

**AUTORIDAD DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DEFENSA DE LA
COMPETENCIA (ACODECO)
DIRECCIÓN NACIONAL DE LIBRE COMPETENCIA**

SUMINISTRO DE OXÍGENO MÉDICO, TIPO I Y II, EN ACTOS DE COTIZACIÓN EN LÍNEA COMPRAS MESA COVID 19, ACTOS PARA LA CAJA DE SEGURO SOCIAL (CSS) Y EL MINISTERIO DE SALUD (MINSAL) Y OTROS ACTOS DE OXÍGENO MÉDICO DIRIGIDOS A LA CSS Y EL MINSAL.

INFORME TÉCNICO

-EXPEDIENTE N° AC-001-22

Fecha: 11 de julio de 2022

I. Antecedentes

En atención a denuncia recibida en la Dirección Nacional de Libre Competencia (DNLC) de ACODECO, el 28 de marzo de 2022 de la firma de abogados ICAZA, GONZÁLEZ-RUIZ & ALEMÁN, apoderados especiales de PRAXAIR PANAMÁ, S.A., que plantea a la letra lo siguiente: *“(…) la ejecución de ciertos actos, por parte de la Caja de Seguro Social y del Ministerio de Salud, en el contexto de licitaciones públicas, que han venido afectando negativa y sistemáticamente a nuestra representada, en violación flagrante de lo dispuesto en los artículos 3 y 7 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, según ha sido modificada de tiempo en tiempo, en cuantos a los principios de libre competencia y libre concurrencia económica que por mandato legal deben imperar, incluso en las instituciones y dependencias del Estado. Dicha violación a los principios de libre competencia y libre concurrencia se han dado en el mercado nacional de gases industriales, particularmente oxígeno médico.”*

Además, fundamenta su denuncia administrativa en los siguientes hechos:

“PRIMERO: PRAXAIR PANAMÁ, S.A. es una sociedad anónima constituida de conformidad con las leyes de la República de Panamá, que cuenta con Avisos de Operación No. 436-287-95110-2009-166386, No. 436-287-95110-2018-565539-S2, y No. 436-287-95110-2009-166386-S1, que la facultan para la distribución de dispositivos médicos y productos afines, comercialización de dispositivos médicos y productos afines, el almacenamiento de dispositivos médicos y productos afines, la importación de dispositivos médicos y productos afines, la fabricación y distribución al por mayor de gases para la industria y oxígeno para uso médico, el envasado y acondicionamiento para distribución de gases para la industria y oxígeno para uso médico, y la compra y venta al por mayor de gases para la industria y oxígeno para uso médico, en el territorio nacional. Además, cumple cabalmente con la

legislación panameña y cuenta con el personal idóneo para el ejercicio de la actividad mercantil a la que se dedica.

SEGUNDO: Los días 14 y 17 de mayo de 2021, el Ministerio de Salud publicó en el portal electrónico de PanamáCompra las siguientes seis (6) solicitudes de cotización bajo modalidad "Cotización en línea-compras Mesa COVID-19", para la compra de oxígeno médico Tipo I, Clase C, Ficha Técnica 21560, y tipo II, Clase C, Ficha Técnica 100413, todas para el Hospital Aquilino Tejeira, en Penonomé, Provincia de Coclé:

1. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007463, publicada el 15 de mayo de 2021.
2. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007468, publicada el 17 de mayo de 2021.
3. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007469, publicada el 17 de mayo de 2021.
4. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007470, publicada el 17 de mayo de 2021.
5. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007471, publicada el 17 de mayo de 2021.
6. Solicitud de Cotización No. 2021-0-12-202-02-CL-007472, publicada el 17 de mayo de 2021.

Para todas y cada una de las antes detalladas solicitudes de cotización, PRAXAIR PANAMA, S.A., al igual que Aceti-Oxígeno, S.A., presentaron oportunamente sus respectivas propuestas, y en todas y cada una PRAXAIR PANAMA, S.A., presentó una oferta económica más baja que su competidor Aceti-Oxígeno, S.A. Pese a lo anterior y sin explicación formal alguna, todo lo relacionado con el procedimiento de contratación pública desapareció del portal Panamá Compra, impidiendo la concreción del proceso competitivo mediante adjudicación a nuestra representada en claro detrimento de la misma. Lo que es peor aún, hay evidencia de que la empresa competidora de nuestra representada, Aceti-Oxígeno, S.A., ha estado supliendo el oxígeno al Hospital Aquilino Tejeira.

Aun en condiciones especiales, como es el caso de la declaración del Estado de Emergencia hecha mediante Resolución de Gabinete No. 11 del 13 de marzo de 2020, durante el cual se aplica el procedimiento especial de adquisiciones de emergencia que contempla el artículo 85 y ss. de la Ley 22 de 2006, en su Texto Único, no está excluida la publicación en el portal PanamáCompra de los trámites e incluso del informe final de contrataciones realizadas que se debe presentar al Consejo de Gabinete una vez finalizado el término establecido para el Estado de Emergencia.

TERCERO: El 19 de julio de 2021, la Caja de Seguro Social publicó en el portal electrónico de PanamáCompra el Aviso de Convocatoria, bajo la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005

(Ley del Seguro Social), Acto No. 2021-1-10-0-08-LP-421884, para la adquisición por compra de oxígeno médico Tipo I, Clase C, con destino al Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos.

El proceso de compra, nuestra representada, PRAXAIR PANAMA, S.A. y su competidora Aceti-Oxígeno, S.A. presentaron oportunamente sus respectivas propuestas económicas, luego de lo cual nuestra representada resultó adjudicataria del proceso de compra, tal cual consta en Solicitud Pedido No. 1000772458-08-106/3000332262 de 19 de agosto de 2021.

No obstante lo anterior, el Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos se ha negado de manera reiterada (i.e. 26 de agosto de 2021, 16 y 23 de septiembre de 2021, y 21 de diciembre de 2021), bajo el argumento de que la descripción del envase, en el Registro Sanitario número 81077, indica "cilindro con válvula para Oxígeno Gaseoso de Acero al Cromo –Molibdeno (Válvula Cromada), y los presentados para entrega no cuentan con la válvula cromada. Lo anterior, a pesar de que en los documentos de la convocatoria al proceso de compra, e incluso en la Ficha Técnica No. 21860 que establece las especificaciones del producto, no se hace mención a la exigencia de válvulas cromadas.

Nuestra representada le ha explicado en reiteradas ocasiones a los representantes del Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos que la válvula cromada sólo tiene esta característica en su parte exterior, no interior; el color plateado de la parte externa de la válvula corresponde a un baño cromado; internamente las válvulas son de bronce, por lo que el producto (oxígeno) en cualquiera de los casos está en contacto directo con la parte interna de la válvula y técnicamente no existen diferencias en su funcionamiento, la diferencia es sólo estética, por lo tanto, al no tratarse de una característica sustancial, no puede constituirse en un incumplimiento de las condiciones técnicas exigidas. En el Registro Sanitario de dicho producto, cuando se describe el envase como "Cilindro con válvula para Oxígeno Gaseoso: Aleación de Acero al Cromo-Molibdeno" no se hace referencia al material de la válvula, sino al material del cilindro como tal, y en caso de que se refiriera a la válvula, una aleación de acero al cromo-molibdeno no es lo mismo que una válvula cromada.

La Resolución No. 327 del 8 de julio de 1999, del Ministerio de Comercio e Industrias, aprueba el Reglamento Técnico No. 15-77-99 sobre productos químicos para uso industrial, el cual dispone en su numeral 9 que el oxígeno deberá envasarse en cilindros metálicos adecuados para su seguridad y manejo, y que en todo lo referente al envasado, manejo y almacenamiento las empresas que produzcan o comercialicen oxígeno deberán ceñirse a las normas que establezcan la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos, en materia de gases comprimidos. En este sentido, la Oficina de Seguridad del Cuerpo de Bomberos hace uso de los estándares internacionalmente reconocidos. La literatura ampliamente conocida y disponible sobre los estándares internacionales reconoce que los cilindros en los que se

envasa el oxígeno principalmente se fabrican de acero con alguna aleación, de la cuales la más generalizada es la de acero-cromo –molibdeno por ser más livianos y resistentes.

El artículo 3 de la Resolución No.38,491-2006-J.D. de 21 de febrero de 2006, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social reglamentó el procedimiento de contratación para la Caja de Seguro Social, dispone que en el procedimiento de selección de contratista que celebre la Caja de Seguro Social debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública (i.e Ley 22 de 2006, en su Texto Único). El numeral 3 del artículo 22 de la Ley 22 de 2006, en su Texto Único, dispone que el Contratista tiene derecho a que se le reciba los bienes y que se le emita un documento de recepción. En adición, el artículo 113 de la misma Ley 22. dispone que las entidades estarán obligadas a recibir los bienes, los servicios y las obras por parte de los contratistas, y a emitir el documento de recepción en un plazo máximo de cinco días hábiles. Si las entidades no emiten el documento de recepción en dicho plazo, deberán explicar por escrito los motivos en que se fundamenta la no emisión.

Por lo anterior, consideramos que en este caso no existe justificación legal para negarse a recibir los bienes contratados (i.e. cilindros de oxígeno).

CUARTO: Mediante Pliego de Cargos No. 2021-1-10-0-03-LP-425963 publicado en el portal electrónico de PanamáCompra el 3 de agosto de 2021. a las 2:41 pm, la Caja de Seguro Social, Sede Complejo Manuel Amador Guerrero, en la Ciudad y Provincia de Colón, invitó a proponentes interesados en suministrar “oxígeno médico Tipo 1, Clase C 99% 14.909 metros cúbicos de oxígeno, que sean compatible con las tuberías instaladas en el C.H.M.A.G. y éstas a su vez puedan distribuir dicho insumo.” (El subrayado es nuestro)

A dicho acto de contratación pública concurren y presentaron propuesta, PRAXAIR PANAMÁ S.A. y ACETI-OXÍGENO, S.A., y pese a que la propuesta de PRAXAIR PANAMA, S.A fue la más baja, se le adjudicó a ACETI-OXÍGENO, S.A. porque PRAXAIR PANAMA, S.A. “no cumple por no ser compatible con las tuberías instaladas en el CHMAG...” (El subrayado es nuestro)

El oxígeno médico requerido conforme al Pliego de Cargos era Tipo 1. La Resolución No. 327 del 8 de julio de 1999, del Ministerio de Comercio e Industrias aprobó el Reglamento Técnico No. 15-77-99 sobre Productos Químicos para uso Industrial, Oxígeno, Especificaciones, cuyo artículo primero, numeral 3 (Clasificación), dispone que “el oxígeno gaseoso se clasificará como Tipo 1 y el oxígeno líquido como Tipo II”. (El Subrayado es nuestro) Además, dispone que la “Clase C” se refiere a uso médico, para propósitos de terapia respiratoria, en forma conjunta con otros gases en la anestesia.

Pese a lo anterior, el oxígeno compatible con las tuberías instaladas en el CHMAG resultó ser líquido, es decir Tipo II, conforme dispone el citado Reglamento Técnico No. 15-77-99.

Ante cuestionamiento formulado por parte de PRAXAIR PANAMA, S.A. la respuesta recibida de manera verbal fue que se trató de un error en el Pliego de Cargos, sin embargo, en el documento de adjudicación a Aceti-Oxígeno S.A. se mantiene la información inicial de la descripción de la convocatoria de PanamáCompra para oxígeno Tipo I.

El requerimiento de “compatibilidad con las tuberías instaladas en el CHMAG” excluye sino a todo otro agente económico competidor a la mayoría de ellos, y esto constituye una práctica restrictiva del principio de libre competencia y de libre competencia que ordenan los artículos 3 y 7 de la Ley 45 de 2007, modificada de tiempo en tiempo.

QUINTO: El día 22 de octubre de 2021, la Caja de Seguro Social publicó en el portal electrónico de Panamá Compra, Aviso de Convocatoria para Licitación de Mayor Cuantía (Acto No. 2021-1-10-0-08-LP-439370), para la adquisición de oxígeno médico Tipo I, Clase C, destinado al Complejo Hospitalario Dr. Arnulfo Arias Madrid.

A pesar de que PRAXAIR PANAMA, S.A. presentó en tiempo oportuno su propuesta económica, la Caja de Seguro Social decidió, mediante Resolución de Cancelación No. 1000798047 del 26 de octubre de 2021, cancelar la licitación, con base en el artículo 74 de la Ley 22 de 2006 en su Texto Único.

El mismo 26 de octubre de 2021, la Caja de Seguro publicó en el portal electrónico de PanamáCompra el Aviso de Convocatoria, bajo la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 (Ley del Seguro Social), Acto No. 2021-1-10-0-08-LP-439768, para la adquisición por compra de oxígeno médico Tipo I, destinado al Complejo Hospitalario Dr. Arnulfo Arias Madrid, la cual fue adjudicada a Aceti- Oxígeno, S.A., como único proponente, mediante Resolución No. DP-CHDRAAM-374-2021-D.A.

Este tipo de procedimiento afecta de manera negativa la libre competencia y libre competencia de PRAXAIR PANAMA, S.A. en procesos de contratación pública.” (Sic)

Plantea el denunciante que, a pesar de existir la excepcionalidad de los procesos en la contratación pública, bajo el estado de emergencia declarado por Consejo de Gabinete, no hay norma que suprima el respeto a los principios de libre competencia y competencia.

En atención a lo antes descrito, la DNLC abrió el expediente Denuncia 001-2022 de 28 de marzo de 2022, procedió a analizar la información y documentación aportada, determinando realizar abogacía de la libre competencia a la CSS y MINSAL, con la finalidad de facilitar la realización de actos de licitación que permitan la libre competencia económica y libre competencia de competidores actuales y potenciales, interesados por participar en los actos de licitación pública, considerando la legislación nacional en temas de contrataciones públicas Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006¹, la Ley 1 de 10 de enero de 2001

¹ Modificado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020.

sobre Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana (Ley 1 de 2001), la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 de la CSS (Ley 51 de 2005) y la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante Ley 45).

II. Aplicabilidad de la Ley 45

El artículo 3 de la Ley 45 permite que la entidad contratante se pueda asegurar de resguardar los principios de libre competencia y concurrencia, consultando a la ACODECO si el pliego de la Licitación Pública referida es conforme a esta ley.

Artículo 3. Monopolios y actuaciones oficiales:

...

El Estado velará por que en sus decisiones y actos administrativos se resguarden los principios de libre competencia y libre concurrencia económica, señalados en esta Ley. A tal efecto, todos los municipios, instituciones autónomas o semiautónomas e instituciones estatales en general podrán solicitar concepto a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en adelante la Autoridad, cuando en el ámbito de sus decisiones se pueda afectar la libre competencia o la protección al consumidor.

...

ACODECO como entidad garante de la protección a la libre competencia económica, tiene facultades expresas de coordinación y abogacía en aquellos casos que considere que existe la posibilidad de restringir el acceso a los mercados de bienes y/o servicios. Los numerales 4 y 5 del artículo 86 de la Ley 45 establecen como funciones las siguientes:

Artículo 86. Funciones de la autoridad. La Autoridad tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

...

4. Establecer mecanismos de coordinación con otras entidades del Estado, para la protección al consumidor y para la prevención de las prácticas restrictivas de la competencia.

5. Realizar abogacía de la libre competencia ante los agentes económicos, asociaciones, instituciones educativas, entidades sin fines de lucro, organizaciones de la sociedad civil y la Administración Pública, a través de la cual podrá recomendar, mediante informes técnico-jurídicos, la adopción o modificación de cualquier trámite o requisito propio de algún sector de la economía nacional o realizar estudios a fin de promover y fortalecer la competencia del mercado.

...

En concordancia con la norma antes señalada, los artículos 7 y 8 del Decreto Ejecutivo 8-A de 22 de enero de 2009 por el cual se reglamenta el Título I (del Monopolio) y otras disposiciones de la Ley 45, disponen lo siguiente:

“Artículo 7. Opiniones. En concordancia con el inciso 2 del artículo 3 de la Ley, cuando los organismos o entidades de la Administración Pública formulen anteproyectos de leyes, reglamentos, decretos o resoluciones, o negocien acuerdos, convenios o tratados internacionales, que tengan relación con el proceso de libre competencia económica y libre concurrencia, dichas dependencias procurarán obtener la opinión de la Autoridad.

Artículo 8. Recomendaciones. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 de este Decreto Ejecutivo, la Autoridad podrá emitir recomendaciones de oficio, cuando los organismos o entidades de la Administración Pública, cualesquiera sea su naturaleza o nivel de organización, ejecuten actos de cualquier naturaleza, dentro del ámbito de sus atribuciones, que tengan relación con los principios de libre competencia y libre concurrencia económica o puedan afectarlos....”

En el marco de las funciones descritas, en lo que sigue nos pronunciaremos sobre los actos de licitación pública objetos de la denuncia.

III. La licitación pública

Al realizar un análisis, desde la perspectiva del orden jerárquico que mantienen nuestras leyes, una general, la Ley 22 de 2006, y dos especiales, la Ley 1 de 2001 y Ley 51 de 2005, se encuentra en supremacía la Constitución Política de la República de Panamá, que en materia de licitación pública, en el artículo 266 establece lo siguiente:

“Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, **las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas** o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda la licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación”. (resaltado nuestro)

La disposición constitucional antes enunciada, nos indica que los criterios de uso y asignación de fondos públicos, a través de licitación, deben desarrollarse en condiciones que permitan un mayor beneficio y menores costos para el interés general de la población, generando con ello ahorros al Estado.

En este sentido, los aspectos valorativos que constituyen los requisitos y especificaciones técnicas del pliego de cargos, concernientes a las fichas técnicas: 21860 (Tipo I – gas) y 100413 (Tipo II – líquido), siguen de apego, el Reglamento Técnico DGNTI-COPANIT No. 15-77-99, para productos químicos de uso industrial², del Ministerio de Comercio e Industrias (MICI), en especial el oxígeno, para su venta o comercialización, sin prestarse a interpretaciones subjetivas o equivocadas, cuando existe una norma técnica que lo reglamenta³, al momento de adjudicar, haciendo un llamado a seguir el interés general, que posibilita la mayor concurrencia de empresas o proveedores que permitan a todos competir, y elegir al ganador.

IV. Análisis de los requisitos y mejoras en el diseño del pliego de cargos

Las posibilidades de que exista una libre competencia económica y libre concurrencia (nuevos competidores) en estos actos licitatorios, es mayor, si se establecen ciertas mejoras al diseño y requisitos solicitados en el pliego de cargos, que no generen barreras en la entrada de competidores actuales y potenciales, lo que puedan permitir una mayor cantidad de proveedores o agentes económicos interesados en participar del acto público, sin disminuir las exigencias de calidad, garantías, seguridad y cumplimientos, en el caso específico de las fichas técnicas 21860 y 100413, solicitadas en los pliegos de cargos por parte de las unidades ejecutoras de las instituciones públicas de salud (MINSA y CSS), que se basan en la norma DGNTI-COPANIT N°15-77-99.

La igualdad en la participación de diferentes agentes económicos en los actos públicos, implica que no existan procedimientos o condiciones que puedan favorecer a unos, en perjuicio de otros, independientemente del modelo de compras públicas a realizar, así sea mediante cotización en línea, licitación pública u otras, cuyo fin debe ser el mayor beneficio para el Estado, mediante la adquisición de bienes a menores costos.

Al considerar en primera instancia, las seis (6) cotizaciones en línea, enunciadas arriba, por el denunciante, llevadas a cabo en la mesa (MINSA/CSS), considerando el Estado de Emergencia por la pandemia, buscando una mayor celeridad en el proceso, realizadas por el Hospital Aquilino Tejeira, debemos tomar en cuenta, que, en cada una de las cotizaciones en línea mencionadas, la entidad publicó nota el 17 de diciembre de 2021, anulando el proceso de cotización, ya que el precio no corresponde a la compra y debido al cierre fiscal. La entidad está facultada a tomar este tipo de decisiones, ya que está en la etapa de seleccionar al contratista, mediante la publicación de una cotización, de bienes y servicios, es decir, no es un procedimiento de selección de contratistas (acto público), conforme a la herramienta habilitada en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas, denominada Plataforma de

² https://www.mici.gob.pa/uploads/media_ficheros/2019/07/2/normas-y-tecnologia-industrial/rt/rt-dgnti-copanit-15-77-1999.pdf

³ La ACODECO (antes CLICAC) fue miembro participante del Reglamento Técnico en referencia.

Cotizaciones en Línea, basada en los preceptos legales contenidos en el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017.

En adición a lo anterior, si la empresa denunciante, posee cualquier evidencia o información, donde considere que se favoreció ilícitamente a otra empresa, sin realizar una cotización en línea o pudiendo existir un tema de corrupción de funcionarios públicos, en la adquisición de oxígeno médico (Tipo I o Tipo II), por parte del Hospital Aquilino Tejeira, deben ser presentadas ante el Ministerio Público, para su debida investigación.

Por otra parte, referente al acto 2021-1-10-0-08-LP-421884 del Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos (CSS), para la compra de oxígeno médico tipo I, ficha técnica 21860, cantidad 345, cilindro de 5.66 mts, por un precio de referencia de B/. 9,867.00, participando en el acto, Acetioxígeno, S.A. y Praxair, S.A. La oferta que presentó el menor precio fue de B/. 9,315.00 por parte de Praxair, S.A, elaborándose a su favor Orden de Compra 19-08-2021. Sin embargo, según la empresa denunciante, al intentar realizar las entregas en distintas fechas (26 de agosto de 2021, 16 y 23 de septiembre de 2021, y 21 de diciembre de 2021), la unidad ejecutora, se niega a recibirla, bajo el argumento de que la descripción del envase, en el Registro Sanitario número 81077, indica “cilindro con válvula para Oxígeno Gaseoso de Acero al Cromo –Molibdeno (Válvula Cromada), y los presentados para entrega no cuentan con la válvula cromada”.

Al realizar, el análisis de los requisitos del oxígeno, siguiendo la norma DGNTI-COPANIT N°15-77-99, se mencionan tres (3), que son: 4.1 Pureza, 4.2 Humedad, y en el punto **4.3 El oxígeno Tipo I y Tipo II, Clase C, deberá obtener un Registro Sanitario expedido por el Ministerio de Salud**. En este punto sobre registro sanitario (numeración), no se menciona color de la válvula.

A su vez, en el punto 5.2.1 Oxígeno del tipo I, gas, dice lo siguiente: “La presencia o ausencia de gases que posean olor se determina abriendo **la válvula del recipiente** y oliendo el gas que se escapa. La presencia de cualquier olor será causa de rechazo”. En este punto, no se menciona tampoco el color de la válvula.

En la revisión de los documentos contenidos en el pliego de cargos, de dicho acto público (2021-1-10-0-08-LP-421884), no se logra corroborar, en las condiciones especiales, en el formulario de propuestas, y en los demás documentos adjuntos al acto, información sobre el color de la válvula, aspecto que no debe incidir sobre el contenido del producto.

Al respecto, consideramos que si el oxígeno médico tipo I (ficha técnica 21860), cumple con los requisitos arriba mostrados, y por ende cumple con la Norma Técnica, se debería aceptar el producto, permitiendo las mismas posibilidades de participación, a todos los agentes económicos, que cumplen con la Norma Técnica y los requisitos solicitados. A su vez, existe una orden de compra publicada el 14-09-2021 a las 9:45 a.m., fechada el 19-08-2021, que la entidad debió considerar, y la no aceptación del oxígeno médico en reiteradas ocasiones,

desvirtúa la razón de ser de los actos de contratación pública, que es permitir al Estado generar ahorros en las compras públicas a través del funcionamiento de la libre competencia.

Es importante establecer, que la empresa denunciante, suministró información de diferentes actos públicos donde ha participado y ha sido adjudicada, ofertando el mismo tipo de oxígeno médico, ficha técnica 21860, cumpliendo con la Norma Técnica, en otras unidades ejecutoras, de la CSS como: Policlínica Dr. Blas Daniel Chetro (Arraiján), Hospital Hogar de la Esperanza (Veracruz), Policlínica de San Miguelito Manuel María Valdes y Policlínica Roberto Ramírez De Diego, sin confrontar dichos inconvenientes, aseverando inclusive, que en el Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos, existen cilindros similares de la competencia (sin válvula cromada), sin que hayan sido objetados, pues consideran que el color de la válvula es indiferente al contenido del cilindro. El despacho considera que este tipo de situaciones deben ser advertidas por el denunciante ante la entidad contratante y puestas en conocimiento de la DGCP y el Ministerio Público.

Siguiendo el orden de las denuncias hechas por la empresa afectada, la CSS, mediante el Complejo Hospitalario Dr. Manuel Amador Guerrero (CHMAG), ubicado en la ciudad de Colón, realizó el acto 2021-1-10-03-LP-425963, para la adquisición de 14,909 metros cúbicos de oxígeno médico tipo I, ficha técnica 21860 (cilindros de gas), precio unitario de B/.5.03 y cuyo precio de referencia es B/.74,992.27. Al momento de la presentación de propuestas, Praxair ofertó un menor precio unitario de B/. 4.43 el metro cúbico totalizando su oferta en B/.66,046.87, y Acetioxígeno oferta el precio unitario mayor de B/.5.03 que totaliza su oferta en B/.74,992.27.

Sin embargo, en la evaluación de este acto, publicada el 19-08-2021 a las 10:15 a.m., un requisito a considerar, por la entidad, es que el oxígeno médico tipo I clase C 99%, sea compatible con las tuberías instaladas en el CHMAG y esta a su vez pueda distribuir dicho insumo. Por tanto, la evaluación de Praxair es no cumple, y la de Acetioxígeno es cumple.

El requisito de compatibilidad incluido en el pliego de cargos, con las tuberías instaladas en el CHMAG, permite solamente que el proveedor de oxígeno médico tipo II, sea el que provea el oxígeno médico tipo I, razón que impide que puedan participar agentes económicos en capacidad de proveer oxígeno médico tipo I clase C 99%. Para proveer oxígeno médico tipo I, no se hace necesario adicionar requisitos para proveer oxígeno médico tipo II, ya que se estaría beneficiando a un proveedor en especial, que ya es proveedor de otro tipo de oxígeno médico el tipo II. Consideramos que si la entidad contratante, al momento de publicar el acto, se equivocó en el objeto de contrato, y en vez de ser oxígeno médico Tipo I, era oxígeno médico Tipo II, debió suspender el acto o cancelar el mismo a tiempo, sin que se pudiesen ver afectadas las empresas ofertantes, dado que su error, no es atribuible a los proveedores y no debieron ser omitidas por la entidad.

Para incentivar la libre competencia en los actos para la compra de oxígeno, se debe evitar en la medida de lo posible, requisitos muy específicos, en el sentido de que sean excluyentes o discriminatorios. Los actos de contratación se deben diseñar de tal forma, que incentiven la participación de todo agente económico interesado en ofertar.

Por otro lado, el Hospital Arnulfo Arias Madrid (CSS), publicó el 22 de octubre de 2021, acto 2021-1-10-0-08-LP-439370, bajo el procedimiento de la Ley 51 de CSS, para la adquisición de oxígeno médico tipo I ficha técnica 21860, cantidad de 39,648 metros cúbicos, cuyo acto posteriormente fue cancelado, el 26 de octubre de 2021, mediante Resolución N°1000798047 que resuelve cancelar el acto, utilizando la Ley 22 de 2006 ordenada por la Ley 153, artículo 74, de manera supletoria.

No obstante, el mismo 26 de octubre de 2021, publican un acto, mediante numeración 2021-1-10-0-08-LP-439768, solicitando oxígeno médico tipo I ficha técnica 21860, cantidad 39,648 metros cúbicos, con el mismo precio de referencia de B/. 199,429.44, sin embargo, al comprobar la información establecida en el pliego de cargos, para el cumplimiento de las especificaciones técnicas, incluyen otros requisitos adicionales, al cumplimiento de la Norma Técnica DGNTI-COPANIT N°15-77-99 y la ficha técnica 21860 para cilindro de gas, siendo estos: que el oferente tenga certificación DOT para cada cilindro y certificación tipo ISO 9001 o similar de carácter internacional reconocido.

En este nuevo acto público, solo participó un proponente Acetioxígeno, S.A., que, según el denunciante, la única empresa que cuenta con esos dos requisitos adicionales, es la empresa Acetioxígeno, S.A., por tanto, la empresa competidora, Praxair, no pudo presentar propuesta, ya que no cumpliría con esos dos requisitos, no solicitados en otros hospitales o unidades ejecutoras y que son especificaciones, que limitan la concurrencia de otros oferentes.

Es deber de toda entidad contratante, seguir los procesos de manera transparente, y diseñar el acto que permita competencia, en igualdad de condiciones, entre empresas que se interesan en participar, en la búsqueda de fomentar una mayor competencia. Es necesario que la Caja de Seguro Social y la Dirección General de Contrataciones Públicas, analicen si solicitar dichas certificaciones DOT y normas ISO 9001, son condiciones accesorias y no determinantes del cumplimiento de la Norma Técnica DGNTI-COPANIT N°15-77-99, para la comercialización de oxígeno médico, ya que esas nuevas condiciones, incluidas en dicho acto, pueden terminar impidiendo la competencia en actos de contratación pública.

V. Recomendaciones

Realizar abogacía de la competencia ante las instituciones de salud (MINSA y CSS), para que al momento de elaborar los pliegos de cargos, para la compra de bienes requeridos para prestar sus servicios, tipo oxígeno médico los diseñen buscando incentivar la libre

competencia, minimizando las restricciones o especificaciones, que solo motiven y permiten la participación de pocos o solo un proponente, en perjuicio de la mayoría de agentes interesados en participar, y del Estado, que no logra ahorros cuando se impide o limita la libre competencia y/o concurrencia.

Hacer partícipe de la abogacía de competencia ante la CSS y MINSA a la DGCP e invitarlo a trabajar de forma conjunta para favorecer la libre competencia en los actos de contratación pública.

06 de agosto de 2022

DNLC-MAC-112-2022/ha-mr

Doctor

LUIS FRANCISCO SUGRE
Ministro del Ministerio de Salud
Ciudad.

E. S. D.

Dirección General de Contrataciones Públicas
Ministerio de Salud
DESPACHO SUPERIOR
RECIBIDO / RECEPCION
Recibido por: *[Firma]*
Fecha: 18/8/2022
Hora: 9:40
18/8/22 Hora: 10:52

Respetado Ministro:

Reciba usted, de los miembros de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), un cordial saludo y deseos de éxitos.

La ACODECO, como entidad encargada de velar por la defensa de la competencia, en respuesta a denuncia recibida el 28 de marzo de 2022, realiza abogacía de la libre competencia mediante Informe Técnico AC-001-22, a la Caja de Seguro Social (CSS) y el Ministerio de Salud (MINSAs), con la finalidad de recomendar mejoras en el diseño de los pliegos de cargos, facilitando la realización de procedimientos de selección de contratistas, que permitan la libre competencia económica y libre concurrencia de competidores actuales y potenciales, interesados por participar en los actos de licitación pública, considerando la legislación nacional en temas de contrataciones públicas el Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006¹, la Ley 1 de 10 de enero de 2001 sobre Medicamentos y otros Productos para la Salud Humana (Ley 1 de 2001), la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 de la CSS (Ley 51 de 2005) y la Ley 45 de 31 de octubre de 2007 sobre Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante Ley 45).

En particular, respecto a lo planteado en la denuncia: “(...) la ejecución de ciertos actos, por parte de la Caja de Seguro Social y del Ministerio de Salud, en el contexto de licitaciones públicas, que han venido afectando negativa y sistemáticamente a nuestra representada, en violación flagrante de lo dispuesto en los artículos 3 y 7 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, según ha sido modificada de tiempo en tiempo, en cuantos a los principios de libre competencia y libre concurrencia económica que por mandato legal deben imperar, incluso en las instituciones y dependencias del Estado. Dicha violación a los principios de libre competencia y libre concurrencia se han dado en el mercado nacional de gases industriales, particularmente oxígeno médico.”

Actuando de conformidad con el artículo 86, numeral 5 de la Ley 45, y mediante el Informe Técnico AC-001-22, recomendamos a la CSS y MINSAs, realizar mejoras en el diseño y elaboración de los pliegos de cargos, para la compra de bienes y servicios, requeridos por las unidades ejecutoras de salud, en este sentido, el oxígeno médico tipo I (ficha técnica 21860) y el oxígeno médico tipo II (ficha técnica 100413), buscando incentivar la libre competencia, minimizando las restricciones o especificaciones, que solo motiven y permitan la participación de pocos o un solo proponente, en perjuicio de la mayoría de agentes

¹ Modificado por la Ley 153 de 8 de mayo de 2020.

económicos interesados en participar, y del propio Estado, que no logra ahorros en su presupuesto, cuando se impide o limita la libre competencia económica y/o libre concurrencia.

Hacer participe de la abogacía de competencia a la CSS, MINSA y a la Dirección General de Contrataciones Públicas e invitarlos a trabajar de forma conjunta para favorecer la libre competencia en los actos de contratación pública, en atención a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 45, que a la letra dice:

“Artículo 3.

...

El Estado velará por que en sus decisiones y actos administrativos se resguarden los principios de libre competencia y libre concurrencia económica, señalados en esta Ley. A tal efecto, todos los municipios, instituciones autónomas o semiautónomas e instituciones estatales en general podrán solicitar concepto a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, en adelante la Autoridad, cuando en el ámbito de sus decisiones se pueda afectar la libre competencia o la protección al consumidor.”

La ACODECO, garante de las buenas relaciones que siempre han mantenido con el MINSA, se mantendrá anuente en analizar este y otros temas que son de gran interés para ambas entidades.

Agradeciendo la atención que le brinde a la presente, me despido de usted.

Atentamente,


MARCO A. CARRIZO C.

Director Nacional de Libre Competencia



Adjuntamos Informe Técnico No. AC-001-22

cc. Raphael Ariel Fuentes G. Director General de Contrataciones Públicas.