R-DCA-0520-2017

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **División de Contratación Administrativa.** San José, a las ocho horas con cuarenta minutos del doce de julio del dos mil diecisiete.----------

RECURSOS DE OBJECIÓN interpuestos por las empresas **SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTICS S.A.** y por **EQUITRÓN S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2017LN-000005-2102,** promovida por el **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS** para la contratación de reactivos varios.----------

RESULTANDO

I. Que la empresa Siemens Healthcare Diagnostics S.A., el veintiocho de junio del dos mil diecisiete interpuso recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia.----------

II. Que la empresa Equitrón S.A., el veintinueve de junio del dos mil diecisiete, interpuso recurso de objeción en contra del cartel de la referida licitación, vía correo electrónico.----------

III. Que mediante auto de las trece horas del treinta de junio del dos mil diecisiete se confirió audiencia especial a la Administración para que se refiriera a los recursos interpuestos y para que aportara copia de la última versión del cartel, entre otros aspectos, lo cual fue atendido mediante oficio No. SCA-122-2017 del cuatro de julio del dos mil diecisiete. ----------

IV. Que esta resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.----------

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA PRECLUSIÓN PROCESAL. Dado que resulta de aplicación a lo que se resuelva puntualmente para cada uno de los dos recursos interpuestos, se advierte que la presente gestión corresponde a recursos de objeción que han sido interpuestos en contra de un cartel modificado, toda vez que este órgano contralor tuvo en conocimiento recursos interpuestos contra el cartel original y modificado, lo cual derivó en las resoluciones No. R-DCA-0159-2017 del 14 de marzo del 2017 y R-DCA-330-2017 del 24 de mayo del 2017. Así las cosas, se reitera lo ya desarrollado en la resolución No. R-DCA-330-2017 de las 9:20 horas del 24 de mayo de 2017 en los siguientes términos: *"Lo anterior, implica para esta División el determinar si los alegatos en que las objetantes fundan su impugnación, versan efectivamente sobre las cláusulas que fueron objeto de modificación derivadas de la última versión del cartel, con ocasión de los cambios efectuados por la Administración de oficio o derivado de lo resuelto con anterioridad por este órgano contralor; o si por el contrario, son argumentos que devienen en inoportunos por referirse a cláusulas que no fueron modificadas debido a que no fueron impugnadas ni analizadas inicialmente o porque el argumento fue*

rechazado o declarado sin lugar. Así las cosas, la posibilidad de recurrir queda limitada a las últimas modificaciones efectuadas al cartel y no sobre las cláusulas consolidadas en las versiones anteriores de éste. Ello es así, con fundamento en el artículo 129 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Por lo tanto, cualquier alegato que verse sobre una cláusula o contenido del pliego no sujeta a variación, se encuentra precluida, ya que el momento procesal oportuno para impugnar era una vez conocido el contenido del cartel original y haber ejercido la acción recursiva en tiempo. Al respecto conviene remitir al principio de preclusión el cual se entiende como pérdida o extinción de una facultad legal, por lo que no es posible admitir a conocimiento de esta División alegatos precluidos ya que tal proceder atentaría entre otros aspectos, contra la agilidad y eficiencia que debe imperar en la fase de elaboración y depuración del cartel hasta que éste se consolide y por razones de seguridad jurídica, por cuanto las cláusulas que se consolidan se entienden firmes, no existiendo una posibilidad ilimitada en cuanto al momento de objetar el cartel durante el procedimiento de contratación. A mayor abundamiento, conviene señalar que "(…) las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados. La preclusión es la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal." (PACHECO, Máximo, Introducción al Derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 263). (…)" .Lo expuesto en este apartado debe tenerse por incorporado a lo que se resuelva para cada uno de los puntos de los dos recursos de objeción interpuestos. ----------

II. SOBRE EL FONDO DE LOS RECURSOS. A) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTICS S.A. Sobre la linealidad anexo No. 7. <u>La recurrente</u> a) En primer término cuestiona el Anexo 7, el cual establece la linealidad de cada prueba con base en los siguientes argumentos: que el párrafo inicial se contradice con el último párrafo adicionado en la tercera versión del cartel, ya que en el primer párrafo se indica que el oferente que no cumple con la linealidad descrita en el anexo no será elegible para la compra, pero en el nuevo párrafo añadido se indica que las linealidades quedan sujetas a variaciones por criterio técnico del especialista del laboratorio, y se podrían aceptar aquellos que tengan una variación hasta el 10%. Considera que la contradicción radica en el hecho de que se coloca una especificación técnica específica con respecto a la linealidad, indicando que su cumplimiento es obligatorio, y posteriormente se indica que se aceptarán variaciones, lo cual crea un vacío a la hora de evaluar en forma objetiva si los potenciales oferentes cumplen o no con dichas linealidades. b) En segundo término, explica que en la ronda anterior de objeción al cartel la empresa Equitrón propuso modificar los rangos de linealidades de los ítemes 7, 8, 18, 29, 33 y 40 con el argumento de que con ello se propicia la más amplia participación de potenciales proveedores; la Administración aceptó la propuesta pero el criterio de este órgano

contralor fue declararlo sin lugar, por lo tanto los cambios de dichos ítemes fueron introducidos de oficio por parte de la Administración. Reconoce que la Administración tiene la potestad de realizar los cambios de oficio a discreción, pero expone que le llama la atención que en esta ocasión sí aceptó realizar los cambios. Entonces, solicita que se elimine el párrafo que dice *"Las linealidades descritas en este cuadro están sujetas a variaciones por criterio técnico del especialista de laboratorio, se pueden aceptar linealidades que estén fuera del rango con una variación de hasta un 10% de los indicados en el anexo 7"* por considerar que contradice el cartel en firme e introduce un vacío que puede ser aprovechado por compañías que no cumplen con los requisitos planteados en el cartel original. También solicita al órgano contralor que revise la validez de los cambios realizados de oficio a las linealidades de los ítemes 7, 8, 18, 29, 33 y 40, en razón de que ellos fueron rechazados por la Contraloría General. **La Administración** a) Respecto al primer punto acepta la objeción, y en este sentido manifiesta lo siguiente: *"La administración se allana, eliminando el primer párrafo toda ve, que se contradice con el tercer párrafo quedando la versión tal como se presenta."* b) Respecto al segundo punto rechaza la objeción. Explica que ella se allanó en la modificación de las linealidades de estos ítemes para dar lugar a la libre competencia entre empresas y debido a la resolución de la División de que: *"queda bajo la absoluta responsabilidad de la Administración las modificaciones que de oficio decida realizar al cartel."* **Criterio de la División:** a) Sobre el primer punto, la versión anterior del cartel disponía: "*Este anexo indica la linealidad de cada prueba, el que no cumple con estos rangos no es elegible para esta compra. / La linealidad se puede presentar en las unidades que maneje cada fabricante, sin embargo a la hora del reporte el administrador del contrato designará con que unidades de medición saldrá el reporte y el contratista debe realizar los cambios requeridos para que el resultado que se envía salga con las unidades dispuestas. A la hora de la oferta y en su evaluación se revisará una por una cada rango reportado y si se requiere se verificará."* El contenido del cartel actualmente dispone, luego del contenido arriba transcrito, lo siguiente: "*Las linealidades descritas en este cuadro están sujetas a variaciones por criterio técnico del especialista del laboratorio, se pueden aceptar linealidades que estén fuera del rango con una variación de hasta un 10% de los indicados en el anexo No. 7*" (folio 74 del expediente de objeción). Así, de una comparación entre ambas cláusulas, se tiene que su contenido fue sujeto a modificación –con la incorporación identificada- y por lo tanto es susceptible de ser impugnada. Ahora bien, se está ante la aceptación de la Administración de variar la cláusula con lo cual se estaría eliminando en principio la contradicción entre estipular por un lado una obligatoriedad y luego aceptar variaciones sobre lo que en principio se entiende de

cumplimiento obligatorio. Sin embargo, nótese que la objetante lo que solicita expresamente es que se elimine un señalamiento específico en la cláusula (párrafo tercero) que no es el que la Administración acepta variar (párrafo primero). Dado que la Administración acepta variar la cláusula pero no en los términos en que pretende la objetante ya que mantiene el contenido último de la cláusula (párrafo tercero), se declara parcialmente con lugar el recurso en este punto. b) Respecto al segundo alegato, ha de indicarse que cuando este órgano contralor se pronunció sobre la objeción puntual en la resolución No. R-DCA-330-2017 de las 9:29 horas del 24 de mayo de 2017, pese a que la Administración había manifestado un allanamiento parcial, ya que aceptaba la propuesta para ciertos puntos, esta Contraloría General estimó que el recurso en tal punto adolecía de la debida fundamentación que se exige al recurso de objeción, y se impuso declarar sin lugar por falta de fundamentación, lo cual fue expresamente dispuesto en dicha resolución. Ante tal escenario, se advirtió de modo expreso lo siguiente: *"… queda bajo la absoluta responsabilidad de la Administración las modificaciones que de oficio decida realizar al cartel*". Por lo tanto, si la Administración decidió variar el cartel, lo hace dentro del ámbito de su discrecionalidad como entidad licitante durante el proceso de conformación y consolidación del cartel. Ahora, la solicitud que realiza la aquí objetante de que se revise la validez de los cambios realizados de oficio a las linealidades de ciertos ítemes por considerar que fueron rechazados por este órgano contralor, resulta en improcedente. Ello, toda vez que la Administración realiza los ajustes bajo la presunción de que es la mejor conocedora del objeto contractual y esta División al resolver en la "ronda" anterior de objeciones, no se pronunció sobre el fondo propiamente, ya que se consideró que el punto no estaba suficientemente fundamentado pese a la aceptación de la Administración de variar la cláusula; por lo que si la ahora objetante estimaba que tales variaciones debían ser nuevamente modificadas, así debió impugnarlo en esta sede, con un desarrollo sustentado de por qué lo indicado en el cartel resulta una limitación injustificada a la libre participación por ejemplo. En razón de lo dicho, se declara sin lugar el recurso en este punto. **B) SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR EQUITRÓN S.A. Sobre el lector de código de barras. La recurrente** manifiesta que en la primera ronda de objeciones al cartel se objetó este punto y ante el allanamiento parcial de la Administración, el órgano contralor declaró parcialmente con lugar las impugnaciones. Que en la segunda versión del cartel la redacción no se ajustó al allanamiento parcial, situación que llevó a plantear una segunda objeción, la cual fue declarada con lugar en la resolución R-DCA-0330-2017. Que no obstante lo anterior, en la tercera versión del cartel la cláusula relativa al lector de código de barras para los reactivos sigue sin incorporar la redacción producto del

allanamiento parcial y que fue acogido en las resoluciones R-DCA-0159-2017 y R-DCA-0330-2017, ya que la cláusula que se modificó fue la relativa al lector de código de barras para muestras, pero no la correspondiente al lector para reactivos. Solicita que se ordene a la Administración el ajuste de la cláusula relativa al lector de código de barras para los reactivos para que se incluya la frase que ya había sido aceptada desde la primera ronda de objeciones. **La Administración** acepta la objeción. Manifiesta lo siguiente: *"La administración se allana, siguiendo las directrices de la R-DCA-0159-2017 y DCA-0330-2017, ya que por error se modificó el párrafo referente al código de barras de muestras en lugar del punto referente al código de barras de reactivos, por lo cual ambos párrafos deben ser leídos de la siguiente manera: …"* **Criterio de la División:** En la resolución R-DCA-0330-2017 del 04 de mayo del 2017 esta División manifestó sobre este tema, lo siguiente: *"**Criterio de la División:** se observa que al atender los recursos de objeción interpuestos en una primera ronda de objeciones al cartel de esta licitación, la Administración aceptó modificar el cartel en los siguientes términos: "La plataforma ofertada debe de tener capacidad para detectar los reactivos por medio de lector de código de barras interno (dentro del equipo y los lea directamente del rotor de reactivos), o bien alguna otra tecnología que lea los reactivos en forma automatizada, no debe haber intervención del operador para su lectura. Si tiene insumos externos debe de tener lector de código de barras externo para estos, debe de brindar su ubicación de forma gráfica en la pantalla del equipo, para dar trazabilidad a estos. Debe de trasladar la información de los reactivos e insumos al Sistema de información del equipo de los datos del reactivo o insumo como fecha de vencimiento, lote, nombre de la prueba, etc., sin necesidad de que el operador tenga que intervenir en este proceso. Debe de tener lector de código de barras externo para reactivos por si se presenta alguna eventualidad de daño con el interno u otra tecnología automatizada, no debe haber intervención del operador para su lectura. …." (el subrayado es nuestro), y en esos términos fue que se declaró parcialmente con lugar el punto objetado en la resolución R-DCA-0159-2017 del 14 de marzo del 2017. Ahora bien, en el cartel remitido por la Administración en esta oportunidad se observa que no se incluyó la frase que menciona la recurrente y que había sido incluida por la propia Administración como parte de la modificación propuesta. Tal omisión es reconocida por la Administración al contestar la audiencia especial. Así las cosas, lo procedente es declarar con lugar el recurso de objeción en este extremo a fin de que la Administración incorpore al cartel la frase "….u otra tecnología automatizada, no debe haber intervención del operador para su lectura" que ya había sido aceptada en la primera ronda de objeciones al cartel."* Ahora bien, revisada la nueva versión del cartel que nos fue remitida en esta oportunidad, se observa que la Administración tampoco corrigió la cláusula en los términos indicados en las resoluciones R-DCA-0159-2017 y R-DCA-0330-2017. Además, tal omisión es reconocida por la Administración al contestar la audiencia especial, al señalar: "*… por error se modificó el párrafo referente al código de barras de muestras en lugar del punto*

referente al código de barras de reactivos…" (folio 28 del expediente de la objeción). Así las cosas, lo procedente es declarar con lugar el recurso de objeción interpuesto a fin de que la Administración ajuste la redacción de cláusula del cartel impugnada en los términos en que fue resuelto en las resoluciones R-DCA-0159-2017 y R-DCA-0330-2017. A fin de evitar situaciones como las expuestas, donde la entidad promotora del concurso reconoce el error al no haber modificado el cartel según fue dispuesto en diferentes resoluciones, y con el propósito de contar con un instrumento cartelario lo más claro posible, se insta a la Administración a revisar cuidadosamente el cartel con el propósito de verificar que no contenga inconsistencias y que se adecue a la necesidad que pretende solventar. ----------

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en las disposiciones de los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa y 178, 179 y 180 del Reglamento a dicha ley, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTICS S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2017LN-000005-2102,** promovida por el **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS** para la contratación de reactivos varios. **2) DECLARAR CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **EQUITRON S.A.** en contra del cartel de la referida **LICITACIÓN PÚBLICA 2017LN-000005-2102,** promovida por el **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS. 3) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones al cartel indicadas en la presente resolución, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Se da por agotada la vía administrativa. ----------

NOTIFÍQUESE.----------

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

María Jesús Induni Vizcaíno
Fiscalizadora

Celina Mejía Chavarría
Fiscalizadora

MJIV/CMCH/tsv
NN: 07997 (DCA-1480-2017)
G: 2017001280-3
Ni: 15991, 16114, 15154, 16546