del procedimiento sino que al permitirselo presentarlo como un accesorio adicional y no dentro del paquete de la sonda se está incumpliendo el empaque primario solicitado en el numeral 18 de las especificaciones técnicas. Por lo cual, discute que la Administración realiza actos contrarios al cartel violentando sus propios requerimientos, razón por lo cual reitera que la adjudicataria no cumple con lo solicitado, puntualmente en lo que se refiere al puerto desmontable para broncoscopio y ahora al habérselo permitido presentarlo como un accesorio original y tampoco con el empaque primario.

Agrega, que la misma adjudicataria acepta que están entregando de manera externa a la sonda un puerto de broncoscopía, el cual es un accesorio externo de la sonda de succión por lo cual, aunque se pueda realizar broncoscopía con ese conector, el mismo al ser un accesorio externo incumple con el punto 18 del empaque primario. Asimismo, argumenta que la sonda de succión de la adjudicataria no cumple debido a que no tienen el puerto como parte integral de la sonda que al final esta es la intención del cartel, siendo que era adquirir una sonda que de manera integral cuente con un puerto de broncoscopía y con todas las características solicitadas en su ficha técnica y no que se le agreguen accesorios de manera externa, que inclusive al venir afuera del empaque individual estéril que se solicita en el punto 18 de las especificaciones técnicas y por lo tanto podría perderse en alguna manipulación y no poder ser utilizado en el momento debido. De igual manera, expone que con accesorio externos cualquier marca puede hacer una broncoscopía sin embargo tienen que descartar la sonda de succión y se incumple el cartel. Por último, indica que incumple la adjudicataria al ser un accesorio externo al empaque individual estéril de la sonda y la sonda de succión son accesorios que no se podrían utilizar de manera simultánea, porque la sonda no tiene la manera para acoplarse al conector sin tener que ser descartada y se pueda realizar la broncoscopia. Al respecto, la adjudicataria indica que la literatura no es parte de los requisitos en este concurso para ser evaluado el insumo solicitado en el ítem 2 y 3, como si lo es la muestra. Por lo cual, argumenta que al entregar la muestra presentaron todas las características solicitadas incluyendo el puerto desmontable para broncoscopio, la cual fue utilizada como prueba organoléptica y da fe de su cumplimiento. Por su parte, la Administración señala que el 20 de enero del 2017 con el oficio RT-SACA-010-2017 se recibe en la Unidad de Terapia Respiratoria el expediente mencionado para realizar la recomendación técnica con todos los documentos y muestras aportadas por lo oferentes. Asimismo, expone que del 30 al 3 de febrero del año en curso se ejecuta el análisis detallado de todas las ofertas presentadas, a cargo de la Licda. Fabiola Vega Artavia, Coordinadora de la Unidad de Terapia Respiratoria y el Dr. Carl W. Fabian Macaya, Jefa de la Unidad de Terapia Respiratoria. Agrega, que respecto a los ítems 2 y 3 tanto la empresa Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. y Nutricare S.A. cumplen técnicamente con la línea No. 17 de las especificaciones: “Con puerto desmontable para broncoscopio”, para lo cual explica que se hizo lo siguiente: 1. Para su respectivo análisis se valoró la literatura aportada por las empresas así como sus respectivas muestras como bien se solicitó textualmente en el punto 9.1 “Presentar una muestra por cada ítem, que serán entregados a los encargados del análisis técnico: Licda.

Fabiola Vega Artavia, Coordinadora Unidad de Terapia Respiratoria y Dr. Carl Walter Fabian Macaya, Jefe Unidad de Terapia Respiratoria, o quienes los sustituyan. Pruebas a efectuar: Análisis organoléptico para verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas del producto o artículo adquirir. Condición para la muestra: La muestra será abierta para su respectivo análisis. Las muestras NO serán devueltas.” 2. Cada una de las empresas aportó una muestra de sonda de succión cerrada No. 14 Fr y 16 Fr, para los ítems No. 2 y 3 respectivamente. No obstante; se aclara, que la Empresa Nutricare presenta como un accesorio adicional el conectar o puerto para broncoscopio, el cual no viene dentro del paquete de la sonda; sin embargo, cumple técnicamente con lo solicitado en el cartel; como puede observarse en el catalogo Smiths Medical-Portex, página 27, visible en el folio 964. 3. Además, se manipularon todas las muestras presentadas con los usuarios de la Unidad de Terapia Intensiva de este centro hospitalario, para comprobar el funcionamiento de las sondas respecto a las especificaciones técnicas solicitadas; en la cual se pudo verificar clínicamente el cumplimiento de ambas ofertas. 4. Por último, se reitera que en base a todo el análisis organoléptico, revisión de la literatura aportada en los catálogos y la valoración clínicas de las ofertas, recomendó a la Empresa Nutricare S.A. en los ítems No. 2 y 3 por cumplir con todos los requisitos técnicos solicitados en el cartel, obteniendo el porcentaje más alto de la tabla de ponderación (100%), con lo cual se estableció de manera objetiva, como la propuesta más conveniente. Adicionalmente, indicó que se aceptó el puerto de broncoscopio como un accesorio, porque en las especificaciones se solicita y no se especifica que debe estar interno o externo en el paquete de la sonda, por lo cual consideró que no es un punto relevante al no tener ninguna implicación clínica si está incluido o no dentro del paquete de la sonda, ya que explica que lo que se desea es que tenga el puerto para que en los casos que se amerite se pueda utilizar y pasar por este el broncoscopio. Por lo tanto, indica que consideró y comprobó clínicamente que cumplía con todo el pliego de condiciones técnicas descritas en el cartel, así como lo solicitado en el punto 18, porque viene en un paquete estéril. Además, expone que la empresa adjudicataria tiene tres adaptadores (color naranja, blanco y azul) que permiten proteger la sonda cuando se desconecta para colocar el puerto de broncoscopio, protegiendo la esterilidad de la sonda permitiendo reutilizarla luego del procedimiento. Por último, aclara que ambas ofertas cumplen técnicamente con todas las condiciones solicitadas en el cartel y que adjudicó a la empresa Nutricare como opción más conveniente al tener el 100% de ponderación por precio.

Criterio de la División. Primeramente, se tiene que la Administración tramitó e invitó a

participar en la Licitación Abreviada número 2017LA-000001-2306 para la adquisición de “Sondas de Succión Cerrada #14FR” y “Sondas de Succión Cerrada #16FR” (Hecho probado 1), en la cual presentaron ofertas la empresas Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. (MEDTRONIC) y Nutricare, S.A. (Hecho probado 2), resultando adjudicataria esta última empresa (Hecho probado 3). Ahora bien, en el presente caso discute la apelante que la adjudicataria incumplió con lo requerido en el pliego de condiciones dado que el equipo ofertado no tiene el puerto desmontable. Al respecto, la Administración señaló que la empresa adjudicataria presentó para los ítems 2 y 3 como un accesorio adicional el conector o puerto para broncoscopio, el cual no viene dentro del paquete de la sonda pero cumple técnicamente con lo solicitado en el cartel. En cuanto al tema planteado por el apelante, estima este órgano contralor que es necesario señalar que el cartel indica en el punto 17 de las especificaciones técnicas para las sondas de succión cerradas número 14 FR y 16 FR, ítems 2 y 3 respectivamente, lo siguiente: “17. *Con puerto desmontable para broncoscopio.*” (Folios 172 y 175 expediente administrativo del concurso). De acuerdo con lo regulado en la disposición cartelaria, considera este órgano contralor que no se desprende del cartel que se requiriera expresamente que el puerto de broncoscopio tuviera que encontrarse integrado a la sonda de succión, de forma que no se aceptara que fuera un accesorio adicional de la misma, tal y como lo hace arguye la apelante. De esa forma, la redacción del cartel en modo alguno incluyó la obligación de que estuviera integrado; por lo que al no requerirse no se aprecia que exista la posibilidad de interpretar que debía hacerse de esa forma como para sostener el alegato en contra de la adjudicataria. Siendo que bajo esa redacción no se impide que se cotice tanto que el puerto de broncoscopio viniera adherido a la sonda de succión como que dicho implemento fuera un accesorio de ésta, se estima que no hay mérito para discutir el incumplimiento alegado. Asimismo, se debe indicar que tampoco la apelante hace referencia a una cláusula cartelaria en la cual sin lugar a dudas se haya pedido que el puerto de broncoscopio fuera una sola pieza con la sonda de succión; sino que se deriva una interpretación de la cláusula en cuestión cuando estas lecturas indispensablemente requieren armonizarla con el principio de eficiencia bajo una lectura pro conservación de la oferta. Ahora bien, aún en el supuesto de que eventualmente se aceptara la tesis que plantea la empresa apelante respecto a que no era permitido aceptar el puerto de broncoscopio como un accesorio adicional y que el cartel lo haya pedido que formara parte integral de la sonda, se debe indicar que en aplicación del mismo principio constitucional no basta el simple incumplimiento para la exclusión de una oferta, sino que debe analizarse la

trascendencia del incumplimiento, de forma que solo aquellos de carácter sustancial o trascendente para la contratación tienen la virtud de sustentar la exclusión de una oferta. Este principio se encuentra normativizado en el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa cuando se refiere con toda claridad que: *“Serán declaradas fuera del concurso, las que incumplan aspectos esenciales de las bases de la licitación o sean sustancialmente disconformes con el ordenamiento jurídico. Los incumplimientos intrascendentes no implicarán la exclusión de la oferta, pero así deberá ser razonado expresamente en el respectivo informe.”*

De esa forma, aún en el ejercicio de la empresa recurrente, se hace indispensable la justificación de esa relevancia del incumplimiento para el fin que persigue el concurso; pues no existe una nulidad por la nulidad misma en los términos del artículo 223 de la Ley General de la Administración Pública. Al respecto, se ha indicado: *“De esa forma, estima este órgano contralor que de conformidad con el artículo 83 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante RLCA), es obligación de la Administración sustentar la trascendencia de los incumplimientos. Sobre este tema, ha indicado este órgano contralor que: “(...) no todo incumplimiento, implica de forma automática, la descalificación de la oferta, por lo que debe analizarse su trascendencia. En relación con este tema, el órgano contralor ha sostenido “... a la luz de la jurisprudencia reiterada de esta Contraloría General debe analizarse la trascendencia del incumplimiento, a efectos de determinar si amerita o no la exclusión de cualquier participante que omita esos requisitos, pues ya hemos indicado que no se trata de cualquier incumplimiento sino de aquellos que por su trascendencia no permiten ajustar a la oferta al interés público (RSL-71-97 de las 14:00 horas del 2 de abril de 1997 y RC-507-2002, de las 10:00 horas del 6 de agosto de 2002), o bien que lesionan los principios aplicables a la materia.” (ver resolución RC-834-2002).” (resolución R-DCA-094-2014 de las nueve horas del dieciocho de febrero de dos mil catorce).” (Resolución No. R-DCA-134-2015 de las trece horas veintidós minutos del diecisiete de febrero de dos mil quince).*

Es así como, el solo hecho de que una oferta incumpla alguna exigencia del pliego de condiciones no conlleva a su exclusión automática, sino que garantizar la aplicación del principio de eficiencia demanda hacer un análisis de la trascendencia del mismo para fundamentar la inelegibilidad de una plica. Esta trascendencia no puede versar sobre la cláusula misma en una dimensión puramente cartelaria, sino que requiere un ejercicio de quien lo alega que refleje por qué razón ese incumplimiento no permitiría atender la necesidad pública para la cual se ha movido el aparato administrativo y realizado el procedimiento de contratación, o bien, por qué su consideración genera una ventaja indebida afectando con ello principios como el de igualdad. Estos límites representan un equilibrio entre el interés público e intereses particulares en resultar adjudicatarios del concurso, lo cual

necesariamente debe ser examinado por todos los interesados, sobre todo si se considera que tanto el objeto es propio del giro competencial de la Administración, como de la actividad comercial de los oferentes participantes, por lo que no puede resultar ajeno a las posibilidades de éstos de acreditar la relevancia o trascendencia del incumplimiento técnico. En el caso, la recurrente no logró demostrar que al haber sido presentado como un accesorio se impidiera cumplir con la finalidad del implemento médico. En ese orden de ideas, la recurrente insistió en afirmar que con la presentación bajo la modalidad de accesorio se incumplía la letra del cartel, puntos 17 y 18, pero no explicó con la debida fundamentación y prueba pertinente cuáles eran las consecuencias técnicas o médicas que eso implicaba para el paciente, por ejemplo que se impidiera realizar los procedimientos médicos –lo cual más bien reconoce– o que ello lesione la integridad de los pacientes cuando se utiliza la sonda con el accesorio. Es por ello que, estima esta Contraloría General que la apelante debió analizar no solamente el incumplimiento desde la letra del cartel, sino que debió fundamentar y demostrar la trascendencia del incumplimiento que le endilgó a la adjudicataria, lo cual no fue realizado por la apelante, pese a que precisamente se dedica a la venta de implementos médicos, lo que supone que no solamente tiene el personal asociado al tema sino también el conocimiento y la experiencia suficiente como revisar estos aspectos y lograr desarrollarlos en su recurso, pues no le resultan ajenos a su giro comercial. En este sentido, la recurrente únicamente llegó a señalar que al ser un accesorio se podría perder en alguna manipulación y no estar cuando el servicio lo necesite y que no se podrían utilizar de manera simultánea la sonda de succión y el puerto de broncoscopio, por lo que se debía descartar dicha sonda, con lo cual no logra acreditar la trascendencia del incumplimiento, lo cual era lo que debía realizar en este caso. Incluso, se debe resaltar en este alegato que la recurrente en una de las audiencias especiales que le fueron otorgadas manifestó que con el conector ofertado por la adjudicataria se podría hacer la broncoscopia, con lo cual ratifica que el implemento médico cumple con la finalidad perseguida en este concurso, siendo que no resulta aceptable el incumplimiento por el mismo incumplimiento, sino que éste, tal y como se dijo anteriormente, debe ser trascendente para que dé pie a la exclusión de la oferta. Adicionalmente, estima esta Contraloría General que resulta importante señalar que la Administración en las audiencias que se le confirieron para que se refiera a los argumentos de la apelante manifestó que la oferta de la adjudicataria cumple clínicamente con el pliego de condiciones (hechos probados 4 y 5), lo cual debió haber sido desvirtuado por la recurrente con base en criterios técnicos sustentados, siendo que se le

otorgaron las audiencias correspondientes, lo cual no ocurrió en este caso. Con base en las explicaciones antes expuestas, no logró demostrar la recurrente que desde el punto de vista técnico se haya dado alguna ventaja indebida, en el sentido de que el equipo médico adjudicado no cumpliera con la finalidad pretendida por la Administración en este concurso y de esta manera el incumplimiento, en el supuesto de que se aceptara sus argumentos, achacado a la adjudicataria era trascendente. De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, se declara sin lugar el recurso de apelación y se confirma la adjudicación. -----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 88 de la Ley de Contratación Administrativa, 83 y 185 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; **se resuelve: 1) DECLARAR SIN LUGAR** el recurso de apelación interpuesto por **Kendall Innovadores en Cuidados al Paciente S.A. (MEDTRONIC)**, en contra del acto de adjudicación de los ítems 2 y 3 de la **Licitación Abreviada 2017LA-000001-2306**, promovida por el **Hospital Dr. Max Peralta Jiménez**, para la adquisición de “Sondas de Succión Cerrada #14FR” y “Sondas de Succión Cerrada #16FR”, acto recaído a favor de la empresa **Nutricare, S.A.** **2) Se confirma el acto de adjudicación. 3)** De conformidad con el artículo 90 de 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

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Estudio y Redacción: Karen Castro Montero.

KMCM/chc
NN: 04738 (DCA-0867)
NI: 5278, 5334, 5680, 6777, 6883, 7445, 7512, 8644, 9011, 9070, 9776, 9765
G: 2017000244-3