

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase

Al oficio No. **12794**

22 de diciembre del 2010

DCA-0976

Licenciada
Kathya Rodríguez Araica
Directora General
Dirección General de Migración y Extranjería

Estimada señora:

Asunto: Se devuelve sin refrendo la adenda No. 01 al contrato No. 018-2007-DGME-JA, suscrita entre la Junta Administrativa de la Dirección General de Migración y Extranjería y la firma LaserCard Corporation del 8 de noviembre del 2010. Se otorga autorización para promover una contratación directa concursada a fin de adquirir 80.000 tarjetas para documento de identificación migratorio para extranjeros.

Nos referimos a su oficio No. DG-2890-2010 mediante el cual requiere la aprobación de la adenda No. 01 al contrato No. 018-2007-DGME-JA, suscrito entre la Junta Administrativa de la Dirección General de Migración y Extranjería y la empresa LaserCard Corporation, cuyo objeto es la compra de 80.000 tarjetas adicionales para documento de identificación migratorio para extranjeros.

Mediante oficio DCA-0815 del 8 de diciembre, este órgano requirió información adicional, la cual fue atendida por nota DG-3230-2010 del pasado 14 de diciembre.

Una vez efectuado el estudio de rigor, y conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, devolvemos denegado el contrato de cita, por las siguientes razones:

1. Causas de imprevisibilidad:

Conforme con la documentación remitida, se tiene que la adenda se promovió a la luz de lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (RLCA).

El numeral 200 del RLCA, faculta a las administraciones públicas a modificar unilateralmente sus contratos, aún antes de iniciar su ejecución, en el tanto se cumplan una serie de reglas, entre ellas,

lo dispuesto en el inciso d) que refiere a que la modificación debe responder a causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, es decir, que la entidad no pudo conocerlas a pesar de haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.

Sin embargo, en el presente caso, la Administración en el oficio DG-3230 del pasado 14 de diciembre, señaló:

“[...] d) Que se trate de causas imprevisibles al momento de iniciar el procedimiento, sea que la entidad no pudo conocerlas pese a haber adoptado las medidas técnicas y de planificación mínimas cuando definió el objeto.

*Esta situación no resulta de causas imprevisibles ya que **somos conscientes de las necesidades de más tarjetas desde el inicio del proceso**, prueba de ello, lo es que se presupuestó (sic) desde el 2009 y para este 2010 los recursos económicos suficientes para poder adquirir esta cantidad adicional.”* (el destacado no es del original)

De lo transcrito se puede constatar que la necesidad de adquirir tarjetas adicionales para documento de identificación migratorio para extranjeros ya había sido considerada por la Administración, de allí que no se cumple uno de los presupuestos establecidos por el ordenamiento jurídico para que la Administración pueda modificar, sin la autorización de esta Contraloría General, la relación contractual.

Bajo esa línea de ideas, no resulta de recibo el fundamento jurídico expuesto por la Administración para proceder a la modificación del contrato.

II. Imprudencia de conceder la autorización del penúltimo párrafo del numeral 200 RLCA:

Ahora bien, siendo que el mismo artículo 200 en su último párrafo señala que *“Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República...”* y tomando en cuenta que la adenda que se analiza no cumple con lo dispuesto en el inciso d) del artículo 200, este Despacho procede a analizar la solicitud de autorización que en forma subsidiaria esa Administración formuló mediante el oficio DG-3230-2010 del 14 de diciembre del 2010, donde indicó:

“De no ser suficiente la justificación del apartado D) se solicita autorización de la Contraloría General de la República y solventar dentro del décimo día hábil posterior a la gestión, basada, entre otras cosas, en la naturaleza de la modificación, estado de ejecución y el interés público, permiso para aumentar la compra...”

Al respecto, se procede a denegar dicha autorización, dado que para conferir una venia de esta naturaleza es necesario que el contrato original se encuentre vigente, supuesto que no se cumple, toda

vez que la tercera prórroga producto del contrato 018-2007-DGME-JA ya fue ejecutada, tal y como lo manifiesta la señora Kathya Rodríguez Araica, en su condición de Directora General mediante oficio DG-3230-2010 del 14 de diciembre, donde señala que:

“2.- Se anexa un expediente con copia de las entradas de mercancías y acta DIMEX-RECEP-08-2010 donde la comisión da el recibido conforme para esos últimos ingresos de tarjetas.”

	CANTIDAD	PRECIO \$	MONTO TOTAL \$
<i>Saldo de la segunda prórroga</i>	87.531	12.30	1.076.631,30
<i>Tarjetas de la tercera prórroga</i>	160.000	12.30	1.968.000,00

Así las cosas, con estas entregas de parte del proveedor, se da por concluida la tercera prórroga del contrato por 160.000 tarjetas...”

Sumado a ello, consta pedido de compra por 160.000 tarjetas, de fecha 16 de agosto de 2010, por parte de la Administración y en el ACTA DIMEX-RECEP-08-2010 del 10 de diciembre, se indica que la Comisión Supervisora de la Dirección General de Migración y Extranjería, recibió un total de 247.531 tarjetas:

“[...] la empresa LaserCard Corporation hacen entrega en dos tractos de 247.531 tarjetas, almacenadas en cajas debidamente rotuladas, de la siguiente manera:

- 1. Entre las 08:30 horas y las 9:30 horas del 25 de noviembre de 2010, la Comisión Supervisora hizo el conteo de las tarjetas contenidas en las cajas [...] Los miembros presentes de la Comisión corroboraron la entrega de 160.000 sobrecitos impresos para la entrega del DIMEX al usuario [...] En esta entrega estuvieron presentes Agustín Barquero Acosta, Director Administrativo Financiero, Dinórah Baltodano, Directora Técnica Operativa y Jenny Gamboa Rodríguez, Jeje Gestión de Tecnologías de Información./*
- 2. Entre las 02:30 horas y las 03:00 horas del 25 de noviembre de 2010, se reúne nuevamente la Comisión Supervisora del Contrato para la Compra de Tarjetas para Documento Migratorio para la Dirección General de Migración y Extranjería, Contrato 18-2007-DGME-JA, en el Subproceso de Abastecimiento y Distribución de la Gestión de Proveeduría Institucional, en la sede central de la Dirección General de Migración y Extranjería, en La Uruca y en presencia del señor Carlos Camacho Vargas y Luis García Vargas, ambos del Subproceso de Abastecimiento y Distribución para la recepción de otra*

entrega de 87.531 sobrecitos impresos para la entrega del DIMEX al usuario [...] En esta segunda entrega estuvieron presentes Agustín Barquero Acosta, Director Administrativo Financiero, Dinórah Baltodano, Directora Técnica Operativa, Jenny Gamboa Rodríguez, Jefe Gestión de Tecnologías de Información y Luis Alonso Serrano Echeverría, Jefe Planificación Institucional [...] POR TANTO, los miembros presentes de la Comisión corroboraron la recepción a conformidad de las 247.531 tarjetas. Esta Comisión también supervisó el debido acomodo de las tarjetas en el espacio destinado para tal fin en el Subproceso de Abastecimiento y Distribución....”

III. Justificación para promover una contratación directa concursada con base en lo dispuesto en el inciso c) del artículo 2 bis de la Ley de Contratación Administrativa y 138 RLCA:

A pesar de lo señalado hasta ahora, y siendo que la Administración al solicitar de forma subsidiaria autorización para contratar en forma directa, señaló varias razones por las cuales requería excepcionarse de los procedimientos concursales ordinarios, procederemos a analizar dichas justificaciones a la luz de lo dispuesto en el artículo 2 bis inciso c) de la Ley de Contratación Administrativa.

Este numeral faculta a esta Contraloría General excluir actividades de los procedimientos concursales ordinarios, cuando se hayan acreditado suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

La Dirección General de Migración y Extranjería señaló que de no adquirirse la cantidad de 80.000 tarjetas adicionales representaría una subejecución presupuestaria, además se estaría desaprovechando una coyuntura económica que permite a la institución adquirir productos en situaciones cambiarias favorables.

Agrega, que según los datos del Departamento de Documentación, en la actualidad se tiene una producción promedio mensual de 9.508 tarjetas, por lo que, si se considera el total de documentos en el almacén, no sería suficiente para tres años, al ritmo actual.

Indica que quedan más de 150.000 extranjeros con un estatus migratorio, que no han solicitado su nueva tarjeta. A ello debe sumarse proyectos nuevos de documentación como lo es el extender la tarjeta a otras categorías migratorias como las de ocupación específica las cuales a la fecha se documentan con sellos en el pasaporte o “stikers”, y la documentación de diplomáticos y sus familias, proyecto que está en gestión y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Manifiesta, que además a corto plazo se prevé que el Instituto Costarricense sobre Drogas gire directrices para que las instituciones financieras únicamente puedan atender a extranjeros que porten su "DIMEX".

Alega, que con dicho aprovisionamiento, se espera que la institución cuente con un inventario suficiente que le permita incursionar en el proyecto de tarjetas con microchip de cara a la implementación de la firma digital para extranjeros y residentes.

Indica, que la contratación original se llevó a por medio de una contratación directa por oferente único, por exclusividad en la distribución autorizada.

IV. Criterio del Despacho:

La Constitución Política, particularmente el artículo 182 estableció un régimen para regular la actividad contractual del Estado, siendo uno de sus componentes principales el hecho que las contrataciones públicas deben basarse en procedimientos concursales.

No obstante que dichos procedimientos son la regla (Voto 998-98 de la Sala Constitucional), hay excepciones en las que el interés público no se ve satisfecho mediante concurso, razón por la cual la Ley de Contratación Administrativa ha establecido una serie de causales por medio de las cuales se faculta a la Administración a contratar en forma directa.

Dentro de dichos supuestos se encuentra el dispuesto en el numeral 2 bis inciso c) según el cual se autoriza la contratación directa, por parte del órgano contralor, cuando se acrediten suficientes razones para considerar que es la única forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

A su vez, y en forma similar el artículo 138 del Reglamento de Contratación Administrativa dispone que esta Contraloría General puede autorizar la contratación directa o el uso de procedimientos sustitutivos a los ordinarios, cuando existan razones suficientes para considerar que es la mejor forma de alcanzar la debida satisfacción del interés general o de evitar daños o lesiones a los intereses públicos.

En estos casos, la Contraloría General debe hacer un análisis de las condiciones y razonamientos que la Administración señala, a efectos de determinar la existencia de motivos que justifiquen que obviar los procedimientos contractuales constituye la mejor vía para la satisfacción del interés público.

De conformidad con los motivos alegados, se requieren 80.000 tarjetas para documentos de identificación migratorio para extranjeros. Líneas atrás, ya se expusieron las razones por las cuales no

resultaba viable una modificación conforme con el numeral 200 del RLCA. De esta forma, no se cumplió con la imprevisibilidad exigida por el ordenamiento jurídico, pero además no procede autorizar una modificación conforme con el penúltimo de sus párrafos, ya que el contrato original se encuentra vencido.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esa Administración señala que la contratación original con Laser Card Corporation se dio por proveedor único, por distribución exclusiva. No obstante, esta Contraloría General en oficio No. 15235 (DCA-4313) del 20 de diciembre del 2007 indicó:

“...si bien se ha podido constatar de la documentación adjunta en el expediente, que Laser Card Corporation es la única empresa que puede brindar las tarjetas de la tecnología laser card, lo cierto es dicha tecnología no es la única mediante la cual la Dirección General de Migración y Extranjería podría satisfacer el interés público que es a lo que se refiere la causal invocada por la Administración [...] la Administración procedió a efectuar una invitación a trece empresas, lo cual demuestra que en el mercado existen diferentes proveedores que pueden suplir las tarjetas para la confección del documento único...”

Véase entonces que la contratación con Laser Card, no se consideró como proveedor único, aspecto que se mantiene, toda vez que la Administración no ha demostrado que únicamente dicha empresa pueda satisfacer el interés público, lo cual se deja expresamente advertido.

Sin embargo, siendo que la Administración ha acreditado la necesidad de más tarjetas, y tomando en consideración el promedio de documentos emitidos por mes, así como nuevos proyectos tales como firma digital, y extender el documento a otras categorías, se concluye que la satisfacción del interés público no permite mayores dilatorias, de allí que una contratación directa concursada constituye el mejor instrumento mediante el cual se alcance dicho interés así como una forma de evitar daños o lesiones a ese interés público.

Por lo anterior, y con base en el artículo 2 bis inciso c) se autoriza a la Junta Administrativa de la Dirección General de Migración y Extranjería a efectuar una contratación directa concursada para la compra de 80.000 tarjetas para documento único migratorio.

V. Condiciones en que se autoriza:

La autorización para contratar en forma directa la compra de 80.000 tarjetas para documento único migratorio (D.U.M.), queda condicionada a lo siguiente:

1. La autorización que se otorga es hasta por un monto aproximado de US\$984.000,00. Sin embargo, de conformidad con lo señalado en el artículo 14 del Reglamento a la Ley de Contratación

Administrativa, la Administración podrá adjudicar a ofertas que superen ese monto hasta en un diez por ciento. Si la propuesta que se debe adjudicar supera ese diez por ciento, deberá previamente requerir autorización a esta Contraloría General para continuar con el procedimiento.

2. Deberá contarse con el contenido presupuestario suficiente y disponible para poder dictar la adjudicación. Es responsabilidad absoluta de la Administración verificar el estricto ajuste al ordenamiento jurídico de los medios que utiliza para dotar del contenido presupuestario a la contratación que aquí se autoriza y que el contenido presupuestario pueda ser utilizado legalmente para ese fin.

3. Se deberá cursar invitación a un mínimo de tres potenciales oferentes que estén en capacidad de ofrecer los bienes que se desean adquirir. De igual forma, deberá publicarse en un diario de circulación nacional la invitación a concursar. Entre el día en que se cursen las invitaciones, así como la publicación en el diario de circulación nacional y la apertura de ofertas deben mediar al menos cinco días hábiles.

4. Se deberá elaborar un pliego de especificaciones el cual deberá contemplar, entre otras cosas, un sistema de evaluación y comparación de ofertas objetivo, a fin de que la oferta que obtenga el mayor puntaje resulte ganadora del concurso, así como la descripción de los requisitos técnicos y otras especificaciones legales necesarias que debe tener el bien a contratar.

5. Contra el cartel del concurso cabrá recurso de objeción ante la Administración, aplicando lo dispuesto en los artículos 170 y siguientes, muy especialmente el numeral 173 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Contra el acto de adjudicación o el que declare infructuoso o desierto el concurso, cabrá recurso de apelación ante la Contraloría General de la República, aplicando para ello los plazos propios de la licitación abreviada. Esta posibilidad recursiva deberá quedar consignada en el pliego de condiciones.

6. El contrato no requerirá de refrendo contralor, pero sí deberá contar con la aprobación interna, a tenor de lo dispuesto en el numeral 17 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”.

7. Se debe dejar constancia de todas las actuaciones en un único expediente, de fácil acceso para control posterior.

8. La Administración deberá verificar por medio de declaración jurada que los contratistas puedan contratar con el Estado, de forma tal que no le cubra ningún tipo de prohibición ni cuenten con algún tipo de sanción que les impida contratar, así como que las empresas indicadas se encuentren al día con las obligaciones obrero patronales con la CCSS según lo dispone el Ordenamiento Jurídico.

9. Las modificaciones en fase de ejecución contractual, incluyendo aumentos y disminuciones se registrarán únicamente por lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 de su Reglamento, sin que para el ejercicio de esa potestad se requiera autorización de esta Contraloría General. Lo anterior en el tanto se cumplan los supuestos establecidos en el artículo 200, puesto que en caso de no ser así, deberá estarse a lo indicado en el párrafo penúltimo de esa norma, a saber: *“Modificaciones que no se ajusten a las condiciones previstas en este artículo, sólo serán posibles con la autorización de la Contraloría General de la República (...)”*.

10. Al ser un procedimiento excepcional autorizado sobre la base de las explicaciones acá brindadas, no es viable aplicar una nueva contratación al amparo del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

Atentamente,

Licda. Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Licda. Maritza Chacón Arias
Fiscalizadora

Licda. Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora

*Anexo: 4 ampos
2 expedientes de color verde
1 expediente color anaranjado
1 expediente color lila*

*MCHA/LGB/ymu
Ci: Archivo Central
NI: 22032, 24287
G: 2007005569-3*