



R-DCA-01351-2021

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.

San José, a las siete horas con treinta y cinco minutos del diez de diciembre del dos mil veintiuno.-

RECURSO DE OBJECCIÓN interpuesto por **TECNO DIAGNÓSTICA S.A** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2021LN-000031-0001101142** promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para adquisición de reactivo para diagnóstico molecular (PCR -TR) de Coronavirus SARS-CoV-2.-----

RESULTANDO

I. Que el treinta de noviembre del dos mil veintiuno, la empresa Tecno Diagnóstica S.A presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la Licitación Pública No. 2021LN-000031-0001101142 promovida por la Caja Costarricense de Seguro Social.-----

II. Que mediante auto de las doce horas con cuarenta minutos del primero de diciembre del dos mil veintiuno, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre el recurso de objeción interpuesto. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio N° DABS-AAVS-1577-2021 del 06 de diciembre de 2021 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. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL RECURSO DE OBJECCIÓN. El artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, impone al objetante el deber de fundamentar la impugnación que realice de un recurso de objeción, lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o improcedencia de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente esta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva. Esta fundamentación exige, que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones, limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien, quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Sobre este tema debe señalar este órgano contralor, que a pesar que las cláusulas cartelarias se presumen válidas, mediante el mecanismo procesal del

recurso de objeción los sujetos legitimados, pueden solicitar la modificación o remoción de condiciones cartelarias que constituyan una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen la materia, eso sí, llevando el recurrente la carga de la prueba, por lo que su dicho debe ser adecuadamente acreditado y fundamentado, según lo establece el artículo 178 citado. Lo anterior, por cuanto no debe perderse de vista que la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de las cláusulas cartelarias, siendo entonces que corresponde al objetante demostrar de qué forma esa facultad ha sido realizada de manera ilegítima, sea mediante una restricción injustificada a los principios de la contratación administrativa o bien a un quebranto de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Por otra parte, debe tenerse presente además, que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que comercia, pues de ser así estaríamos subordinando el cumplimiento del interés público al interés particular, lo cual deberá tenerse presente cuando se señale falta de fundamentación en un determinado recurso a lo largo de la presente resolución. Asentado lo anterior, se entrará a conocer el motivo del recurso de objeción presentado.-----

II. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO: 1) Sobre la experiencia ponderada en el sistema de evaluación. El objetante menciona que tal y como está redactado el punto recurrido, genera una ventaja indebida en favor de la empresa Biocientífica Internacional S.R.L. Explica que desde que se decretó la pandemia por la OMS en marzo del 2020, la CCSS ha comprado pruebas para la detección de SARS-CoV-2 mediante distintos procesos de compra excepcional. Añade que la CCSS ha adquirido reactivos en tecnologías rápidas de cartucho cerradas y PCR-RT “abierta” o convencional, para lo cual hace referencia a otros procedimientos de licitación pública. Menciona que la CCSS ha adquirido pruebas de PCR-RT (convencional) a dos empresas, por lo que hace referencia a Equitrón S.A. para los sitios de alto volumen (Hospital San Juan de Dios y Hospital México) y a Biocientífica Internacional S.R.L para los laboratorios regionales de bajo y mediano volumen incluidos en la presente licitación. En consecuencia, señala que el asignar 10 puntos a la Experiencia y servicio técnico continuo para la plataforma ofertada constituye un requisito de imposible cumplimiento y otorga según afirma, una ventaja indebida a una única empresa, atentando contra la igualdad de trato, toda vez que los demás posibles oferentes no cuentan con dicha experiencia y no tendrían posibilidad alguna de obtener los 10 puntos que el sistema de evaluación le asigna a dicho requisito. Puntualiza que la inclusión de este punto del cartel tiene su origen según lo indicado en la resolución No. R-DCA-01100-2021. Además, destaca que según

la resolución No. R-DCA-01254-2021, queda en evidencia un allanamiento de la Administración, pues indica que se comprometió a modificar el cartel en los siguientes términos, en relación a la validación de la experiencia como punto de evaluación: “... *experiencia profesional y especificaciones o características técnicas de los reactivos y plataformas para diagnóstico molecular (PCR-TR) de coronavirus SARSCoV-2.*” Sin embargo, menciona que la modificación realizada y publicada, no corresponde con esta redacción propuesta en un inicio, si no que se refiere a la experiencia en el uso de la plataforma ofertada, lo cual genera una ventaja indebida al proveedor que actualmente está en ejecución de las compras directas por excepción indicadas anteriormente. Estima importante evaluar la experiencia profesional del proveedor en el país, pero solicitar experiencia con la plataforma ofertada lo considera desventajoso para su representada y otros posibles oferentes frente a la empresa Biocientífica Internacional S.R.L, a la cual la CCSS, le ha comprado los reactivos durante toda la pandemia mediante los procesos por excepción, sin que tuviera oportunidad de participar. Afirma que si el cartel hubiese sido modificado en los términos del allanamiento realizado por la Administración, se garantizaría un trato igualitario a todos los posibles oferentes. Expone que cuenta con 30 años de experiencia en el mercado nacional, y que durante 7 años ha sido proveedor de plataformas moleculares en la CCSS y durante los últimos 2 años ejecutado compras de reactivos mediante tecnología PCR-RT para la detección de virus respiratorios, incluidos el SARS-CoV-2. Por lo que considera que cuenta con amplia experiencia en tecnologías similares a las requeridas en la presente compra y está en toda la capacidad de enfrentar un contrato de esta magnitud, pero no obstante, estima que la redacción actual del punto de evaluación, deja sin ningún efecto la experiencia acumulada en estos años. Finaliza indicando que mediante el recurso de objeción, solicita que se le ordene a la Administración modificar la redacción de este punto y cumplir con los términos del allanamiento a que se ha hecho referencia, de modo que el punto de evaluación establezca lo siguiente: “*experiencia profesional y especificaciones o características técnicas de los reactivos y plataformas para diagnóstico molecular (PCR-TR) de coronavirus SARS-CoV-2.*” La Administración indica que se ponderó el grado de experiencia para poder reflejar apropiadamente las diferencias cualitativas y cuantitativas de los potenciales oferentes, todo con la finalidad de satisfacer la necesidad administrativa subyacente en el procedimiento de contratación. Señala que la experiencia es una condición muy importante de considerar, ya que, los profesionales responsables de realizar las pruebas moleculares por COVID-19 necesitan del soporte técnico necesario para atender con prontitud potenciales fallas o inconformidades en los reactivos y en la plataforma instalada, además del acompañamiento científico idóneo para

evacuar todas, o la gran mayoría, de las consultas y dudas que surjan durante la ejecución del contrato, todo con el fin de brindar resultados confiables, oportunos y de calidad a los usuarios. Destaca que dicha condición se regula en el numeral c) del Artículo 42 de la Ley de Contratación Administrativa. Expone que de la lectura de los Artículos 52 y 54 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), la Administración tiene la posibilidad de establecer las condiciones invariables que considere más apropiadas y orienten hacia la selección de la oferta más conveniente a los objetivos e intereses de la Institución, no obstante, que el punto recurrido no se consideró como un requisito de admisibilidad, y es aquí donde, según considera, pretende desacreditar el contenido del cartel y los anexos a su conveniencia, ya que, el requerimiento de la experiencia que objeta no limita su participación en lo absoluto, dado que la valoración de la experiencia forma parte del sistema de evaluación y la finalidad de incluir este factor de calificación es la de brindar una ventaja comparativa entre las ofertas en beneficio de la ciudadanía. Expone que no lleva razón el recurrente en sus apreciaciones al señalar que un factor ponderable, por lo demás deseable, constituya un requisito de imposible cumplimiento o una ventaja indebida, ya que lo que se solicita para aplicar el puntaje es la presentación de una carta de referencia del sector público o privado con experiencia positiva en un contrato igual o similar suscrito en los últimos 2 años, es decir, esta cláusula no es ilegal y menos aún irracional. Considera que lo que realmente interesa es comparar las ofertas en relación con el servicio y soporte técnico para la solución integral propuesta para la red de Laboratorios Clínicos de la Caja Costarricense de Seguro Social, y no otorgar puntos caprichosamente. **Criterio de División:** En relación con la ponderación de la experiencia, el cartel mediante su apartado “10. Sistema de Evaluación” dispone lo siguiente:

10. SISTEMA DE EVALUACIÓN

En concordancia con lo establecido en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento y con el fin de disponer de una metodología clara para valorar factores relevantes y aplicables al objeto contractual, se seguirá la siguiente tabla de ponderación:

- a) Se aplicará la siguiente tabla de ponderación a aquellas ofertas que hayan superado los análisis, legales, administrativos y técnicos.
- b) Los resultados parciales y totales, se redondearán la décimo del uno por ciento.

Precio de la oferta 70%

Definición: cantidad cobrada por el bien o servicio.

% Precio: $\frac{\text{Monto ofrecido por la oferta de menor precio}}{\text{Monto ofrecido por la oferta a calificar}} \times 70\%$

Mejoras tecnológicas y otros 30%

Definición: experiencia profesional y especificaciones o características técnicas de los reactivos y plataformas para diagnóstico molecular (PCR-TR) de coronavirus SARS-CoV-2.

(...)

3. Experiencia y servicio técnico continuo para la plataforma ofertada. Certificar.....10%

Definición: se otorgará un 10% al oferente que demuestre experiencia en la plataforma ofertada en Costa Rica.

Para acreditar dicha experiencia, deberá aportar una carta de referencia del sector público o privado, cuya experiencia haya sido positiva (bienes o servicios recibidos a entera satisfacción). Dicha experiencia corresponderá a un contrato igual o similar ejecutado o en ejecución durante los últimos 2 años, contados a partir de la fecha de vencimiento para la recepción de ofertas de esta licitación.

(...)” (ver <https://www.sicop.go.cr/> Expediente Electrónico / 2021LN-000031-0001101142/ [2. Información de Cartel]/ 2021LN-000031-0001101142 [Versión Actual]/ [F. Documento del cartel]/ Archivo adjunto/ FICHA TÉCNICA 23-11-2021 versión 004.pdf (0.55 MB). Ahora bien, de lo argumentado por el objetante, se extrae su disconformidad pues según afirma, la redacción actual que introdujo la Administración para ponderar la experiencia le favorece a una empresa pues para su representada y otros ofertantes es de imposible cumplimiento, y por último, que la Administración no realizó las modificaciones que indicó en los términos de las resoluciones R-DCA-1100-2021 y R-DCA-1254-2021. Respecto al tema, mediante la resolución R-DCA-01100-2021 de las ocho horas con treinta y dos minutos del seis de octubre del dos mil veintiuno, se indicó lo siguiente: “*el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que: “La Administración podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o*

financieros, que resulten indispensables para la contratación.” Como puede observarse, la decisión de incluir otros factores de calificación distintos al precio es decisión facultativa de la Administración. Por lo tanto, se declara sin lugar el recurso en este aspecto. Se advierte que queda bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad de la Administración la decisión de incluir en el sistema de evaluación otros factores distintos al precio, para lo cual deberá respetar lo establecido en el artículo 55 del RLCA” (Subrayado del original). Mientras tanto, mediante la resolución R-DCA-01254-2021 de las nueve horas con veinticinco minutos del quince de noviembre del dos mil veintiuno se indicó: *“el artículo 55 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece que: “La Administración podrá incluir otros factores de calificación distintos al precio, en el tanto impliquen una ventaja comparativa para la selección de la oferta más conveniente. No podrán ser ponderados como factores de evaluación los requisitos mínimos legales, técnicos o financieros, que resulten indispensables para la contratación.” Como puede observarse, la decisión de incluir otros factores de calificación distintos al precio es decisión facultativa de la Administración. Por lo tanto, se declara sin lugar el recurso en este aspecto. Se advierte que queda bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad de la Administración la decisión de modificar el sistema de evaluación, para lo cual deberá respetar lo establecido en el artículo 55 del RLCA” (Subrayado del original).* De las dos resoluciones anteriores y referenciadas por el objetante en su recurso, queda patente que la posición de esta División ha asumido en relación con la conformación del sistema de evaluación, es que su elaboración queda a discreción y exclusiva responsabilidad de la Administración. Ahora bien, se observa que la Administración en su respuesta motiva la introducción de la referida regulación de experiencia destacando la importancia de contar con el suficiente soporte técnico y acompañamiento científico idóneo ante fallas, consultas o dudas que surjan durante la ejecución del contrato, y que de igual manera, el extremo objetando constituye un factor de ponderación y no de admisibilidad. Sobre el particular, es preciso indicar que tal y como la Administración lo precisa en su respuesta de audiencia especial, esta División observa que el extremo objetado se considera factor de evaluación, y no de admisibilidad por lo que en principio, tal regulación no le impide la libertad de participación al objetante. Es importante indicar que el sistema de evaluación constituye dentro del cartel de una contratación, el mecanismo por medio del cual la Administración mediante factores previamente definidos y aplicables, analiza las ofertas de los competidores en igualdad de condiciones, otorgando puntaje a cada uno de estos elementos de acuerdo con la evaluación que se asigne a cada uno de ellos dentro de las ofertas con el fin de darle un valor agregado a la contratación. Este sistema de evaluación para ser impugnado por medio del recurso de objeción implica por

parte del recurrente, la obligación de acreditar que los factores incorporados en este no cumplen con las características propias de dicho mecanismo, a saber: proporcionado, pertinente, trascendente y aplicable, visto que de entrada el sistema de evaluación no limita la participación por no tratarse justamente de condiciones de admisibilidad. Bajo este orden de ideas, en resolución R-DCA-210-2013 del 22 de abril del 2013, este Despacho señaló sobre el tema: "(...) *Sobre este aspecto deben considerar los objetantes como primer orden, que la Administración goza de una total discrecionalidad para definir los factores de ponderación dentro un sistema de evaluación, debiendo observarse únicamente que los factores incorporados en el mecanismo resultante cumplan con cuatro reglas esenciales: proporcionados, pertinentes, trascendentes y que el sistema como tal resulte aplicable. El primero de ellos refiere al equilibrio o proporcionalidad que debe existir entre cada uno de los factores a evaluar, de manera que cada uno tenga su justo peso dentro del sistema de evaluación. El segundo y tercero corresponden respectivamente, a que los factores a evaluar deben ser pertinentes, es decir, que guarden relación con el objeto contractual y trascendentes o sea, que estos factores represente elementos que ofrezcan un valor agregado a la calificación. Finalmente, tenemos la aplicabilidad, que consiste en que este sistema de evaluación debe resultar aplicable por igual a las ofertas, pues puede ser que cumpliendo con los tres puntos anteriores, el sistema al momento de desarrollarlo o "correrlo" resulte de imposible aplicación. La anterior referencia es importante, por cuanto para tener por cuestionado algunos o todos los elementos del sistema de evaluación de un concurso, el objetante debe demostrar con claridad que ellos resultan contrarios a alguno de los cuatro puntos brevemente referenciados (...)*". De tal manera, de acuerdo con el criterio anterior, y de conformidad con los alegatos del recurrente, esta Contraloría General estima que Tecno Diagnóstica mediante su recurso, no acredita que la cláusula de experiencia ponderable no sea proporcionada, pertinente, trascendente o aplicable dentro del sistema de evaluación. En consecuencia, en concordancia con lo regulado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se declara **sin lugar** el recurso incoado por falta de fundamentación.-

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 182, 183 y 184 de la Constitución Política, 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa, 178 a 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se resuelve declarar: **1) SIN LUGAR** el recurso de objeción interpuesto por **TECNO DIAGNÓSTICA S.A** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA NO. 2021LN-000031-0001101142** promovida por la **CAJA**

COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL para adquisición de reactivo para diagnóstico molecular (PCR -TR) de Coronavirus SARS-CoV-2. **2) Se da por agotada la vía administrativa.-- NOTIFÍQUESE.**-----

Fernando Madrigal Morera
Asistente Técnico

Yazmín Castro Sánchez
Fiscalizadora



Jorge Alberto Carmona Jiménez
Fiscalizador Asociado

JCJ/YCS/mjav
NI: 35274, 35973,
NN: 22241 (DCA-4749-2021)
G: 2021003237-3
Expediente Electrónico: CGR-ROC-2021007340