



R-DCA-01218-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las once horas cincuenta y tres minutos del trece de noviembre del dos mil veinte.--

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **TRIGAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000003-2503** promovida por el **HOSPITAL LA ANEXIÓN**, para el “Suministro de gases medicinales e industriales bajo la modalidad de entrega según demanda”.-----

RESULTANDO

I. Que el treinta de octubre del año en curso, la empresa Trigas Sociedad Anónima presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública de referencia promovida por el Hospital de La Anexión.-----

II. Que mediante auto de las nueve horas con ocho minutos del dos de noviembre del dos mil veinte, fue otorgada audiencia especial a la Administración para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto, lo cual fue atendido mediante los oficios SIMHA-273-2020 del cinco de noviembre del año en curso y HLA-AGBS-0272-11-2020 del seis de noviembre del año en curso.-----

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 LA PRECLUSIÓN. El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (en adelante Reglamento), dispone que contra el cartel de la licitación pública y de la licitación abreviada podrá interponerse recurso de objeción dentro del primer tercio del plazo para presentar ofertas, contado a partir del día siguiente de la publicación o de aquel en que se realice la invitación. Ahora bien, en cuanto a las modificaciones y adiciones al cartel, el artículo 179 del mismo cuerpo normativo, entre otras cosas, dispone: *“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”*. Así las cosas, los recursos de objeción que se interpongan contra las cláusulas modificadas, deberán interponerse dentro del primer tercio que medie entre la publicación o comunicación de esas modificaciones y la fecha 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 R-DCA-330-2017 de las nueve horas con veinte minutos del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, 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. 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*)”. En el caso particular, el pliego original del concurso ya había sido cuestionado, por lo que mediante la resolución R-DCA-01037-2020 de las ocho horas cuarenta y siete minutos del primero de octubre del dos mil veinte, este órgano contralor resolvió un recurso de objeción interpuesto en aquella oportunidad. De allí que ahora sólo resultaría procedente la interposición de recursos de objeción de aquellas cláusulas modificadas por el Hospital de La Anexión (en adelante CCSS), ya sea por así ordenarlo la Contraloría General en las rondas anteriores, o porque hayan sido variadas de oficio por parte de la Administración licitante. Así las cosas, aquellas cláusulas que no hayan sido modificadas y que sean cuestionadas en esta etapa procesal, se consideran consolidadas y por ende cualquier cuestionamiento se encontraría precluido.-----*

II. SOBRE EL FONDO DEL RECURSO INTERPUESTO. 1) Sobre el porcentaje de la pureza del oxígeno. La objetante manifiesta que de conformidad con las modificaciones realizadas al cartel, se puede corroborar que a la altura de la página 17, cláusula 3.5.8, se indica respecto al

porcentaje de pureza, lo siguiente: *“El contratista se compromete a brindar el servicio de recarga para el tanque de 1500 litros de oxígeno líquido medicinal con un grado de pureza mayor a 99.0%”*. De cara a lo anterior, explica que de conformidad con el oficio SIMHA-253-2020 (mediante el cual el Hospital de la Anexión contesta un recurso de objeción en la ronda anterior), se indicó lo siguiente: *“Se realizaron las modificaciones en la Modificación I, en la tabla N°2 (folio 0160). Sin embargo, por error involuntario no se modificó en las páginas 13, 17, 21, 22, 23 y 24 (folios 0161, 0163, 0165, 0166, 0167). Se propone realizar las modificaciones respectivas al cartel, en los folios anteriormente indicados para que en todo el documento se unifique el porcentaje de pureza en mínimo 99.5%”*. Así las cosas, considera la recurrente que la Administración ha tomado con ligereza el proceso en curso, pues no sólo incumple con lo solicitado por ésta Contraloría General, sino que también quebranta los principios establecidos en el artículo 2 del Reglamento, a saber: buena fe, igualdad, libre competencia, eficacia y eficiencia. Menciona que el no contar con un porcentaje específico de pureza en todas y cada una de las cláusulas, da lugar a que cualquier oferente que presente especificaciones iguales o superiores a un 99.0%, se le deba admitir dicho producto en razón de las disposiciones cartelarias actuales. En virtud de lo anterior, solicita realizar las modificaciones correspondientes para evitar malos entendidos por parte de los eventuales oferentes. La Administración manifiesta que dicho porcentaje ya fue corregido, sin embargo, por un error involuntario no se modificó el punto 3.5.8 del pliego, por lo que procederá a realizar las modificaciones pertinentes. **Criterio de la División:** Como punto de partida, debe indicarse que aún y cuando este aspecto ya había sido objetado anteriormente por la recurrente en los mismos términos, lo cierto del caso es que el cartel sigue manteniendo la misma inconsistencia de la ronda anterior. En virtud de lo anterior, a partir del allanamiento de la Administración, se **declara con lugar** la objeción. Quedan bajo responsabilidad de la Administración, las razones y justificaciones sobre la procedencia del allanamiento, el cual se entiende fue debidamente valorado por las instancias pertinentes. Se le ordena a la Administración proceder a realizar los ajustes pertinentes, por medio de la respectiva modificación cartelaria, a la cual debe otorgarse la publicidad respectiva en los términos que exige la normativa vigente, de tal modo que sea de conocimiento de los potenciales oferentes. **2) Sobre la capacidad del tanque criogénico.** La objetante manifiesta que la cláusula 3.4.2, regula lo siguiente: *“3.4.2 Las descargas deberá ser realizadas en el tanque criogénico especial de **1500 galones** que posee el Hospital de la*

Anexión que se encuentran ubicados en las áreas apropiadas” (resaltado es parte del original), no obstante, el inciso 3.4.9 dispone lo siguiente: “3.4.9. *“Las descargas deberán ser realizadas en el tanque criogénico de **1500 litros** que posea el Hospital de la Anexión (...)*” (resaltado es parte del original). De frente a lo transcrito, explica que 1500 galones representan 5678.12 litros por lo que entre una cláusula y otra existe una diferencia de al menos 4178.12 litros, situación que todo oferente deberá contemplar a la hora de realizar las cotizaciones, pues dicho dato resulta fundamental para estimar los precios correspondientes, así como considerar la cantidad de viajes que se deberán realizar para cumplir el objeto contractual. En adición a lo anterior, estima que el pliego le causa indefensión, debido a que las empresas que hubiesen prestado el servicio anteriormente, son las únicas que tendrían conocimiento de los equipos que la Administración posee, sus especificaciones, medidas y demás elementos, dejando por fuera a aquellas empresas que no tienen acceso a dicha información. La Administración manifiesta que por un error involuntario se indicó litros en lugar de galones, no obstante, aclara que procederá a modificar el cartel, puntualmente las cláusulas 3.3.3, 3.4.9 y 3.5.8 para que se indique correctamente la palabra galones. **Criterio de la División:** Para el análisis de este argumento, se debe partir de que nos encontramos ante una tercer ronda de objeciones al cartel, por lo que se debe analizar en primera instancia, si los argumentos de la objetante versan sobre cláusulas cartelarias que fueron variadas, ya que según lo explicado en el apartado I de la presente resolución, aquellas cláusulas que no fueron modificadas se encuentran consolidadas. De esta forma, se tiene que la cláusula en su numeración original, la cual corresponde al inciso 3.4.2, dispone lo siguiente: “3.4.2. *Las descargas deberán ser realizadas en el tanque criogénico especial de **1500 galones** que posee el Hospital de la Anexión (...)*” (resaltado no es parte del original) (folio 048 del cartel, según se observa en el folio 10 del expediente digital del recurso de objeción). Por otro lado, el inciso 3.4.10 dispone: “3.4.10. *Las descargas deberán ser realizadas en el tanque criogénico de **1500 litros** que posea el Hospital de la Anexión (...)*” (resaltado no es parte del original) (folio 049 del cartel, según se observa en el folio 10 del expediente digital del recurso de objeción). De frente a lo transcrito, puede concluirse que la recurrente se encuentra impugnando una cláusula que no ha sido modificada y que por ende, se trata de un tema precluido. Así las cosas, siendo que lo que objeta la recurrente no se refiere a las modificaciones realizadas al pliego cartelario, sino que están referidas al cartel original, trae como consecuencia que el mismo se encuentre precluido y por lo tanto lo procedente es

rechazar de plano este punto del recurso. **Consideración de oficio.** De lo manifestado por la Administración al atender la audiencia especial conferida, resulta claro que existe una contradicción entre la unidad de medida correspondiente a la capacidad del tanque criogénico. De frente a lo anterior, a efectos de que el cartel resulte acorde con las disposiciones del artículo 51 del Reglamento, en cuanto a que el pliego de condiciones debe ser “(...) *un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar*”, deberá la Administración realizar la revisión integral del cartel, de manera que se ajusten todas aquellas condiciones cartelarias que se puedan ver afectadas con lo indicado en la presente respuesta. En este sentido, debe proceder la Administración a efectuar las modificaciones respectivas y darles la debida publicidad. **3) Sobre el inciso 1.3. Disponibilidad presupuestaria.** La objetante manifiesta que el inciso 1.3 del pliego dispone lo siguiente: “*El contratista deberá tener la capacidad de entrega de los suministros, desde el momento en que reciban los formularios o pedidos emitidos por el o los fiscalizadores del contrato del servicio de Ingeniería y Mantenimiento (Ver Anexo N°2) en 8 horas hábiles máximo para entrega del pedido para los cilindros y para el oxígeno líquido deberá tener una frecuencia de recarga de 15 días naturales entre cada recarga*”. Ahora bien, menciona que al consultar la proyección anual para el oxígeno líquido, se obtiene como resultado 90.000 litros al año o lo que es lo mismo 23.775 galones. Así, en el entendido que el tanque del Hospital presenta su capacidad en galones, significaría que un oferente debe realizar alrededor de 16 viajes (promedio de 1.33 viajes de recarga al mes) al Hospital de la Anexión, situación que a todas luces demostraría que el tanque del Hospital se encontraría con cero cantidad de producto, lo cual a todas luces refleja un cálculo erróneo por parte de la Administración en cuanto a la logística se trata y a una falta de claridad en los requisitos solicitados. La Administración manifiesta que el cálculo realizado por la objetante pretende inducir a error, pues al considerar que se debe suministrar en promedio 23.775 galones anuales con una frecuencia de recarga de 15 días naturales durante los 365 días al año, cada recarga equivale entonces a 977.07 galones. Explica que el pliego es claro en describir la logística y entrega del producto, sobre todo en los incisos 1.3 y 3.2. Señala que es necesario para el cumplimiento del interés público, contar con oferentes que satisfagan las necesidades particulares del servicio pretendido y exclusivo de un centro de salud. Asimismo, menciona que la cláusula no ha sido modificada ni objetada anteriormente, por lo que el recurso debe rechazarse de plano. **Criterio de la**

División: Para este punto del recurso, la cláusula 1.3 “Disponibilidad del contratista” del cartel original, dispone lo siguiente: *“El contratista deberá tener la capacidad de entrega de los suministros, desde el momento en que reciban los formularios o pedidos emitidos por el o los fiscalizadores del contrato del servicio de Ingeniería y Mantenimiento (Ver Anexo N°2) en 8 horas hábiles máximo para entrega del pedido para los cilindros y para el oxígeno líquido deberá tener una frecuencia de recarga de 15 días naturales entre cada recarga”* (folio 038 del cartel, según se observa en el folio 10 del expediente digital del recurso de objeción). En virtud de lo anterior, y de acuerdo con lo señalado al inicio de la presente resolución, este punto ya se encuentra debidamente consolidado en el pliego y en consecuencia no resulta posible impugnar dicha cláusula. De este modo, la oportunidad procesal para discutir el presente apartado se encuentra precluido, toda vez que su contenido fue conocido desde el momento en que se dio a conocer el pliego cartelario, por lo que se dispone a **rechazar de plano** este extremo del recurso. **4) Sobre los vehículos.** La objetante manifiesta que los vehículos de transporte de cilindros y del oxígeno líquido deben tener menos de 10 años de antigüedad, lo cual fue establecido por motivos de seguridad según lo descrito por la Administración en el oficio SIMHA-253-2020. No obstante, discute el hecho que la CCSS no ha contemplado otras posibilidades donde un oferente puede trasladar o movilizar el producto, como por ejemplo “ISO tanques” que presenten menos de 10 años de antigüedad y/o cilindros amplios colocados en cureñas. Por ello, estima que dicha cláusula restringe la competencia y violenta los principios de contratación administrativa. La Administración manifiesta que dicho argumento debe rechazarse de plano, en la medida que no se presentó en el momento oportuno y tampoco ha sido modificado de oficio. **Criterio de la División:** La objetante pretende impugnar la cláusula cartelaria, ya que considera que el límite de los 10 años no contempla otras posibilidades para el traslado del producto requerido por la CCSS. Al respecto, observa este órgano contralor que lo objetado por la recurrente ya fue debidamente discutido en la segunda ronda de objeciones, por lo que se remite a lo resuelto en la resolución R-DCA-01127-2020, que en lo particular señala: *“Finalmente, en cuanto a la antigüedad de los vehículos, debe indicarse que el recurso interpuesto por la recurrente carece de la debida fundamentación, toda vez que no logra acreditar los motivos por los cuales considera que un plazo de 10 años no sea razonable o bien que limite injustificadamente la participación de eventuales oferentes. En este sentido, si bien la objetante cuestiona el hecho que el cartel impone como límite de antigüedad de los camiones*

de transporte una cantidad de 10 años, no acredita ni desarrolla técnicamente las razones por las cuales un vehículo que supere esa cantidad, podría igualmente garantizar la eficiencia en el servicio en los términos requeridos por la Administración, motivo por el cual se procede con el **rechazo de plano** del presente argumento por falta de fundamentación” (resaltado es parte del original). Ahora bien, la redacción actual del pliego, en el punto 2.5 “Documentos por presentar con la oferta” inciso j, dispone en lo conducente lo siguiente: “Se debe adjuntar una copia en la oferta de al menos 3 vehículos con menos de 10 años de antigüedad para transporte de cilindros y al menos 3 vehículos para transporte de oxígeno líquido con la misma antigüedad (...)” (folio 11 del cartel, según se observa en el folio 09 del expediente digital del recurso de objeción). Lo anterior, coincide con la redacción de la cláusula 3.4.6 del pliego, que establece: “3.4.6. El contratista deberá de disponer de la cantidad de flotilla vehicular, que le permita cumplir con los términos del contrato, entendiéndose 3 vehículos cisterna con menos de 10 años de antigüedad para transporte de cilindros y al menos 3 vehículos para transporte de oxígeno líquido con la misma antigüedad, con la finalidad de cumplir en tiempo y forma en la entrega del producto (...)” (folio 19 del cartel, según se observa en el folio 09 del expediente digital del recurso de objeción). En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo señalado al inicio de la presente resolución, el recurso debe **rechazarse de plano** en cuanto a estos extremos, debido a que como se evidenció de la transcripción del pliego actual y de la resolución R-DCA-01127-2020 referida anteriormente, la cláusula objetada no sufrió modificación alguna, con lo cual se encuentra precluida la posibilidad de recurrir, habiéndose consolidado en forma definitiva el pliego cartelario. **5) Sobre el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura.** La objetante manifiesta que según lo expuesto por la Administración en el oficio SIMHA-253-2020, el Certificado de Buenas Prácticas deberá ajustarse al comunicado DRPIS-UR-484-2015 del 28 de agosto del 2015, el cual expresamente menciona que los productos a regular corresponden a: aire medicinal, oxígeno medicinal, nitrógeno, óxido nitroso y óxido nítrico, por lo que a pesar de lo indicado por la Administración en dicho oficio, tal requisito no se ajusta a sus alegatos y conclusiones. Añade que el Ministerio de Salud autoriza el Certificado de Buenas Prácticas para aquellos productos que son fabricados en territorio costarricense, puesto que aquellos que son importados no requieren de dicha formalidad. Menciona además, que el proveedor actual es la única empresa en el país capaz de aportar el certificado de la forma que lo requiere el pliego, pues a pesar de que otras empresas cuentan con el certificado solicitado, dicho documento no

regula los productos de la forma en que lo solicita el Hospital, por lo que abiertamente se puede concluir que se trata de un requisito dirigido. La Administración manifiesta que de acuerdo al comunicado emitido por el Ministerio de Salud DRPIS-UR-484, todos los gases medicinales deben presentar el requisito número 4 ahí establecido. De acuerdo con esto, explica que con solo que las empresas demuestren el registro como medicamento de los productos referidos en el comunicado DRPIS-UR-484, estas deberían estar en la posibilidad de cumplir con el requisito, de manera que no se está excluyendo a ninguna empresa que pretenda participar. Menciona que la objetante no ha demostrado cómo dicho requisito le impide su participación o que no se encuentre debidamente justificado de frente al objeto requerido, remitiendo para ello al análisis realizado por esta Contraloría General en la ronda anterior de objeción. **Criterio de la División:** En primer término, se tiene que mediante la resolución R-DCA-01127-2020 esta Contraloría General señaló, para lo que interesa: *“Como punto de partida, debe indicarse que la objetante sustenta su argumento utilizando una normativa que se encuentra derogada. Lo anterior, pues en su recurso remite al Reglamento Técnico sobre Buenas Prácticas de Manufactura para la Industria Farmacéutica, Productos Farmacéuticos y Medicamentos de Uso Humano No. 35994-S, el cual fue derogado mediante el artículo 2 de la Resolución No. 339-2014 (COMIECO-LXVII) del 25 de abril del 2014 y sus Anexos: “Reglamento Técnico Centroamericano RTCA 11/03.42:07 Productos Farmacéuticos. Medicamentos Para Uso Humano. Buenas Prácticas de Manufactura para la Industria Farmacéutica, aprobado mediante Decreto Ejecutivo No. 38732 del 2 de julio de 2014”. A partir de lo anterior, estima esta Contraloría General que el argumento traído por la objetante carece de la adecuada fundamentación, en tanto la objetante no ha demostrado en su recurso ni aporta documentación idónea, que le permita a este órgano contralor considerar que exista alguna limitación injustificada a su participación. En sentido contrario, la Administración en su respuesta a la audiencia especial, justifica el requerimiento a partir de lo expuesto en el comunicado No. DRPIS-UR-484-2015 del Ministerio de Salud, sin que esto haya sido referenciado por parte de la objetante a la hora de interponer su recurso. De esta forma, lo que procede es el **rechazo de plano** de este extremo del recurso por falta de fundamentación”* (resaltado es parte del original). Como puede observarse, en la anterior ronda no se dispuso la modificación de este requisito, pues no fue aceptado el argumento de la objetante por su falta de fundamentación y referencia

a normativa derogada, lo que implica el **rechazo de plano** del recurso de objeción en este extremo, en la medida que el derecho de interponer su recurso se encuentra precluido.-----

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178, 179 y 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **TRIGAS SOCIEDAD ANÓNIMA**, en contra de las modificaciones realizadas al cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000003-2503** promovida por el **HOSPITAL LA ANEXIÓN**, 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 y darles la debida publicidad. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----

NOTIFÍQUESE. -----

Alfredo Aguilar Arguedas
Asistente Técnico

Diego Arias Zeledón
Fiscalizador Asociado

DAZ/chc
NI: 32887,33720,
NN: 17932(DCA-4300-2020)
G: 2020003333-3
CGR-ROC-2020007141

