

R-DCA-0780-2019

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

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

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **TRIGÁS, S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000002-2306** promovida por el **HOSPITAL DR. MAXIMILIANO PERALTA JIMÉNEZ** para el “Suministro de gases medicinales e industriales bajo la modalidad de entrega según demanda”.-----

RESULTANDO

I. Que el veintiséis de julio de dos mil diecinueve TRIGÁS, S.A. presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2019LN-000002-2306 promovida por el Hospital Dr. Maximiliano Peralta Jiménez.-----

II. Que mediante auto de las once horas veinticuatro minutos del treinta de julio de dos mil diecinueve esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto, la cual fue atendida mediante el oficio No. SACA-HMP-000296-2019 del 05 de agosto de dos mil diecinueve, remitido el mismo día, el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.-----

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

CONSIDERANDO

I.SOBRE EL FONDO. 1) Sobre el servicio de mantenimiento correctivo y productivo La objetante señala que las cláusulas 14.1, 18.4, 19.2, 23.1 y Capítulo II, especificación técnica 1.8 regulan las acciones que debe hacer el proveedor en cuanto al mantenimiento, lo cual resulta contradictorio con la cláusula 3.1 que establece que el Área de Ingeniería y Mantenimiento del Hospital se hará responsable del mantenimiento. Agrega que ello va en contra de lo resuelto por la Contraloría General en la resolución No. R-DCA-0660-2019. La Administración alega que el punto 18.4 establece que el oferente debe instalar en el Hospital en calidad de comodato un tanque nuevo, por lo que al ser un préstamo el oferente es el que debe dar el mantenimiento preventivo y correctivo. Aclara que el Hospital había acordado trasladar el mantenimiento a otro proceso y manifiesta que el Hospital va a brindar el mantenimiento de los bienes a su cargo, que no aplica para este caso por ser bienes de propiedad del proveedor. En cuanto a la cláusula 14.1 menciona que no hay contradicción por cuanto lo que se pide es que el contratista aporte las medidas de seguridad a la hora de brindar el mantenimiento. De acuerdo con lo anterior, manifiesta que la modalidad de comodato solicitada en este concurso, no le da

derecho de propiedad del equipo al Hospital, y más bien por el contrario, dicho equipo será siempre propiedad del contratista mientras permanezca activa la contratación y más allá de la misma. Así las cosas, indica que el Hospital Dr. Maximiliano Peralta Jiménez no estaría en condición de asumir el mantenimiento de ese equipo por la simple razón de que no le pertenece, siendo que por el contrario, al ser este tanque propiedad del contratista durante todo el período contractual, será su obligación darle el mantenimiento respectivo para que esté siempre en condición de suministrar el oxígeno al Hospital y mantener vigentes las condiciones de la contratación. Ahora bien, recalca que en este segundo recurso de objeción que interpone la objetante, solo pueden objetarse aquellas cláusulas nuevas incluidas en este segundo cartel, quedando precluidas todas aquellas cláusulas cartelarias establecidas en el primer cartel, de tal forma que las otras cláusulas que menciona ya no pueden volver a citarse con motivo de un segundo recurso de objeción. En lo que atañe a la cláusula 3.1 del cartel que cita la recurrente, la misma estaba presente en el primer cartel, pero que fue modificada en ese segundo cartel y ya no expresa lo mismo que se decía en aquella oportunidad, de manera que el alegato basado en esa cláusula 3.1 del cartel anterior no es válido en este momento dada su preclusión. En cuanto a la cita que hace la recurrente de lo indicado por esta Contraloría General de la República en la resolución R-DCA-0660-2019, aclara que lo que señala dicha resolución es solamente que de acuerdo a lo manifestado por la Administración el mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes institucionales se trasladaría a un procedimiento de compra diferente. Concluye señalando que los cilindros para envasado de los gases medicinales pertenecen al contratista, por lo que en consecuencia su mantenimiento también le pertenece a este último.

Criterio de la División: El recurso en este extremo consiste en una supuesta incongruencia entre lo dispuesto por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-0660-2019 en cuanto al servicio de mantenimiento correctivo y preventivo y la nueva versión del cartel una vez incluidas las modificaciones. Así, la objetante alega que en las cláusulas 14.1, 18.4, 19.2 y 23.1, y en la especificación técnica 1.8 se continúa haciendo referencia a las labores de mantenimiento que deberá desempeñar el proveedor del servicio. En ese sentido, conviene en primer término tener presente que esta Contraloría General en dicha oportunidad, en cuanto a ese aspecto en particular declaró con lugar el recurso en vista del allanamiento planteado por la Administración, señalando que ello correspondía a la exclusiva responsabilidad de ese Hospital. Cabe destacar que el allanamiento de la Administración consistió en que se trasladaría el mantenimiento preventivo y correctivo de los bienes institucionales a un procedimiento de compra diferente.

Ahora bien, visto el cartel modificado aportado por la Administración al responder la audiencia especial conferida, se observa que efectivamente se eliminó el ítem 16 del mantenimiento preventivo y correctivo. Se observa además que en la cláusula 9.6 modificada se establece que para tener claridad se considera la red de oxígeno, toda la tubería que conecta el tanque criogénico y la tubería hasta la salida hacia el Hospital, indicándose que esa instalación estaría a cargo del Hospital. Sin embargo, de acuerdo con la recurrente en las cláusulas citadas se conserva aún la obligación del proveedor de efectuar labores de mantenimiento. Sobre el particular, la Administración señala en términos generales, que la modalidad establecida en este concurso consiste en el comodato, por lo que el Hospital estaría recibiendo el equipo en calidad de préstamo, por lo que no estaría en capacidad de asumir el mantenimiento del mismo por no ser de su propiedad, correspondiéndole éste al proveedor quien continuaría siendo el dueño del equipo. Así, la Administración en su respuesta enfatiza en que de acuerdo con la cláusula 18.4 el oferente deberá instalar en el Hospital en calidad de comodato un tanque nuevo de al menos 3000 Gal de capacidad, correspondiéndole en ese caso el mantenimiento al proveedor. Estima este órgano contralor que lleva razón la Administración en el sentido de que si efectivamente de acuerdo con la modalidad contractual establecida en el cartel, el tanque se estaría recibiendo en condición de préstamo, el mantenimiento le corresponde a su propietario que en este caso sería el proveedor. Sin embargo, también lleva razón la objetante en cuanto a que de la lectura de otras cláusulas se desprende que le corresponde además al proveedor el mantenimiento de otros equipos adicionales a ese tanque en particular a que se refiere la cláusula 18.4. Así, en el caso de la cláusula 14.1 se establece que el contratista deberá coordinar con el administrador del contrato lo referente a la ejecución del servicio contratado, y dentro de ello las medidas de seguridad que deben ser aplicadas al brindar el servicio de mantenimiento del tanque de oxígeno líquido, todos sus componentes y la red interna del hospital de gases médicos, sin que quede claramente diferenciada la responsabilidad que en cada caso corresponde al contratista y al Hospital según el equipo en cuestión. Adicionalmente, no queda claro si el tanque de oxígeno líquido a que se refiere esta cláusula es el mismo al mencionado en la cláusula 18.4, es decir el tanque nuevo de 3000 gal que debe instalar el contratista, que se estaría recibiendo en calidad de comodato. Por otra parte, en el caso de la cláusula 19.2 se establece que corresponde al contratista brindar el servicio de mantenimiento, sin embargo en su respuesta la Administración solo hace mención al tanque que se refiere la cláusula 18.4 sin aclarar si en el caso del manifold solicitado también aplicaría la figura del comodato, pues de acuerdo con lo

indicado en la cláusula 27.1 el contratista debe garantizar el servicio de mantenimiento al manifold durante el período de vigencia del contrato el cual es propiedad del contratista. Tampoco se refiere la Administración a la cláusula 1.8 de las especificaciones técnicas indicada por la recurrente, que establece que el oferente deberá dar mantenimiento a todos los cilindros, incluyendo los que son propiedad del Hospital. De tal manera que existen contradicciones en diversas cláusulas del cartel respecto a quién es el responsable de brindar el mantenimiento correctivo y preventivo de los diferentes equipos, sin que de la respuesta de la Administración ni de la lectura del cartel quede claro cuáles equipos en concreto son los que se estarían recibiendo en calidad de préstamos por parte del Hospital. En lo que atañe a la cláusula 23.1 que establece que se podrá dar por finalizado el contrato en el caso de negligencia en las labores de mantenimiento, estima este órgano contralor que debe precisarse que ello aplica solamente en el caso de que se trate de los bienes que se hayan entregado en calidad de préstamo, según la intención manifestada por la Administración. Así las cosas, se **declara parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este extremo, por cuanto si bien resulta razonable que le corresponda al proveedor como propietario de los equipos brindar el respectivo mantenimiento preventivo y correctivo, lo cierto es que no queda claro cuáles equipos se estarían asumiendo bajo el esquema del comodato, y a su vez el cartel conserva obligaciones relativas al anterior esquema en las que le correspondía al contratista el mantenimiento respecto a los bienes del Hospital, lo cual resultaría contradictorio con la eliminación del ítem 16 y su traslado a otro proceso concursal. Proceda la Administración a efectuar las modificaciones indicadas de forma tal que se uniformen el mecanismo seleccionado para las labores de mantenimiento, debiendo quedar claramente identificado en el cartel cuáles equipos se estarían recibiendo bajo el esquema del comodato, y de la mano con lo anterior concretamente respecto de cuáles equipos le correspondería el mantenimiento al contratista y en qué casos lo asumiría el Hospital. **2) Sobre la facturación.** La objetante argumenta que la cláusula 9.5 establece que se factura por la cantidad de oxígeno consumido indicado por el medidor de flujo másico, mecanismo automatizado que indica la cantidad de kilos que se han consumido. Señala que la facturación se debe realizar por medio del indicador de nivel y el sistema de telemetría ya que es como se hace a nivel mundial y se factura por litros. Indica que el sistema que establece el cartel va en detrimento del proveedor y no se sabe si el medidor está bien calibrado. Menciona que no hay manera de comprobar la manipulación adecuada del gas al momento de suministrársele al paciente, a pesar de las charlas de refrescamiento que se

deben dar según la cláusula 9.4. Destaca que resulta contraria la cláusula 9.4 con la cláusula 14.1, por cuanto de acuerdo con esta última el Servicio de Terapia Respiratoria será el responsable de fiscalizar la dosificación en el hogar del paciente, por lo que alega que al ser ese Servicio el responsable de suministrar y fiscalizar el oxígeno para los pacientes tanto en el hogar como en la institución, resulta contradictorio que las charlas de refrescamiento se brinden al personal que el Área de Ingeniería y Mantenimiento indique sin aludirse específicamente al Servicio de Terapia Respiratoria. Agrega que la mala manipulación del oxígeno implica riesgos sobretodo sin se produce una mezcla con otro tipo de gases, pudiendo causarse reacciones explosivas, inflamables o tóxicas, siendo que ante una emergencia lo que procede es que el Área de Mantenimiento tenga que cerrar las llaves, causando un detrimento económico al proveedor, porque no habría forma de contabilizar mediante instrumento telemétrico la pérdida contabilizada. Así, solicita que se establezca una línea clara concreta y racional sobre la forma de facturar sin causar detrimento económico cuando se de una mala manipulación de gases por parte del personal hospitalario. Menciona que en la respuesta brindada por parte del señor Gregory Acuña en cuanto a la facturación, se destaca que el contratista deberá instalar un sistema de telemetría y que en adelante deberá monitorear los niveles del tanque en el momento de recargar las cantidades entregadas por el contratista, las descargas de oxígeno líquido que se realicen bajo la autorización del supervisor del contrato así como las descargas que se realicen en beneficio de los pacientes, no obstante, indica que en caso de emergencias, fugas, y demás sucesos naturales o no que se presenten, no será posible realizar la facturación adecuada puesto que el sistema de telemetría únicamente funciona en cuanto a monitoreo de niveles del tanque y ante el aviso de dicho sistema de realizar las cargas del mismo de acuerdo al procedimiento, pero no para medir la cantidad de descargas como registros históricos y diarios, siendo esto perjudicial para su empresa. Manifiesta que desde la anterior licitación se han presentado disyuntivas en cuanto a la manipulación del tanque, y además recalca que se han hecho cambios abruptos en la contratación y sus condiciones por medio de correo electrónico sin seguir el procedimiento debido a que se refiere la Ley de Contratación Administrativa. La Administración alega que la forma propuesta de facturación del oxígeno en función de los kilogramos del producto consumidos en el Hospital y medidos mediante el medidor de flujo másico instalado en este centro médico, es algo que se había expuesto en el primer cartel publicado para esta contratación, y sobre lo cual Trigás S.A. presentó una objeción al cartel que fue rechazada de plano por esta Contraloría General de la República dada su falta

de fundamentación. En cuanto a la cláusula 16.5 señala que el cartel se consolidó como el reglamento específico de la contratación según lo señala el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que en este momento no pueden interponerse nuevos recursos de objeción sobre esa cláusula dado que se encuentra precluido. En todo caso, menciona que en este segundo recurso de objeción que plantea Trigas S.A. a la cláusula 16.5 del cartel, se echa de menos nuevamente la fundamentación a la hora de plantear su alegato referente a la forma en que se deberá facturar el producto consumido por el Hospital. Indica que la objetante hace referencia además a la cláusula 14.1 del cartel, en la cual se menciona que el Servicio de Terapia Respiratoria será el responsable de fiscalizar la dosificación en el hogar del paciente, aspecto que no tiene ninguna relación con la forma de facturación discutida al inicio de este punto, motivo por el cual se debe rechazar de plano lo alegado al respecto por falta de interés práctico, ya que en todo caso, el oxígeno que se va a los hogares de los pacientes es oxígeno gaseoso envasado en cilindros y como tal es otra forma farmacéutica diferente al oxígeno líquido del cual se hablaba al inicio de este punto. En todo caso, resalta que se debe tener presente que todo el oxígeno gaseoso envasado en cilindros que consume un paciente, se le cancelará al contratista al precio fijado en la contratación por cada cilindro de producto, de manera que no hay nada que alegar sobre este aspecto. Menciona que en cuanto a la referencia que hace la objetante a que a los riesgos por mezclas de gases que pueden provocar reacciones explosivas, inflamables o tóxicas, se rechaza el argumento ya que ninguno de los gases que se usan en un Hospital para tratamiento de sus pacientes tiene ese tipo de características dañinas para las personas o su entorno físico, siendo que cada uno de esos gases, ya sea oxígeno, óxido nitroso, nitrógeno o aire médico, se maneja en sistemas completamente independientes que impiden la mezcla entre ellos y se dosifican a los pacientes en sistemas también independientes con características de seguridad debidamente comprobada. Finalmente, menciona que la nota HMP-E-1112-2019 a que se refiere la objetante resulta ajena a esta contratación. **Criterio de la División** En la citada resolución No. R-DCA-0660-2019 este órgano contralor efectivamente analizó la objeción planteada en contra de la cláusula 9.5, sobre la modalidad de facturación establecida, señalando que la recurrente omitió fundamentar adecuadamente su recurso, razón por la cual se rechazó de plano el recurso en cuanto a ese extremo. En esta oportunidad, nuevamente objeta la referida cláusula 9.5 sin embargo, el tema objetado conserva en esencia su redacción original por lo que habría operado la preclusión. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 del Reglamento a

la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), contra las modificaciones o adiciones del cartel, podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo que medie entre la publicación o comunicación de la variante del cartel y la fecha señalada para recibir ofertas, no obstante, aquellas cláusulas no modificadas, no corren la misma suerte, ya que el momento procesal para interponer cualquier cuestionamiento, tuvo que haberse dado en el tercio que medie entre la publicación del cartel original y el plazo para recibir ofertas. Al respecto, en la resolución No. R-DCA-330-2017, este órgano contralor señaló: *“(...) 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. (...) 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.”* Así, si bien la cláusula 9.5 fue modificada, lo cierto es los cambios efectuados consisten en establecer de forma más clara la manera en que se efectuaría la medición, siendo que se mantiene la esencia del sistema de facturación que es precisamente lo que de nuevo trae a discusión la objetante, es decir respecto a que se realizará la facturación por la cantidad de oxígeno consumido indicada en el medidor de flujo másico, medido en kilos. Nótese que en la anterior resolución, el alegato de la objetante refería básicamente a que de acuerdo con el sistema de facturación previsto en el cartel se estaría cobrando no por el producto que ingresa al tanque sino por el producto que efectivamente sale del tanque hacia el sistema, bajo la contingencia de que el manejo y manipulación del tanque queda en manos de los técnicos hospitalarios y no del proveedor. En esta ocasión, nuevamente señala que la facturación por la cantidad de oxígeno consumido indicado en el medidor de flujo másico representa un detrimento económico para el proveedor, pues indica que no hay forma de comprobar la manipulación adecuada del gas. Así las cosas, dado que la cláusula 9.5 a pesar de haber sido modificada, el tema recurrido no fue objeto de modificación, siendo que los cambios efectuados

consisten en detallar de manera más clara el sistema de facturación, pero conservándose la esencia del mismo, ha operado la preclusión por lo que corresponde rechazar de plano el recurso en cuanto a ese extremo. Lo mismo procede en cuanto a la cláusula 16.5 la cual fue objeto de modificación pero únicamente a efectos de reducir la cantidad de experiencia solicitada a los técnicos y eliminar el requerimiento del mantenimiento en razón de lo resuelto en la citada resolución No. R-DCA-0660-2019. Finalmente, en lo que refiere a la cláusula 9.2, se debe tener presente que la misma fue modificada para establecer, entre otras cosas, que el contratista deberá instalar en el tanque de oxígeno líquido nuevo un sistema de telemetría o similar para monitorear los niveles diarios e históricos, siendo que el argumento planteado por la recurrente refiere a que considera que a pesar de los sistemas de telemetría para la medición de gases que se instalen, así como el monitoreo en tiempo real del consumo histórico y diario, resulta de difícil control por parte del proveedor puesto que los funcionarios del Hospital que realizan uso de dicho gas podría hacer una mala manipulación, y además que en caso de riesgos de explosiones lo que procede es el cierre de la llave que conecta el suministro de oxígeno con las tuberías restantes para el Hospital, lo cual causaría un detrimento económico al proveedor puesto que no habría forma de contabilizar mediante instrumento telemétrico la pérdida generada. En cuanto a este aspecto en concreto, se debe tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del RLCA el recurso debe presentarse con la prueba que se estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece el recurrente puede satisfacer las necesidades de la Administración, de forma que la carga de la prueba recae en la objetante. Sin embargo, en este caso, la misma no acredita el supuesto detrimento económico que alega, siendo que no demuestra que le corresponda al personal hospitalario la manipulación de los tanques de gas y la forma en que podría darse el mal manejo que menciona. Tampoco fundamenta el riesgo de explosión que alega ni que la medida a adoptar sea el cierre de la llave, y que en ese caso no habría forma de contabilizar mediante instrumento telemétrico la pérdida generada. De tal manera que en cuanto a ese supuesto, procede el rechazo del recurso. Así las cosas, con base en las consideraciones efectuadas respecto a cada uno de los puntos alegados lo que procede es **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo. **3) Sobre los técnicos y auxiliares** La objetante alega que la Contraloría General ya resolvió que no eran necesarios los técnicos y que a pesar de eso, el cartel publicado ahora no solo pide técnicos sino también auxiliares, y no por 5 años sino por 10 años. Menciona que las cláusulas 16.4, 16.5 y 16.9 violan los principios de igualdad, causan

discriminación laboral, ya que el suministro de oxígeno es sistematizado desde su producción hasta ser instalado de forma automatizada en el tanque del hospital, por lo que la necesidad de contar con determinada cantidad de técnicos con atestados de especialidades no impartidas en Costa Rica, resulta irracional, discriminatorio e inconstitucional. Señala además que la cláusula 11.1 establece que se debe contar con un ingeniero mecánico, industrial, electromecánico, de mantenimiento industrial o de electromedicina con 10 años como mínimo de experiencia comprobada, lo cual resulta difícil de cumplir por cuanto para certificar que el personal cuenta con dichos conocimientos sería necesario subcontratar expertos a nivel internacional. La Administración reafirma que es necesario que el oferente cuente con personal técnico calificado porque se trata de un medicamento, por lo que se debe asegurar la adecuada manipulación, ya que el oxígeno líquido podría causar daños a la salud del paciente y del personal. Aclara que los técnicos pueden ser titulados en electromecánica, mecánica, refrigeración o afines. Recalca que se requiere de personal calificado con base en los Lineamientos de la Caja y menciona que esa empresa en otro contrato ha cumplido el requisito, ya que todas las empresas dedicadas a la producción y comercialización de gases medicinales tienen dentro de su planilla personal técnico debidamente capacitado en las especialidades que se mencionaron, de tal forma que no se está exigiendo nada que Trigas S.A. no pueda cumplir. Aclara que el hospital requiere que el tanque se instale acorde con la normativa internacional aplicable y con el “Lineamiento orientado en la aplicación de normativa NFPA 99 para gases medicinales y vacío en equipamiento, en obra nueva, construcción y remodelación de instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social” emitido por la Gerencia de Infraestructura y Tecnologías, la Dirección Mantenimiento Institucional y el Área de Mantenimiento de Infraestructura y Equipos Industriales que tiene como objetivo principal brindar de manera conforme a la normativa relacionada, los criterios y requerimientos mínimos y básicos a considerar en los proyectos de construcción de obra nueva, equipamiento o remodelación que involucren trabajos en redes de gases medicinales y de vacío médico quirúrgico. **Criterio de la División** Es importante partir por tener claro lo resuelto por este órgano contralor en la resolución No. R-DCA-0660-2019 en cuanto a este aspecto, que ya había sido recurrido por la objetante. Así, es preciso que se tenga presente que la Administración en ese caso se allanó parcialmente, considerando necesario trasladar el mantenimiento preventivo y correctivo a otro procedimiento, pero conservando el requisito de contar con personal capacitado para en el caso de la operación y manejo, por lo que el recurso fue declarado parcialmente con lugar, al haberse acogido el

allanamiento de la Administración, pero en cuanto al otro punto se rechazó de plano por falta de fundamentación. En esta ocasión, la recurrente menciona que esta Contraloría se había manifestado en el sentido de que no era necesario los técnicos para un servicio que únicamente consiste en producir oxígeno de forma automatizada, sin embargo, tal y como se señaló la resolución lo que establece es que en cuanto a los técnicos en mantenimiento se acogía el allanamiento y en cuanto a los técnicos para la parte de operación y manejo se rechazaba por falta de fundamentación. De manera tal que los aspectos que plantea la recurrente ya fueron objeto de discusión por lo que opera la preclusión mencionada anteriormente. De manera que lo que procede es **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo. En cuanto a la aclaración que efectúa la Administración respecto a las especialidades en las que pueden ser titulados los técnicos, atégase la recurrente a lo indicado por la Administración, y proceda ese Hospital a comunicar la misma según lo indicado en el artículo 60 del RLCA. Estima este órgano contralor que convendría a esa Administración valorar si a efectos de contar con mayor claridad, dicha aclaración podría ser incorporada al cartel como modificación, sin embargo, ello se deja al criterio de ese Hospital.

4) Sobre la NFPA y la certificación UL. La objete alega que de acuerdo con las cláusulas 11.1, 12.5 y 18.4 el oferente debe contar con un ingeniero acreditado ASSE 6020 según NFPA 99 y con un técnico o ingeniero certificado ASSE 6010 según NFPA 99. Aclara que NFPA es una asociación, de la cual su empresa forma parte, que genera lineamientos usados a nivel mundial pero que no es una norma ni una certificación. Recalca que las normas NFPA no son aplicables puesto que se establecen las mismas en cuanto a instalación de sistemas presurizados de gas médico instalados en el campo. (Capítulo 5.1.10.1 NFPA-99 páginas 99-50). Señala que corresponde al Hospital estar acreditado por la Norma NFPA como centro seguro para el manejo de gases (indica que adjunta como prueba el libro NFPA 99). En cuanto a la UL, aclara que se trata de una certificación que emite Underwriter Laboratories donde dan constancia que un determinado producto cumple con los estándares de seguridad y calidad, particularmente se emiten para productos de carácter eléctrico y electrónicos, mediante un procedimiento de selección de muestras cada cierto tiempo para comprobar que cumplen con los requisitos para obtener dicha certificación. De forma que considera que carece de lógica que en la cláusula 12.5 se solicite una certificación UL y NFPA como similares, ya que la NFPA acredita las compañías en cuanto a instalación se trata, velando por la disminución de los riesgos que implica el fuego, mientras que la UL certifica los equipos eléctricos, siendo entonces que ninguna de ambas corresponde al oferente del

concurso de marras aportar, puesto que son de la fábrica de los productos. La Administración aclara que el Hospital se apega a la legislación acatando los lineamientos establecidos por la Dirección de Mantenimiento de la Gerencia de Infraestructura y Tecnología de la Caja Costarricense de Seguro Social según documento “Lineamiento orientado en la aplicación de normativa NFPA 99 para gases medicinales y vacíos en equipamiento, en obra nueva, construcción y remodelación de instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social”, siendo que la contratación de marras no es un servicio sistematizado como afirma la recurrente. De manera que mantiene el requisito pero alega que para evitar confusiones propone ajustar las cláusulas 11.1, 18.4 y 12.5, porque a pesar de que consideró que al tratarse de empresas especialistas podría comprenderse lo solicitado, aunque existieran en el cartel palabras empleadas que en todo caso no modifican lo que la Administración solicita y requiere contratar, estima conveniente modificar esas cláusulas a efectos de contar con mayor claridad **Criterio de la División** La pretensión de la objetante en cuanto a este aspecto consiste por un lado, en dilucidar la diferencia existente entre la NFPA y la certificación UL, considerando que el cartel las trata como similares, y aclara que la NFPA es una asociación que emite lineamientos utilizados normativamente a nivel mundial, pero sin ser una certificación, a diferencia de la UL que sí es una certificación que emite Underwriters Laboratories dando constancia de que un producto cumple con los estándares de seguridad y calidad. Al respecto, la Administración, manifiesta que a efectos de no generar confusión, a pesar de que, bajo su criterio las cláusulas cartelarias resultan claras para quienes se especializan en estos temas, propone modificarlas para aclarar las dudas planteadas por la recurrente. En lo que atañe a este aspecto el recurso debe rechazarse por no ser materia de objeción las solicitudes de aclaración. Ahora bien, por otra parte, la pretensión de la objetante consiste en cuestionar la aplicación de esos requisitos para un servicio sistematizado. A efectos de probar su alegato en ese sentido, señala que las normas NFPA se establecen en cuanto a instalación de sistemas presurizados de gas médico instalados en el campo, de conformidad con el capítulo 5.1.10.1 de la NFPA-99, considerando que es el Hospital el que tiene que estar acreditado por la NFPA como centro seguro para el manejo de gases, así como el cumplimiento de su equipo con los estándares establecidos por dicha organización. Señala que ni la NFPA ni la certificación UL corresponde al oferente aportar, puesto que son de la fábrica de los productos. Al respecto, se debe señalar que la recurrente no acredita sus afirmaciones, siendo que únicamente remite a un documento denominado “Health Care Facilities Code” (folios 79 y 80 del expediente de objeción) el cual

aparte de que se presenta en idioma inglés sin traducción al español, no es analizado por la recurrente, sino que se restringe a remitir a dicha prueba sin procesarla. Así, se extraña en el recurso el análisis de los alcances de la normativa que menciona a efectos de que objetivamente pueda determinarse que en efecto el objeto contractual queda fuera del ámbito de aplicación de los mencionados lineamientos, mientras que por el contrario el Hospital señala que le resultan aplicables los “Lineamiento orientado en la aplicación de normativa NFPA 99 para gases medicinales y vacíos en equipamiento, en obra nueva, construcción y remodelación de instalaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social”. Así las cosas, siendo que la recurrente ostenta la carga de la prueba corresponde rechazar el recurso por falta de fundamentación. A partir de lo expuesto, lo que procede es **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo. En lo que refiere a la aclaración planteada por la Administración, aténgase la recurrente a lo aclarado al respecto, y proceda ese Hospital a comunicar las respectivas aclaraciones de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 del RLCA. **5) Sobre la instalación en el tanque de oxígeno nuevo de un sistema de telemetría o similar para monitorear los niveles diarios e históricos, por cuenta del contratista**. La objetante alega que de acuerdo con las cláusulas 9.2 y 18.4 correrá por cuenta del proveedor la instalación del sistema de telemetría, de un módulo de visualización y el acondicionamiento para dicha instalación, además de suministrar a manera de préstamo un tanque con todos los controles, válvulas, vaporizador, sistemas de seguridad, construir una losa de concreto, tubería y malla. Señala que al solicitar construcciones, equipo informático, tanques e implementos de oxígeno, tubería y demás que eventualmente pasarán a formar parte del peculio de la Administración, genera un enriquecimiento del Hospital a costa de donaciones, quebrantándose el principio de buena fe y de transparencia, al pedir que ello se suministre sin costo adicional. Indica que además se desconocen los requisitos, planos, permisos, no se informa sobre lo necesario para hacer esas instalaciones, generándose costos que no serán retribuidos al proveedor. La Administración señala que conviene mencionar que el Hospital de San Carlos recientemente realizó la contratación de la Licitación Pública No. 2018LN-000002-2401 sobre el mismo objeto contractual y solicitando el mismo requisito ahora recurrido, sin que las empresas participantes tuvieran objeción a entregar lo solicitado, por lo que manifiesta que no comprende cómo una empresa de similares condiciones a las contratadas por el Hospital de San Carlos, aduce en el recurso de objeción, un enriquecimiento del Hospital a costas de las donaciones u otorgamientos en calidad de préstamo. Indica que el Hospital parte del hecho que al tratarse de

una empresa especialista en el campo cuenta con la experiencia en este tipo de contrataciones y conoce que el oferente debe contemplar todos sus costos relacionados a esta licitación para que el precio ofertado no sea ruinoso. Sin embargo, señala que a modo de aclaración y en aras de promover la máxima participación, agregará a la cláusula 18.4 que los acondicionamientos, cimentaciones, los trámites relacionados como permisos, estudios de suelos para la instalación del tanque en comodato serán a cuenta del proveedor, y que el costo de los servicios, equipos, materiales, accesorios solicitados por la Administración deberá contemplarse en el precio unitario de los productos cotizados. **Criterio de la División** En este caso, la pretensión de la objetante se divide en dos partes, por un lado, se plantea que resulta irrazonable que no se deban cobrar los costos relativos a los acondicionamientos, equipos, tuberías, etc. que se solicitan en la cláusula 18.4, ante lo cual, la Administración aclara que la interpretación correcta de la cláusula es que tales costos deben ser contemplados en el precio unitario ofertado sin que pueda posteriormente solicitarse montos adicionales por tales conceptos, pero sin que se pretenda que el proveedor done esos bienes y servicios. En segundo término, pretende la recurrente que se informe sobre los requisitos adicionales que se necesitarían para la instalación de lo solicitado en calidad de préstamo, pues estima que sin conocer esos datos se le imposibilita cumplir en el tiempo pactado. Sobre el particular, este órgano contralor considera que el recurso en cuanto a este aspecto debe ser **declarado sin lugar**, por cuanto por un lado la interpretación correcta del cartel refiere a que sí deben incluirse los costos de esos bienes y servicios, por lo que carece de interés el alegato planteado, y en cuanto al segundo aspecto, la objetante se limitó a señalar que faltaba información sin que especificara en concreto cuáles datos necesita conocer para poder ofertar, con lo cual, el recurso carece de fundamentación. Proceda la Administración a comunicar las aclaraciones que menciona de acuerdo a lo previsto en el artículo 60 del RLCA. **6) Sobre la pureza de los gases** La objetante alega que objeta la pureza del oxígeno en cuanto al mecanismo de medición de gases, así como las certificaciones que debe aportar el oferente de acuerdo con lo dispuesto en las cláusulas 9.2, 9.7 incisos 7,8,9,11, 17, 12.10, 28.2, 29.1, entre otras. Indica que en la cláusula 9.7 se destaca la pureza mínima del oxígeno medicinal gas y líquido aceptada por el Centro de Salud de conformidad con la normativa del Ministerio de Salud que es de 99.5%, pero que se debe acotar que de acuerdo a la NFPA es indispensable entablar un mínimo de un 99% de pureza puesto que el oxígeno puro como tal tiene un mínimo de 99.0% de pureza y dejar un parámetro de más/menos 3 puntos porcentuales como margen, para que a la hora de realizar la medición con

los mecanismos que se instalan en el equipo del Hospital se determine que la prestación del servicio es óptima para los usuarios del sector de salud, pues todo dependerá del equipo y el mantenimiento que le den. Señala que ello resulta contradictorio con la misma cláusula en el inciso 15, que establece que con cada entrega de gases médicos se deberá presentar la certificación en donde se registre la pureza y el contenido de sustancias tóxicas de cada gas requerida por el decreto N/27567 firmado por el regente. Así, menciona que el adjudicatario brindará una certificación de la calidad y pureza de los gases a la Administración cada vez que se realice la entrega según demanda al Hospital, no obstante, deberá además visitarse el centro una vez al mes para certificar la pureza del mismo, por lo que solicita a la Administración que se realice la aclaración respecto a las características y especificaciones del equipo y sistema, el mantenimiento del mismo, para garantizar el porcentaje solicitado, pues será responsabilidad del contratista garantizar esa pureza, lo cual podría ser imposible de cumplir si el equipo hospitalario no contase con las especificaciones técnicas necesarias. De forma que solicita que la Administración presente certificación del fabricante del equipo por medio de la cual se garantice que efectivamente se puede mantener el 99% mínimo de la pureza del oxígeno exigido por esas normas. La Administración indica que al haber analizado la normativa nacional e internacional se allana en cuanto al porcentaje de pureza, por lo que indica que específicamente acepta modificar la pureza mínima del oxígeno grado médico y se solicita que sea mayor o igual a 99%, no obstante la Administración informa que con la finalidad de garantizar medicamentos acorde a lo requerido por los pacientes del Hospital se establece una modificación a la cláusula 9.7. **Criterio de la División** La pretensión de la objetante es por un lado, que se reduzca el porcentaje de pureza del oxígeno, a lo cual, la Administración se allana, por lo que estima este órgano contralor que en cuanto a ese extremo corresponde declarar con lugar el recurso, allanamiento que corre bajo la exclusiva responsabilidad de ese Hospital al ser quien mejor conoce la necesidad a satisfacer. Ahora bien, la recurrente a su vez pretende que se indiquen las características y especificaciones del equipo y sistema del Hospital, así como el mantenimiento del mismo, por cuanto se requiere no solo garantizar la pureza del oxígeno al momento de cada entrega, sino además durante las pruebas mensuales, siendo que la recurrente estima que podría verse afectada esa pureza por cuestiones propias del equipo y sistema del Hospital. Así, estima que para garantizar el porcentaje solicitado, pues será responsabilidad del contratista garantizar esa pureza, se debe conocer si el equipo hospitalario cumple con las especificaciones técnicas necesarias, por lo que solicita que la Administración

presente certificación del fabricante del equipo por medio de la cual se garantice que efectivamente se puede cumplir con la pureza requerida. Sobre este aspecto en particular, la Administración no se refiere, sin embargo, las pruebas mensuales se regulan en la cláusula 28.2 la cual no fue modificada por lo que el tema se encuentra precluido, por lo que el recurso en cuanto a ese extremo debe ser rechazado. No obstante, como consideración de oficio, estima este órgano contralor que dada la relevancia del requisito, y tomando en cuenta la falta de explicación brindada por la Administración, resulta importante que la Administración considerando la infraestructura hospitalaria en la que se tendrán que instalar los tanques, verifique que la pureza requerida es posible garantizarla en lo que atañe a dicho equipo hospitalario, por lo que deberá llevar a cabo el análisis respectivo por parte de un funcionario competente, el cual deberá documentarse e incorporarse en el expediente del concurso. A partir de lo expuesto, corresponde **declarar parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este extremo. **7) Sobre el 10% del Programa de Manejo Integral de Residuos** La objetante alega que en el punto 3 del Capítulo 3 sobre la Metodología de Evaluación, se establece un rubro del 10% para el Programa de Manejo Integral de Residuos, el cual no es aplicable al servicio de gases medicinales. Recalca que de conformidad con los incisos 9.3.4 y 9.4.6 en cuanto a las Buenas Prácticas de Manufactura se trata, el manejo integral de residuos no es aplicable a empresas de gases médicos, por lo que resulta ilógico usar ese criterio como método de evaluación por tratarse de suministros de ultra delicadeza. Solicita que la Administración se refiera a la racionalidad y apego a la realidad de los requisitos que establece, pues se refleja una falta de conocimiento en cuanto a las Buenas Prácticas de Manufactura establecidas por el Ministerio de Salud. Agrega que el requisito establecido en la cláusula 16.2 sobre 15 años de experiencia en hospitales de al menos 350 camas por contrato, resulta excesivo siendo que solo los hospitales clase A (México, Calderón Guardia y San Juan de Dios) son los que cumplen con ese requisito por lo que el cartel estaría direccionándose a la empresa que presta ese servicio. La Administración señala que lo solicitado por la recurrente en este primer punto del apartado octavo de su recurso, es una solicitud de aclaración dirigida a esta Administración respecto al Programa de Manejo Integral de Residuos propuesto como uno de los puntos a tomar en cuenta en el método de evaluación de las ofertas, mismo al que se le asignó 10 %, lo cual no resulta procedente en esta vía. En lo que refiere al segundo punto alegado, considera necesario resaltar que el objetivo planteado por esta Administración mediante esta contratación, es la selección de una empresa que tenga no solo la capacidad técnica y legal para producir y

comercializar gases medicinales en el país, sino que demuestre además que tiene la experiencia y el manejo logístico necesario para atender este tipo de servicios en centros médicos tales como el Hospital Dr. Max Peralta Jiménez, cuya demanda de servicios y crecimiento de la población que atiende, exige que dicha empresa esté en capacidad de mantener un nivel de servicio continuo, de la mejor calidad y con los recursos suficientes para atender cualquier eventualidad que pueda surgir en la prestación del servicio solicitado. Menciona además que llama la atención que la objetante se limite a mencionar los diferentes aspectos de la cláusula 16.2 del cartel -que según su criterio- limitan su participación, pero sin hacer ninguna mención de cuál es su capacidad técnica, nivel de experiencia o capacidad logística para hacer frente a este tipo de contrataciones, y detallar con qué recursos cuenta para atender las necesidades de suministro de gases medicinales de esa Administración, plasmadas en el cartel de manera que se tenga un panorama claro de sus capacidades y de la bondad del servicio que puede ofrecer, con miras a que esa Administración pueda hacer un análisis detallado de su ofrecimiento y comprobar si en efecto está en condición de suplir el nivel de servicio solicitado, o si por el contrario, tiene dificultades para hacer frente a este tipo de contrataciones. No obstante, señala que la Administración con la intención de promover mayor participación en la contratación modificará la cláusula 16.2 **Criterio de la División** En este punto, la objeción refiere a dos extremos, siendo que en el primer caso, estima este órgano contralor que no se trata de una solicitud de aclaración como lo afirma la Administración, puesto que la intención de la recurrente es señalar que ese rubro del sistema de evaluación no resulta pertinente ni trascendente, sin embargo, omite la recurrente fundamentar su alegato con la respectiva prueba que permita concluir de forma objetiva que efectivamente al objeto contractual no le aplica el programa de manejo integral de residuos, limitándose a afirmar lo anterior sin acreditarlo. No obstante, a manera de **consideración de oficio**, considera necesario esta Contraloría General que la Administración incorpore al expediente la respectiva justificación de las razones en virtud de las cuales estima que el citado rubro resulta pertinente y trascendental de cara al objeto contractual de marras. En lo que respecta a la cláusula 16.2, de igual forma la objetante no fundamenta su petición, pues no realiza el análisis de cuál es la capacidad que puede ofrecer y cómo esa misma sería suficiente para satisfacer de manera adecuada la necesidad del Hospital. No obstante, la Administración se allana en este extremo, al considerar factible reducir el número de camas y los años de experiencia solicitados, lo cual queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración. Así las cosas, lo procedente es

declarar parcialmente con lugar el recurso en cuanto a este extremo. Proceda la Administración a efectuar las modificaciones respectivas y a justificar el aspecto indicado en la consideración de oficio. **8) Sobre la contradicción en la contratación.** La objetante alega que de conformidad con las especificaciones técnicas requeridas en el Capítulo II, se solicita para los ítems 6 y 7, válvulas tipo rosca para los cilindros, mientras que en la cláusula 11.1 se establece que se hará mediante un regulador integrado en el cilindro como un solo elemento, por lo que solicita que se aclare lo anterior pues genera indefensión y limita la libertad de competencia. Recalca que el control sobre los cilindros y la responsabilidad de los mismos es competencia única y exclusiva del Hospital, lo cual ya fue ratificado por la Contraloría General al resolver el primer recurso presentado. La Administración señala que este punto debe ser rechazado al tratarse de una solicitud de aclaración. **Criterio de la División** Al igual que lo señalado en el punto anterior, estima este órgano contralor que la pretensión de la recurrente en este caso no consiste en una solicitud de aclaración, por cuanto lo que señala es que la contradicción entre los requisitos genera inseguridad jurídica sobre cómo se debe cotizar, pues por un lado se pide que el equipo cuente con válvulas tipo rosca, pero por otro lado se hace referencia a que los cilindros sean con regulador interno, sin embargo, la objetante nuevamente omite indicar cuál es el equipo que puede ofrecer, o bien por qué razón se le imposibilitaría ofertar alguna de dichas opciones. De forma tal que lo que procede en este caso es **rechazar de plano** el recurso por falta de fundamentación. **9) Sobre la visita de campo** La objetante alega que el administrador del contrato se presentó tarde a la visita de campo, demostrando su falta de compromiso y seriedad con el proyecto. Agrega que se le hizo saber el riesgo existente a la hora de colocar un tanque de 3000 galones en una zona donde también se encuentra una de las entradas al banco de transformadores, ante lo cual el señor Gregory Acuña señaló que eso es lo que requiere el Hospital por lo que si no podían hacerlo no deberían participar, lo cual estima irrespetuoso y denota falta de interés. Adicionalmente menciona que el señor Acuña realiza actos discriminatorios de conformidad con los artículos 400 y 404 del Código de Trabajo, al no aceptar comunicarse con la administradora del contrato adjudicado a su empresa mediante la Licitación Pública 2014LN-000002-2306, por tratarse de una mujer. La Administración señala que los alegatos planteados no son materia de objeción y en lo que se refiere al riesgo que manifestó la empresa objetante en la visita de campo señala que dicho argumento carece de la adecuada fundamentación. **Criterio de la División** La pretensión de la objetante en este punto es poner en conocimiento de este órgano contralor una serie de

situaciones que indica se han venido presentando durante la ejecución de un contrato que la empresa recurrente tiene con ese Hospital actualmente, lo cual detalla con más profundidad en la primera parte del escrito de su recurso. Sobre ese particular, se debe señalar que lleva razón la Administración en cuanto a que dichos argumentos no son materia del recurso de objeción, dado que ese recurso está concebido como el medio procesal previsto para que los potenciales oferentes planteen las infracciones precisas que imputan al pliego de condiciones al estimar quebrantados los principios fundamentales de la contratación administrativa, las regla del procedimiento o en general la violación de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la materia. De tal forma, que no es esta la vía para discutir problemas relativos a la ejecución de un contrato en concreto, por lo que en lo que atañe a dichos argumentos lo que procede es rechazar de plano el recurso. Ahora bien, adicionalmente, manifiesta la recurrente sus inconformidades con relación a la realización de la visita de campo en el concurso de marras, señalando que el administrador del contrato se presentó tarde según la hora señalada, aspecto que tampoco es susceptible de ser analizado en esta vía. En lo que refiere al argumento relacionado con el riesgo que se presentaría respecto a la ubicación del tanque de 3000 galones solicitado en el cartel, si bien es cierto como lo afirma la Administración que no se hizo acompañar dicho alegato de la respectiva fundamentación, estima este órgano contralor que a manera de consideración de oficio deberá ese Hospital realizar las verificaciones respectivas a efectos de descartar cualquier posibilidad de que dicho riesgo se materialice, puesto que es su responsabilidad resguardar la seguridad de los pacientes, funcionarios y visitantes de ese centro médico, por lo que ante dicho señalamiento es indispensable que se lleven a cabo las revisiones que corresponda a efectos de prevenir cualquier evento perjudicial para las personas o infraestructura hospitalaria. Así las cosas, se **rechaza de plano** el recurso en cuanto a este extremo, sin embargo, proceda la Administración a efectuar la verificación indicada.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **TRIGÁS, S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2019LN-000002-2306** promovida por el **HOSPITAL DR. MAXIMILIANO PERALTA JIMÉNEZ** para el “Suministro de gases medicinales e industriales bajo la modalidad de entrega según demanda”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al cartel, dentro del

término y condiciones previstas en el artículo 180 del citado Reglamento. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

ORIGINAL FIRMADO

ORIGINAL FIRMADO

Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Adriana Pacheco Vargas
Fiscalizadora

APV/chc
NI: 19920, 20872, 20998
NN:11781 (DCA-2869)
G: 2019002535-3

