

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° **13109**

27 de noviembre, 2013
DCA-3026

Señora
Iris Arias Angulo
Presidenta Ejecutiva
PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA

Estimada señora:

Asunto: Se devuelven sin refrendo contralor, por no requerirlo, el contrato de obra para la “Construcción de la Alternativa de Protección de Upala” y el contrato de obra para la “Construcción de la Alternativa de Protección de Naranjo”, ambos contratos suscritos por el Patronato Nacional de la Infancia y la empresa NAYCON S.A., por un monto total de ciento ochenta y tres millones novecientos noventa y ocho mil setecientos veintitrés colones (¢183.998.723) y ciento noventa y ocho millones novecientos noventa y ocho mil setecientos veintitrés colones (¢198.998.723), respectivamente. Dichos contratos son producto de la Licitación Pública 2013LN-000002-01.

Damos respuesta a sus oficios PE-1612-2013 y PE-1611-2013 ambos de fecha 22 de octubre del año en curso, mediante el cual remite a esta Contraloría General para trámite de refrendo el contrato de obra para la “Construcción de la Alternativa de Protección de Upala”, y el contrato de obra para la “Construcción de la Alternativa de Protección de Naranjo”, ambos contratos suscritos por el Patronato Nacional de la Infancia y la empresa NAYCON S.A., por un monto de ciento ochenta y tres millones novecientos noventa y ocho mil setecientos veintitrés colones (¢183.998.723) y ciento noventa y ocho millones novecientos noventa y ocho mil setecientos veintitrés colones (¢198.998.723).

I. Antecedentes:

De conformidad con la información aportada al expediente, se tienen acreditados los siguientes hechos de interés:

1. Que el Patronato Nacional de la Infancia promovió la Licitación Pública 2013LN-000002-01 para la “Construcción de alternativas de protección especial en los cantones de Turrialba (provincia de Cartago), Naranjo y Upala (provincia de Alajuela), así como de la Oficina Local de Puntarenas (provincia de Puntarenas)”. (ver publicación en La Gaceta No. 51 del 13 de marzo del 2013).

2. Que dicha licitación fue adjudicada por la Junta Directiva del Patronato Nacional de la Infancia mediante acuerdo tomado en la sesión ordinaria No.2013-034 celebrada el 3 de setiembre del 2013. En lo que respecta a las líneas 2 y 3, se adjudicó de la siguiente manera:

- Línea #2: Nombre del Proyecto: Construcción de la Alternativa de Protección de Naranjo, provincia de Alajuela. Adjudicatario: oferta No.7 NAYCON S.A. Monto adjudicado: ¢198.998.723,00.
- Línea #3: Nombre del Proyecto: Construcción de la Alternativa de Protección de Upala, provincia de Alajuela. Adjudicatario: Oferta No.7 NAYCON S.A. Monto adjudicado: ¢183.998.723,00. (ver folios 2356 al 2380 del expediente administrativo y publicación en La Gaceta No. 172 del 9 de setiembre del 2013).

II. Criterio de la División:

El trámite de refrendo se encuentra regulado en el “Reglamento sobre el refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública” el cual se publicó en La Gaceta No. 202 del 22 de octubre del 2007 y se encuentra vigente a partir del 1 de enero del 2008. Dicho Reglamento fue reformado mediante la resolución R-DC-31-2012 del 7 de marzo del 2012 y se publicó en el Alcance Digital No. 32 a La Gaceta No. 55 del 16 de marzo del 2012.

El artículo 3 de dicho reglamento establece expresamente cuáles son las contrataciones que están sujetas al trámite de refrendo ante esta Contraloría General. En lo que interesa, dicho artículo establece lo siguiente:

“Artículo 3. Contratos administrativos sujetos al refrendo contralor. Se requerirá el refrendo en los siguientes casos:

1) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública, en el tanto el precio contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante, según lo establecido en el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa. En el caso de las instituciones ubicadas en el estrato A, se aplicará el monto mínimo para tramitar una Licitación Pública de ese mismo estrato más un diez por ciento. Igualmente procederá en el caso de contratos de cuantía inestimable provenientes de licitaciones públicas, únicamente cuando se trate de contratos de fideicomiso, concesiones de obra pública con o sin servicio público, concesión de gestión de servicios públicos, así como aquellos que incorporen las modalidades de convenio marco y consignación.” (así reformado mediante la resolución R-DC-31-2012 del 7 de marzo del 2012, el subrayado no es del original).

Como puede verse, la citada norma dispone que los contratos derivados del procedimiento de licitación pública requieren del trámite de refrendo ante la Contraloría General únicamente cuando el monto contractual alcance el límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública del estrato superior inmediato de aquel en el que se encuentra ubicada la Administración contratante.

Además, para la aplicación de dicha norma se debe determinar si el contrato sometido a refrendo es de adquisición de bienes, adquisición de servicios o de obra pública. En el caso bajo análisis, se tiene por acreditado que estamos ante dos contratos de obra pública, lo cual se evidencia de la redacción del cartel y de las cláusulas primera y segunda de cada contrato, que dicen lo siguiente:

“PRIMERA: Que la EMPRESA NAYCON SOCIEDAD ANONIMA realizará las obras de CONSTRUCCION DE LA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE UPALA, en la Provincia de Alajuela, en terreno propiedad del PANI ubicado del Banco Nacional de Costa Rica, 600 metros noroeste en Barrio Las Palmas, Complejo Municipal.

SEGUNDA: LA EMPRESA realizará las obras de CONSTRUCCION DE LA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE UPALA DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA, para la protección de personas menores de edad que se encuentran en riesgo y requieren ser ingresados a una alternativa institucional que les garantice abrigo y cuidado; de acuerdo con las especificaciones técnicas como: confección de planos constructivos, permisos, estimación de costo de la obra, especificaciones y anexos (que fueron debidamente aprobadas por la Gerencia de Administración y la Gerencia Técnica).”

“PRIMERA: Que la EMPRESA NAYCON SOCIEDAD ANONIMA realizará las obras de CONSTRUCCION DE LA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE NARANJO, en la Provincia de Alajuela, en terreno propiedad del PANI ubicado de la Bomba Barrientos 400 metros norte carretera a San Carlos al lado derecho de la calle, lote en la parte trasera de la Oficina Local.

SEGUNDA: LA EMPRESA realizará las obras de CONSTRUCCION DE LA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN DE NARANJO DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA, para la protección de personas menores de edad que se encuentran en riesgo y requieren ser ingresados a una alternativa institucional que les garantice abrigo y cuidado; de acuerdo con las especificaciones técnicas como: confección de planos constructivos, permisos, estimación de costo de la obra, especificaciones y anexos (que fueron debidamente aprobadas por la Gerencia de Administración y la Gerencia Técnica).”

Ahora bien, de conformidad con el artículo 27 de la Ley de Contratación Administrativa y su actualización mediante la resolución R-DC-029-2012 del 26 de febrero del 2013, se tiene acreditado que el Patronato Nacional de la Infancia se ubica en el estrato E). Además, de conformidad con la misma resolución, se tiene acreditado que el estrato superior inmediato al Patronato Nacional de la Infancia, sea el estrato D), tiene un límite inferior vigente para la aplicación de la licitación pública - en contratos de obra pública- de doscientos setenta y cuatro millones quinientos mil colones (¢274.500.000).

Ello conlleva a que los contratos de obra remitidos para refrendo por parte del Patronato Nacional de la Infancia requieren de dicho trámite siempre y cuando el precio contractual sea igual o superior a ¢274.500.000.

Además, debe tenerse presente que mediante el oficio No. 12953 (DCA-2973) de fecha 25 de noviembre pasado, esta División precisó el criterio mantenido con respecto a la adjudicación por líneas y el monto a tomar en consideración para determinar si requiere o no del trámite de refrendo ante esta Contraloría General. En lo que interesa, en dicho oficio se indicó lo siguiente:

“Ciertamente, como explica la Administración, mediante el oficio No. 12089 (DCA-3398) del 9 de octubre del 2007, esta misma División se pronunció sobre la posibilidad de formalizar en forma separada la adjudicación por ítems producto de una misma licitación, a pesar de que las partes suscribientes sean las mismas, estableciendo así una posición distinta sobre este mismo tema. En lo que interesa, en esa oportunidad se indicó lo siguiente: / ‘El Contrato sometido a nuestro conocimiento se deriva de la Licitación Pública 2007 LN-001865-01, la cual se componía de 4 ítems, siendo que el Contrato de marras corresponde a la línea 1, único que fue sometido al conocimiento de este órgano contralor, toda vez que esa Administración formalizó cada ítem de forma separada, asumiendo bajo su responsabilidad la aprobación de los ítems 2 a 4. Lo anterior, a pesar de que las partes suscribientes son las mismas para cada uno de los ítems de esta Licitación, a saber: BNCR y Sistemas Analíticos S.A. A criterio de esta División, el Banco actuó de forma correcta, puesto que si bien es cierto cada uno de los 4 contratos comparten las partes, no así el objeto. En este sentido ha de considerarse que se trata de un solo procedimiento licitatorio, sin embargo no existe una dependencia entre los ítems, aspecto que queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración licitante, lo cual se desprende además del contenido del cartel al reconocerle a los oferentes la posibilidad de cotizar de forma parcial, así como al Banco la oportunidad de adjudicar de forma parcial (Folios 119 y 152 del expediente administrativo). Asimismo ha de tomarse en cuenta el reconocimiento que el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa hace a la integridad de cada ítem, siendo que en la fase recursiva del procedimiento de contratación, se permite la impugnación por ítem, debiéndose valorar el monto de la línea impugnada y no de la totalidad de los ítems, a efectos de definir si esta Contraloría General es competente o no para conocerle. Bajo esta línea de pensamiento - resguardada en la normativa en mención - , este órgano contralor reconoce la posibilidad de que se formalice cada ítem de forma separada aún en el supuesto de que una sola empresa sea la adjudicataria en todos o varias de los ítems de un mismo procedimiento de contratación, facultad que se reconoce en el tanto no exista una dependencia entre el objeto de las líneas (sean 2 o más). Así las cosas y para efectos de refrendo contralor, en virtud de la integridad, separación e identificación del objeto de cada línea, corresponderá a la Administración definir si el (s) contrato (s) debe ser o no sometido al conocimiento del órgano contralor.’/ De conformidad con criterio expuesto en el citado oficio No. 12089-2007, lo que interesa determinar es el criterio de “dependencia” de los bienes a adquirir en cada una de las líneas o ítems que forman parte del objeto contractual; de forma tal que es factible formalizar en forma separada las líneas o ítems que forman parte de un mismo procedimiento de contratación cuando no exista dependencia entre ellos. / Ahora bien, es necesario precisar en relación con el oficio No.3788 (DCA-1241) del 12 de abril del 2007, que efectivamente deberá formalizarse juntas diversas líneas adjudicadas a una misma persona física o jurídica, cuando exista dependencia entre ellas. De esa forma, cuando la

Administración verifique que no existe esa dependencia, puede procederse a separar la formalización y en consecuencia determinar si en cada caso corresponde el cumplimiento del requisito de eficacia por la vía del refrendo o la aprobación interna. Sobre esta lectura de la dependencia, debe señalarse que es un criterio que resulta consistente con otras normas vigentes de la contratación administrativa, que permiten la adjudicación parcial de líneas independientes y sobretodo continuar con aquellas no impugnadas en el acto final cuando no exista dependencia (artículos 52, inciso n y 86 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa). (...) Así las cosas, es criterio de esta División que para determinar si se pueden o no separar para efectos de refrendo las líneas o ítems adjudicados a un mismo contratista y producto de un mismo concurso, lo que debe aplicarse es el criterio de “dependencia” de los bienes a adquirir en cada una de esas líneas o ítems y que forman parte del objeto contractual; de forma tal que es factible formalizar en forma separada las líneas o ítems que forman parte de un mismo procedimiento de contratación cuando no exista dependencia entre ellos, pero si es obligatorio formalizar en una misma contratación las líneas o ítems en aquellos casos en que sí exista una dependencia entre éstos. / En este sentido, deberá tenerse por modificados en forma expresa los criterios anteriores que, sobre este mismo tema, ha emitido esta División en sentido contrario.” (el subrayado no es del original).

De conformidad con el criterio citado, queda claro que la posición que ha asumido esta División cuando existen varias líneas o ítems adjudicados a un mismo oferente derivadas de un mismo procedimiento de contratación administrativa, es que para efectos de refrendo cada línea o ítem se puede separar siempre y cuando los bienes a adquirir en cada una de esas líneas o ítems no sean dependientes entre sí.

En los casos bajo análisis, se observa que el monto de cada una de las contrataciones remitidas es de ¢183.998.723 y ¢198.998.723, respectivamente. (ver publicación en La Gaceta No. 172 del 9 de setiembre del 2013). Además que la obra objeto de adjudicación de la Línea 2 no tiene relación de dependencia de la obra a realizar correspondiente a la Línea 3, ambos de la Licitación Pública 2013LN-000002-01.

Ello significa que el monto total de cada uno de los contratos bajo análisis resultan ser inferior al monto mínimo fijado al Patronato Nacional de la Infancia para efectos de determinar si dichas contrataciones están sujetas al trámite de refrendo contralor, que como vimos es de ¢274.500.000.

En consecuencia, y con fundamento en el citado artículo 3, inciso 1) del Reglamento sobre el refrendo, se concluye que los contratos bajo análisis se encuentran excluido del trámite de refrendo ante este órgano contralor en razón de su cuantía, y en su lugar el trámite de aprobación le corresponde a la unidad interna de la propia Administración. Ello tal y como lo establece el artículo 17, inciso 1) del Reglamento obre el refrendo de las contrataciones de la Administración Pública, que dice:

“Artículo 17. Aprobación interna.

De conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, estará sujeta a la aprobación interna de la

Administración la actividad contractual excluida del refrendo, pero únicamente en los siguientes casos:

1) Todo contrato administrativo derivado de la aplicación del procedimiento de licitación pública, no sujeto al refrendo.

(...)

La aprobación interna estará a cargo de la unidad de asesoría jurídica institucional o aquella otra con especialidad jurídica designada por el jerarca, que en ningún caso podrá ser la Auditoría Interna.”

Así las cosas, procedemos a devolver dichos contratos sin trámite, en la medida que no resulta competente este órgano contralor para emitir el refrendo solicitado.

Atentamente,

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

MSc. Celina Mejía Chavarría
Fiscalizadora

Adjunto: Expediente administrativo de la Licitación Pública 2013LN-000002-01 (5 tomos)

CMCH/chc
NI: 26672, 26673
G: 2013001056-2 y 3