

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° 11819

02 de noviembre, 2012
DCA-2630

Señora
Dagmar Hering Palomar
Directora Jurídica
Ministerio de Hacienda

Estimada señora:

Asunto: Se otorga refrendo condicionado al Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 20-2011 – Inversiones Marín González S.A.-, Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 21-2011 –Empresa Holcim Costa Rica S.A.-, Contrato de Convenio Marco N° 22-2011- Abonos Agro S.A.-, Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 23-2011- Indianápolis S.A., relativos a la Adquisición de Materiales de Construcción para las Instituciones Públicas que utilizan COMPRARED. Licitación Pública N° 2011LN-000001-CMBYC.

Damos respuesta a sus oficios N° DJMH-2187-2012 del 21 de setiembre y N° DAGBCA-NP-1835-2012 del 01 de noviembre, ambos del año en curso, mediante los cuales solicita el refrendo contralor y brinda información adicional relativa a los documentos referidos en el Asunto del presente oficio.

I.- Naturaleza Jurídica de la contratación.

Tal como ha sido analizado por parte de este Despacho en anteriores oportunidades, con ocasión de la solicitud de refrendo de contratos originados con ocasión de Convenios Marco a través del Sistema Compr@red –véase oficio N° 06114- DCA-1753- del 07 de julio del 2011, entre otros-, nos encontramos en presencia de un procedimiento concursal tramitado a través de medios electrónicos, circunstancia que es avalada por la normativa vigente en materia de contratación administrativa, sea los artículos 40 de la Ley de Contratación Administrativa, 140 y siguientes de su Reglamento, en tanto los mismos resulten garantes de los principios de transparencia, libre competencia, igualdad, libre acceso, integridad, neutralidad, seguridad y consistencia.

En el sentido expuesto, se tiene que el Reglamento para la Utilización del Sistema de Compras Gubernamentales Compr@Red, (Decreto Ejecutivo N° 32717) delimita los conceptos básicos para una adecuada utilización del Sistema, sea por ejemplos la definición y supuestos de Firma electrónica, Certificado digital, Oferta electrónica, entre otros.

Así las cosas, es que se cuenta con la normativa correspondiente y los medios electrónicos confiables –cuya responsabilidad evidentemente recae sobre la Administración- para que el

Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, implemente el procedimiento de contratación bajo las siglas 2011LN-000001-CMBYC, relativo al Convenio Marco para la Adquisición de Materiales de Construcción para las Instituciones Públicas que utilizan COMPR@RED, garantizando de tal manera la validez e invariabilidad de las ofertas que constan en el expediente electrónico desarrollado.

II.- Antecedentes.

Se tiene que la señora Dagmar Hering Palomar, Directora Jurídica del Ministerio de Hacienda mediante oficios N° DJMH-0581-2012, DAGBCA-NP-0387-2012 y DGABCA-NP-457-2012, en una anterior gestión, solicitó y remitió información adicional respecto al refrendo de los contratos de Convenio Marco N° 19-2011, 020-2011, 021-2011, 022-2011 y 023-2011 relativos a la Adquisición de Materiales de Construcción para las Instalaciones Públicas que utilizan Compr@Red, suscritos entre el Ministerio de Hacienda y las empresas Tecnosagot S.A., Inversiones Marín González S.A., Holcim de Costa Rica S.A., Abonos Agro S.A., Indianápolis S.A., relativos a la Licitación Pública N° 2011LN-000001-CMBYC.

Que con ocasión de las competencias encomendadas a este Despacho se procedió al análisis de los contratos suscritos entre el Estado y las empresas Tecnosagot S.A., Inversiones Marín González S.A., Holcim de Costa Rica S.A., Abonos Agro S.A. e Indianápolis S.A., evidenciándose una serie de inconsistencias, las cuales fueron en conocimiento de la Administración mediante oficio N° DCA-0906 del 18 de abril del 2012. No obstante lo anterior, pese a una serie de prorrogas concedidas por este órgano contralor, a efectos que presentaran la totalidad de la documentación solicitada y considerando que en algunos de los casos se requería la implementación de adendas-, se procedió a devolver sin el refrendo solicitado, con la salvedad del Contrato N° 19-2011 suscrito con la empresa Tecnosagot S.A., sobre el cual se otorgó el refrendo solicitado y se le condicionó a una serie de aspectos de fondo.

Se tiene que mediante oficio N° DJMH-2187-2012 del 21 de setiembre del 2012, la Dirección Jurídica del Ministerio de Hacienda, remite nuevamente para nuestro conocimiento los Contratos de Convenio Marco con sus respectivas Adendas.

III. En cuanto al refrendo de los contratos remitidos. (Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 20-2011 –Inversiones Marín González S.A.-, Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 21-2011 –Empresa Holcim Costa Rica S.A.-, Contrato de Convenio Marco N° 22-2011- Abonos Agro S.A.-, Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 23-2011- Indianápolis S.A.)

En lo que respecta al análisis de los referidos contratos, corresponde indicar que, a efectos de garantizar la integridad de las ofertas presentadas a concurso, las cuales son objeto de adjudicación en el presente procedimiento de contratación, el Ministerio de Hacienda, en particular la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa, mediante oficio N° DGABCA-NP-1835-2012 del 01 de noviembre del 2012, certifica la documentación que se envía mediante disco compacto con la serie N° ZCA010230546LD02 con vista en el expediente electrónico de la Licitación Pública N° 2011LN-000001-CMBYC del Sistema Compr@Red; así las cosas, se acredita fehacientemente la validez e invariabilidad de las ofertas que constan en el

expediente electrónico que lleva esa Administración, aspecto que resulta de la absoluta responsabilidad de la Administración conforme a Certificación DGABCA-026-2012 del 31 de octubre del 2012, suscrita por la señora Patricia Navarro Vargas, Directora General de la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, en lo que toca al análisis implementado por este Despacho con ocasión de la documentación remitida para nuestro estudio, corresponde señalar que una vez estudiado el expediente de la respectiva contratación según lo establecido por el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública sobre los alcances del análisis de los contratos, se devuelven, debidamente refrendados, los siguientes documentos: **1) Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 20-2011 –Inversiones Marín González S.A.-, 2) Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 21-2011 –Empresa Holcim Costa Rica S.A.-, 3) Contrato de Convenio Marco N° 22-2011- Abonos Agro S.A.-, 4) Contrato y Adenda de Convenio Marco N° 23-2011- Indianápolis S.A.**, todos suscritos con el Ministerio de Hacienda y relativos a la Adquisición de Materiales de Construcción para las Instituciones Públicas que utilizan COMPRARED, Licitación Pública N° 2011LN-000001-CMBYC; bajo las condiciones que adelante se indican, cuya verificación será responsabilidad exclusiva de la señora Dagmar Hering Palomar, Directora Jurídica del Ministerio de Hacienda. En caso de que la señora Hering Palomar no resulte competente para verificarlas, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda a ejercer el control sobre los condicionamientos señalados a continuación:

1. Corresponde señalar que, tal como se indicó anteriormente, el actual procedimiento de contratación, se da al amparo de lo dispuesto en el artículo 115 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa; conforme a lo anterior, se entiende que ha sido implementado a efectos de proceder con la adquisición de bienes y servicios para todas aquellas instituciones públicas que, en atención a la celebración de convenios marco, comparten una misma proveeduría o sistema de adquisición.
2. Es responsabilidad absoluta de la Administración verificar, en todo momento, la vigencia de la garantía de cumplimiento conforme las reglas cartelarias.
3. Según lo establece el artículo 8 el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, queda bajo responsabilidad de la Administración, el análisis de ofertas, evaluación y razonabilidad de precios, informe económico, así como el análisis integral, siendo todas las manifestaciones expuestas por la Administración de su exclusiva responsabilidad.

En lo que respecta a la razonabilidad de precios de esta contratación, es responsabilidad exclusiva de esa Administración su verificación, todo en apego a lo señalado en el artículo 9 del *“Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública”*. En igual sentido ha resuelto la División de Contratación Administrativa lo siguiente: *“...la verificación de la razonabilidad del precio es un aspecto que es responsabilidad exclusiva de la Administración Pública, por lo que este órgano contralor presume que se ha revisado y valorado conforme las metodologías que se hayan valorado como convenientes u oportunas según el objeto de la contratación y las posibilidades de cada Administración.”*(Oficio 3352 del 15 de abril del 2008).

4. Es deber de la Administración contratante la verificación del cumplimiento del régimen de prohibiciones establecido en la Ley de Contratación Administrativa, así como su deber de informar a cada una de las instituciones que utilizarán el mecanismo, de su deber de velar porque esta condición se cumpla durante la ejecución contractual.
5. Deben tener claro las instituciones receptoras de los bienes, que todo pago por concepto de la aplicación de los citados convenios marco, deben encontrarse previamente reservados en el presupuesto institucional.

En cuanto al presupuesto reservado para esta contratación, se recuerda que es de exclusiva responsabilidad de la Administración no solo la acreditación del presupuesto, sino además la factibilidad técnica y jurídica de aplicar los recursos certificados en el objeto de esta contratación.

6. Es responsabilidad de la Administración verificar que las contratistas se encuentran debidamente al día en sus obligaciones con la Caja Costarricense del Seguro Social al momento de la firma del contrato y durante la ejecución del contrato.
7. En cuanto a las especies fiscales, es deber de esa Administración verificar que éstas se cubran, conforme a la ejecución de los contratos. Lo anterior en virtud que la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda, en atención a una consulta gestionada por esta Contraloría General, señaló en oficio No. DGT-190-2011 del 06 de abril de 2011, que todo documento que se emita dentro del proceso de contratación administrativa y que sea productor de efectos jurídicos, siempre que se encuentre dentro del supuesto tipificado en la normativa, debe cancelar el monto correspondiente por concepto de especies fiscales.

Específicamente en el caso de los contratos de cuantía inestimable, indica esa Dirección que según lo dispuesto por el artículo 273 del Código Fiscal aplicará el impuesto del timbre por los documentos de actos o contratos cuyo valor sea indeterminado, o cuya cuantía sea inestimable, debiendo pagarse éste conforme lo establece el artículo 244, es decir la suma de ¢50,00 (cincuenta colones).

No obstante, aclara esa Dirección que dado que en estos contratos, el hecho generador de la obligación tributaria lo constituyen además las órdenes de compra o pedido que se emitan durante la ejecución contractual, el impuesto al timbre deberá cancelarse también según la estimación que corresponda a cada una de estas, de acuerdo con las cantidades y montos concretos.

Así las cosas, considerando que este caso nos encontramos frente a una contratación de ejecución continuada en el tiempo, que por su propia naturaleza resulta inestimable, las especies fiscales deberán ser canceladas por el contratista con cada orden de compra o pedido solicitado por la Administración, y según el monto definido en cada una de estas, aspecto que esa institución deberá verificar.

8. En relación con las cláusulas de los contratos remitidos a refrendo- considerando que las mismas son iguales en todos los documentos- se tienen también los siguientes condicionamientos :

- a. En cuanto a la cláusula tercera, inciso a) apartado 2 del contrato, debe entenderse que el pago correspondiente por la entrega de los productos adjudicados, procederá una vez emitido el recibo conforme por parte de la Administración. Aunado a lo anterior, en lo que toca a la referencia hecha en cuanto a modificaciones contractuales, sea la incorporación o sustitución de bienes del catálogo, es claro que estas se rigen por lo dispuesto en el artículo 200 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.
- b. Respecto a lo señalado por la cláusula cuarta del contrato, relativa a Ejecución del Convenio Marco, en particular respecto al punto A.1 Desarrollo Comercial, se entiende que todas las actividades promocionales de mejora del precio, actualización tecnológica o reemplazo de bienes, debe ejercerse conforme las regulaciones y parámetros dispuestos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
- c. De conformidad con lo señalado en el punto D de la cláusula cuarta del contrato, referida precisamente a la solicitud de retiro temporal o definitivo del catálogo electrónico, corresponde indicar que, precisamente con base en lo anterior, la referencia que se hace en cuanto a que la Administración contará con diez días hábiles para resolver las gestiones originadas de situaciones especiales de los contratistas, se entiende que las mismas se refieren a aspectos ligados a la modificación de mercancías u opciones de negocio originalmente adjudicadas.

Adicionalmente, en cuanto a la referencia hecha en la cláusula cartelaria, en cuanto a que: *“De ser rechazada la solicitud “LA EMPRESA” podrá mantener el listado originalmente adjudicado, o bien, podrá solicitar el término del Convenio Marco.”*, corresponde señalar es facultad exclusiva de la Administración dar por terminada la contratación al amparo de su potestad de imperio. Asimismo, la posibilidad de una rescisión por mutuo acuerdo, se encuentra prevista únicamente para los casos establecidos en el artículo 207 del Reglamento de Contratación Administrativa.

- d. En punto al tema de la cláusula novena del contrato, referida al cobro de multas y cláusula penal, se establecen con claridad dos situaciones diferenciadas: por un lado, el cobro de un porcentaje de 0.5% del valor de los bienes, en caso de atrasos en la entrega hasta un máximo de 25%, y por otro, un porcentaje de 0,5% del total de la compra, cuando esta adolezca de deficiencias en la calidad, sin perjuicio de la reposición que en un término de ocho días debe hacer el contratista, al cual le aplica el mismo porcentaje indicado por atrasos en la reposición.

Al respecto, la indicación realizada en dicha cláusula en el sentido que *“en caso de que se produzca el atraso, en el cumplimiento de las condiciones del convenio marco, “EL MINISTERIO” podrá ejecutar la Garantía de Cumplimiento de*

manera inmediata”, la entiende este Despacho referida a incumplimientos graves en el objeto o los compromisos impuestos en el convenio marco, y no a simples atrasos en la entrega de los bienes – siempre que no se alcance el 25%-, en vista que para ello, ya existe un mecanismo a título de cláusula penal, previsto en la misma disposición contractual. Por lo demás, es claro que la ejecución de la garantía de cumplimiento deberá observar el procedimiento regulados en el artículo 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa.

- e. En la cláusula décima segunda de los contratos, se prevé la posibilidad de resolver el contrato y ejecutar la garantía de cumplimiento entre otros supuestos, cuando los bienes incumplan con la calidad adjudicada.

Sobre este particular, la cláusula novena del contrato establece un mecanismo para sancionar la entrega de bienes contrarios a los estándares de calidad solicitados, con lo cual deberá la Administración ponderar conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad la aplicación de las mismas por la entrega de productos carentes de calidad.

En ese sentido, este Despacho entiende que la cláusula décima segunda, lo que procura es establecer un mecanismo sancionatorio cuando el incumplimiento de las normas de calidad en los productos sea de tal magnitud, que conlleve a un incumplimiento contractual que no justifica la aplicación del régimen de multas establecido en la cláusula novena, o bien, cuando el atraso en la reposición de los bienes rechazados, alcance el 25% del total adjudicado para esa compra.

- f. En la cláusula décimo novena referida al informe requerido como base para prorrogar el convenio marco con la empresa respectiva, debe entenderse que la frase “finiquito” ahí establecida, obedece a la decisión de la Administración de no prorrogar la contratación con el contratista respectivo, y no al finiquito que como instrumento se encuentra previsto en el artículo 152 del Reglamento de Contratación Administrativa.

- 9. La legalidad de los demás aspectos no abordados en el análisis descrito, están sujetos a la fiscalización posterior de este órgano contralor y a los mecanismos de control interno.

Atentamente,

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada

Gerente Asociado

Lic. Gerardo A. Villalobos Guillén

Fiscalizador

Anexo: Expediente administrativo conformado por un tomo.

4 contratos originales y 3 adendas originales

Ci: Archivo Central

NI: 18457, 22415

G: 2012001006- 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12