



R-DCA-00301-2020

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.
San José, a las doce horas cuarenta y dos minutos del veinticinco de marzo de dos mil veinte.-
RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **BOSTON SCIENTIFIC COMERCIAL DE COSTA RICA BSCR SRL.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000002-2306**, promovida por el **HOSPITAL MAX PERALTA**, para la adquisición de “Kit de prueba para neuroestimulador y kit de neuroestimulador dual”, bajo la modalidad de entrega según demanda. -----

RESULTANDO

- I.- Que la empresa Boston Scientific Comercial de Costa Rica BSCR SRL., presentó recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública 2020LN-000002-2306, promovida por el Hospital Max Peralta.-----
- II. Que mediante auto de las diez horas treinta y seis minutos del trece de marzo del presente año, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso. Dicha audiencia fue atendida por oficio No. SACA-HMPJ-0096-2020 del 17 de marzo de 2020, el cual se encuentran incorporados al expediente de 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) Cláusula 2.1. Ítems 1 y 2. Especificaciones técnicas, Capítulo II. Sobre los orificios laterales. Indica la objete que lo regulado en dichas cláusulas violenta los principios de contratación administrativa. El motivo para arribar a tal conclusión, se basa en que, la Administración licitante establece parámetros y dimensiones muy específicas para el bien a adquirir, sin que exista una justificación técnica para tal acto. Señala que existen oferentes que pueden cumplir con objetos de igual naturaleza y funcionalidad que incluso pueden brindar mejoras de tipo tecnológica como es la longevidad de la batería del insumo. Sin embargo, el ente licitante procede a establecer dimensiones restrictivas de otros oferentes sin

que exista una justificación técnica suficiente que conste en el expediente administrativo. Manifiesta que aun cuando la CCSS es quien mejor conoce sus necesidades, en este caso es la oferente recurrente quien mejor conoce la forma de brindar una solución técnica; sin embargo le resulta imposible el acceso al concurso de marras sin que exista una razón suficiente para limitar su participación. Considera que las restricciones resultan ilegítimas e ilegales al no contar el fundamento técnico para restringir su participación. Indica que su empresa difiere de las dimensiones que dispone la CCSS sin que exista en el expediente administrativo una razón para favorecer la adquisición de un producto en detrimento de otra casa fabricante que se encuentra en exactamente la misma capacidad de satisfacer la necesidad pública de suministrar kits de prueba y de neuroestimulación. Aclara que para los insumos, los productos marca Boston Scientific cuentan con ventajas comparativas como son: mayor duración de la batería, 72 años en comparación con los 9 años requeridos en el cartel, diferentes tipos de estimulación con el mismo equipo: Burst, alta frecuencia, parestesia y Prisma, programa que permite fraccionalizar la corriente y calcula el lugar anatómico del electrodo para una mayor precisión de la estimulación. Adaptador para conectar electrodos de Medtronic a neuroestimulador Boston Scientific, batería que permite descargarse completamente y volverse a cargar nuevamente las veces que sean necesario sin que esto merme la capacidad de la misma o se apague el neuroestimulador por completo. Agrega, que se verifica la dirección de la contratación y exclusión de potenciales oferentes al comprobar que en los puntos 25 y 26 de las especificaciones del ítem 2, se establece como requisitos modelos específicos de la marca Medtronic, como son los modelos NKF del punto 25 y NKD del punto 26, lo cual ha sido ampliamente valorado por el órgano contralor y determinada la ilegalidad de incluir requisitos que establezcan una marca específica, por cuanto ello limita potenciales oferentes de manera directa en beneficio de un oferente en particular. Menciona que queda demostrado que la Administración cuenta con una alternativa tecnológica y de marca que permitiría una mayor amplitud de oferentes que brinden una solución suficiente para sus necesidades, y que cuentan con el respaldo clínico para satisfacer el fin público perseguido. Se acompaña con el debido Registro Biomédico emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica, que evidencia y muestra que el producto que se ofrecería eventualmente ha superado su etapa de estudio clínico y que ha sido suficientemente utilizado para demostrar su eficiencia y

posibilidad de cumplir con lo requerido por la Administración. Señala que limitar la participación de un oferente sin que exista prueba científica y técnica que conste en el expediente debido a la selección de dimensiones y características, resulta no solamente ilegítimo en cuanto al deber de la Administración de fundamentar sus decisiones y limitar la participación de oferentes, sino que además representa un menoscabo en la satisfacción de sus intereses al excluir a una empresa que cuenta con tecnología de punta e incluso superior en algunos aspectos sin que exista una motivación suficiente para tal decisión. Alega que la exclusión resulta irrazonable dado que es una especificación no esencial para el funcionamiento del ítem y no se encuentra debidamente fundamentada. Las dimensiones seleccionadas no se encuentran justificadas en un fin público específico, sino a la selección de una marca específica, sin que se defina de qué manera esas medidas o condiciones se asocian a la mejor satisfacción de un fin público, dado que incluso, en algunos puntos como 20, 21 y 22 del ítems 2 existen dimensiones inferiores a las requeridas. En el caso de sus productos, señala que existe suficiente evidencia de que su funcionalidad permite satisfacer la necesidad institucional, y que las dimensiones o características que le excluyen de participar por no contar con equipos de las características exactas exigidas no se encuentran asociadas a una mejor funcionalidad o un detrimento de la naturaleza o funcionalidad de los equipos, por lo que la discrecionalidad para su selección se vería limitada a una decisión de índole técnica y científica acorde con lo establecido en el artículo 16 de la Ley general de la Administración Pública. Por lo anterior, con base en el principio de libre concurrencia, razonabilidad e igualdad entre oferentes, así como el artículo 16 de la LGAP, en razón de la exclusión que produciría la condición supra mencionada sin que exista una justificación de índole técnico o administrativo, solicita que se justifiquen las condiciones técnicas de los ítems 1 y 2 requeridas para que se implementen rangos en cuanto a dimensiones o medidas que no impliquen una desmejora del objeto contractual, y modificar las condiciones técnicas para permitir la participación con las características técnicas de los equipos Boston Scientific, de manera que se eliminen las referencias a una marca o modelo específico y se permita la variación de las características que no resulten en una disminución de la naturaleza y funcionalidad del objeto contractual. Por su parte la Administración señala que no acepta las modificaciones pretendidas por la firma disconforme ya cuentan con amplia experiencia y las características solicitadas son las que se ajustan a las necesidades de sus

pacientes, por lo que no es conveniente realizar los cambios sugeridos. Agrega que dicha empresa no ha ido a dicho hospital a dar a conocer el producto, el cual es desconocido para la Administración y considera imprudente experimentar con productos nuevos, máxime que el tipo de pacientes es muy sensible a los tratamientos permanentes como lo es el estimulador medular. Considera que ninguna de las modificaciones implica una verdadera ventaja comparativa desde el punto de vista clínico. Además se cuenta con una cantidad de implantados con neuroestimuladores de las características solicitadas y se les debe brindar el control y mantenimiento, garantizando que se les pueda solucionar cualquier problema técnico con implantes de la misma marca al que tiene colocado con el fin que se minimice el riesgo de disfunción, lo cual se logra manteniendo la misma especificación técnica con que se ha venido trabajando. **Criterio de la División:** el objetante presenta su disconformidad, toda vez que considera que las condiciones y parámetros técnicos establecidos para los kit son muy específicas, sin embargo existen oferentes con productos de igual naturaleza con diferentes dimensiones y que pueden cumplir con la funcionalidad requerida. Sobre el particular, resulta importante tener presente que de conformidad con el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa: *“El recurso deberá 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. Además, deberá indicar las infracciones precisas que le imputa al cartel con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento o en general el quebranto de disposiciones expresas del ordenamiento que regula la material”*. Bajo esa línea de ideas es importante tener presente que cualquier cuestionamiento debe estar debidamente fundamentado. Véase que en el caso en estudio si bien el objetante manifiesta que el producto ofrecido por su empresa cumple con la funcionalidad requerida, no demuestra técnicamente lo anterior. Y es que si bien junto con su recurso se presenta documentación técnica y estudios del producto, es lo cierto que mucha de dicha información no viene en el idioma español, por lo que no puede ser considerada al no ser el idioma oficial (véase al respecto la resolución R-DCA-0322-2017 de las once horas con dieciséis minutos del veintidós de mayo del dos mil diecisiete del 22 de mayo de 2017). Pero además, se echa de menos un ejercicio técnico a partir del cual se determine con dicha documentación, que los productos

ofertados por la recurrente cumplen con la funcionalidad, o que demuestren por qué lo requerido por el Hospital es irrazonable. Y a pesar de presentar un estudio biomédico, ello no demuestra que cumple la funcionalidad requerida por la Administración. Desde ese punto de vista, no resulta suficiente únicamente la aportación de documentación técnica, sino un ejercicio y análisis del mismo para el caso en particular. Por otra parte y si bien se señala que el cartel está direccionado, ello tampoco se logra demostrar técnicamente. Además y pese a que manifiesta que las dimensiones o parámetros deben ser modificadas no señala cuáles, en cuánto y por qué. Y es que si bien el producto ofertado puede además tener otra serie de ventajas, no debe olvidarse que la Administración es quien más conoce sus necesidades y cómo deben ser satisfechas. De allí que no basta con presentar más características de las requeridas, sino cumplir con las exigencias o demostrar que con sus características se cumple lo requerido por la entidad licitante, aspecto que en este caso no se logra. Así las cosas, de lo que viene dicho entonces procede **declarar sin lugar** el recurso. **Consideración de oficio:** pese a que el recurso se declara sin lugar, se hace necesario que la Administración incorpore en el expediente administrativo las justificaciones técnicas que fundamentan las condiciones o características técnicas de los productos a adquirir. Por otra parte, se le recuerda considerar lo regulado en el numeral 52 del RLCA, según el cual se dispone que: *“Asimismo, respecto de los tipos conocidos de materiales, artefactos, o equipos, cuando únicamente puedan ser caracterizados total o parcialmente mediante nomenclatura, simbología, signos distintivos no universales, o marca, ello se hará a manera de referencia; y aún cuando tal aclaración se omitiere, así se entenderá”*. De allí que cualquier referencia a una marca en particular deberá considerarse referencial. -----

POR TANTO

Con fundamento en lo expuesto y lo dispuesto por los artículos 182 y 183 de la Constitución Política, 81, 82 y 83 de la Ley de Contratación Administrativa y 178 y 181 de su Reglamento **se resuelve:** 1) **DECLARAR SIN LUGAR** el recurso interpuesto por **BOSTON SCIENTIFIC COMERCIAL DE COSTA RICA BSCR SRL.**, en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2020LN-000002-2306**, promovida por el **HOSPITAL MAX PERALTA**, para la adquisición de “Kit de prueba para neuroestimulador y kit de neuroestimulador dual”, bajo la modalidad de

entrega según demandar. **2) PREVENIR** a la Administración para que tome en cuenta las Consideraciones de oficio. **3) Se da por agotada la vía administrativa.**-----
NOTIFÍQUESE.-----

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado a.i.

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

LGB/chc
NN: 04442 (DCA-1016)
NI: 7199, 7791
G:2020001534-1

