

R-DCA-01285-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las ocho horas del tres de diciembre del dos mil veinte.-----

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por la empresa **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA CENTROAMERICANA DIFACE, SOCIEDAD ANONIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000006-2306** promovida por el **HOSPITAL DR. MAXIMILIANO PERALTA JIMÉNEZ DE CARTAGO** para la adquisición de Olaparib 100 mgs bajo la modalidad de entrega según demanda.-----

RESULTANDO

I. Que el día dieciocho de noviembre del dos mil veinte, la empresa Distribuidora Farmacéutica Centroamericana Diface, Sociedad Anónima, presentó ante esta Contraloría General, recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2020LN-000006-2306 promovida por el Hospital Dr. Maximiliano Peralta Jiménez De Cartago.-----

II. Que mediante auto de las doce horas treinta y tres minutos del diecinueve de noviembre del dos mil veinte, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante oficio HMP-AGBS-SACA-0399-2020 del veinte de noviembre del dos mil veinte, que 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 DEL RECURSO. La objeción plantea recurso en contra de las multas y cláusulas penales contenidas en las Condiciones Generales de la CCSS que rigen el concurso, en especial las cláusulas 5.1, 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 relativas a las multas y las cláusulas 5.2, 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6 y 5.2.7. Respecto a **las multas** indica que si se observa con detenimiento, con respecto a las cláusulas que se disponen 5.1, 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5, las mismas aparecen expresas como las que *“regular”* las MULTAS en caso de posibles incumplimientos por *“los defectos en los bienes contratados o la documentación requerida para disponer de ellos”* según el objeto contractual en este proceso de licitación. Sin embargo, se puede ver con toda claridad, que las mismas no aparecen justificadas como tales, pues las mismas las remiten a los porcentajes que esta Administración cobraría en caso de que se incumplan por atraso o anticipos en la entrega del producto, es decir las cláusulas penales

visibles en los puntos 5.2, 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6 y 5.2.7, es completamente arbitrario e improcedente, pues no atienden a una justificación y a un análisis real, objetivo, específico y determinado conforme al objeto contractual que se licita. Atender a los mismos porcentajes que se cobrarían en las cláusulas penales, para cobrar las MULTAS sin emitir un análisis y justificación explícito y concluyente de éstos que eventualmente se cobrarían, según el producto objeto de esta licitación, es violar a todas luces, la aplicación efectiva del principio de legalidad, tipicidad, razonabilidad, proporcionalidad, eficacia, eficiencia y sobre todo transparencia y seguridad jurídica, donde causa completa indefensión a sus derechos como oferente potencial. Es evidente, manifiesto y notorio, que en cuanto al cobro injustificado y machotero que la Administración pretende tipificar dentro del cartel como multas y porcentajes a cobrar en caso de incumplimiento por defectos en los bienes contratados o documentación requerida para disponer de ellos, no están justificados por un estudio técnico que determine su cobro real y efectivo, no hay ni siquiera un cálculo de las sanciones por multas que se pretendan imponer al futuro contratista adjudicado. Es claramente expreso en este cartel, únicamente como MULTAS, que se tipifican en las cláusulas señaladas, sus causales, la base para los porcentajes y los mismos porcentajes a aplicar, más no existen cálculos numéricos elaborados por un profesional competente con base en los cuales la propia Administración concluya que son los idóneos de acuerdo al objeto contractual del presente concurso. Por lo tanto, es completamente arbitrario y abusivo además de improcedente e ilegal no establecer una justificación efectiva y específica según el producto que se está ofertando conforme un análisis de los cálculos numéricos elaborados por el profesional competente, donde claramente se justifique bajo un estudio técnico idóneo los posibles daños y perjuicios que podría sufrir ante las faltas que ocasionara el contratista en la ejecución contractual, lo cual es completamente omiso. Sobre las **cláusulas penales**, argumenta la objetante en su recurso, que la Administración realiza una pobre y machotera justificación de las cláusulas 5.2.1, 5.2.2 y 5.2.3, y cree que con ello, es suficiente para imponer sanciones tan abruptas obedeciendo las causales, a la base para los porcentajes y a la aplicación de porcentajes generales según las Condiciones Generales, no basta con hacer mención del interés público tutelado que se pretende resguardar, pues debe como lo ha señalado en muchísimas y reiteradas oportunidades la Contraloría General de la República, establecer un estudio técnico mediante el cual se considere monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas, debe existir, como se indicó para las multas, un cálculo numérico realizado por un

profesional competente, idóneo, que determine a partir de éste, los posibles daños y perjuicios que podría sufrir ante las faltas que ocasionaría un contratista incumpliente en fase de ejecución del contrato, pero nada de eso, existe debidamente expresado y comunicado a los que son posibles oferentes potenciales. Las cláusulas penales se incorporan con la finalidad de resarcir eventuales daños y perjuicios que se puedan dar por retrasos en las entregas del bien objeto contractual, por lo que bajo un marco de razonabilidad y lógica, la Administración a la hora de incluirlas y fijarlas imponiendo las sanciones en caso de esos incumplimientos, debe contar con los estudios previos que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podría sufrir en caso de que se incumpla con las entregas tardías como indica también entregas anticipadas, que como también se puede observar tienen el mismo tratamiento y no pueden ser vistas de igual manera, pues son muchos otros factores que afectan pensando en este último escenario de entregas anticipadas. Así las cosas, tanto para las cláusulas penales como para las multas, según lo ha señalado la misma Contraloría General de la República, y según se puede acreditar de acuerdo a las condiciones cartelarias que las regulan, la justificación vaga y pobre machotera de las cláusulas 5.2.1, 5.2.2 y 5.2.3 en este cartel, no es suficiente para establecer porcentajes machoteros y generales de un producto que es específico y que no identifica con claridad las afectaciones económicas a las que se vería inmersa la Administración en caso de existir posibles incumplimientos por multas y / o cláusulas penales, mismos que también al ser generales y machoteros deben ser determinados conforme al objeto contractual, todo a través de un estudio técnico que justifique un cálculo numérico razonado donde exista la aplicación efectiva del principio de proporcionalidad, razonabilidad, lógica, transparencia, legalidad, seguridad jurídica, eficacia y eficiencia, para determinar los posibles daños y perjuicios que se ocasionarían, al respecto. Por todo lo anterior, en el presente cartel, tanto las multas como las cláusulas penales no atienden a las particularidades del objeto licitado, no están justificadas por un estudio técnico, un cálculo numérico real y efectivo de la imposición de las posibles sanciones, y al no existir un estudio previo que la justifique su aplicación es absolutamente arbitraria. Existe un incumplimiento por parte de esta Administración de la aplicación que disponen tanto los artículos 47 y 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Bajo el panorama jurídico anterior, indudablemente las cláusulas penales y sus montos debe necesariamente responder a las particularidades de cada cartel y del objeto licitado, previo estudio realizado al efecto (y esta es la tesis de fondo de este recurso); sin embargo, en el caso de la Entidad Licitante, sucede que esa materia -a pesar de lo preceptuado por el párrafo 1° del artículo 47 reglamentario (que

obliga en todo momento a la ponderación de consideraciones especiales de monto, plazo, riesgo, repercusiones, etc) y de lo indicado por la Contraloría General de la República y la Sala Primera-, ha sido regulada por vía de Condiciones Generales emanadas de la Junta Directiva; las cuales, con idénticos porcentajes y condiciones genéricas de hecho, están siendo trasladadas a este -y otros- cartel(es) para darles apariencia de especificidad; y al ser objetados por potenciales oferentes, dichas cláusulas generales-especiales (y casi inamovibles), son defendidas por la Administración activa ofreciendo algunas justificaciones para el mantenimiento de sus mismos porcentajes y mismos supuestos de hecho (a pesar de la diversidad de objetos contractuales o particularidades de cada concurso), cuales no resultan suficientes para su conservación, toda vez que las mismas no justifican mediante estudio técnico, su razonabilidad ni proporcionalidad. Por su parte la Administración al momento de atender la audiencia especial indica que la respuesta a los alegatos planteados por la objetante son atendidos a través del oficio HMP-FARMA-3699-2020, señalando el mismo: "(...) ASUNTO: *Respuesta para completar el análisis de Cláusula Penal interpuesta por la compañía Diface al expediente 2020LN-00006-2306, objeto de contratación Olaparib 100 mg tabletas. De acuerdo con la Guía para la Determinación de la Cláusula Penal en los Procedimientos de Contratación Administrativa en la CCSS se procede a emitir el criterio técnico. Las horas administrativas y técnicas ya se encuentran definidas en la normativa citada anteriormente, por lo que se encuentra debidamente justificado, se toma como punto de partida 10 horas, tomando en cuenta la complejidad del medicamento, para lo cual se detalla a continuación las actividades mínimas que se requieren para la valoración del análisis técnico para este caso en particular: Actividad/ Valoración de la oferta/ Tiempo aproximado en horas/ 4/ Observaciones/ Se valora la descripción técnica de la oferta, con el fin de determinar el cumplimiento con la ficha técnica y las condiciones cartelarias. Se verifican los documentos aportados como artes, cumplimiento de normativas específicas para medicamentos oncológicos según la normativa institucional, así como las emitidas por el ente rector en nuestro país./ Actividad/ Redacción de oficios para trámites de subsanación y solicitud de criterios técnicos a distintas dependencias de la institución/ Tiempo aproximado en horas/2/ Observaciones/ Se elabora un oficio a cada oferente detallando los incumplimientos que técnicamente son subsanables/ Actividad/ Valoración de subsanaciones aportadas por los oferentes y respuesta de criterios técnicos por parte de otras dependencias./ Tiempo aproximado en horas/2/ Observaciones/ Se conocen los documentos y respuestas aportadas por los oferentes con el fin de constatar la entrega de lo que se les haya solicitado en la subsanación./ Actividad/ Atención de recursos en general/ Tiempo aproximado en horas/2/ Observaciones/ Se conocen los recursos interpuestos por los oferentes y se da respuesta a través de oficio. Se indica tiempo aproximado, ya que puede variar según la complejidad del análisis técnico y en casos en los que se deba realizar consultas a otras instancias, como por ejemplo el Ministerio de Salud de Costa Rica. -Para establecer el punto c, se*

determina desde el inicio del procedimiento los siguientes factores (criticidad, nivel de usuario, si el medicamento es sustituible o no, si afecta el consumo de otro medicamento, los usos y claves para ser utilizado. Como corresponde a un insumo de uso clínico, su criticidad debe de estar en el máximo puntaje 60 puntos, esto por cuanto: 1- Es indispensable o esencial para el manejo farmacológico de la enfermedad y el manejo de la progresión de esta. 2- No es sustituible por otra alternativa farmacológica, no se dispone de sustituto, dado que para llegar a su utilización se debe pasar por una línea previa de medicamentos y fallar a estos. 3- La falta de este pone en riesgo la vida del paciente, ya que podría agravar o provocar progresión a condiciones irreversibles de la patología. 4- Tiene indicaciones precisas para su uso. 5- No es clínicamente aceptable la interrupción del tratamiento. Además, su consumo no afecta el consumo de otro medicamento, por contar con indicaciones específicas y no sustituibles por otra alternativa. Con respecto a la calidad, se pone en riesgo la atención adecuada y oportuna ante un desabastecimiento, ocasionando una afectación directa a la salud del usuario., constituye una parte fundamental en la atención de los tributarios a su uso. (...).” Adicional a ello la Administración adjunta a la respuesta un documento titulado “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales” el cual indica: “Oficio N°/ Nombre de producto: / Código Institucional:/ a) Tiempo Recurso Administrativo: Todo proceso de incumplimiento generado por el contratista ante entrega tardía o anticipada, genera horas de trabajo adicional al quehacer diario, se debe hacer la recepción y generar los respectivos reportes en la Sub-Área de Almacenamiento y Distribución, y su posterior gestión por parte del Área de Gestión de Bienes y Servicios (o encargado de compras) teniendo como parámetro de referencia y complejidad la cantidad de ítems que componen la contratación, lo cual puede generar una inversión de horas efectivas desde 1 a 20 según los recursos (reclamos) o gestiones derivadas que se puedan presentar, por lo que este parámetro según el análisis del objeto se seleccionara una cantidad de horas del rango mencionado, utilizando siempre como dato de partida un promedio de 10 horas efectivas y en caso que el análisis del expediente arroje elementos que refieran mayor o menor nivel de complejidad se seleccionará una cantidad de horas entre 1 y 20 acorde al análisis./ Horas Administrativas 10/ b) Tiempo de Recurso Técnico (unidad solicitante): La entrega tardía o anticipada tiene un componente importante de trabajo e inversión de horas para trabajar en los reportes, atención de reclamos y gestiones derivados del incumplimiento en la entrega, además que la no entrega del bien requeriría la búsqueda de aprovisionamiento por medio de otras herramientas legales, así como de tiempo para coordinación de abastecimiento por otros medios, lo cual puede significar una inversión desde 1 a 20 horas efectivas de trabajo, por lo que para efectos del análisis se utilizará como punto de partida un promedio de 10 horas de inversión de tiempo y en caso que la naturaleza del objeto desprenda mayor o menor complejidad se seleccionará la inversión de tiempo que se ajuste a un rango de 1 a 20 horas efectivas./ Horas Técnicas 10/ c) Criticidad: adicional al tiempo que los funcionarios de la institución deben invertir en la gestión del incumplimiento el tiempo de entrega dependiendo del bien tendrá una afectación en la salud y en los pacientes de forma directa o indirecta lo que se plantea en una escala de 1 a 60 con el

siguiente detalle según la naturaleza del objeto: (...)Olaparib 100mg tabletas: se utiliza para el tratamiento de cáncer de ovario epitelial recurrente, trompa de Falopio, cáncer peritoneal primario, quienes han tenido quimioterapia con respuesta completa o parcial con quimioterapia con platinos. También está indicado en pacientes con cáncer de ovario con deterioro o mutación de los receptores BRCA y han tenido más de tres líneas de tratamiento., por lo que el nivel de criticidad se considera b con el máximo puntaje/ 60/ Nivel de Afectación Horas Administrativas + Horas técnicas+ Nivel de criticidad 80/ Rango de Tolerancia en días 6 Días Hábiles/ Porcentaje a rebajar por cada día de atraso: 4,16% Porcentaje por hora % Días dividido entre x horas". **Criterio de División:** Como aspecto de primer orden resulta relevante señalar, que las cláusulas que el recurrente indica impugnar de este cartel, corresponden según su escrito, a las siguientes: "Puntualmente objetamos las MULTAS Y CLÁUSULAS PENALES dentro de las Condiciones Generales de la CCSS que rigen para este concurso; en especial, las cláusulas 5.1, 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 relativas a las multas y las cláusulas 5.2, 5.2.1, 5.2.3, 5.2.4, 5.2.5, 5.2.6 y 5.2.7" (Ver folio 01 del expediente electrónico de la objeción CGR-ROC-2020007513). Al respecto, este órgano contralor ha observado el contenido del cartel correspondiente a la Licitación Pública No. 2020LN-000006-2306, con el fin de verificar el contenido del clausulado objetado, sin embargo se ha encontrado que dicho cartel no contiene tales cláusulas, es decir las mismas no existen en el pliego. Es por ello que al estar impugnando el recurrente cláusulas inexistentes, se debe **rechazar de plano** el recurso de objeción, siendo que el cartel objetado no cuenta con las cláusulas a las que hace alusión la objetante. **Consideración de oficio:** No obstante lo expuesto, con la respuesta a la audiencia especial es evidente para este órgano contralor, la intención por parte de la Administración de regular el tema relacionado con las multas y cláusulas penales en este cartel. Por ello es menester recordar que las multas y cláusulas penales según lo indica el artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa deben encontrarse debidamente justificadas, siendo que el espíritu de las mismas, es brindarle a la Administración una herramienta que le permita asegurar que el contratista cumplirá con la prestación dentro del plazo y con las condiciones pactadas; prefijando la reparación de los perjuicios que se causarían ante un eventual atraso o incumplimiento. Pero el uso de dicha herramienta no puede ser abusiva al momento de aplicarse, sino por el contrario, el cartel debe contener un minucioso estudio de los porcentajes a aplicar, basados en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, con el debido detalle de los incumplimientos que originen su aplicación. A partir de lo anterior, deberá la Administración incorporar en el expediente lo contenido en el oficio No.HMP-FARMA-3699-2020, así como lo contenido en el documento titulado "Aplicación de la

cláusula penal”, debiendo determinar en el pliego un clausulado específico de multas y cláusulas penales, que incluya los supuestos de aplicación así como identificar los porcentajes a aplicar. Finalmente, se le indica a la Administración que el concurso deberá ser adjudicado por quien tenga la competencia para ello. -----

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) RECHAZAR DE PLANO** el recurso de objeción interpuesto por la empresa **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA CENTROAMERICANA DIFACE, SOCIEDAD ANONIMA** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2020LN-000006-2306** promovido por el **HOSPITAL DR. MAXIMILIANO PERALTA JIMÉNEZ DE CARTAGO** para la adquisición de Olaparib 100 mgs bajo la modalidad de entrega según demanda. **2)** Se ordena a la Administración incorporar al pliego la modificación indicada, procurando brindarle la publicidad necesaria. **3)** Se da por agotada la vía administrativa.-----

NOTIFÍQUESE. -----

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Ariany Fuentes Mora
Fiscalizadora Asociada

AFM/mtch
NI: 35302,35555
NN: 18963(DCA-4559-2020)
G: 2020004208-1
Expediente: CGR-ROC-2020007513

