



## Emitir resolución de recursos

### 1. Generar resolución de recursos

<b>Encargado</b>	FERNANDO MADRIGAL MORERA		
<b>Fecha/hora gestión</b>	07/11/2024 08:05	<b>Fecha/hora resolución</b>	07/11/2024 14:14
<b>* Procesos asociados</b>	Recursos	<b>Número documento</b>	8072024000001881
<b>* Tipo de resolución</b>	Fondo		
<b>Número de procedimiento</b>	2024XE-000140-0001101142	<b>Nombre Institución</b>	Caja Costarricense de Seguro Social
<b>Descripción del procedimiento</b>	OMEPRAZOL 40 mg -como omeprazol sódico-, Diluyente Incluido -Amp. 10 mL de Diluyente- ó ESOMEPRAZOL 40 mg. -como esomeprazol sódico-, POLVO LIOFILIZADO PARA INYECCIÓN, F.A. - Código: 1-10-32-4352.		

### 2. Listado de recursos

Número	Fecha presentación	Recurrente	Empresa/Interesado	Resultado	Causa resultado
8002024000001723	16/10/2024 17:07	LISBETH TATIANA MENA LOAIZA	VMG PHARMA, SOCIEDAD ANONIMA	Sin lugar (Ley 9986)	Por falta de fundamen

### 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 auto de las dieciséis horas cuarenta y nueve minutos del diecisiete de octubre de dos mil veinticuatro esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara respecto del recurso interpuesto. Dicha audiencia fue contestada por la Administración mediante respuesta que se encuentra incorporada al expediente de la objeción.

II. 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 8002024000001723 - VMG PHARMA, SOCIEDAD ANONIMA

#### Multas y Cláusula penal - Argumento de las partes

**A. Sobre la cuantificación y cobro de las cláusulas penales inserta en el pliego de condiciones.** Indica el objetante que las multas deben expresarse en porcentajes razonables considerando plazo, riesgo y repercusiones de un eventual incumplimiento para el servicio que se brinde. De ahí que no pueda solo incorporarse una guía de trabajo machotera, redactada para cualquier objeto y elementos, sin el análisis requerido. Esto incumple el artículo 116 del RLGP. Hace referencia al extracto transcrito del pliego y aduce que genera inseguridad jurídica, no hay evidencia de la razonabilidad para cobrar multas por incumplimientos por entregas tardías y menos entregas anticipadas o parciales. Debe analizarse la diferencia entre objetos, por ejemplo, de frente a las multas no es lo mismo un medicamento que un implemento médico, como sondas, con criticidad y montos de facturas diferentes. Se cita en apoyo la resolución R-DCA-573-2016 en cuanto indica que: "... deben contar con el razonamiento para cada caso y objeto particular, que permita calcular el cobro de la cláusula penal y que su análisis descansa en criterios específicos y técnicos acordes al objeto contractual". Además, el artículo 88 del RLGP establece que el pliego de condiciones debe ser un cuerpo de normas de especificaciones técnicas claras, suficientes, concretas y objetivas. Se acusan como incumplidos los artículos 116 y 117 de la LGCP así como 46 y 47 del respectivo Reglamento. La Administración omite motivar de manera precisa la cuantificación de la multa basada en plazo, monto, riesgo y posibles repercusiones. Agrega el objetante que debe estar cuantificada la cláusula penal para las entregas parciales y anticipadas. Según el oficio DABS-AGM-2878-2024 de 17 de abril de 2021 se establezca la justificación en horas para determinar si efectivamente se utilizan 10 horas de recursos administrativos, las 10 horas de recurso técnico, se motive el porcentaje de criticidad, se motive el rango de tolerancia en días hábiles. Establecer y cobrar multas sin establecer de manera clara, precisa y motivada la debida cuantificación perjudica la ejecución del contrato y el consecuente equilibrio entre las partes. Cuestiona la empresa la estimación de 10 horas administrativas por un lado porque es personal que ya conoce la tramitología, además son funcionarios públicos a quienes se les paga por esas labores, el monto de la multa podría hasta consumir la utilidad, lo que provoca una suerte de enriquecimiento ilícito. **La Administración** en su oficio DABS-AABS-1369-2024 del 28 de octubre de 2024 remite al oficio AGM-CTCM-0044-2024 del 23 de octubre de 2024, de la **Comisión Técnica de Medicamentos**. Al respecto, se explica que el documento "Análisis para la determinación de cláusulas penales" se elaboró tomando en cuenta tres aspectos fundamentales para determinar el nivel de afectación: tiempo de recurso administrativo, tiempo de recurso técnico y la criticidad del medicamento. Con ello se garantiza la objetividad en el establecimiento de las cláusulas penales ante incumplimientos. Para la cantidad de horas, dado que el jefe de la Unidad Técnica es quien debe determinarlas y la Comisión Técnica de Medicamentos no forma parte de esa Unidad está fuera de su alcance brindar criterio al respecto. Con respecto a la criticidad, se refiere al oficio GM-DFE-0418-2024/GL-DABS-1203-2024 del 10 de agosto de 2024, de la Dirección de Aprovechamiento de Bienes, en el cual se concluye que: *"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, la determinación de la criticidad para TODOS los medicamentos adquiridos por la Institución basa en la consigna de que 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. La esencialidad y criticidad de los medicamentos incluidos en las listas oficiales de medicamentos están avalados por la OMS, organismo que emite las recomendaciones de los medicamentos considerados como esenciales y críticos en todo sistema de salud"*. Por otra parte, se menciona que en la LOM no existe alternativa terapéutica que pueda cubrir la necesidad de este medicamento en caso de interrupción en el abastecimiento y además, se abastece a nivel central de la CCSS, según lo acordado por el Comité Central de Farmacoterapia. El eventual desabasto repercute directamente en la deficiente atención de los pacientes y su agravamiento. La criticidad de este medicamento es clase A (medicamentos rojos). *"Aunado a lo anterior, el porcentaje de cláusula penal obedece a estudios y criterios técnicos debidamente fundamentados, por el tipo de objeto contractual, así como el costo administrativo de las acciones mínimas pertinentes y necesarias para mitigar los efectos y riesgos adicionales del incumplimiento contractual que precede y se documenta, por lo que los alegatos de la empresa VMG PHARMA SOCIEDAD ANONIMA son ayunos de argumento y presentan falta de evidencia. Si bien la recurrente alega dichos vicios en la formulación de la cláusula, nótese que la Administración justificó los porcentajes a establecer por concepto de la "Cláusula Penal" por atrasos o anticipos no autorizados en las entregas pactadas (en caso de darse) y se ha realizado de una manera amplia en razón del bien tutelado y como encargada de la Salud Pública y en particular a las personas a quienes se les debe brindar el servicio de salud por lo que la CCSS necesita contar de manera oportuna con los medicamentos e insumos necesarios para dicha actividad"*. El recurrente no aporta prueba en contrario para sustentar su dicho y por tanto sus alegatos no están fundamentados. Por su parte, la **Sub Área de Contratos y Garantías**, en oficio DABS-AGM-7290-2024 del 18 de octubre de 2024 manifiesta que la cláusula penal está prevista para entregas prematuras o tardías, conforme el procedimiento establecido en la LGCP el cual es sumarisimo. Las cláusulas penales tienen carácter punitivo e indemnizatorio ante conductas dañinas. La CCSS ha establecido en el pliego de condiciones la cláusula penal con un tope del 25% del monto del contrato. Procede entonces multas por ejecución defectuosa y/o cláusulas penales por ejecución prematura o tardía. La Institución con el fin de definir un mecanismo para determinar el quantum de las cláusulas penales tuvo que coordinar entre las distintas Área y Sub Áreas varias instrucciones, directrices, entre otras. A través de las Unidades Especializadas en la materia como lo es el Área de Contabilidad de Costos y Dirección Actuarial definir la aplicación de los casos particulares correspondientes en las cláusulas penales en los concursos institucionales. Así en el expediente se incluye: documentos del cartel, quantum técnico y quantum garantías. Se inserta imagen correspondiente al quantum garantías, plantilla número 6. Dicha plantilla consigna una fórmula matemática para definir el porcentaje, el rango de tolerancia y el nivel de afectación en horas. Más adelante, se inserta otra imagen que corresponde a quantum garantías. Así para "horas administrativas" se estipulan 10 que son el promedio y que están dentro del rango de 1 a 20 horas. Así definido con base en el oficio DABS-AGM-2878-2024 de 17 de abril de 2024, por la Jefa del Área de Gestión de Medicamentos, (6 horas en Área de Almacenamiento y Distribución; 3 horas en la Subárea de Contratos y Garantías y 1 hora en la Subárea de Programación de Bienes y Servicios). Horas de recurso técnico son también 10. En la criticidad se fija un 55. El documento titulado "Fundamento de Desarrollo por Imposición de Multas y Cláusulas Penales en la CCSS" es el utilizado para establecer el porcentaje determinado por cláusulas penales y obedece a estudios y criterios técnicos debidamente fundamentados, en cuenta criterios financieros y actuariales, como una herramienta de gestión de riesgos del incumplimiento del contratista, en razón de las horas administrativas que se ocupan para atender las consecuencias del incumplimiento. No se genera ningún enriquecimiento sin causa de la administración. Los argumentos del objetante carecen de evidencia. La empresa debe fundamentar su impugnación, no sólo hacer el señalamiento sino que también desarrollar el argumento que lo pedido por la Administración es irrazonable. Además, es relevante indicar que, sobre este mismo tema, el Órgano Contralor por medio de la Resolución R-DCP-SICOP-01461-2024 de las 15:05 del 20/09/2024, resolvió: *"(...) Ahora bien, a partir de lo expuesto, el deber de VMG PHARMA S.A era no sólo hacer un señalamiento con respecto a la metodología de cálculo que practica la institución para determinar el cobro de cláusulas penales, sino que unido a ese planteamiento debió desarrollar el argumento para demostrar mediante la prueba o argumento respectivo que la cláusula penal no atiende las particularidades del objeto y en consecuencia son desproporcionadas e irrazonables, sin embargo, no desarrolla cuáles serían esas circunstancias que se han obviado para adecuar los montos de la sanción que la Administración ha fijado, sino que se limita a cuestionar la inexistencia de un estudio completo pero sin desarrollar por qué razón lo ya existente no supe esa finalidad. En este orden, el recurrente, es omiso en cuanto debatir con la prueba respectiva las razones por las cuales a su juicio no son viables las horas administrativas, las horas técnicas estipuladas de generarse el incumplimiento por el contratista, además no indica porqué el nivel de criticidad fijado, en relación a la afectación en la salud y en los pacientes no es el apropiado, o bien cuál nivel de criticidad, de la escala establecido, debe ser definido; por otra parte, no cuestiona el porcentaje a rebajar por cada día de atraso, o bien, cual a su criterio debería ser los aspectos aptos, lo cual puede traducirse en que la parte recurrente no aporta prueba idónea para desvirtuar los estudios incorporados por la Administración en el caso concreto y como ya se indicó, en el documento denominado "Quantum Técnico 1-10-41-3920" se justifican los factores que se tomaron en cuenta para el establecimiento del porcentaje correspondiente a la sanción económica, por lo tanto corresponde declarar sin lugar el presente extremo del recurso. (...)*. En consecuencia, la Administración solicita declarar sin lugar el recurso de objeción por carecer de una adecuada fundamentación y se proceda con la apertura del concurso.

**B. Sobre los empaques terciarios.** La empresa objetante solicita modificar el rango de la siguiente forma: *"TERCIARIO: Caja de cartón u otro material resistente, con 10 a 120 empaques secundarios"*. Este cambio tendría los siguientes beneficios: 1. El cambio propuesto disminuiría el

esquema de almacenamiento, genera facilidades logísticas y reduce los costos asociados al espacio adicional de bodegas. 2. Se facilita la gestión de inventario y aumenta la efectividad en el seguimiento y manejo del producto. 3. Se reduce el mal manejo del producto, con respecto a fechas de fabricación y caducidad. 4. Mejora la puntualidad en las entregas y la satisfacción de los usuarios del sistema de salud. 5. Se facilita el control de la Administración. Al respecto, la **Comisión Técnica de Medicamentos** indica que no es competencia de ellos la participación en el diseño de las fichas técnicas donde estas especificaciones y requisitos técnicos son establecidos, razón por la cual omiten comentarios. El **Área de Almacenamiento y Distribución** por medio del oficio DABS-ALDI-CDC-3687-2024 indica que no es posible aceptar su solicitud de entrega empaque terciario de cartón u otro material resistente, con 10 o 120 empaques secundarios, pues afecta negativamente sus procesos de aliste y despacho del producto y la dinámica operativa en sus centros de salud. Según la ficha de empaque del medicamento el empaque terciario es caja de cartón, con 50 a 120 empaques secundarios.

## Multas y Cláusula penal - Argumentación de la CGR

Sin lugar (Ley 9986)

**A. Sobre la cuantificación y cobro de las cláusulas penales inserta en el pliego de condiciones. Criterio de la División.** El tema objetado es la razonabilidad del porcentaje de cláusula penal establecido en el pliego de condiciones. Tal y como lo ha explicado la CCSS existe una metodología elaborada por ellos para determinar la razonabilidad, la cual es revisada y avalada para cada compra en función del objeto o servicio a contratar. El fijar la base metodológica permite gestionar el volumen de compras que tramita la entidad, no podría pensarse que para cada caso se inicie de cero el análisis de razonabilidad de las cláusulas penales. No obstante, el objetante señala que una y otra vez se utiliza el mismo método sin "evaluar realmente el objeto contractual". El problema no es utilizar la misma metodología en la adquisición de diferentes bienes, lo sería en el tanto el mecanismo no resulte adecuado o no pueda cubrir una amplia gama de objetos que es un tema distinto. Y eso precisamente es lo que el apelante no demuestra. Una cosa es oponerse a la metodología en sí misma y otra diferente la aplicación de esa metodología al caso específico. Señala el objetante que la CCSS no analiza que no es lo mismo adquirir sondas que medicamentos, comentario más bien orientado a cuestionar el uso de la metodología en medicamentos, sin que acredite por qué no es posible aplicarla para este bien. Más adelante, el objetante dice que no se motiva la cuantificación del plazo, monto y riesgo, pese a que es bastante frecuente que la Administración adelante entregas por mala planificación. Para las horas administrativas y técnicas la Administración toma valores promedio entre uno y veinte y fija diez horas según explica la Administración. El objetante cuestiona el tema de horas administrativas y técnicas porque corresponden a labores que despliegan funcionarios públicos, quienes perciben un salario. Sin embargo, que en el eventual resarcimiento del daño se estime el tiempo que la Administración invierte en atenderlo y gestionarlo es posible y además legal. De ser admisible la lógica del objetante, en un proceso contencioso no existiría la condena en costas. En cuanto a las entregas anticipadas es una posibilidad de la entidad debidamente consignada en el pliego de condiciones, para lo cual, según se explica en la sección de "entregas" se comunicará al proveedor con 60 días de anticipación si hay una variación en las cantidades o en las fechas, plazo que el objetante no cuestiona ni pide ampliar. En el proceso de adquisición de bienes, en este caso medicamentos es viable estandarizar, uniformar, utilizar "machotes" como base con la información que la CCSS complete para cada licitación. El deber de motivar no se ve defraudado si la entidad ajusta la metodología elaborada para el caso. Se pide "sustento técnico" para el cobro de las multas, ante lo cual, la CCSS es enfática en señalar que el medicamento no tiene sustituto, que suspenderlo abruptamente tendría consecuencias en la salud de los pacientes y que por eso es categoría A, lo que en criterio de este Despacho, desde la perspectiva técnica, justifica la cláusula. Al ser un medicamento categoría A, el nivel de criticidad va de 51 a 55, definiendo la CCSS un grado de criticidad para este medicamento de 55. Se pide una cuantificación diferente para entregas parciales y las anticipadas, que por el plazo previo con el cual la CCSS avisa 90 días para la primera entrega, 60 días para las posteriores, no se estima necesario. Plazos que en todo caso el objetante no cuestiona. Sobre las 10 horas para efectos administrativos la empresa pide "prueba fehaciente" que se van a requerir, lo que no es posible porque es una proyección, una situación futura e incierta, que de darse la Administración estima puede consumir 10 horas, las cuales incluso subdivide. Además que se publique la justificación de las 10 horas técnicas, las cuales corresponden a una media que por las coordinaciones requeridas y el hecho que quien compra es el centro de distribución de la CCSS y no un Hospital en particular no parecen irrazonables. Un eventual desabasto activa a distintos actores. Con proyecciones no puede cumplirse con la "exactitud" que la empresa parece exigir y que por demás está decir no es lo que pide la normativa. Lo que se desea es que no sean montos sin ninguna justificación, sino que estén motivados (artículo 46 LGCP) o bien para bienes cuyo desabasto podría tener consecuencias más acotadas. Por su parte, el Reglamento al detallar más el procedimiento alude a una necesaria "razonabilidad" y "proporcionalidad". El objetante menciona que el porcentaje de multas podría afectar el equilibrio contractual y llegar a superar su utilidad que puede rondar el 20%, pero lo cierto es que si el incumplimiento es importante es legal cobrar multas hasta por un 25%, de donde el problema no estaría en la definición de los rubros sino en la disposición legal que fija ese porcentaje como máximo. Por las razones expuestas, **para este aspecto, el recurso de objeción se declara sin lugar.**

**B. Sobre los empaques terciarios. Criterio de la División.** La empresa ofrece un empaque terciario distinto, de mayor volumen al estipulado en la ficha técnica, sin mencionar cuál es la dificultad o imposibilidad de cotizar según lo requerido por la CCSS, como para desprender que se está frente a una condición que la dejaría potencialmente fuera de concurso. Se limitan a señalar que la alternativa busca la "eficiencia y rentabilidad", satisfacer "la necesidad institucional y el interés público tutelado". Bajo ese contexto, el argumento corresponde a una alternativa - según su manifestación- en beneficio de la CCSS y no al interés de remover una condición que impida su participación. Así explicado el ofrecimiento puede ser aceptado o no por la CCSS, cuya Área de Almacenamiento rechaza indicando que otro empaque afecta negativamente el proceso de aliste y despacho. Comprar medicamentos en el volumen que lo hace la CCSS conjunta muchos factores y cualquier cambio impacta la dinámica instaurada. Es más, según la ficha técnica este medicamento lo adquiere oficinas centrales y de ahí se distribuye a las distintas Unidades requerentes; de ahí que cambios en el embalaje tiene incidencia en el alistado y despacho tanto en bodegas centrales como en las Unidades receptoras. Si a lo interno del Área de Almacenamiento ya están familiarizados con este empaque no se encuentra razón para obligarlos a aceptar un embalaje de mayor tamaño que el comúnmente utilizado. En cuanto a los beneficios que en criterio del objetante obtendría la CCSS, como la disminución del espacio y el máximo aprovechamiento de las bodegas ello responde a una inferencia no acreditada. Una conclusión de este tipo sería posible si el espacio de las bodegas se analiza con un fin de optimización, pero empaques más grandes no necesariamente hacen la bodega más eficiente, ello depende de la distribución interna, movimiento del medicamento, tarimas, etc. que se utilicen pero también de las condiciones físicas de quienes reciben el producto, para quienes empaques terciarios más grandes podrían comprometer más el espacio destinado. Otra de las ventajas sugeridas por el objetante de que el manejo de inventario en los centros hospitalarios se puede facilitar es tan solo una posibilidad porque los empaques en sí mismos son más grandes y también requieren espacios más amplios. El objetante menciona que este empaque puede reducir el riesgo de un mal manejo del producto y un mejor control de los lotes en fechas de fabricación y caducidad, así como repercusiones positivas en la cadena de suministro, lo que tampoco tiene sustento en ningún hecho objetivo. Así las cosas, **para este extremo el recurso de objeción se declara sin lugar, aún cuando más que una objeción es una alternativa propuesta a la Administración.**

**C. CONSIDERACIÓN DE OFICIO.** De conformidad con el artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas n.º 9635 del 3 de diciembre de 2018 y el Decreto Ejecutivo n.º 41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley n.º 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	JEANINE HERRERA ARIAS	Estado firma	La firma es válida
-----------	-----------------------	--------------	--------------------

<b>Fecha aprobación(Firma)</b>	07/11/2024 14:14	<b>Vigencia certificado</b>	20/05/2024 15:21 - 19/05/2028 15:21
<b>DN Certificado</b>	CN=JEANINE HERRERA ARIAS (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=JEANINE, SURNAME=HERRERA ARIAS, SERIALNUMBER=CPF-01-0691-0644		
<b>CA Emisora</b>	CN=CA SINPE - PERSONA FISICA v2, OU=DIVISION SISTEMAS DE PAGO, O=BANCO CENTRAL DE COSTA RICA, C=CR, SERIALNUMBER=CPJ-4-000-004017		

<b>Encargado</b>	FERNANDO MADRIGAL MORERA	<b>Estado firma</b>	La firma es válida
<b>Fecha aprobación(Firma)</b>	07/11/2024 14:14	<b>Vigencia certificado</b>	17/05/2024 15:22 - 16/05/2028 15:22
<b>DN Certificado</b>	CN=FERNANDO MADRIGAL MORERA (FIRMA), OU=CIUDADANO, O=PERSONA FISICA, C=CR, GIVENNAME=FERNANDO, SURNAME=MADRIGAL MORERA, SERIALNUMBER=CPF-02-0652-0911		
<b>CA Emisora</b>	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

<b>Fecha/hora máxima adición aclaración</b>	12/11/2024 23:59		
<b>Número resolución</b>	R-DCP-SICOP-01769-2024	<b>Fecha notificación</b>	07/11/2024 14:15