

Emitir resolución de recursos

1. Generar resolución de recursos

| | | | |
|--------------------------------------|--|------------------------------|-------------------------------------|
| Encargado | CELINA MEJIA CHAVARRIA | | |
| Fecha/hora gestión | 24/10/2024 09:54 | Fecha/hora resolución | 24/10/2024 10:03 |
| * Procesos asociados | Recursos | Número documento | 8072024000001773 |
| * Tipo de resolución | Fondo | | |
| Número de procedimiento | 2024XE-000136-0001101142 | Nombre Institución | Caja Costarricense de Seguro Social |
| Descripción del procedimiento | BEVACIZUMAB 100 mg/4 ml (25 mg/ml). SOLUCIÓN INYECTABLE. CONCENTRADO PARA SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN. FRASCO AMPOLLA CON 4 ml. Código Institucional: 1-10-41-0055. Ley 6914. | | |

2. Listado de recursos

| Número | Fecha presentación | Recurrente | Empresa/Interesado | Resultado | Causa resultado |
|------------------|--------------------|-----------------------------|------------------------------|------------------------|-----------------|
| 8002024000001634 | 02/10/2024 16:34 | KAREN MARIA CASTRO CORRALES | VMG PHARMA, SOCIEDAD ANONIMA | Parcialmente con lugar | No aplica |

3. *Validaciones de control

- Tipo de procedimiento
- En tiempo
- Prórroga de apertura de ofertas
- Legitimación
- Quién firma el recurso
- Firma digital
- Pliego de Condiciones Objetado
- Temas previstos

4. *Resultando

- I. Que mediante el auto No.8052024000001905 del 04 de octubre del 2024, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante.
- II. Que el 16 de octubre del 2024, la Administración contestó la audiencia especial.
- 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.

5. *Considerando

5.1 - Recurso 8002024000001634 - VMG PHARMA, SOCIEDAD ANONIMA

Cláusulas administrativas (forma de pago, lugar de entrega, etc) - Argumento de las partes

los argumentos de las partes se pueden consultar en el expediente.

Cláusulas administrativas (forma de pago, lugar de entrega, etc) - Argumentación de la CGR

Parcialmente con lugar (Ley 9986)

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO INTERPUESTO. Competencia de la Contraloría General de la República para conocer del recurso interpuesto. Criterio de la División: en el apartado del expediente del concurso denominado "Ingreso del pliego de condiciones", punto 1. Información general", se indica lo siguiente: "Número de procedimiento: 2024XE-000136-0001142 / Descripción del procedimiento: BEVACIZUMAB 100 mg/4 ml (25 mg/ml). SOLUCIÓN INYECTABLE. CONCENTRADO PARA SOLUCIÓN PARA INFUSIÓN. FRASCO AMPOLLA CON 4 ml. Código Institucional: 1-10-41-0055. Ley 6914 / Tipo de procedimiento: PROCEDIMIENTOS ESPECIALES / Tipo de modalidad: Según demanda / Fundamento jurídico: Compra amparada al régimen especial Ley 6914." Por su parte, el artículo 95 de la Ley General de Contratación Pública define cuál es el órgano competente para conocer del recurso de objeción al pliego de condiciones, y en lo que respecta a las compras de medicamentos tramitados con fundamento en la Ley 6914, dicha norma dispone lo siguiente: "ARTÍCULO 95- Interposición del recurso de objeción y órgano competente para conocerlo/ Podrán objetar el pliego de condiciones de licitación todo potencial oferente o cualquier organización legalmente constituida para velar por los intereses de la comunidad donde vaya a ejecutarse la contratación o sobre la cual surta efectos. (...) / c) Tratándose de lo regulado en el artículo 60, inciso d), de la presente ley y de la compra de medicamentos conforme a la Ley 6914, Reforma Ley Constitutiva Caja Costarricense de Seguro Social, de 28 de noviembre de 1983, la Contraloría General de la República ostenta la competencia cuando la estimación del concurso alcance el umbral previsto para la licitación mayor. En los restantes casos, el recurso lo conocerá la propia Administración." Como puede observarse, el artículo citado establece que la Contraloría General de la República ostenta la competencia para conocer del recurso de objeción al pliego de condiciones en concursos de compra de medicamentos tramitados conforme a la Ley 6914, siempre y cuando la estimación del concurso alcance el umbral previsto para la licitación mayor. Ante ello, este órgano contralor ha manifestado que en los casos en que la cuantía del concurso sea inestimable se presumirá la competencia del órgano contralor, a menos que la CCSS haya decidido autoimponerse un tope máximo de consumo y el tope máximo no alcance el monto del umbral de la licitación mayor; pero también se ha indicado que la decisión de la CCSS de establecer un tope máximo de consumo debe advertirse expresamente en el pliego de condiciones a efectos de que los potenciales oferentes tengan claro de antemano el alcance del negocio, el régimen recursivo aplicable, los plazos dispuesto, en resguardo de los principios de transparencia y seguridad jurídica. Concretamente, en la resolución R-DCP-SICOP-00584-2024 del 20 de abril del 2024 se indicó sobre este tema lo siguiente: "Específicamente, en relación con el recurso de objeción al pliego cartelario, el artículo 95 de la LGCP señala que esa Contraloría General tendrá competencia para conocer de aquellos recursos que sean interpuestos contra los procedimientos de contratación que inicie la CCSS amparados en el artículo 60, inciso d), de la LGCP y de la compra de medicamentos conforme a la Ley 6914, Reforma Ley Constitutiva Caja Costarricense de Seguro Social, siempre que su estimación alcance el umbral previsto para la licitación mayor, regulación que es reafirmada en el numeral 254 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP). En este sentido, regula el numeral 60 inciso d) de la LGCP que la licitación menor será procedente cuando la CCSS, independientemente del monto, adquiera implementos médico-quirúrgicos, medicamentos, reactivos y biológicos, materias primas y materiales de acondicionamiento y empaque requeridos en la elaboración de medicamentos y no se den los supuestos de la Ley 6914. Se colige de esta manera, que aún y cuando este órgano contralor es competente para conocer únicamente los recursos de objeción en contra del pliego de las licitaciones mayores, de acuerdo con el artículo 95 inciso c) de la LGCP y 254 de su Reglamento, esta Contraloría General podrá conocer de los recursos de objeción al pliego de condiciones de las licitaciones menores amparadas en el numeral 60 inciso d) de la LGCP, siempre y cuando la cuantía de esa contratación supere el umbral de la licitación mayor. Partiendo de este marco jurídico, se puede indicar que la Administración promovió la licitación menor 2024LE-000006-0001102701 para la compra de insumos para la atención de enfermería y otros, licitación promovida al amparo del artículo 60 inciso d) de la LGCP, bajo entrega según demanda, con lo cual de acuerdo con la modalidad de contratación escogida para este concurso se estaría frente a un procedimiento de cuantía inestimable, debido a que por su propia naturaleza se desconoce el monto que en la práctica se ejecutará al depender el mismo de las necesidades que se presenten durante su tramitación. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que si bien en principio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 inciso b) de la LGCP tratándose de modalidades de contratos de cuantía inestimable corresponde promover una licitación mayor, lo cierto es que también se permite acudir a un procedimiento de licitación menor o de licitación reducida a pesar de utilizarse la modalidad de entrega según demanda si se ha optado por una limitación de consumo. De esta forma cuando la Administración tome la decisión de promover una contratación de entrega según demanda pero que opte por autoimponerse un monto máximo de consumo, le es posible acudir a un procedimiento menos riguroso que la licitación mayor, y de esa forma promover una licitación menor o bien una reducida, y en dado caso, si bien el contrato continúa siendo por su naturaleza de cuantía inestimable, pues no se sabe cuánto se consumirá del bien o servicio a contratar al depender ello de las necesidades que se presenten en la práctica, lo cierto es que no se podrá superar el tope máximo establecido, que consistiría en el monto del umbral de tipo de procedimiento promovido. Ahora bien, en el caso de la CCSS, existe una consideración particular para el supuesto de los procedimientos que tengan como objeto la adquisición de implementos médico-quirúrgicos, medicamentos, reactivos y biológicos, materias primas y materiales de acondicionamiento y empaque requeridos en la elaboración de medicamentos y que no se den los supuestos de la Ley 6914, pues el legislador optó por disponer la aplicación de un procedimiento menos riguroso que la licitación mayor, independientemente del monto del concurso en concreto, por lo que en esos casos siempre corresponderá promover una licitación menor. Sin embargo, lo anterior conlleva la realización de un ajuste respecto a la regla general establecida para determinar la competencia en materia recursiva, por cuanto si bien en la generalidad de los casos la Contraloría General solamente conoce las impugnaciones en los casos de licitaciones mayores, cuando se trate de concursos bajo el referido artículo 60 inciso d), se deba analizar el monto de la contratación para determinar si alcanza el umbral de la licitación mayor, y en los casos en que la cuantía sea inestimable se presumirá la competencia del órgano contralor -en aplicación de lo dispuesto en el artículo 55 inciso b) de la LGCP-, a menos que la CCSS haya decidido autoimponerse un tope máximo de consumo, y el mismo no alcance el monto del umbral de la licitación mayor. Ahora bien, llegados a este punto es preciso recalcar que la decisión de la CCSS de establecer un tope máximo de consumo en los concursos (sic) promovidos bajo el amparo del artículo 60 inciso d) debe advertirse expresamente en el pliego de condiciones a efectos de que los potenciales oferentes tengan claro de antemano el alcance del negocio, el régimen recursivo aplicable, los plazos dispuesto, en resguardo de los principios de transparencia y seguridad jurídica. [...] En el caso específico de las licitaciones menores de la CCSS realizadas al amparo del numeral 60 inciso d) de la LGCP, dado que de acuerdo con lo dispuesto por el legislador en razón de la particularidad del objeto se promueven como licitaciones menores independientemente de la cuantía, cobra particular relevancia que cuando se acuda a una modalidad de contratación de cuantía inestimable, pero se haya optado por autoimponerse un tope máximo de consumo ello se advierta en forma expresa y clara en el pliego de condiciones. La autolimitación en este tipo de procedimientos de contratación pública, así como su amparo en el artículo 60 inciso d) de la LGCP, y el hecho de que pueda ser de cuantía inestimable, definen la competencia que eventualmente tenga la Administración o esta Contraloría General para conocer de los recursos que se interpongan contra el pliego de condiciones o contra el acto final, sea este de adjudicación, declaratoria de infructuoso o desierto." Si bien la resolución citada hace referencia a un procedimiento de Licitación Menor de la CCSS promovida con fundamento en el artículo 60 inciso d) de la Ley General de Contratación Pública y bajo la modalidad según demanda, es lo cierto que el criterio que ahí se emite con respecto a la necesidad de indicar expresamente en el pliego de condiciones los aspectos relevantes de la contratación, como lo es el tope máximo de consumo cuando así lo haya definido la Administración, también

resulta aplicable a aquellos concursos que promueva la CCSS con fundamento en la Ley 6914 y que sean bajo la modalidad según demanda. En el caso bajo análisis el concurso se promueve bajo la modalidad según demanda, y en el pliego de condiciones no se estableció un tope máximo de consumo, por lo tanto este órgano contralor tiene la competencia para conocer el recurso de objeción interpuesto.

II. SOBRE EL FONDO.

1) Sobre la cuantificación y cobro de las cláusulas penales. Criterio de la División: el artículo 116 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública regula la aplicación de multas y cláusulas penales en los siguientes términos: **“Artículo 116. Sanciones económicas y procedimiento de ejecución.** Conforme al artículo 46 de la Ley General de Contratación Pública, la Administración podrá establecer en el pliego de condiciones, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato o cláusulas penales, según corresponda, considerando para ello, aspectos tales como, el monto, plazo, riesgo, repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde o para el interés público y la posibilidad de incumplimientos parciales o por líneas. / En los supuestos en que se establezcan multas o cláusulas penales, la Administración deberá valorar su costo beneficio, la debida y oportuna satisfacción del interés público, así como criterios de razonabilidad y proporcionalidad. / En caso de que el objeto esté compuesto por líneas distintas, el monto máximo de la sanción económica, se considerará sobre el mayor valor de cada línea y no sobre la totalidad del contrato, siempre que el incumplimiento de una línea no afecte el resto de las obligaciones. / Los incumplimientos que originen el cobro de la multa y la cláusula penal deberán estar detallados en el pliego de condiciones, en forma motivada. Una vez en firme el pliego, se entenderá que el monto de la multa o de la cláusula penal es definitivo por lo que no se admitirán reclamos posteriores. / La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales.” En el caso bajo análisis se observa que en el apartado del expediente del concurso denominado “Ingreso del pliego de condiciones”, renglón “F. Documento del Pliego de condiciones”, hay una carpeta denominada “Documentos Administrativos” la cual contiene un documento denominado “CONDICIONES ADMINISTRATIVAS VERSIÓN 10 LEY 9986”, y también hay una carpeta denominada “Documentos Cláusulas Penales” la cual contiene los documentos denominados “26. Quantum Técnico Bevacizumab 100 mg 4 mL 1-10-41-0055” y “29. Quantum Garantías DABS-AGM-5119-2024 – BEVACIZUMAB 100 MG 1-10-41-0055”. Concretamente, en lo que respecta al documento denominado “CONDICIONES ADMINISTRATIVAS VERSIÓN 10 LEY 9986”, se observa que contiene reglas generales aplicables a los concursos promovidos con fundamento en la Ley 9986, e incluye reglas referentes a la aplicación de las multas y cláusulas penales; en este sentido dicho documento indica lo siguiente: **“19- APLICACIÓN DE MULTAS Y CLAUSULAS PENALES.** / La Ley General de Contratación Pública en su artículo 46 define que los procedimientos de adquisiciones de bienes, servicios y obra, podrá establecer de forma facultativa cláusulas penales por ejecución tardía o temprana del objeto, se deberá determinar de forma clara, objetiva y estandarizada un cálculo matemático que permita la objetividad en la determinación del monto de la sanción y que la misma se pueda aplicar de forma simple, siguiendo el nuevo ordenamiento jurídico para su aplicación. / Bajo este panorama si bien la Ley 9986 indica la posibilidad de aplicación, no refiere una metodología particular para determinar el monto de la sanción, lo cual viene a suplir la presente guía de trabajo, para lo cual además se considera lo emitido mediante resoluciones de la Contraloría General de la República, por ejemplo la R-DCA-573-2016, y otras posteriores, donde el Órgano Contralor ha sido constante con la premisa de que los porcentajes establecidos en cada pliego de condiciones, deben contar con el razonamiento para cada caso y objeto contractual particular, que permita calcular el cobro de la cláusula penal y que su análisis descansa en criterios específicos y técnicos acordes al objeto contractual. [...] / **Cuantificación de posibles riesgos.** / Es importante mencionar que lo que se desarrollará es una proyección de la afectación que podrá recibir la administración pues una cuantificación específica de daños sólo se podrá conocer hasta posterior a la afectación generada, bajo este panorama se dará un marco de referencia de los inconvenientes y proyección para cuantificación de la sanción que prevé el ordenamiento jurídico para las entregas tardías y anticipadas como cláusulas penales. Se debe realizar los cálculos para cada caso concreto, y una vez incorporada al concurso específico (sic), arrojará la fórmula (sic) aritmética que permitirá cuantificar y tasar los siguientes elementos de orden administrativo y técnico que afectaran a la unidad en caso de un incumplimiento en la fecha de entrega pactada: / a. Tiempo del Recurso Administrativo (Bienes y Servicios): Todo proceso de incumplimiento generado por el contratista ante entrega tardía, genera horas de trabajo adicional al quehacer diario, se debe hacer la recepción y generar los respectivos reportes en el ámbito administrativo, y su gestión por los encargados de compras, teniendo como parámetro de referencia y complejidad la cantidad de ítems que componen la contratación, lo cual puede generar una inversión de horas efectivas desde 1 a 20 según los recursos (reclamos) o gestiones derivadas que se puedan presentar, por lo que este parámetro según el análisis del objeto se seleccionará (sic) una cantidad de horas del rango mencionado, utilizando siempre como dato de partida un promedio de 10 horas efectivas y en caso que el análisis del expediente arroje elementos que refieran mayor o menor nivel de complejidad se seleccionará una cantidad de horas entre 1 y 20 acorde al análisis. / Este rubro debe ser analizado por el encargado de compras de la unidad, o el responsable de la gestión administrativa de los incumplimientos contractuales. / b. Tiempo de Recurso Técnico (unidad solicitante): La entrega tardía tiene un componente importante de trabajo e inversión de horas para trabajar en los reportes, atención de reclamos y gestiones derivados del incumplimiento en la entrega, además que la no entrega del bien requeriría la búsqueda de aprovisionamiento por medio de otras herramientas legales, así como de tiempo para coordinación para la satisfacción de la necesidad, nueva recomendación, y análisis técnico, además de la nueva recepción, lo cual puede significar una inversión desde 1 a 20 horas efectivas de trabajo, por lo que para efectos del análisis se utilizará como punto de partida un promedio de 10 horas de inversión de tiempo y en caso que la naturaleza del objeto desprenda mayor o menor complejidad se seleccionará la inversión de tiempo que se ajuste a un rango de 1 a 20 horas efectivas. / Este rubro debe ser analizado por el órgano técnico o jefe de la unidad técnica solicitante del bien o servicio. / c. Nivel de Criticidad: adicional al tiempo que los funcionarios de la institución deben invertir en la gestión tanto administrativa como técnica producto del incumplimiento en el tiempo de entrega dependiendo del bien, tendrá una afectación en los servicios de Salud brindados por la institución, afectación en la salud y calidad de vida de los pacientes de forma directa o indirecta, lo que se plantea en una escala de 1 a 60 con el siguiente detalle según la naturaleza del objeto: [...] Este rubro debe ser definido por el órgano técnico o jefe de la unidad solicitante, y deberá dentro del documento señalar porque la escogencia de ese nivel de afectación, una vez definido debe imprimirse y enviarse junto con la ficha técnica del bien y demás requisitos previos a la compra.” (el destacado es del original). Como puede observarse, dicho documento establece que para la cuantificación de posibles riesgos, la Administración debe realizar los cálculos para cada caso concreto, y para lo cual se deben cuantificar y tasar los siguientes elementos: a) tiempo del recurso administrativo (Bienes y Servicios), b) tiempo del recurso técnico (unidad solicitante) y c) nivel de criticidad. Ante ello, la empresa objetante cuestiona dicho documento, ya que considera que la metodología utilizada por la Administración en dicho documento para cuantificar la sanción pecuniaria es una guía de trabajo machotera que no es congruente con la exposición que argumenta la CCSS, y considera que no es posible que se utilice dicha guía referida como plantilla cuando no hubo una valoración precisa según el objeto de la compra, analizando el monto, plazo riesgos y posibles repercusiones; también menciona que la CCSS sigue utilizando el mismo método, licitación tras licitación, sin evaluar realmente el objeto contractual, y sin existir un verdadero análisis detallado como así lo exige el artículo 116 del Reglamento. Al respecto, hemos de indicar que dicho cuestionamiento no es de recibo, ya que en el expediente del concurso también está incorporado el documento denominado “26. Quantum Técnico Bevacizumab 100 mg 4 mL 1-10-41-0055” el cual contiene el “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales” para el producto bevacizumab 100 mg 4 mL; y que contiene la información con la cual la Administración calculó y determinó el porcentaje a rebajar por cada día de atraso para el producto mencionado; con ello se evidencia que la Administración sí realizó los cálculos y la cuantificación para el caso concreto. Y es que en dicho documento se establece que el porcentaje a rebajar por cada día de atraso es de 3.12% y para lo cual se utilizaron los siguientes parámetros: horas administrativas: 10, horas técnicas: 10, nivel de criticidad: 55, nivel de afectación: 75, rango de tolerancia en días: 8 días hábiles. Por lo tanto, se **declara sin lugar** el recurso en este aspecto. En segundo lugar, se observa que la empresa objetante cuestiona el documento denominado

“Análisis para la determinación de Cláusulas Penales”, ya que considera que no hay ninguna fórmula matemática para llegar a una criticidad de 55. Al respecto, hemos de indicar que dicho cuestionamiento no es de recibo, ya que la criticidad no se estableció por medio de una fórmula matemática sino que la criticidad se establecía por medio de la aplicación de tres niveles, sea nivel 1, nivel 2 o nivel 3; y en este caso la Administración determinó que al medicamento le aplicaba el nivel 3, medicamento LOM, categoría A, información que consta en el propio documento, y para lo cual incluyó la siguiente justificación: “BREVE MOTIVACIÓN DE LA CRITICIDAD: / Indicaciones: Prescripción por especialista en oncología médica: / a. Cáncer colorrectal metastásico con lesiones metastásicas potencialmente reseccables (terapia de conversión). b. Hepatocarcinoma metastásico o irresecable en combinación con atezolizumab según gm-ccf-6834-2023 / 2. Prescripción por especialistas en oftalmología para el tratamiento de degeneración macular exudativa y edema macular diabético. / Nivel de usuario: 2A. Corresponde a los Hospitales Regionales / Clave HE. Medicamento para prescripción por médico especialista y administración dentro de las instalaciones de los Centros Médicos. / Existe otro medicamento con el que se pueda cubrir su necesidad: Para implementar la POLITICA INSTITUCIONAL DE MEDICAMENTOS, se requiere la disponibilidad de medicamentos eficaces y seguros, en la cantidad y la presentación idónea, junto con el respectivo aseguramiento de la calidad; uno de los marcos de referencia para la selección de medicamentos considerando los criterios científicos-técnicos sistematizados. / En la LOM este es un medicamento con indicaciones específicas, por tanto, no afecta consumo de otro medicamento y en la LOM no existe alternativa que pueda cubrir la necesidad de un faltante de este. / Para este medicamento debe garantizarse el suministro continuo, de producirse algún riesgo en la continuidad de abastecimiento, se disponen de alternativas intercambiables en Ficha Técnica Vigente del Medicamento. / Clasificación: CATEGORIA A, según oficio GM-DFE-0418-2024/GL-DABS-1203-2024 del 10 de agosto 2024”. (los destacados son del original). Así las cosas, si la empresa objetante no estaba de acuerdo con el nivel de criticidad establecido por la Administración para el producto bevacizumab, debió rebatir las justificaciones incorporadas en el mismo documento, lo cual no hizo, careciendo así su recurso de la debida fundamentación que exige el artículo 246 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. Por lo tanto, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. Adicionalmente, conviene mencionar que al contestar la audiencia especial la Administración licitante dio la siguiente explicación: “Esta Comisión solicitó mediante oficio AGM-CTCM-0034-2024, la ampliación de los términos expuestos para la determinación de la criticidad de los medicamentos, expresada mediante el oficio GM-DFE-0351-2024/GL-DABS-0991-2024 del 05 de julio de 2024. En este sentido, se recibe oficio GM-DFE-0418-2024/GL-DABS-1203-2024 del 10 de agosto de 2024, suscrito por la Licda. Adriana Chaves Díaz, directora de la Dirección de Aprovisionamiento de Bienes y Servicios, el Dr. Carlos Icaza Gurdíán, Jefe del Área de Medicamentos y Terapéutica Clínica y el Dr. Hugo Marín Piva, Jefe del Área de Farmacoeconomía de la Dirección de Farmacoepidemiología de la CCSS, que establece los lineamientos para la valoración de la criticidad de los medicamentos, que en lo que interesa cita: (...) / “Para efecto de considerar la criticidad de los medicamentos y como parte del análisis que debe considerar esa Comisión se reiteran dos elementos: / Todos los medicamentos incorporados en la Lista Oficial de Medicamentos (LOM) son esenciales por cuanto con ellos se resuelve la necesidad farmacoterapéutica de la gran mayoría de la población (aproximadamente 97% y para las otras condiciones excepcionales (patologías en grupos minoritarios 3%, la Caja cuenta con mecanismo complementario para atender la necesidad de estos casos) y que, en un sistema de salud que funcione correctamente, deben estar disponibles en todo momento y, se constituye en fundamental para la continuidad de los servicios de salud. / Todos los medicamentos que son solicitados por el Comité Central de Farmacoterapia cumplen con un rol específico en el arsenal de medicamentos de la institución por lo que se considera debe garantizarse su abastecimiento continuo para el adecuado tratamiento de los pacientes tributarios a su uso”. / Con base en lo anterior, TODO medicamento incluido en la Lista Oficial de Medicamentos es esencial y fundamental para la atención de las necesidades de salud de la población, razón por la cual se le asigna el puntaje mayor en la tabla de cuantificación de la criticidad. [...] / Por lo anterior, esta Comisión mantiene su criterio en cuanto a la criticidad para el medicamento Bevacizumab 100 mg/4mL, Código: 1-10-41-0055 del concurso 2024XE-000136-0001101142, al que se le asignó el valor numérico de 55, la más alta dentro de la clasificación existente, dada la posible afectación de los usuarios en la red de servicios de salud, sin menoscabo del impacto administrativo y técnico en la institución.” Finalmente, la empresa objetante solicita que se elabore un estudio que realmente cuantifique el monto de las sanciones, el cual debe tipificar de forma precisa lo siguiente: 1) la cuantificación para entregas parciales y anticipadas, 2) de acuerdo con el oficio DABS-AGM-05119-2024 de fecha 19 de julio de 2024, se establezca la justificación con prueba fehaciente específicamente con un reporte de inversión de horas en insumo como este para determinar o no si efectivamente se utilizan las 10 horas de recursos administrativos, 3) de la misma forma se publique ese mismo estudio que justifique la aplicación de 10 horas de recurso técnico, siendo que en este caso se omitió por completo, 4) se motive como así lo requiere no solo la Guía para determinar las cláusulas penales sino también la misma ley de Administración Pública la debida fundamentación sobre el porcentaje de criticidad omitido en este análisis que es una plantilla que no identifica el documento que acredita utilizar tal porcentaje, 5) se valore y así conste en un documento dentro del pliego de condiciones, la justificación del número de días incorporado en dicha plantilla como rango de tolerancia y en consecuencia el porcentaje que cobre en relación a él, pues no existe un documento que así motive ese número de días siendo que la Guía establece este rango hasta 30 días. Al respecto, hemos de indicar lo siguiente: 1) Con respecto a la cuantificación para entregas parciales y anticipadas, debe tenerse presente que el artículo 116 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública establece que “La cláusula penal procede por ejecución tardía o prematura de las obligaciones contractuales”, y en este caso el documento denominado “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales” solamente establece el porcentaje a rebajar por cada día de atraso. Por lo tanto, es decisión de la Administración determinar si para este concurso también decide establecer sanciones por ejecución prematura, y la empresa objetante no explicó ni acreditó los motivos por los cuales en este caso resulta necesario establecer sanciones por ejecución prematura. Por lo tanto, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. 2) Con respecto al oficio DABS-AGM-05119-2024 del 19 de julio del 2024, se observa que dicho oficio contiene la justificación de las 10 horas administrativas establecidas en el “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales”, por lo tanto, si la empresa objetante no estaba de acuerdo con las horas establecidas o con las justificaciones dadas por la Administración en dicho documento le correspondía a la recurrente exponer los argumentos y aportar las pruebas con las cuales rebatir el tiempo fijado y las justificaciones dadas por la Administración, ya que a la recurrente le corresponde la carga de la prueba, según lo establece el artículo 246 del Reglamento a la Ley General de Contratación Administrativa. Ahora bien, con respecto al oficio, la empresa recurrente menciona lo siguiente: “... cuando estiman una inversión de personal administrativo en 10 horas según consta en los oficios publicado DABS-AGM-05119-2024 de fecha 19 DE JULIO de 2024, donde claramente es imposible que utilicen esa cantidad de horas ya que el trámite de recibir, trasladar informar, lo hacen diferentes funcionarios a los cuales se les paga desde hace años para que realice esas funciones que es parte de su perfil de trabajo, lo que quiere decir, que cobrar a la contratista esta sanción económica justificada y amparado a estas horas administrativas que de por si son ya pagadas por la propia Administración por el trabajo que desempeñan como funcionarios públicos, genera un visible posible enriquecimiento ilícito, ya que estas mismas funciones las realizan a la misma vez en el Almacén para recibir una gran gama de productos de muchos concursos, que como el que hoy es objeto en esta compra formaría parte del engranaje al que al menos cada media hora reciben lo que quiere decir que esta acción en el Almacén cantidades de producto de diferentes concursos, pareciera cuestionable desintegra el espíritu del legislador cuando estableció el cobro de una cláusula penal en ejecución contractual. / Todo lo anterior, es de trascendencia ya que podría la cuantificación de este cobro de cláusula penal evidenciar un factible y materialmente posible desequilibrio contractual...”, sin embargo dicho argumento no es suficiente, ya que no hizo ningún análisis del tiempo invertido por los funcionarios por el incumplimiento generado por el contratista que demuestre que el tiempo estimado por la Administración es desproporcionado o arbitrario, tampoco acreditó que exista un enriquecimiento ilícito, por lo tanto dicho argumento también carece de la debida fundamentación que exige el artículo 246 del Reglamento. En consecuencia, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. 3) Con respecto a las 10 horas técnicas establecidas en el documento denominado “Análisis para la determinación de Cláusulas Penales”, la empresa objetante tampoco explicó ni acreditó que las horas

estimadas por la Administración resulten desproporcionadas o arbitrarias, siendo a ella a quien le correspondía la carga de la prueba, y por lo tanto dicho argumento también carece de la debida fundamentación que exige el artículo 246 del Reglamento. En consecuencia, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. 4) Con respecto a la motivación del porcentaje de criticidad establecido, se reitera lo indicado anteriormente, sea que de conformidad con el documento denominado "Condiciones Administrativas Versión 10 Ley 9986" la criticidad se estableció según la aplicación de tres niveles, sea nivel 1, nivel 2 o nivel 3; y en este caso la Administración determinó que al medicamento le aplicaba el nivel 3, medicamento LOM, categoría A, y para lo cual incluyó en el mismo documento una justificación en donde se indica lo siguiente: *"BREVE MOTIVACIÓN DE LA CRITICIDAD: / Indicaciones: Prescripción por especialista en oncología médica: / a. Cáncer colorrectal metastásico con lesiones metastásicas potencialmente resecables (terapia de conversión). b. Hepatocarcinoma metastásico o irresecable en combinación con atezolizumab según gm-ccf-6834-2023 / 2. Prescripción por especialistas en oftalmología para el tratamiento de degeneración macular exudativa y edema macular diabético. / Nivel de usuario: 2A. Corresponde a los Hospitales Regionales / Clave HE. Medicamento para prescripción por médico especialista y administración dentro de las instalaciones de los Centros Médicos. / Existe otro medicamento con el que se pueda cubrir su necesidad: Para implementar la POLITICA INSTITUCIONAL DE MEDICAMENTOS, se requiere la disponibilidad de medicamentos eficaces y seguros, en la cantidad y la presentación idónea, junto con el respectivo aseguramiento de la calidad; uno de los marcos de referencia para la selección de medicamentos considerando los criterios científicos-técnicos sistematizados. / En la LOM este es un medicamento con indicaciones específicas, por tanto, no afecta consumo de otro medicamento y en la LOM no existe alternativa que pueda cubrir la necesidad de un faltante de este. / Para este medicamento debe garantizarse el suministro continuo, de producirse algún riesgo en la continuidad de abastecimiento, se disponen de alternativas intercambiables en Ficha Técnica Vigente del Medicamento. / Clasificación: CATEGORIA A, según oficio GM-DFE-0418-2024/GL-DABS-1203-2024 del 10 de agosto 2024".* (los destacados son del original). Así las cosas, si la empresa objetante no estaba de acuerdo con el nivel de criticidad establecido por la Administración para el producto bevacizumab, debió rebatir las justificaciones incorporadas en el mismo documento, lo cual no hizo, careciendo así su recurso de la debida fundamentación que exige el artículo 246 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. Por lo tanto, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. 5) Con respecto a los 8 días hábiles incorporados en la plantilla como rango de tolerancia, debe tenerse presente que el deber de fundamentación y la carga de la prueba le corresponde al recurrente, por lo tanto si el objetante no estaba conforme con el rango de tolerancia establecido por la Administración, le correspondía a la recurrente explicar y acreditar por qué consideraba que dicho plazo no es correcto, o bien que es desproporcionado o arbitrario, lo cual no hizo. Por lo tanto, se **rechaza de plano por falta de fundamentación** el recurso en este aspecto. Finalmente, conviene mencionar que mediante la resolución R-DCA-SICOP-01476-2023 del 27 de noviembre del 2023, este órgano contralor resolvió un recurso de objeción interpuesto por la empresa VMG Pharma, y en lo que interesa, se indicó lo siguiente: *"ii) Cláusulas penales y multas. Criterio de la División. Para resolver lo planteado, resulta necesario destacar que el artículo 116 del RLGCP, dispone que cuando se establezcan multas o cláusulas penales, la Administración deberá valorar su costo beneficio, la debida y oportuna satisfacción del interés público, así como criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Tal como lo expone la objetante, en este caso se han incorporado al expediente los documentos: el oficio No. DPI-LPF-0554-2023 de fecha 13 de junio 2023, que corresponde a la justificación de los tiempos (horas administrativas y horas técnicas), que se considerarán para determinar la aplicación de las cláusulas penales. También consta el documento No.DABS-AGM-14422-2020 del 17 de diciembre de 2020, que corresponde a un criterio jurídico sobre el uso de la plantilla del quantum de la cláusula penal, desde el inicio de la compra y la Guía para la determinación de cláusulas penales, herramienta institucional utilizada por la Administración para la determinación de las cláusulas penales. Sin embargo, la objetante lejos de argumentar una falta de motivación de las cláusulas penales por parte de la Administración, no ha expuesto las razones por las cuales, aspectos tales como las horas administrativas, horas técnicas, definición del nivel de criticidad de este objeto y las justificaciones brindadas en el contenido de los documentos señalados, no resulta ajustado a la normativa, ni se ha demostrado que dichos estudios no responden a criterios de oportunidad, razonabilidad, proporcionalidad que deben observarse a la hora de establecer el porcentaje que se aplicará de cláusula penal. En este sentido, se limita a mencionar que de la lectura de los documentos no se extrae la justificación de tiempo y ni el quantum por ejecución. Sobre la Guía para la determinación de cláusulas penales, considera que solo contiene una "breve motivación criticidad", para establecer la ponderación de 46, la cual, va más allá del rango establecido en dicho nivel, sin desvirtuar el nivel de criticidad ni el porcentaje que se rebajará: 2,27% por cada día hábil de incumplimiento, para este proceso de compra. Es decir, el argumento es insuficiente en cuanto a la debida fundamentación exigida en el numeral 246 del RLGCP, por cuanto no se ha desvirtuado el contenido de los análisis realizados por la institución. Por su parte, la Administración ha destacado el fundamento y justificación del establecimiento de las sanciones pecuniarias en este caso, destacando los diversos criterios que justifican la determinación de las sanciones pecuniarias y que constan agregados al expediente de la contratación, los cuales no han sido desvirtuados por la objetante. En razón de lo expuesto, se rechaza de plano el recurso de objeción en el presente extremo, por falta de fundamentación, tal como fue explicado anteriormente." (los destacados son del original).*

2) Empaque terciario. Criterio de la División: en el documento denominado "FICHA DE EMPAQUE DE MEDICAMENTO / VERSIÓN: CFT 97803" se indica lo siguiente: *"EMPAQUE (según opciones de la Ficha Técnica): / Opción 1: en caso de frasco ampolla de vidrio Tipo I: / SECUNDARIO: Caja individual de cartulina u otro material resistente, con un frasco ampolla. / TERCIARIO: Caja de cartón u otro material resistente, con 50 a 110 empaque secundarios. [...] / Opción 2: en caso de frasco ampolla de vidrio de borosilicato Tipo I: / SECUNDARIO: Caja de cartulina u otro material resistente, con un frasco ampolla, co-locado en una bandeja de plástico que lo mantiene fijo. / TERCIARIO: Caja de cartón u otro material resistente, con 50 a 110 empaque secundarios. [...].* Ante ello, la empresa objetante solicita que se modifique el requisito para que diga *"TERCIARIO: Caja de cartón u otro material resistente, con 50 a 150 empaques secundarios."*, con el argumento de que en este concurso se estipula que la primera entrega es de 600 frascos con entrega DDU (Almacén Fiscal), por lo que los ajustes de los empaques no se pueden realizar en Costa Rica sino que deben venir desde el fabricante. Entonces, el rango de 50 a 110 limita a los fabricantes de entregar un empaque más congruente con una entrega de 600 frascos, usando el límite superior de 110 frascos se tendría que enviar 5 empaques completos y una fracción, sin embargo con este cambio los fabricantes pueden ajustar las cantidades en múltiplos de 50 frascos y no limitar en aquellos casos que se requiera entregar un empaque terciario con más de 100 frascos. La Administración acepta la propuesta de la empresa, y en este sentido manifiesta lo siguiente: *"Por lo anterior, y de acuerdo al análisis realizado se autoriza lo solicitado en la cantidad en el empaque terciario ya que no representa una afectación en los procesos de aliste y despacho del producto y la dinámica operativa en nuestros centros de salud (unidades usuarias)." Así las cosas, y ante el allanamiento de la Administración, se declara con lugar el recurso en este aspecto.*

III. CONSIDERACIÓN DE OFICIO. De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Decreto Ejecutivo N°41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley N°9635, Responsabilidad Fiscal de la República, se recuerda a la Administración licitante su deber de verificar desde la fase de presupuestación de la contratación, el cumplimiento al límite de regla fiscal previsto para el ejercicio económico del año 2024, así como el marco de presupuestación plurianual dispuesto en el artículo 176 de la Constitución Política. Para estos efectos, la Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias para verificar que el monto asignado a la contratación que se licita cumple con dichas disposiciones, debiendo advertirse que su inobservancia podría generar responsabilidad administrativa del funcionario, conforme lo regulado en el artículo 26 de la citada Ley.

6. Aprobaciones

| | | | |
|-----------|------------------------|--------------|--------------------|
| Encargado | CELINA MEJIA CHAVARRIA | Estado firma | La firma es válida |
|-----------|------------------------|--------------|--------------------|

| | | | |
|--------------------------------|---|-----------------------------|-------------------------------------|
| Fecha aprobación(Firma) | 24/10/2024 10:01 | Vigencia certificado | 19/05/2022 13:48 - 18/05/2026 13:48 |
| DN Certificado | CN=CELINA MEJIA CHAVARRIA (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=CELINA, SURNAME=MEJIA CHAVARRIA, SERIALNUMBER=CPF-01-0789-0549 | | |
| CA Emisora | CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017 | | |
| Encargado | EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA | Estado firma | La firma es válida |
| Fecha aprobación(Firma) | 24/10/2024 10:03 | Vigencia certificado | 29/11/2023 09:19 - 28/11/2027 09:19 |
| DN Certificado | CN=EDGAR RICARDO HERRERA LOAIZA (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=EDGAR RICARDO, SURNAME=HERRERA LOAIZA, SERIALNUMBER=CPF-01-0884-0876 | | |
| CA Emisora | CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017 | | |

7. Notificación resolución

| | |
|---|------------------------|
| Fecha/hora máxima adición aclaración | 29/10/2024 23:59 |
| Número resolución | R-DCP-SICOP-01664-2024 |
| Fecha notificación | 24/10/2024 10:26 |