

DIVISIÓN JURÍDICA

Al contestar refiérase
al oficio No. **07238**

29 de julio, 2010
DJ-3024

Licenciada
Lorena Herradora Chacón
Provedora General
Banco Nacional de Costa Rica

Estimada señora:

Asunto: Se concede refrendo condicionado al contrato suscrito entre el Banco Nacional y la empresa Compañía de Máquinas de Costa Rica CDM S.A., para la adquisición mediante el mecanismo de entrega según demanda, de máquinas contadoras de billetes y monedas, tramitado mediante Licitación Pública N° 2009LN-000011-01.

Nos referimos a su oficio L-4182-2010 de fecha 23 de junio del 2010, recibido en este órgano contralor el día 24 de igual mes y año, por medio del cual solicita el refrendo legal del contrato suscrito entre el Banco Nacional y la empresa Compañía de Máquinas de Costa Rica CDM S.A., correspondiente a la adquisición de máquinas contadoras de billetes y monedas mediante el mecanismo de entrega según demanda, derivado de la Licitación Pública N° 2009LN-000011-01.

Sobre el particular, una vez realizado el estudio de rigor, devolvemos el contrato de mérito debidamente refrendado por este Despacho, no obstante sujeto a los condicionamientos que de seguido indicaremos, cuya verificación será responsabilidad exclusiva de la señora Lorena Herradora Chacón, en su condición de Provedora General del Banco licitante, o quien ejerza este cargo. En caso que no resulte competente para verificarlas, será su responsabilidad instruir o bien comunicar a la dependencia que corresponda, para ejercer el control sobre estas condiciones las cuales consisten en las siguientes:

1. En el encabezado del contrato se hace referencia a una adjudicación parcial de los términos de la contratación, aspecto que se atribuye a un error material, en vista que lo que se ha efectuado en el caso es una adjudicación completa del contenido de cada uno de los ítems que comprendió el procedimiento licitatorio desarrollado, por lo que en este extremo entiéndase que la contratista resultó adjudicada –si bien sobre la base de un precio unitario en razón de la modalidad utilizada– de la totalidad del objeto contractual y no de manera parcial.¹

¹ Lo anterior, pese a la explicación que se brinda por la Administración en el oficio L-2246-2010 visible a folio 750 del Tomo II del expediente, ante consulta en el mismo sentido efectuada por la empresa adjudicataria.

2. En punto a lo dispuesto en el apartado 11.2 de la cláusula décima primera del contrato, tome en cuenta la Administración que en caso de atrasos imputables al contratista en la entrega de los bienes, esta debe proceder al cobro de las multas respectivas y en caso que estas alcancen el 25% del monto del respectivo pedido, a la resolución del contrato con la eventual ejecución de la garantía de cumplimiento. Lo anterior en vista de lo indicado en dicha cláusula en el sentido que *“sic...Si la entrega de los equipos se atrasa por motivos imputables a “La Contratista”, la vigencia de la dicha garantía debe ampliarse y el costo de la prórroga correrá por su cuenta...”* En todo caso, es responsabilidad ineludible de la Administración, verificar en todo momento la vigencia de la garantía de cumplimiento conforme las reglas del cartel.
3. Respecto al monto a reconocer por concepto de especies fiscales, es criterio de esta Contraloría, que en vista de la cuantía inestimable de la contratación, estas deben ser aportadas por la contratista al momento que la Administración efectúe los pedidos y de acuerdo con el monto definido para cada uno.
4. En lo referente al procedimiento establecido en el anexo primero del contrato, para efectuar las revisiones periódicas del precio, es menester señalar que este Despacho ha adoptado una posición flexible en torno a su incorporación o no en contratos de esta naturaleza, destacándose para estos efectos lo señalado entre otros, en el oficio DCA-0827 (02917) de fecha 13 de marzo del 2009, en el cual se indicó en lo que interesa que: ***“(sic...) El contrato bajo modalidad de entrega según demanda debe convertirse en un instrumento ágil y dinámico en la satisfacción de las necesidades públicas, y no es conveniente que el establecimiento de un estudio de mercado pudiera conceptualizarse como un fin en sí mismo, y se reitera, su no inclusión en un contrato de esta naturaleza no es motivo para no refrendarlo, y quedará a voluntad de las partes la decisión de incluirlo posteriormente a través de una adenda. De existir posiciones anteriores en otros sentidos, expresamente se tiene por variado el criterio de esta Contraloría General sobre este aspecto (...)”*** Ahora bien, siendo que a diferencia del extracto jurisprudencial citado, en el contrato analizado sí se incorpora una metodología para revisión periódica de precios, debe tomar en cuenta esa institución los parámetros definidos en varios de nuestros oficios sobre la forma en que debe dimensionarse la aplicación de dicho método, entre estos el oficio DCA-0344 (01101) de fecha 28 de enero del 2009². En todo caso, este órgano contralor ha sido reiterado en señalar que

² En dicho oficio se indicó que: *“(...) En cuanto a la revisión periódica de precios de mercado, recientemente éste órgano contralor (ver oficios 200, 194, 226 todos de este año), se refirió a contratos de suministros pactados bajo la modalidad de entrega según demanda que regula el inciso b) del artículo 154 del Reglamento de Contratación Administrativa, indicando que si bien la figura de revisión de precios de mercado está prevista a nivel normativo, su utilización en cada caso concreto no puede convertirse en un instrumento que atente contra la flexibilidad de este tipo de contrataciones, ni contra la proporcionalidad y la seguridad jurídica. / De tal suerte que las revisiones de mercado han de operar en aquellos supuestos en los que los precios dado el comportamiento del mercado han sufrido variaciones sustanciales que hagan del precio que se contrató originalmente, un precio sumamente alto con algún nivel de constancia en un período de tiempo razonable y perjudicial para la Administración, y no simplemente para los casos en los que se pueda conseguir un oferente con un precio menor. En tales supuestos la entidad debe acreditar mediante un estudio formal y representativo, la situación actual de esos productos, la tendencia o comportamiento de mercado y la diferencia sustancial en relación con el precio pactado, de manera que la Administración le brinde al contratista la posibilidad de ajustarse a esa nueva realidad equiparando sus precios con la realidad imperante. Lo anterior, incluye por supuesto, que esa revisión de mercado parta de una semejanza desde la perspectiva de la*

la responsabilidad en la selección del mecanismo de revisión de precios recae sobre la Administración licitante y se trata de un aspecto sobre el cuál no se emite pronunciamiento en el trámite de refrendo.

Adicionalmente y más allá de las precisiones teóricas efectuadas por este órgano sobre revisión periódica de precios, es importante que esa entidad bancaria tenga como referencia para la aplicación del mecanismo, lo establecido por este Despacho en el oficio DCA-1735 (05475) de fecha 16 de junio del 2008³, en el cual se plasmaron algunos comentarios respecto a la utilización por ese Banco de una fórmula similar a la indicada en el anexo señalado, aplicada para la definición de variaciones en el precio.

5. Es responsabilidad absoluta de la Administración, mantener en todo momento los recursos presupuestarios suficientes para hacer frente a los compromisos derivados de la ejecución contractual, conforme la certificación de contenido presupuestario visible a folio 736 del Tomo II del expediente administrativo, que fija el disponible presupuestario para el presente ejercicio económico.
6. De igual forma queda bajo su responsabilidad, la verificación de la razonabilidad del precio ofertado para cada máquina contadora, así como los criterios técnicos y análisis de oferta que obran a folios 637 a 642 y 729 a 732 del Tomo II del expediente administrativo.
7. A su vez debe la Administración contratante verificar, el cumplimiento del régimen de prohibiciones establecido en la Ley de Contratación Administrativa, así como la entrega por parte de la contratista de la respectiva garantía de cumplimiento, conforme se indica en el ítem 11 del apartado de Condiciones Generales del cartel y la cláusula décima primera del contrato.

naturaleza, calidad y condiciones de entrega de los bienes a adquirir. / Es claro que ese sondeo de precios de mercado no puede ser un ejercicio ligero o abusivo, pero tampoco puede demandar tal cantidad de recursos institucionales que lo convierta en una finalidad superior al mismo contrato. Se trata, pues, de una aplicación racional de carácter excepcional, en aras de proteger a la Administración en contratos de suministros y servicios que pueden regir hasta por un plazo de cuatro años, tiempo en el cual producto de la dinámica del mercado (por ejemplo condiciones de oferta y demanda, aplicación de nuevas tecnologías de producción, entre otros) podrían darse determinadas condiciones excepcionales en los precios de mercado que posibilitarían a la Administración obtener los mismos suministros a un mejor precio acudiendo a otros proveedores. / Así las cosas, si bien la adenda indica que el estudio de mercado para la revisión periódica de precios se realizará “cada 3 meses”, no debe entenderse que esta periodicidad limita el derecho de la Administración de realizar un estudio de mercado en cualquier momento en el que detecte una variación sustancial de los precios en el mercado, que hagan del precio contratado un aspecto perjudicial para la Hacienda Pública, y según lo apuntado antes, se entendería que ese plazo es meramente indicativo y no afecta una facultad de la Administración. / De igual manera la metodología para concluir que existen esos cambios trascendentes en el mercado no puede ser informal o arbitraria y debe implicar un sondeo significativo, mediante procedimientos que sean coherentes basados en parámetros claros, precisos, y que estén bien acreditados, cuya complejidad no lo convierta, como ya se indicó, en una finalidad superior al propio contrato. (...)”

³ El cual correspondió al refrendo condicionado del contrato suscrito entre ese Banco y la empresa Componentes El Orbe, para la compra de hasta tres mil estaciones de trabajo Desktop, bajo la modalidad de entrega según demanda.

8. Finalmente previo a cualquier pago, debe verificarse que la empresa adjudicada se encuentra debidamente al día en sus obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social.

Atentamente,

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

MSc. Edgar Herrera Loaiza
Fiscalizador

Anexo: Tomos I y II del expediente administrativo compuesto en total por 763 folios.

EHL/fjm

Ci: Archivo Central

NI: 12269

G: **2009001253-6**