



MS-AI-178-2020

18 de mayo 2020

Doctora
Priscilla Herrera García
Directora
DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD

ASUNTO: ADVERTENCIA SOBRE LA CONTRATACIÓN *INFRAESTRUCTURA BAJO LA MODALIDAD DE SERVICIO PARA LA GESTIÓN DE LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN AUTOMATIZADOS DEL MINISTERIO DE SALUD*

Estimada Doctora

Dentro de las competencias de la Auditoría Interna establecidas en el artículo 22 inciso d) de la Ley General de Control Interno No. 8292, así como en la norma 1.1.4 del Manual de Normas para el Ejercicio de la Auditoría Interna en el Sector Público R-DC-119-2009 y el artículo 47 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Auditoría, Decreto Ejecutivo 34575-S, se establecen los servicios preventivos que debe prestar la Auditoría Interna a la administración activa por lo que, bajo el fundamento legal citado, se procede a emitir la siguiente advertencia sobre la Licitación Pública N°: **2019LN-000001-0009200001 "Alquiler de solución de Infraestructura como Servicio (IaaS) por demanda para la Gestión de Sistemas de Información Automatizados de la Ley de Tabaco y la función Rectora del Ministerio de Salud"**, misma que tiene como antecedente la contratación directa **2019CD-000022-0009200001 "Migración de la Contratación 2014LN-000003-63102 Infraestructura bajo la modalidad de Servicio para la Gestión de los Sistemas de Información Automatizados del Ministerio de Salud"**

En la revisión realizada al Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) se determinó que, con respecto a dichos procedimientos de contratación administrativa, existe el riesgo de que el servicio que da soporte o alojamiento a los sistemas de información Automatizados de la Institución se vea afectado, lo cual puede incidir no solo en la seguridad de información de toda la gestión institucional, sino, en el buen desarrollo y funcionamiento de los sistemas que día a día el Ministerio utiliza para ejecutar las diferentes actividades para la Rectoría de la Salud, así como también en el manejo de los recursos económicos del Ministerio de Salud utilizados para cubrir el servicio brindado por la empresa contratada.

Lo anterior dado que, para la contratación directa **2019CD-000022-0009200001** se aprobó según oficio CIACCERF-069-2019 del 07 de octubre del 2019, la adenda al Contrato Administrativo N° DM-0391-2014, con un plazo de seis meses, contabilizados a partir del 01 de agosto del 2019, es decir de agosto 2019 a enero 2020, señalando para lo que interesa:



....“*PRIMERA: En virtud de la necesidad de ampliar la contratación con la empresa Sonda Tecnologías de Información de Costa Rica S.A. para el servicio de Solución Tecnológica de Información y Telecomunicaciones para el Ministerio de Salud, se acuerda por mutuo consentimiento de las partes suscribientes lo siguiente: Se amplía el Contrato Administrativo N° DM-0391-2014, por un monto total de ciento cinco mil setecientos sesenta y dos dólares exactos (\$ 105.762.00), ejecutables por un periodo de seis (6) meses, contabilizados a partir del 01 de agosto del 2019, de conformidad con el artículo 208 del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa*”. **ACUERDO FIRME Y UNANIME.**

Paralelamente, ante la necesidad de dar continuidad a este servicio de suma importancia para la institución y que estaba por finalizar en enero de 2020 como se señaló en los párrafos anteriores, se había iniciado en Julio de 2019 con la publicación del cartel, el proceso de selección y adjudicación la Licitación Pública N°: **2019LN-000001-0009200001**,, misma que según resolución de adjudicación se realizó el 13 de marzo de 2020 al consorcio SONDA TECNOLOGIAS DE INFORMACIÓN DE COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA y ENTRUST CONSULTORES CENTROAMERICA, encontrándose pendiente la notificación del contrato N°0432020000100012-00 correspondiente a dicha licitación.

Nótese que, entre la fecha de vencimiento de la Adenda DM-HC-3417-2019 realizada al Contrato Administrativo N° DM-0391-2014 correspondiente a la Contratación Directa 2019CD-000022-0009200001 “*Migración de la Contratación 2014LN-000003-63102 Infraestructura bajo la modalidad de Servicio para la Gestión de los Sistemas de Información Automatizados del Ministerio de Salud y la orden de inicio de la ejecución para la Licitación Pública N°: 2019LN-000001-0009200001 que se encuentra pendiente, existe el periodo descubierto sin contrato de más de tres meses a mayo de 2020, es decir, de febrero 2020 al momento en que se dé la notificación del contrato N° 0432020000100012-00 y por ende la orden de inicio.*

Esta Auditoría Interna, mediante oficio MS-AI-140-2020 solicitó a la Provedora Institucional informar sobre las gestiones que se realizaron con respecto al periodo descubierto, o bien, las alternativas implementadas por Administración para cubrir el periodo indicado. Con oficio MS-DFBS-UBS-0549-2020 se indicó que, en relación al periodo descubierto, si bien el plazo de ejecución de 6 meses establecido en la Adenda N° DM-HC3417-2019 (correspondiente a la contratación 2014LN-000003-63102) venció desde el pasado 31 de enero, le correspondía al Departamento de Tecnologías de Información y Comunicación, quien es el responsable de la ejecución contractual, informar sobre las gestiones o alternativas que desarrollan para cubrir el pago de los periodos que quedaron al descubierto y garantizar la continuidad del servicio, hasta tanto pudiera ser debidamente notificado el Contrato Administrativo N° 0432020000100012-00.

Por lo anterior, se realizó consulta al Departamento de Tecnologías de la Comunicación (DTIC), quien remitió oficio MS-DTIC-UIT-037-2020, en el que indica que dado que se evidenció en el expediente de contratación que no existían acciones que velaran por la continuidad de los servicios, se procedió a enviar el oficio MS-DTIC-UGIT-036-2020 a la Proveduría Institucional,



en el cual se hace petición de traslado al Adjudicatario - Sonda Tecnologías de Información Costa Rica S.A. del oficio MS-DTIC-UGIT-035-2020 para que se evidencie en el expediente lo establecido entre ambas partes.

Para lo que interesa, en el oficio MS-DTIC-UGIT-035-2020, el Jefe de la Unidad de Gestión de Infraestructura Tecnológica señaló que, para la nueva licitación después de superar las respectivas etapas se tiene como resultado el “Acta de Recomendación en el mes de octubre de 2019” aclarando que en esa Acta se establece que el acto de adjudicación se podrá llevar a cabo en el año 2020, una vez que se certifique la disponibilidad presupuestaria, por lo que, se decide realizar una reunión en diciembre de 2019 entre funcionarios de SONDA y el responsable del Proyecto por parte del Ministerio de Salud, en la que se tomaron una serie de acuerdos, entre ellos:

4. Basado en la existencia de un Acto de Recomendación Formal (documentación validada en SICOP) y en la necesidad del Ministerio de Salud de contratar el nuevo servicio denominado “Alquiler de solución de Infraestructura como Servicio (IaaS) por demanda para la Gestión de Sistemas de Información Automatizados de la Ley de Tabaco y la función Rectora del Ministerio de Salud”, que por parte de la empresa SONDA se continuará ofreciendo el servicio denominado “Solución Tecnológica de Información y Telecomunicaciones para el Ministerio de Salud. Contratación de Infraestructura bajo la modalidad de Servicio, para la Gestión de los Sistemas de Información Automatizados de la Ley de Tabaco y la función Rectora del Ministerio de Salud.”, el cual se respalda bajo la contratación 2014LN-000003- 63102 durante el primer trimestre del año 2020, en virtud de esperar que se finalicen los procesos de adjudicación y refrendo del nuevo contrato. Si por razones de fuerza mayor, los procesos de adjudicación y refrendo sobrepasen el primer trimestre, se verificará a lo interno de SONDA cómo proceder ante estos acontecimientos. Responsable SONDA.

Lo anterior reviste de especial trascendencia para este caso en particular, pues la Administración recibe desde febrero del 2020 los servicios pactados en el contrato administrativo N°DM-0391-2014, cuya adenda DM-HC-3417-2019 finalizó el 31 de enero de 2020, recibiendo a partir del 1 de febrero los servicios sin contrato vigente, lo cual sugiere una contratación irregular.

De acuerdo con la normativa de Contratación Administrativa se entiende como contrato irregular, aquel en el que se incurre “en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción” es decir, aquel que para nacer a la vida jurídica y surtir efectos, requiere de una formalidad previamente establecida, es aquel que el jurista costarricense Alex Rojas Ortega señala¹:

¹ M.Sc. Alex Rojas Ortega. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO IRREGULAR. Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, N° 122, págs 27-38 ISSN 2215-2377 / enero 2018



“(…)surge de un contrato suscrito entre la Administración y un determinado contratista y tiene por fin la satisfacción del interés público: pero con la particularidad de que ha sido concertado y llevado a cabo sin seguir los requerimientos previstos para ello por el ordenamiento jurídico, o bien, que no ha observado los principios aplicables a la materia de contratación administrativa. En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia afirmó que el contrato irregular es el que se da “[...] con inobservancia de los procedimientos legales y reglamentarios necesarios para configurar una contratación regular [...]”. (Corte Suprema de Justicia, Sala Primera, voto n.º 1112-S1-F-2009 de las 15:15 horas del 30 de octubre de 2009). De esta manera, la figura del contrato administrativo irregular se presenta en aquellos casos en que la Administración percibe u obtiene, parcial o totalmente, en forma efectiva y de buena fe, los respectivos bienes o servicios por los cuales suscribió el contrato administrativo, con evidente provecho para ella, pero, a pesar de eso, se presenta una anomalía o irregularidad en el procedimiento concursal, dado que no se ha cumplido con las reglas previstas en el ordenamiento jurídico, se ha hecho caso omiso de los principios aplicables a la materia, o bien, no se ha seguido el respectivo procedimiento de contratación”

Al existir el periodo de febrero a lo que va de mayo descubierto, tal y como se ha señalado supra, y para los cuales no se realizó acción alguna por parte de los encargados de acuerdo con la información brindada en el oficio MS-DTIC-UGIT-035-2020 y la documentación que contiene el expediente digital en SICOP, para garantizar el servicio contratado, sino, que como ya se indicó, se dejó en manos de un acto del contratista, el deber de verificar el proceder “si por razones de fuerza mayor, los procesos de adjudicación y refrendo sobrepasen el primer trimestre”; cuando dicho deber también le atañe a la Administración, quien es la mayor interesada y que en función del principio de eficacia y eficiencia, debe garantizar la satisfacción del interés general a través de la adquisición de esos servicios.

Así las cosas, la institución estará ante un eventual reclamo administrativo del contratista SONDA TECNOLOGIAS DE INFORMACIÓN DE COSTA RICA SOCIEDAD ANONIMA para el reconocimiento de los servicios brindados sin contratación.

A la luz de nuestro ordenamiento jurídico tenemos que el artículo 21 de la Ley de Contratación Administrativa, así como el 218 del Reglamento a la citada ley, establecen el deber de verificación del contratista que le comisiona la responsabilidad de verificar la regularidad jurídica del respectivo procedimiento de contratación administrativa, así como la ejecución contractual. Además, del artículo 218 deriva la responsabilidad administrativa que recae sobre el funcionario que promueva una contratación irregular, señalan dichos artículos:

Artículo 21. Verificación de procedimientos

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual.



En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El Reglamento de esta Ley definirá los supuestos y la forma en que proceda indemnizar al contratista irregular. Asimismo, el funcionario que haya promovido una contratación irregular será sancionado conforme a lo previsto en el artículo 96 bis de esta Ley.

Artículo 218. Deber de verificación

Es responsabilidad del contratista verificar la corrección del procedimiento de contratación administrativa, y la ejecución contractual. En virtud de esta obligación, para fundamentar gestiones resarcitorias, no podrá alegar desconocimiento del ordenamiento aplicable ni de las consecuencias de la conducta administrativa.

El contrato se tendrá como irregular, cuando en su trámite se incurra en vicios graves y evidentes, de fácil constatación, tales como, omisión del procedimiento correspondiente o se haya recurrido de manera ilegítima a alguna excepción. En esos casos, no podrá serle reconocido pago alguno al interesado, salvo en casos calificados, en que proceda con arreglo a principios generales de Derecho, respecto a suministros, obras, servicios y otros objetos, ejecutados con evidente provecho para la Administración. En ese supuesto, no se reconocerá el lucro previsto y de ser éste desconocido se aplicará por ese concepto la rebaja de un 10% del monto total. Igual solución se dará a aquellos contratos que se ejecuten sin contar con el refrendo o aprobación interna, cuando ello sea exigido.

La no formalización del contrato no será impedimento para aplicar esta disposición en lo que resulte pertinente.

La Contraloría General de la República ha señalado en oficio DCA-2112 del 25 de agosto de 2015:

“Se tiene que tener presente que las contrataciones de la Administración deben ajustarse a las disposiciones contenidas en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, de manera que no resulta procedente la adquisición de servicios, aunque los mismos resulten fundamentales, sin apegarse a las disposiciones que rigen la materia, ni utilizar contrataciones fenecidas, para seguir recibiendo los objetos contratados cuando estaban vigentes.”

Así mismo ha señalado en el oficio DCA-3169 del 27 de noviembre del 2017 al citar la resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N°00926 del 08 de setiembre del 2016 que:

(...).ante casos de contrataciones irregulares: “por ejemplo la que se realiza sin cumplir con el procedimiento debido (por regla la licitación), asumiéramos que la Administración está obligada a reconocer el pago, y no una indemnización por el



provecho que pueda haber obtenido, el régimen de contratación administrativa general podría ser inobservado sin consecuencia ni sanción alguna para nadie. Por ello, el reconocimiento que haga la Administración en tales casos es sólo indemnizatorio, motivado en principios de equidad y de no enriquecerse incausadamente; no se trata así, del pago de un contrato válidamente atribuido al particular (...). En conclusión, el fundamento para indemnizar a particulares por la ejecución de contrataciones irregulares está fundado en principios jurídicos de equidad y el de no enriquecimiento sin causa.

Ante lo anterior el Órgano Contralor señala:

- 1. Las contrataciones que carezcan de refrendo contralor o refrendo interno no pueden ser ejecutados. Si un funcionario incumple lo anterior, viciaría de nulidad absoluta la contratación y generaría responsabilidad para quien lo ordene o ejecute.*
- 2. Es obligación de los contratistas verificar que los procesos de contratación y la ejecución de los contratos se haga respetando el ordenamiento jurídico, de no hacerlo y determinarse que se dio una contratación irregular, puede conllevar la aplicación de sanciones pecuniarias, previo debido proceso, según los artículos 21 de la LCA y 218 de su Reglamento.*

Adicionalmente se observa, que según Oficio MS-DP-PCT-199-2020 suscrito por la Directora del Programa de Control de Tabaco (relacionado con el Informe sobre revisión de proyectos afectados por emergencia nacional COVID-19), existe un requerimiento a la Proveeduría Institucional para que, en el marco del procedimiento de contratación administrativa 2019LN-000001-0009200001, se liberen “recursos reservados estimados de enero a abril 2020 (mayo 2020 es la fecha en que se espera se gire la orden de inicio contractual)”. Sin embargo, al contemplarse cubrir con la licitación 2019LN-000001-0009200001 los servicios recibidos durante el primer y parte del segundo trimestre del 2020, también se estaría ante un eventual contrato irregular, al pretender hacer retroactivos los efectos de un contrato que carece de orden de inicio y aprobación interna; siendo este último un requisito de eficacia jurídica. Además, tal lo indicó el ente contralor en el aludido oficio DCA-3169, se generaría responsabilidad para el funcionario que ordene o ejecute contrataciones que carezcan de refrendo contralor o refrendo interno.

Los jefes y titulares subordinados involucrados en los diferentes procesos de contratación, están en la obligación de garantizar que estas relaciones se apeguen estrictamente a la normativa vigente, puesto que es deber mantener el sistema de control interno de forma tal que se brinde una seguridad razonable en relación al uso de los recursos, la eficiencia y eficacia de las operaciones, cumpliendo el ordenamiento jurídico y técnico, por lo que se advierte sobre la conformación de un contrato irregular y lo que ello deriva según lo establecido en el ordenamiento, y el riesgo existente de que la institución se vea afectada en la continuidad del servicio brindado que da soporte o alojamiento a los sistemas de información Automatizados de la Institución, así como, el buen desarrollo y funcionamiento de los sistemas.



Por lo anteriormente expuesto, la Auditoría Interna considera importante que se tomen las acciones necesarias en el marco de lo establecido en el ordenamiento jurídico y a la luz de las obligaciones antes referenciadas en relación con el sistema de control interno.

Para efectos del seguimiento que corresponde ejercer a la presente advertencia, se le solicita comunicar a esta Auditoría Interna, en un plazo máximo de 10 días posterior al recibido de la presente, las acciones y decisiones tomadas al respecto.

Saludos cordiales,

AUDITORÍA INTERNA

MSc. Bernardita Irola Bonilla
AUDITORA INTERNA

C: *Dr. Daniel Salas Peraza, Ministro de Salud-Despacho Ministerial*
MBA. Jorge Araya Madrigal-Director Dirección Financiera Bienes y Servicios
Ing. Edgar Morales González-Jefe Depto. de Tecnología de Información y Comunicación
Dra. Andrea Garita Castro, Directora Planificación
Vanessa MRH. Javier Abarca Meléndez-Director División Administrativa
Licda. Vanessa Arroyo Chavarría, Jefe Unidad Bienes y Servicios.

JLF/OAM/BIB/xzc*