



San José, 17 de setiembre de 2024
MH-DCoP-OF-0641-2024

Señor
Wagner Alberto Quesada Céspedes
Presidente Ejecutivo
Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico

Asunto: Atención al oficio No. CR-INCOP-PE-0552-2024. Solicitud de excepción del uso del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP) al procedimiento de Concesión de Obra Pública con gestión de Servicios Públicos para la Modernización del Puerto de Caldera.

Estimado Señor:

Con un cordial saludo, me permito referirme a su oficio No. CR-INCOP-PE-0552-2024 de 12 de setiembre de 2024, recibido en la Dirección de Contratación Pública (en adelante DCoP) ese mismo día, mediante el cual plantea una solicitud de autorización para tramitar fuera del Sistema Digital Unificado, actualmente el SICOP, la contratación para la “Modernización del Puerto de Caldera”; al respecto le indico lo siguiente.

Previo a poder referirme a la solicitud de autorización solicitada, resulta necesario conocer si la DCoP resulta competente para atender dicha solicitud, lo anterior, dado que como se expresa en el escrito del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (en adelante INCOP), la contratación para la cual se requiere autorización a efectos de ser tramitada por fuera del SICOP, es una concesión de obra pública que se tramitaría a la luz de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, No. 7762. Al respecto, se deja entrever por parte del INCOP que, a la contratación bajo análisis, no le asiste la obligatoriedad de ser tramitada mediante el SICOP, cuando se indica:

“A pesar de que el proceso de licitación para la Modernización de Infraestructura y Maquinaria del Puerto de Caldera se rige por la ley

www.hacienda.go.cr



de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, el INCOP, en un acto de transparencia y respeto a las disposiciones generales para las contrataciones se apegaría al uso del sistema digital unificado, pero se ha presentado una limitante en el uso de la plataforma para adecuarse a las particularidades de ley de concesiones.”

Al hacer un breve análisis de la normativa de referencia, se advierte que la Ley No. 7762 dispone un régimen especial para la contratación de concesiones de obra pública a las que asisten ciertas particularidades expresamente previstas y reguladas por Ley. En ese sentido, dispone su artículo 2 que los muelles, objeto de interés en la contratación en cuestión, tanto nuevos como existentes “(...) **únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley.**”

Por su parte, se identifica que la propia Ley No. 7762, prevé un procedimiento concursal a partir de su artículo 23, que atiende una serie de circunstancias propias de la naturaleza de un contrato de concesión de obra pública; además, que la aplicación de la Ley General de Contratación, No. 9986 (en adelante LGCP) sólo podría resultar de aplicación supletoria al integrar la normativa vigente con las disposiciones finales del artículo 64 de la Ley No. 7762.

De esta manera, se tiene claridad, que en lo que refiere a la selección del contratista para una contratación de concesión de obra pública como la indicada, la regla general no es la observancia de los procedimientos de contratación previstos por la LGCP sino, la aplicación directa de un régimen especial previsto por la propia Ley No. 7762 y que integra elementos esenciales para celebrar contratos de esta naturaleza.

Ahora bien, regresando al tema central de nuestro interés – la solicitud de una autorización para tramitar fuera del SICOP la contratación de concesión indicada – lo primero que debe hacerse ver, es que el uso obligatorio del Sistema Digital Unificado, actualmente el SICOP, está ordenado en el artículo 16 de la LGCP, y que en lo de interés señala:

“ARTÍCULO 16– Uso de medios digitales



Toda la actividad de contratación pública regulada en la presente ley deberá realizarse por medio del sistema digital unificado.

La utilización de cualquier otro medio para la promoción de procedimientos de contratación acarreará su nulidad absoluta. Ante situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, no se producirá la nulidad señalada, si la Administración acredita esas circunstancias ante la Dirección de Contratación Pública, la que mediante acto motivado podrá autorizar la exclusión total o parcial del uso del sistema digital unificado.

(...)” (El resaltado no es del original)

Se extrae de la cita anterior que la actividad de contratación pública que se encuentra sujeta a su tramitación obligatoria mediante el SICOP, es aquella “(...) *regulada en la presente ley (...)*”, lo que refiere a la regulada en la LGCP, y a su vez, involucra tanto a los procedimientos ordinarios, extraordinarios, especiales y de excepción que la Ley prevé, así como las actuaciones que realizan las entidades contratantes para el desarrollo de éstos.

Sin embargo, tratándose de una contratación de concesión de obra pública de muelles, como es el caso que nos ocupa, su realización no se efectúa mediante los procedimientos de la LGCP, sino como se indicó anteriormente, dado lo señalado en el artículo 2 de la Ley No. 7762, mediante los procedimientos dispuestos en esa Ley. De manera tal que, considerando lo anterior y lo previsto en el artículo 16 de la LGCP antes citado, no asistiría, en principio tratándose de actividad de contratación pública regulada en una ley distinta de la LGCP, la obligatoriedad de utilizar el Sistema Digital Unificado, salvo que ésta lo advirtiera expresamente en su texto.

Consecuentemente, tal y como se desprende también de la cita efectuada, el artículo 16 no sólo establece la obligatoriedad de uso del Sistema Digital Unificado a la actividad contractual regulada por la LGCP, sino que impone una sanción cuando no se observa dicha obligación, generándose nulidad absoluta, pero de seguido regula las excepciones de caso fortuito y fuerza mayor que impidan el uso del Sistema, previendo para éstos casos la posibilidad de que la DCoP, previa acreditación de circunstancias, pueda autorizar la exclusión del uso obligatorio del Sistema Digital Unificado para dichos supuestos.



Recapitulando, no resultaría jurídicamente viable, que la DCoP autorice una exclusión del uso del SICOP a una contratación como la que nos asiste, ya que el uso de dicho Sistema no revestiría, para el caso concreto, obligatoriedad legal.

En otras palabras, no se puede autorizar el no uso de un Sistema para una contratación, cuando su uso no es forzoso al caso específico, resultando competente el INCOP para valorar el supuesto que le asiste, y determinar si resulta conveniente al interés público y materialmente posible tramitar la contratación de su interés mediante el SICOP, y en caso de acreditarse alguna imposibilidad técnica para realizar la contratación mediante ese Sistema, en lugar de solicitar una autorización como la planteada, efectuar la contratación por el medio que más convenga al interés público y a través del cual se asegure la satisfacción oportuna de la necesidad de concesión de obra pública que se tiene.

Por lo anterior, al no estar ante una contratación a la que asista un deber legal de tramitarse a través del Sistema Digital Unificado, **resulta la DCoP incompetente para atender una solicitud de exclusión del uso del Sistema como la planteada.**

Dicho lo anterior, se abordará brevemente los inconvenientes técnicos que identificó el INCOP que, en su decir, imposibilitarían tramitar la contratación de concesión para la Modernización del Puerto de Caldera mediante el SICOP, para que esta institución tenga un insumo adicional en la valoración del caso que debe efectuar, para determinar – entre otros – el medio a través del cual realizará la contratación de su interés.

En ese sentido, señala el solicitante que:

“(...) la solicitud de excepción total al uso del sistema SICOP tiene fundamento en que, el diseño y configuración que ofrece SICOP, no es compatible con las particularidades del proceso de concesión de obra pública. Por tanto, existen requisitos legales establecidos en la ley que no pueden ser atendidos por la plataforma.” (El resaltado no es del original)



Se desprende de la cita anterior, que el principal argumento para efectuar la solicitud de autorización de no uso del SICOP, reside en que la parametrización de este Sistema no resulta compatible con el procedimiento de concesión de obra pública. Al respecto, tal y como se indicó anteriormente, una contratación como la que requiere promover el INCOP, es actividad contractual regulada en normativa distinta de la LGCP, sin embargo, debe reiterarse que el Sistema Digital Unificado, es ordenado por esa Ley para ser utilizado de manera obligatoria en la realización de actividad de contratación pública regulada por la LGCP, motivo por el cual, su parametrización en la actualidad, obedece a los procedimientos de contratación previstos por la LGCP y no se encuentra acorde a lo dispuesto por regímenes especiales de contratación, como el régimen de concesión de obra pública.

Es por ello que, luego de verificadas las funcionalidades de las que en la actualidad dispone el SICOP, se identifica la incompatibilidad de dicho Sistema, con las regulaciones procedimentales para realizar una contratación de concesión de obra pública, según lo regulado en la Ley No. 7762, advertida por el INCOP.

También señala el solicitante que, por la forma en la que se asignan roles dentro del SICOP, no podría trasladarse una actuación que realiza una entidad contratante para que sea resuelta por otra entidad distinta; situación que ocurre en una contratación de concesión como la que nos ocupa, en la cual, tanto personeros del INCOP como miembros del Poder Ejecutivo, conjuntamente con el representante de la sociedad anónima nacional que debe crearse para ejecutar el contrato resultante, participarían en la adopción del acto final.

Lo anterior, también resultaría incongruente con la lógica funcional del Sistema, ya que como bien señala el solicitante, el SICOP no se encuentra parametrizado para que funcionarios de una dependencia distinta de la que promovió el procedimiento de contratación, adopten el acto final del procedimiento.

Por último, dado que se indica en el escrito de solicitud de exclusión que ante una eventual autorización, el INCOP ingresaría al SICOP toda la documentación que se genere dentro del procedimiento de licitación, con la intención de



garantizar los principios de publicidad y transparencia que demandan este tipo de contrataciones; debe hacerse ver que, dado que el SICOP dispone de un apartado denominado información por institución, mediante este podría efectivamente divulgar información que el INCOP estime necesaria y resulte oportuna a la contratación pública.

Para finalizar, se considera oportuno hacer ver al solicitante que, si bien es cierto la contratación de concesión de obra pública, puede realizarse – previa acreditación del supuesto – mediante el régimen especial previsto por la Ley No. 7762, la actividad de contratación que despliegue la sociedad anónima nacional que se llegue a constituir para ejecutar la contratación, podría resultar cubierta dentro de los alcances de la LGCP, según lo previsto en el inciso 2) del artículo 4 de la Ley No. 7762, en cuyo caso, deberá acatarse lo conducente. Esta determinación, obedecerá al análisis específico del caso concreto que deberá efectuar el INCOP, lo cual queda bajo su entera responsabilidad.

Atentamente,

Yesenia Ledezma Rodríguez
Directora de la Dirección de Contratación Pública

CC. Archivo

Realizado por: Randall Quesada Ulate. Asesor legal, Unidad Normativa, DCoP	Revisado por: Alejandra Román Hernández, Coordinadora, Unidad Normativa, DCoP	Visto Bueno Técnico: David Morales Lezcano, Jefe del Depto. Compra Pública Estratégica, DCOP	Aprobado por: Erika Solís Acosta. Jefa, Depto. de Normas y Contrataciones, DCoP