

## R-DCA-00005-2022

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Administrativa.** San José, a las doce horas con veintiocho minutos del cinco de enero del dos mil veintidós. -----

**RECURSO DE OBJECCIÓN** interpuesto por **SERVICIOS MEDICOPR S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2021LN-000048-0001101142** promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para Modelo Dinámico Adquisición Bata de protección descartable no estéril, de un solo uso. Tamaños S, M, L, XL, XXL.-----

### RESULTANDO

I. Que el ocho de diciembre de dos mil veintiuno la empresa empresa **SERVICIOS MEDICOPR S.A.** presentó ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2021LN-000048-0001101142** promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para Modelo Dinámico Adquisición Bata de protección descartable no estéril, de un solo uso. Tamaños S, M, L, XL, XXL.-----

II. Que mediante auto de las quince horas siete minutos del nueve 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 **DABS-AABS-1611-2021** del catorce de diciembre de dos mil veintiuno.

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

**SOBRE EL FONDO DEL RECURSO: Contradicción entre disposiciones cartelarias:**

La objetante: Expone que en el documento Pliego de condiciones Modelo Dinámico "Batas", en la página B, punto 1.4 se indica que el concurso se rige por ciertas normativas, a cuyo sometimiento está condicionado todo oferente, liderando dicha lista las "Condiciones Generales Para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por Todas las Unidades de la Caja Costarricense de Seguro Social". Pese a esto, manifiesta que posteriormente en la página 26, el punto 3.10 indica lo siguiente: *"3.10 ROCEDIMIENTO PARA APLICACIÓN DE SANCIONES. i. Sanciones pecuniarias por cláusula penal. La aplicación de cláusulas penales se realizará automáticamente una vez constituida la causal que da origen a la sanción, de conformidad*

con lo señalado en el cartel y sus anexos, así como lo dispuesto en la resolución de la Sala Constitucional, No.2075-006057 del 29 de abril del 2015, cuyo criterio es reiterado en la resolución No. 008919- 2017 de 16 de Junio del 2017, en el conocimiento del expediente No. 17004747-0007-CO, siendo esta la última resolución que dicho Sala ha emitido en relación con este tema, indicando en lo de interés: *III.- Sobre el caso concreto. (...) No obstante, tal y como se indicó en lo resolución No. 201-5-006057, es criterio de esta Sala, que la naturaleza de la cláusula penal, en términos generales, su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido. Es importante tener presente que para hacer efectiva la cláusula penal por defectos en la ejecución no es necesario la demostración de la existencia de daños. Por otra parte, la fijación del monto de la cláusula penal no puede ser arbitrario o antojadiza, pues la Administración debe ponderar cuidadosamente lo inserción de la cláusula penal en el cartel y el quantum de la sanción debe guardar proporcionalidad con los intereses públicos (...) Así las cosas, la cláusula penal debe de operar necesariamente, por regla de principio, en forma automática y por el monto total fijado, uno vez ocurrido el atraso en el cumplimiento de la prestación, de lo contrario, se le desnaturaliza (...)" El estudio realizado para la determinación del quantum de la cláusula por entrega tardía se encuentra como anexo al cartel de esta contratación. El rebajo de clausula penal se hará de manera automática, se tramitará como rebojo de la factura de pago." Añade la recurrente que en las "Condiciones Generales Para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por Todas las Unidades de la Caja Costarricense de Seguro Social", en el punto 5.2.6 establece: "5.2.6. La C.C.S.S. deducirá las sumas correspondientes a lo establecido en estas condiciones y cada cartel particular por concepto de cláusula penal y multas respectivamente, de las facturas pendientes de pago previa aplicación del proceso sumario para ello establecido. (Reformada mediante acuerdo de Junta Directiva CCSS en el artículo 3 de la sesión No. 8693, celebrada el 6 de febrero del 2014. Publicada en La Gaceta No. 53 del 17 de marzo del 2014)". La objetante manifiesta que hay evidente contradicción entre dos documentos del mismo cartel, pues el "Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas" refiere que el rebajo por concepto de cláusula penal se hará en forma automática y sumarísima, mientras que las "Condiciones Generales" establece que para su aplicación deberá previamente realizarse el procedimiento sumario establecido. En su criterio, la contradicción lesiona los principios de seguridad jurídica, congruencia de los actos*

administrativos, ocasionando incertidumbre a cualquier oferente y potencial adjudicatario, pues no existe uniformidad en la metodología, dejando a criterio de la Administración el poder decidir en forma arbitraria la aplicación de cualquiera de las dos metodologías. Sobre el tema impugnado, transcribe lo que es de su interés de la resolución R-DCA-250-2014 de este órgano contralor, así como otras que señala van en la misma línea, para alegar que el cartel no cumple con el numeral 50 de la Ley de Contratación Administrativa. En su petitoria solicita se ordene a la Administración definir si para la presente licitación operan las "Condiciones Generales" o el "Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas", respecto de las cláusulas penales, por ser ambos documentos contradictorios entre sí. La Administración: Al atender audiencia especial expuso: Se acoge toda vez que dentro del cartel se genera contradicción, siendo lo correcto señalar como modalidad de cobro de las cláusulas penales, se utiliza el rebajo automático de estas. Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas y lo expresado por la Sala Constitucional en el voto No. 2015-006057 del 29/04/2015, criterio reiterado en resolución administrativa No. 008919-2017, del 16/06/2017. Añade que al respecto a nivel institucional en fecha primero de febrero del año en curso, la Dirección Jurídica y la Sub-Área de Regulación de Normas y Evaluación informó: *"Siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional visible en resoluciones: N°6057- 2015, N°8919-2017 y más reciente N°02428-2020, N°09394-2020 y N°11117-2020, resolución R-DCA-0771-2017 de la Contraloría General de la República, así mismo a tenor de lo regulado en el artículo N°47, N°48 y N°50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa y criterios de la Dirección Jurídica contenidos en oficios GA-DJ-4757-2020 y GA-DJ-4630-2020, cláusulas penales pueden ser ejecutadas de manera automática, pues a contrario sensu se desnaturaliza su fin. En virtud de ello, en el comunicado de la Web Master de miércoles 13/01/2021, emitido por parte del Área de Regulación y Evaluación y la Dirección Jurídica, (sic) donde en específico se indicó: "El quantum de la penalidad a cobrar por concepto de cláusula penal se determina bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto es deber de la Administración cuantificar razonablemente y de manera previa dicho monto, a efecto de dar contenido al acto que (eventualmente) se emitiría en la etapa de ejecución contractual como reacción a un incumplimiento del proveedor, haciendo el rebajo de manera automática. Por tal motivo, es fundamental que el ejercicio de cuantificación o memoria de cálculo sea*

*incorporado al expediente dentro del cartel electrónico por cuanto ésta constituirá la motivación del acto administrativo referida.” Al respecto se aclaran los siguientes aspectos a tomarse en consideración: La ejecución de forma automática de las cláusulas penales se aplicará a todos los procedimientos que, para este momento, tienen incorporados dentro de los requisitos previos que conforman el cartel, la memoria de cálculo de dicha penalidad. Para los contratos que se encuentran en ejecución, se continuarán aplicando las respectivas cláusulas penales por medio del “Procedimiento Sumario para Verificación y/o la imposición de Multas y Cláusulas Penal” Por su parte, respecto a las multas, siendo que estas son establecidas para sancionar al contratista que incumpla de manera defectuosa sus obligaciones y tal determinación (contraprestación defectuosa o no) requiere la instrucción del debido proceso a efecto de garantizar el derecho de defensa al contratista y su consecuente pronunciamiento de las irregularidades atribuidas, al menos de manera sumaria. En resumen, de conformidad con la línea jurisprudencial por la cual se ha decantado por la Sala Constitucional y la CGR, las cláusulas penales pueden ser ejecutadas de manera automática porque de lo contrario se desnaturaliza su fin, mientras que para el caso de las multas, es necesario la realización de un procedimiento sumario previo, con el objeto de suministrarle la oportunidad al proveedor o contratista de ejercer su derecho de defensa en relación a las irregularidades que le han sido indilgadas”. Es en ese sentido que mediante oficio No. DABS-AABS-SAIM-0688-2021, de fecha catorce de diciembre del año en curso, la Sub-Área de Implementos Médicos del Área de Adquisiciones de Bienes y Servicios informó: “...A. Contradicción entre Disposiciones Cartelarias: En primera instancia, es importante observar que el dentro del documento “Pliego de condiciones Modelo Dinámico Batas”, en la página 8, punto 1.4 se indica que el concurso se rige por ciertas normativas, a cuyo sometimiento está condicionado todo oferente, liderando dicha lista las “Condiciones Generales Para la Contratación Administrativa Institucional de Bienes y Servicios Desarrollada por Todas las Unidades de la Caja Costarricense de Seguro Social”, sin embargo posteriormente en la página 26, el punto 3.10 indica lo siguiente: 3.1 PROCEDIMIENTO PARA APLICACIÓN DE SANCIONES i. Sanciones pecuniarias por cláusula penal. La aplicación de cláusulas penales se realizará automáticamente una vez constituida la causal que da origen a la sanción, de conformidad con lo señalado en el cartel y sus anexos, así como lo dispuesto en la resolución de la Sala Constitucional, N° 2015-006057 del 29 de abril del 2015, cuyo*

*criterio es reiterado en la resolución N° 008919 – 2017 de 16 de Junio del 2017, en el conocimiento del expediente N° 17004747-0007-CO, siendo esta la última resolución que dicha Sala ha emitido en relación con este tema, indicando en lo de interés: “III.- Sobre el caso concreto. (...) No obstante, tal y como se indicó en la resolución No. 2015-006057, es criterio de esta Sala, que la naturaleza de la cláusula penal, Asunto: Criterio al recurso de objeción concurso 2021LN-000048-0001101142 “Modelo Dinámico Adquisición Bata de protección descartable no estéril, de un solo uso. Tamaños S, M, L, XL y XXL. en términos generales, su aplicación debe ser automática, de lo contrario, perdería sentido. Es importante tener presente que para hacer efectiva la cláusula penal por defectos en la ejecución no es necesario la demostración de la existencia de daños. Por otra parte, la fijación del monto de la cláusula penal no puede ser arbitraria o antojadiza, pues la Administración debe ponderar cuidadosamente la inserción de la cláusula penal en el cartel y el quantum de la sanción debe guardar proporcionalidad con los intereses públicos (...) Así las cosas, la cláusula penal debe de operar necesariamente, por regla de principio, en forma automática y por el monto total fijado, una vez ocurrido el atraso en el cumplimiento de la prestación, de lo contrario, se le desnaturaliza (...)” El estudio realizado para la determinación del quantum de la cláusula por entrega tardía se encuentra como anexo al cartel de esta contratación. El rebajo de clausula penal se hará de manera automática, se tramitará como rebajo de la factura de pago”. En atención a este punto, la recurrente lleva la razón en cuanto a que existe una contradicción entre disposiciones cartelarias, por lo cual se procederá a la corrección del “Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas”, se ajustará el punto 3.10 de procedimiento de aplicación de sanciones, incorporando al clausulado lo siguiente: “Se comunicará a cada contratista de previo al rebajo en la respectiva facturación, que aporte la prueba idónea que demuestre algún eximente de responsabilidad, misma que será valorada de conformidad con los principios de razonabilidad, proporcionalidad y sana crítica”. **Criterio de División:** Se **declara con lugar** el recurso en este punto ante el allanamiento de la Administración al considerar que se presenta la contradicción alegada. Debe la licitante hacer las modificaciones cartelarias que ella misma manifiesta que hará, las cuales son de su exclusiva responsabilidad, en el tanto la aceptación según respuesta de audiencia especial le competen como mejor conocedora del concurso y del interés por satisfacer con él. Se debe dar publicidad del cambio cartelario para que sea del conocimiento de todo*

potencial oferente. **2) Ausencia de estudios técnicos:** La objetante transcribe en su escrito lo resuelto por Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 416 de las 14:25 horas del 9 de abril de 2013, y lo que es de interés de la resolución de este órgano contralor R-DCA-1039-2019 del 15 de octubre del 2019, para indicar que a partir de esta resolución surge la obligación para toda Administración licitante que desee incorporar las cláusulas penales a sus contratos de sustentar e incluir dentro del cartel el estudio técnico que fundamente los porcentajes, supuestos y quantums que exponga, defina con claridad las razones para definir dichos porcentajes que pretenda aplicar a aquel adjudicatario incumpliente en tiempo con las entregas. Alega que ni en el cartel, ni en el "Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas", ni en las "Condiciones Generales", ni en ninguna otra parte o documento anexo al cartel, se encuentra incorporado dicho estudio. Que solo se encuentran una serie de documentos, incluido en la carpeta de cada objeto contractual, con diferente número de oficio, todos emitidos por el Área de Gestión de Medicamentos, Sub Área de Garantías y contratos que en todas sus numeraciones se titula homónimamente "Justificación Tiempo Para Determinar Cláusulas Penales Para Los Procedimientos De Contratación Administrativa en La CCSS...", y que tienen el mismo contenido, pero que tal documento tampoco constituye ni puede considerarse como los estudios técnicos requeridos, ya que no valora, para el objeto contractual en específico, cómo determinar dichos porcentajes, no se identifica de forma clara y expresa el nivel de afectación. Que dicho documento se basa en el cobro por horas tanto administrativas, pero que sin embargo, al leer dicho "análisis" el mismo es omiso conforme lo determina el objeto de esta contratación, cómo valora cada una de ellas, más bien pareciera identificarse la hora administrativa según la cantidad y valoración general que hace. Expone la objetante que no entiende, según lo expresado en el análisis cuestionado, cómo pretende cobrar la cantidad de horas señaladas conforme al objeto específico de esta contratación. Que pareciera que pretende endilgar el pago del salario de sus empleados para lo que son propias de sus labores (sic), a que sea pagado por el contratista en caso de incumplimiento, sin ni siquiera conocer el costo de cada hora, ya que tal afectación definida en horas para concretar el costo por hora, tampoco es posible entender a partir del análisis indicado cómo puede valorar y compensar estas horas dentro del porcentaje señalado, por cuanto el costo por hora de cada funcionario es un costo fijo ya predefinido y no es un porcentaje relacionado al monto de la contratación.

Enuncia además la recurrente, que según se entiende en este procedimiento que emite la Administración para esta contratación, la afectación económica para ella, se da solamente en el tiempo invertido de diferentes funcionarios realizando las tareas que conlleva el atraso provocado por el contratista, puesto que suman horas administrativas, horas técnicas y horas a las que le llaman nivel de afectación, (el cual no se explica cómo se relaciona en horas la descripción que dan, que es la supuesta afectación de la salud de los pacientes). Añade que bajo ese entendimiento, la Administración ha estimado que son determinado número de horas por un costo por hora (que no mencionan) como el quantum a resarcir mediante cláusula penal por la afectación provocada. Para quien recurre, no resulta procedente la ausencia del estudio técnico-financiero y económico requerido por este órgano contralor como elemento clave para eliminar la arbitrariedad de la Administración a la hora de determinar los quantums a aplicar, así como también, porque el mismo sirve para fundamentar y permitir comprender cómo la Administración respalda y demuestre cuáles son efectivamente los daños y perjuicios que se ocasionarán por parte del contratista, dado que una vez que se cumpla la condición la Administración no deba probar tales daños, pues ya fueron determinados de previo. Que en observancia de los principios de transparencia, publicidad y seguridad jurídica deberá la Administración incluir los estudios y análisis que permitan respaldar los quantums dispuestos como cláusula penal, o bien excluir las mismas del cartel de marras. Su petitoria es que independientemente, sea que se utilicen las "Condiciones Generales" o el "Pliego de Condiciones Modelo Dinámico Batas", se ordene a la Administración incluir los respectivos estudios y análisis técnicos que respalden cada rubro-porcentaje-hora-tarea-riesgo-plazo determinado en dichos documentos. La Administración expone: **1- En cuanto al desglose de las cláusulas penales establecidas en el pliego cartelario:** Recalca la contratante que un máximo de un 25% (con base en lo preceptuado en el numeral 48 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), en el cobro de una eventual cláusula penal gradual de acuerdo al desabastecimiento generado, es poco comparado con el derecho a la salud y el derecho a la vida del que gozan las personas de este país. Es relevante que el medicamento (sic) se encuentre a disposición cuando se requiere, y que el servicio que brinda la Administración sea continuo, sin atrasos en entregas. Que mal haría prescindiendo del cobro de multas o cláusulas penales, en donde se le permita al proveedor incumplir a su antojo, con lo cual

se le permita entregar de manera inconstante o que solamente se le pueda generar un cobro cuando ya se haya visto afectada la salud o la vida de las personas que requerían del servicio y hasta con procesos judiciales pendientes de resolver para la Institución. Que la motivación del cobro de las multas o cláusulas penales, asegure la entrega a tiempo.

**2) Sobre la responsabilidad de los proveedores institucionales:** Expone la contratante verse obligada a este tipo de cobros, busca promover que contratistas sean responsables. Que si bien es cierto, se requiere de un estudio técnico; sin embargo, se deben ponderar factores tan relevantes y difíciles de cuantificar como la salud y la vida humana, mortalidad de pacientes, denuncias penales, entre otros. Considera no es consistente el actuar diligente de la Administración enfocando todos sus esfuerzos en generar procedimientos de compra para contar con bienes y servicios oportunos para luego ponderar esos daños hasta que existan repercusiones directas en la salud. Que es en este caso, resulta complicado realizar esa cuantificación, porque la C.C.S.S., no tiene como fin cuantificar daños civiles sino proteger la vida y salud de las personas ni tampoco busca llegar a los Tribunales de Justicia para cuantificar el valor de la salud y la vida de los pacientes, sino hacer que los oferentes y contratistas se concienticen y vean el valor y la trascendencia de sus actuaciones y las repercusiones. Que entonces no es una actuación arbitraria o sin fundamento, por lo que, por lo expuesto, lo menos es cuantificar esos atrasos amparados en las consecuencias que podrían generar, es del máximo el 25%, gradual de acuerdo al desabastecimiento generado, el cual es permitido por la Ley, ya que se trata de ponderar ese daño, el cual es gravísimo por las posibles consecuencias que se podrían presentar en la salud o vida de las personas. **3) Sobre la ausencia de estudios técnicos:** Expone la C.C.S.S. que no es de recibo lo alegado en cuanto a la inclusión de la cuantificación de la cláusula penal que se incluye dentro del pliego cartelario del expediente electrónico del SICOP, -ya que argumenta la recurrente, que la misma se hace de forma machotera-, toda vez que cada medicamento e insumo que la institución adquiere, requiere de una cuantificación particular tomando en consideración, su uso, en que servicios se utiliza, entre otros aspectos que se analizan tanto en la justificación administrativa del cobro de las cláusulas penales, según lo señalado en el Área Gestión de Medicamentos y la respectiva justificación técnica por parte de la Comisión Técnica de Normalización y Compras de Implementos Médico Quirúrgico, los cuales justifican todas las tallas (S, M, L, XL, XXL), de la siguiente manera: 1- Usos del



Producto 2- Nivel de criticidad Se trata de artículos destinados a la preservación de la salud de la población, es necesario para la adquisición de un producto de máxima calidad sin ningún riesgo para la salud, el no contar con este insumo producirá un impacto negativo en la prestación de los servicios de salud, las batas descartables nivel 2, protege al personal de salud en el contacto directo como de bacterias, virus o fluidos contaminantes. Nivel de criticidad. ALTA - Repercusiones por ausencia de producto. Se trata de artículos destinados a la preservación de la salud de la población, es necesario para la adquisición de un producto de máxima calidad sin ningún riesgo para la salud, el no contar con este insumo producirá un impacto negativo en la prestación de los servicios de salud.

4) Sobre la **GUÍA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CCSS y la fórmula aritmética que acompaña dicha metodología** menciona la contratante que *“se deriva del marco de competencia institucional y la potestad de definir los estudios técnicos institucionales que sirven como línea rectora para determinar aquellas variables cuya composición final, son las que van a considerar los diferentes órganos TÉCNICOS de la Caja, con miras no solo de dar coherencia a los elementos que deben ser considerados para cada caso particular y según sea el objeto de la contratación, sino, para procurar la adecuada satisfacción del interés público y el resguardo de la hacienda institucional en caso de potenciales incumplimientos de los contratistas con respecto a los plazos de entrega pactados en cada contrato. De tal forma que, NO se trata de una definición arbitraria del porcentaje en ninguno de los casos, toda vez que nótese que la Guía, es una metodología que DEBE ser aplicada a cada caso concreto, lo cual supone que, una vez que esta herramienta se encuentre incorporada a un concurso específico, el porcentaje que arroja la fórmula aritmética permite cuantificar, y tasar todos los elementos de orden administrativo y técnico que afectan a la unidad licitante de frente a un posible incumplimiento relacionado con una entrega tardía o anticipada de un bien o servicio, constituyéndose para el caso particular en el porcentaje a aplicar por día de atraso y/o entrega prematura con respecto al plazo originalmente pactado. Así las cosas, es menester aclarar que en el marco de las competencias institucionales y en consideración a las resoluciones planteadas por el órgano contralor y los estrados judiciales, la CCSS adopta como válida, la fórmula metodológica que consiste en un grupo de variables cuya consideración está basada en un análisis de riesgos previo en cada contratación, para*

*cada expediente y en cada objeto particular, cuya valoración e implementación consiste en lo siguiente: Una fórmula aritmética que contempla las siguientes variables: A. Inversión de horas administrativas y técnicas cuyo valor promedio en caso de incumplimiento y dependiendo del bien o servicio a contratar se promedia en un rango de 1 a 20 horas, y para cada valoración fija un puntaje de 1 a 20 puntos en la fórmula aritmética utilizada. (de 1-20 puntos administrativas y de 1-20 puntos las horas técnicas). B. Un posible nivel de afectación en la salud y en los pacientes de forma directa o indirecta lo que se plantea en un rango de 1 a 60, donde 1 es el valor menos gravoso y 60 sería el más grave, según la naturaleza del objeto en caso de incumplimiento al plazo de entrega, mismo que igualmente DEBE analizarse desde el aspecto técnico para cada particular, dicho nivel de afectación se determina según el bien a adquirir y no de forma general, es decir, a mayor nivel de afectación que tenga un bien o servicio contratado a terceros sobre la atención directa de los pacientes, menor podrá ser el margen de tolerando (sic) que la Administración pueda tener hacia un atraso NO justificado de una entrega previamente pactada. C. Los niveles de afectación establecen una procuran establecer tres grados riesgo según sean las actividades y/o servicios que requieren el objeto de contratación y por tanto la probable afectación en caso de tenerlo según la fecha pactada, así las cosas, se determina lo siguiente: Nivel 1 se trata de bienes de uso común, sean estos bienes adquiridos para fines médicos o administrativo pero cuyo potencial desabasto pueda ser sustituido por otro disponible, en este caso los valores a considerar van de 1 a 20 puntos. • Nivel 2 aquellos bienes cuya oportunidad en las entregas podría afectar la continuidad al servicio, tal es el caso de mantenimientos preventivos y correctivos, para este supuesto hablamos de equipos o servicios que brindan soporten funcional al servicio de salud, como por ejemplo: la compra de un aire acondicionado en áreas que debe existir temperatura regulada, ascensores en centros de hospitalización, o lo relacionado con la red de gases medicinales, entre otros, entendiéndose que su falta de funcionamiento o suministro impide la realización de las labores, la cual por ejemplo si bien el uso de un equipo no está sujeto a la existencia de un aire acondicionado, puede calentarse y fallar o dar un resultado de forma incorrecta, sea un falso positivo o un falso negativo. En este caso el valor a considerar se encuentra en un rango de 21 a 40 puntos. • Nivel 3, todos aquellos bienes de uso clínico o servicios que se utilizan en el centro de alto impacto y de relación directa con el paciente. Tal es el*

caso de equipos, medicamentos, consumibles, servicios como aseo, laboratorio, despacho de recetas, entre otros. Para este supuesto debe entenderse que todo aquel bien o servicio, cuya carencia pone en riesgo la prestación del servicio de salud y la vida de los pacientes, donde no se tiene ninguna alternativa para brindar el tratamiento o diagnóstico requerido. Es por ello que el valor a considerar se encuentra en un rango de 41 a 60 puntos. Una plantilla en Excel en donde, para cada compra, cada ítem y cada objeto, en caso de considerarse la incorporación de la cláusula penal, **DEBERÁ SER APLICADA DICHA PLANTILLA POR PARTE DEL ÓRGANO TÉCNICO**, a fin de que, considerados los elementos arriba indicados y realizado el razonamiento correspondiente, se incorporen los puntajes según el objeto analizado, de forma tal que, la herramienta es la llamada a calcular, el porcentaje que corresponde al objeto en análisis y que NO podrá sobrepasar el 25% máximo establecido por el marco que regula la materia. En asocio con lo anterior, la formula aritmética incorporada en una hoja de cálculo de Excel permite a la administración otorgar distintos puntajes según sea la contratación, el objeto a adquirir, la actividad en la cual se va a utilizar, así como los eventuales riesgos en caso de que el contratista no cumpla con el plazo de entrega pactado en el caso particular, cuyo resultado finalmente permite tanto a la Administración como a los potenciales oferentes conocer de forma razonada los siguientes valores: • Nivel de afectación a la gestión institucional según el objeto a adquirir con valores de 1- 100, donde 1 es el que menos afecta porque se sustituye de forma oportuna y 100 se trata de aquellos bienes cuya ausencia y/o atraso interrumpen la continuidad del servicio de salud. Estos 100 puntos están constituidos de la siguiente forma: - 20 puntos corresponden al recurso Administrado que deba invertirse en caso de un incumplimiento. - 20 puntos corresponden al recurso Técnico que deba invertirse en caso de un incumplimiento. - 20 puntos en un rango de 1-20 que define nivel de afectación más bajo - 20 puntos en un rango de 21-40 que define nivel de afectación intermedio - 20 puntos en un rango de 41-60 que define nivel de afectación más gravoso. • Rango de tolerancia que **corresponde a los días** en que la administración podrá cobrar el porcentaje que arroje la valoración efectuada ya que el mismo se establece por días de atraso. Todo lo anterior conforme lo establece el art. 47 ss del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, es decir en ninguno de los casos en donde se aplica la presente metodología. • Finalmente, como resultado de la formula, la hoja de cálculo es la que arroja el porcentaje **POR DÍA DE ATRASO** para cada

caso concreto, mismo que, multiplicado por el rango de tolerancia NO SOBREPASA EL 25% establecido por la normativa que regula la materia.-----

**Análisis para Aplicación de Cláusulas Penales**

• **Cálculo del Porcentaje por Rebajar por cada día de atraso:**

$$\text{Porcentaje por Rebajar} = \frac{\text{Porcentaje legal máximo de rebajo}}{\text{Rango de Tolerancia}}$$
$$\text{Porcentaje por Rebajar} = \frac{25}{\text{Rango de Tolerancia}}$$

• **Cálculo del Rango de Tolerancia: (Resultado en Días Hábiles)**

$$\text{Rango de Tolerancia} = [\text{Días Mes} - (\text{Días Mes} * \text{Nivel de Afectación \%})]$$

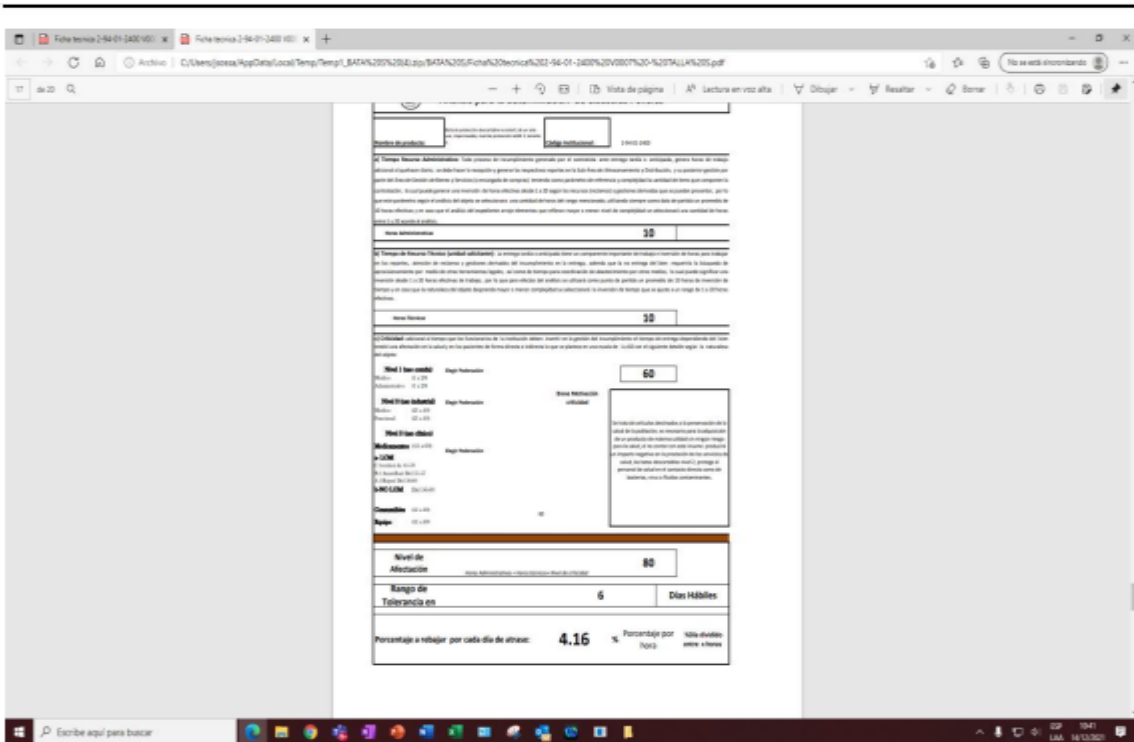
$$\text{Rango de Tolerancia} = [30 - (30 * \text{Nivel de Afectación \%})]$$

• **Cálculo del Nivel de Afectación: (Resultado en Horas)**

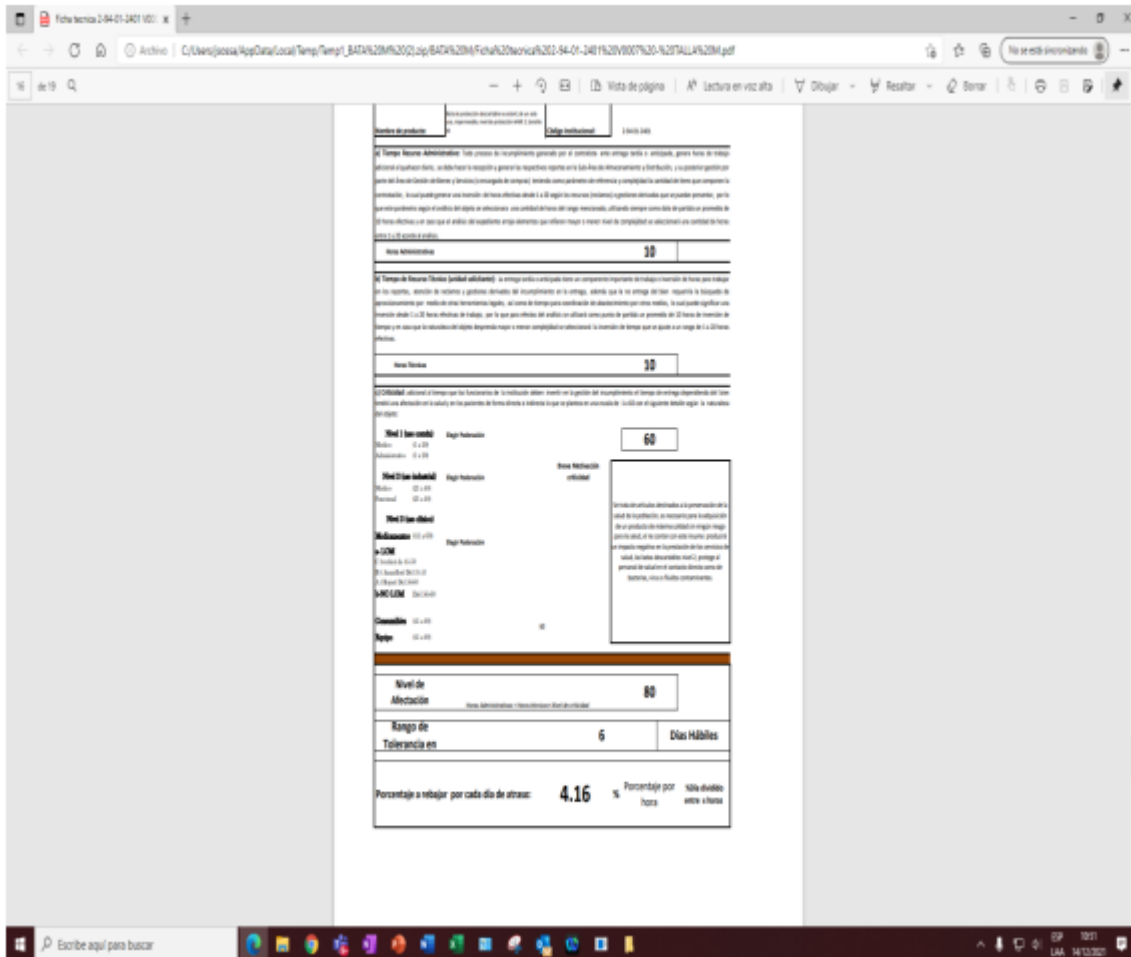
$$\text{Nivel de Afectación} = \sum \text{Horas Administrativas} + \text{Horas Técnicas} + \text{Críticidad}$$

5) Añade la C.C.S.S. sobre el porcentaje **POR DÍA DE ATRASO PARA CADA CASO CONCRETO**, el mismo va a depender de la valoración e inversión que tenga que realizar la institución mediante sus Órganos Técnicos Especializados, sobre el nivel de afectación e impacto que el incumplimiento de dicho insumo pueda causar en la población. Derivando esas valoraciones inicialmente del principio de proporcionalidad y razonabilidad como puede constatarse en la formula anteriormente desarrollada, y permitiendo así estos cálculos a la Administración poder rebajar al adjudicatario incumpliente lo correspondiente en razón de lo causado por el desabastecimiento, en caso contrario la Caja estaría financiando a aquel lo causado, y esta asumiría un costo de oportunidad que no le corresponde a la Administración. Que la herramienta cuenta con el aval técnico de la Dirección Actuarial Institucional, mediante oficio DAE-0529-2018, del 22 de mayo del 2018, todo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 47 del RLCA, por tanto, se ha incorporado de previo en el expediente los estudios técnicos, realizando un estudio individualizado para el producto que se trata. Procede entonces la licitante, a desglosar la justificación de las tallas: "... **a)- Para la Talla S:** En el oficio No. DABS-AGM-10889-2021, de fecha 28 de septiembre de 2021, emitido por el Área Gestión de Medicamentos, expresó que: "... se justifica las diez horas administrativas para la determinación de cláusulas penales de la siguiente manera: En el Área de Almacenamiento y Distribución (6 horas): - La entrega se programa para un día y una hora específica, generando una hora por cada funcionario aproximadamente (Jefe de Recibo de Mercadería, bodeguero, montacarguista, pantografista., regente y muestreador), cada uno de ellos debe coordinar

la cita de entrega, cálculo de tarimas para la entrega, revisión de mercadería). En la Subárea de Garantías y Contratos (3 horas): - Al verificar en el Sistema de Información Gestión de Suministros (SIGES), la fecha de entrega, se procede a confirmar con el contratista que se realizara la entrega en la fecha pactada, si el contratista indica que no va a realizar la entrega, realizamos un seguimiento diario para confirmar la fecha real de entrega. Adicionalmente los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. En el Subárea de Programación de Bienes y Servicios (1 hora): - Por la situación del atraso en las entregas, ellos analizan debido al nivel de inventario la decisión de una nueva compra o de redistribuir las existencias actuales. Adicionalmente, los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. Es importante indicar que no se agregó lo referente a la gestión de cobro, la cual genera un procedimiento sumario que no se sumó a las horas administrativas indicadas para cláusulas penales.”. Asimismo, la Comisión Técnica de Implementos y Equipo Médico Quirúrgico, emitió análisis técnico respecto a la cuantificación de las cláusulas penales, de la siguiente manera.-----



De manera que el porcentaje a cobrar por día de atraso sería de: 4.16 %. **b)- Sobre la Talla M:** Se observa en el pliego cartelario subido al SICOP, sobre el análisis administrativo del cobro de la cláusula penal que mediante oficio No. DABS-AGM-10891-2021, de fecha 28 de septiembre de 2021, la Subárea de Programación de Bienes y Servicios justifico administrativamente el cobro de las cláusulas penales de la siguiente manera: “...se justifica las diez horas administrativas para la determinación de cláusulas penales de la siguiente manera: En el Área de Almacenamiento y Distribución (6 horas): - La entrega se programa para un día y una hora específica, generando una hora por cada funcionario aproximadamente (Jefe de Recibo de Mercadería, bodeguero, montacarguista, pantografista., regente y muestreador), cada uno de ellos debe coordinar la cita de entrega, cálculo de tarimas para la entrega, revisión de mercadería). En la Subárea de Garantías y Contratos (3 horas): - Al verificar en el Sistema de Información Gestión de Suministros (SIGES), la fecha de entrega, se procede a confirmar con el contratista que se realizara la entrega en la fecha pactada, si el contratista indica que no va a realizar la entrega, realizamos un seguimiento diario para confirmar la fecha real de entrega. Adicionalmente los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. En el Subárea de Programación de Bienes y Servicios (1 hora): - Por la situación del atraso en las entregas, ellos analizan debido al nivel de inventario la decisión de una nueva compra o de redistribuir las existencias actuales. Adicionalmente, los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. Es importante indicar que no se agregó lo referente a la gestión de cobro, la cual genera un procedimiento sumario que no se sumó a las horas administrativas indicadas para cláusulas penales.”. Asimismo, se observa la justificación técnica de la cuantificación de las cláusulas penales efectuada por la citada Comisión Técnica, de la siguiente manera:

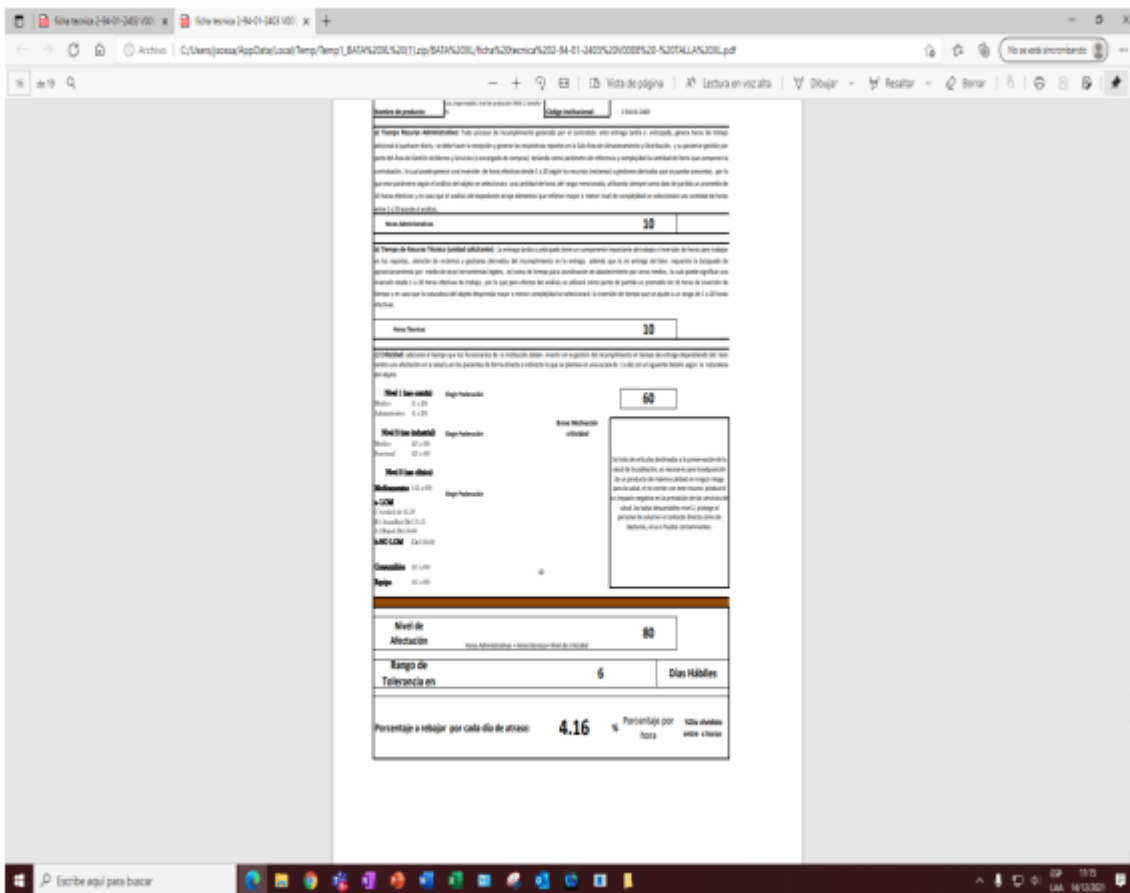


En el cual se determina que el porcentaje a rebajar por día de atraso es de: 4.16%. c)- **Para la Talla L:** Justificación administrativa de la cuantificación de las cláusulas penales, mediante oficio No. DABS-AGM-10892-2021, de fecha 28 de septiembre de 2021, la Subárea de Programación de Bienes y Servicios expresó: “...se justifica las diez horas administrativas para la determinación de cláusulas penales de la siguiente manera: En el Área de Almacenamiento y Distribución (6 horas): - La entrega se programa para un día y una hora específica, generando una hora por cada funcionario aproximadamente (Jefe de Recibo de Mercadería, bodeguero, montacarguista, pantografista., regente y muestreador), cada uno de ellos debe coordinar la cita de entrega, cálculo de tarimas para la entrega, revisión de mercadería). En la Subárea de Garantías y Contratos (3 horas): - Al verificar en el Sistema de Información Gestión de Suministros (SIGES), la fecha de entrega, se procede a confirmar con el contratista que se realizara la entrega en la fecha



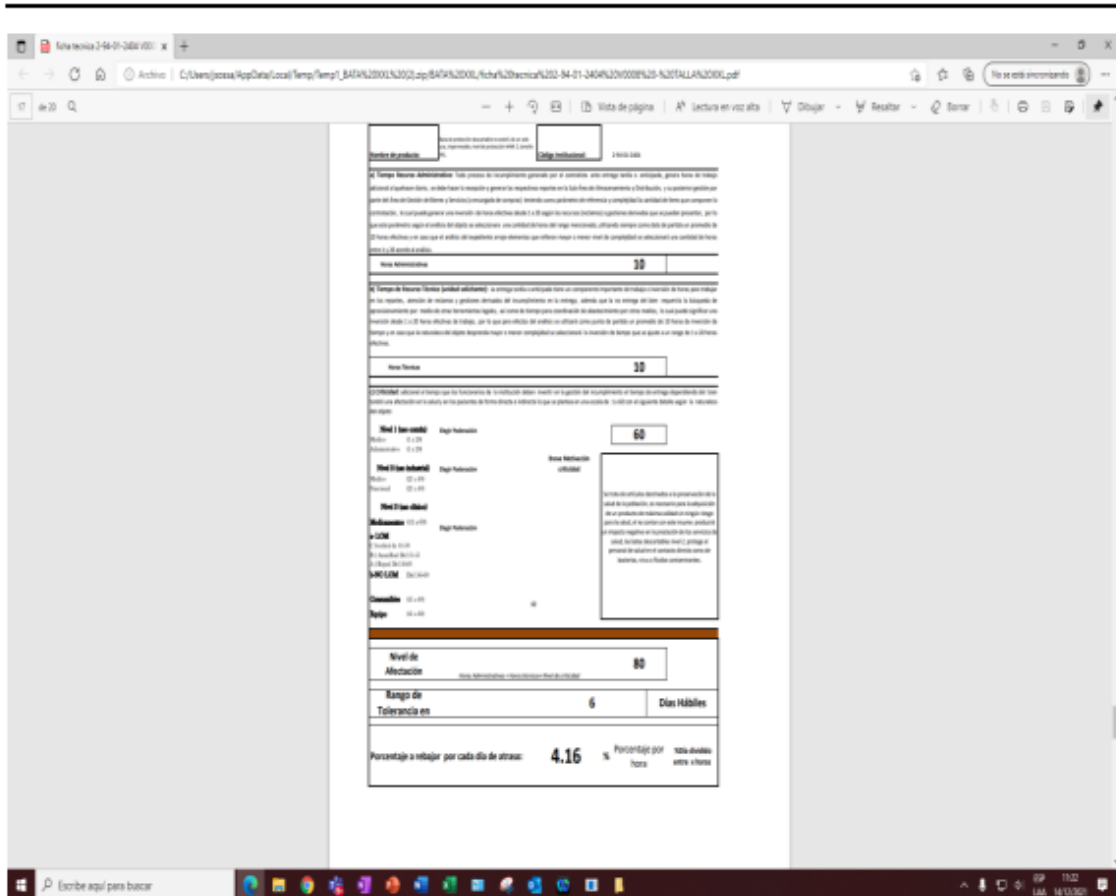


Determinándose que el porcentaje a cobrar por día de atraso es de: 4.16%. **d)- Para la Talla XL:** Mediante el oficio No. DABS-AGM-10886-2021, de fecha 28 de septiembre de 2021, la Subárea de Programación de Bienes y Servicios, se observa la siguiente justificación administrativa: "... En el Área de Almacenamiento y Distribución (6 horas): - La entrega se programa para un día y una hora específica, generando una hora por cada funcionario aproximadamente (Jefe de Recibo de Mercadería, bodeguero, montacarguista, pantografista., regente y muestreador), cada uno de ellos debe coordinar la cita de entrega, cálculo de tarimas para la entrega, revisión de mercadería). En la Subárea de Garantías y Contratos (3 horas): - Al verificar en el Sistema de Información Gestión de Suministros (SIGES), la fecha de entrega, se procede a confirmar con el contratista que se realizara la entrega en la fecha pactada, si el contratista indica que no va a realizar la entrega, realizamos un seguimiento diario para confirmar la fecha real de entrega. Adicionalmente los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. En el Subárea de Programación de Bienes y Servicios (1 hora): - Por la situación del atraso en las entregas, ellos analizan debido al nivel de inventario la decisión de una nueva compra o de redistribuir las existencias actuales. Adicionalmente, los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. Es importante indicar que no se agregó lo referente a la gestión de cobro, la cual genera un procedimiento sumario que no se sumó a las horas administrativas indicadas para cláusulas penales.". Mientras que la Comisión Técnica de Implementos Médicos emitió la siguiente justificación técnica:-----



Determinándose que el porcentaje por día de atraso, es de: 4.16%. e)- **Para la Talla XXL:** Se efectúa el análisis técnico de la cuantificación de la cláusula penal, de conformidad con lo señalado en el oficio No. DABS-AGM-10895-2021, de fecha 28 de septiembre de 2021, emitido por la Subárea de Programación de Bienes y Servicios de la siguiente manera: "... se justifica las diez horas administrativas para la determinación de cláusulas penales de la siguiente manera: En el Área de Almacenamiento y Distribución (6 horas): - La entrega se programa para un día y una hora específica, generando una hora por cada funcionario aproximadamente (Jefe de Recibo de Mercadería, bodeguero, montacarguista, pantografista., regente y muestreador), cada uno de ellos debe coordinar la cita de entrega, cálculo de tarimas para la entrega, revisión de mercadería). En la Subárea de Garantías y Contratos (3 horas): - Al verificar en el Sistema de Información Gestión de Suministros (SIGES), la fecha de entrega, se procede a confirmar con el contratista que se realizara la entrega en la fecha pactada, si el contratista indica que no va a realizar la entrega, realizamos un seguimiento diario para confirmar la fecha real de entrega.

Adicionalmente los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. En el Subárea de Programación de Bienes y Servicios (1 hora): - Por la situación del atraso en las entregas, ellos analizan debido al nivel de inventario la decisión de una nueva compra o de redistribuir las existencias actuales. Adicionalmente, los líderes de seguimiento realizan un monitoreo constante verificando que la fecha indicada por el contratista se cumpla. Es importante indicar que no se agregó lo referente a la gestión de cobro, la cual genera un procedimiento sumario que no se sumó a las horas administrativas indicadas para cláusulas penales.”. Asimismo, la citada Comisión Técnica efectuó el análisis técnico de la cuantificación de la cláusula penal, de la siguiente manera:-----



Donde se determinó que el porcentaje a cobrar por día es de 4.16%”. **Sobre la valoración de las pruebas:** Expuso la C.C.S.S. que es menester recordar que el ordenamiento jurídico nacional impone al objetante la carga de la prueba (artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa), y en tal sentido el recurrente es el

llamado a acreditar que el análisis realizado por ésta Administración en el apartado de Cláusulas Penales en el Cartel de marras, no resulta suficiente a efectos de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de dichas sanciones, y no solo indicarlo, sino además mediante un ejercicio razonado y con la prueba que se estime oportuna, probarlo. Como bien lo señaló la Contraloría General de la República expresó: "(...) **Criterio de la División:** En primer término este órgano contralor estima que debe tomarse en consideración, que la Administración como concedora de sus necesidades y en ejercicio de la discrecionalidad administrativa que goza, está facultada para determinar el contenido del pliego de condiciones, dentro de lo cual se contempla la determinación de las sanciones respectivas en caso de incumplimiento, ya sean multas o cláusulas penales como ocurre en el presente caso, facultad que desde luego no la exime de fijar éstas apegadas a principios de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo con cada contratación. Al respecto, se tiene que en el presente caso, la Administración ha procedido a incorporar al cartel de la contratación un documento denominado "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULASPENALES", en el cual se establecen las cláusulas penales de la contratación y las razones en virtud de las cuáles la Administración justifica su procedencia. Así las cosas, esta Contraloría General estima que debe tomarse en cuenta que en la resolución No. RC-551-2002 del 23 de agosto de 2002, en cuanto al establecimiento de las disposiciones cartelarias, se dispuso: "(...) la Administración puede establecer las condiciones que a su juicio resultan más beneficiosas para la debida satisfacción del interés público, y éstas solo resultarán contrarias al Ordenamiento Jurídico cuando resulten arbitrarias o se alejen de los señalamientos que al efecto prevé el numeral 16 de la Ley General de la Administración Pública". Consecuentemente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública, la discrecionalidad administrativa se ve limitada por "(...) las reglas univocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia", las cuales en el presente caso la recurrente no acredita que se violenten con las cláusulas penales dispuestas en el documento "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULAS PENALES" del cartel. En este sentido, no debe perderse de vista que con sustento en el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el recurso de objeción debe plantearse "(...) en forma sustentada, indicando no solo las limitaciones a la participación sino también fundamentando apropiadamente tales aseveraciones, esto es,

aportando la prueba pertinente que acredite las diversas afirmaciones que se hagan en el recurso." (Resolución No. R-DAGJ-005 del 3 de enero del 2006). **Así las cosas, visto que el ordenamiento jurídico impone al objetante la carga de la prueba, este es el llamado a acreditar que el análisis realizado por la Administración en el documento "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULAS PENALES' no resulta suficiente a efectos de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de dichas sanciones, y no solo indicarlo, sino además mediante un ejercicio razonado y con la prueba que se estime oportuna, probarlo. En el presente caso, el objetante ha limitado su argumento a atribuir al régimen de cláusulas penales previsto en el cartel, una suerte de desproporcionalidad e irrazonabilidad que no obstante no prueba, pretendiendo con su argumento que sea la Administración la que lo demuestre, justificación que de por sí, consta en cada una de estas cláusulas, sin que la recurrente desvirtúe con un argumento sólido, esta fundamentación de la Administración.** En efecto, al manifestar el recurrente que los conceptos interés público o riesgo de desabastecimiento no pueden tomarse en cuenta para efectos de establecer la cuantía de la cláusula, implica entonces su deber de establecer mediante un ejercicio constructivo claro y desarrollado la forma en que a su criterio deben establecerse estas, y no solo indicando que debe tomarse en cuenta el plazo o monto de la contratación, de antemano esto último haciendo énfasis en el recurrente, que estamos en presencia de una contratación de ejecución por consignación, la cual no va provista de un monto específico, sino que ello dependerá de los requerimientos que la Administración realice en fase de ejecución contractual. **Claro está, como bien lo indica la Administración, que la definición de esos porcentajes se hacen tomando en consideración las situaciones de impacto en la salud que un desabastecimiento provocado por un incumplimiento pueda provocar en los pacientes, sin que ese desabastecimiento como lo indica el recurrente sea necesariamente producto de inventarios bajos de la Administración —que además no prueba-. En el caso de análisis, el recurrente se ha limitado a realizar dichas afirmaciones pero no ha acreditado que una vez realizado por ella el estudio respectivo tomando en consideración los aspectos que reclama, de frente a las particularidades del procedimiento de mérito, se desprenda que las cláusulas penales dispuestas en el documento "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULAS PENALES' resulten inaplicables para la presente contratación, sea**

**irrazonables, desproporcionadas en función de la falta que regula, con lo cual tampoco ha acreditado el desequilibrio en la relación contractual que reclama. Debiendo tomarse en consideración además que "(...) durante la etapa de ejecución contractual lo procedente es que los contratistas cumplan oportunamente las obligaciones que han adquirido, por lo cual el supuesto que conlleva la imposición de una cláusula penal adquiere el carácter de eventualidad"** (resolución No. R-DCA-250-2014 de las trece horas del veintiocho de abril de dos mil catorce). Aunado a lo anterior, debe señalarse que la objetante tampoco acredita cómo podría realizarse el análisis que reclama de frente al monto de la contratación, en el tanto se trata de un procedimiento por consignación y por ello, no se tiene certeza de su monto. Asimismo, se tiene que la objetante se limita a reclamar que la Administración debe acreditar cómo el monto o el porcentaje de la cláusula penal es basto para resguardar la salud pública y cómo se considera suficiente para satisfacer y resarcir de forma adecuada la misma; no obstante, la objetante no realiza el análisis argumentativo mediante el cual se tenga por acreditado que el porcentaje de las cláusulas penales previstas en las "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULAS PENALES", no resulten suficientes al efecto. Aunado a lo anterior, debe señalarse que el artículo 50 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), dispone: "La cláusula penal (...) los supuestos y montos deberán incluirse en el respectivo cartel (...)"; consecuentemente, este Órgano contralor no tiene por acreditada la ausencia de tipificación de las cláusulas penales que reclama el objetante, así como la ausencia del establecimiento del quantum, y el establecimiento de previo de forma clara, concreta y precisa de acuerdo a la naturaleza de la contratación, dado que en el documento "NUEVAS DISPOSICIONES DE CLAUSULAS PENALES", consta el supuesto por el cual procede la cláusula y el porcentaje respectivo; y la recurrente no ha realizado el análisis argumentativo puntual a efectos de acreditar que las cláusulas **penales previstas en esas disposiciones, no resulten aplicables a la presente contratación. Asimismo, este Órgano contralor debe indicar que la recurrente no realiza el análisis argumentativo puntual en el sentido del por qué ante un eventual incumplimiento, se considera desproporcionado llegar al 25% de máximo en un plazo de quince días**, no estableciendo con claridad en su recurso por qué este supuesto de activarse resultarla ilegítimo, antes bien, la sanción regulada pretende castigar un atraso reiterado en las entregas, -extendido por varios días- y que

*pueden llegar a provocar severas repercusiones en la salud de los atendidos, sin que tampoco el recurrente establezca la fórmula de proporcionalidad que en su criterio sería la correcta. En vista de lo que viene dicho, este órgano contralor estima que la recurrente incurre en falta de fundamentación y por ende, lo procedente es el **rechazo de plano** de su recurso.”<sup>5</sup> (el resaltado no pertenece al original). Más recientemente, el órgano contralor manifestó al respecto: “...específicamente el artículo 170 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA), impone al objetante el deber de fundamentar su impugnación, lo cual implica no solo el señalamiento respecto a la presunta ilegalidad de la norma cartelaria, o violación de los principios que rigen en materia de contratación administrativa, sino también de fundamentar su argumento y aportar la prueba respectiva, debiendo el objetante a su vez demostrar cómo lo impugnado, le impide participar en el proceso de compra. 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 último refiere la C.C.S.S que este órgano contralor recuerde lo dispuesto sobre el tema de multas y cláusulas penales, transcribiendo la contratante en lo que le interesa la resolución R-DCA-00733-2021 de esta Contraloría General. **Criterio de División:** En materia recursiva toda argumentación o alegato de hechos, debe tener sustento probatorio, esto por cuanto no basta la mera alegación o afirmación de quien objeta, sino que debe demostrarlo. Todo lo anterior, al tenor de lo regulado en el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA). De ahí que, todo recurso interpuesto, debe tener la prueba y fundamentado necesario para demostrar que el bien o el servicio que se ofrecería resulta viable para satisfacer la necesidad que se promueve por medio de concurso, acreditando entonces los vicios del cartel, o las violaciones a principios de contratación administrativa o al ordenamiento jurídico que lo impiden. Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, es importante indicar que en el caso concreto este órgano contralor observa que las argumentaciones de la recurrente son básicamente por el hecho de no compartir la forma en que se han establecido las aplicaciones de cláusulas penales, e incluso en su petitoria expone que se ordene a la Administración incluir los respectivos*

estudios y análisis técnicos que respalden cada rubro-porcentaje-hora-tarea-riesgo-plazo determinado en dichos documentos, se entiende entonces que en su criterio tales estudios no están en el actual concurso. No obstante, no ha demostrado con sus argumentos, que el cartel, en la forma expuesta, le esté limitando participar, o que la regulación de las cláusulas de referencia resulten ser contrarias al ordenamiento jurídico. Revisando sus argumentos, entre otros, ha manifestado como se expuso, que en su criterio no existen los estudios que sustentan o justifican la forma en que se han planteado las multas o cláusulas penales, o los porcentajes de las mismas, supuestos, el quantum, horas determinadas de personal. Esto de frente a una Administración que ha incorporado dentro del expediente de la contratación una serie de documentos que ha señalado en respuesta de audiencia especial a qué corresponden y ha explicado el análisis, pensamiento, e incluso la cuantificación que ha dado a las multas. No ha demostrado quien recurre que los documentos incluidos en el apartado [2. Información de Cartel] [F. Documento del cartel ], del expediente digital del concurso visible en el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP no puedan ser considerados los estudios técnicos que son propios para este concurso, es decir que no se tiene por acreditado que realmente no existan tales estudios. Además, se tiene que entre los argumentos de la sociedad recurrente pareciera no compartir la vinculación del objeto contractual con las multas o porcentajes de multas fijados en este concurso. Advierte en el recurso que el documento “Análisis para la determinación de cláusulas penales”, -y referimos en lo conducente- el mismo es omiso conforme lo determina el objeto de esta contratación, cómo valora cada una de ellas, más bien pareciera identificarse la hora administrativa según la cantidad y valoración general que hace. Expone la objetante que no entiende, según lo expresado en el análisis cuestionado, cómo pretende cobrar la cantidad de horas señaladas conforme al objeto específico de esta contratación. Que pareciera que pretende endilgar el pago de salario de sus empleados para lo es propio de su labor, a que sea pagado por el contratista en caso de incumplimiento, sin que se conozca el costo de cada hora, ya que tal afectación definida en horas para concretar el costo por hora, entre otros. Revisando dicho análisis, se observa que la Administración ha detallado con prosa cada explicación dependiente de la afectación que el incumplimiento contractual pudiese generar, llámese tiempo de recurso administrativo, tiempo de recurso técnico, criticidad, lo cual genera un porcentaje a rebajar por cada día de atraso. Todo esto no lo desvirtúa puntualmente la



recurrente para este caso en concreto, de manera que desacredite por decirlo de alguna manera, el detalle de prosa y por ende los porcentajes fijados en dicho análisis. Debíó demostrar la objetante que los mismos no son viables, o no tienen sustento para las conclusiones a las que arriba la licitante. Tampoco demuestra la recurrente cómo se configura la arbitrariedad de la Administración a la hora de determinar los quantums a aplicar. Esto sumado al hecho de que aquella, además, del quantum, ha hecho las justificaciones de las cláusulas en cada tipo de bata por cotizar que se encuentran desde la publicación del cartel impugnado, por lo que debíó también argumentar con prueba por qué dicho análisis no está entonces asociado al objeto en particular por contratar. Por todo lo que viene dicho, considera esta Contraloría General que no existe argumentación concreta y debidamente fundamentada sobre cuáles son los aspectos que contiene el “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales” que de alguna manera riñen con el ordenamiento jurídico, los principios que informan la contratación administrativa o incluso que no sean proporcionales los porcentajes de la multa que la Administración fijó en los documentos referenciados o que las justificaciones no resulten realmente válidas, en el tanto incluso no se observan desvirtuadas fehacientemente, todo lo cual se entiende resulta ser un proceso validado por las instancias técnicas de la contratante. Asimismo, la recurrente no argumenta con la debida sustanciación que los tres valores en los que apoyó la licitante para establecer porcentajes de multa, sean improcedentes y/o desproporcionados. Esta falta de fundamentación adquiere relevancia cuando la C.C.S.S. en su respuesta de audiencia especial adjunta copias de documentos incorporados al cartel. Así las cosas, no habiéndose desvirtuado en el caso concreto la improcedencia de las cláusulas impugnadas, al tenor de lo regulado en el citado artículo 178 del RLCA, se impone el **rechazo de plano** del recurso en el presente extremo.-----

#### **POR TANTO**

De conformidad con lo expuesto y lo señalado en los artículos 81 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa (LCA), 178, 180 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA) se resuelve: **1) Declarar parcialmente con lugar el recurso de objeción interpuesto por la empresa **SERVICIOS MEDICORP S.A.** en contra del cartel de la **LICITACIÓN PÚBLICA 2021LN-000048-0001101142** promovida por la **CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** para Modelo Dinámico Adquisición Bata de**

protección descartable no estéril, de un solo uso. Tamaños S, M, L, XL, XXL. 2) Se da por agotada la vía administrativa.-----

**NOTIFÍQUESE.**-----

**Karen Castro Montero**  
**Asistente Técnica**



**Kathia G. Volio Cordero**  
**Fiscalizadora**

KGVC/nrg  
NI: 36142,37103  
NN: 00121 (DCA-0045-2022)  
G: 2021004361-1  
Expediente electrónico: CGR-ROC-2021007483