

**Al contestar refiérase
al oficio No. 11082**

24 de agosto de 2016
DCA-2145

Señora

Alicia Vargas Porras

Ministra a.i.

Ministerio de Educación Pública

marisol.miranda.guzman@mep.go.cr

Asunto: Se deniega por no requerirse, autorización al Ministerio de Educación Pública, para suscribir un contrato adicional con la empresa Grupo Asesor S.A. para el desarrollo e instalación de un software, con fundamento en los artículos 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa y el artículo 201 del Reglamento a dicha Ley.

Nos referimos a su oficio DM-1111-08-2016 del 8 de agosto del año en curso, recibido en este órgano contralor el día 9 del mismo mes y año, por medio del cual solicita la autorización descrita en el asunto.

I. Antecedentes y justificación de la solicitud.

Indica esa Administración como razones que justifican la solicitud en estudio, las siguientes:

1. Que promovieron la Licitación Pública 2013LN-000002-55000 según el valor estimado para el año 2013 y los límites establecidos por esta Contraloría General en la Resolución R-DC-029-2013 del 26 de febrero del 2013 vigente a ese momento, considerando el "Estrato B", siendo la Unidad Gestora la Dirección de Planificación Institucional, la instancia que solicita a la Dirección de la Proveeduría Institucional, Departamento de Contratación Administrativa, la adquisición de "Desarrollo e Instalación de Software", para implementar una herramienta tecnológica denominada Pitágoras, con invitación de potenciales oferentes por medio del Diario Oficial La Gaceta N° 144 del 29 de julio del 2013 y Compr@RED, concurso que no fue objetado, ni se recibieron solicitudes de aclaración, participando únicamente la empresa Asesores en informática, que cumplió con todos los requisitos del cartel.
2. Que a la fecha, de dicha contratación se encuentran pendientes las entregas de las etapas 5, 6, y 7 que son parte de una modificación unilateral del contrato efectuada. Agregan que se evidencian una serie de debilidades en la ejecución contractual, de manera que con la documentación existente constan dos actas de recepción del contrato original (acta N° 016-2013 y acta N° 002-2014), sin que se puedan verificar los oficios por parte de la Administración en donde se reciben los productos a entera satisfacción.

3. Que respecto de la adenda al contrato original, se tienen notas de la empresa Grupo Asesor, la REF: GA-18-12-15 donde se hace entrega a la Administración de la Etapa 1 Plan de Trabajo, entregable que no tiene costo, así como el acta de recepción parcial No.003-2016 del 26 de febrero del 2016, y la factura de la empresa Grupo Asesor No. 0012595 del 23 de febrero del 2016, en donde se recibe a satisfacción y se paga la Etapa 2 Conceptualización, la Etapa 3 Elaboración y la Etapa 4 Construcción.
4. Que se informa a esta División, que la ejecución contractual presentó una serie de debilidades, lo que ha provocado que no se tenga claridad sobre la usabilidad actual de la Herramienta, dado que no se han realizado una serie de pruebas del sistema, y además surgieron nuevos requerimientos por parte de la Dirección de Recursos Humanos y la misma unidad gestora.
5. Que en cuanto al "Proyecto Pitágoras", refieren que por medio del oficio UAI-244-2015 de fecha 3 de noviembre del 2015, suscrito por la Licda. Maritza Fuentes Quesada, se otorga la aprobación interna a la modificación unilateral del contrato, y se advierte a la Administración que es oportuno realizar la verificación de la planificación que se está realizando en cuanto a los plazos de ejecución del contrato, porque no se están cumpliendo, a efectos de tomar las medidas correctivas y preventivas en ese sentido.
6. Que el Despacho del Viceministro de Planificación Institucional y Coordinación Regional, fue puesto en conocimiento por parte del Director de Planificación Institucional que recién se incorporaba a ese puesto, sobre la situación actual del Proyecto Pitágoras mediante el Oficio DIP-0449-2016 de fecha 16 de mayo del 2016, que en lo que interesa expuso:

“...Desde que asumí el puesto de Director de Planificación Institucional el pasado 18 de abril del 2016, me di a la tarea de informarme sobre la situación general de esta Dirección en todos los asuntos relacionados con el ámbito de las competencias que asumen los departamentos a mi cargo. De esta revisión de asuntos y proyectos en curso, me llamó la atención, el denominado Proyecto Pitágoras, que se registra como adscrito a la Dirección de Planificación Institucional, no obstante, no pude localizar ningún expediente administrativo interno debidamente conformado en esta Dirección, que me permita verificar de manera absolutamente veraz el estado de situación en que se encuentra el mismo, los requerimientos técnicos exigidos al proveedor u otra información que permita constatar si dicha operación cierra satisfactoriamente. En relación con lo anterior se recibió en fecha 04 de mayo del 2016, una copia del oficio DF-206-2016, del informe de labores general del anterior Director, en donde se menciona en uno de sus acápite un estado de situación general del Proyecto en cuestión. Mi preocupación es mayor - y se la externo de manera oficial - porque no recibí de mi antecesor, un informe exhaustivo o los respaldos documentales que me permitan constatar el estado de dicho proyecto. Ante tal situación, solicité al Director del Proyecto Pitágoras mediante oficio DPI-0360-2016 con fecha del 28 de abril del 2016, una copia de toda la documentación referente a la ejecución contractual del proyecto, misma que no ha sido entregada a la fecha. Por este motivo solicité nuevamente al Director del Proyecto el día 6 de mayo del 2016, - según oficio DPI-0364-2016 -, una copia certificada del expediente de ejecución del proyecto que debía ser entregada en esta Dirección en el plazo máximo de 2 días hábiles, gestión cuyo plazo feneció sin respuesta. (Adjunto copia de ambos oficios). Ante ésta situación, me he dado a la tarea de reconstruir los términos de la contratación del Proyecto Pitágoras mediante el expediente digital de CompraRed; mediante algunos informes escritos de la empresa contratada para el desarrollo del proyecto que localicé en esta Dirección; utilizando otros documentos aislados que he logrado recopilar sobre la ejecución del proyecto, así como, mediante información verbal que me trasmiten el hasta hoy Director del proyecto, representantes de la empresa

contratada y personal del MEP que ha tenido relación directa o indirecta con la contratación. No obstante, dicha información no sustituye la documentación auténtica que por obligación legal debe llevar y custodiar el gestor en un expediente administrativo oficial; razón por la cual no puedo asumir ninguna responsabilidad sobre la gestión pasada o futura que sea derivada del manejo anterior del Proyecto Pitágoras y lo comunico así, expresamente, para descargar mi responsabilidad administrativa y técnica. Me permito señalar además que, según la información extraoficial que he podido recopilar en este corto lapso de tiempo, existen una serie de elementos que generan incertidumbre sobre la situación actual del Proyecto Pitágoras, así como de la funcionalidad y utilidad de la herramienta tecnológica, en caso de que sea entregada (y recibida) en las condiciones actuales. Es necesario mencionar además, que al momento de recibir el cargo de Director de Planificación, el plazo contractual del proyecto en cuestión estaba muy próximo a vencer. Ante esta realidad, le informo que la empresa contratada para el desarrollo de la herramienta, según oficio OFGA -1 6-05-11-01, solicitó una prórroga de 3 meses para su finalización. La misma ya fue aprobada por la Proveeduría Institucional según oficio D.PROV.I. FC-0314-2016. Por lo anterior la nueva fecha de finalización del proyecto está programada para 11 de agosto del 2016. Finalmente le comento que para continuar con la ejecución del proyecto, se coordinó con su despacho, según oficios DPI-0415-2016 y DVM-PICR-359-05-2016, el nombramiento de un equipo de trabajo con la competencia y suficiente experiencia en la administración de proyectos tecnológicos, con el fin de que se lleve adelante esta tarea. Este equipo ha entrado en funciones el día 16 de mayo del 2016."

7. Que en atención de ese informe, el Dr. Miguel Ángel Gutiérrez Rodríguez, Viceministro de Planificación Institucional y Coordinación Regional, en oficio DVM-PICR-379-5-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, traslada el documento al Despacho de la Señora Ministra, siendo que y por medio de resolución N° 1565-MEP-2016 de las once horas cincuenta minutos del día 26 de mayo del año en curso, suscrita por la Ministra, se designa al Licenciado Mario Alberto López Benavides, para que efectúe la investigación preliminar tendiente a establecer si existen conductas achacables a título de responsabilidad administrativa o de otra índole y quienes figurarían como accionados en un eventual procedimiento administrativo por la tramitación de la Licitación Pública N° 2013LN-000002-55000, asociada al denominado "Proyecto Pitágoras", investigación que se encuentra en análisis jurídico de la documentación remitida, y se han realizado ya varias acciones, descritas por el MEP, en la solicitud que se estudia, a folios 15 y 16.
8. Que por medio del Despacho del Viceministro de Planificación Institucional y Coordinación Regional, se procedió a sustituir la integración de la Comisión Ejecutiva incorporando al Viceministro Administrativo y Direcciones involucradas en el proceso, igualmente integró un Equipo Técnico de Trabajo, designándose a un nuevo Gerente del Proyecto, un técnico en Informática, y un asesor legal, comisiones que se han reunido para diagnosticar el estado de avance de la contratación, así como para tomar las decisiones al respecto, todo lo cual fue puesto en conocimiento de la señora Rosario Segura Sibaja, Proveedora Institucional, sin detrimento de las competencias asignadas a esa Proveeduría en el marco del "Proyecto Pitágoras".
9. Que el equipo técnico del proyecto liderado por su Gerente, presentó a la Comisión Ejecutiva el informe DPI-PROYPIT-MEP-0005-201, mismo que refleja el panorama encontrado desde que se designó para continuar con la ejecución contractual, y entre los aspectos más importantes se destacan debilidades en la documentación encontrada pues no corresponde a la debida conformación de un expediente administrativo de ejecución

contractual, tal y como lo ha definido esta Contraloría General, incluso algunos documentos no poseen las firmas correspondientes.

10. Que en cuanto al grado de avance de la Adenda y los productos entregados, la Comisión Técnica dictaminó en lo que interesa: *“Así las cosas, después del análisis de los documentos anteriores, se deduce un avance del 65% de la Adenda y queda un pendiente por ejecutar del 35% que son la Etapa 5 Transición, la Etapa 6 Implementación y la Etapa 7 Cierre del Proyecto. La Etapa 5 Transición está compuesta por pruebas (integrales, estrés, aceptación), por la capacitación (usuaria y técnica) y por la documentación (usuaria y técnica). La Etapa 6 Implementación se desarrolla con la instalación del sistema en producción y después de esta instalación, sigue un acompañamiento de la empresa desarrolladora por un periodo de dos meses. La Etapa 7 Cierre del Proyecto es un informe final elaborado por la empresa Grupo Asesor que contenga los resultados, recomendaciones y conclusiones del Proyecto. Ya con este panorama el equipo de trabajo del proyecto dirige sus esfuerzos a la realización de un cronograma de trabajo que comprenda todas las actividades necesarias y su duración para cumplir con las tres etapas de la Ampliación que faltan de ejecutar. Se realizaron conversaciones con el gerente de proyecto por parte de la empresa desarrolladora con el fin de ir validando información y actividades para poder realizar el cronograma de la forma más eficaz y veraz. El día 08 de junio se presentó una propuesta (sic) del cronograma a la comisión ejecutiva y se toma un acuerdo de otorgar audiencia a la Empresa con el objeto de valorar y analizar el cronograma de trabajo, propuesto por el Equipo Técnico. Ya estando el cronograma validado por la comisión ejecutiva, el 23 de junio del 2016 mediante oficio DPI-PROYPIT-003-2016, se solicita a la empresa proceder con la ejecución de las etapas 5, 6 y, 7 que están asociadas al componente de la Ampliación de la contratación que nos ocupa, con la finalidad de poder llevar a buen término el contrato y la implementación del sistema. Las etapas citadas y sus entregables son las siguientes: Etapa 5: Transición Entregable: EA#5 Informe de resultados de pruebas de aceptación. Actividades: Realizar pruebas de aceptación. Elaborar la documentación del sistema. Realizar capacitaciones en el uso del sistema para usuarios finales y personal técnico. Etapa 6: Implementación Entregable: EA#6 Informe con la implementación del sistema. Actividades: Instalación del sistema en el ambiente de producción. Realizar acompañamiento de 2 meses. Etapa 7: Cierre. Entregable: EA#7 Informe de resultados de la operación inicial del sistema. Actividades: Resultados obtenidos durante la ejecución del proyecto. Recomendaciones que debe llevar a cabo el MEP como parte de la ejecución del sistema. Principales conclusiones del desarrollo del sistema. Derivado del oficio anterior el jueves 30 de junio la administración recibe de la empresa la nota GA-16063002 en la cual expresan que los eventos que han imposibilitado a Grupo Asesor la entrega completa de los productos asociados a las etapas 5, 6 y 7 de la ampliación, han sido por circunstancias que no son atribuibles a ellos, sino a este ente Ministerial. Siendo además dichos incumplimientos, los que influyeron negativamente en la marcha del proyecto, advertidos y comunicados en forma oportuna y reiterada a este Ministerio (véanse Notas de la empresa GA-240216, GA-110316, GA-060416, GA-290416). La empresa Grupo Asesor expone que por esta razón no puede obligársele a cumplir las etapas que no han podido ser concluidas, toda vez que implicaría asumir una inversión económica no presupuestada y por circunstancias que no son atribuibles a ellos. Esta situación nos genera estos problemas para cerrar el contrato de la ampliación: Según solicitudes enviadas por la Dirección de Recursos Humanos se solicitan nuevos requerimientos al sistema. No se ha realizado el piloto por los retrasos acumulados exponiendo al proyecto, a la empresa y a la Administración. Además se considera necesario construir los nuevos requerimientos antes del piloto. El contrato para la empresa está ya está agotado financieramente y en tiempo. Pero la empresa externa en su última nota que mientras se cubran los costos asociados de las actividades pendientes de ejecutar, está en la mejor disposición de cumplir con las etapas finales señaladas anteriormente”.*

11. Que los atrasos por parte de la Administración, se deben a que las actividades de inicio de curso lectivo y la ocupación de los usuarios del MEP que normalmente se dirigen hacia los meses de diciembre y hasta después del inicio de la entrada a clases por los procesos de asignación y planificación del recurso humano, es bastante amplia y la participación de estos actores es fundamental para construir los escenarios de lo que se requería para probar el sistema, de ahí el atraso en el cronograma de actividades de la agenda del contrato.
12. Que las etapas descritas no han sido canceladas y corresponden a una totalidad de ¢50.540.0000.00 (Cincuenta millones quinientos cuarenta mil colones exactos), siendo trascendental finalizar el desarrollo de la herramienta tecnológica con esa empresa Grupo Asesor S.A., advirtiendo el MEP lo que en su criterio, son los alcances estratégicos del proyecto Pitágoras y sus bondades, lo cual desarrolló en la solicitud planteada.
13. Que la empresa Grupo Asesor S.A. es la idónea para el desarrollo de la herramienta, ya que es la poseedora de una tecnología propietaria la cual tiene acceso al código fuente en el cual está desarrollado el sistema Pitágoras.
14. Que presentan cronogramas que permiten atender la finalización de la etapa de ampliación del contrato original y otro donde se detalla la necesidad de desarrollar mejoras y requerimientos nuevos, para satisfacer las necesidades detectadas.
15. Que no obstante, han encontrado que esas necesidades no cubren en su totalidad los intereses del MEP, por lo que, con el fin de ampliar el alcance se genera la impostergable necesidad de realizar una segunda ampliación del contrato.
16. Que como se expuso, por una serie de factores se imposibilitó que en el plazo establecido se concluyera satisfactoriamente el objeto contratado y el actual equipo de trabajo, ha realizado un análisis integral de los elementos pendientes, concluyendo que los plazos establecidos en la ampliación original han sido insuficientes para la finalización de las tareas restantes y el desarrollo que realizó la empresa contratada, no contó con un acompañamiento permanente de los funcionales expertos del MEP, y que entre otros, se pueden requerir otras pruebas, siendo entonces que el plazo y su respectivo presupuesto son mayores, el plazo ha crecido hasta llegar a 112 días, según cronograma que adjuntan.
17. Que presentan el cronograma de la nueva contratación, con un plazo de ejecución de 258 días hábiles, porque se ha tenido que combinar la cantidad de ajustes y requerimientos nuevos que se pretende realizar, junto a los tiempos y disponibilidades que el equipo de trabajo del MEP puede dedicar sin abandonar sus responsabilidades.
18. Que el monto total de la inversión es de ¢ 222,809,745.00 y la Administración adopta la decisión de suspender el contrato de conformidad con el artículo 202 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa con la Empresa, esto justificado en razones de interés público e institucional por un plazo de tres meses, dado que el plazo contractual finaliza el 11 de agosto de los corrientes y además se deben finalizar las etapas pendientes y definir

los nuevos requerimientos y cronograma de actividades para la finalización en el desarrollo de la herramienta.

19. Que por lo expuesto, solicitan a este órgano contralor, utilizar la figura del artículo 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa y el 201 del reglamento de cita que faculta a la Administración a obtener del mismo contratista suministros o servicios adicionales de igual naturaleza basado en lo siguiente:
- a. La empresa Grupo Asesor S.A. cuenta con una herramienta de desarrollo propietaria, que permite especificar y generar el código fuente final, con el fin de facilitar su construcción. Que aunque la ausencia de esta herramienta no impedirá que el MEP dé el mantenimiento, sí causará complicaciones si un nuevo participante continuara el desarrollo de lo pendiente.
 - b. Que se requieren finalizar con las etapas 5, 6 y 7 de la ampliación del contrato, y contar con un nuevo contrato que le permita incluir mejoras y nuevos desarrollos, que vienen a complementar lo contratado hasta la actualidad, tanto para la Dirección de Recursos Humanos como para la Dirección de Planificación Institucional.
 - c. Que tomando en cuenta el contrato original se ha ejecutado en un 100% y la ampliación a este en un 65%, dado los hechos expuestos, la Administración requiere recursos económicos adicionales, tanto para la finalización del 35% restante, como para la finalización de una nueva contratación.
 - d. Que el nuevo contrato se estima en la suma de ¢319.779.345.00 (trescientos diecinueve millones setecientos setenta y nueve mil trescientos cuarenta y cinco mil colones) que incluye las actividades indicadas en ambos cronogramas aportados.

II.-Criterio de la División.

Como primer aspecto, es importante indicar que tanto el artículo 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa, como el numeral 201 del Reglamento a dicha ley, regulan la posibilidad que tiene la Administración de suscribir una nueva contratación, una vez ejecutado un contrato precedente suscrito con un determinado contratista.

La lógica de estos artículos se sustenta en posibilitar a la Administración con una herramienta que le permita adquirir del mismo proveedor -y bajo ciertas condiciones previas por la norma-, bienes o servicios de la misma naturaleza a los recién contratados, evitando a la Administración tener que recurrir a un nuevo procedimiento de compra, si los puede adquirir de este último proveedor. Sin embargo, la condición primigenia para poder recurrir a esta figura del contrato adicional, es que el contrato inicial ya haya sido ejecutado, esto es, entregadas a satisfacción cada una de las prestaciones convenidas, y que esa necesidad adicional de bienes o servicios, se haya producido con posterioridad a esa ejecución.

Al respecto, el artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa establece:

*“... **Contrato adicional.** Si ejecutado un contrato, la Administración requiere suministros o servicios adicionales de igual naturaleza, podrá obtenerlos del mismo contratista, siempre que éste lo acepte y se cumplan las siguientes condiciones:*

- a) Que el nuevo contrato se concluya sobre las bases del precedente.*
- b) Que se mantengan los precios y condiciones con base en los cuales se ejecutaron las obligaciones, pudiendo el contratista mejorar las condiciones iniciales.*
- c) Que el monto del nuevo contrato no sea mayor al 50% del contrato anterior, contemplando los reajustes o revisiones y modificaciones operadas. Cuando el objeto del contrato original esté compuesto por líneas independientes, el 50% se calculará sobre el objeto y estimación general del contrato y no sobre el monto o cantidad de alguna línea en particular. En los contratos de objeto continuado el 50% se considerará sobre el plazo originalmente convenido sin considerar las prórrogas.*
- d) Que no hayan transcurrido más de seis meses desde la recepción provisional del objeto. Cuando la recepción provisional del objeto coincida con la definitiva, el plazo comenzará a contar a partir de esta fecha. En contratos con plazos de entrega diferidos, contará a partir de la última entrega de bienes.*

Se excluyen del cómputo de este plazo la ejecución de prestaciones subsidiarias de la principal, como el plazo de garantía sobre bienes o servicios de soporte y mantenimiento derivado del principal.

- e) Que en el contrato precedente no se hubiera incurrido en ningún incumplimiento grave.*

Para utilizar esta modalidad, será requisito que dentro del plazo de los seis meses, conste en el expediente la debida motivación y promulgación, por quien tenga competencia para adjudicar, del acto administrativo que contenga la decisión en que se funde el nuevo contrato.

La sumatoria del contrato precedente y del nuevo podrá exceder el límite económico del tipo de procedimiento originalmente utilizado. Esta modalidad no es aplicable a contratos de obra. Para lo anterior se deberá considerar los alcances del artículo 37 de la Ley de Contratación Administrativa y lo establecido en el presente Reglamento...”.

De lo expuesto se colige entre otros aspectos, que la potestad de suscribir un contrato adicional bajo las reglas del artículo 201 citado es propia de la Administración contratante, por lo que para poder hacer uso de esta figura, no requiere de autorización previa de este órgano contralor, debiendo eso sí la Administración acreditar en el respectivo expediente, la existencia de cada uno de los supuestos que hacen posible su utilización.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, conviene señalarle a ese Ministerio algunos aspectos de interés y para este propósito es válido reiterar, que la suscripción de un contrato adicional procede únicamente cuando ha sido debidamente ejecutado el contrato original, por lo

que es importante hacer notar al Ministerio solicitante que de su misma explicación, no se deriva el cumplimiento de este supuesto, toda vez que indica en su solicitud, que el contrato original derivado de la licitación pública 2013LN-000002-55000 con la inclusión de la adenda 1 no ha finalizado, sino que se encuentra suspendido.

En efecto, ha señalado ese Ministerio en su oficio DM-1111-08-2016 del 8 de agosto del año en curso, en lo que interesa *“...La Administración adopta la decisión de suspender el contrato de conformidad con el artículo 202 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, justificada en razones de interés público e institucional por un plazo de tres meses, dado que el plazo contractual finaliza el 11 de agosto de los corrientes y además se deben finalizar las etapas pendientes y definir los nuevos requerimientos y cronograma de actividades para la finalización en el desarrollo de la herramienta...”*

Así las cosas en este estado del contrato, no es viable desde el plano jurídico la aplicación de la norma de cita, por no estar justamente el contrato original concluido en su ejecución, sino que se encuentra suspendido por decisión administrativa.

Por otra parte, debe tomar en cuenta además ese Ministerio, que del cuadro fáctico planteado en su gestión, no parece existir claridad en cuanto a si los atrasos en las entregas de las etapas pendientes del proyecto, obedece en realidad a un incumplimiento contractual o bien, a deficiencias de la Administración en la definición del objeto contractual.

Decimos lo anterior, por cuanto tener claro este escenario, permitirá mayor claridad a la Administración en cuanto a las acciones a tomar.

En primer lugar, debe tenerse presente que una de esas condiciones inherentes que deben acreditarse para poder aplicar el artículo 201 citado es -además claro está de que el contrato original se encuentre ejecutado- que no existan incumplimientos graves atribuibles al contratista producto del contrato precedente, y esto es así, por que justamente la figura no debe ser utilizada precisamente para disimular u ocultar posibles deficiencias de ejecución con ocasión del contrato anterior, situación esta que advertimos, no parece aún tener clara la Administración.

Por lo que en caso de poder determinar la Administración, que los atrasos o incumplimientos en estas etapas pendientes, son de exclusiva responsabilidad del contratista, bien puede recurrir a los mecanismos establecidos contractualmente y en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, para establecer esa responsabilidad, ya sea por medio de las multas y cláusulas penales o bien, en caso de incumplimientos graves, del mecanismo de resolución contractual.

Señalamos esto, por cuanto en el oficio DM-1111-08-2016 del 8 de agosto del año en curso ese Ministerio indica que: *“...se evidencian una serie de debilidades en la ejecución del contrato, (...) con la documentación existente constan dos actas de recepción del contrato original (...) sin que se pueda verificar por parte de la Administración, en donde se reciben los productos a entera satisfacción (...)”*, y por otro lado, en ese mismo oficio se hace ver el hecho de que las etapas 5, 6 y 7 del contrato producto de la modificación unilateral de contrato (adenda 1), no se han entregado.

A su vez, el mismo oficio indica que la Comisión Técnica dictaminó en lo que interesa: “...se solicita a la empresa proceder con la ejecución de las etapas 5, 6 y 7 que están asociadas al componente de la Ampliación de la contratación que nos ocupa, (...) Derivado del oficio anterior el jueves 30 de junio la administración recibe de la empresa la nota GA-16063002 en la cual expresan que los eventos que han imposibilitado a Grupo Asesor la entrega completa de los productos asociados a las etapas 5, 6 y 7 de la ampliación, han sido por circunstancias que no son atribuibles a ellos, sino a este ente Ministerial. Siendo además dichos incumplimientos, los que influyeron negativamente en la marcha del proyecto, advertidos y comunicados en forma oportuna y reiterada a este Ministerio (véanse Notas de la empresa GA-240216, GA-110316, GA-060416, GA-290416). La empresa Grupo Asesor expone que por esta razón no puede obligársele a cumplir las etapas que no han podido ser concluidas, toda vez que implicaría asumir una inversión económica no presupuestada y por circunstancias que no son atribuibles a ellos...”.

Es por ello, que una primera tarea corresponde a que la Administración determine si en el presente caso, ha existido responsabilidad contractual por parte de la contratista, y en su caso una vez acreditado, proceder conforme lo permite el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto y en segundo lugar, otro escenario que la Administración debe tener por definido, en el evento de acreditarse que en el contrato en cuestión, no han existido incumplimientos de la empresa, es si existen deficiencias de origen en la definición de especificaciones del proyecto atribuibles a la Administración, que hagan contrario al interés público continuar con su ejecución. En este caso, la Administración puede valorar dos caminos, el primero recurrir a la rescisión contractual por razones de interés público, para lo cual debe respetarse el procedimiento definido en la Ley y Reglamento de Contratación Administrativa.

En segundo lugar, considerando que el contrato se encuentra suspendido en este momento, podría explorarse la posibilidad de efectuar una modificación contractual vía artículo 200 del Reglamento citado, con la finalidad de realizar modificaciones o ampliaciones al objeto contractual, claro está, que esta figura la igual que la del artículo 201 no puede ser utilizada para disimular posibles incumplimientos del contratista.

Esto por cuanto la facultad de modificación unilateral de contratos que tiene la Administración para aumentar bienes o servicios que no haya contratado con anterioridad, es la establecida en el artículo 12 de la Ley de Contratación Administrativa y 200 del Reglamento de cita, pero esto implica entre otros supuestos, que se esté de frente a un contrato en ejecución y en el tanto ese aumento se trate sobre bienes o servicios similares a los contratados y se cumplan el resto de presupuestos que estas normas establecen, facultad que también es de exclusiva decisión de la Administración contratante, salvo lo establecido en el artículo 200 párrafo penúltimo, que establece una competencia de este órgano contralor, para eventualmente otorgar una autorización de modificación unilateral de contrato, cuando alguno de los supuestos normativos no se cumpla y ante requerimiento de la Administración efectuada ante este órgano contralor.

Eso sí, se advierte que esa modificación unilateral de contrato iría enfocada en la mejor forma de satisfacción del interés público como lo prevén justamente esas normas.

Así las cosas, es deber de ese Ministerio determinar si efectivamente las etapas que faltan para ejecutar de conformidad el objeto contractual, así como las modificaciones de objeto que se realizaron con la suscripción de la adenda contractual, deben ser obligatoriamente realizadas por la empresa Grupo Asesor S.A. y en el tiempo que resta de ejecución, o si por el contrario se trata de falencias de origen e irreparables en la definición del objeto atribuibles a la Administración, siendo que en este último caso, la institución podría optar por una resolución contractual conforme el artículo 204 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, a la rescisión contractual prevista en el artículo 206 del mismo cuerpo de normas o incluso, sí es posible llevar a cabo una modificación contractual para realizar ajustes al objeto contractual, recurrir a lo dispuesto en el artículo 200 del mismo Reglamento, aspecto que para cada uno de los casos, deberá actuarse conforme lo indicado en dichas normas.

Como corolario de lo anterior, la Administración deberá efectuar un análisis claro respecto a cuál de los escenarios se enfrenta, para luego de esto adoptar las decisiones respectivas, haciendo ver no obstante este órgano contralor, su preocupación por la ausencia de fiscalización que de parte de la Administración ha tenido el contrato, aspecto que incluso puede generar responsabilidad administrativa de los funcionarios encargados y en segundo lugar, preocupa igualmente como lo advierte uno de los funcionarios citados en su oficio, que no exista siquiera un expediente administrativo debidamente conformado sobre el proceso de seguimiento del proyecto, aspecto que deberá ser investigado por la Administración.

Finalmente, y en función de las decisiones que acuerde esa Administración, en el caso de una extinción del contrato, podrá optar por licitar de nuevo el objeto contractual o bien, recurrir a los mecanismos de excepción posibilitados en los artículos 2 bis de la Ley y 138 de su Reglamento, en caso de no convenir al interés público, el desarrollo de nuevo y eventual procedimiento ordinario.

De lo que viene dicho, y al tenor de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en este oficio, se deniega la solicitud del Ministerio de autorizar la suscripción de un contrato adicional por no requerirse, siendo de exclusiva responsabilidad de ese ente ministerial, la aplicación de los artículos 12 bis de la Ley de Contratación Administrativa y el 201 de su reglamento.

Atentamente,

Edgar Herrera Loaiza
Gerente Asociado

Kathia Volio Cordero
Fiscalizadora