



OFICIO
CR-INCOP-PE-0552-2024
Puerto Caldera, 12 setiembre del 2024

Señora
Yesenia Ledezma Rodríguez
Directora de la Dirección de Contratación Pública Ministerio de Hacienda

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. El INCOP, está liderando la estructuración del proceso de Licitación para la modernización del Puerto de Caldera, este proceso se realizará mediante el procedimiento establecido en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos.

Considerando que la citada ley regula de forma especial los procesos de concesión y que de conformidad con lo que se describirá posteriormente con mayor profundidad, existen una serie de aspectos técnicos y materiales, que no permiten la utilización del SICOP, para la tramitación del presente proceso, **se requiere formalmente** autorización para **solicitar la excepción del uso del Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP)** en el procedimiento de Concesión de Obra Pública con gestión de Servicios Públicos de la Modernización del Puerto de Caldera.

Los elementos que motivan la solicitud de gestionar la presente licitación prescindiendo de la plataforma de SICOP, son las siguientes:

1. Ley aplicable para el proceso de concesión de obra pública con servicios públicos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos los procedimientos aplicables en la concesión de los muelles únicamente podrán ser otorgados en concesión mediante los procedimientos dispuestos en esta ley, por lo tanto, la licitación para la Concesión de Obra Pública con Servicio Público del Puerto de Caldera deberá realizarse mediante lo dispuesto en esta ley.

2. De la constatación de las causales de fuerza mayor establecidas en la legislación para la excepción de uso del sistema SICOP.

En primer término, cabe señalar que, la excepción del uso del sistema SICOP que se plantea en este acto, es únicamente con el fin de exceptuar del uso de dicha plataforma al proceso de licitación instruido por la Junta Directiva mediante el Acuerdo número 3 de la sesión 4448 del 4 de setiembre de 2024. es decir, la excepción solicitada será aplicable únicamente para este proceso de licitación en



el uso de la plataforma SICOP, por lo que finalizado este, se entiende que no podrán aplicarse excepciones para otros procesos concursales de la misma naturaleza, sin que se realice de forma previa el trámite correspondiente ante esa Dirección de Contratación Pública.

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

A continuación, se detallan y describen las consideraciones que hacen procedente la excepción requerida, para lo cual se analizan los artículos 16 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986 y el artículo 27 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, que en lo que interesa establecen:

“Artículo 16. 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. (...)”

“Artículo 27. Excepción de uso del sistema digital unificado (...)”

Excepcionalmente, la Administración podrá apartarse del uso del sistema digital unificado únicamente en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

En tales casos, la Administración deberá dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la presentación del evento, solicitar a la Dirección de Contratación Pública la aprobación para efectuar parcial o totalmente la contratación fuera del sistema, debiendo presentar para tales efectos solicitud formal emitida por el jerarca o por quien este delegue, en la que conste:

- La situación que se alega como caso fortuito o fuerza mayor.
- Prueba de que el evento acaecido no es imputable a la Administración.
- Fundamentación de que la promoción del concurso es la única forma de satisfacer el interés público.



- Prueba de que la Administración invitó al proveedor a registrarse en el sistema digital unificado, así como la respuesta emitida por este, cuando corresponda.
- La definición de si la solicitud de excepción requerida por la Administración, es total o parcial. En caso de ser parcial, debe hacerse referencia al módulo específico del sistema sobre el cual solicita la exclusión.

Una vez recibida la información indicada anteriormente, la Dirección de Contratación Pública deberá emitir mediante acto motivado la autorización respectiva dentro del plazo de un mes calendario. En dicho acto la Dirección de Contratación Pública hará indicación del plazo si correspondiere, así como, la indicación del procedimiento de la contratación sobre el que habilita la exclusión. Transcurrido este plazo de la habilitación de exclusión, la Administración deberá incluir la información correspondiente al procedimiento en el módulo habilitado para el efecto en el sistema digital unificado”.

De conformidad con las normas anteriores, resulta procedente aportar información adicional, en la que se refleje la atención y cumplimiento de lo establecido en el artículo 16 de la Ley General de Contratación Pública N° 9986, así como cada uno de los requisitos citados en el artículo 27 de su Reglamento, como a continuación se dirá:

a. La situación que se alega como fuerza mayor

La fuerza mayor es definida como “un hecho que no se puede prever, o que previsto, fuese inevitable, su característica esencial es la fuerza irresistible del evento.”

Es claro que de alegar la Administración una fuerza mayor sin que ésta exista se configuraría uno de los supuestos de invalidez absoluta del acto administrativo, en cuanto faltaría totalmente uno de sus elementos constitutivos (doctrina del artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública).

Para el caso que nos ocupa, 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.

Como sería la participación en la formalización contractual de la sociedad anónima que debe formar el adjudicatario y la suscripción del contrato por representantes del Poder Ejecutivo y del INCOP.



Además, en el caso de utilizar los mecanismos que ofrece SICOP, se pone en riesgo la efectiva satisfacción del interés público propuesto en los lineamientos de política pública, ya que dicha herramienta no ofrece las facilidades de configuración y de orden técnico para licitar un bien demanial constitucional como lo son los puertos del Estado.

En este sentido, se trae a colación el aforismo jurídico “nadie está obligado a lo imposible”, que se traduce, en el caso concreto, en que no se puede obligar a utilizar una herramienta de contratación (SICOP), que, para el caso particular, no cuenta con las condiciones de orden técnico (funcionalidades), que requiere una licitación de Concesión de Obra Pública con Servicio Público. Suponer lo contrario, sería ir en contra del interés público que reviste la asignación de este bien demanial de forma transparente y eficaz.

De igual forma, el Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, en su artículo 27, exige que: “(...) la Administración deberá dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la presentación del evento, solicitar a la Dirección de Contratación Pública la aprobación para efectuar parcial o totalmente la contratación fuera del sistema (...)”, por lo que la presente solicitud se realiza en cumplimiento de lo indicado, siendo que la causal de fuerza mayor contemplada en el artículo 27.

En este sentido, atendiendo a la trascendencia del bien demanial constitucional que se pondrá en concurso y al interés público que reviste esta licitación, resulta de vital importancia que se tenga por acreditada la causal de fuerza mayor y por cumplido el plazo de la justificación para la procedencia de la excepción del uso del sistema SICOP en la licitación, que pretende promover la Administración Concedente.

b. Prueba de que el evento acaecido no es imputable a la Administración

En este supuesto, expondremos las razones por las cuales SICOP no permite utilizar el mecanismo que se necesita implementar para este tipo de licitaciones. Al respecto, como se verá, no es imputable a la Administración que, de conformidad con las mejores prácticas internacionales para la licitación del bien demanial, existen particularidades técnicas y procedimentales para su eventual asignación que distan de las funcionalidades que dispone el SICOP.

El Poder Ejecutivo, según sus competencias y como dueño del bien demanial, es quién emite la decisión inicial del proceso de licitación, quién adjudica y suscribe el contrato junto con la institución autónoma, según las recomendaciones de INCOP, como Autoridad Portuaria del Litoral Pacífico. Asimismo, cabe señalar que el contrato que suscriba el Poder Ejecutivo con el adjudicatario deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República.



No se omite señalar que no es atribuible a la Administración, la responsabilidad de que el sistema SICOP no permita el cumplimiento de las funcionalidades, diseño y configuración que se requieren para la fase de adjudicación del proceso de licitación ya que es INCOP quien instruye el procedimiento, pero el acto final debe emitirse por parte del Poder Ejecutivo, aspecto que no es viable actualmente según la asignación de roles dentro de SICOP, siendo que dicha plataforma, no permite que un funcionario de determinada Institución (en este caso INCOP), traslade la recomendación final a un funcionario de otra entidad (en este caso el Poder Ejecutivo) para que este emita el acto de adjudicación. El SICOP no dispone de dicha facilidad técnica para que de manera conjunta diversas instituciones puedan interactuar dentro de un mismo procedimiento de contratación considerando que las competencias legales (potestades de imperio y su ejercicio) asignadas a cada autoridad sectorial son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, a tenor de lo dispuesto en el artículo 66 inciso 1) de la Ley General de la Administración Pública.

c. Fundamentación de que la promoción del concurso es la única forma de satisfacer el interés público.

La Concesión de Obra Pública con Servicio público se considera desde el punto de vista clásico e imperante como el acto jurídico por el cual una Administración Pública transfiere temporal y limitadamente parte de facultades a un sujeto particular, sea persona física o jurídica, para su coparticipación activa en la satisfacción de los intereses públicos.

Las concesiones para la construcción de obra pública y gestión del servicio público de los Puertos sólo confieren al titular, la obligación de construir las obras definidas en el proceso y el derecho de explotar o de hacer uso de éste en los términos y las condiciones técnicas estipuladas contractualmente, sin que se genere derecho alguno de dominio sobre el mismo.

Se recalca que, en el caso que nos ocupa la concesión tiene como fin último la satisfacción de los intereses públicos, que están por encima de un interés particular o meramente comercial, en especial.

d. Prueba de que la Administración invitó al proveedor a registrarse en el sistema digital unificado, así como la respuesta emitida por este, cuando corresponda.

Para el caso concreto no aplica la valoración de este supuesto, ya que los motivos de exclusión de la utilización de SICOP no obedecen a los eventuales oferentes, sino a la necesidad por atender y a circunstancias de fuerza mayor, debido a que la plataforma no se ajusta a las particularidades de la licitación a promover.



e.La definición de si la solicitud de excepción requerida por la Administración es total o parcial. En caso de ser parcial, debe hacerse referencia al módulo específico del sistema sobre el cual solicita la exclusión.

La solicitud de la excepción requerida por la Administración es total, sin perjuicio de que toda la documentación que se genere dentro del procedimiento de licitación, incluido lo relativo al resultado de la fase de adjudicación, sea incorporada a la plataforma SICOP para la permitir la consulta abierta de dicha información en atención a los principios de publicidad, transparencia, eficiencia y eficacia que establece la normativa de contratación.

En el marco de las consideraciones antes descritas, resulta indispensable señalar que el INCOP será garante de que se cumpla con los principios que informan los procesos de contratación administrativa, conforme a lo establecido en el artículo 8 de la citada ley.

Por lo anterior, reiteramos la solicitud de excepcionar el uso total de la herramienta SICOP en el proceso de licitación para la Concesión de Construcción de Obra Pública con gestión de Servicios Públicos.

Sin otro particular, me suscribo cordialmente.

Sr. Wagner Alberto Quesada Céspedes
Presidencia Ejecutiva

V.B. Viviana Moscoso Porras
Secretaría Fiscalización
cc: Archivo/lcm