

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **02352**

10 de marzo, 2011
DCA-0620

Licenciado
Maykel Vargas García
Jefe Proceso Contratación Administrativa
Banco Popular y de Desarrollo Comunal

Estimado señor:

Asunto: Se refrenda el contrato derivado de proceso de contratación directa por excepción No 2010CD-000009-PCAD para la adquisición y renovación de licencias de productos Microsoft para el Banco Popular con la firma MSLI Latam Inc por un monto de \$2.516.260.56.

Damos respuesta a su oficio No PCAD-152-2011 del 4 de febrero de este año, por el cual nos solicita el refrendo al contrato supracitado. Dicho oficio fue ampliado a nuestra solicitud por el No PCAD-255-2011 del 4 de marzo de este año que contestó el oficio No DCA537 del 2 de marzo de este año y el PCAD-268-2011 del 8 de marzo de este año, remitido a la Contraloría General el 9 de marzo, contestando nuestra solicitud de información contenida en el oficio No DCA 598 del 8 de marzo de este año.

Una vez realizado el estudio de rigor, esta División otorga el refrendo constitucional respectivo al contrato anteriormente citado, bajo los siguientes comentarios y condiciones, a las cuales queda sujeto el refrendo conferido.

I.- Consideraciones de la gestión:

Esta División consideró de importancia para emitir el presente refrendo de legalidad, los aspectos siguientes:

- 1.-Se tuvo a la vista las certificaciones de contenido presupuestario emitidas por el Licenciado Antonio Masís Montero, Coordinador del Subproceso de Presupuesto quien refirió que en el código presupuestario 05-01-05 del Programa 100 se cuenta con recursos por ¢504.237.559.00, certificación No SPR-064-2011 del 31 de enero de 2011. (ver folio 626 del expediente).
- 2.- Certificación de la Caja Costarricense de Seguro Social, con fecha 31 de enero de 2011 (folio 627 del expediente administrativo), en la cual se indica que la contratista no se encuentra inscrita en el pago de las cuotas obrero patronales.

3.-La garantía de cumplimiento rendida por la contratista, por depósito de suma de dinero por la suma de \$125.813.00 y vence el 30 de abril de 2014 (ver folio 619 del expediente administrativo).

4.-La adjudicación del concurso resolución Acta No 084-2010 (ver folio 612 a 610 del expediente administrativo).

5.-El comprobante de entero a favor del Gobierno de Costa Rica, cancelaron las especies fiscales del contrato, por la suma de ¢6.416.463.01 (ver comprobante folio 11 de contrato).

6.- Igualmente se tuvo a la vista el listado del cumplimiento de todas las condiciones establecidas por esta Contraloría General en el oficio No 00214 del 20 de enero de este año en donde se autorizó la contratación directa que origina el presente contrato, el cual se adjuntó al oficio de solicitud de refrendo de este contrato. Dicho listado fue debidamente confrontado con los documentos aportados por los funcionarios de esta Contraloría General. Se advierte a esa Administración que esas condiciones son de acatamiento obligatorio y que las mismas deberán mantenerse vigentes o concluirse según su estado actual y en estricto cumplimiento durante la ejecución de este contrato.

7.- Se toman en consideración las manifestaciones realizadas en el Oficio No PCAD -255-2011 complementadas con el oficio No PCAD 268 del 8 de marzo, recibido el día de hoy, antes referidos.

a) En la cláusula tercera referente al precio, párrafo cuarto se indica que el primer pago se efectuará inmediatamente después del refrendo contralor, el cual constituye un pago por adelantado, que en principio no resulta procedente conforme con el artículo 35 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativo (RLCA). Por ello la Administración señaló lo siguiente: *“... se aclara que el primer pago ... corresponde al pago por los derechos de uso de las licencias en las condiciones previstas en este contrato, derechos de uso que se adquieren en el momento mismo en que el contrato cobra eficacia no se trata de un pago por adelantado ya que el pago se realiza contra una prestación que para el momento en que el mismo se da, ya se encuentra debidamente ejecutada.... posibilidad de convenir pagos por anticipado cuando ello obedezca a una costumbre o uso derivado de la práctica comercial, debidamente comprobado, una consecuencia del medio de pago utilizado o las condiciones de mercado así lo exijan, como en el caso de suscripciones periódicas o alquileres.... este es un caso donde los servicios convenidos requieren del pago en tractos siendo el primero el que faculta el inicio de los servicios, el cual rige a partir del momento en que se haya refrendado el contrato y por tractos iguales hasta la conclusión del tercer año.”* Por lo anterior se considera que dicho pago se hará hasta tanto se cumpla con la entrega de los derechos de uso de las licencias.

b) En cuanto a la cláusula quinta sobre la forma de pago y los intereses moratorios, estima este órgano contralor que éstos deben ajustarse al artículo 34 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa por lo que la Administración justificó lo siguiente: *“claramente se establece que se considerará la tasa máxima permitida por ley o reglamento aplicables (dando así la aplicabilidad al artículo 34 RLCA) o un 2% mensual lo que fuera menor entre ambos enunciados ...”* Por lo anterior, esta División consideró que se ha cumplido con la normativa relacionada.

c) En la cláusula sexta se establece la garantía de los productos es por un año y debería ser por la totalidad del plazo contractual -tres años-, por lo que la Administración indicó lo siguiente: *“... El tipo de garantía provisto en el contrato es la de uso estándar en la industria y corresponde a la garantía que tienen los productos adquiridos en relación a su rendimiento ...los productos están cubiertos al día de hoy, por términos de soporte estándar para liberación*

de correcciones de funcionalidad y actualizaciones de seguridad por un período de 5 años y de soporte extendido en el caso de actualizaciones de seguridad por un espacio de cinco años adicionales, plazos que son superiores a la duración del contrato que se está suscribiendo ...” Así las cosas, entendemos y consideramos válida que tanto la Administración como la contratista tienen claridad con respecto a que se da una garantía por cinco años, incluso superior al plazo del contrato que por este oficio se refrenda.

d) Siempre en la cláusula sexta se establece que en caso de que un producto no cumpliera, queda a criterio del proveedor, si devolverá el precio pagado o reparará o reemplazará el producto. Siendo que la Administración manifestó que *“se está ofreciendo un remedio eficaz ante la poca probable eventualidad de problemas con el o los productos que ofrece dentro del período de garantía. Tal y como se expone pues al empresa posee un alto nivel en la industria en la que se desarrolla lo que la faculta para brindar soluciones en tiempo y forma... en caso de que remotamente se presente alguna eventualidad la Institución a través de sus procesos internos de revisión y pruebas de software estaría en posibilidad de determinar si la respuesta presentada por el proveedor reúne las condiciones requeridas para solventar lo acontecido.”* Entendemos que tanto la administración como el contratista tendrán claro que se trata de una necesidad pública que se está satisfaciendo y que se hará lo que más convenga a los intereses de la Administración en tiempo y forma.

e) En la cláusula décima del contrato, se establece que la Administración no está facultada para revelar los resultados de pruebas de rendimiento “benchmark” de cualquier programa, sin el consentimiento previo y por escrito de la contratista. Al respeto, deberá aportarse criterio de la Administración de si tal disposición podría afectar o limitar tanto la responsabilidad de la Administración de documentar en un expediente evaluaciones realizadas en la etapa de ejecución, como el cumplimiento del punto 5 de los condicionamientos dados a la autorización directa de este licenciamiento mediante el oficio 00214-2011. Así la Administración, en consenso con la contratista consideran *“ De conformidad con la información que se nos ha venido suministrando por parte del proveedor y según consta en misiva adjunta los resultados de las pruebas de rendimiento pueden ser utilizadas por la Administración para todos los efectos internos que considere pertinentes ...Esta cláusula no afecta o limita la posibilidad de documentar las evaluaciones realizadas, todas vez que las mismas serían utilizadas, como bien se indica, para efectos internos que la Administración considere pertinente.”*

De lo dicho tenemos claro que la Administración podrá utilizar la información para efectos internos y podrá tenerla en consideración para la toma de sus decisiones futuras en el tema de licenciamiento.

f) Con respecto a la cláusula 6.2 de los efectos de la terminación del Anexo #1 requerimos saber si *“deberá solicitar licencias para todas las copias de los productos que haya ejecutado en virtud del presente contrato y por las cuales no haya presentado previamente un pedido”*. La Administración indicó que esta disposición está relacionada con sección 9.4 de este anexo como procedimiento para suplir el faltante de licencias. Al efecto indicó lo siguiente: *“ De vista en el documento adjunto elaborado por el proveedor se recibe confirmación de que la cláusula 6.2 del Anexo 1 debe verse relacionada y respetar lo dispuesto en el [sic] cláusula 9.4 del mismo Anexo en el sentido que para realizar nuevas adquisiciones, actualizaciones o renovaciones bajo el contrato en estudio, las leyes aplicables podrán exigir que se sigan los procedimientos de contratación administrativa aplicables y que proceda a una nueva contratación.”* Sobre lo anterior queda claro a esta Contraloría General la relación de las cláusulas referenciadas.

g) Se deberá incorporar al Anexo #2 del contrato el desglose de precios unitarios y el costo total por línea. La Administración manifestó lo siguiente: *“considera esta Administración que no resulta necesario este detalle en el contrato, toda vez que el pago se realizará a partir de lo establecido con la cláusula tercera del mismo, sea en tres cuotas iguales. Sin embargo a manera de referencia se adjunta a esta misiva detalle de dichos precios unitarios y costo total por línea, mismos que formarán parte del expediente de esta contratación junto con la nota recibida de la contratista.”* Es claro para esta Contraloría General que este documento ha sido aportado por las partes a esta contratación y que generará obligaciones con respecto al mismo. Así las cosas, se tiene por incorporado en la relación contractual como documento adjunto a este contrato.

II.- Condicionamientos del presente refrendo:

Una vez realizado el estudio de rigor se otorga la aprobación correspondiente al contrato de marras, condicionado a lo siguiente:

1.- En cuanto a la razonabilidad de los precios de los bienes a adquirir, con fundamento en el artículo 9 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, queda bajo responsabilidad de la Administración la razonabilidad del precio que se vaya a cancelar.

2- De previo a dar la orden de inicio, la Administración deberá velar porque se cumpla con lo establecido en el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, el cual establece que es obligación de estar al día en sus obligaciones con la CCSS.

3- La Administración deberá velar porque la garantía de cumplimiento se mantenga vigente por el plazo indicado en el cartel, dos meses después de la recepción definitiva.

4- Se recuerda que queda bajo responsabilidad de la Administración el desplegar las medidas de verificación necesarias para comprobar que no existen violaciones al régimen de prohibiciones. Para ello también se consultó al sistema Compra RED sobre las sanciones de los integrantes del consorcio y se aportan en nuestros archivos copia de dicha consulta. En todo caso resulta de la exclusiva responsabilidad de esa administración verificar dicho cumplimiento.

5- Es responsabilidad de esa Administración los estudios técnicos que llevaron a esa adjudicación, visibles a los folios 385 a 391 y 397 a 495 del expediente de la contratación.

6- Es responsabilidad de la Administración, ejercer la fiscalización suficiente y oportuna del contrato en los términos del artículo 13 de la Ley de Contratación Administrativa. Asociado a lo dispuesto en la Ley de Control Interno, específicamente, en cuanto a la identificación de riesgos, medidas para minimizarlos y el establecimiento de un ambiente de control adecuado para el alcance de los objetivos propuestos con esta contratación de forma eficiente y eficaz.

7- En relación con la cláusula tercera del documento contractual, en cuanto al primer pago a realizar a la contratista, se entiende, con base a los oficios citados en la sección I supra, que el mismo no constituye un pago por adelantado, por lo que todo pago procederá contra prestación debidamente ejecutada, por lo que se advierte que bajo este supuesto es que se otorga el refrendo.

8- En relación con la cláusula quinta, en cuanto a la forma de pago, deberá tenerse presente lo dispuesto en el artículo 34 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Ahora, en cuanto al cálculo de intereses moratorios en que se indica *“Los pagos no recibidos dentro del período de tiempo requerido devengarán una tasa de mora equivalente al dos por ciento (2%) mensual sobre la suma de la factura, o la tasa máxima permitida por la ley o reglamento aplicables, lo que fuera menor”*, dado que el Art. 34 recién citado establece que: *“Para operaciones en dólares de los Estados Unidos de América los intereses serán cancelados aplicando la tasa de interés internacional referenciado por el Banco Central de Costa Rica (prime rate)”*, se deberá tener presente a la hora de determinar el monto menor, que las tasas *prime rate*, son anuales.

9- En cuanto a la cláusula sexta del contrato sobre la garantía de un año en los productos cubiertos por las licencias que se están adquiriendo, queda entendido de conformidad con lo señalado por el contratista en oficio sin número, fechado 3 de marzo del 2011, dirigido al Proceso de Contratación Administrativa de esa entidad, y firmado por Henry Lang Wien, apoderado Generalísimo de MSLI LATAM INC, que *“los productos están cubiertos al día de hoy, por términos de soporte estándar para liberación de correcciones de funcionalidad y actualizaciones de seguridad por un período de cinco años y de soporte extendido en el caso de actualizaciones de seguridad por un espacio de cinco años adicionales”*. Así las cosas, dicho plazo será de 5 años, siendo responsabilidad de la Administración, el velar por el cumplimiento de las anteriores condiciones.

10- En la cláusula sexta, se hace referencia a que en caso que un producto no cumpla, queda a criterio del proveedor, si devolverá el precio pagado o reparará o reemplazará el producto. Lo anterior queda bajo la exclusiva responsabilidad de la entidad, con base en lo señalado por esa Administración mediante el oficio PCAD-255-2011.

11- En relación con la cláusula décima sobre la imposibilidad de revelar los resultados de pruebas de rendimiento (*benchmark*), queda entendido, de conformidad con lo manifestado por el contratista en el punto 5 del oficio del pasado 3 de marzo, que *“Los resultados de las pruebas de rendimiento pueden ser utilizados por la Administración para todos los efectos internos que considere pertinentes, incluidos, entre otros aspectos, aquellos relacionados con las decisiones sobre aprovisionamiento futuro de bienes y servicios tecnológicos”*; aspecto que fue avalado por la Administración al señalar que *“Esta cláusula no afecta o limita la posibilidad de documentar las evaluaciones realizadas, toda vez que las mismas serían utilizadas, como bien se indica, para efectos internos que la Administración considere pertinente”*, mediante la remisión del oficio PCAD-255-2011. Por lo tanto, será responsabilidad exclusiva de esa Administración velar por el cumplimiento de este aspecto durante la vigencia del contrato en general y en particular al momento de elaborar los estudios futuros indicados en el punto 5 del oficio 00214-2011.

12- En relación con el punto 6.2 de los efectos de terminación del Anexo 1, queda entendido que al amparo de este contrato no podrán comprarse licencias adicionales a las autorizadas y por ello cualquier compra futura debe seguir los procedimientos ordinarios de contratación administrativa. Cabe señalar que en este eventual caso, como la compra sería producto de un estudio realizado por el contratista, en el que se determine la utilización de productos sin licencia, debe la Administración definir quién es el encargado de ejercer el control de la correcta utilización de las licencias.

13- Se mantienen todas las condiciones señaladas en el oficio 00214 (DCA-0071) del 17 de enero del presente año.

Por lo tanto, con fundamento en las consideraciones anteriores, esta División resuelve otorgar la aprobación respectiva en forma condicionada y advierte que el análisis del expediente administrativo, se circunscribió a los aspectos detallados en los alcances del artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública. Razón por la cual, bajo exclusiva responsabilidad de la Administración, se presume la legalidad de los demás aspectos no abordados en el análisis descrito, los cuales están sujetos a la fiscalización posterior de este órgano contralor.

Finalmente, se advierte que es responsabilidad de los jefes y titulares subordinados de ese banco, velar por la correcta tramitación y ejecución de este proyecto, de tal manera que satisfaga el interés público y contribuya efectiva y eficientemente a lograr el cumplimiento de sus fines institucionales, mediante el debido acatamiento de la normativa jurídica y técnica y bajo el principio de protección y preservación del patrimonio público.

Atentamente,

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Licda. Elena Benavides Santos
Fiscalizadora

Ing. Pedro Jiménez García
Fiscalizador

EBS/PJG/yhg
Ci: Archivo Central
Ni: 2074-4059-4270
G: 2007003954-5