**CIRCULAR N° 030-2019**

**DE:** MBA. Miguel Ovares Chavarría, Jefe Departamento de Proveeduría

**PARA:** Administradores de Centros de Responsabilidad, Centros Gestores y usuarios en general que ejecutan compras a través del Departamento de Proveeduría.

**ASUNTO:** Directrices que se deben atender cuando se pretende aplicar el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa “Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público”.

**FECHA:** 04 de abril del 2019

Estimados compañeros (as) encargados (as) de Centros de Responsabilidad y personas usuarias en general que tramitan contrataciones, se informa que el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, permite que las entidades de Derecho Público puedan celebrar contrataciones entre sí, sin sujeción a los procedimientos ordinarios de contratación, siempre y cuando se atiendan los requisitos mínimos que se detallan a continuación:

1. Cumplir en lo pertinente con los requisitos previos establecidos en la Ley de Contratación Administrativa y este Reglamento, en particular, respecto de la correcta definición del objeto contractual y las fases de planificación y presupuestación.
2. Asimismo, se debe considerar que, en fase de ejecución contractual para este tipo de procedimientos, serán aplicables las disposiciones de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
3. Es obligatorio acreditar, en el oficio de decisión inicial, la idoneidad del sujeto público para la dotación del objeto contractual que se requiere, para lo cual, se deberá realizar un análisis de la ley que lo constituyó, también se podrá verificar la naturaleza jurídica de la entidad en la página web del Ministerio de Planificación y Política Económica, información que posteriormente será incorporada al expediente respectivo.
4. Se deberán acreditar los motivos técnicos y financieros que hacen de esta vía la mejor para la satisfacción del fin público, para lo cual se tendrá que disponer de un estudio de mercado que considere a los potenciales agentes públicos y privados, que ofrecen el bien o servicio que se requiere contratar.
5. De previo a gestionar la contratación, el centro gestor debe observar el marco jurídico que regule las competencias legales de ambas instituciones, de forma tal que se logre determinar que es posible desde esta perspectiva, realizar un proceso de contratación al amparo del artículo mencionado, justificación que debe incorporarse en el oficio de decisión inicial.
6. De previo a gestionar la contratación, el centro gestor que requiere la contratación, debe velar porque ambas entidades observen el equilibrio y la razonabilidad de sus prestaciones en sus relaciones contractuales, por lo que, en el oficio de decisión inicial debe desarrollarse la justificación correspondiente, que permita al Depto de Proveeduría incorporar en las etapas de contratación posteriores, así como en el desarrollo de la ejecución del mismo, el alcance necesario para regular y observar adecuadamente estos requerimientos.
7. No se podrán celebrar contrataciones entre entidades de Derecho Público, si de previo el centro gestor que realiza el requerimiento, no logra asegurar que la participación de la entidad contratada sea de al menos un 50% de la prestación objeto del contrato, para lo cual se deberá aportar en el oficio de decisión inicial el análisis realizado al respecto.
8. En caso de que producto del análisis realizado en el punto anterior, se logre determinar que en la dotación del servicio que se pretende contratar, la parte contratada dispone de contrataciones con terceros, se debe asegurar que éstas sean solo para cuestiones especializadas y según su régimen de contratación, para lo cual deberán aportarse las justificaciones y pruebas correspondientes.
9. Es requisito indispensable que en el oficio de decisión inicial que se aporte, se acredite financieramente la razonabilidad del precio, conforme a las disposiciones que establece el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, así como las disposiciones internas que se han emitido al respecto, tanto por parte del Consejo Superior, como del Departamento de Proveeduría.
10. En ninguna circunstancia, la excepción que regula el artículo 138 podrá utilizarse como un mecanismo para la contratación de terceros, sin atender los procedimientos ordinarios previstos en la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.
11. Adicionalmente es indispensable que se considere, dentro del análisis que se debe realizar, lo referente al concepto de “Actividad Ordinaria” establecido en el artículo 136 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, el cual en lo que interesa indica:

*“… se entiende como actividad ordinaria, sólo la que realiza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia, por medio de una actividad o servicio que constituye la prestación última o final de frente a usuarios y cuya frecuencia, tráfico y dinamismo, justifican o imponen apartarse de los procedimientos usuales de concurso…”*

Algunos ejemplos de actividad ordinaria según la institución son: el ICE con la venta de líneas telefónicas, el CNFL con la venta o suministro de energía eléctrica, el INS con la venta de seguros, el MOPT con la reparación de las vías.

Considerando los ejemplos anteriores, debe entenderse que la actividad ordinaria es la prestación última que la ley le asigna a la entidad de frente a sus usuarios, razón por la cual esta resulta incompatible con los procedimientos concursarles, es por esta razón que cuando se logra establecer esta condición se habilita la contratación directa con base en los atestados establecidos en el artículo 138 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa “Actividad contractual desarrollada entre entes de Derecho Público”.

Debe quedar claro, además, que los medios que utilicen las entidades públicas para para alcanzar el fin último propuesto, no pueden considerarse como actividad ordinaria, y por ende deben contratarse, en principio, por los procedimientos ordinarios de contratación administrativa.

YAR