



R-DCA-01066-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las nueve horas con treinta y cinco minutos del veintiocho de setiembre del dos mil veintiuno.-----

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **INFRA G.I. DE COSTA RICA, S.A., TRIGAS S.A. y PRAXAIR COSTA RICA, S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0001102202** promovida por **HOSPITAL NACIONAL DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA Dr. RAÚL BLANCO CERVANTES** para la adquisición de gases medicinales, modalidad por demanda.-----

RESULTANDO

I. Que el catorce de setiembre de dos mil veintiuno las empresas **INFRA G.I. DE COSTA RICA, S.A., TRIGAS S.A. y PRAXAIR COSTA RICA, S.A.** presentaron ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la licitación pública No. 2021LN-000001-0001102202 promovida por el Hospital Nacional de Geriatria y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes.-----

II. Que mediante auto de las ocho horas dieciséis minutos del quince de setiembre de dos mil veintiuno esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. HNGG-DG-DAF-0266-2021 del veinte de setiembre de dos mil veintiuno 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 LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE OBJECCIÓN. El recurso de objeción ha sido establecido en el ordenamiento jurídico como un mecanismo para remover obstáculos injustificados a la libre participación o para ajustar el cartel a las normas y principios del ordenamiento jurídico. Al respecto, el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en cuanto al deber de fundamentación del recurso de objeción, dispone que: *“El recurso deberá presentarse con la prueba que estime conveniente y debidamente fundamentado a fin de demostrar que el bien o el 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 materia”. En relación con la fundamentación de este tipo de recursos, en la resolución R-DCA-577-2008, de las once horas del veintinueve de octubre del dos mil ocho, este órgano contralor señaló: “De previo a proceder a realizar cualquier análisis de los argumentos vertidos y a efectos de resolver las objeciones presentadas, es preciso recordar el criterio reiterado de esta Contraloría General, considerando que la Administración licitante, se constituye en el ente que mejor conoce las necesidades que pretende satisfacer, por lo tanto, es la llamada a establecer los requerimientos cartelarios bajo su potestad discrecional y atendiendo el interés público. Como consecuencia de lo anterior, no resulta factible que este Despacho pueda imponer, sin una justificación técnica y jurídica categórica, la adquisición de otro equipo diferente al que consta en el pliego cartelario. Como muestra de lo anterior, se puede observar el razonamiento de este órgano contralor disponiendo que: “(...) si la Administración ha determinado una forma idónea, específica y debidamente sustentada (desde el punto de vista técnico y tomando en consideración el respeto al interés general) de satisfacer sus necesidades, no pueden los particulares mediante el recurso de objeción al cartel pretender que la Administración cambie ese objeto contractual, con el único argumento de que ellos tienen otra forma para alcanzar similares resultados. Permitir esa situación cercenaría la discrecionalidad administrativa necesaria para determinar la mejor manera de satisfacer sus requerimientos, convirtiéndose de esa forma, los procedimientos de contratación administrativa en un interminable “acomodo” a las posibilidades de ofrecer de cada particular. Es claro que no se trata de limitar el derecho que tienen los potenciales oferentes de objetar aquellas cláusulas o condiciones que de alguna manera le restrinjan su derecho a participar en un concurso específico, pero tampoco puede llegarse al extremo de obligar a la Administración a seleccionar el objeto contractual que más convenga a un oferente” (RC-381-2000 de las 11:00 horas del 18 de setiembre del 2000). Visto lo anterior, el objetante que pretenda obtener un resultado favorable a raíz de su recurso de objeción, cuestionando requerimientos cartelarios, deberá reflejar en su escrito al menos los argumentos suficientes para acreditar que no existe justificación técnica, legal o financiera alguna por parte de la Administración para esa exigencia. [...] No obstante, el propio ordenamiento jurídico, a sabiendas de que las conductas administrativas no en todos los casos son precedidas de los estudios de rigor, necesarios y suficientes para garantizar su apego íntegro a nuestro sistema de normas vigente, prevé la

posibilidad a los sujetos particulares de desvirtuar dicha presunción. Para ello el objetante, deberá realizar un ejercicio tendiente a cuestionar y evidenciar que el acto recurrido es contrario a los principios rectores de la contratación administrativa. En ese mismo sentido el mencionado artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), es sumamente claro al determinar que quien acciona en la vía administrativa a través del recurso de objeción, tiene la carga de la prueba, de manera que debe presentar, aportar y fundamentar debidamente la prueba correspondiente, a fin de demostrar que el bien o servicio que ofrece satisface las necesidades de la Administración, así como comprobar las infracciones que se le imputan al cartel, las violaciones a los principios de contratación administrativa o quebranto a cualquier regla de procedimiento o del ordenamiento en general. De conformidad con lo anterior, este Despacho procederá a rechazar el recurso en cuyos extremos no se acrediten adecuadamente las razones por las cuales solicita la modificación del pliego cartelario. En ese sentido, no resulta suficiente con que el objetante motive su pretensión únicamente en que se permita la participación del equipo o sistema que pretende ofrecer. Contrariamente, debería incluirse una adecuada relación entre las modificaciones solicitadas, la documentación o prueba aportada y las violaciones imputadas al cartel. De manera tal, que no solo se demuestre la calidad y eficiencia del equipo o sistema que se pretende ofertar, sino que también se demuestre que cumple a cabalidad con los requerimientos y necesidades de la administración a efectos de satisfacer el interés público”, posición que ha sido reiterada por esta División en múltiples ocasiones y que se mantiene vigente al día de hoy como consta en las resoluciones No. R-DCA-0508-2019 de las a las once horas con cuarenta minutos del veintinueve de mayo del dos mil diecinueve y R-DCA-0557-2019 de las ocho horas con veintidós minutos del catorce de junio de dos mil diecinueve. Estas consideraciones servirán de fundamento cuando en la presente resolución se determine falta de fundamentación.-

II. SOBRE EL FONDO. A) RECURSO INTERPUESTO POR INFRA G.I. DE COSTA RICA, S.A.

1) Sobre el certificado de buenas prácticas. El objetante señala que en el punto 75 del documento denominado “Requisitos / Documentación a Presentar” la Administración solicita: “75. *Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales.*” Indica que con este requerimiento, que vincula el certificado de buenas prácticas de manufactura con la actividad de fabricación a nivel nacional, se deja por fuera -totalmente- de la posibilidad de participar a empresas como la de su representada que, de manera eficiente y exitosa han suministrado gases medicinales a hospitales y clínicas de la Caja Costarricense de Seguro Social (incluyendo al propio Hospital Blanco

Cervantes) y del sector privado, a partir de un giro de actividad comercial que incluye el envasado, la distribución y suministro de tales gases, sin que para su ejercicio les haya resultado indispensable incluir la actividad de “producción” en el territorio nacional. Considera que esto les restringe de forma injustificada la posibilidad de participar en la licitación, violentando los principios de igualdad y libre competencia. Indica que de mantenerse el cartel tal como está, no podría participar, lo cual iría en detrimento y quebranto de los intereses superiores que compete tutelar a la propia Administración, pues a pesar de no ser fabricantes, se han consolidado como un importante proveedor del tipo de gases que constituyen el objeto de la licitación, teniendo, solo en el sector público, 24 contratos en ejecución. Agrega que la limitante le resulta de la vinculación entre el requisito del certificado de Buenas Prácticas con la fabricación de gases en el país, lo cual considera injustificado, ya que la actividad de envasado y distribución de gases medicinales e industriales cuentan con todas las habilitaciones que exige el ordenamiento jurídico y cuentan con el certificado de buenas prácticas de manufactura acorde con el giro de su actividad comercial. Remite su certificado de buenas prácticas de manufactura, así como información atinente a la capacidad de almacenamiento de su planta, documentación que demuestra que cuentan con perfecta posibilidad de realizar un abastecimiento oportuno de los gases que interesan a pesar de no ser productores en el territorio nacional. Explica en qué consiste la actividad de envasado y distribución de gases. Aclara que cuenta con certificado de buenas prácticas de manufactura emitido por el Ministerio de Salud para la actividad comercial que realiza el cual se encuentra vigente según documentos que aporta. Solicita que en virtud de lo dispuesto en los principios de igualdad y libre competencia, se enmiende el cartel, admitiendo que además de empresas que fabriquen en el país, se permita expresamente la participación de otras empresas que como su representada, envasa y distribuye. Considera que de aceptar su petición, el hospital se garantiza mayor participación de oferentes con todos los beneficios de la sana competencia. Solicita que el cartel se enmiende de forma que indique: *“Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales o envasadores de gases medicinales.”* Concluye indicando que no se está oponiendo a que se solicite la aportación del certificado en cuestión (pues más bien comprende que se trata de un importante requerimiento); lo que solicita es que se acepte el mismo acorde con el alcance de la actividad que realiza en Costa Rica. La Administración señala que acepta lo indicado por el objetante en aplicación efectiva de los principios de igualdad y libre competencia. Por lo tanto modificará la cláusula de forma que se

lea: “75. *Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales y/o envasadores de gases medicinales. En el caso de ser envasadores y no fabricantes se solicita prueba de poder solventar la necesidad planteada en el punto 145 sobre situaciones de emergencia inciso e. En este caso la empresa adjudicada deberá de mantener en su inventario como reserva en Planta Nacional, la cantidad de cilindros para cubrir un periodo mínimo de 5 días naturales de consumo.*” **Criterio de la División**. Sobre el punto en particular, las especificaciones técnicas del pliego cartelario señalan: “**REQUISITOS/DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR (...)** 75. *Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales*” (destacado es del original) (folio 26 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 27213-2021-ADJUNTO). Ahora bien, se observa que la Administración se allana parcialmente a la petición del recurrente por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. Para ello se presume que la Administración ponderó cuidadosamente la conveniencia de la modificación al cartel que plantea, lo cual corre bajo su entera responsabilidad. Esta presunción se hace extensiva a cada ocasión en la cual, en adelante y en la presente resolución, se acoja total o parcialmente el allanamiento de la Administración. **2) Sobre el Permiso Sanitario de Funcionamiento**. La recurrente señala que en el punto 66 del documento citado “Requisitos/Documentación a Presentar” la Administración solicita: “*Certificación del Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, de cada una de las áreas de recepción, almacenaje, distribución y fábrica de gases de la compañía oferente.*” Indica que según lo que señaló en el punto anterior, solicita que se enmiende el texto agregando en su redacción -además de la fabricación- la actividad de envasado de gases medicinales. Propone la siguiente redacción: “*Certificación del Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, de cada una de las áreas de recepción, almacenaje, distribución, fábrica y/o envasado de gases de la compañía oferente.*” La Administración aprueba lo indicado por la recurrente. Indica que modificará la cláusula de forma que se lea: “66. *Certificación del Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, de cada una de las áreas de recepción, almacenaje, distribución, fábrica y/o envasado de gases de la compañía oferente.*” Agrega que acepta lo solicitado por el recurrente en virtud de los principios de igualdad y libre competencia con el fin de permitir la participación

de potenciales oferentes que se dediquen a la actividad de envasado y distribución de gases medicinales e industriales en el país y cuentan con todas las habilitaciones que exige el ordenamiento jurídico, lo que deberá ser acreditado según los requerimientos establecidos en el pliego cartelario. Señala que tiene en consideración que las necesidades del Hospital han sido suplidas por proveedores que tienen este giro de negocio sin ningún inconveniente. **Criterio de la División**. Sobre el extremo objetado, el cartel regula lo siguiente: “66. *Certificación del Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, de cada una de las áreas de recepción, almacenaje, distribución y fábrica de gases de la compañía oferente*” (folio 26 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 27213-2021-ADJUNTO). Ante la petición del recurrente, se observa que la Administración se allana a la pretensión por cuanto acepta modificar la cláusula 66 de forma que se lea: “66. *Certificación del Permiso Sanitario de Funcionamiento del Ministerio de Salud, de cada una de las áreas de recepción, almacenaje, distribución, fábrica y/o envasado de gases de la compañía oferente*”, modificación que corre bajo su exclusiva responsabilidad. Por lo anterior, se **declara con lugar** este extremo del recurso. **B) RECURSO INTERPUESTO POR TRIGAS, S.A. 1) Sobre el oxígeno de grado médico**. La recurrente señala que en la línea 8 del apartado “objeto de compra” se solicita suplir las necesidades de la Administración en relación con la “*carga de oxígeno medicinal líquido al 99.9% de pureza, presentación: granel (L)*.” Añade que en el apartado “distribución por servicio” en la línea 8 se solicita: “*Carga de oxígeno medicinal líquido al 99.9% de pureza, presentación: granel (L)*” y en el acápite denominado “histórico de consumo”, en la línea 8, pese a tratarse de la existencia actual e histórico de consumo, la institución contratante establece que: “*Carga de oxígeno medicinal líquido al 99.9% de pureza, presentación: granel (L)*”. Indica que de seguido en el apartado denominado “Aspectos Técnicos (características de los cilindros, estabilidad del producto)”, en la línea 8 se indica: “*Oxígeno medicinal líquido al 99.9% de pureza, presentación: granel (L)*”, sin embargo, en otras cláusulas como la denominada “Aspectos Técnicos (características de los cilindros, estabilidad del producto)”, para las líneas 1 y 2 denominada “Oxígeno, cilindros 30 pc y Oxígeno, Cilindro 220 pc” respectivamente, se menciona que la pureza será no menor al 99.55, situación que resulta contraria completamente a lo dispuesto en las cláusulas previamente transcritas. Menciona que indistintamente de los porcentajes solicitados por la Administración, esto son erróneos, evidenciando un desapego a la realidad y a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, toda vez que la Farmacopea (Libro oficial de medicamentos que recoge las normas sobre cómo preparar y combinar las

sustancias medicinales) y los lineamientos del Ministerio de Salud, han estipulado –tal y como demostrará con la prueba que adjunta- que el oxígeno tiene un mínimo de un 99.5% de pureza, y esto es porque científicamente el Ministerio aludido ha determinado que existen variaciones en las mediciones que hacen que este sea el porcentaje recomendado. Agrega que esta situación es reafirmada por la contratante en los restantes apartados donde se requiere el oxígeno de diversa presentación, como lo es el caso de las cláusulas atinentes al objeto de compra. Señala que es por esta razón que de forma oportuna y legalmente el Ministerio de Salud, ente rector en la materia, ha determinado que el oxígeno con una pureza mínima o igual a 99.5% es suficiente para el consumo humano en los distintos centros de Salud del país y es con este porcentaje de pureza, que autoriza a los fabricantes, distribuidores y demás, mediante el certificado de registro de producto, y da el visto bueno para su comercialización. Indica que la Administración no es congruente con este concepto y por lo tanto omite indicar un porcentaje mínimo para dicho producto, situación que deja en indefensión a los oferentes o futuros adjudicatarios por las posibles contingencias que de ello se pueda generar al desconocer bajo cuál parámetro se requiere registrar el producto en cuestión. Manifiesta que en la resolución R-DCA-01343-2020, ante una contratación de objeto similar, se hizo referencia a la importancia de que la pureza del oxígeno fuese mínima o igual a 99.5% sin dejar de mencionar que la propia Administración aceptó, en esa oportunidad, los argumentos del cambio que su representada solicitó. Por lo tanto, objeta la presente disposición pues resulta de imposible cumplimiento y contraria a lo dispuesto por la Farmacopea y a los lineamientos del Ministerio de Salud generando de esta manera un quebranto a los principios de contratación administrativa por parte de este centro de salud al desconocer la realidad en la que se desenvuelve el mercado para esta cuestión en particular. Respetuosamente solicita a la Administración que realice una modificación en el requisito, indicando que el porcentaje de pureza mínimo aceptado es de 99.5% tal y como lo establece la normativa, siendo además que en el pasado ya ha aceptado realizar este cambio por lo que no existen razones técnicas y objetivas para negarse. La Administración acepta lo indicado por cuanto se trata de un error material involuntario. Agrega que modifica la cláusula de forma que se lea en la línea 8: “*Carga de oxígeno medicinal líquido con pureza no menor al 99.5%, presentación: granel (L).*” Lo anterior tanto para el “objeto de compra”, “distribución por servicio”, “histórico de consumo”, “Aspectos Técnicos (características de los cilindros, estabilidad del producto).” **Criterio de la División**. Se observa que la Administración se allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. **2) Sobre la certificación de pureza de cada uno de los gases.** La recurrente señala que el punto 74 del cartel solicita presentar una certificación refrendada por el Ministerio de Salud y/o por el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica. Agrega que el plazo de entrega del producto referido, según lo requiere el ordinal 144 de las “*observaciones para los pedidos y entregas para el servicio de terapia respiratoria*” del cartel es relativamente corto pues se indica: “*a. Cuando la solicitud se realice antes de las 16 horas (04:00 pm) del día anterior, la entrega debe realizarse antes de las 10:00 am del día siguiente / b. En caso fortuito o fuerza mayor los administradores de contrato de contrato se reservan el derecho de recibir los insumos requeridos fuera del horario establecido en el punto anterior.*” Agrega que al consultar la Ley Orgánica del Colegio de Ingenieros Químicos y Profesionales Afines y Ley Orgánica del Colegio de Químicos de Costa Rica No. 8412 vigente, no se ordena que el profesional que suscriba dicha certificación sea químico, siendo que tal facultad la tiene un farmacéutico que se encuentra debidamente colegiado ante el Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica. Añade que en adición a lo indicado, lo solicitado por la Administración no es congruente toda vez que de conformidad con el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados Decreto No. 16765, en sus ordinales 5 y 20 se establece que es el regente el responsable de cuánto afecta la identidad, pureza y buen estado de los medicamentos que se elaboren, preparen, manipulen y suministren. Por lo tanto considera que la Administración, vía cartel de licitación está otorgando una potestad en favor de profesionales en química que la ley no contempla. Si no es posible crear potestades de imperio vía reglamento (artículo 12 de la Ley General de la Administración Pública) mucho menos hacerlo vía cartel en favor de un profesional adscrito a un colegio profesional. Considera que hacerlo es actuar a contrapelo del principio constitucional de legalidad, ya que la Institución está asumiendo potestades legislativas que, evidentemente, no tienen cabida en el ordenamiento jurídico costarricense. Indica que al igual que en el caso de la pureza, todo cartel de licitación debe de ajustarse al bloque de legalidad. Señala que para cumplir con lo que requiere la Administración, únicamente bastaría con la confección o análisis y emisión del certificado de ello por parte de un regente farmacéutico, quien es, por decreto ejecutivo de rango superior al cartel, el responsable de la pureza de los productos. Concluye que por ello, en razón de lo anterior, objeta la cláusula en cuestión por contrariar el principio de buena fe regulado en el artículo 2 del Reglamento a la

Ley de Contratación Administrativa, por imponer condiciones imposibles de cumplir por parte de los oferentes al no encontrarse estas en apego a la normativa vigente para tales efectos del país, pues ante una eventualidad se podría achacar un incumplimiento a un oferente por un aspecto en el cual existe un error, por parte de la Administración en la contratación al imponer condiciones sustentadas en un requerimiento antojadizo sin fundamento alguno. La Administración indica que sobre la certificación de pureza de cada uno de los gases, específicamente en la cláusula 74, aclara que se va a incluir que la certificación puede ser emitida por el Ministerio de Salud y/o el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica y/o Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica. Lo anterior debido a que el Ministerio de Salud no ha establecido qué profesional específicamente debe emitir el criterio para realizar la Certificación de Pureza de los gases. Agrega que tiene en consideración que a la fecha y de conformidad por lo señalado por el Ministerio de Salud, es aceptable que dicha certificación puede ser emitida por el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica y/o Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica, indistintamente. Por lo tanto, modificará el punto 74 de forma que se lea: *“El oferente presentará una certificación refrendada por el Ministerio de Salud y/o e Ingeniero Químico regente de la empresa inscrito en el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica, y/o el Farmacéutico que se encuentre colegiado en el Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica. En donde se registre la pureza de cada uno de los gases, dicho documento debe ser presentado tanto en la oferta como en cada entrega solicitada por el Servicio durante la ejecución del contrato. Se puede presentar un certificado del histórico del registro de la pureza del último año como respaldo a la certificación suscrita.”* Añade que en el punto 144 respecto al plazo de entrega del producto, aclara que por la dinámica del hospital, el pedido establecido abastece las necesidades. A la vez, como lo menciona el punto 74 el certificado de pureza que se solicita presentar puede ser el emitido en el último año. No se solicita realizar el procedimiento de medición de pureza en el momento que se entrega el producto, por lo cual no se realiza modificación en cuanto a dicho aspecto. **Criterio de la División.** La cláusula en discusión dispone: *“74. El oferente presentará una certificación refrendada por el Ministerio de Salud y/o el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica, así como del ingeniero químico regente de la empresa, en donde se registre la pureza de cada uno de los gases, dicho documento debe ser presentado tanto en la oferta como en cada entrega solicitada por el Servicio durante la ejecución del contrato. Se puede presentar un certificado del histórico del registro de la pureza del último año como respaldo a la certificación suscrita.”* (folio 26 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 27213-2021-

ADJUNTO). El recurrente objeta la cláusula por considerar que la misma es contraria al principio de buena fe regulado en el artículo 2 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por imponer condiciones imposibles de cumplir por parte de los oferentes al no encontrarse estas en apego a la normativa vigente, para lo cual cita normativa que según indica, le resulta aplicable al objeto del concurso. Sobre el particular la Administración señala que va a incluir que la certificación pueda ser emitida por el Ministerio de Salud y/o el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica y/o Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica, tomando en consideración que a la fecha y de conformidad con lo señalado por el Ministerio de Salud es aceptable que esa certificación sea emitida por el Colegio de Ingenieros Químicos de Costa Rica y/o Colegio Profesional de Farmacéuticos de Costa Rica. La Administración también señala: *“En el punto 144 donde se describe el plazo de entrega del producto supra referido. Se aclara que por la dinámica del hospital el pedido establecido abastece las necesidades. A la vez, como lo menciona el punto 74 el certificado de pureza que se solicita presentar puede ser el emitido en el último año. No se solicita realizar el procedimiento de medición de pureza en el momento que se entrega el producto, por lo cual no se realiza modificación en cuanto a dicho aspecto”* (folios 20 y 22 del expediente electrónico de objeción identificados con los NI 27174-2021 y 27213-2021). Ante lo dispuesto, se impone que la Administración incorpore al expediente administrativo el análisis realizado a efectos de establecer que la información consignada en la cláusula cartelaria objetada y en la modificación que propone resulta aplicable para el objeto del procedimiento de mérito de frente al ordenamiento jurídico costarricense. En virtud de lo dispuesto se **declara parcialmente con lugar** este extremo del recurso. **3) Sobre el tanque de oxígeno líquido, el mantenimiento al cilindro de argón y la capacitación del personal.** El recurrente señala que el punto 63 solicita a los oferentes suministrar el tanque de oxígeno líquido con una serie de características. Indica que además, la cláusula 110 del apartado denominado “Transporte Interno / Externo”, en el enunciado descrito como “servicios de cirugía, endoscopía” solicita a los oferentes un mantenimiento preventivo y correctivo, y en los puntos 122 al 129 requiere capacitación, inducción y asesoría en los servicios de terapia respiratoria, cirugía general y endoscopía pero sin costo adicional para la Administración. Manifiesta que pese que el objeto contractual es únicamente el suministro de los diversos gases medicinales bajo la modalidad de entrega según demanda, se les está solicitando a empresas especializadas en la distribución y comercialización de gases medicinales, industriales, entre otros, que realicen la instalación del tanque en el caso del oxígeno, el mantenimiento en el caso de argón, y a su vez que se efectúen

labores inherentes para dicha cuestión. Considera que por estos objetos no se recibirá remuneración alguna pues se estima como parte de un objeto contractual, siendo esto completamente erróneo pues no existirá remuneración para la empresa que resulte adjudicataria, generando un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración a contrapelo del principio constitucional de equilibrio de intereses definido por la Sala Constitucional en su voto 998-98. Agrega que además la Administración solicita que se impartan capacitaciones al personal sin haber cargo o costo alguno para la Administración, es decir, que implique que dicha institución no deba desembolsar suma alguna para tales efectos, por cuanto lo anterior sería “gratis”. Indica que en virtud de lo expuesto y al no existir por parte de la Administración remuneración alguna por la instalación del tanque, el mantenimiento del mismo así como el correspondiente al argón, e inclusive, al deber brindar capacitaciones sin costo alguno para dicha contratante y no consignar la forma en que el oferente debe cotizar lo expuesto, objeta los enunciados en cuestión, debido a que con los mismos se incumple el principio de libertad de competencia, apego a la realidad del objeto, quebrantar las disposiciones en cuanto a contratación administrativa se trata. Añade que solicita a la Administración que se refiera al respecto, indicando o justificando las razones por las cuales los equipos mencionados en la cláusula en cuestión correrán por cuenta del contratista cuando el objeto contractual únicamente se limita al suministro de gases medicinales y no a la instalación de equipos para gases, mantenimiento y mano de obra. Considera que se le está solicitando a los oferentes que realicen funciones que exceden sus capacidades y por las que ni siquiera obtendrán remuneración alguna, lo cual es contrario a la finalidad de la contratación administrativa y al equilibrio de intereses que impide que la Administración saque provecho injusto. La Administración acepta parcialmente lo indicado por el recurrente. Indica que por lo tanto, modifica la cláusula 63 de forma que ahora se lea: *“El oferente adjudicado debe suministrar el tanque de oxígeno líquido, el cual deberá tener las siguientes características: (del inciso a. al h. no se modifican), el inciso i. El tanque deberá ser suministrado e instalado en máximo 4 semanas posterior al inicio de la contratación, será propiedad de la empresa y se mantendrá en condición de préstamo en tanto se mantenga activo el contrato. La instalación, cuidado y mantenimiento debe contemplarse en el costo de los insumos.”* Además, modifica la cláusula 110 de forma que se lea: *“El contratista deberá dar mantenimiento preventivo y correctivo al cilindro indicado en el punto anterior. Para lo cual deberá realizar cualquier revisión, arreglo, según la rutina de mantenimiento de acuerdo con las instrucciones del fabricante de los equipos. Conservando la originalidad del cilindro, para ello deberá presentar en la oferta una lista de*

chequeo que utilizará en el mantenimiento preventivo. Esta lista de chequeo será aprobada por el Fiscalizador del contrato por parte del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología una vez que se inicie la ejecución contractual. Esto será parte del servicio de la recarga del Gas Argón” y la cláusula 129 debiendo leerse: “En caso de requerirse material impreso o digital, este será provisto por la empresa adjudicada.” Agrega que en cuanto a las cláusulas en la que se ha señalado que serían “sin costo”, señala que el mismo no será individualizado y deberá ser contemplado dentro de la remuneración por el consumo del gas, por tratarse de aspectos accesorios al suministro de los gases, que es el objeto de la contratación. **Criterio de la División.** El recurrente señala: “Es decir, pese que el objeto contractual es únicamente el suministro de los diversos gases medicinales bajo la modalidad de entrega según demanda, se les está solicitando a empresas especializadas en la distribución y comercialización de gases medicinales, industriales, entre otros, que realicen la instalación del tanque en el caso del oxígeno, el mantenimiento en el caso de argón, y a su vez que se efectúen labores inherentes para dicha cuestión, situación por la cual no se recibirá remuneración alguna pues se estima como parte de un objeto contractual, siendo esto completamente erróneo pues no existirá remuneración alguna al efecto (...) Como si fuera poco, también se solicita que se impartan capacitaciones al personal sin haber cargo o costo alguno para la Administración, es decir, que no implique que dicha institución deba desembolsar suma alguna para tales efectos, por cuanto lo anterior sería “gratis”. (folio 7 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 26499-2021). Ante lo dispuesto, la Administración se allana parcialmente y modifica el punto 63 de forma que en el inciso i) ahora además indique que: “La instalación, cuidado y mantenimiento debe contemplarse en el costo de los insumos”. Además, señala que modifica la cláusula 110 y la 129 de forma que los insumos estén incluidos dentro del precio. Concluye la Administración que: “En cuanto a las cláusulas en la que se ha señalado que serían “sin costo”, debe señalarse que el mismo no será individualizado y deberá ser contemplado dentro de la remuneración por el consumo del gas, por tratarse de aspectos accesorios al suministro de los gases, que es el objeto de la contratación” (folios 20 y 22 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 27174-2021 y 27213-2021). En vista de lo estipulado por la Administración, estima este órgano contralor que la entidad licitante se allana parcialmente a la pretensión de la objetante por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. **4) Sobre los registros de**

los productos. La recurrente señala que el punto 69 de los “Requisitos / Documentación a presentar” solicita que se adjunte una certificación emitida por el Ministerio de Salud en la que se evidencia el registro del oxígeno líquido medicinal, oxígeno medicinal USP gas para inhalación y aire medicinal como medicamento, según comunicado DRPIS-UR-484-2015. Agrega que el comunicado DRPIS-UR-484-2015 del Ministerio de Salud única y exclusivamente se limita a indicar el nombre genérico de cada producto, toda vez que dependerá de cada empresa y la normativa del Ministerio de Salud, la forma en que es o no ese elemento químico, lo cual se comprueba en la misma circular al establecer: *“Se consideran gases medicinales los utilizados en terapia de inhalación, anestesia, diagnóstico (in vivo) o para conservar y transportar órganos, tejidos y células destinados al trasplante, siempre que estén en contrato con ellos como lo son: el oxígeno medicinal, nitrógeno medicinal, dióxido de carbono medicinal, aire medicinal y óxido nitroso medicinal.”* Indica que la Administración se encuentra solicitando el registro de los elementos anteriormente aludidos, bajo una denominación específica sin tomar en consideración que los diversos oferentes en este ámbito, los tienen registrados bajo diversas denominaciones en virtud de los diferentes funcionarios que hubiesen gestionado el trámite, la denominación otorgada a lo interno en la empresa, la composición del mismo, entre otros factores. Por lo tanto, al solicitar la Administración una denominación específica para cada producto, limita la participación de los oferentes, en virtud de no contarse específicamente con el registro que la misma solicita, además que podría generar descalificaciones de las ofertas en caso que el funcionario a cargo de la evaluación desconozca esta particularidad. La Administración señala que acepta lo indicado por la recurrente y aclara que respeta la forma en que cada empresa denomina e inscribe sus productos de forma diferente, siempre y cuando cumpla con la definición de gases medicinales. Indica cuál es la definición de Gas Medicinal según el lineamiento DRPIS-UR-484-2015. Añade que la cláusula 69 deberá leerse: *“Los oferentes deberán adjuntar Certificación emitida por el Ministerio de Salud en la que se evidencia el registro del producto ofertado correspondiente a las líneas 1,2,3,4 y 8, según comunicado DRPIS-UR-484-2015 del Ministerio de Salud, mismo que deberá encontrarse vigente al momento de presentar la oferta y que deberá ser actualizado al momento de su vencimiento. Es obligación del oferente mantener la vigencia (renovación) del registro en etapas posteriores”*. Lo anterior tomando en consideración que los potenciales oferentes han solicitado el registro de los mismos productos bajo diversas denominaciones -según la denominación otorgada a lo interno en la empresa- y así lo ha efectuado el Ministerio de Salud. **Criterio de la División.** Se observa que la Administración se

allana parcialmente a la pretensión de la objetante, por cuanto acepta modificar el pliego cartelario. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175 del RLCA, al no observarse que con el allanamiento se violenten normas o principios del ordenamiento jurídico, procede **declarar parcialmente con lugar** este aspecto del recurso. **5) Sobre la certificación ISO 9001.** La recurrente señala que el inciso 77 solicita a los oferentes el “Certificado de Calidad ISO 9001:2015”. Añade que la Administración procede a indicar que, para el procedimiento de marras, se deberá presentar un certificado de un sistema de gestión de calidad como lo es el ISO 9001, sin embargo, no indica expresamente si existirá o admitirá la presentación de otros sistemas de calidad, como lo es el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud con el cual se garantiza la producción uniforme de los lotes de productos farmacéuticos que cumplan las diversas normas de calidad, situación que se consigna y evidencia en el Decreto No. 35994-S denominado “Reglamento Técnico sobre buenas prácticas de Manufactura para la Industria Farmacéuticas, Productos Farmacéuticos y Medicamentos de Uso Humano”. Considera que la Administración está limitando la participación de los oferentes y quebrantando lo regulado en el artículo 51 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa que señala que el cartel es el reglamento específico de la contratación que se promueve. Además, considera que es indispensable señalar lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo Sección IV, en la resolución No. 83-2014, en cuanto a la necesidad de legalidad y transparencia de consignar de previo, los requisitos cartelarios y no dejarlos a la libre interpretación. Manifiesta que en virtud de la existencia de diversas certificaciones de calidad como lo es la ISO 9001 o el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura, entre otras similares, la Administración debe consignar aquellas otras certificaciones que permitirá. Añade que la institución especializada en velar por la calidad de los productos farmacéuticos o medicinales que se distribuyan y produzcan en el país será el Ministerio de Salud. Indica que existe una diferencia entre una acreditación genérica como lo es la ISO 9001 y una norma técnica nacional que incluso es aplicable a nivel centroamericano que permite comprobar la calidad específicamente de los medicamentos y productos farmacéuticos. Considera que la entidad licitante tampoco justifica técnicamente el por qué es necesario contar con el certificado ISO 9001 para cumplir con la necesidad pública. Es decir, no razona la pertinencia y trascendencia del requisito siendo indispensable porque la certificación ISO 9001 no certifica la calidad o propiedades del producto pues son normas de gestión y operación administrativa que no tienen relación directa sobre el producto. Manifiesta que ciertamente la definición de requisitos en un cartel de licitación es una

potestad discrecional de la Administración Licitante, sin embargo, el límite a esa discrecionalidad está en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública y, en adición, en este caso no hay un estudio que sustente la pertinencia de este requisito. Considera que los requisitos interpuestos por la Administración limitan la participación de los oferentes y no demuestran la existencia de un ejercicio razonado en el que se justifique el valor agregado, la trascendencia y la pertinencia de contar con una certificación ISO 9001 y no de otros tipos. Además, señala que tampoco se establecen específicamente cuáles otras posibilidades o certificados se admitirán como requisito similar de cumplimiento, se toma parecer a una norma general en vez de atender las normas específicas que regulan la materia en la industria farmacéutica o médica según sea el caso. Por lo tanto objeta la cláusula por violentar el principio de racionalidad de las leyes, seguridad jurídica, causar indefensión a todas aquellas empresas que no posean la capacidad de adquirir la certificación de ISO 9001, falta de motivación y representar un desapego y desconocimiento a la realidad normativa del país, así como una limitante de la participación para aquellas empresas que no cuenten con el requisito en cuestión, violentando su oportunidad para prestar los servicios. La Administración señala que acepta la limitante y excluye del cartel la cláusula 77, ya que en la cláusula 75 se solicita el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica. Manifiesta que lo anterior lo establece con el fin de permitir la amplia participación de los oferentes y considerando que el cartel contiene otros medios para acreditar la inscripción, calidad y pureza de los gases a adquirir.

Criterio de la División. Se observa que el argumento del objetante va en dos sentidos: primero indica que la Administración no realiza un ejercicio razonado que justifique el valor agregado, trascendencia y pertinencia de contar con una certificación ISO 9001 y no otros tipos de certificaciones y también que la Administración tampoco establece cuáles otras posibilidades o certificados se admitirán como requisito de similar cumplimiento, tales como el Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura. Al respecto la Administración acepta la limitante y excluye del cartel la cláusula 77 y aclara que en la cláusula 75 está lo correspondiente al Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica. Así las cosas, siendo la Administración quien conoce su necesidad y la forma en que mejor se puede ver satisfecha, se **declara parcialmente con lugar** este aspecto.

6) Sobre el préstamo de cilindros. La recurrente señala que el punto 135 de la cláusula denominada “Metodología de Pedido y Entrega General” de las especificaciones técnicas del cartel solicita a los oferentes: *“Proveer en calidad de préstamo y sin costo alguno para el Hospital los cilindros correspondientes*

al tipo de gas solicitado". Indica que no encuentra en la cláusula el mecanismo bajo el cual la Administración garantizará reposición alguna en caso de que exista una pérdida de dicho cilindro imputable a la Administración, situación que eventualmente podría generar un perjuicio económico a quien resultase como adjudicatario. Manifiesta que es usual que los centros de salud no devuelvan los cilindros alegando que el paciente se lo llevó para su casa y no lo ha devuelto y que, por falta de recursos no le es posible gestionar su devolución. No obstante, este préstamo de bienes muebles establecido en el cartel como comodato, no está regulado en la Ley de Contratación Administrativa ni en su reglamento por lo que debe aplicarse supletoriamente el Código Civil. Añade que el artículo 1334 del Código Civil establece que el mutuo es gratuito, de manera alguna implica que la Administración se sustraiga de dos contraprestaciones esenciales derivadas de la norma que son devolver la cosa dada en préstamo y reembolsar el costo de dichos cilindros en caso de pérdida o destrucción. Otras contraprestaciones indispensables que nacen del artículo 1336 también del Código Civil, están la de cuidar el bien como un buen padre de familia y devolverlo. Señala que esta obligación se engarza con el artículo 15 de la Ley de Contratación Administrativa que indica que las instituciones públicas deberán de cumplir con aquellas obligaciones contractuales válidamente adquiridas junto con el principio de equilibrio de intereses. Considera que el resultado da que el contratista está en el derecho de conocer el riesgo que implica dar en préstamo su propiedad a una institución que por su falta recursos, es laxa en controles. Solo así podrá valorar el riesgo y determinar cuál precio es el más adecuado para afrontarlo. Por otro tanto, objeta la cláusula por el evidente quebranto de los principios de contratación administrativa, como el de libertad de competencia equilibrio de intereses, legalidad cartelaria y buena fe de parte de la Administración al no establecer de antemano claramente las necesidades bajo las cuales contrata, así como por violentarse el principio de eficacia y eficiencia de la contratación, al no revisarse de previo por parte de la contratante las condiciones bajo las cuáles efectivamente desea adquirir los servicios bajo los cuales versa la contratación en cuestión. Concluye que la institución debería de establecer desde el cartel el mecanismo de control y la forma de determinar la responsabilidad administrativa y personal. La Administración aclara que la cláusula mencionada o descrita es la 134 y no la 135 como se hace referencia. Agrega que acepta y modifica la cláusula 134, por lo que la modificará de forma que se lea: *"El oferente debe entregar al hospital los cilindros correspondientes al tipo de gas solicitado, en calidad de préstamo. El oferente deberá desglosar como complemento a su oferta el costo por cada tipo de cilindro en caso de que la institución deba asumir cualquier eventual reposición."*

Indica que se detalla en la cláusula 141 el mecanismo mediante el cual se llevará un control sobre el flujo de los cilindros y a la vez clarifica que este contrato los cilindros son para uso exclusivamente intrahospitalario, no para uso domiciliario de los pacientes. Añade que en la cláusula 141 indica que el contratista mantendrá un control sobre los cilindros por medio de inventarios periódicos de los cilindros propiedad de la empresa. Al inicio del contrato de suministro de gases la empresa hará entrega mediante un documento formal de los cilindros que requiera el hospital y de forma periódica se realizarán inventarios en coordinación con los servicios involucrados. Manifiesta que de conformidad con lo señalado establece que la empresa hará entrega bajo un documento formal de los cilindros que requiera el hospital y se realizarán inventarios con el fin de garantizar que se tiene en custodia, siendo que en caso de que exista una pérdida de un cilindro, la Administración pueda reponer el mismo o el costo del cilindro que se haya determinado -previa verificación de los costos según el mercado. Añade que el Hospital, como institución pública, tiene establecidos los mecanismos de control de los activos y herramientas que se asignan a sus funcionarios, así como la forma de determinar la responsabilidad administrativa y personal de los mismos, de conformidad con la normativa vigente, aspectos sobre los cuales los terceros -proveedores o contratistas- no tienen injerencia.

Criterio de la División. Tal como lo señala la Administración en su respuesta, el punto al que hace alusión el objetante es el 134 y no el 135 como dispuso en su acción recursiva. Asentado lo anterior, se observa que la entidad licitante acepta y modifica la cláusula 134 y a su vez explica que en el punto 141 se encuentra el mecanismo mediante el cual el Centro Hospitalario llevará un control sobre el flujo de circulación de los cilindros. Así las cosas, visto el allanamiento que realiza la Administración, se **declara parcialmente con lugar** el recurso en cuanto a este extremo. Se parte del supuesto de que la entidad licitante es quien mejor conoce sus necesidades, siendo que no encuentra esta División objeción en el allanamiento, sin embargo, debe advertirse que tal allanamiento corre bajo entera responsabilidad de la Administración, pues se entiende que con la modificación que se propone realizar al cartel, se verán satisfechas de mejor manera las necesidades de esa entidad. **C) RECURSO INTERPUESTO POR PRAXAIR COSTA RICA, S.A. 1) Sobre la cláusula 79. I) Sobre la inscripción ante el CFIA.** La recurrente señala que la cláusula 79 del cartel establece: *“Como requisito de admisibilidad se requiere que los oferentes cuenten mínimo con 5 años de experiencia en el mercado hospitalario como distribuidor de gases medicinales. Para lo cual deberán presentar órdenes de compra, contrato o cartas de recomendación que especifique el tiempo de servicio detallando fechas para corroborar*

la experiencia. El hospital se reserva el derecho de corroborar la veracidad de la documentación presentada.” Considera que con ocasión de las obras y trabajos en el área de la ingeniería que deben ejecutarse como parte de las obligaciones del contrato, no se establece, como requisito normativo aplicable al objeto de la contratación, que la empresa oferente se encuentre debidamente inscrita en el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFIA), así como tampoco, aquellos profesionales encargados de ejecutar estas obras, lo cual es contrario a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica del CFIA. Agrega que también el CFIA a través del Reglamento de Empresas y el Reglamento de Empresas Consultoras y Constructoras, refuerza lo establecido en la Ley Orgánica, sobre la obligación de las empresas de encontrarse inscritas ante el CFIA. Señala que por ende, el Hospital debe garantizar en el pliego cartelario que aquellos oferentes que participen en el procedimiento cumplan a cabalidad con el marco normativo necesario para ejecutar el contrato. Agrega que los artículos 53 y 54 del Reglamento Interior General del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos refieren a la obligación de encontrarse incorporado como miembro, temporal o asociado, al Colegio Federado para el ejercicio profesional, así como acatar todo el marco normativo aplicable para estos efectos. Añade que este requisito se justifica técnicamente, en que, para ejecutar el contrato, se deberá instalar un tanque de oxígeno líquido que conlleva trabajos de obra civil de construcción como lo son: la instalación de pernos o anclaje con sus respectivos estudios de suelo y resistencia, para lo cual, se deben dimensionar los mismos y asegurar que soporten el tanque correctamente. Solicita que se incorpore dentro del cartel, como requisito de admisibilidad que la empresa oferente y los profesionales a cargo del proyecto se encuentren inscritos en el CFIA. La Administración señala que no acepta lo expuesto pues el objeto principal de la compra, como lo dice el punto 1 es: “*La presente compra es para suplir las necesidades de gases medicinales...*” y no se requiere que la empresa se encuentre inscrita en el Colegio Federado de Ingeniero y Arquitectos (C.F.I.A). La certificación de empresa constructora consultora inscrita en el CFIA, se solicita para proyectos de construcción o remodelaciones, esto por cuanto la instalación del tanque no requiere algún tipo de construcción, ya que se cuenta con un espacio acondicionado para la instalación del mismo y la instalación será supervisada por el profesional debidamente incorporado según la nueva cláusula descrita en el siguiente apartado. Indica que las obras a supervisar en cuanto a construcción son obras menores, por lo que en ajuste al bloque de legalidad y pese a que de conformidad con el ordenamiento jurídico todo profesional en el área en mención debe estar colegiado, se establece que el profesional a cargo que se señala en el siguiente punto deberá

estar incorporado y que debido a su formación cuenta con la capacidad y el conocimiento para supervisar los ajustes y conexión requeridas, ya que no son obras de construcción, sino de la adaptación que se requiera para la debida instalación del tanque. **Criterio de la División.** Sobre el extremo objetado, el pliego de condiciones dispuso: *“79. Como requisito de admisibilidad se requiere que los oferentes cuenten mínimo con 5 años de experiencia en el mercado hospitalario como distribuidor de gases medicinales. Para lo cual deberán presentar órdenes de compra, contrato o cartas de recomendación que especifique el tiempo de servicio detallando fechas para corroborar la experiencia. El hospital se reserva el derecho de corroborar la veracidad de la documentación presentada”* (folio 26 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 27213-2021-ADJUNTO). El objetante solicita que tanto el profesional como la empresa se encuentren inscritos ante el CFIA. La Administración rechaza la petición del recurrente y señala que: *“La certificación de empresa constructora consultora inscrita en el CFIA, se solicita para proyectos de construcción o remodelaciones, esto por cuanto la instalación del tanque no requiere algún tipo de construcción ya que se cuenta con un espacio acondicionado para la instalación del mismo y la instalación será supervisada por el profesional debidamente incorporado según la nueva clausula (sic) descrita en el siguiente apartado”* (folios 20 y 22 del expediente electrónico de objeción identificado con los NI 27174-2021 y 27213-2021). De frente a lo señalado por las partes, estima este órgano contralor que si bien el recurrente transcribe varios artículos de la Ley Orgánica del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos y de varios reglamentos afines, es lo cierto que no logra llevar al convencimiento que de frente al objeto del concurso, sea necesaria la inscripción de la empresa ante dicho Colegio Profesional. Esto es, el objetante si bien señala que se requieren labores de ingeniería, no llega a comprobar y evidenciar, mediante la prueba idónea que esto sea necesario, para el eventual contratista. Además, el recurrente no llega a demostrar cómo de mantenerse la redacción actual del cartel su representada se vería impedida de participar en el presente concurso pues ni siquiera explica las implicaciones de no contar con un ingeniero o arquitecto de frente al objeto requerido. Al respecto, considera esta División, que si bien el objetante propone que se incorpore la inscripción como un requisito de admisibilidad, no logra demostrar con su alegato de qué manera esa propuesta se equiparan a lo requerido por la Administración, para efectos de la debida satisfacción del interés público, lo cual resulta relevante en los términos exigidos por el artículo 178 párrafo cuarto del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, por lo que conforme lo expuesto, estima este órgano contralor que su pretensión carece de la fundamentación debida. No puede desconocerse que la

Administración como mejor conocedora de sus necesidades estima que las condiciones actuales le permitirán ejecutar el contrato con los requisitos solicitados, lo cual no ha sido desacreditado en esta sede, de ahí que encuentra este órgano contralor que no se encuentra violentado el principio de libre concurrencia y por ello ante la falta de fundamentación del recurso en los términos desarrollados en el apartado I de esta resolución corresponde **declarar sin lugar** este aspecto del recurso. Sin perjuicio de lo que viene dicho, la Administración señala: *“Cabe señalar que las obras a supervisar en cuanto a construcción son obras menores, por lo que en ajuste al bloque de legalidad y pese a que de conformidad con el ordenamiento jurídico todo profesional en el área en mención debe estar colegiado, se establece que el profesional a cargo que se señala en el siguiente punto deberá estar incorporado y que debido a su formación cuenta con la capacidad y el conocimiento para supervisar los ajustes y conexión requeridas, ya que no son obras de construcción, sino de la adaptación que se requiera para la debida instalación del tanque”* (folios 20 y 22 del expediente electrónico de objeción identificado con los NI 27174-2021 y 27213-2021), con lo cual y según la respuesta brindada por la entidad licitante al punto inmediato siguiente, incluirá una cláusula en dónde requerirá un ingeniero mecánico, electromecánico o en mantenimiento industrial, el cual debe estar incorporado al Colegio Profesional respectivo, aspecto que corre bajo su absoluta responsabilidad. **ii) Sobre las Certificaciones NFPA 99 ASSE 6010 y NFPA 99 ASSE 6020.** La recurrente señala que el cartel es omiso en solicitar a los profesionales que ejecuten el contrato cuenten con las Certificaciones NFPA 99 ASSE 6010 y NFPA 99 ASSE6020 y con ello, que se garantice que los oferentes propongan y aporten las personas calificadas para ejecutar el contrato en los términos requeridos por la institución. Indica que las Certificaciones NFPA 99 ASSE 6010 y NFPA 99 ASSE6020 facultan al personal para inspeccionar sistemas de vacío y gases médicos en instalaciones de atención médica, y certifican el conocimiento general sobre la instalación y prueba de sistemas de vacío y gases médicos. En este sentido, aclara que el personal certificado ASSE6020 es el encargado de la supervisión de los trabajos que el personal certificado ASSE6010 realice. De manera que considera resulta razonable que los oferentes de la presente licitación cuenten con estas certificaciones en aras de garantizar la seguridad de la ejecución y el respaldo de que las personas que manipulen los cilindros en el proceso de carga de oxígeno medicinal, se encuentren debidamente calificados para estos efectos. Así las cosas, en aras de garantizar los principios de eficiencia y eficacia, solicita que se incluya, como requisito técnico cartelario, que los oferentes propongan y aporten profesionales que cuenten con las Certificaciones NFPA 99 ASSE 6010 y

NFPA 99 ASSE6020 que faculden al personal para inspeccionar sistemas de vacío y gases médicos en instalaciones de atención médica, así como que certifiquen el conocimiento general sobre la instalación y prueba de sistemas de vacío y gases médicos. La Administración señala que acepta parcialmente la solicitud. Indica que como indicó en el punto anterior, el objeto de compra son los gases medicinales, no la construcción del área de bodega de los cilindros, ni la instalación hospitalaria de sistema de tuberías de gases. Agrega que no obstante, incluye una nueva cláusula en el cartel en el apartado “REQUISITOS/DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR” como complemento al punto 79 y debe de leerse: *“Las empresas participantes deberán contar con un ingeniero en cualquiera de las siguientes especialidades: Mecánico, Electromecánico ó Mantenimiento Industrial. Incorporado al respectivo colegio, para verificarlo deberán adjuntar certificación del CFIA del profesional, el documento deberá estar vigente al día de apertura de ofertas; el profesional además deberá contar con la certificación ASSE 6020 y curso de la NFPA 99.”* Añade que en adición a lo señalado en el punto anterior se establece que los profesionales a cargo cuenten con las Certificaciones NFPA 99 ASSE 6010 y NFPA 99 ASSE6020 que faculden al personal para inspeccionar sistemas de vacío y gases médicos en instalaciones de atención médica, así como que se certifique el conocimiento general sobre la instalación y prueba de sistemas de vacío y gases médicos, lo cual tiene relación con el objeto principal de la contratación y con los ajustes requeridos para la adaptación del tanque. **Criterio de la División.** Vista la respuesta de la Administración, se observa un allanamiento parcial por parte de la Administración, lo cual queda bajo su exclusiva responsabilidad. Por lo anterior, se **declara parcialmente con lugar** este extremo del recurso. **iii) Sobre la copia del plan de contingencia.** El recurrente señala que con ocasión de la emergencia nacional producida por el COVID-19 y los cambios de las condiciones climáticas y atmosféricas que se estiman para los meses venideros, los cuales pudieren generar desastres naturales, considera que resulta de vital importancia para la correcta ejecución del presente contrato, que la Administración solicite a los oferentes como requisito técnico un plan de contingencia del proveedor para asegurar el suministro de gases medicinales e industriales en caso de emergencia. La Administración indica que rechaza la solicitud. Lo anterior por cuanto la necesidad del hospital en caso de alguna emergencia para no quedarse desabastecidos se previó como se indica en la cláusula 145. No obstante, reestructura la redacción de punto 145 en la cual deberá leerse correctamente: *“En este caso la empresa adjudicada deberá de mantener en su inventario como reserva en Planta Nacional, la cantidad de cilindros para cubrir un período mínimo de 5 días naturales de consumo, dicho cumplimiento*

deberá ser acreditado por medio de una declaración jurada firmada por el Representante Legal". Además, amplía el punto 75, modificando la cláusula de forma que se lea: *"75. Certificado de Buenas Prácticas de Manufactura emitido por el Ministerio de Salud de Costa Rica a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales y/o envasadores de gases medicinales. En el caso de ser envasadores y no fabricantes se solicita prueba de poder solventar la necesidad planteada en el punto 145 sobre situaciones de emergencia inciso e. En este caso la empresa adjudicada deberá de mantener en su inventario como reserva en Planta Nacional, la cantidad de cilindros para cubrir un periodo mínimo de 5 días naturales de consumo."* Lo anterior por cuanto es la Administración quien conoce sus necesidades y la mejor forma de verlas solventadas, por lo cual, con la declaración jurada, los potenciales oferentes se comprometen a contar con la reserva que se solicita, así que le corresponderá al proveedor adjudicado contar con los planes y medidas establecidas a lo interno de la empresa para poder cumplir con lo requerido. **Criterio de la División.** Visto lo indicado por las partes se observa que el recurrente, más allá de indicar que se requiere un Plan de Contingencia para asegurar el suministro de los gases medicinales ante eventuales emergencias, no fundamenta ni desarrolla, cómo lo dispuesto en el cartel resulta insuficiente. Lo anterior resulta de interés por cuanto la Administración dispone que el punto 145 de las especificaciones técnicas particularmente regulan lo relativo a pedidos adicionales en situaciones de emergencia. Además, tampoco llega a demostrar cómo de mantenerse la redacción actual del cartel, sea sin la inclusión del Plan de Contingencia, su representada se vería impedida de participar en el presente concurso. Así las cosas, ante la falta de fundamentación del recurso en los términos desarrollados en el apartado I de esta resolución corresponde **declarar sin lugar** este aspecto del recurso. No obstante lo indicado, el Hospital reestructura la redacción del punto 145 y amplía lo dispuesto en el punto 75 del cartel, modificaciones que corren bajo su responsabilidad. **iv) Sobre la inscripción como laboratorio farmacéutico.** El recurrente señala que debe tenerse por establecido que el uso del Oxígeno Medicinal objeto de la licitación, será médico y por consiguiente, reviste especial relevancia las siguientes obligaciones normativas que acaecen para la empresa oferente: (i) que el establecimiento comercial cuente con Permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud como Laboratorio Farmacéutico en el país para los gases definidos como médicos y conformes a la Ley General de Salud lo estipula. (ii) La obligación de contar con un regente farmacéutico debidamente inscrito ante el Colegio de Farmacéuticos. Señala que tales obligaciones nacen a la luz de lo dispuesto en los artículos 5 y 20 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados y prevén que se cuente con un

profesional responsable de indicar en cuánto afecta la identidad, pureza y buen estado de los medicamentos objeto de la contratación. Solicita que se incorpore como requisito de admisibilidad: Permiso de funcionamiento del Ministerio de Salud como Laboratorio Farmacéutico en el país para los gases definidos como médicos y conformes a la Ley General de Salud lo estipula. Copia del Currículo Vitae del regente farmacéutico de la empresa y su debida inscripción como tal ante el colegio respectivo y Copia del Certificado de Operación de la empresa oferente ante el Colegio de Farmacéuticos de Costa Rica. La Administración señala que no acepta lo indicado por el recurrente. Indica que el objeto de la compra son Gases Medicinales, por lo que el objetivo del hospital es garantizar el suministro de forma ininterrumpida del producto con las condiciones adecuadas, asegurándose lo anterior, con el certificado de pureza de los gases. Agrega que no se establece en ninguna cláusula que el oferente debe ser exclusivamente fabricante de gases medicinales, para solicitar como requisito lo que la empresa indica, esto con el fin de ampliar la libre competencia. Señala que en relación con este tema, para la Administración es suficiente con los requisitos de las cláusulas 73 y 74 del cartel. Menciona que la entidad licitante define sus necesidades de conformidad con el objeto de la contratación y las condiciones de adquisición del mismo, por lo tanto y de conformidad con lo establecido por el Ministerio de Salud, no es un requisito de orden legal para el suministro de gases medicinales.

Criterio de la División. El recurrente considera que reviste relevancia que la empresa oferente cuente con Permiso Sanitario de Funcionamiento como Laboratorio Farmacéutico en el país y que se cuente con un regente farmacéutico inscrito en el Colegio Profesional respectivo, para lo cual solicita la incorporación de aspectos relativos a su solicitud como requisitos de admisibilidad. La Administración rechaza lo solicitado por cuanto indica que el objeto de la compra son gases medicinales, siendo que indica que no se trata exclusivamente de fabricante de gases medicinales. Además, el hospital explica que considera suficiente con los requisitos que estableció en los puntos 73, 74 y que la información la estableció con el fin de permitir la libre competencia. Ante lo señalado por las partes, estima este órgano contralor que el sobre el recurrente corre un deber de fundamentación establecido en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y desarrollado en el apartado primero de esta resolución. De esta forma, le corresponde a quien alega, demostrar mediante la documentación pertinente las razones por las cuales el requerimiento cartelario es contrario a las normas de procedimiento, al ordenamiento jurídico de la materia o a los principios. No obstante, más allá de indicar que la omisión de los requerimientos asume relevancia dado el objeto de la licitación, no lo prueba con

la documentación pertinente. Así las cosas, siendo que el recurrente no lleva al convencimiento de lo que solicita y tomando en consideración que la Administración es quien conoce su necesidad y la mejor forma de verla satisfecha, es que se **declara sin lugar** este aspecto del recurso. **2) Sobre la cláusula 75: modificación del Certificado BPM.** El recurrente señala que la cláusula es omisa en cuanto a indicar que el Certificado BPM debe ser específicamente para la Fabricación del Oxígeno Medicinal para Consumo Humano del Tipo Gas y Líquido, siendo este el gas requerido para la presente contratación. Indica que dejar abierto la cláusula a la presentación de un Certificado BPM a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales, permitiría a oferentes a presentar un documento insuficiente para los efectos de lo solicitado en el cartel y por ende, a que no se pueda verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o caso fortuito. Solicita que la cláusula se lea en lo sucesivo: *“Copia del Certificado de BUENAS PRÁCTICAS DE MANUFACTURA PARA “FABRICACIÓN DE OXIGENO MEDICINAL PARA CONSUMO HUMANO DEL TIPO GAS Y LIQUIDO” EMITIDO POR EL MINISTERIO DE SALUD DE COSTA RICA de una planta productora en territorio nacional, indicando la capacidad de producción de la Planta con la finalidad de verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o caso fortuito”*. La Administración señala que no acepta la solicitud por cuanto el objetivo del hospital es garantizar de forma ininterrumpida los gases medicinales descritos y con la certificación de pureza se respalda lo solicitado. Agrega que no establece ninguna cláusula que solicite que debe de ser producción nacional, con el fin de mayor participación y libre competencia de los posibles oferentes. Añade que modifica el punto 75 con el fin de garantizar la participación de los oferentes. Indica que ampliar la posibilidad de presentación del certificado BPM a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales, permitiría a oferentes a presentar un documento insuficiente para los efectos de lo solicitado en el cartel y por ende, que no se pueda verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o caso fortuito. **Criterio de la División.** En el punto en discusión, el objetante se refiere a dos aspectos. En un primer punto indica que la cláusula es omisa en cuanto a indicar que el Certificado BMP debe ser específicamente para la fabricación de Oxígeno Medicinal para consumo humano del tipo gas y líquido. Para esto indica: *“Dejar abierto la clausula (sic) a la presentación de un Certificado BPM a laboratorios fabricantes de medicamentos nacionales, permitiria (sic) a oferentes a presentar un documento insuficiente para los efectos de lo solicitado en el cartel y por ende, a que no se pueda verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o*

caso fortuito.” (folio 15 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 26550-2021). No obstante, más allá de indicar que el cartel es omiso y que tal como está permitiría a los oferentes presentar un documento insuficiente, no prueba su dicho, con la documentación idónea y suficiente. El recurrente bien pudo aportar un estudio o criterio técnico que demostrara sus argumentos de frente al objeto, el cartel resultaba omiso. No obstante, sólo indica que la cláusula es omisa e insuficiente pero sin acreditar lo que dice, con lo cual la objetante no logra desvirtuar lo dispuesto por la Administración. Adicionalmente, el recurrente propone una nueva redacción de la cláusula que indica: *“Copia del Certificado de BUENAS PRÁCTICAS DE MANUFACTURA PARA “FABRICACIÓN DE OXIGENO MEDICINAL PARA CONSUMO HUMANO DEL TIPO GAS Y LIQUIDO” EMITIDO POR EL MINISTERIO DE SALUD DE COSTA RICA de una planta productora en territorio nacional, indicando la capacidad de producción de la Planta con la finalidad de verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o caso fortuito”.* (subrayado agregado). No obstante, más allá de proponer la modificación y en indicar que tal como está la cláusula, la Administración no podría verificar la capacidad resolutive que tiene el oferente en caso de emergencia, desastre o caso fortuito, es lo cierto que no prueba, con la documentación idónea, lo que dice. Además, el recurrente no llega a demostrar cómo de mantenerse la redacción actual del cartel su representada se vería impedida de participar en el presente concurso pues ni siquiera explica técnicamente la necesidad de modificar la cláusula en los términos que propone. Al respecto, considera esta División, que si bien el objetante propone una redacción distinta para la cláusula cartelaria como otras opciones por medio de la cual la Administración podría asegurarse la satisfacción del interés público, no logra demostrar con su alegato de qué manera esa propuesta se equipara a lo requerido por la Administración para efectos de la debida satisfacción del interés público, lo cual resulta relevante en los términos exigidos por el artículo 178 párrafo cuarto del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa por lo que conforme lo expuesto, estima este órgano contralor que su pretensión carece de la fundamentación debida. No puede desconocerse que la Administración como mejor conocedora de sus necesidades estima las condiciones actuales le permitirán ejecutar el contrato, lo cual no ha sido desacreditado en esta sede. Finalmente, se estima que no se encuentra violentado el principio de libre concurrencia y por ello, ante la falta de fundamentación del recurso en los términos desarrollados en el apartado I de esta resolución, corresponde **declarar sin lugar** este aspecto del recurso. No obstante lo anterior, no pierde de vista esta División que la Administración ha decidido modificar parcialmente la cláusula 75, con

lo cual deberá estarse a lo ahí indicado. **3) Sobre el sistema de medición de pureza.** La recurrente señala que el cartel es omiso al solicitar que la empresa oferente tenga aprobado el sistema de medición de pureza de oxígeno. Indica que el Decreto Ejecutivo N° 38414-COMEX-MEIC-S, relativo a Productos Farmacéuticos, Medicamentos para uso humano (vigente desde el 12 de junio de 2014), así como el Comunicado No. DRPIS-UR-484-2015 del Ministerio de Salud, establecen con total claridad la necesidad de contar con Registro Sanitario para aquellos: Gases Medicinales, Medicamentos para el oxígeno medicinal, aire medicinal, nitrógeno medicinal, dióxido de carbono medicinal y óxido nitroso medicinales. Añade que es importante resaltar que en los ítemes No. 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 24 es indispensable la medición de pureza del oxígeno gaseoso y líquido medicinal al 99.5 %, y el cual representa el 85% del total de la contratación en cilindros y es el consumo más alto en la presentación de líquidos, lo que quiere decir que, este dispositivo (Analizador de pureza) sí es de vital importancia. Agrega que el analizador de pureza debe contar con el registro sanitario como lo exige el marco normativo aplicable Artículo 3 del Decreto 27567-S Requisitos para la productos y almacenamiento de gases de Hospitales y éste no podrá ser suministrado al Hospital y por ende no se podrá medir la pureza del Oxígeno líquido como lo exige la norma, aunado al hecho de que este ítem es el que mayor se consume en este cartel. Por lo tanto solicita que se adicione lo siguiente al cartel: Copia certificada de documento emitido por el Ministerio de Salud donde se apruebe el sistema de medición de la pureza del oxígeno utilizado por la compañía oferente. Además, debe contar con un sistema de medición de pureza de oxígeno líquido secundario, distinto al primario, para casos de emergencia, este sistema alternativo de igual forma que el utilizado regularmente debe haber sido aprobado por el Ministerio de Salud. Uno de los dos sistemas debe ser portátil y también copia de un certificado de calidad emitido a algún hospital privado o público, donde se indica la pureza del oxígeno gas y líquido. La Administración señala que no acepta lo solicitado, ya que lo que requirió es la certificación de pureza y no que la empresa oferente tenga el sistema. Indica que para la Administración, es independiente si la empresa es propietaria del sistema de pureza o debe contratar otra empresa debidamente acreditada para verificar la calidad y pureza de los gases. Agrega que lo que verifica es que el producto sea de la calidad solicitada mediante las siguientes cláusulas expuestas en el cartel (74, 146 y 189). Concluye que en aplicación de los principios de participación, transparencia y libre competencia, pretende garantizar la posibilidad de que la mayoría de potenciales oferentes puedan presentar sus ofertas bajo las condiciones establecidas de acuerdo con las necesidades particulares de este suministro. **Criterio de la División.** El

recurrente señala que el cartel es omiso al solicitar que la empresa oferente tenga aprobado el sistema de medición de pureza de oxígeno. Sobre el particular dispone: *“En la misma línea, es importante resaltar que el ítem N° 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 24 es indispensable la medición de pureza del oxígeno gaseoso y líquido medicinal al 99.5 %, y el cual representa el 85% del total de la contratación en cilindros y es el consumo más alto en la presentación de líquidos, lo que quiere decir que, este dispositivo (Analizador de pureza) SI es de vital importancia. / Ahora, el analizador de pureza debe contar con el registro sanitario como lo exige el marco normativo aplicable”* y solicita que se adicionen dos puntos al cartel: *“Copia certificada de documento emitido por el Ministerio de Salud donde se apruebe el sistema de medición de la pureza del oxígeno utilizado por la compañía oferente. Además, debe contar con un sistema de medición de pureza de oxígeno líquido secundario, distinto al primario, para casos de emergencia, este sistema alterno de igual forma que el utilizado regularmente debe haber sido aprobado por el Ministerio de Salud. Uno de los dos sistemas debe ser portátil. / 2) Copia de un certificado de calidad emitido a algún hospital privado o público, donde se indica la pureza del oxígenos (sic) gas y líquido.”* (folio 15 del expediente electrónico de objeción identificado con el NI 26550-2021). Sobre lo indicado por el recurrente se observa que si bien cita los Decretos Ejecutivos 38414-COMEX-MEIC-S y 27567-S así como el Comunicado No. DRPIS-UR-484-2015 del Ministerio de Salud, es lo cierto que no prueba, de frente a lo dispuesto en el cartel y mediante la documentación pertinente, que lo que indica sea necesario. Además, se tiene que en respuesta a la audiencia otorgada, la Administración indica: *“No se acepta la solicitud indicada, ya que lo que solicitamos es la certificación de pureza, no que la empresa oferente tenga el sistema. Para esta administración es independiente si la empresa es propietaria del sistema de pureza o debe contratar otra empresa debidamente acreditada para verificar la calidad y pureza de los gases”* y explica que verificará que el producto sea de la calidad solicitada mediante las cláusulas 74, 146 y 189 del cartel. Así las cosas, siendo que la Administración es quien conoce su necesidad y la mejor forma de verla satisfecha y ante la falta de fundamentación del recurrente, en los términos del artículo 178 del RLCA expuesto en el apartado I de esta resolución, es que se **declara sin lugar** este extremo del recurso.-----

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** los recursos de objeción

interpuestos por **INFRA G.I. DE COSTA RICA, S.A., TRIGAS S.A. y PRAXAIR COSTA RICA, S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA No. 2021LN-000001-0001102202** promovida por **HOSPITAL NACIONAL DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA Dr. RAÚL BLANCO CERVANTES** para la adquisición de gases medicinales, modalidad por 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.-----

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora

SZF/mjav
NI: 26467, 26499, 26550, 27174, 27213.
NN: 14494 (DCA-3727-2021)
G: 2021003117-1
Expediente electrónico: CGR-ROC-2021005454

