



OFICIO
CR-INCOP-PE-0830-2024
Puerto Caldera, 16 diciembre de 2024

RESPUESTA AUDIENCIA ESPECIAL A LA ADMINISTRACIÓN CASO LICITACIÓN PUERTO CALDERA.

Señores
Contraloría General de la República
División de Contratación Administrativa.
S.D.

En atención de la audiencia conferida, con ocasión de los recursos de objeción interpuestos en contra del Pliego de Condiciones de la Licitación Mayor No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP para la Concesión de obra pública con servicio público para modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera, de las quince horas siete minutos del seis de diciembre de dos mil veinticuatro con relación a los recursos de objeción interpuestos por **APM TERMINALS B.V, SAAM PUERTOS S.A., DP World CL Holding Américas Inc., INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC.** atentamente indicamos lo siguiente:

En aras de abordar los recursos planteados de manera amplia y completa, nos referiremos uno a uno a las objeciones interpuestas.

I. RESPECTO A LA OBJECCIÓN INTERPUESTA POR SAAM PUERTOS S.A

Pasaremos a abordar las objeciones planteadas en el mismo orden en que fueron expuestas en el recurso de este potencial oferente.

1. En cuanto a las limitaciones a la libre participación, con ocasión de los criterios técnicos de admisibilidad.

El objetante basa su argumento -en este extremo- en que el Cartel *“contiene requisitos que impide la participación de oferentes, porque son desproporcionadamente altos para el tamaño de la modernización de infraestructura y de equipamiento de Puerto de Caldera que se propone”*. Al efecto, agrega el recurso de manera literal:



De mantenerse el Cartel de la forma en que está redactado no se cumple con los principios de eficiencia, igualdad y libre competencia que fundamentan la contratación administrativa y que garantizan la adjudicación de la oferta más conveniente para la satisfacción del interés público.

Son tan altos los requisitos cartelarios que no permiten que, aún con la experiencia acumulada en 18 años de operación por los actuales concesionarios en el Puerto de Caldera, sean suficientes para calificar como oferente.

A partir de esas alusiones, el objetante de seguido pasa a enunciar lo que se entiende es el extremo que se recurre, a saber:

- (i) Cláusula 4.1 del Pliego en cuanto a la experiencia demostrada operando puertos al menos durante 5 años, presentando contratos de 2 terminales de contenedores con tráfico mínimo de 500.000 TEU (Twenty-foot Equivalent Unit, que es una unidad de medida que se utiliza para calcular la capacidad de carga de los contenedores y de los puertos y que equivale a un contenedor de 20 pies de largo, 8 pies de ancho y 8 pies y medio de alto) para cada una de esas dos terminales; y 2 terminales de granel seco no mineral con un volumen mínimo de 4 millones de toneladas de manera consolidada.

Sobre este primer punto, lo que el objetante señala es lo siguiente:

En relación con lo anterior, parece que el criterio de dos terminales con tráfico mínimo de 500,000 TEU para cada uno es sumamente alto y limitante a la participación de oferentes cuando, en este caso no permite el Cartel combinar los volúmenes de las terminales, como sí lo permite en el caso de granel. En relación con este requisito solicitamos se establezca un requisito más apegado a la realidad de la infraestructura portuaria que se propone en el Cartel. Adicionalmente se solicita que la experiencia de esos dos puertos se pueda sumar, no se limiten a dos terminales, si no a las terminales del Grupo Económico, y no verlos y acreditarlos por separado.

En cuanto a graneles parece limitante pedir sólo dos, y no más de dos, terminales de granel seco y condicionar que no se puedan acreditar graneles minerales, cuando su sistema de acopio, carga y descarga es homologable. Para no eliminar la participación de posibles oferentes que puedan acreditar experiencia en más puertos y/o en operación de graneles de todas las terminales del mismo Grupo Económico, y no solo de dos terminales e incluyendo los graneles minerales, sin distinciones.



Nótese como la objeción planteada es meramente discursivo, siendo que se enfrasca en una narrativa que alude a que en su “*parecer*” los criterios son “*sumamente alto*” [sic] y por ello serían una “*limitante a la participación de oferentes*”, pues no se permite combinar los volúmenes de las terminales, cuando sí se permite para granel, aunque sobre este critica el que se excluyan los minerales, permitiendo solo los secos, que se admita a la experiencia de las terminales del Grupo Económico, lo mismo que los graneles minerales.

Hecho así un breve recuento de lo argüido por la objetante, de seguido se exponen las razones por las que el recurso, en este extremo, debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Decreto Ejecutivo No 27098-MOPT (en lo sucesivo pudiendo ser referido como RLGCPSP o Reglamento de Concesiones), en concordancia con el 245 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP) y 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP).

Los artículos aludidos, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso “*con la prueba idónea*”, asimismo, añade, que “*junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.*”

En el presente asunto, el objetante se limita, insistimos, a un ejercicio discursivo, se enfrasca en una narrativa que se sustenta en su “*parecer*”, sin que aporte prueba idónea que de forma objetiva refuercen su posición y permitan desvirtuar los criterios en que se sustente el Pliego. Recuérdese que sobre el objetante recae la “*carga de la prueba*” de su dicho. Al efecto, ya reiteradamente ese Órgano Contralor ha señalado, incluso bajo el marco de la anterior Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, pero de aplicación y vigencia intacta:

“Pese a lo anterior, la empresa recurrente no hace acompañar sus alegatos de la prueba técnica pertinente con la que acredite cuáles podrían ser los parámetros ciertos y razonables atendiendo al comportamiento de mercado en este caso frente al objeto de la presente contratación, en la medida que solo presenta una



serie de cuestionamientos sin que lleve a la convicción de que las bandas ciertamente se apartan de las posibilidades que existen en la actualidad. Este ejercicio de fundamentación resulta indispensable en un caso en el que la empresa es quien conoce a partir de su giro comercial, el comportamiento de mercado y las circunstancias que median para la ejecución y entrega de los servicios, en virtud de lo cual recae sobre quien impugna la carga de la prueba, tal y como lo ordena el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, en el entendido que con vista en dicha normativa no basta en materia de recurso de objeción solamente acusar de ilegítima una determinada cláusula cartelaria, sino que acompañando ese planteamiento debe efectuarse el respectivo ejercicio de fundamentación que permita bajo una construcción adecuadamente desarrollada concluir lo alegado, lo cual no ocurre en el presente caso. Así las cosas, procede rechazar de plano este extremo del recurso por falta de fundamentación.” (El destacado es nuestro).

Más recientemente, ese Órgano Contralor mediante la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024 de las 09 horas con 01 minutos del 10 de julio de 2024, determinó: “(...) la recurrente faltó a su deber de fundamentación de conformidad con lo establecido en los numerales 87, 88 y 95 de la LGCP y 245 inciso c), 246 y 254 de su Reglamento, que obligan a que todo recurso se presente de forma fundamentada; en este sentido y conforme a las normas precitadas, los recursos que no cumplan con estos aspectos mínimos de fundamentación sufrirán como consecuencia el rechazo de sus argumentos; lo anterior debido a que **el pliego ostenta una presunción de validez, por lo que para desvirtuarlo el objetante debe hacerse acompañar de la prueba que sustente lo indicado, dado que no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, de manera que la carga de la prueba le corresponde al recurrente que impugne el pliego de condiciones (...)**.” (El destacado ha sido agregado).

A lo anterior, la Contraloría agregó, siempre dentro de la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024, que el objetante “no explica por qué lo solicitado en el pliego conlleva a una limitación injustificada de su participación y por qué no existen oferentes que puedan satisfacer lo requerido en esta cláusula; por el contrario, **se observa que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular (...)**”. (El destacado es nuestro).

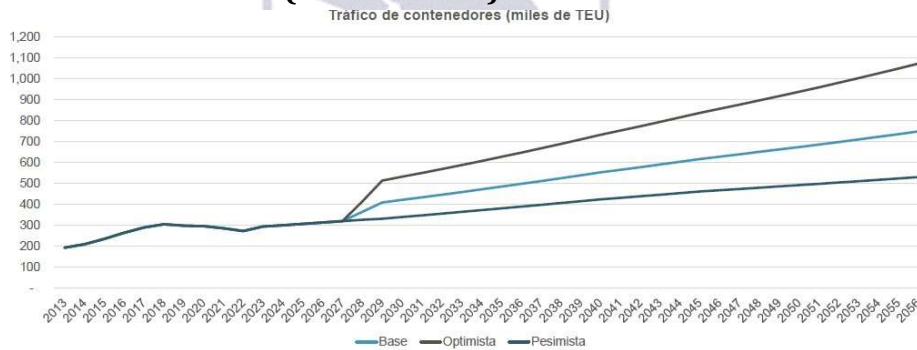
Así las cosas, con sustento en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, el ordinal 245 inciso c) del RLGCP, y los artículos 87 y 88 de la LGCP, es claro que acá procede el rechazo



de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación, violación al principio de la carga de la prueba, siendo que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular.

A la hora de establecer estos criterios técnicos se busca garantizar que la experiencia de los oferentes interesados se alinee con las necesidades futuras de tráfico de contenedores proyectadas para el Puerto Caldera. Según el estudio de mercado incluido en el análisis de factibilidad, se prevé que el puerto alcance un movimiento superior a 700,000 TEU. Por tanto, fijar un requisito mínimo de 500,000 TEU no resulta excesivo, sino que responde a la necesidad de seleccionar un operador con experiencia suficiente para gestionar eficientemente los volúmenes proyectados. De seguido, un gráfico que representa la proyección de tráfico de contenedores:

Tráfico total de contenedores (miles de TEU)



Asimismo, el limitar la experiencia a graneles no minerales se debe a que aunque las soluciones podrían tener ciertas similitudes, el manejo de graneles no minerales requiere una experiencia específica que es la necesaria para la operación de Puerto Caldera dada la relevancia de este tipo de carga en el volumen total del puerto.

2. Sobre el Régimen Tarifario. Tarifas previo a la explotación

El objetante cuestiona lo que estima son “problemas” por el uso de las tarifas actuales y vigentes en la tarifa de graneles. Dice el recurrente:



Es importante considerar que la tarifa de la Concesión de Graneles deviene de una estructura tarifaria, diseñada para amortizar la construcción de una nueva terminal granelera en el Puerto de Caldera, por ende es una tarifa con servicio al proyecto que termina su uso con el término de la concesión actual y por ende la tarifa perdería su eficacia de aplicación en el momento del término de la concesión, y no se observa en los antecedentes cartelarios que dicha tarifa se haya homologado de alguna manera como una tarifa ordinaria de “servicio al costo”.

Añade el objetante:

Esta tarifa vigente cobrada de esa forma podría causar un perjuicio a los usuarios, quienes ya habrían amortizado una obra que se termina de pagar el vencimiento del plazo de la actual concesión. Además de constituir un riesgo tarifario que no debe ser asumido por el Concesionario adjudicado

En razón de lo anterior, el nuevo concesionario estaría devengando una porción de esta tarifa vigente que es para pagar una obra ya amortizada cuando en el período de transición de 15 meses no se estarían construyendo las nuevas obras contratadas. Adicionalmente durante el período de 30 meses de la construcción de las nuevas obras contratadas, se estaría cobrando la tarifa vigente que incluye la amortización acelerada de la construcción de la terminal granelera, cuando la amortización de las nuevas obras está contenida en la nueva tarifa “all-in” por cobrarse a partir del inicio de la fase de explotación.

Con respecto a este extremo del recurso de objeción, tal y como sucede con el apartado previamente recurrido, el mismo debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones), en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. Estos numerales, se insiste, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones), y que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP (245 inciso c del RLGCP), según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, y *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”*



En el presente asunto, se busca discutir la determinación de la tarifa, sin aportarse estudio alguno que sustente las afirmaciones del objetante. En ese orden, de nuevo, ya la Contraloría General de la República ha insistido, entre otras en la resolución R-DCP-SICOP-01760-2024, en lo siguiente:

*“La LGCP y su Reglamento se refieren al deber de fundamentación de los recursos de objeción al pliego de condiciones, así como a los recursos de revocatoria y de apelación del acto final, indicando en los numerales 88 y 95 de la LGCP y 246 y 254 de su Reglamento, **que todo recurso debe presentarse de forma fundamentada; esto implica que se haga acompañar de la prueba idónea, así como de los estudios técnicos que desvirtúen los criterios de la Administración o que les permitan acreditar sus afirmaciones.** además como parte del deber de fundamentación, los recurrentes deben indicar las normas quebrantadas e invocar los principios y normas infringidas. A partir de lo anterior, la fundamentación se constituye en un deber que ostenta todo recurrente al momento de interponer su recurso, **de manera que los recursos que no cumplan con estos aspectos mínimos de fundamentación, sufrirán como consecuencia el rechazo de sus argumentos, de conformidad con lo establecido en los artículos 87 de la LGCP y 245 inciso c) de su Reglamento que al respecto indican lo siguiente: “ARTÍCULO 87- Presentación y causales de rechazo (...) El recurso será rechazado de plano, por inadmisibles, en los siguientes supuestos: por incompetencia en razón de la materia, por el tiempo, por tipo de procedimiento o por la inobservancia de requisitos formales. Será rechazado de plano, por improcedencia manifiesta, cuando el recurrente no cuente con legitimación o no acredite su mejor derecho, el recurso se presente sin fundamentación o gire sobre argumentos precluidos...” y “Artículo 245. Rechazo de plano por improcedencia manifiesta. El recurso será rechazado de plano, por improcedencia manifiesta: (...) c) Cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la Ley General de Contratación Pública...”. Lo anterior es así debido a que el cartel ostenta una presunción de validez, por lo que, para desvirtuarlo, el objetante debe hacerse acompañar de la prueba que sustente lo indicado, dado que no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante; de manera entonces que tratándose de los recursos de objeción, la carga de la prueba le corresponde al recurrente que impugne el pliego de condiciones.”***

Por lo dicho, en este extremo el recurso también carece de la debida fundamentación, ya que no se hace acompañar de la prueba idónea, ni tampoco de los estudios técnicos que desvirtúen los criterios de la Administración o que le permitan acreditar sus afirmaciones,



lo que conlleva el rechazo de sus argumentos, de conformidad con lo establecido en los artículos 87 de la LGCP y 245 inciso c) de su Reglamento, siendo que no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante.

Asimismo, para este caso particular, es importante indicar que las tarifas all-in iniciales planteadas toman como base las tarifas vigentes de los servicios portuarios aprobadas por la ARESEP, las cuales fueron fijadas en su momento respetando el principio de servicio al costo y equilibrio financiero del prestador (en apego a lo establecido en la Ley 7593).

3. En cuanto a las tarifas que rigen a partir de la fase de explotación.

Sobre este particular, la objetante estima:

La ARESEP mediante su resolución RE-0574-RG-2024 (documento de referencia 28) aprobó parcialmente las condiciones tarifarias a partir de la fase de explotación, puesto que aprobó la estructura tarifaria y el mecanismo de indexación, pero no aprobó el mecanismo de reajuste extraordinario.

Agrega el recurrente de manera literal:

Es preocupante que la ARESEP aprobara parcialmente la estructura tarifaria que el INCOP le presentó dejando sin aprobar un aspecto que es esencial como los ajustes extraordinarios. Este mecanismo es esencial para hacer viable la concesión. Lo correcto era rechazar, no otorgar la aprobación parcial, hasta que el INCOP cumpliera los elementos mínimos para considerarse un parámetro de ajuste.

Y añade:



No obstante, la ARESEP mediante oficio OF-1499-RG-2024 (documento referencia 31) le da respuesta al INCOP a su solicitud de aclaración (documento referencia 30) con respecto al procedimiento extraordinario de ajuste de tarifas, así:

“Por lo tanto, en atención a lo consultado en el oficio CR-INCOP-PE-0673-2024, se aclara que el criterio negativo sobre el procedimiento de ajuste extraordinario de tarifas emitido por la Aresep en la resolución RE-0574-RG-2024 no limita el derecho del concesionario a solicitar a la Administración Concedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato ya que la Aresep no tiene competencia legal para establecer o avalar las condiciones en que el concesionario puede hacer esa solicitud. Ahora bien, si a futuro el concesionario solicita al Ente Concedente la restitución del equilibrio

financiero del contrato y la alternativa para la restitución es una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, se requiere de previo a su aplicación el criterio vinculante de la Aresep, según lo establece el artículo 21 de la Ley 7593.”

En síntesis, la objetante sostiene que el mecanismo de reajuste extraordinario debe ser contenido en la resolución de la ARESEP, como parte que es -así se entiende- del Pliego.

Sobre este extremo, se estima en que la ARESEP conforme a su Oficio RE-0574-RG-2024, es clara en que lo definido por esa Autoridad, “no limita el derecho del concesionario a solicitar a la Administración Concedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, ya que la ARESEP no tiene competencia legal para establecer o avalar las condiciones en que el concesionario puede hacer esa solicitud”, lo cual en su caso sí conocerá en el supuesto en que la alternativa para la restitución sea una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, en donde se deberá requerir y contarse con el criterio vinculante de la ARESEP.

Por lo anterior, no se aprecia que en la especie exista alguna lesión a los principios de la contratación pública. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.

4. Sobre la descripción y requerimientos mínimos de las obras. Propuesta base y Propuesta alternativa.

El objetante lo que muestra aquí es una inquietud sobre el tratamiento de una propuesta base y una alternativa. Considera que la cláusula 1.5 del Cartel no es clara en indicar si los requerimientos del Anexo IV son de cumplimiento obligatorio para los oferentes. Asimismo,



estima que el Pliego no esclarece cómo la Comisión de Evaluación calificaría y por ende determinaría la comparación entre la propuesta cartelaria -base- respecto de la alternativa, lo que considera se presta para subjetividades de evaluación, al no contarse con parámetros previos que determinen cómo y por qué gana una alternativa.

En ese orden, y sobre el particular, el objetante solicita:

Por lo anterior, solicitamos que debe quedar claro en el Cartel que los oferentes podrán presentar cualquier alternativa que: (i) solo será evaluada cuando quien la presente ha sido adjudicado, y (ii) que la alternativa solo será discutida con el oferente que la presentó, porque no pareciera lógico imponer una alternativa a un adjudicado, cuando esa alternativa fue presentada por otro oferente.

En relación con la solicitud planteada, se indica que la cláusula 1.5 del Cartel es suficientemente clara respecto de los requerimientos establecidos en el Anexo IV, los cuales son de cumplimiento obligatorio para los oferentes en la presentación de sus ofertas base. Asimismo, el Pliego de Condiciones regula de manera adecuada el tratamiento de las ofertas alternativas y la forma en que la Comisión de Evaluación las analizará. Por lo tanto, no procede la objeción relacionada con la supuesta falta de claridad en la cláusula 1.5, ni la preocupación sobre posibles subjetividades en la evaluación de las ofertas. Sin embargo, y con el propósito de brindar mayor certeza a los interesados, se procederá a aclarar el texto del Cartel para reiterar que los requerimientos establecidos para la oferta base son de cumplimiento obligatorio y que las ofertas alternativas estarán sujetas a las siguientes condiciones: (a) que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente con todos los requerimientos establecidos por la Administración para ser considerada procedente de acuerdo con el cartel de la Licitación y que la misma haya sido adjudicada; (b) La oferta alternativa deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico, demostrando de manera clara y precisa su viabilidad y su cumplimiento con los siguientes supuestos esenciales: (i) Plazo de la Concesión: La propuesta deberá respetar los términos y límites establecidos para la duración de la concesión; (ii) Estándares de servicio: La alternativa deberá cumplir o superar los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el Cartel. (iii) Modelo tarifario: La propuesta deberá adherirse a los lineamientos tarifarios establecidos en el Cartel, garantizando su viabilidad financiera y su correspondencia con las necesidades públicas e institucionales. Asimismo, en caso de que una oferta alternativa sea



adjudicada, la Administración deberá acreditar en el expediente las razones objetivas que fundamentan su decisión, asegurándose de que esta no contravenga el interés público ni institucional y que existan los fondos necesarios para cubrir su costo.

5. Respecto a los estudios técnicos mínimos a realizar para la presentación de ofertas.

Sostiene el objetante que el Pliego exige la realización de muchos estudios técnicos, indicando literalmente:

El Cartel de Licitación, en el Anexo 11 del Contrato de Concesión, exige una gran cantidad de estudios técnicos, que incluyen pero no se limitan a: Estudios Ambientales, Mecánica de suelos, Batimetría, Topografía, Medición de Oleaje, Medición de corrientes, medición de vientos, medición de mareas, Toma de muestra y análisis de sedimentos, Estudio dinámico de nave amarrada, Estudio de maniobras, Estudio de transporte de sedimentos, Ingeniería para construcción, Estudio de resistividad de agua de mar, Estudio de resistividad de malla a tierra.

La elaboración de dichos estudios es imposible de realizar antes del cierre de la fecha para presentar ofertas. Es simplemente desproporcionada la gran cantidad de estudios y no es razonable su elaboración para el día de presentación de ofertas.

Sobre esto, lo que el recurrente solicita es lo siguiente:

En virtud de lo anterior, solicitamos que exista un plazo razonable para terminar los estudios antes de la preparación de la oferta que les permitan a los oferentes tomar un riesgo calculado a la hora de presentar una oferta en firme.

Como se aprecia, en realidad la inconformidad parte de considerar que el plazo para ejecutar los estudios no resulta razonable, en observancia de la fecha para la presentación de las ofertas. Al respecto, en este extremo el recurso también carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP, siendo que como



fundamentación no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, al respecto. Nótese que el recurrente no explicó, con una adecuada relación jurídica y técnica, sobre porqué el plazo no es suficiente, tampoco aportó consideración o prueba alguna sobre cuál es el plazo usual en la industria para el desarrollo de cada estudio. No explicó tampoco cuál es el plazo que requiere para el desarrollo de esos exámenes para demostrar así que el plazo dispuesto en el Pliego le resulta materialmente imposible de cumplir.

Precisamente sobre este tipo de planteamientos, ese Órgano Contralor ha señalado, entre otros en la Resolución R-DCA-00547-2020, de las catorce horas con nueve minutos del veintiuno de mayo del dos mil veinte:

“Criterio de la División: se observa que la empresa cuestiona el plazo de entrega de 90 días hábiles establecido en el cartel con el argumento de que desde el inicio de la pandemia muchas fábricas de maquinaria tanto en Europa como en Estados Unidos cerraron producción, incluyendo la fábrica GEHL, y tienen proyectada su reapertura gradual a partir de los meses venideros, lo cual ha hecho que todos los pedidos y producción se atrase, alargando así los plazos de entrega. Sin embargo, no explicó cuál es el plazo de producción que tiene actualmente la empresa que fabrica los vehículos que ella ofrecería, tampoco explicó cuál es el plazo que requiere para importar dichos bienes, tampoco indicó cuál es el plazo que requiere para el desalmacenaje, traslado interno y demás trámites, y demostrar así que el plazo de 90 días hábiles establecido en el cartel le resulta materialmente imposible de cumplir. De esta manera, su argumento carece de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del RLCA. Por lo tanto se declara sin lugar por falta de fundamentación el recurso en este aspecto.”

Por lo tanto, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso.

Por otra parte, se clarifica que la relación de estudios mencionada en el Anexo 11 del contrato de Concesión se refiere a los estudios que deberá presentar el oferente que resulte adjudicatario de la Concesión dentro de las necesarias justificaciones técnicas que formaran parte del proyecto constructivo que deberá ser aprobado antes del inicio de las obras, y no forman parte de la documentación que deben presentar los oferentes en sus ofertas. Los oferentes únicamente deberán presentar en sus ofertas los estudios adicionales que crean conveniente; y en el caso de que presente una solución alternativa (sujeto a las condiciones que se establezcan en el cartel para la presentación de la misma) deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico, demostrando de manera clara y



precisa su viabilidad y su cumplimiento con los siguientes supuestos esenciales: (i) Plazo de la Concesión: La propuesta deberá respetar los términos y límites establecidos para la duración de la concesión; (ii) Estándares de servicio: La alternativa deberá cumplir o superar los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el Cartel. (iii) Modelo tarifario: La propuesta deberá adherirse a los lineamientos tarifarios establecidos en el Cartel, garantizando su viabilidad financiera y su correspondencia con las necesidades públicas e institucionales. El alcance de la justificación técnica deberá ser el suficiente para demostrar la viabilidad de la propuesta al mismo nivel que se ha hecho en el Estudio de Factibilidad.

6. Objeción en cuanto al plazo de construcción de 30 meses.

El objetante literalmente se limita a manifestar que el plazo de 30 meses no es razonable ni fundamentado. Al efecto, indica:

El plazo de construcción debe de ser un plazo razonable que contemple claramente que las obras de infraestructura pueden efectivamente construirse, conforme con un criterio técnico que así lo determine.

Al respecto, la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles.

El plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total:

- 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores.
- Nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado.
- Reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4)



- Nuevo muelle de graneles.

La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras.

En caso de que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad (p.e. mayor longitud y profundidad de muelles, nuevo rompeolas o ampliación del existente, nuevas explanadas, etc.) se mantendrá el plazo de 30 meses para las obras antes descritas. Para la finalización de la totalidad de las obras el postor deberá proponer un plazo justificativo en función de la tipología y volumen de las obras propuestas, que deberá ser aprobado por INCOP. Es importante resaltar que este plazo es únicamente de obra ya que el mismo cartel también establece un periodo de 15 meses para cumplir con las condiciones precedentes a la etapa de construcción.

En consecuencia, sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses.

7. Sobre el plazo para la presentación de ofertas.

En lo que resulta sustancial, el objetante aduce:

Por las razones expuestas en este recurso el plazo de presentación de ofertas de 5 de marzo del 2025, no es un plazo suficiente para que los oferentes completen ofertas serias, conforme con los requerimientos solicitado y firmes que se ajusten a los planes futuros que el INCOP tiene para el Puerto de Caldera.

Al igual que como ocurre en varios extremos de este Recurso, parece que el objetante olvida que es este quien debe demostrar que resulta imposible técnicamente cumplir con el plazo. Recuérdese que la carga de la prueba recae sobre quien objeta. Por tanto, en este extremo el recurso también carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. En este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso. No obstante, la improcedencia de lo solicitado por el oferente, aclaramos que en otros casos a nivel



internacional se tiene en Perú para la licitación de la Terminal contenedores Callao se estableció 129 días (4.3 meses aproximadamente) para la recepción de ofertas. Por otro lado, conforme el Anexo IV. Requerimientos de Oferta Técnica lo que se solicitar es presentar un diseño conceptual sin contar con estudios más detallados lo que es justificable realizar en el plazo estipulado para recepción de ofertas.

8. Sobre los pagos extraordinarios al Estado.

El objetante señala literalmente:

Como parte de los ingresos de la Administración el Cartel prevé que en el Contrato de Concesión se exija al Concesionario adjudicado un pago extraordinario fijo de US\$ 3,985,500 anuales y un pago variable correspondiente al 2% de los ingresos brutos de la Sociedad Concesionaria con frecuencia trimestral.

Si bien el artículo 42 de la LGCOP en su inciso e) prevé la posibilidad de pagos extraordinarios al Estado, lo hace vinculando el texto a lo establecido en artículo 28 de la misma ley, que en su inciso h) establece que los pagos extraordinarios son posibles en concursos en donde exista una garantía de ingresos mínimos, y en este concurso no existe dicha garantía.

Agrega a lo dicho el recurrente:

Adicionalmente, en relación con el pago extraordinario variable del 2% de los ingresos brutos de la Sociedad Concesionaria, a pagarse con frecuencia trimestral, pareciera que la única intención de este pago es lograr poder sobrepasar el porcentaje del canon de explotación que según el artículo 42, inciso a) de la LGCOP no podría superar el 5% de los ingresos brutos.

Por lo tanto, solicitamos que se revise este punto, y en su caso se incluya una garantía de ingresos mínimos o se eliminen los pagos extraordinarios al Estado.

Respecto a este extremo, lo primero que debe advertirse es que el artículo 42 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N° 7762 (en lo sucesivo referida como LGCOPSP o simplemente Ley de Concesiones), NO tiene un inciso e), siendo que van del a y hasta el d.



Ahora, si el objetante se refiere al inciso b), conforme al cual, en el contrato podrán fijarse como pagos a favor de la administración, “Los pagos extraordinarios al Estado, que correspondan de conformidad con el artículo 28 de esta Ley”, resulta errado lo señalado por el objetante en cuanto a que tal disposición se restringe al inciso h) del numeral 28 de la misma Ley, toda vez que tal inciso tan solo aplica para la propuesta de reducción de tarifas al usuario, reducción del plazo de la concesión o de los pagos extraordinarios al Estado, cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o los activos, definida en la forma que dispongan las bases de la licitación o el oferente, exceda de un porcentaje máximo predefinido.

Respecto a este extremo, es importante reiterar que el esquema de ingresos para la Administración Concedente ha sido diseñado conforme al marco regulatorio establecido en la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley N° 7762 (LGCOPSP), particularmente en los artículos 42 y 28. La Administración Licitante goza de discrecionalidad, dentro de los límites de dichos artículos, para definir los pagos a su favor, siempre en atención a los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad que rigen los procedimientos de contratación administrativa como se ha demostrado en los documentos de la Licitación y en especial en el estudio de factibilidad del Proyecto.

El artículo 42 de la Ley establece claramente los tipos de ingresos que puede percibir la Administración Concedente, dentro de los cuales se encuentran: el canon por explotación, los pagos extraordinarios al Estado, los ingresos derivados de la entrega de bienes utilizados en la concesión, y el pago por concepto de inspección y control. En particular, el inciso b) del artículo 42 refiere que los pagos extraordinarios al Estado deben ser determinados conforme al artículo 28 de la misma Ley, pero en ningún momento condiciona su aplicación exclusiva al supuesto establecido en el inciso h) del artículo 28.

El inciso h) del artículo 28 regula un caso específico que aplica únicamente en concursos donde se garantice un mínimo de ingresos al concesionario (según lo dispuesto en el inciso f). Dado que el modelo de concesión adoptado en este proceso no contempla una garantía mínima de ingresos para el concesionario, este supuesto no resulta aplicable. Por el contrario, en el presente esquema, el concesionario debe asumir la totalidad del riesgo de demanda, lo que refuerza la naturaleza competitiva y eficiente del modelo y lo alinea con las mejores prácticas en proyectos de infraestructura bajo esquemas de concesión.

Además, se debe señalar que la determinación de los ingresos de la Administración Concedente y los factores a considerar en el proceso de adjudicación han sido definidos en el cartel de licitación, tal y como lo autoriza el artículo 28. Este marco normativo permite que



la Administración valore uno o más de los factores señalados, según el sistema establecido en las bases de licitación, para seleccionar la oferta más favorable.

Específicamente, los pagos extraordinarios al Estado, tal como están configurados en el cartel, cumplen con los límites y requisitos establecidos por la normativa aplicable y han sido diseñados para resguardar el interés público, garantizar la sostenibilidad del proyecto y promover la competencia justa entre los oferentes. Este diseño no genera ninguna obligación para el Estado de garantizar ingresos mínimos al concesionario, y por ende, no se compromete el interés público ni la viabilidad del modelo de concesión.

Es importante señalar que, contrario a lo indicado por el objetante, en este proceso de concesión no se ha establecido un esquema que contemple una garantía mínima de ingresos por parte del Estado, dado que el modelo de concesión adoptado asigna al concesionario la totalidad del riesgo de demanda, en coherencia con las directrices de la LGCOPSP. Por lo tanto, el inciso h) del artículo 28, que condiciona la aplicación de ciertas variables a la existencia de un esquema de ingresos mínimos garantizados, no resulta aplicable en este caso. Este modelo, basado en la transferencia de riesgos al concesionario, fomenta la eficiencia económica y la sostenibilidad financiera del proyecto, al tiempo que protege los intereses del Estado.

Adicionalmente, se aclara que el objetante incurre en una incorrecta lectura del cartel al no distinguir la naturaleza jurídica del pago extraordinario del 2% calculado anualmente sobre los ingresos brutos del concesionario pagadero trimestralmente y el canon de explotación, establecido en un monto máximo del 5% de los ingresos brutos del concesionario.

El canon de explotación tiene como finalidad principal ser una contraprestación directa al uso de la infraestructura otorgada en concesión y se encuentra regulado en el inciso a) del artículo 42, el cual establece un límite del 5% de los ingresos brutos generados por la concesión. Por otro lado, el pago extraordinario del 2% constituye un ingreso adicional a favor de la Administración Concedente, cuya naturaleza responde a la facultad discrecional de la Administración para establecer mecanismos que aseguren una mayor equidad en la distribución de los beneficios derivados de la concesión, en plena conformidad con los artículos 42 y 28 de la Ley. Este pago extraordinario no está sujeto al límite del 5% mencionado, ya que no constituye un canon, sino un ingreso complementario previsto dentro de los márgenes legales.

Además, la configuración de este pago extraordinario ha sido diseñada para evitar cualquier afectación indebida al concesionario, considerando que este debe asumir íntegramente el



riesgo de demanda. El monto fijo del 2% sobre los ingresos brutos asegura previsibilidad financiera y transparencia en la estructura de ingresos de la Administración Concedente, sin imponer cargas desproporcionadas al concesionario ni comprometer la viabilidad del proyecto.

Por lo tanto, no existe contradicción ni superposición entre ambos conceptos, y el esquema planteado en el cartel responde de manera razonable y ajustada al marco normativo vigente.

En conclusión, el esquema definido por la Administración Licitante para los pagos extraordinarios al Estado se encuentra plenamente respaldado por la Ley de Concesiones. La inclusión de esta disposición en el cartel no solo respeta los límites normativos establecidos, sino que también refuerza el principio de que el concesionario asume el riesgo operativo y de demanda, asegurando que el modelo de concesión opere bajo parámetros de sostenibilidad, transparencia y eficiencia en beneficio del interés público.

Por tanto, en los extremos antes mencionados el recurso también carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP siendo lo procedente el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso y por no existir ninguna violación a los principios de contratación administrativa.

II. EN CUANTO A LA OBJECCIÓN INTERPUESTA POR APM TERMINALS B.V

Al igual que en el caso anterior, pasaremos a abordar las objeciones planteadas en el mismo orden en que fueron expuestas en el recurso.

1. Legislación Nacional excluyente. Cláusula 3.1.3 del pliego.

En síntesis, la objetante estima que la cláusula 3.1.3 del pliego, al establecer que por el solo hecho de presentar su Oferta, los Oferentes se someten a los tribunales y ordenamiento jurídico costarricense, con remisión a su vez a la definición de “Ley Aplicable” para todo lo concerniente a la licitación y la ejecución del Contrato de Concesión, y con ello darse una renuncia a las leyes y a los tribunales de su domicilio en caso de que éste no sea costarricense, esto implica -dice la objetante- una renuncia a acuerdos de protección de inversiones y otros aspectos contenidos en instrumentos internacionales que forman parte del bloque de legalidad superior en Costa Rica y que no se mencionan en la definición de la Ley Aplicable. Sostiene que, en el caso de oferentes internacionales, como es su caso, no es posible la renuncia a los mecanismos previstos en acuerdos internacionales, aspecto que sería una



condición del Cartel que por lo tanto no es procedente. Agrega que esa condición se agrava por cuanto la cláusula 3.1.2 del Cartel dispone que la sola presentación de la oferta se tiene como una "manifestación inequívoca de la voluntad del Oferente con pleno sometimiento a las condiciones y especificaciones del Cartel de Licitación, incluyendo sus anexos y el bloque de legalidad aplicable" así como el "compromiso y aceptación por parte del Oferente de las condiciones, obligaciones y requisitos del Cartel de Licitación, el bloque de legalidad aplicable y los términos del Contrato incluido en el ANEXO V - MODELO. DEL CONTRATO DE CONCESION del presente Cartel de Licitación". En este caso, no puede mi representada presentar una oferta que suponga una manifestación de renuncia a instrumentos internacionales de los que Costa Rica forma parte.

Al respecto, la interpretación que hace la objetante es equivocada, ya que el Pliego no propone una renuncia como la expresada por ésta. En primer lugar, tómese en cuenta que es la Ley de Concesiones la que establece en su artículo 26 "Presentación de ofertas", inciso 3), que la presentación de la oferta implica el sometimiento pleno del oferente tanto al ordenamiento jurídico costarricense como a las reglas generales y particulares de la licitación. **Dicha norma es concordante con las estipulaciones de los artículos 14.a y 48 de la LGCP, y 32.c.v, 121 del RLGCP.**

Sumado a lo dicho, la definición de Ley Aplicable comprende expresamente a "*(viii) cualquier otra normativa vigente de aplicación a la Concesión y/o el Proyecto.*" En ese orden, si por ejemplo un acuerdo de protección de inversiones suscrito por Costa Rica resulta aplicable por el inversor en la Concesión y/o el Proyecto, entraría dentro de la definición de Ley Aplicable, y además en cualquier escenario, es parte integral del ordenamiento jurídico costarricense, según se deriva de los artículos 7 de la Constitución Política y 6 de la Ley General de la Administración Pública.

2. Cláusula 8.4.5.1 del Borrador del contrato que regula el procedimiento de resolución contractual, y la cláusula 7.3 del cartel.

El sustento de la objeción es que en ambos casos se remite a una reglamentación que no está vigente, lo que crea una indeterminación contraria al principio constitucional de seguridad jurídica.

Sobre este extremo, en efecto existe un error material que debe rectificarse, de manera que se haga la remisión a la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento.



3. Cláusula 8.4.7.3 del Borrador del Contrato relativa a la indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración Concedente.

El recurrente sostiene que no existe fundamento legal alguno para establecer exclusiones en el pliego relativo a pérdidas vinculadas con contratos legítimos que se puedan haber dado con sociedades del mismo grupo económico o empresas vinculadas.

Sobre el particular, la Administración Concedente se allana y procederá a modificar el Cartel para aclarar que se reconocerán en esta sección lo relativo a pérdidas vinculadas con contratos legítimos que se puedan haber dado con sociedades del mismo grupo económico o empresas vinculadas en el tanto se demuestran que los ingresos que se generen a favor del Concesionario sean utilizados exclusivamente en el Proyecto, se encuentren debidamente formalizados y así se acrediten a la Administración Concedente así como que los mismos reflejen condiciones de mercado estándares en sus términos y condiciones.

4. Cláusula 3.3.7 "ingresos al INCOP" del Borrador del Contrato, y numeral 3.2 de su Anexo No. 15.

Estima la objetante que la redacción del inciso a) de la cláusula 3.2 presenta una imprecisión, ya que define una cifra anual, pero de seguido agrega la expresión "*con frecuencia trimestral*". Esta redacción no permite comprender el alcance de la obligación, por cuanto se puede entender que el pago sería de cada trimestre la cifra indicada o bien el monto anual dividido en trimestres.

Sostiene que, respecto a la cláusula 3.2, la relación de los artículos 42 y 28 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos refiere al sistema de evaluación de las ofertas, a los criterios de adjudicación, y se estipula que uno de esos criterios sería el caso de los pagos que el concesionario (oferente en ese momento) ofrezca al Estado. Sin embargo, dice la objetante, la regulación del pliego está identificada como un monto fijo definido por la Administración Concedente como condición contractual invariable. Incluso en el artículo 3.3.7 del Borrador del Contrato se habla de pagos al INCOP. Concluye en que, bajo estas circunstancias, la forma en la que se estipula la regulación en el pliego pareciera consistir en un cargo adicional al 5% de tope legal de canon sobre los ingresos de brutos.

Con respecto al primer motivo, la redacción es clara en el sentido de que hace referencia un monto fijo anual pero pagadero trimestralmente, es decir, el monto referido dividido en cuatro.



Con respecto al segundo motivo, es importante notar que el artículo 28 hace referencia únicamente a las posibles opciones de variables de adjudicación que este caso se define a la tarifa. Asimismo, el artículo 42 permite a la administración concedente estipular los ingresos a la autoridad concedente en el cartel de licitación y permite ingresos adicionales al 5% de canon para el desarrollo regional. En conclusión, el esquema definido por la Administración Licitante para los pagos extraordinarios al Estado se encuentra plenamente respaldado por la Ley de Concesiones entendiendo que se plantea un pago extraordinario bajo un modelo híbrido que incluye un monto fijo y un monto variable.

En este extremo, es claro que el recurso carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP siendo lo procedente el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso y por no existir ninguna violación a los principios de contratación administrativa.

5. Indeterminación procedimental de la oferta y soluciones alternativas. Cláusula 1.5 del Cartel.

Dice la objetante que en la cláusula 1.5 del Cartel se admite el que los Oferentes puedan incluir en sus propuestas técnicas y económicas las soluciones alternativas que consideren pertinentes para mejorar la calidad de la obra o el nivel de servicio a los usuarios. Al respecto, acusa una indeterminación del tratamiento de lo que el pliego denomina "soluciones alternativas", lo que, dice, violenta el principio constitucional de legalidad o transparencia de los procedimientos.

Estima la recurrente que del texto de la cláusula 1.5 se desprende que si bien se usa un lenguaje de cumplimiento de los requisitos técnicos del pliego y de la posibilidad de que los oferentes presenten en sus ofertas técnicas y económicas "alternativas", no se hace mención explícita al concepto de ofertas base y de oferta alternativas, que si bien no están contempladas en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos ni en su reglamento, si lo están en el artículo 48 de la Ley General de Contratación Pública y en el artículo 125 de su reglamento.

Concluye la objetante en que la cláusula 1.5 si bien habilita la inclusión de "alternativas" dentro de los sobres de las ofertas técnica y económica, y que esas "alternativas" son "evaluadas" y eventualmente "aprobadas" por la Comisión Evaluadora de las ofertas y por equipos de apoyo no completamente determinados, y de ser "aprobadas" se discuten



posteriormente "con quien resultare adjudicatario". Esto implica: -Que no se sigue el tratamiento reglado de las ofertas alternativas, sino un procedimiento ad hoc incompleto; - Que al momento de resultar adjudicatario, no se tiene certeza alguna de cuál finalmente será el proyecto que se va realizar, sino que se entra en un proceso de "discusión" indeterminado en sus alcance y formas, que correría paralelo al proceso de conformación de la Sociedad Concesionaria y de formalización contractual que sí está reglado en forma y tiempo; -Que no se regulan, ni siquiera se enuncia, cuáles criterios generales y/o específicos serán utilizados por la Comisión Evaluadora en una primera instancia y por quien formalice el contrato posteriormente, para determinar si las propuestas alternativas son aceptables o no, y qué criterios deben considerar los oferentes a la hora de formularlas; - Que no hay claridad concreta y definitiva acerca de quiénes participan en la evaluación y en la posterior discusión.

Pide en consecuencia, se hagan las determinaciones y precisiones necesarias.

Con respecto a esto, con el propósito de brindar mayor certeza a los interesados, se procederá a aclarar el texto del Cartel para reiterar que los requerimientos establecidos son de cumplimiento obligatorio con relación a la oferta base y que las ofertas alternativas estarán sujetas a las siguientes condiciones: (a) que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente con todos los requerimientos establecidos por la Administración para ser considerada procedente de acuerdo con el cartel de la Licitación y que la misma haya sido adjudicada; (b) La oferta alternativa deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico, demostrando de manera clara y precisa su viabilidad y su cumplimiento con los siguientes supuestos esenciales: (i) Plazo de la Concesión: La propuesta deberá respetar los términos y límites establecidos para la duración de la concesión; (ii) Estándares de servicio: La alternativa deberá cumplir o superar los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el Cartel. (iii) Modelo tarifario: La propuesta deberá adherirse a los lineamientos tarifarios establecidos en el Cartel, garantizando su viabilidad financiera y su correspondencia con las necesidades públicas e institucionales. Asimismo, en caso de que una oferta alternativa sea adjudicada, la Administración deberá acreditar en el expediente las razones objetivas que fundamentan su decisión, asegurándose de que esta no contravenga el interés público ni institucional y que existan los fondos necesarios para cubrir su costo.



6. Cláusula 1.13.3 del Borrador del Contrato.

El objetante aduce que los numerales 1.13.3.2.1, 1.13.3.2.2 y 1.13.3.2.2 del Borrador de Contrato regulan actividades y obligaciones tanto de la Administración Concedente como de los Concesionarios Previos (que según el Anexo de definiciones del Contrato se refiere a los concesionarios de la Concesión de Gestión de Servicios Públicos de la Terminal de Caldera y de la Concesión de Obra Pública con Servicio Público de la Terminal Granelera de Puerto Caldera), siendo que esos Concesionarios Previos a no son parte de este nuevo contrato de concesión contenido en el pliego de esta licitación, por lo que -sostiene- NO es posible regular en un contrato obligaciones de una persona que no es parte del mismo, lo que supone una incertidumbre total.

Añade la recurrente que el documento contractual es absolutamente omiso en cuanto a qué ocurre en un escenario posible en el que exista un desfase entre la terminación de los contratos anteriores y la entrada en vigor del nuevo contrato. A su vez, dice que el apartado 1.13.3.2.4 establece actividades y obligaciones conjuntas entre los Concesionarios Previos y el nuevo concesionario, sujeto aquel que no forma parte de la relación contractual derivada de esta licitación, y exige al nuevo concesionario relevar de responsabilidad a los Concesionarios previos, sobre aspectos futuros, pero sobre los que no es posible desde ya - que es cuando se acepta la obligación- conocer sus implicaciones.

Respecto de estos extremos, no se considera que el instrumento, sea el borrador de Contrato o el Pliego, sea el que imponga actividades y obligaciones a la Administración Concedente respecto de los Concesionarios Previos, ni estos con el que sería el nuevo concesionario, sino que pretende dar visibilidad a los pasos que deberán seguirse, y definirse, por los medios que legalmente resulten aplicables, para una transición ordenada, nada más.

7. Que el nuevo concesionario opere la Terminal actual durante la fase de construcción de las nuevas obras.

Como ocurre con el apartado anterior, más que una objeción en sentido estricto, acá lo que se percibe es una inconformidad en las líneas de acción que el proyecto requiere y que se desarrollan en los documentos de la licitación. Dice el recurrente que el Borrador de Contrato, Anexo de definiciones, contempla la relativa a lo que es la “Etapa de Explotación Inicial”, destacando lo relativo a que el Concesionario dará continuidad a los Servicios de la Concesión mientras se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción.



A lo anterior, suma la cláusula 2.1.1 del Borrador del Contrato que establece que el Concesionario reconoce y acepta que llevará a cabo la construcción de la obra en paralelo a la Etapa de Explotación inicial, de modo que la interferencia de la construcción sobre la operación de Puerto Caldera sea mínima. Agrega la cláusula 1.14.4 del Borrador del Contrato que da al Concesionario la operación de la Concesión con la finalidad de prestar los Servicios Concesionados correspondientes a la Etapa de Explotación Inicial, lo mismo que la cláusula 3.3.1 (a) y 3.3.2 del Borrador del Contrato.

La objeción se sustenta en que durante la fase de Explotación Inicial el nuevo concesionario si bien tendría el derecho a cobrar las tarifas fijadas previamente por la Administración, eso no es viable ya que esas tarifas corresponden a los contratos previos y no al que deriva de esta licitación. Acusa el que la Administración traslada el riesgo del servicio y de la suficiencia de equipos e infraestructura en esta etapa de explotación inicial al nuevo concesionario, sin mecanismos de ajustes de tarifas, sin una noción de que las tarifas impuestas hayan logrado o hayan considerado nivel de inversión alguno ni estándares de operación y mantenimiento, pero además, al tiempo que se exige que el proceso constructivo de las nuevas obras en el mismo sitio no afecten una operación cuyos términos no se fijan.

Sobre este particular, parece necesario tan solo señalar que la Etapa de Explotación Inicial, se centra en que exista un escenario definido, para el nuevo concesionario y los usuarios, de qué esperar o cuales son los elementos aplicables mientras el Concesionario da continuidad a los Servicios de la Concesión y se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, partiendo para ello de criterios objetivos, conocidos ya hoy día, y que parten o se originan de procesos y definiciones de tarifas que se ajustaron al ordenamiento jurídico, y que aplican solo de manera transitoria.

A lo anterior se agrega el que lo alegado no es más que un cúmulo de manifestaciones discursivas, que hacen necesario el que en este extremo el recurso deba ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones), en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. Estos numerales disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones), y que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP (245 inciso c del RLGCP). En ese orden, el recurso en efecto carece de la debida



fundamentación, ya que como sustento del recurso no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante.

8. Cláusula 7.1 del Cartel, crea la Comisión de Evaluación de las ofertas, que según los numerales 1 y 2 tendrá como parte de sus miembros al Ministro de Obras Públicas y Transportes y al Presidente Ejecutivo del INCOP.

El recurrente cuestiona el que el pliego estaría atribuyendo al Ministro y al Presidente Ejecutivo del INCOP que realicen un análisis técnico de las ofertas para realizar una recomendación técnica de adjudicación que será dirigida a la Junta Directiva del INCOP de la que forma parte el Presidente Ejecutivo, y al Poder Ejecutivo, del que forma parte el Ministro. Esto genera una doble condición de ser las personas que recomiendan técnicamente sobre un acto y de ser quienes deciden sobre el dictado de ese mismo acto. Sostiene que del numeral 27.1 de la Ley de Concesiones, deriva en forma implícita una separación entre la evaluación y recomendación con respecto a la adjudicación, que es típica de una adecuada gobernanza en términos de independencia y objetividad de las distintas funciones.

Con respecto a esto, cabe mencionar que en relación con el cuestionamiento formulado por el recurrente respecto a la composición de la Comisión Evaluadora y su supuesta falta de independencia y objetividad al realizar un análisis técnico de las ofertas, se señala lo siguiente:

La Comisión Evaluadora es un órgano colegiado designado conforme a lo dispuesto en el cartel y en cumplimiento del marco legal aplicable. Su función principal es realizar una evaluación técnica de las ofertas recibidas, con base en criterios objetivos previamente establecidos en el cartel, y presentar una recomendación técnica. Esta recomendación no constituye la decisión final de adjudicación, sino un insumo técnico que debe ser valorado por las instancias administrativas competentes, las cuales tienen la potestad exclusiva de adjudicar o declarar desierto el concurso.

Cabe señalar que tanto el Presidente Ejecutivo del INCOP como el Ministro de Obras Públicas y Transportes no solo pueden, sino que deben participar en la revisión técnica de las ofertas en su calidad de miembros de la Comisión Evaluadora y en virtud de las responsabilidades inherentes a sus cargos. Su participación está plenamente justificada y no vulnera el numeral 27.1 de la Ley de Concesiones, que no establece ningún impedimento para que dichas autoridades ejerzan sus roles técnicos en la Comisión Evaluadora y, posteriormente, actúen en sus respectivas competencias administrativas dentro de la Junta Directiva del INCOP o del Poder Ejecutivo.



El diseño de este esquema garantiza que la evaluación de las ofertas se realice de manera técnica y colegiada, promoviendo la transparencia y la objetividad. Además, asegura que las instancias administrativas responsables de la adjudicación cuenten con la información técnica necesaria para tomar decisiones informadas y fundamentadas, sin que ello comprometa los principios de buena gobernanza, separación de funciones e independencia.

La observación planteada por el recurrente también malinterpreta los principios de gobierno corporativo aplicables. El artículo 27.1 de la Ley de Concesiones establece la necesidad de instancias técnicas y administrativas para garantizar la transparencia y eficiencia del proceso licitatorio, lo cual se cumple plenamente con la creación y funcionamiento de la Comisión Evaluadora. La participación del Presidente Ejecutivo del INCOP y del Ministro de Obras Públicas y Transportes no vulnera este principio, sino que fortalece el proceso mediante la aplicación de su conocimiento técnico y su responsabilidad institucional.

En consecuencia, se concluye que la estructura y el diseño del procedimiento de evaluación y adjudicación cumplen con los principios de transparencia, independencia y adecuada gobernanza pública, desestimando la observación planteada por el recurrente, tanto por falta de fundamento como por la ausencia de una vulneración normativa o de principios de contratación pública. Por lo tanto, el recurso debe rechazarse sobre este punto.

9. Objeción contra el Plazo para presentar Ofertas.

Aduce el recurrente que el plazo de presentación de las ofertas que corre entre el 1 de noviembre del 2024 y el día 3 de marzo del 2025, en su criterio, transgrede parámetros constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad. Al efecto, acusa: que el volumen de información que forma parte del expediente es elevado y que en ciertos casos debe traducirse a otros idiomas; que el pliego exige que se hagan tres niveles de valoración, la relativa a la situación actual del Puerto, el desarrollo de una oferta técnica y económica en cumplimiento de los requisitos técnicos y económicos exigidos en el pliego, y finalmente la posibilidad de soluciones alternativas, lo que exige la movilización y aplicación de recursos propios de grupo económico y de firmas consultoras nacionales e internacionales, lo que toma mucho tiempo; aduce un nivel de incertidumbre relevante que se esclarecería hasta la segunda parte del mes de enero del año 2025; poco acceso al sitio, reducido a una visita colectiva con equipos limitados; que el pliego exige una cantidad notable de documentación corporativa, entre otros. Por lo anterior, sostiene que el plazo debe ampliarse en 120 días.



Con respecto a la valoración de la situación actual del Puerto y la información solicitada, los documentos de referencia puestos a disposición de los interesados en la página web de INCOP ofrecen información comprensiva de diversa índole que sirve de o referencia para la elaboración de las ofertas. Se adjunta a continuación el listado de información disponible en la página web de INCOP:

1. Aprobación Factibilidad
2. Estudio de Factibilidad
3. Consulta Ley aplicable CGR
4. Aval técnico INCOP Factibilidad
5. Aval sectorial MOPT
6. Declaratoria de viabilidad MIDEPLAN
7. Viabilidad ambiental potencial SETENA
8. Acuerdo nombramiento Comisión Evaluadora
9. Acuerdo nombramiento miembro Comisión Evaluadora
10. Convenio interinstitucional MOPT-INCOP-INCOFER
11. Batimetría
12. Topografía
13. Estudio Suelo y Subsuelo
14. Estudio de Oleaje y Agitación
15. Informe valor instalaciones
16. Alcance del art 2 Ley de INCOP
17. Informe final dragado mantenimiento 2023
18. Planos Factibilidad
19. Evaluación Hábitat Crítico
20. Brecha normativa y estándares AyS
21. Concepto legal ZP Tivives
22. Concepto legal MARPOL
23. Requerimiento ESIA SETENA
24. Solicitud suspensión plazo ESIA
25. Acuerdo suspensión plazo ESIA
26. Criterio vinculante ARESEP
27. Aprobación Valor por Dinero Hacienda
28. Consulta a ARESEP ajuste extraordinario
29. Aclaración ARESEP ajuste extraordinario
30. Dique flotante MISCOA
31. Decreto inicio proceso



32. Resolución decisión inicial INCOP
33. Aval técnico cartel INCOP
34. Acuerdo Junta Directiva INCOP aprobación cartel
35. Anexo Modelo Financiero
36. CR-INCOP-PE-0546-2024-Solicitud de aprobación Estructura Tarifaria

Asimismo, el cronograma de ejecución del proceso licitatorio y de firma del contrato es coherente con los tiempos disponibles hasta el inicio de la futura concesión en agosto de 2026 y con los plazos estipulados en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público por lo que una ampliación de plazo para la presentación de ofertas afectaría ese objetivo primordial para la autoridad concedente. En este sentido, y contando las fechas que trascurren entre la publicación del cartel de licitación y el inicio de la nueva concesión, se disponen de los siguientes hitos:

Hito	Fecha	Plazo
Publicación del Cartel de Licitación	30 de octubre de 2024	
Visita al sitio y reuniones preoferta	25-29 de noviembre de 2024	
Recursos de objeciones al Cartel	Hasta el 5 de diciembre de 2024	Primer tercio del período de recepción de ofertas
Segunda visita al sitio	15 de enero de 2025	
Solicitud de aclaraciones al Cartel	Hasta el 1 de febrero de 2025	Hasta 30 días antes del cierre de la recepción de ofertas
Recepción y apertura de ofertas	3 de marzo de 2025	Plazo de vigencia de la oferta 90 días hábiles (hasta el 5 de julio)
Evaluación de ofertas	Hasta el 15 de abril de 2025	30 días hábiles después del acto de apertura de ofertas
Informe de Recomendación de Oferta Adjudicada	Hasta el 2 de mayo de 2025	10 días hábiles tras la apertura de ofertas económicas



Acto motivado de selección del adjudicatario	Hasta el 16 de mayo de 2025	10 días hábiles después del informe de recomendación
Aprobación del dictamen de adjudicación [estimado]	[Octubre de 2025]	
Constitución de la sociedad concesionaria	Diciembre de 2025	3 meses desde aprobación dictamen adjudicación
Firma, formalización y suscripción del contrato de concesión (posterior al cumplimiento de condiciones precedentes)	Enero de 2026	30 días desde constitución de sociedad concesionaria
Refrendo del contrato de concesión por la CGR [estimado]	[Julio de 2026]	
Inicio de la nueva concesión	Agosto de 2026	

Se concluye que sobre la base de falta de violación a los principios de contratación pública así como por falta de fundamentación se debe rechazar el recurso sobre este punto.

10. Sobre el área de disposición de material de dragado.

El objetante aduce que los documentos que dan sustento o estructura técnica a la licitación contemplan información contradictoria que impide al futuro oferente, poder dimensionar de forma correcta los riesgos y responsabilidades a los cuales se enfrente en relación con el área de disposición de material de dragado, confrontando el Informe de debida diligencia elaborado en noviembre del 2023, y el Estudio de Factibilidad.

Con respecto a esto en el Anexo 16.2 Términos de Referencia para cumplir con Estándares Internacionales para la Gestión Ambiental y Social del Borrador del Contrato, se hace responsable al Concesionario de seleccionar los puntos de vertido:

"5.5.4.2.6 Zonas de depósito de material de dragado - De acuerdo con la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del Banco Mundial, el Concesionario describirá las áreas de vertido de sedimentos producto de



la actividad de dragado en función de las características del material dragado, incluyendo la posibilidad de que parte de los dragados puedan reutilizarse para relleno de las nuevas obras o para venta a terceros"

La información que indica el recurrente sobre la Debida Diligencia y el Estudio de Factibilidad es correcta hasta cierto punto, pero hace una incorrecta interpretación y asociación de conceptos, particularmente entre los sedimentos marinos contaminados (mediante caracterización fisicoquímica de sedimentos antes de actividades de dragado) y los subsuelos a ser excavados que estén contaminados (mediante resultados de los estudios ASTM II).

Como indica el estudio de factibilidad, estudio de ASTM II deberá indicar la magnitud y extensión de la contaminación, si existiera, para que luego se determine la mejor disposición. Por lo tanto, no se indica que se deba "ubicar un nuevo sitio", erróneamente indicado por el recurrente, pero se espera que los subsuelos contaminados se les dé un tratamiento y disposición acorde a la Ley y los requerimientos de las normas internacionales IFC para este tema, antes que optar por su reutilización (al igual que los sedimentos contaminados de las actividades de dragado) en procesos de relleno u otras actividades en el proyecto estarían restringidas e incluso no permitidas.

Por otro lado, el estudio de ASTM I está disponible en la página web de INCOP1 es de carácter referencial y no se asume que sea parte de las disposiciones contractuales dado que el concesionario será responsable de realizar los estudios pertinentes.

Es importante aclarar que los estudios ASTM Phase II están relacionados a posible contaminación de subsuelos en la parte onshore (tierra) y no están asociados a las actividades de dragado o disposición en el punto de vertido o botadero marino. La existencia de subsuelo contaminado que determinen los estudios ASTM II deberán ser gestionados por un proveedor autorizado en lugares apropiados en tierra para tal fin

En relación con este último punto, también es importante aclarar que el contrato borrador de concesión bajo la cláusula 9.9.4 solo exige "evaluar alternativas para la disposición de los dragados o su uso productivo en función de si el material dragado es tóxico o no, y definir los riesgos e impactos asociados, evaluar y modelar receptores ecológicos sensibles y definir

¹ <https://www.incop.go.cr/wp-content/uploads/general/ModPtoCaldera/DocumentosReferencia/15-Estudio%20Suelo%20y%20Subsuelo.zip>



medidas de mitigación, parámetros e indicadores de seguimiento”. El contrato no exige la elaboración de un estudio para ubicar un nuevo sitio de dragado o sitio de disposición de material dragado, como interpreta incorrectamente APM Terminals.

Finalmente, los costos de estos temas no fueron omitidos dado que se consideró dentro del presupuesto general del proyecto con una partida de Medidas de Mitigación Ambientales y Sociales tanto en fase constructiva como operativa que abordaban estos temas (ver anexo A Matriz de Costos AyS). Sin embargo, los resultados de los estudios de caracterización fisicoquímica y ASTM II permitirán determinar el posible volumen de sedimentos y/o subsuelo contaminado y la valoración en costos para su apropiada gestión.

En conclusión, no se considera que existan contradicciones entre el Contrato Borrador de Concesión, la Debida Diligencia o el Estudio De Factibilidad, pero si una incorrecta interpretación por parte del recurrente para este tema. Por otro lado, la estimación de costos para la gestión de subsuelos contaminados a ser excavados en tierra y sedimentos marinos contaminados a ser dragados debe ser acotada y estimada por el Concesionario con base en los resultados de los estudios correspondientes.

La información que indica APM Terminals sobre la Debida Diligencia y el Estudio de Factibilidad es correcta hasta cierto punto, pero hace una incorrecta interpretación y asociación de conceptos, particularmente entre los sedimentos marinos contaminados (mediante caracterización fisicoquímica de sedimentos antes de actividades de dragado) y los subsuelos a ser excavados que estén contaminados (mediante resultados de los estudios ASTM II).

Como indica el estudio de factibilidad, estudio de ASTM II deberá indicar la magnitud y extensión de la contaminación, si existiera, para que luego se determine la mejor disposición. Por lo tanto, no se indica que se deba “ubicar un nuevo sitio”, erróneamente indicado por APM Terminals, pero se espera que los subsuelos contaminados se les dé un tratamiento y disposición acorde a la Ley y los requerimientos de las normas internacionales IFC para este tema, antes que optar por su reutilización (al igual que los sedimentos contaminados de las actividades de dragado) en procesos de relleno u otras actividades en el proyecto estarían restringidas e incluso no permitidas.

Es importante aclarar que los estudios ASTM Phase II están relacionados a posible contaminación de subsuelos en la parte onshore (tierra) y no están asociados a las actividades de dragado o disposición en el punto de vertido o botadero marino. La existencia



de subsuelo contaminado que determinen los estudios ASTM II deberán ser gestionados por un proveedor autorizado en lugares apropiados en tierra para tal fin.

En relación con este último punto, también es importante aclarar que el contrato borrador de concesión bajo la cláusula 9.9.4 solo exige “evaluar alternativas para la disposición de los dragados o su uso productivo en función de si el material dragado es tóxico o no, y definir los riesgos e impactos asociados, evaluar y modelar receptores ecológicos sensibles y definir medidas de mitigación, parámetros e indicadores de seguimiento”. El contrato no exige la elaboración de un estudio para ubicar un nuevo sitio de dragado o sitio de disposición de material dragado, como interpreta incorrectamente APM Terminals.

Finalmente, los costos de estos temas no fueron omitidos dado que se consideró dentro del presupuesto general del proyecto con una partida de Medidas de Mitigación Ambientales y Sociales tanto en fase constructiva como operativa que abordaban estos temas. Sin embargo, los resultados de los estudios de caracterización fisicoquímica y ASTM II permitirán determinar el posible volumen de sedimentos y/o subsuelo contaminado y la valoración en costos para su apropiada gestión.

En conclusión, RINA no considera que existan contradicciones entre el Contrato Borrador de Concesión, la Debida Diligencia o el Estudio De Factibilidad, pero si una incorrecta interpretación por parte de APM Terminals para este tema. Por otro lado, la estimación de costos para la gestión de subsuelos contaminados a ser excavados en tierra y sedimentos marinos contaminados a ser dragados debe ser acotada y estimada por el Concesionario.

En relación con el sitio de vertido, botadero marino o escombrera marina, RINA aclara lo siguiente.

1) Disponibilidad y capacidad total del punto de vertido de material proveniente del dragado señalado en el Estudio de Factibilidad.

De acuerdo con los documentos que constan en el expediente 1001-2008-SETENA: “El sitio escogido considera un área que está alejada del eje de las corrientes fuertes del centro del golfo, con corrientes menos intensas, y por lo tanto menos dispersantes de sedimentos tanto en superficie, como en la columna de agua. Está sobre una cuenca batimétrica, con una pendiente hacia el centro del golfo. Esto ayuda a que los sedimentos depositados tengan una presión o gradiente de gravedad hacia fuera de la costa, condición ideal para no afectar el litoral”.



En el documento, “INFORME REAPERTURA 2023 del EXPEDIENTE D1 1001-2008 Proyecto Dragado en Puerto Caldera”, presentado ante SETENA con el consecutivo 00122-2023 se indica que el sitio seleccionado para el depósito de los sedimentos está caracterizado por presentar una profundidad suficiente y corrientes que evitan la acumulación de sedimentos en un punto específico dentro del área de la escombrera submarina. De acuerdo con los registros y los levantamientos topográficos realizados por la concesionaria, la topografía del sitio de depósito no ha variado de la inicial. Se entiende que esto ha sido comprobado realizando batimetrías al inicio y al final de los dragados de mantenimiento según los informes de cierre de cada campaña, presentados a SETENA. Entre las medidas ambientales para el sitio de vertido, se menciona como medida adicional de minimización de impactos el depósito en capa finas y establecer un sistema de rotación de descargas dentro del radio y la zona del depósito, a fin de dar lapsos de descanso. Para ello se trabaja en cuartos dentro del círculo del diámetro de 1 km, posicionado por el radar.

El sitio de escombrera fue elegido porque favorece la dispersión de los materiales y a pesar de haber recibido el material del dragado capital y los dragados de mantenimiento (de 400.000 m³ cada uno), los registros consultados indican que no se ha observado que exista acumulación significativa en el área del sitio de vertido y este mantiene la capacidad inicial de acuerdo con su funcionamiento previsto.

En Puerto Caldera según se desprende del expediente de Dragado en SETENA, a la fecha se han realizado las siguientes campañas de dragado con un promedio de extracción por campaña de alrededor de 400.000 m³.

- a. Dragado mantenimiento y Capital- año 2008-2009
- b. Dragado mantenimiento II-año 2012-Septiembre
- c. Dragado de mantenimiento III-año 2017-Febrero
- d. Dragado de mantenimiento IV-año 2019
- e. Dragado de mantenimiento V-año 2023-Febrero

De acuerdo con la información disponible, de los informes de cierre técnicos posteriores a las campañas de dragado entregados a SETENA, del actual concesionario, sí existe capacidad en la zona de escombrera submarina. Lo que favorece el mantener esta capacidad es la zona escogida y que corresponde con características que desfavorece la acumulación del material y fomenta la dispersión y disolución de contaminantes.



2) Identificación y/o ubicación de la zona de vertido reservada para el vertido o confinamiento de material contaminado proveniente del dragado.

Existe la posibilidad de que la arena dragada sea utilizada en enriquecimiento o reconstrucción de playas cercanas siempre que previo a una campaña de dragado se compruebe la calidad ambiental de los sedimentos y se establezcan las medidas para evitar erosión o arrastre de la arena depositada.

En el documento mencionado- 00122-2023-SETENA, se indica que no se anticipa la presencia de contaminantes en el sedimento en concentraciones suficientes para representar riesgos ambientales. De acuerdo con la regencia ambiental, en los estudios presentados en campañas anteriores, los resultados demuestran que en el sustrato del Golfo de Nicoya, y del país en general, el contenido de metales traza es similar al de otras zonas costeras sin actividad industrial exhaustiva. El mayor impacto es por reducción de oxígeno disuelto lo cual provoca que los organismos mejor adaptados a los efectos del Puerto sean los de mayor abundancia, lo cual se ha reflejado en los monitoreos de la dársena.

De acuerdo con la Resolución N°392-2021-SETENA del 10 de marzo del 2021, la SETENA solicita como requisito de reactivación del expediente para cada campaña de dragado la siguiente información:

- 1- Método de dragado y vertido propuesto.
- 2- Levantamiento biológico del área destinada al depósito del material removido.
- 3- Volumen de material a remover.
- 4- Destino del material dragado con ubicación georreferenciada.
- 5- Perfiles topográficos del fondo marino del sitio de depósito.
- 6- Plano de dragado con la definición de los límites y áreas a dragar.
- 7- Análisis de los contaminantes presentes en los sedimentos.
- 8- Análisis de susceptibilidad por sólidos en suspensión a ecosistemas frágiles tanto en el sitio de dragado como en el sitio de disposición final del material dragado.
- 9- Medidas de mitigación y contingencia ante cualquier evento durante la campaña de dragado y el vertido del material de emergencia.

En resumen, ante el SETENA se ha registrado información que indica que no se anticipa la presencia de contaminantes en el sedimento en concentraciones suficientes para representar riesgos ambientales. Adicionalmente, la acción de depositar el material en capas delgadas es una manera de prevenir una excesiva concentración de contaminantes en un área localizada, no se anticipa la necesidad de una reubicación o un nuevo sitio de vertido



para material dragado. Sin embargo, el Concesionario deberá evaluar las medidas a implementar con base en los estudios y batimetrías para estos temas.

3) En el caso de que sea necesario un nuevo sitio de vertido para material de dragado.

En caso de requerirse una nueva escombrera marina, debe verificarse si el área de la nueva escombrera cumple con lo indicado en el artículo 46 del decreto 43898, a saber:

Artículo 46.- Modificaciones a las actividades, obras o proyectos con viabilidad ambiental otorgada.

1. Las actividades, obras, o proyectos que obtuvieron la viabilidad ambiental y que requieran realizar un ajuste a la propuesta original, que implique una disminución en el área de construcción del proyecto, podrán mantener su viabilidad ambiental ya otorgada, sin necesidad de aprobación de esta Secretaría. Se deberá informar a la SETENA mediante la plataforma digital vigente y establecida para tal fin se registrará en el expediente administrativo.

2. En las actividades, obras, o proyectos que obtuvieron la viabilidad ambiental y que requieran realizar un ajuste a la propuesta original que no supere una ampliación del 20%, podrán mantener su viabilidad ambiental ya otorgada, sin necesidad de que dicha modificación sea aprobada por esta Secretaría. El desarrollador deberá informar a la SETENA, adjuntando el diseño y descripción de proyecto actualizado, mediante la plataforma digital vigente y establecida para tal fin.

3. En las actividades, obras, o proyectos, que obtuvieron la viabilidad ambiental y que requieran realizar un ajuste que supere el 20%, podrán mantener su viabilidad ambiental. Para ello deberán presentar una solicitud de modificación en el expediente administrativo mediante la plataforma digital vigente y establecida para tal fin y contar con la aprobación de la SETENA.

En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado. Por no encontrarse debidamente fundamentado, así como por no violentar ningún principio de contratación administrativa.

11.Exigencia de implementar normas del Banco Mundial y elaboración de dos Estudios de Impacto Ambiental.

La objetante estima que la implementación de normativa en materia ambiental, social, de salud y seguridad desarrollada por el Banco Mundial y el IFC como los parámetros



obligatorios para el todo el Capítulo 9 del Contrato de Concesión y el Anexo 16 del Contrato, plantea problemas complejos de orden jurídico, técnico y financiero.

En el orden jurídico, aduce el que se obliga a cumplir al futuro concesionario con un marco regulatorio del Banco Mundial que, sin embargo, difiere del régimen jurídico que exige cumplir la Ley General de Concesión de Obras Publicas con Servicios Públicos y su Reglamento en materia ambiental. Existe una delimitación clara de cuál es el esquema normativo aplicable a los procedimientos de estudios ambientales, donde no existe referencia directa o indirecta, a normativa de organismos como el IFC o el Banco Mundial. Sostiene entonces que a nivel local están claras las competencias otorgadas a SETENA para definir lo que debe presentarse con el Estudio de Impacto Ambiental y le otorga la autonomía de ajustar los compromisos ambientales en fase de seguimiento a lo que se disponga en la Resolución de otorgamiento de la Viabilidad Ambiental. Así, insiste el recurrente, a pesar de tener entonces un marco jurídico concreto sobre el cual se deben desarrollar los estudios ambientales y los compromisos del futuro desarrollador, el Pliego de Condiciones a través del Contrato de Concesión impone el cumplimiento de normativa extra territorial, emitida por un organismo multilateral sin que exista un análisis específico de las razones por las cuales una licitación internacional para el desarrollo de infraestructura portuaria deba necesariamente sujetarse a esos parámetros, en contraposición de lo que sí se regula con precisión a nivel local. Aporta al efecto un Informe Técnico de la Ingeniera Karla Paniagua Obando.

Agrega que el Anexo 16.2 obliga a ejecutar al futuro concesionario el contenido del Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación (MARPOL), del cual Costa Rica NO es parte y por tanto, no puede entenderse incorporado al ordenamiento jurídico.

Sumado a lo dicho, el recurrente abarca lo que estima como inexistencia de criterios técnicos sobre la necesidad de la implementación de estos estándares, los sobrecostos sin un estudio claro que los respalde, la ausencia de valoración de los impactos de los estándares de desempeño del IFC en temas sociales y su alto riesgo de obstrucción los trámites de obtención de permisos ambientales.

Así, el objetante solicita adecuar el Capítulo Noveno y el Anexo 16 del Contrato de Concesión y cualquier regla anexa, con el objetivo de que se elimine la obligatoriedad para todo potencial oferente de comprometerse a cumplir en fase de ejecución contractual, con las normas de estandarización y desempeño del IFC en materia medioambiental y social, así como cualquier guía adicional del Banco Mundial. Subsidiariamente, que se ajuste el



Contrato de Concesión para que estos parámetros resultan obligatorios únicamente en aquellos casos donde el oferente o futuro concesionario manifieste necesitar financiamiento por parte del IFC o cualquier ente perteneciente a la esfera del Banco Mundial.

Con respecto a esto, el cartel de licitación cumple con los requerimientos establecidos por SETENA en su resolución número 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024, sin embargo, se busca también que el proyecto cumpla con estándares internacionales en materia ambiental y social. En este caso para la elaboración de los términos de referencia ambientales y sociales se utilizó de guía las normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social de IFC que buscan dar orientación para identificar riesgos e impactos con el objeto de ayudar a prevenir, mitigar y manejar los riesgos e impacto de manera sostenible siempre teniendo en cuenta el cumplimiento de la legislación nacional pertinente. Como parte de la sala de documentación se presenta un informe sobre las diferencias normativas entre la legislación local² y las normas de desempeño ambiental y social (ND) de IFC para que exista un mejor entendimiento de los elementos adicionales que añaden las ND de IFC sobre la normativa local que se buscan cumplir en el marco del contrato de concesión.

En el orden financiero, cabe decir que en la etapa de factibilidad se realizaron los análisis pertinentes para la estimación de los costos de las medidas de mitigación ambiental y social que se indican. De este modo, dichos costos, tanto de inversión como de operación, necesarios para la implementación de estas medidas, fueron considerados en todos los análisis económicos y financieros. Por tanto, es posible que los oferentes al conocer el alcance de los términos de referencia puedan incorporar en su evaluación financiera dichos costos de mitigación de manera que la ejecución e implementación de estas medidas no le cause ningún perjuicio económico. Asimismo, estas medidas fueron incluidas en el análisis costo-beneficio (ACB) que finalizó con resultado positivo aprobado por MIDEPLAN en el estudio de factibilidad, por lo que es certero afirmar que la implementación de las medidas recomendadas por las guías del Banco Mundial y las Normas de Desempeño Ambiental y Social (ND) de IFC no solo no generan un perjuicio financiero para el concesionario, sino que proveen de beneficios económicos positivos a la sociedad costarricense en general. La estipulación de llevar el proyecto a estándares internacionales se consideró dado que es un mecanismo utilizado en concesiones desarrolladas en países como Brasil, Panamá, México, entre otros que en todos los casos contemplan elementos ambientales y sociales por arriba

² <https://www.incop.go.cr/wp-content/uploads/general/ModPtoCaldera/DocumentosReferencia/22-Brecha%20normativa%20y%20estandares%20AyS.pdf>



de los requerimientos locales para cumplir con los que los mercados exigen para el desarrollo de proyectos de infraestructura.

Los términos de referencia son documentos técnicos basados en los riesgos ambientales y sociales preliminarmente identificados a nivel factibilidad que tiene como objetivo determinar las condiciones de las líneas de base ambientales y sociales en el área de influencia del proyecto, evaluar los riesgos e impactos ambientales y sociales (directos, indirectos, acumulativos, incluidos los impactos sobre las personas o los grupos vulnerables afectados por el proyecto) que resulten de la planificación, ejecución y operación del Proyecto, incluidas las estructuras auxiliares y las instalaciones conexas, identificar medidas de mitigación adecuadas, eficaces y prácticas, y elaborar programas de gestión y seguimiento ambiental y social, basados en una jerarquía de mitigación claramente articulada (evitar, minimizar, mitigar o compensar), identificar y consultar eficazmente a las personas afectadas por el proyecto y sus representantes, a los miembros del público en general y a otras partes interesadas clave en relación con los posibles beneficios del proyecto y los impactos ambientales y sociales negativos, y demostrar que las opiniones de las partes interesadas se han incorporado en el diseño ambiental y social del proyecto. Por lo que su exclusión del cartel podría dejar un vacío relevante en términos de mitigación de riesgos ambientales y sociales.

La selección de estos estándares responde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad que rigen los actos administrativos y se alinea con las siguientes consideraciones legales y estratégicas:

a. Discrecionalidad de la Administración para definir estándares ambientales que beneficien al proyecto:

Conforme al marco jurídico nacional, la Administración Concedente tiene la potestad de establecer requisitos que promuevan la sostenibilidad del proyecto, siempre que estos estén debidamente justificados y no impliquen una carga desproporcionada para los oferentes. En este caso, los estándares ambientales seleccionados no solo benefician al proyecto en términos de viabilidad técnica y social, sino que también aseguran el cumplimiento de los compromisos ambientales del país, generando valor adicional para la comunidad y el entorno natural.



b. Alineación con las metas ambientales de Costa Rica:

Costa Rica ha adoptado un compromiso firme hacia la descarbonización y la sostenibilidad, según lo establecido en el Plan Nacional de Descarbonización y otros instrumentos de política pública. Los estándares ambientales definidos en el cartel contribuyen directamente al logro de estas metas a mediano y largo plazo, al fomentar prácticas responsables que minimicen el impacto ambiental y promuevan el uso de tecnologías limpias. Este enfoque no solo es coherente con las prioridades del Estado costarricense, sino que también posiciona al proyecto como un referente de infraestructura sostenible en la región.

c. Concordancia con los Principios de Ecuador:

Los estándares ambientales definidos en el cartel se encuentran alineados con los Principios de Ecuador, un marco reconocido internacionalmente que establece lineamientos para evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales en proyectos de infraestructura. La aplicación de estos principios garantiza que el proyecto se desarrolle de manera responsable, promoviendo prácticas que respeten los derechos de las comunidades y el medio ambiente, al tiempo que se minimizan riesgos legales y reputacionales para todas las partes involucradas. La adopción de estándares ambientales ambiciosos genera múltiples beneficios para el proyecto y su entorno. Entre estos se incluyen:

- i. **Mayor aceptación social:** Al priorizar la sostenibilidad, el proyecto fortalece su relación con las comunidades locales, promoviendo el desarrollo socioeconómico y la conservación ambiental.
- ii. **Reducción de riesgos legales y operativos:** El cumplimiento de altos estándares ambientales disminuye la probabilidad de conflictos legales y facilita los procesos de aprobación y fiscalización.
- iii. **Aumento de la competitividad:** La implementación de prácticas sostenibles mejora la percepción del proyecto a nivel nacional e internacional, atrayendo a oferentes responsables y con experiencia en proyectos de alto impacto ambiental positivo.

d. Impacto financiero manejable:

Contrario a lo señalado por el objetante, los estándares ambientales definidos no generan un impacto financiero desproporcionado para los oferentes. Los requisitos fueron diseñados



bajo un enfoque costo-beneficio, asegurando que sean razonables, aplicables y compatibles con las capacidades técnicas y financieras de los interesados en el proyecto. Además, los costos asociados a su cumplimiento son una inversión en la sostenibilidad y éxito a largo plazo del proyecto.

En conclusión, la inclusión de estándares ambientales en el cartel es una decisión plenamente justificada y alineada con el marco legal y las metas estratégicas de Costa Rica que entra dentro de su discrecionalidad y reafirma el compromiso de la Administración Concedente con la sostenibilidad, considerando que dichos estándares generan beneficios para el proyecto, las comunidades y el país en su conjunto, sin implicar cargas excesivas para los oferentes. Por lo tanto, no procede la objeción presentada.

12. Irrazonabilidad del Plazo para obtener la Licencia Ambiental ante SETENA.

Acusa el recurrente que conforme al borrador del Contrato de Concesión, el futuro concesionario dispondrá únicamente de 12 meses para lograr la obtención de la Viabilidad Ambiental Definitiva por parte de SETENA. Lo cual deriva de las cláusulas 2.2.3.4 y 2.2.3.5 de dicho borrador, así como del Anexo 6 del Contrato. Al efecto, añade la objetante, implica un altísimo riesgo para el Concesionario de no poder cumplir en tiempo el plazo previsto a nivel contractual para la obtención de la Viabilidad Ambiental Definitiva, lo que hace del componente ambiental un factor de riesgo desproporcionado y altamente determinante para que potenciales oferentes decidan no participar en el proceso licitatorio. Se apoya en ese extremo, del Informe Técnico de la Ingeniera Karla Paniagua Obando.

La objetante solicita entonces el que se declaren nulas las cláusulas 2.2.3.4 y 2.2.3.5 del Contrato, así como el Anexo 6 sección 4 y en su lugar se ordene otorgar un plazo 15 meses para la obtención de la viabilidad ambiental definitiva. Asimismo, se solicita incorporar en el Contrato de Concesión, de forma explícita una causal de eximente de responsabilidad en caso de obtener en firme la Resolución de Viabilidad Ambiental Definitiva por causas no imputables al Concesionario y que resulten propias de la mora patológica de este tipo de procedimientos administrativos.

Con respecto a esto, primero se acepta la solicitud de otorgar un plazo de 15 meses para la obtención de Licencias y Permisos del Concesionario para la Construcción lo que incluye la Viabilidad Ambiental Definitiva. Sin embargo, el plazo establecido para la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), la SETENA otorgó un plazo máximo de un año para su presentación según la **RESOLUCIÓN N° 0924-2024-SETENA** del 21 de mayo de 2024, cuya referencia se mantiene en el cartel.



De acuerdo con el Artículo 12 del Decreto 43898 “Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental”, el departamento respectivo de la SETENA deberá realizar la verificación técnica del expediente con D1+EsIA, en un plazo máximo de 28 días naturales, y al final del cual deberá emitir el resultado de la revisión, ya sea informe técnico o solicitud de información faltante. Una vez emitido el informe técnico, la SETENA en un plazo máximo de 7 días naturales emitirá la resolución administrativa. En el caso de que las condiciones no sean cumplidas, los Departamentos Técnicos realizarán un oficio de prevención por única vez, a efectos que se subsane la información faltante y se le otorgará un plazo razonable a juicio de SETENA, el cual no podrá ser menor de 20 días hábiles y que podrá prorrogarse en caso necesario. Esta prevención suspende el plazo de revisión.

La SETENA dispondrá de un plazo de 7 días naturales para la revisión de la respuesta al oficio de prevención. Una vez concluida la revisión se procederá a emitir Informe Técnico y la Resolución final misma que será notificada al concesionario.

También se acepta incorporar en el Contrato de Concesión, de forma explícita una causal de eximente de responsabilidad en caso de obtener en firme la Resolución de Viabilidad Ambiental Definitiva por causas no imputables al Concesionario y que resulten propias de la mora patológica de este tipo de procedimientos administrativos ya que refleja la distribución de riesgos establecida en el contrato.

13. Objeción con respecto al procedimiento y modelo tarifario presentado ante la ARESEP.

La recurrente inicia por cuestionar el que no se consultara la estructura tarifaria de la Fase de Explotación Inicial.

Sobre este extremo nos remitimos a lo dicho antes, respecto a que la Etapa de Explotación Inicial, se centra en que exista un escenario definido, para el nuevo concesionario y los usuarios, de qué esperar o cuales son los elementos aplicables mientras el Concesionario da continuidad a los Servicios de la Concesión y se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, partiendo para ello de criterios objetivos, conocidos ya hoy día, y que parten o se originan de procesos y definiciones de tarifas que se ajustaron al ordenamiento jurídico, y que aplican solo de manera transitoria. Asimismo, esto se alinea con lo estipulado en el el criterio vinculante de ARESEP sobre la estructura tarifaria del proyecto en el cual define que las tarifas resultantes de la oferta económica entren en vigor cuando inicie la



Etapa de Explotación Total del Proyecto. Previo a este hito, el Concesionario aplicará en la fase de transición las tarifas que actualmente rigen a Puerto Caldera. Estas tarifas, aunque tengan su origen en las concesiones anteriores, están incluidas en la evaluación financiera de la nueva concesión por lo que dicha tarifa también sostendrá las nuevas inversiones en tanto que es parte de la nueva concesión.

A lo anterior se agrega el que lo alegado no es más que un cúmulo de manifestaciones discursivas, que hacen necesario el que en este extremo el recurso deba ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones), en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. Estos numerales disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones), y que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP (245 inciso c del RLGCP). En ese orden, el recurso en efecto carece de la debida fundamentación, ya que como sustento del recurso no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante.

14. Criterio negativo del reajuste extraordinario de tarifas.

Señala la recurrente que la ARESEP rindió criterio técnico negativo respecto a la metodología de reajuste extraordinario de tarifas, lo que considera, lesiona los principios de legalidad, intangibilidad patrimonial por cuanto se deniega la incorporación directa al Contrato de Concesión de un método válido, útil y pertinente de equilibrio económico financiero, y de seguridad jurídica por cuanto se deja en absoluta indefinición la forma de cálculo del reajuste extraordinario, lo mismo que el de libre competencia.

En cuanto a este extremo, se destaca el que la ARESEP conforme a su Oficio RE-0574-RG-2024, es clara en que lo definido por esa Autoridad sobre el tema de la metodología de reajuste extraordinario de tarifas, *“no limita el derecho del concesionario a solicitar a la Administración Concedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, ya que la ARESEP no tiene competencia legal para establecer o avalar las condiciones en que el concesionario puede hacer esa solicitud”*, lo cual en su caso sí conocerá en el supuesto en que la alternativa para la restitución sea una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, en donde se deberá requerir y contarse con el criterio vinculante de la ARESEP.



Por lo anterior, no se aprecia que en la especie exista alguna lesión a los principios de la contratación pública. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.

15. Inconsistencias del modelo tarifario sometido a valoración de la ARESEP.

Se cuestiona el modelo con base en el Informe de la consultora IDOM, que corre un análisis de la estructura tarifaria sometida a valoración de ARESEP arrojando como resultado, dice, problemas estructurales importantes, que podrían incidir negativamente en la concurrencia de ofertas por no existir seguridad jurídica de las premisas bajo las cuales se modeló la base tarifaria.

Con respecto a esto, se remite como Anexo B el análisis tarifario completo realizado e incluido en el estudio de factibilidad realizado por la firma de consultoría económica MEG (Monuments Economics Group) en el cual se basó para los argumentos estipulados en el criterio vinculante de ARESEP aprobado bajo resolución RE-0574-RG-2024 (ver Anexo C). Dentro de este se distingue de manera comprensiva la siguiente clasificación:

- Servicios en la tarifa "all-in" para cada uno de los tipos de carga: 1) contenedores secos (llenos y vacíos), 2) contenedores refrigerados, 3) carga fraccionada (incluye carga general y de proyecto) 4) carga de granel líquido, 5) carga de granel sólido alimentario, 6) carga de granel sólido no alimentario, y 7) vehículos;
- Servicios no ligados a tipos específicos de carga, pero se consideran costos operativos "generales" que deben incluirse en la tarifa "all-in";
- servicios complementarios fuera de la tarifa "all-in" regulados y no regulados debido a los requisitos únicos de una carga, un buque o un terminal, pueden estar sujetos a competencia, o son proporcionados a solicitud de un operador de buques, importador/exportador, empresa de transporte, agente de carga u otro usuario del puerto.

Por lo que estos rubros son lo suficiente detallados para asegurar que no existen inconsistencias o vacíos como se cuestiona. Además, existen servicios específicos que requieran de instalaciones o equipamientos concretos que, por distintas razones, pueden no estar disponibles al inicio de la concesión, como puede ser el caso del servicio de escaneo o servicios ferroviarios para la cual estos servicios deberán ser gestionados como una línea separada de ingresos de la tarifa "all-in". El Concesionario no podrá cobrar estos servicios hasta que existan en el puerto las instalaciones y equipamientos que permitan prestar dichos servicios.



En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado sobre este punto.

16. Objeción con respecto a los alcances y concepción del Modelo Financiero.

En ese orden, presenta la recurrente un Informe de la firma de auditoría externa KPMG, con el objetivo de que hiciera una revisión minuciosa del modelo financiero presentado a la ARESEP por parte del INCOP y que es la base de la viabilidad financiera del proyecto, así como los archivos publicados en la página web asignada por la Administración a este procedimiento licitatorio.

Con respecto a esto, como lo estipula el criterio vinculante de ARESEP, el proyecto “Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”, se desarrolla a partir de un análisis financiero, realizado por IFC, conforme a las mejores prácticas de la industria y considerando métodos de análisis ampliamente aceptados y empleados por ésta, y tomando como base los insumos técnicos de la firma internacional de ingeniería Moffatt & Nichol, que considera como herramienta principal el flujo de caja del futuro concesionario para elaborar los indicadores de análisis deseados como Tasa Interna de Retorno (TIR) y Valor Actual Neto (VAN). Las inversiones, los costos operacionales y costos financieros son considerados en el flujo de caja por lo que el análisis financiero es la base para la viabilidad del proyecto.

Asimismo, las tarifas “all-in” máximas mencionadas en el criterio técnico vinculante sobre la estructura tarifaria fueron establecidas con parámetros definidos en el estudio de factibilidad de manera que exista un flujo de recursos suficiente que genera la tasa interna de retorno (TIR) esperada para el proyecto, estructuración según la cual el INCOP pretende la modernización del puerto **sin perder de vista su competitividad a nivel tarifario en la región.**

Sin embargo, la debida diligencia y los supuestos financieros para presentar sus ofertas económicas debe recaer en los oferentes. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.

17. Objeción con respecto a la solución técnica requerida (infraestructura y equipo). Anexo IV, Anexo 11, Anexo 12 y 18 del Cartel.

Según el recurrente se genera a partir de esas disposiciones problemas de dimensionamiento de la inversión; problemas de los costos unitarios de la infraestructura.



Asimismo, el recurrente ordena una reconfiguración de la solución técnica por no resultar efectiva y menos aún eficiente.

Con respecto a esto, tal como menciona el recurrente, el cálculo de costos del proyecto de explica en apartado 2.8.8 del Estudio de Factibilidad, que para mayor facilidad se incluyen en el anexo D de esta respuesta. Los costos han sido valorados por nuestro consultor en base a proyectos similares realizados recientemente en la región. Como en cualquier presupuesto en el que intervienen decenas de unidades de obra puede haber diferencias de criterio en alguna unidad concreta, pero no es objeto de esta fase de la licitación entrar en discusión de los precios unitarios.

Sobre la reconfiguración de la solución técnica que pretende el recurrente, consideramos que la misma se aleja del principio de razonabilidad y no realiza una consideración integral de la propuesta realizada por la Administración Concedente en vista de que los requerimientos indicados como mínimos en el cartel de la licitación responden a un análisis técnico a nivel factibilidad que permitió analizar y proponer diferentes opciones para el servicio que se requiere, verificando la viabilidad de la solución dada y que genere el mejor costo beneficio a la sociedad siempre tomando en consideración la realidad presupuestaria, demanda existente y proyectada del Puerto Caldera, los costos para los usuarios así como las implicaciones económico-financieras de la solución incluida en el cartel, como se resume en la siguiente tabla extraída del estudio de factibilidad desarrollado por las firmas internacionales Moffatt & Nichol (ingeniería), RINA (ambiental) y BLP (legal), respaldado por IFC y revisado y aprobado por las instituciones gubernamentales correspondientes:

OBJETIVO ESPECÍFICO	RESULTADO ESPERADO
<p>Desarrollar infraestructura y equipamiento adecuado</p> <p>Muelle de carga general y ro-ro:</p> <ul style="list-style-type: none">• Construcción de nuevo muelle (longitud 250m, profundidad 13.6m).• Nuevos patios:• 1.3 ha para carga fraccionada.• 1.8 ha para estacionar 1,000 vehículos.• 2 grúas móviles tipo MHC para operación en muelle.	<ul style="list-style-type: none">• Capacidad mayor del Puerto para atender volumen que alcance:<ul style="list-style-type: none">-748,700 TEU-3 millones de toneladas de graneles-45,000 vehículos-895,000 toneladas de carga general• Atender barcos de mayor calado de hasta 370m de eslora.



<p>Muelle de contenedores:</p> <ul style="list-style-type: none">• Nuevo frente de atraque 80m hacia el mar, paralelo a los muelles 1, 2 y 3 (longitud 580m, profundidad 16.7m).• Ampliación patio contenedores: 15 bloques RTG y 840 enchufes reefer.• 4 grúas STS.• 21 RTG, 8 EHC y 26 TT para operación en patio.• Pavimentación de viales y patios. <p>Muelle de graneles:</p> <ul style="list-style-type: none">• Dos nuevos postes de amarre para facilitar amarre seguro de los buques.• Construcción de segundo puesto de atraque.• Nueva explanada para almacenes y para accesos y viales independientes para camiones graneleros. <p>Escaneo del 100% de la carga de importación y de exportación</p> <ul style="list-style-type: none">• Tres grúas MHC para descarga en el muelle existente y dos tolvas para cada grúa. <p>Antepuerto y edificios auxiliares:</p> <ul style="list-style-type: none">• Área de estacionamiento de camiones.• Viales de circulación de entrada y salida.• Nuevas gates de acceso.• Edificio INCOP, plantel del MOPT, Capitanía e instalaciones de Guardacostas	<ul style="list-style-type: none">• Capacidad de infraestructura y equipamiento para una utilización del sitio de no más del 75%.• Capacidad de descarga de 5.0 mmt/año en graneles.• Rendimiento de (des)carga de 63.75 box/hora en contenedores.
--	--



Realizar dragado para recibir buques de mayor calado	<ul style="list-style-type: none">• Dragado de capital (trampa de arena) al sur del rompeolas, aumentando la capacidad de almacenamiento en aproximadamente 800.000 m³ sin necesidad de ampliar el rompeolas.
Implementar medidas de mitigación ambiental y social	<ul style="list-style-type: none">• Desarrollar 36 planes de manejo ambiental y social que por lo menos incluya los siguientes: plan de gestión del agua, plan de gestión de minimización de residuos, plan para el control de emisiones y calidad del aire, plan de monitoreo ambiental, plan de manejo de la biodiversidad, plan de salud y seguridad en el trabajo para los trabajadores, plan de relacionamiento con las partes interesadas, plan de contratación y gestión de mano de obra local.• Un puerto con especificaciones técnicas para atender medidas de mitigación y adaptación al cambio climático.

Estos requerimientos se establecieron para atender a la demanda potencial esperada para Puerto Caldera en el corto, medio y largo plazo basados en un estudio de mercado comprensivo con una metodología clara. Elementos que el recurrente sostiene en su análisis como el nivel de profundidad, selección de tecnología, entre otros fueron evaluados a lo largo del estudio de factibilidad son estudiados y fundamentados en diferentes instancias con competencia sectorial, así como del Ministerio de Planificación que avalaron las decisiones sobre estos puntos. Si bien el oferente presenta un escueto criterio técnico el mismo no abarca con profundidad la razonabilidad de las propuestas indicadas, así como el sustento de las mismas. Por lo anterior, no se aprecia que en la especie exista alguna lesión a los principios de la contratación pública. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.



18. Objeción en relación con el plazo del Periodo de Construcción.

El objetante señala que el plazo definido por el Anexo 6, así como la sección 1.6 del Cartel "Figura Contractual" y la cláusula 2.4.2 del borrador de Contrato de Concesión, carece de una base técnica que lo justifique. Añade que ni el Estudio de Factibilidad, así como tampoco los restantes documentos de la licitación, hacen un análisis técnico que respalde el hecho de que 30 meses es razonable y posible para desarrollar las obras propuestas.

Al respecto, la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles.

El plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total:

- 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores.
- Nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado.
- Reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4)
- Nuevo muelle de graneles.

La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras.

En caso de que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad (p.e. mayor longitud y profundidad de muelles, nuevo rompeolas o ampliación del existente, nuevas explanadas, etc.) se mantendrá el plazo de 30 meses para las obras antes descritas. Para la finalización de la totalidad de las obras el postor deberá proponer un plazo justificativo en función de la tipología y volumen de las obras propuestas, que deberá ser aprobado por INCOP.



En consecuencia, sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses.

19. Objeción con relación con los parámetros técnicos de escaneo de carga.

Señala la objetante que, según los términos del Informe Técnico aportado para la probanza de este extremo, elaborado por el señor Javier Vidal Saüa, son tres los principales impactos generados por las especificaciones técnicas relacionadas con el servicio de escaneo: 1) Impacto en el cumplimiento de los parámetros de calidad; 2) indeterminación tecnológica y 3) Carencia de bases técnicas y contradicción con la práctica internacional que justifiquen la solución.

Con respecto a esto, las directrices de escanear 100% del total de la carga emanan de una decisión de política pública, y en base a esta directriz en la factibilidad se ha planteado una metodología de escaneo y unos tiempos de escaneo discutidos con el Ministerio de Seguridad, basados en la demanda esperada, en las experiencias en Moín y en los siguientes requerimientos:

- Toda la carga, cual sea su tipo de presentación, manejada en Puerto Caldera ha de ser escaneada,
- Deberá proveerse de una zona de inspección física a la que puedan desplazarse aquellas unidades identificadas como sospechosas en el escaneo,
- Esta zona de inspección física deberá ser accesible desde la zona pública (acceso) y desde la zona estanca de la terminal,
- Deberá darse la posibilidad a los escaneos erróneos de volver a pasar por el escaneo (zona para la maniobra de bypass).

Los flujos y tiempos de escaneo y re-escaneo y una propuesta de ubicación de los escáneres, zonas estancas y zonas de inspección física se explican en el estudio de Factibilidad, aunque para mejor comprensión en el Anexo E para esta respuesta se incluye un extracto de la metodología estimada para el escaneo, que lógicamente, cada licitador podrá compartir o proponer el procedimiento que considere más adecuado para cumplir el requerimiento. Por lo anterior, no se aprecia que en la especie exista alguna lesión a los principios de la contratación pública. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.



20. Objeción respecto a requisitos de admisibilidad sobre la Capacidad Financiera. Cláusula 4.2 Criterios Financieros.

Sostiene la recurrente que bajo las disposiciones actuales se estaría dejando por fuera la posibilidad de que se cumpla con el requisito a partir de la demostración de que la empresa oferente ha obtenido financiamientos de empresas de su mismo grupo de interés económico, precisamente porque es tal su capacidad financiera, que no requiere de financiamientos externos para llevar a cabo sus actividades.

Con respecto a esto, se acepta y por lo que se hará la modificación correspondiente en el cartel. Para reflejar la aceptación de que para acreditar el cumplimiento de este requisito de admisibilidad considere el financiamiento de entidades relacionadas o del mismo grupo financiero en el tanto se indique en la documentación que se presente para acreditar la capacidad financiera se refleje que el financiamiento recibido por el oferente que pretende acreditar la capacidad financiera fue relacionado con la ejecución de un proyecto de infraestructura.

21. Sobre la presentación de Estados Financieros Auditados. Cláusula 4.2 Criterios Financieros.

Dice la objetante que la cláusula es indeterminada toda vez que al indicar que se deben de presentar los Estados Financieros Auditados de los últimos 3 años, no existe certeza respecto a los años específicos que deben de ser presentados, por ejemplo, dice, puede ser el caso de los EEFF de 2023, 2022 y 2021, o en su caso del periodo 2024, 2023 y 2022. Agrega que, para las empresas extranjeras, este requisito se acompaña de una cantidad de formalidades que no son justificadas, como la obligación de que sean consularizados o apostillados y con una traducción oficial, lo cual no es razonable en este momento del procedimiento que es la presentación de la oferta.

Solicita que la Administración determine de forma definitiva, cuáles son los tres años que se tomarán en cuenta, y que se elimine el requisito de que se presenten con consularización o apostilla y traducción oficial.

Con respecto a esto, se refiere a los 3 últimos años fiscales 2023, 2022, 2021 por lo que se hará la modificación correspondiente en el cartel.

22. Criterios ambientales y sociales.



Solicita que se modifique la cláusula 4.3 del Cartel, de manera que se elimine el requisito de presentar una carta, y se indique que la forma correcta de cumplir con lo requerido es aportando la certificación vigente.

Con respecto a esto, se acepta la certificación directa o carta por lo que se hará la modificación correspondiente en el cartel.

23. Criterios técnicos. Cláusula 4. 1.

Dice el recurrente que esta cláusula no indica con claridad si los ítems requeridos deben de ser cumplidos en contratos separados, o bien, si un solo contrato cuenta con todos alcances, si este será suficiente para dar cumplimiento a la cláusula. No obstante, dado que la redacción indica "contratos" en plural, parece que no tendría ningún sentido tener que aportar más de un contrato si con uno solo o dos contratos se cumple con los alcances requeridos.

Con respecto a esto, se acepta que hay que dar claridad y se reflejará en el cartel que para el cumplimiento de varios criterios técnico se puede aportar un solo o varios contratos que reflejen el cumplimiento del requerimiento específico.

24. Documentación legal. Clausula 4.4

En concreto, se objeta. El que en la cláusula 4.4.2 se solicita que se presente una certificación notarial del capital social que alcance la última línea de persona física beneficiaria con vista en el libro de accionistas, señalando que en el caso de empresas extranjeras, estas no tienen los mismos documentos legales que en Costa Rica, y por lo tanto, es de imposible cumplimiento esta cláusula pues no se puede alcanzar la línea de persona física con vista en los libros de la compañía, que en todo caso, no existen como tales.

También se objeta el que toda certificación y declaración jurada solicitada en el Cartel de Licitación deberá haberse emitido con una antelación no mayor de un (1) mes en relación con la fecha establecida para la apertura de Ofertas. Considera la recurrente que con estas consideraciones se obliga al concesionario a posibles reprocesos y gastos innecesarios, con lo cual, se considera que esta cláusula debe de ser reformada.

Finalmente, cuestiona el que la cláusula requiera que se presente toda la información con firma digital para el registro del expediente digital, pues esto es contradictorio con la forma de presentación de las ofertas la cual es física. En consecuencia, todos los documentos llevarán firma autógrafa y autenticaciones notariales o certificaciones según corresponda,



también en formato físico. En consecuencia, siendo que se aportan documentos originales en físico por ser requeridos de esta manera, no es de recibo solicitar que además también se presenten documentos en digital con condición de "originales" al llevar una firma digital estampada. El pliego es claro en que se presentan las ofertas en físico, con copias físicas y una copia en soporte magnético. Adicionalmente, siendo que en Costa Rica las firmas digitales son emitidas por las instituciones bancarias nacionales, los participantes extranjeros no cuentan con firma digital, motivo por el cual, requerir el estampado de la firma digital es excesivo y de imposible cumplimiento para los oferentes extranjeros.

Con respecto a esto, se modificará la cláusula 4.4.2 para precisar la forma de acreditación del capital social, considerando la situación de las empresas extranjeras. Esto incluirá opciones alternativas que permitan cumplir con el requisito, adaptándose a las normativas legales de los países de origen de los oferentes. Igualmente, se establecerá que toda la documentación requerida deberá presentarse de forma física dentro de los sobres de presentación de ofertas, cumpliendo con las formalidades notariales o certificaciones según corresponda, eliminando la exigencia de firma digital en estos documentos. La cláusula relativa a la emisión de certificaciones y declaraciones juradas ha sido revisada y con la finalidad de evitar reprocesos innecesarios, ajustando el plazo de vigencia a dos meses anteriores a la fecha de recepción de oferta.

III. SOBRE LA OBJECCIÓN INTERPUESTA POR DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC.

Igualmente, pasaremos a atender las objeciones planteadas por este recurrente en el mismo orden en que fueron expuestas en su recurso.

1. Sobre el plazo de la concesión.

Dice el objetante que según la cláusula 1.3 "Objeto" y 1.13 del Borrador de Contrato se indica que el plazo de la concesión será de 30 años; sin embargo, afirma, que la etapa de transición y de construcción requieren un tiempo estimado de 15 y 30 meses respectivamente, por lo que estima es indispensable que el plazo total del contrato sea ajustado al menos a 33 años, lo cual sustenta en una remisión al Contrato de la terminal de contenedores de Moín. Solicitando que en lo sucesivo se indique que el plazo de explotación es de 33 años contados después de finalizadas formal y materialmente las etapas de transición y de construcción, con lo cual se garantizará al menos 30 años de explotación al concesionario.



Sobre este extremo, el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones), en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. Los artículos aludidos, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, asimismo, añade, que *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”* Aunado a lo anterior, es importante considerar que el ejemplo de la concesión de terminal de contenedores de Moín es de diferente naturaleza ya que el mismo es un proyecto nuevo mientras que el proyecto de modernización de Puerto Caldera es un proyecto de mejora a un activo existente que continuará bajo funcionamiento durante la etapa de construcción por lo que existiría ingresos desde el comienzo por lo que el plazo de ambos proyectos no es comparable.

En el presente asunto, el objetante se limita a un ejercicio discursivo sin que aporte prueba idónea que de forma objetiva refuercen su posición y permitan desvirtuar los criterios en que se sustente el Pliego. Recuérdese que sobre el objetante recae la *“carga de la prueba”* de su dicho. Ya ese Órgano Contralor mediante la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024 de las 09 horas con 01 minutos del 10 de julio de 2024, determinó: *“(…) la recurrente faltó a su deber de fundamentación de conformidad con lo establecido en los numerales 87, 88 y 95 de la LGCP y 245 inciso c), 246 y 254 de su Reglamento, que obligan a que todo recurso se presente de forma fundamentada; en este sentido y conforme a las normas precitadas, los recursos que no cumplan con estos aspectos mínimos de fundamentación sufrirán como consecuencia el rechazo de sus argumentos; lo anterior debido a que el pliego ostenta una presunción de validez, por lo que para desvirtuarlo el objetante debe hacerse acompañar de la prueba que sustente lo indicado, dado que no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, de manera que la carga de la prueba le corresponde al recurrente que impugne el pliego de condiciones (...).”* (El destacado ha sido agregado).

Así las cosas, con sustento en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, el ordinal 245 inciso c) del RLGCP, y los artículos 87 y 88 de la LGCP, es claro que acá procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación, violación al principio de la carga de la prueba, siendo que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular. Nótese que el recurrente no explicó, con una



adecuada relación jurídica y técnica, sobre porqué el plazo deba ampliarse, por lo tanto, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso.

2. Sobre los tipos de carga a atender.

El objetante cuestiona la cláusula 1.5 “Descripción y estimación de presupuesto del proyecto”, la cual indica que: *“La nueva Terminal Portuaria de Caldera será un puerto multipropósito que deberá atender, obligatoriamente, los siguientes tipos de carga: (...) Otras que actualmente se reciban o que la infraestructura permita.”*

Al efecto, aduce que la cláusula objetada carece de la claridad, suficiencia y objetividad requeridas en las especificaciones técnicas del pliego de condiciones que permitan a los oferentes comprender y cotizar en forma determinada el objeto licitado. Agrega que establecer como obligación atender *“otras cargas que actualmente se reciban o que la infraestructura permita”*, introduce una indeterminación inaceptable en el objeto contractual. La referencia a *“otras cargas que actualmente se reciban”*, dice la objetante, resulta vaga e imprecisa, lo mismo que la frase *“que la infraestructura permita”*, pues no establece parámetros técnicos objetivos para determinar la compatibilidad de los diferentes tipos de carga, ni define quién y bajo qué criterios determinará esta compatibilidad.

Sobre esa línea, se estima que el recurso debe rechazarse, toda vez que la determinación del Objeto, según el borrador del contrato, comprende, expresamente, la prestación por parte del Concesionario de los servicios de modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera, así como su operación y explotación, prestando los servicios previstos en el Cartel de Licitación, la Oferta del Adjudicatario y en este Contrato de Concesión (los “Servicios Concesionados”) y aquellos otros servicios complementarios relacionados a la Concesión que, aunque no expresados en el texto del Contrato de Concesión, el Concesionario pueda brindar a cambio de la contraprestación cobrada a los usuarios de Puerto Caldera dentro del Área de la Concesión (los “Servicios Complementarios”).

La cláusula 1.5 del Pliego, define ya por sí que se está en presencia de un puerto multipropósito, y en cuanto a las cargas, éstas, como no puede ser de otra manera, siempre, sea antes, ahora y en el futuro, debe dar cabida a las que la infraestructura permita, y no las que no sea posible. Por ello, a partir de la integralidad del Pliego, se puede conocer en amplitud lo que existe y lo que se espera del Puerto, de ahí que no se admita la afirmación -infundada- del objetante, en cuanto a que existe imprecisión o ausencia de parámetros, pues ello no es más que una argumentación discursiva, surgida de una extracción que se hace de



los documentos de la licitación, y busca ser descontextualizada de éstos, lo cual no debe ser de recibo. De ahí que sobre este extremo el recuso deba ser rechazado.

3. Sobre las soluciones alternativas.

Acá el objetante remite de nueva cuenta a la cláusula 1.5 del Pliego, señalando que la Ley de Concesiones, Ley No. 7762, no contemplan la figura de la “propuesta alternativa”, ante lo cual -dice- resulta fundamental que en el pliego de condiciones se incorporen una serie de elementos a efectos que todos los interesados en participar contemos con reglas claras, ciertas y determinadas, de manera que en la etapa de análisis de ofertas y ante una eventual adjudicación exista suficiente seguridad jurídica respecto a cómo operaría esta figura, siendo que el pliego carece de regulación sobre el procedimiento específico para la evaluación y aprobación de esas soluciones alternativas. Agrega que existe indefinición sobre si para presentar una solución alternativa se requiere necesariamente ofertar también una propuesta base que cumpla íntegramente con las especificaciones originales del cartel.

Finalmente, dice la objetante, la cláusula de cita, indica que se podrán incluir dichas soluciones alternativas para mejorar la “calidad de la obra” o el “nivel de servicio a los usuarios”, sin embargo, tratándose de un tema tan sensible para el correcto funcionamiento de la concesión y consecuentemente del servicio público que se presta, resulta indispensable que en las definiciones se incorpore la definición de ambos conceptos de forma que, además del Anexo IV, se cuenten con parámetros objetivos para determinar si la solución alternativa puede ser aprobada por la licitante.

En relación con la solicitud planteada, se indica que la cláusula 1.5 del Cartel es suficientemente clara respecto de los requerimientos establecidos en el Anexo IV, los cuales son de cumplimiento obligatorio para los oferentes en la presentación de sus ofertas base. Asimismo, el Pliego de Condiciones regula de manera adecuada el tratamiento de las ofertas alternativas y la forma en que la Comisión de Evaluación las analizará. Por lo tanto, no procede la objeción relacionada con la supuesta falta de claridad en la cláusula 1.5, ni la preocupación sobre posibles subjetividades en la evaluación de las ofertas. Sin embargo, y con el propósito de brindar mayor certeza a los interesados, se procederá a aclarar el texto del Cartel para reiterar que los requerimientos establecidos para la oferta base son de cumplimiento obligatorio y que las ofertas alternativas estarán sujetas a las siguientes condiciones: (a) que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente con todos los requerimientos establecidos por la Administración para ser considerada procedente de acuerdo con el cartel de la Licitación y que la misma haya sido adjudicada; (b) La oferta alternativa deberá estar debidamente



fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico, demostrando de manera clara y precisa su viabilidad y su cumplimiento con los siguientes supuestos esenciales: (i) Plazo de la Concesión: La propuesta deberá respetar los términos y límites establecidos para la duración de la concesión; (ii) Estándares de servicio: La alternativa deberá cumplir o superar los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el Cartel. (iii) Modelo tarifario: La propuesta deberá adherirse a los lineamientos tarifarios establecidos en el Cartel, garantizando su viabilidad financiera y su correspondencia con las necesidades públicas e institucionales. Asimismo, en caso de que una oferta alternativa sea adjudicada, la Administración deberá acreditar en el expediente las razones objetivas que fundamentan su decisión, asegurándose de que esta no contravenga el interés público ni institucional y que existan los fondos necesarios para cubrir su costo.

4. Sobre los documentos que conforman el pliego de condiciones.

La recurrente cuestiona las cláusulas 1.8.6 y 1.9 del pliego, acusando que el cartel genera confusión al no establecer de manera precisa y unificada la documentación que lo integra, presentando aparentemente información dispersa entre el expediente (sin especificar finalmente si es físico o electrónico), e incluye una denominada Sala de Documentación que genera aún mayores dudas respecto a cuáles son los documentos e información sobre la cual se debe estructurar la propuesta.

Sobre este extremo, se estima que el recurso debe ser rechazado. La cláusula 1.8.6 es clara y precisa en cuanto a que la Administración Concedente llevará un expediente físico que será digitalizado conformando así el expediente electrónico de la Licitación. Ese es el expediente oficial. El cartel establece que la Sala de Documentación será utilizada durante el proceso de licitación para que los oferentes consulten información de la licitación y documentación relacionada con el Proyecto que estuviere allí disponible.

5. Sobre las presentaciones orales:

La recurrente cuestiona la cláusula 1.11, acusando que vulnera los principios fundamentales de transparencia y publicidad, al no establecer un marco procedimental claro para las presentaciones orales y la valoración de información adicional en el proceso de evaluación de ofertas.

Al respecto, se estima que el recurso debe ser rechazado, toda vez que la cláusula constituye un ejemplo de la materialización de las facultades señaladas en los artículos 25 de la Ley de Concesiones y 24 de su Reglamento, para la evaluación de las ofertas técnicas, admitiendo el poder solicitar que se supla cualquier información o documento trascendente omitido,



siempre que con ello no se modifique el contenido de la oferta. Lo anterior también se estima conforme con los artículos 50 de la Ley General de Contratación Pública y 134 de su Reglamento, que admiten el que se soliciten aspectos a subsanar o a aclarar por parte de los oferentes, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida.

6. Sobre la cláusula 1.11.3.

La recurrente cuestiona el que los muebles que el Concesionario adquiera para la operación de la Concesión, y sean de su propiedad se transfieran al Estado cuando vayan a ser sustituidos o renovados por otros más modernos o de mayor calidad, y que sean traspasados al dominio de las instituciones y órganos correspondientes del Estado Costarricense en buen estado de operación y funcionamiento, libres de anotaciones, obligaciones o gravámenes y sin costo de transferencia alguno para la Administración Concedente. Al efecto, acusa que los bienes transferidos al Estado deben comprender el pago del valor de mercado de dichos bienes o en su defecto debe permitirse al concesionario disponer de los bienes con la finalidad de adquirir los nuevos bienes muebles.

Concluye diciendo que la disposición cartelaria en su redacción vigente es abusiva y violatoria del principio de intangibilidad patrimonial, en la medida que se erige como una disposición confiscatoria en contra del concesionario.

Sobre este particular, se estima que la objeción debe ser rechazada. Al efecto, si se hace una adecuada lectura de la cláusula en cuestión, podrá observarse que ésta señala en lo que es de interés: “1.11.3 De igual forma, los bienes muebles que el Concesionario adquiera para la operación de la Concesión, y sean de su propiedad **podrán** ser transferidos cuando vayan a ser sustituidos o renovados por otros más modernos o de mayor calidad, ...”. Nótese que no se contempla una obligación o un deber para el concesionario, sino que la cláusula tan solo le faculta a realizar esta transferencia.

7. Sobre el plazo de construcción.

La objetante cuestiona la cláusula 2.4.2 del Borrador del Contrato, conforme al cual todas las Obras de la Concesión previstas en este Contrato de Concesión, deberán estar construidas, concluidas y en operación treinta (30) meses después de haberse otorgado la Orden de Inicio de Construcción por parte de la Administración Concedente. Al efecto, sostiene que ese plazo no responde a ningún criterio técnico de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el mismo se fija a partir de haberse otorgado la Orden de Inicio de Construcción, cuando lo



correcto es fijar el plazo a partir de obtención de todos los permisos que hagan materialmente posible el inicio de la construcción.

Sobre el particular, se confirma que los 30 meses se fijan a partir de haberse otorgado la Orden de Inicio de Construcción es decir cuando se hayan cumplido con los permisos que hagan materialmente posible el inicio de la construcción.

Asimismo, la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles.

El plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total:

- 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores.
- Nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado.
- Reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4)
- Nuevo muelle de graneles.

La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras.

En caso de que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad (p.e. mayor longitud y profundidad de muelles, nuevo rompeolas o ampliación del existente, nuevas explanadas, etc.) se mantendrá el plazo de 30 meses para las obras antes descritas. Para la finalización de la totalidad de las obras el postor deberá proponer un plazo justificativo en función de la tipología y volumen de las obras propuestas, que deberá ser aprobado por INCOP.



En consecuencia, sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses.

8. Sobre la cláusula 2.4.5.2

La cláusula objetada establece que la Administración Concedente podrá aprobar cambios propuestos previa presentación de la propuesta de parte de la Sociedad Concesionaria y una vez demostrados los ahorros de costos producidos y su impacto en los costos de operación y mantenimiento la Administración Concedente compartirá el beneficio del cambio con el Concesionario. Al efecto, la recurrente sostiene que la cláusula es irrazonable y desproporcionada, toda vez que ordena que la Administración Concedente se beneficie de la operación eficiente del concesionario.

De nueva cuenta, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso, que nunca explica ni acredita el supuesto beneficio gratuito. En ese orden, cabe señalar que esta redacción es similar a la prevista ya en el Contrato de Concesión de la Ruta Nacional 27, Carretera San José -Caldera, cláusula 3.2.3 Cambios en las obras licitadas, y que contempla el que una vez demostrados los ahorros de costos producidos y su impacto en los costos de operación y mantenimiento, la Administración Concedente compartirá el beneficio del cambio con el Concesionario, y el importe del ahorro que le corresponde a la Administración Concedente, podrá ser aplicado a obras adicionales o eventualmente a descontar el Valor Presente de los Ingresos por peaje.

Sumado a lo dicho, el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública y 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública, según los cuales en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, asimismo, añade, que *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”*



En el presente asunto, el objetante se limita a un ejercicio discursivo, sin que explique ni tampoco aporte prueba idónea que de forma objetiva refuercen su posición sobre una irrazonabilidad o desproporcionalidad de la cláusula.

Por lo tanto, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso.

9. Sobre la forma de presentación de las ofertas, lugar, fecha de recepción y apertura.

La cláusula objetada, que es la cláusula 15.2, se cuestiona pues, en criterio del recurrente, la fecha de cierre para la recepción de ofertas y apertura de ofertas técnicas y económicas no garantiza un plazo razonable para que los oferentes puedan realizar las actividades necesarias una vez que la Administración haya dado respuesta a todas las consultas y aclaraciones planteadas durante el proceso. Manifiesta que es esencial que los oferentes cuenten con un plazo mínimo claro y suficiente, de al menos seis semanas a partir de la fecha en que se hayan respondido todas las consultas, para analizar y ajustar sus propuestas técnicas y económicas con base en las aclaraciones proporcionadas, lo que -estima- perjudica el interés público al restringir la competencia y la calidad de las propuestas recibidas.

Como se aprecia, en realidad la inconformidad parte de considerar que el plazo dispuesto para la presentación de las ofertas no resulta razonable. Al respecto, en este extremo el recurso también carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP, siendo que como fundamentación no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, al respecto. Nótese que el recurrente no explicó, con una adecuada relación jurídica y técnica, sobre porqué el plazo no es suficiente, tampoco aportó consideración o prueba alguna que justifique el que el plazo solicitado sí sería razonable y el plazo dispuesto en el Pliego le resulta materialmente imposible de cumplir a éste y a cualquier otro oferente.

Precisamente sobre este tipo de planteamientos, ese Órgano Contralor ha señalado, entre otros en la Resolución R-DCA-00547-2020, de las catorce horas con nueve minutos del veintiuno de mayo del dos mil veinte:

“Criterio de la División: se observa que la empresa cuestiona el plazo de entrega de 90 días hábiles establecido en el cartel con el argumento de que desde el inicio de la



pandemia muchas fábricas de maquinaria tanto en Europa como en Estados Unidos cerraron producción, incluyendo la fábrica GEHL, y tienen proyectada su reapertura gradual a partir de los meses venideros, lo cual ha hecho que todos los pedidos y producción se atrase, alargando así los plazos de entrega. Sin embargo, no explicó cuál es el plazo de producción que tiene actualmente la empresa que fabrica los vehículos que ella ofrecería, tampoco explicó cuál es el plazo que requiere para importar dichos bienes, tampoco indicó cuál es el plazo que requiere para el desalmacenaje, traslado interno y demás trámites, y demostrar así que el plazo de 90 días hábiles establecido en el cartel le resulta materialmente imposible de cumplir. De esta manera, su argumento carece de la debida fundamentación que exige el artículo 178 del RLCA. Por lo tanto se declara sin lugar por falta de fundamentación el recurso en este aspecto.”

Por lo tanto, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso.

10. Sobre la cláusula 1.22.2 inciso 4.

Dice la empresa que objeta, que esa cláusula al admitir la contratación de un tercero, es omisa respecto tres aspectos importantes, sin los cuales la cláusula es abusiva, irrazonable y desproporcionada: la contratación de un tercero por parte del INCOP para la realización de obras será por cuenta y riesgo del INCOP y sin perjuicio de los derechos de (a) exclusividad del Concesionario para la exploración de la concesión, (b) derecho a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión si las obras repercuten en la inversión, ingresos y/o costes/gastos del Concesionario, y (c) de las garantías y derechos de los acreedores del Concesionario.

En la medida que la cláusula no incorpore los elementos citados, la cláusula es violatoria del principio de intangibilidad patrimonial.

Sobre lo anterior, nótese, de primera mano, el contexto de la cláusula, que aplica en el evento en que el Concesionario indique que **no está en condiciones de ejecutar las obras requeridas por el INCOP de manera unilateral**. Al efecto, no se pase por alto el que la cláusula que se cuestiona está inmersa en la 1.22 “MODIFICACIONES UNILATERALES” por disposición de la Administración Concedente, quien podrá proponer unilateralmente, por razones fundadas de interés público, modificaciones que impliquen un aumento o disminución de las prestaciones objeto del Contrato.



Lo anterior, bajo ningún supuesto pone en entredicho la exclusividad del Concesionario para la exploración de la concesión; el supuesto derecho a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión queda, como no puede ser de otra forma, y por regla general de cualquier contrato público, sujeto a la demostración de que como producto de esas obras se afectó el equilibrio económico-financiero en detrimento del concesionario. En lo que respecta al punto (c), sobre las garantías y derechos de los acreedores del Concesionario, la realidad es que no se logra comprender a qué se refiere con ello el recurrente, por lo que se estima presente una falta de fundamentación al respecto. Por lo anterior, en este extremo el recurso debe ser rechazado.

11. Sobre los requerimientos para empresas extranjeras.

La objetante cuestiona la cláusula 2.1 “Prohibición de participación” del cartel. En concreto la 2.1.3, en tanto estipula que no podrán participar en este procedimiento como Oferentes, quienes no cumplan y no se encuentren al día con respecto al pago de FODESAF y la CCSS, de ser aplicable.

Al efecto, la recurrente dice que la redacción actual del pliego de condiciones resulta excesivamente amplia y podría limitar injustificadamente la participación, particularmente de oferentes extranjeros o empresas de reciente constitución que al momento de presentar su oferta no tienen personal contratado en Costa Rica. Advierte que no resulta razonable exigir a empresas sin operaciones previas en Costa Rica, estar inscritas como patronos al momento de presentar la oferta.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado, la cláusula 2.1.3 claramente dispone que no podrán participar en este procedimiento como Oferentes, quienes no cumplan y no se encuentren al día con respecto al pago de FODESAF y la CCSS, de ser aplicable. En ese extremo, resulta evidente que a sociedades extranjeras, o a empresas sin operaciones previas en Costa Rica, se les pueda exigir tal cosa, de ahí la salvedad establecida en la cláusula, al indicarse “de ser aplicable”.

Ahora bien, distinto es el caso de empresas nacionales de reciente constitución que al momento de presentar su oferta no tienen personal contratado en Costa Rica. En ese orden, recuérdese que conforme al artículo 74 de la Ley Constitutiva de la CCSS, los patronos y las personas que realicen total o parcialmente actividades independientes o no asalariadas deberán estar al día en el pago de sus obligaciones con la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), así como con otras contribuciones sociales que recaude esa Institución conforme a la



ley. Agrega el mismo numeral que para realizar los siguientes trámites administrativos, será requisito estar inscrito como patrono, trabajador independiente o en ambas modalidades, según corresponda, y al día en el pago de las obligaciones, de conformidad con los artículos 31 y 51 de esa Ley. En ese orden, y como parte del listado de los “trámites administrativos” se indica: “3.- Participar en cualquier proceso de contratación con la Administración Pública, central o descentralizada, con empresas públicas o con entes públicos no estatales, fideicomisos o entidades privadas que administren o dispongan, por cualquier título, de fondos públicos.

Por lo anterior, y según la Ley aludida, todas las empresas nacionales, sean o no de reciente constitución, y que quieran participar en cualquier proceso de contratación con la Administración Pública, deben necesariamente, estar inscrito como patrono, trabajador independiente o en ambas modalidades, según corresponda, y al día en el pago de las obligaciones.

Por lo anterior, el recurso interpuesto debe ser rechazado en este extremo.

12. Sobre las ofertas en consorcio:

La objetante cuestiona la cláusula 2.2 del cartel que establece:

“La oferta consorcial deberá identificar un integrante que cumpla con el mínimo requerido para al menos uno de los aspectos a evaluar, debiendo entre todos los oferentes consorciados cumplir con la totalidad de las condiciones del concurso, según el artículo 127 del RLGCP, el no cumplimiento de lo solicitado será motivo de exclusión de la oferta.

(...)

El Consorcio deberá mantener en todo momento el 51% por ciento de las acciones de la Sociedad Concesionaria, pudiendo disponerse libremente del restante 49%, de conformidad con lo establecido por la LGCOP.”

Dice la recurrente que la redacción de la cláusula 2.2 resulta ambigua y genera incertidumbre respecto a cómo deben demostrarse los conceptos de “experiencia general”, “requisito general” y “requisito específico” en relación con los requisitos de calificación establecidos en las cláusulas 4.1, 4.2 y 4.3., que refieren a experiencia, capacidad financiera y criterios ambientales. Añade que tampoco queda claro hasta qué punto un consorcio puede cumplir con los requisitos de forma acumulativa, combinando la experiencia individual de sus miembros.



Lo que se cuestiona, más que una objeción, parece una necesidad de aclaración, ya que, dice la recurrente, se interpreta que el texto menciona que "uno de los miembros del consorcio debe cumplir con el requisito general", mientras que la "experiencia específica" (la cual, dice la recurrente, no entendemos cuál es), puede ser acreditada mediante la suma de la experiencia de las empresas participantes en el consorcio.

Finalmente, acusa que la cláusula impide que los miembros del Consorcio que no contribuyen en forma indispensable al cumplimiento de los requisitos del pliego, particularmente en cuanto a que el Consorcio mantenga menos del 51% de capital social de la entidad concesionaria, aun cuando el Consorcio continúe cumpliendo con los requisitos establecidos en el cartel para ejecutar el contrato de concesión.

Respecto a este extremo, y como lo menciona la propia cláusula 2.2 del cartel, lo exigido parte de la aplicación que se hace en la especie del artículo 127 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, conforme al cual, en lo conducente, se establece: *"En el caso de que el pliego de condiciones sea omiso, la oferta consorcial deberá identificar un integrante que cumpla con el mínimo requerido para al menos uno de los aspectos a evaluar, debiendo entre todos los oferentes consorciados cumplir con la totalidad de las condiciones del concurso. Si en la oferta no se identifican los integrantes del consorcio que cumplen esas condiciones, la oferta no podrá ser elegible."*

Por otra parte, y sobre la participación en el capital social, lo indicado en el Pliego es conforme con el artículo 31 de la Ley de Concesiones, según el cual en ningún caso el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social, durante la etapa de construcción. No obstante, durante la etapa de explotación de la concesión, podrá disponer de las acciones correspondientes a este cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social de la sociedad concesionaria, en los términos establecidos en el cartel de licitación y en el contrato de concesión, y previa autorización de la administración concedente y de la Contraloría General de la República.

Con sustento en lo señalado, en este extremo el recurso debe ser rechazado.

13. Sobre la recepción provisional y definitiva.

El recurrente cuestiona las cláusulas 2.6 y 2.7 del Borrador del Contrato que se refieren a la recepción provisional y definitiva y la orden de inicio de la etapa de explotación. Al efecto, aduce que ambas cláusulas son omisas en relación con el alcance y la naturaleza de la



supervisión a cargo de Administración Concedente, lo que no solo entraña un problema grave de seguridad jurídica, que podría dar cabida a la arbitrariedad y el abuso de poder, sino que la falta de pruebas que determinen objetivamente la conclusión de la construcción podría prolongar indefinidamente la recepción de las obras.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública y 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública, ya que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP. En el presente asunto, más allá de los alegatos discursivos que hace el objetante, nunca se identifican o al menos se explica en qué consiste la omisión que se acusa, ni porque ello podría prolongar indefinidamente la recepción de las obras.

Sumado a lo anterior, se estima que el clausulado cuestionado, contrario a lo insinuado por la recurrente, sí contempla los elementos técnicos claros y concisos para la recepción de las obras. El clausulado contempla (2.6.2 a 2.6.5) el que Administración Concedente hará la inspección conforme el Anexo No. 8 “Requisitos de Puesta en Marcha y Pruebas”, y a la vez los tiempos y la dinámica para llevar a cabo la inspección de cara a la recepción provisional, lo mismo que para la definitiva (2.7.a a 2.7.5).

Por tanto, el recurso en este extremo debe ser rechazado.

14. Sobre los Ingresos de la concesión. Se pide uso de cuentas OFF SHORE.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP. Los artículos aludidos, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). En este asunto, nada de ello hace el recurrente. Adicionalmente no es de recibo el argumento del recurrente en el sentido que el contrato de concesión sea el documento contractual bajo el cual se indique el tipo de cuentas que el concesionario establezca para recibir sus ingresos. Lo anterior que es claro que para efectos de reporte a la Administración Concedente este tipo de cuentas no se deben de prestar para gestionar contabilidades o reporte que no sean de la totalidad de los ingresos de la concesión.



Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP. En el presente asunto, el objetante se limita, en un ejercicio discursivo a pedir que se permita el uso de cuentas off shore sin exponer nunca la razón por la que tal falta de inclusión quebranta principios de contratación pública. Como lo ha sostenido la Contraloría, entre otras en la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024, el objetante *“no explica por qué lo solicitado en el pliego conlleva a una limitación injustificada de su participación y por qué no existen oferentes que puedan satisfacer lo requerido en esta cláusula; por el contrario, se observa que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular (...)”*. (El destacado es nuestro).

Así las cosas, con sustento en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, el ordinal 245 inciso c) del RLGCP, y los artículos 87 y 88 de la LGCP, es claro que acá procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación, siendo que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular.

15. Sobre la responsabilidad de los oferentes.

Se cuestiona acá la cláusula 3.1.1. “Responsabilidad de los oferentes”, señalando que se transfiere de forma desproporcionada los riesgos derivados de errores o inconsistencias en la información suministrada por la Administración hacia los oferentes, y se exime por completo a la Administración, sus funcionarios, asesores y consultores de cualquier responsabilidad sobre los datos técnicos, históricos, materiales o cualquier otra documentación entregada en relación con el proyecto. Esta cláusula también impone a los oferentes la obligación de asumir el riesgo total de la verificación y análisis de dichas informaciones, así como de las condiciones locales y generales que afecten la ejecución y operación del objeto de la concesión.

Exige que la Administración, al ser la parte que dispone y controla la información oficial del proyecto, tiene la obligación de garantizar que esta sea precisa, completa y consistente, en resguardo del interés público y de los oferentes potenciales, por lo que solicita que se establezca claramente la responsabilidad de la Administración sobre la veracidad, precisión y completitud de la información y documentación proporcionada. Asimismo, se solicita garantizar que cualquier inexactitud en dicha información deberá ser resarcido mediante el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y que se elimine la obligación



desproporcionada de los oferentes de asumir la totalidad de los riesgos derivados de errores u omisiones en los datos entregados por la Administración.

Con respecto a esto, la cláusula cuestionada se encuentra en plena concordancia con el marco normativo aplicable a los procesos de concesión de obra pública y servicios públicos, donde es responsabilidad de los oferentes analizar, verificar y evaluar toda la información técnica, histórica y documental proporcionada por la Administración. En este sentido, la Administración concedente no asume responsabilidad alguna por los cálculos, interpretaciones o decisiones que los oferentes realicen con base en dicha información, dado que estos aspectos corresponden a su propia gestión empresarial y técnica. Es un principio general de los procesos de licitación y concesión que los oferentes deben asumir la responsabilidad de evaluar las condiciones locales, generales y específicas que puedan afectar el proyecto. Este principio no solo fomenta la transparencia y la competencia, sino que también garantiza que cada oferente sea responsable de su propuesta técnica y financiera, en atención al riesgo inherente de un proyecto concesionado. Adicionalmente, es importante considerar que la oportunidad para cuestionar la información contenida en los documentos del proceso, su completitud, o cualquier observación al respecto, corresponde al recurso de objeción al cartel, conforme a los plazos y procedimientos establecidos por la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Ley N° 7762). De no hacerse en ese momento se precluye el momento para hacerlo, por lo que no es viable trasladar a la Administración responsabilidades o ajustes que debieron haberse planteado en esa etapa. En conclusión, la cláusula 3.1.1 se ajusta a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y transferencia de riesgos inherentes a los procesos de concesión, en tanto asegura una adecuada distribución de responsabilidades entre las partes y fomenta la transparencia en la preparación de las ofertas. Por lo tanto, la observación planteada no amerita modificaciones al cartel y por carecer de la debida fundamentación así como por no transgredir ningún principio constitucional se debe rechazar el recurso sobre este punto.

16. Sobre la cláusula 3.1.13:

Dice la recurrente que la cláusula 3.1.13 del Borrador del Contrato excluye la posibilidad y el derecho que le asiste a los Acreedores del concesionario de que la Administración Concedente reconozca la existencia del financiamiento al concesionario y de los derechos de los Acreedores en el contexto de ese financiamiento, sin que ello implique de ningún modo que la Administración Concedente sea solidariamente responsable por el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.



Con respecto a esto, partimos por indicar que no consta cláusula 3.1.13 en el Borrador del Contrato. No obstante lo anterior cabe mencionar que el riesgo de financiamiento del proyecto es enteramente responsabilidad del Concesionario por lo que no es consecuente crear una relación entre los financistas del Proyecto y la Administración más allá de los derechos que reconoce el borrador del contrato de concesión que le concede a los prestamistas la posibilidad de curar incumplimientos del concesionario previo a la terminación del contrato de concesión y los demás derechos que expresamente el borrador de contrato de concesión les otorga. Debido a lo anterior y por la falta de fundamentación técnica-legal se debe rechazar en este extremo el recurso del recurrente.

17. Sobre los Criterios de Admisibilidad, técnicos (experiencia):

Se objeta la cláusula 4.1 “Criterios técnicos”, bajo la alusión de que la misma es imprecisa y permite diversas interpretaciones. Así lo hace respecto al requisito sobre la “experiencia operando por lo menos durante cinco (5) años puertos”, cuestionando, entre otros, si en el plazo de cinco años debe haber operado terminales de las características señaladas o no, si debe ser en terminales de contenedores y granel seco no mineral como las que luego requiere acreditar, si el período de 5 años se refiere a años calendario o a cualquier período de 12 meses. Se solicita un plazo de 5 años, pero no se indica un momento a partir del cual se contabilicen los 5 años, es decir, no está circunscrito a un período de tiempo. Existe ambigüedad respecto a si el plazo de los 5 años debe contabilizarse en forma consecutiva para un solo contrato o bien si se aceptarán la sumatoria de diversos contratos que sumados alcancen los 5 años.

Aspecto similar cuestiona respecto a la “experiencia en la promoción y/o implementación de la construcción de puertos”, aludiendo a que no se logra encontrar la relación entre el título del requerimiento “promoción y/o implementación” con el alcance o contenido del requisito. Sobre la forma de acreditar la experiencia la cláusula utiliza indistintamente los términos “contratos” y “documentación” para acreditar la experiencia, lo cual -dice el recurrente- genera inseguridad jurídica y a cómo se encuentra redactado el requisito no le permite constatar a la Administración que la experiencia es positiva.

Sobre el primer punto, se acepta que se puede dar mayor claridad al requerimiento sobre la relación de años de experiencia y volumen, años calendario o a cualquier periodo de 12 meses, excepto incluir en un periodo de 10 años contados a partir de la fecha de la apertura de ofertas dado que no tiene fundamento técnico. Por lo que la cláusula 4.1 “Criterios técnicos”, podrá modificarse de la siguiente manera:



Demostrar experiencia de operación por lo menos durante cinco (5) años calendario o en periodos de 12 meses de manera consecutiva o interrumpida en 2 terminales de contenedores que en al menos en un periodo de 12 meses cumpla con tráfico mínimo de 500,000 TEU para cada uno y 2 terminales de granel seco no mineral que en al menos en un periodo de 12 meses cumpla con un volumen mínimo de 4 millones de toneladas métricas de manera consolidada. Para acreditar el cumplimiento de este requisito técnico el Oferente deberá presentar uno o más contratos.

Por tanto, se acepta el primer punto, pero sobre los otros dos puntos recurridos lo procedente es rechazar el recurso, ya que la recurrente entra a intentar diferenciar donde el Pliego no hace diferencias con respecto a la "experiencia en la promoción y/o implementación de la construcción de puertos", y en cuanto a la forma de acreditar la experiencia por el uso indistintamente de los términos "contratos" y "documentación". Mientras se acrediten los extremos solicitados, se cumple el requisito.

18. Sobre los Criterios de Admisibilidad, financieros. Cláusula 4.2 "Criterios Financieros".

Se acusa falta de seguridad y con ello de certeza respecto a los años fiscales que serán evaluados. Al efecto, se estima que el recurso debe ser rechazado, ya que la cláusula claramente define que corresponde a los tres últimos periodos fiscales anteriores a la fecha de publicación del cartel. Si el cartel se publicó durante el periodo 2024, los tres periodos anteriores serán, 2021, 2022 y 2023.

19. Sobre los Criterios de Admisibilidad, ambientales y sociales. Cláusula 4.3.

Señala la recurrente que la referencia genérica a "certificaciones reconocidas internacionalmente" y "criterios similares" introduce elementos de ambigüedad que afectan la seguridad jurídica y la evaluación objetiva de las ofertas.

Con respecto a esto, para no crear ambigüedad se establece que debe ser una certificación bajo una norma internacional y certificada por un auditor independiente que permita a las empresas demostrar el compromiso asumido con la protección del medio ambiente y medidas de seguridad y salud en el trabajo. Ese compromiso se demuestra a través de la gestión de los riesgos medioambientales asociados a la actividad desarrollada.

20. Sobre la declaración jurada en caso de empresas públicas cotizantes. Cláusula 4.4.5.



Aduce el recurrente que el requisito de presentar una declaración jurada autenticada que incluya la estructura corporativa y composición accionaria del oferente, así como el diagrama correspondiente, no contempla las particularidades de las empresas cuya naturaleza como entidades cotizantes en bolsa, lo cual dificulta o incluso imposibilita proporcionar información precisa sobre sus beneficiarios finales. Esto se debe a la dinámica propia de los mercados de valores, donde la composición accionaria puede cambiar constantemente y donde no es posible identificar de manera detallada a los accionistas finales en un momento determinado. Considera la objetante que la omisión de prever un procedimiento específico para estas situaciones vulnera principios de la contratación. Bajo tal orden, se solicita la modificación de la cláusula 4.4.5 para que contemple cómo se procederá respecto a este requisito en el caso de empresas públicas cotizantes en bolsas de valores.

Con respecto a esto, nos allanamos, por lo que se adecuará el procedimiento para que refleje que en los casos en que la estructura corporativa de un oferente incluya una entidad que cotice en bolsa se proceda a adaptarse este requerimiento a una carta del regulador donde se indique que dicha empresa cotiza en bolsa siendo que para los niveles previos en la estructura corporativa se mantendrá los requisitos actuales del cartel.

21.Sobre la incorporación de obras (nuevas inversiones). Cláusula 5. “Oferta Técnica”.

En criterio del recurrente, la cláusula faculta a la Administración Concedente para incorporar obras adicionales; no obstante, estas modificaciones deben seguir el procedimiento establecido en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, particularmente, debe especificarse si nos encontramos de frente al artículo 48 de la referida Ley y de ser así, se requiere que se introduzcan reglas y procedimientos claros para su aplicación, así como un mecanismo para restituir el principio de intangibilidad patrimonial.

Con respecto a esto, se hará la modificación correspondiente en la Cláusula 5. “Oferta Técnica” eliminando la frase que “la Administración Concedente podrá incorporar otras obras adicionales a las aquí mencionadas, que a su juicio contribuyan al cumplimiento de las condiciones de explotación establecidas en estas bases técnicas. De existir interés público demostrado mediante un estudio técnico, el plazo de la concesión podrá prorrogarse durante el último tercio anterior a su vencimiento, pero sin exceder el máximo de 50 años establecido por ley” ya que este escenario está regulado en el contrato de concesión dentro de la sección de modificaciones unilaterales.



22. Sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusula 6. “Oferta Económica”.

Estima la recurrente que se requiere la incorporación de un procedimiento administrativo claro y definido. La actual redacción, si bien reconoce el derecho del concesionario a solicitar modificaciones, no establece los elementos procesales necesarios para garantizar una atención oportuna y eficiente de estas solicitudes. Aduce que la falta de plazos específicos para la tramitación y resolución de peticiones de reequilibrio económico genera inseguridad jurídica y podría afectar la continuidad del servicio público. Asimismo, agrega que las cláusulas 3.4.2., 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del borrador del contrato incorporan al pliego de condiciones limitaciones al derecho constitucional y legal de equilibrio económico y financiero en los contratos, toda vez que no solo establecen una lista taxativa de los supuestos de procedencia del equilibrio, como se aprecia en la cláusula 3.4.2 sino que en el caso de las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del pliego, se impone limitaciones ajenas a la ley al derecho de equilibrio financiero, en la medida que únicamente serán reconocidas las variaciones en el equivalente al diez por ciento (10%) o más de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico.

No se omite subrayar que la cláusula 3.4 en general es omisa respecto los plazos y las metodologías para asegurar la oportuna atención de las solicitudes del concesionario para restablecer el equilibrio económico. Finalmente añade que las cláusulas cartelarias 3.4.2, 3.4.6.1 y 3.4.6.2 devienen contrarias al ordenamiento jurídico y por esa sola condición deben ser eliminadas, de modo que no se establezcan limitaciones al derecho al equilibrio económico financiero del contrato.

Al respecto considera esta Administración Concedente que el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato está previsto en el marco normativo como un mecanismo excepcional aplicable únicamente a circunstancias que generen afectaciones imprevistas y no atribuibles al concesionario. Este mecanismo no se puede considerar como un derecho irrestricto por cuanto de considerarlo de esa forma se estaría transmitiendo a la Administración Concedente cualquier riesgo económico-financiero del contrato, lo que claramente se encuentra en discordancia con la figura del restablecimiento del contrato y carece de todo fundamento legal. En este sentido, las disposiciones contractuales incluidas en el cartel lo que buscan es reglar y clasificar sobre el sustento de la discrecionalidad y competencia de la Administración Concedente de manera previa cuales son las circunstancias que generan un desequilibrio económico financiero del contrato y el



mecanismo que debe seguirse para reestablecerlo. En razón de lo anterior, la Administración Concedente ha determinado que para el caso de la licitación de marras el concesionario debe prever dentro de su oferta que los desequilibrios de las variantes ya incluidas en el cartel deben ser asumidas en su oferta.

Adicionalmente, el modelo de concesión contempla parámetros ordinarios de ajuste tarifario que reflejan aumentos en los costos operativos del concesionario, lo que garantiza una adecuada compensación dentro de la estructura financiera del proyecto. Por lo tanto, la Administración rechaza cualquier pretensión de considerar los incrementos en costos operativos como sujetos al restablecimiento del equilibrio económico-financiero, ya que esto contravendría la asignación eficiente de riesgos y desnaturalizaría los principios fundamentales que rigen los contratos de concesión.

En este sentido, no procede dar curso al recurso sobre este punto en razón de que el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *"con la prueba idónea"*, asimismo, añade, que *"junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado."* así como debe rechazarse el recurso sobre este punto por que la Administración en uso de su discrecionalidad ha fijado de previo los parámetros bajo los cuales se configuraría un evento que genere el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato. De igual forma, el cartel de la licitación establece los pasos y procedimientos en la sección 3.4 del Contrato para hacer valer su derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

23. Sobre las sanciones (ejecución garantías – cláusula penal y multas). Cláusulas 5.12 del pliego y 6.10 y 6.11 del borrador del Contrato.

Sostiene el recurrente que las cláusulas objetadas carecen de un procedimiento que garantice el debido proceso al Concesionario, aludiendo a que las garantías son "de cobro inmediato" y ejecutables "a simple y primer requerimiento", sin establecer un procedimiento previo de defensa y que similar situación ocurre con las cláusulas penales y multas, donde se indica que se aplicarán sin necesidad de demostrar daño y sin establecer un procedimiento contradictorio.

Al respecto, en parte lo acusado se constituye en una posición infundada. Primero, obsérvese que la cláusula 5.12 definen, expresamente, que la Administración Concedente ejercerá el



derecho de ejecutar en sede administrativa la respectiva garantía “*mediante resolución debidamente razonada y legalmente fundamentada*”. Esa disposición contempla también que “*previamente a la decisión final se dará audiencia por cinco (5) Días Hábiles al Concesionario, contados a partir del Día Hábil siguiente al de la notificación de la resolución de ejecutar la respectiva garantía. Con la audiencia agregará la prueba que sustente el reclamo de daños y perjuicios, a fin de que el Concesionario ofrezca prueba de descargo. Contestada la audiencia, la Administración Concedente resolverá lo que corresponda, en los cinco (5) Días Hábiles siguientes, mediante acto motivado. La resolución tendrá los recursos de revocatoria y apelación, los cuales deberán presentarse dentro de los tres (3) Días Hábiles siguientes a la notificación. La Administración Concedente deberá resolver la revocatoria dentro de los tres (3) Días Hábiles siguientes a su interposición y la apelación por el superior, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes al vencimiento del plazo para resolver la revocatoria.*” Con lo expuesto, en contraposición a lo sostenido por la objetante, claramente se siguen los principios del debido proceso, de manera que en este extremo el recurso debe ser rechazado.

Respecto a la cláusula 6.10, relativa a la garantía del cumplimiento, se objeta el que sea ejecutable total o parcialmente a simple y primer requerimiento y no estar sujetas a trámites administrativos ni a verificaciones de ninguna parte. Al respecto, en efecto se observa que la cláusula no prevé el procedimiento respectivo, y deberá agregarse su trámite, aplicando al efecto uno en línea con el previsto en el ordinal 45 de la LGCP.

Sobre la cláusula 6.11, este contempla cláusulas penales o multas por ejecución tardía, defectos o incumplimientos en la ejecución del contrato, siendo que para la aplicación de las mismas no será necesario demostrar daño. Aspecto éste último que reclama el objetante; sin embargo, lo cierto es que ello es consistente con lo definido en el artículo 117 del RLGCP, conforme al cual “para el cobro de las multas, no será necesario demostrar la existencia del daño o perjuicio.” En consecuencia, sobre este extremo el recurso debe ser rechazado.

En cuanto a que las garantías de construcción y de explotación podrán ser ejecutadas cuando el Concesionario se niegue a cancelar o no cancele dentro de los plazos respectivos los montos correspondientes a la cláusula penal o a las multas. Este extremo es consistente con lo definido en el artículo 117 del RLGCP, párrafo segundo. Por tanto, este extremo del recurso debe ser rechazado.



24. Sobre la Ley de Contratación Administrativa.

Advierte el objetante que la cláusula 7.3 “Revisión de las ofertas” del pliego de condiciones debe actualizarse para ajustarse al marco normativo vigente, dada la referencia al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Al efecto, cabe agregar que esto ocurre también en la Cláusula 8.4.5.1 del Borrador del contrato que regula el procedimiento de resolución contractual.

Sobre este extremo, en efecto existe un error material que debe rectificarse, de manera que se haga la remisión a la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento, y no al marco jurídico anterior.

25. Sobre la declaratoria de desierto:

Se objeta la cláusula 7.3, señalando que carece de parámetros objetivos para determinar la “falta de competencia y/o colusión” que justificarían declarar desierta la licitación.

Con respecto a esto, en efecto se observa que la cláusula no prevé los extremos objetados. Al efecto, y siendo que la determinación de prácticas colusorias o cualquier otro tipo de práctica anti competitiva, no es competencia de esa Administración, se procederá a eliminar la mención como causal para declarar desierta la licitación, salvedad hecha del supuesto en que a la Administración le sea notificada una resolución judicial o administrativa en firme, o un laudo arbitral, acuerdo conciliatorio o dictamen, donde conste que el oferente incurrió en acuerdos colusorios o cualquier otro tipo de práctica anti competitiva.

26. Sobre determinación de la tarifa “All In”:

El objetante alude al Anexo II del Cartel de Licitación. “Determinación de la Tarifa “All In” máxima por tipo de Carga y Oferta Económica”. Señala que la cláusula que exige la presentación de una propuesta de Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga, no clarifica la base y metodología empleada por el INCOP para establecer dichas tarifas, lo que -afirma- genera incertidumbre y posibles desequilibrios en el proceso de licitación. También alude a que se modifique la base de cálculo de los pagos al INCOP.

Con respecto a esto, se establece que la determinación de la tarifa “All in” máxima forma parte del criterio vinculante de ARESEP que forma parte de los documentos de la Licitación y es consistente con los parámetros establecidos para la concesión que garanticen el flujo de recursos que genera la tasa interna de retorno esperada para el proyecto sin perder de vista



su competitividad nivel tarifario en la región. Asimismo, es un valor de referencia en la que los interesados tendrán que hacer su propia debida diligencia y modelación financiera para la presentación de su oferta económica.

Sobre el segundo punto, se rechaza modificar la base de cálculo de los pagos al INCOP, en tanto que la redacción actual “ingresos brutos” del cartel de licitación busca la contribución al INCOP mediante los pagos a la autoridad concedente por la totalidad de ingresos originados por el hecho del otorgamiento de la concesión a la sociedad concesionaria, bien estén directamente relacionados con la actividad principal de la concesión, esto es, la actividad puramente portuaria, o bien relacionados con otro tipo de actividad económica no portuaria pero que el concesionario no podría realizar si no fuese por el hecho de la concesión, como, por ejemplo y entre otras actividades posibles, el alquiler de espacios en el área de concesión. Asimismo, la redacción “ingresos brutos” sigue la ya establecida en los contratos de concesión actualmente en vigor.

27. Sobre el servicio de escaneo:

Siempre con remisión al Anexo II “Cartel de Licitación. Determinación de la Tarifa “All In” máxima por tipo de Carga y Oferta Económica”, en lo que interesa, la objetante indica que la cláusula sobre el servicio de escaneo presenta graves deficiencias que generan inseguridad jurídica y afectan la correcta estructuración de ofertas económicas. A lo que añade el que la disposición resulta contradictoria al exigir la prestación del servicio de escaneo, pero excluir su costo de la oferta económica. Asimismo, agrega que el requerimiento de escanear el 100% de los contenedores en un puerto marítimo representa una exigencia técnicamente inviable que contradice las mejores prácticas internacionales y la realidad operativa portuaria.

Con respecto a esto, las directrices de escanear 100% del total de la carga emanan de una decisión de política pública, y en base a esta directriz en la factibilidad se ha planteado una metodología de escaneo y unos tiempos de escaneo discutidos con el Ministerio de Seguridad, basados en la demanda esperada, en las experiencias en Moín y en los siguientes requerimientos:

- Toda la carga, cual sea su tipo de presentación, manejada en Puerto Caldera ha de ser escaneada,
- Deberá proveerse de una zona de inspección física a la que puedan desplazarse aquellas unidades identificadas como sospechosas en el escaneo,



- Esta zona de inspección física deberá ser accesible desde la zona pública (acceso) y desde la zona estanca de la terminal,
- Deberá darse la posibilidad a los escaneos erróneos de volver a pasar por el escaneo (zona para la maniobra de bypass).

Los flujos y tiempos de escaneo y re-escaneo y una propuesta de ubicación de los escáneres, zonas estancas y zonas de inspección física se explican en el estudio de Factibilidad, aunque para mejor comprensión en el Anexo E para esta respuesta se incluye un extracto de la metodología estimada para el escaneo, que lógicamente, cada licitador podrá compartir o proponer el procedimiento que considere más adecuado para cumplir el requerimiento. Además, debe agregarse que lo argüido por la objetante debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 del RLGCP y 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública.

Los artículos aludidos, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, asimismo, añade, que *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”*

En el presente asunto, el objetante se limita a un ejercicio discursivo, sin que aporte prueba idónea que de forma objetiva refuercen su posición y permitan desvirtuar los criterios en que se sustente el Pliego. Recuérdese que sobre el objetante recae la “carga de la prueba” de su dicho. Ya ese Órgano Contralor, entre otras, mediante la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024 de las 09 horas con 01 minutos del 10 de julio de 2024, determinó: *“(…) la recurrente faltó a su deber de fundamentación de conformidad con lo establecido en los numerales 87, 88 y 95 de la LGCP y 245 inciso c), 246 y 254 de su Reglamento, que obligan a que todo recurso se presente de forma fundamentada; en este sentido y conforme a las normas precitadas, los recursos que no cumplan con estos aspectos mínimos de fundamentación sufrirán como consecuencia el rechazo de sus argumentos; lo anterior debido a que **el pliego ostenta una presunción de validez, por lo que para desvirtuarlo el objetante debe hacerse acompañar de la prueba que sustente lo indicado, dado que no son admisibles***



las meras consideraciones que pueda tener el objetante, de manera que la carga de la prueba le corresponde al recurrente que impugne el pliego de condiciones (...). (El destacado ha sido agregado).

Por lo tanto, en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso.

28. Sobre las aclaraciones de las ofertas.

Dice el objetante que en el Anexo IV. “Requerimientos de la Oferta Técnica” 1. Metodología de Evaluación de la Oferta Técnica”, se limita el alcance de las aclaraciones y con ello se contradice lo establecido en el artículo 24 del Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública, sobre la subsanación y aclaración de las ofertas. Objeta el que se establezca a priori que las aclaraciones “*no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación*”, pues esto dependerá de la naturaleza de la aclaración. Si la información aclaratoria demuestra el cumplimiento de requisitos existentes en la oferta original, debe ser considerada en la evaluación, por lo que sostiene que la restricción impuesta podría resultar en evaluaciones incompletas o incorrectas al descartar información relevante que aclare o precise aspectos técnicos de la oferta.

Sobre este extremo, coincidimos en que la cláusula debe modificarse para permitir que las aclaraciones que precisen aspectos ya incluidos en la oferta original, sin constituir una ventaja indebida, sean consideradas en la evaluación técnica, garantizando así una valoración objetiva y completa de las propuestas.

29. Sobre el finiquito de las Concesiones Previas:

El recurrente objeta las cláusulas 1.13.3.2.1 y 1.14.2 del borrador del Contrato. Sostiene que si bien se confirma que el nuevo Concesionario será liberado de responsabilidad por los reclamos derivados de actos de los Concesionarios Previos y se establece una indemnización en caso de reclamos posteriores, el lenguaje de la cláusula genera incertidumbre al no definir claramente las condiciones, alcance y mecanismos que asegurarán dicha liberación e indemnización. Aduce que no queda claro cómo se gestionarán los posibles reclamos o responsabilidades originadas en la operación de los Concesionarios Previos, y a ello suma el que la cláusula permite que la Administración Concedente excluya ciertos reclamos o elementos del finiquito, o que incorpore posteriormente otros que no estaban originalmente incluidos. Esto, afirma, deja al Concesionario en una posición de incertidumbre y vulnerabilidad frente a obligaciones que podrían surgir de manera imprevista, afectando su equilibrio económico-financiero y su capacidad operativa.



En cuanto a este extremo, no compartimos el que se deje en una posición de incertidumbre y vulnerabilidad al concesionario frente a obligaciones que podrían surgir de manera imprevista, afectando su equilibrio económico-financiero y su capacidad operativa. Como lo afirma el propio recurrente, ya el Pliego establece que el nuevo Concesionario será liberado de responsabilidad por los reclamos derivados de actos de los Concesionarios Previos. Por ello, sobre este extremo, el recurso debe ser rechazado.

Por su parte, en cuanto a que respecto a la indemnización del Concesionario por reclamos relacionados con los Concesionarios Previos, no se especifica de manera suficiente el alcance de esta indemnización ni los procedimientos para hacerla efectiva, no nos parece que ello implique una lesión al principio de transparencia, toda vez que se prevé el reconocimiento de una indemnización “respectiva”, lo que redundaría en que la misma resulte procedente, sea demostrable y cuantificable. En este extremo, el recurso igual debe rechazarse.

30. Sobre el carácter referencial de los Estudios Previos de la Administración:

Se cuestiona la cláusula 1.15.2 del borrador del Contrato, al establecer que los estudios previos de la concesión tienen un carácter meramente informativo y orientativo, eximiendo a la Administración de toda responsabilidad sobre la información contenida en ellos, lo que, estima, vulnera los principios de integridad, transparencia y valor por el dinero.

Contrario a lo aludido por el recurrente, el Pliego es claro en que lo que se aportan son estudios técnicos elaborados por la Administración con carácter referencial, y ello no lesiona principio de transparencia, integridad u otro propio de la contratación pública. Es obligación de cada oferente desarrollar sus propios estudios, toda vez que la cláusula 3.1.1 RESPONSABILIDAD DE LOS OFERENTES, define que los oferentes serán los únicos responsables de hacer sus propios análisis y evaluaciones del potencial de ingresos, ganancias y gastos de la concesión, así como de la condición física de los objetos relacionados con la concesión, su operación, disposición y demás elementos necesarios para la construcción y explotación de la misma. Los oferentes son los únicos responsables de obtener asesoría particular sobre los aspectos legales, contables, tributarios, técnicos y de ingeniería. Por lo anterior, en este extremo el recurso debe ser rechazado.

31. Sobre los riesgos de la Administración concedente:

El recurrente objeta la cláusula 1.15.4, al considerar que es omisa respecto los riesgos que razonablemente corren las Administraciones Concedentes en proyectos como el que



promueve INCOP, lo que tiene por efecto trasladar el riesgo al concesionario y en consecuencia incrementar los precios propuestos al usuario final.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado, precisamente el contrato de concesión por su naturaleza implica una mayor asignación de riesgos al concesionario, es lo propio de este tipo de contrato, por lo que no media afectación alguna a principios de la contratación pública. Todo ello se contempla, para el caso particular, en la cláusula 1.15.3. (y siguientes) conforme a la cual el Concesionario asume los riesgos a su cargo, incluyendo los comerciales y sus respectivas potenciales consecuencias positivas o negativas; y como regla general, los denominados riesgos de diseño y construcción, de puesta en marcha, operativo, explotación y mantenimiento, comercial, financiero, ambiental y social, así como los riesgos referentes a la tramitación y obtención de permisos y autorizaciones de entidades públicas.

32. Sobre los riesgos de Dragado.

La recurrente objeta la cláusula 1.15.3.4 del borrador del Contrato, al disponer que el Concesionario asume de manera exclusiva los riesgos relativos al dragado y que la tarifa adjudicada no se verá afectada por variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar, lo que resulta incompatible con el principio de intangibilidad patrimonial del contrato.

La estimación de los volúmenes de dragado se ha realizado en base a los volúmenes históricos de los dragados realizados en Puerto Caldera, sin desarrollar un nuevo estudio de transporte de sedimentos en el área de implementación del proyecto, ya que para realizar el estudio de transporte de sedimentos se deberá conocer el Layout de la propuesta concreta que se presente y adjudique. Históricamente, se han ejecutado dragados en el sitio con un promedio de alrededor de 150,000 m³ por año. Sin embargo, conservadoramente se ha estimado un incremento de un 50% de los volúmenes anuales que deberán dragarse considerando que los volúmenes históricos corresponden a la ejecución de dragados para profundidades menores a las proyectadas para la nueva concesión del terminal, y que el rompeolas actual está alcanzando su capacidad máxima de retención de sedimentos. Adicionalmente, se ha considerado otro incremento adicional del 20% de los volúmenes anuales que deberán dragarse por potenciales contingencias. Esto se analiza en el estudio de factibilidad (ver Anexo F).

En consecuencia, se estima que los volúmenes de dragado son muy conservadores y los costos estimados se han considerado en las evaluaciones financieras y resultan viables y



asumibles por el concesionario. Resulta viable técnica y económicamente que se transfiera el riesgo de dragado completamente al concesionario. Por lo anterior, en este extremo el recurso debe ser rechazado, por falta de fundamentación.

33. Sobre los riesgos de nuevos proyectos:

El recurrente objeta la cláusula 1.15.4.3 del borrador del contrato “Riesgos por nuevos proyectos y servicio de remolcadores”. En ese orden, y haciendo un alto en el camino, parece claro que la objetante más que objetar propiamente el Pliego, se muestra inconforme con la distribución de riesgos que plantean los documentos de la licitación.

En ese orden, recuérdese que el principio de intangibilidad patrimonial del contrato, en general, es aplicable a todos los contratos denominados como los usuales contratos de la Administración en donde se establece un claro desglose del precio en Insumos, Mano de Obra, Utilidad, etc., es fácil determinar a partir de qué momento puede darse un desequilibrio de ese contrato. Sin embargo, en los contratos de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, la ley 7762 obliga a establecer en el cartel los riesgos del proyecto y su correspondiente distribución, tanto aquellos que asume el concesionario como los que asume la Administración. En ese orden, si se produjere, bajo esta naturaleza de contrato, un desequilibrio producto de hechos cuyos riesgos corresponden al concesionario no debe el Estado entrar a reequilibrar el contrato. Además, a diferencia de la mayoría de los contratos administrativos, este es uno en el que el concesionario ha realizado su debida diligencia y por tanto conocerá cuales son los riesgos del proyecto y a la hora de realizar su propuesta deberá tomarlos en cuenta.

Para el caso particular, la objetante sostiene que si bien la cláusula menciona que la Administración Concedente asume los riesgos acá referidos, no se especifica de manera explícita cómo se aplicarán las disposiciones relacionadas con el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en caso de que los nuevos proyectos causen una alteración o afectación al Contrato de Concesión. Según lo establecido en la cláusula 3.4 del contrato, cualquier evento que genere un desbalance financiero debe ser reconocido y compensado para garantizar la sostenibilidad del contrato. Sin embargo, esta relación no está claramente indicada en la cláusula 1.15.4.3, lo que deja en incertidumbre los mecanismos y condiciones bajo las cuales se aplicará dicho equilibrio.



Es nuestro criterio, el que la objeción debe ser rechazada, pues la inquietud del recurrente parte de una apreciación de los documentos del Contrato bajo óptica NO integral, siendo que incluso el propio objetante se contesta su inquietud.

34. Sobre responsabilidad solidaria del adjudicatario:

El recurrente objeta la cláusula 1.19.1 del borrador del contrato de concesión, por estimar que al establecerse la responsabilidad solidaria del adjudicatario junto con la Sociedad Concesionaria durante la vigencia del contrato, ello resulta excesivo e innecesario, considerando que la Administración Concedente ya cuenta con mecanismos y garantías suficientes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En este extremo, se estima que el recurso debe ser rechazado. Lo anterior, pues esa responsabilidad está prevista en la LGCOP, cuando en el Artículo 31 inciso 1), se dispone que el adjudicatario queda obligado a constituir, en un plazo máximo de noventa días naturales contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación, una sociedad anónima con la cual será suscrito el contrato de concesión. Asimismo, será responsable con esta sociedad anónima por el plazo de la concesión.

Bajo esa línea de pensamiento, en resguardo del carácter intuitus personae de la concesión, el legislador estableció la obligación de que el adjudicatario cuente con una participación del cincuenta y uno por ciento del capital social durante la vigencia del contrato. Es decir, que debe mantener un capital social que le permita dominar la sociedad. Esa participación social del adjudicatario en la sociedad pareciera configurarse como la garantía de la Administración de lograr el adecuado cumplimiento del contrato, sin olvidar la disposición específica que establece la responsabilidad solidaria del adjudicatario con la sociedad anónima en cuestión (inciso 1, artículo 31 de la Ley No. 7762). (Así se alude en el Dictamen C-243- 2000 del 3 de octubre del 2000, emitido por la Procuraduría General de la República). Por ende, se insiste en que, en este extremo, el recurso debe ser rechazado.

35. Sobre las modificaciones unilaterales:

El recurrente objeta la cláusula 1.22 del borrador del contrato “Modificaciones Unilaterales”, señalando que no está plenamente alineada con lo establecido en el artículo 48 de la LGCOP, lo que podría generar incertidumbre jurídica y económica para el concesionario. Advierte que la cláusula impugnada no especifica con claridad el procedimiento de compensación ni la naturaleza de las indemnizaciones aplicables, lo que deja al concesionario en una posición



de incertidumbre frente a las modificaciones unilaterales que podrían impactar significativamente su equilibrio económico-financiero.

Adicionalmente, acusa que la cláusula actual, aunque menciona el límite del 25%, no detalla el plazo máximo aplicable ni define de manera precisa las condiciones bajo las cuales se determinarán y se implementarán las modificaciones, lo que es esencial para garantizar la seguridad jurídica del concesionario.

Al respecto, se estima que lo echado en falta por la objetante, se contempla en la cláusula 1.22.2, que regula la proposición de modificaciones por parte de la Administración Concedente y su procedimiento. Ahora bien, sí existiría una omisión en cuanto a que el cartel debía fijar el plazo máximo dentro del cual la Administración concedente podrá ordenar la modificación de las obras, lo cual deberá ser incluido según lo normativa aplicable.

36. Sobre el procedimiento de información y reconocimiento:

El recurrente objeta la cláusula 7.2.4 del borrador del Contrato. Sostiene, como primer punto, que pareciera que la oración se encuentra incompleta y debería de decir “El plazo para que la **Parte** no afectada (...)”, por lo que solicitamos enmendar el borrador del contrato para completar dicha palabra. Sobre este extremo, nos allanamos.

En adición, se objetó también considerando que el plazo de treinta días hábiles establecido para pronunciarse sobre notificaciones de fuerza mayor resulta desproporcionado. Aduce que un plazo tan extenso para el análisis de eventos de fuerza mayor no solo compromete la continuidad del servicio, sino que puede generar pérdidas significativas que eventualmente afectarían el equilibrio financiero de la concesión, por lo que es necesario establecer un plazo más razonable que, si bien permita el análisis técnico necesario, no comprometa la eficiente atención de estas situaciones extraordinarias.

Con respecto a esto, nos allanamos y se establecerá un plazo de 10 días lo cual es un plazo razonable para la respuesta de la parte no afectada.

37. Sobre los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor:

Se objeta la cláusula 7.3.5, incorporada en el apartado 7.3 “Suspensión de las obligaciones” del Contrato, acusando que genera inseguridad jurídica al establecer que la modificación del plazo por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito "no se considerará como una prórroga", sin definir la naturaleza jurídica de dicha modificación temporal. Estima que esta distinción resulta problemática considerando que el numeral 36 de la Ley General de Concesión de



Obra Pública expresamente utiliza el término "prórroga" para referirse a las extensiones de plazo por retrasos imputables a la Administración Concedente, por lo que considera que la falta de precisión sobre la naturaleza jurídica de estas modificaciones temporales podría generar controversias, por lo que el cartel debe establecer claramente si estas modificaciones de plazo constituyen una compensación temporal, especificando su naturaleza jurídica y efectos.

Al respecto, se estima que en este extremo el recurso debe ser rechazado, pues una cosa es el retraso en el cumplimiento de los plazos por un aspecto imputable a la administración concedente, que es el supuesto del numeral 36 de la Ley General de Concesión de Obra Pública que utiliza el término "prórroga", y otra el que el retraso derive por la existencia de un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, que para este asunto, conforme a los documentos de la licitación, corresponde a una suspensión de las obligaciones.

38. Sobre el evaluador independiente y alcance de la compensación:

La recurrente objeta la cláusula 7.4.4.3 del Contrato, considerando que debe quedar expresamente incorporado en las reglas del concurso, en qué forma se elige al Evaluador Independiente, su perfil, así como cuál de las partes asume sus costos, elementos que, sostiene, se extrañan en los documentos de licitación. Acusa que la referida cláusula también establece que las compensaciones por Actos Sobrevinientes de Fuerza Mayor serán resarcidas por las pólizas de seguros contratadas por el Concesionario, pero se limitan exclusivamente a los daños relacionados con maquinaria y equipo, así como a costos ociosos de maquinaria, equipo y personal, lo que considera es restringir la compensación, pues no se aprecian otros aspectos esenciales para la operación del proyecto, siendo que podrían verse afectadas infraestructuras clave, materiales de construcción, bienes inmuebles asociados al proyecto, y, en algunos casos, incluso la viabilidad financiera de la concesión.

Al respecto, en efecto se coincide -y por ello nos allanamos- a que no se ha contemplado la forma en que se elige al Evaluador Independiente, su perfil, así como cuál de las partes asume sus costos en este sentido se hará referencia expresa a la definición de Evaluador Independiente que se encuentra en el Anexo I así como se incluirá su forma de selección y remuneración siendo que adicionalmente se incluirá una lista taxativa de infraestructura y equipo que en caso de que se ve afectada por un evento de fuerza mayor no asegurable sea asumido como parte de la compensación que recibe el concesionario.



39. Sobre los plazos de notificación por Caso Fortuito y Fuerza Mayor:

La objetante sostiene que identifica una contradicción entre las cláusulas 7.2.1, 7.2.4 y 8.2.2 del Contrato, respecto a los procedimientos y plazos establecidos para notificar un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito. Aduce que los plazos son claramente inconsistentes y generan incertidumbre sobre cuál debe prevalecer en cada caso, especialmente porque todas regulan eventos relacionados con eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

Con respecto a esto, nos allanamos a la objeción y se ajustará las cláusulas correspondientes para que no haya discrepancia en los plazos y no genere incertidumbre sobre cuál prevalece. En el entendido que la cláusula 8.2.2 hará referencia a las cláusulas 7.2.1 y 7.2.4.

40. Sobre la suspensión de los derechos del concesionario:

El recurrente objeta la cláusula 8.2.3 "Suspensión de los derechos del Concesionario", considerando que la suspensión unilateral de los derechos y obligaciones del concesionario por parte de la Administración Concedente debe ser efectuada mediante un acto administrativo debidamente motivado. Además, dicho acto debe ser recurrible en los términos establecidos por la legislación aplicable, permitiendo al concesionario ejercer su derecho a la defensa y al debido proceso.

Alea que la suspensión unilateral no puede generar perjuicios económicos al concesionario sin que se establezcan mecanismos claros de compensación o restitución del equilibrio económico-financiero del contrato. En este sentido, sostiene que la cláusula presenta una ambigüedad al señalar que "las Partes podrán modificar el plazo del Contrato... sin que esta modificación se considere como una prórroga". Al efecto, sostiene que es imprescindible aclarar si dicha modificación del plazo opera como un mecanismo compensatorio que subsana los efectos de la suspensión o no.

La cláusula se enmarca bajo la sección 8.2 de suspensión temporal y en la cláusula 8.2.1 define las situaciones por las que se puede dar una suspensión y establece que el acuerdo de suspensión temporal solo podrá tomarse previo procedimiento administrativo. La misma cláusula establece que en los casos en que la Administración Concedente así lo solicite motivada en razones de interés público se deberá indemnizar al concesionario para mantener el equilibrio económico. Por lo expuesto y dado que la cláusula está fundamentada bajo los perceptos que el recurrente expone se estima que el recurso debe ser rechazado.



41. Sobre el rescate administrativo:

La recurrente objeta la cláusula 8.4.4.1, relativa al rescate administrativo de la concesión, aduciendo que es imperativo que se aclare de manera explícita que dicha facultad solo podrá ejercerse conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762.

Al respecto, estimamos que el recurso debe ser rechazado, es claro que, si el Pliego y demás documentos de la licitación están sometidos al ordenamiento jurídico, la regulación derivada del inciso b) del artículo 15 de la LGCOP, forma parte de las regulaciones al Contrato, los mismo que el artículo 49 de su Reglamento, por lo que la objeción carece de fundamento.

42. Sobre la resolución de la concesión:

La recurrente objeta la cláusula 8.4.5 del borrador del Contrato, que regula las causas para la resolución del Contrato de Concesión por incumplimientos atribuibles al Concesionario, la cual -dice la objetante- presenta inconsistencias y falta de claridad, lo que genera incertidumbre jurídica y riesgos de aplicación desproporcionada, ya que la cláusula menciona que la resolución puede proceder por cualquier causal definida en el Anexo 21, que incluye una clasificación de faltas desde leves hasta graves, y no se establecen límites claros que diferencien las consecuencias para cada tipo de falta, y ello implica que, teóricamente, una falta leve podría ser utilizada como fundamento para la resolución del contrato, lo cual es desproporcionado y contrario a los principios de equidad y razonabilidad.

Sobre este extremo, se estima que el recurso debe ser rechazado, toda vez que la cláusula 8.4.5 establece en su inciso 3 las causales de resolución contractual por aplicación de las sanciones conforme el Anexo 21, según se trate de la primera reincidencia de la sanción muy grave que no le aplique plazo de subsanación o la tercera reincidencia de la una sanción muy grave después de haber culminado el plazo de subsanación sin haber sido subsanado, siendo ahí en donde se podrá dar la resolución del Contrato.

43. Sobre la indemnización por la extinción del contrato:

En el recurso se objeta la cláusula 8.4.7.3 “Indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración concedente, estimando que el concesionario solamente tendrá derecho a percibir como indemnización aquellos extremos contemplados originalmente en el Cartel de Licitación, el Contrato de Concesión, el Anexo No. 11 “Anexo Técnico” y el Anexo No. 18 “Estándares de Servicio”, así como determinados gastos operativos. Sin embargo, sostiene la recurrente, esta limitación excluye de forma



injustificada otras inversiones que bien puedan ser realizadas por el Concesionario y que hayan sido aprobadas por el INCOP, lo cual vulnera principios fundamentales de equidad y reconocimiento del esfuerzo inversor.

Al respecto, se estima que en efecto debe variarse el clausulado, y ajustar lo propio a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Concesiones.

44. Sobre los timbres:

Se objetan del cartel las cláusulas 1.15.2. párrafo final, cláusula 9.2 del cartel y 11.18 del Borrador de Contrato, pues hacen referencia al pago tanto de los timbres de la Ciudad de las Niñas (¢ 20) como de los timbres fiscales, y se encuentran actualmente derogados.

Nos allanamos, las referidas cláusulas del pliego serán eliminadas.

45. Sobre la gestión ambiental y social:

En el recurso se objeta la cláusula 9.2.4 del borrador del Contrato, conforme a la cual el Concesionario asumirá por su cuenta y riesgo las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental. Al efecto, la recurrente sostiene que el alcance de esta disposición resulta excesivamente amplio e impreciso, ya que no distingue entre sanciones o medidas preventivas derivadas de actos u omisiones atribuibles directamente al concesionario y aquellas originadas por factores externos o por terceros ajenos a su control. Sobre el particular, se estima que el recurso debe ser rechazado. En la distribución de riesgos, los documentos de la licitación son claros (1.15.3.1) en que los ambientales son del Concesionario, de ahí que las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental son de su responsabilidad; siendo que en caso de estimar que al respecto habrían mediado factores externos o terceros ajenos a su control, esos son extremos que deberá discutir por su cuenta con la respectiva autoridad ambiental.

46. Sobre el plazo de presentación de la documentación ante SETENA

La recurrente objeta la cláusula 9.3.1 del Borrador del Contrato, considerando que ésta omite que la obtención de la documentación por parte del Concesionario depende a su vez de la entrega de información de parte de terceros sobre los cuales el Concesionario no tiene control, razón por la cual el plazo previsto ahí deviene irrazonable y desproporcionado.



Una vez más se estima que el recurso debe ser rechazado, pues en la distribución de riesgos, los documentos de la licitación son claros (1.15.3.1) en que los ambientales son del Concesionario. Sumado a ello para la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), la SETENA otorgó un plazo máximo de un año para su presentación según la **RESOLUCIÓN N° 0924-2024-SETENA** del 21 de mayo de 2024.

De acuerdo con el Artículo 12 del Decreto 43898 “Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental”, el departamento respectivo de la SETENA deberá realizar la verificación técnica del expediente con D1+EsIA, en un plazo máximo de 28 días naturales, y al final del cual deberá emitir el resultado de la revisión, ya sea informe técnico o solicitud de información faltante. Una vez emitido el informe técnico, la SETENA en un plazo máximo de 7 días naturales emitirá la resolución administrativa. En el caso de que las condiciones no sean cumplidas, los Departamentos Técnicos realizarán un oficio de prevención por única vez, a efectos que se subsane la información faltante y se le otorgará un plazo razonable a juicio de SETENA, el cual no podrá ser menor de 20 días hábiles y que podrá prorrogarse en caso necesario. Esta prevención suspende el plazo de revisión.

La SETENA dispondrá de un plazo de 7 días naturales para la revisión de la respuesta al oficio de prevención. Una vez concluida la revisión se procederá a emitir Informe Técnico y la Resolución final misma que será notificada al concesionario.

Adicionalmente, el recurso también carece de la debida fundamentación, de conformidad con lo establecido en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 inciso c) del RLGCP y 87 y 88 de la LGCP, siendo que como fundamentación no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, al respecto. Nótese que el recurrente no explicó, con una adecuada relación jurídica y técnica, sobre porqué el plazo no es suficiente, tampoco aportó consideración o prueba alguna sobre cuál es el plazo usual para el desarrollo de este trámite. No explicó tampoco cuál es el plazo que requiere. Es claro que acá procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación, violación al principio de la carga de la prueba, siendo que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular.

47. Sobre el relacionamiento con partes interesadas y mecanismo de quejas:

La recurrente objeta la cláusula 9.5.1, conforme a la cual el Concesionario debe implementar un mecanismo de manejo de quejas y reclamos de las comunidades y actores sociales del Proyecto. Sin embargo, la disposición se cuestiona, dice la objetante, debido a la falta de



reconocimiento explícito de la participación y colaboración de la Administración Concedente en dicho mecanismo.

Claramente la objeción debe ser rechazada en este extremo, ya que el concesionario no solo desarrolla o construye obra, sino que realiza un servicio público bajo el marco de una concesión, por lo que tiene vínculos y relaciones con usuarios, comunidades y actores sociales, y debe contar con un sistema en esta línea. Asimismo, dentro de las obligaciones estipuladas en la cláusula 1.20.2 de la de la Autoridad Concedente se tiene el coadyuvar en conjunto con el Concesionario en el Plan de Relacionamiento de Partes Interesadas del Puerto Caldera. Sobre la participación de la Administración, ya la misma Ley de Concesiones contempla (art. 19) como derecho de los usuarios el presentar denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente o las instancias administrativas correspondientes, con el objeto de que sus derechos e intereses sean tutelados con motivo de la concesión o prestación del servicio, de ahí que la Administración ya legalmente cumple un rol en la materia.

48. Sobre el patrimonio cultural:

La recurrente cuestiona la cláusula 9.13.1, que establece el que se evaluará la probabilidad de hallazgos de patrimonio cultural en tierra y mar. Sin embargo, dice la recurrente, esta disposición requiere ajustes y aclaraciones fundamentales para garantizar su correcta aplicación y evitar interpretaciones ambiguas que puedan generar conflictos o incumplimientos. Estima que es necesario precisar si el concepto de “patrimonio cultural” incluye también elementos de carácter arqueológico. Igualmente, que es imprescindible que se definan con mayor precisión las responsabilidades de cada parte en caso de hallazgos, así como especificar claramente cuál es la “Ley Aplicable” mencionada en la cláusula, dado que en muchos casos podrían coexistir normativas nacionales, regionales e internacionales.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado. El Pliego es claro en que debe atenderse la Ley Aplicable y la ND 8 y requerimientos del IFC, lo que incluye el patrimonio cultural y arqueológico. Sumado a ello, la definición de Ley Aplicable comprende expresamente a “(viii) cualquier otra normativa vigente de aplicación a la Concesión y/o el Proyecto.” En ese orden, si lo relativo a patrimonio cultura y arqueológico se encuentra o halla, en efecto lo propio de esa materia entra como parte de la Ley Aplicable, y en efecto podrían coexistir normativas nacionales, regionales e internacionales, en tanto alguna de las dos últimas, sean parte integral del ordenamiento jurídico costarricense, conforme a los artículos 7 de la Constitución Política y 6 de la Ley General de la Administración Pública.



Para la ND 8 Patrimonio cultural si incluye elementos de carácter arqueológico.

- La Norma de Desempeño 8 señala que el término patrimonio cultural se refiere a (i) las formas tangibles del patrimonio cultural, tales como objetos tangibles muebles o inmuebles, propiedades, sitios, estructuras o grupos de estructuras, que tienen valor arqueológico (prehistórico), paleontológico, histórico, cultural, artístico o religioso; (ii) características naturales u objetos tangibles únicos que representan valores culturales, como los bosques, rocas, lagos y cascadas sagrados, y (iii) ciertas formas intangibles de cultura cuyo uso se propone con fines comerciales, como los conocimientos culturales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades que entrañan estilos de vida tradicionales.”
- Para el segundo punto, los hallazgos fortuitos mayormente se presentan en la etapa de construcción por las actividades que demandan movimiento de tierras y excavaciones y el responsable de la evaluación, desarrollo, implementación y monitoreo del plan de gestión de monitoreo es el Concesionario.
- Se recomienda cambiar la “ley aplicable” por la “normativa nacional”, debido a que ya se nombra a la ND 8, y esta incorpora a la normativa internacional.

Se debe precisar además que la ND 6 indica como requisito cumplir con la legislación pertinente respecto de la protección del patrimonio cultural, incluida la legislación nacional de aplicación de las obligaciones asumidas por el país anfitrión según el Convenio sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural. Asimismo, requiere que el cliente identifique y proteja el patrimonio cultural mediante la aplicación de prácticas internacionales reconocidas para la protección, los estudios de campo y la documentación del patrimonio cultural.

La legislación aplicable en este caso es la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico N°6703.

- “Artículo 1º.- Constituyen patrimonio nacional arqueológico, los muebles o inmuebles, producto de las culturas indígenas anteriores o contemporáneas al establecimiento de la cultura hispánica en el territorio nacional, así como los restos humanos, flora y fauna, relacionados con estas culturas. También constituyen patrimonio nacional arqueológico los monumentos y objetos culturales no descubiertos de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia, ya sea que se encuentren en el subsuelo o en zonas subacuáticas.”



- “Artículo 3º.- Artículo 3- Propiedad del Estado. Son propiedad del Estado todos los objetos arqueológicos, que sean descubiertos en cualquier forma, encontrados a partir de la vigencia de esta ley, así como los poseídos por particulares después de la vigencia de la Ley 7, del 6 de octubre de 1938, cuando estos no hayan cumplido con los requisitos exigidos por esa ley, así como los objetos culturales no descubiertos, siempre y cuando no exista ningún derecho de propiedad válido anterior. El Estado deberá tomar todas las medidas necesarias y apropiadas para proteger los objetos culturales no descubiertos y preservarlos para las generaciones presentes y futuras.”
- “Artículo 13.- Si al practicar excavaciones, para ejecutar obras públicas o privadas, fueren descubiertos objetos arqueológicos, por el propio dueño o por terceros, los trabajos deberán ser suspendidos de inmediato y los objetos puestos a disposición de la Dirección del Museo Nacional. El Museo Nacional tendrá un plazo de quince días para definir la forma en que se organizarán las labores de rescate arqueológico.”

De acuerdo con el Artículo 98 del Decreto 43898 “Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental”, son consideradas Áreas Ambientalmente Frágiles (AAF) las áreas donde existen recursos arqueológicos, arquitectónicos, científicos o culturales considerados patrimonio por el Estado de forma oficial.

Por otro lado, Decreto 43898 en su Anexo 6, dentro de los términos de referencia para el EsIA, como parte del capítulo 5 de Ambiente Socioeconómico, al igual que la Resolución N°0924-2024-SETENA del 21/05/24, solicita incluir un apartado sobre sitios arqueológicos donde se indiquen los materiales o rasgos culturales identificados en el AP, tomando en cuenta la base de datos mínima Orígenes del Museo Nacional, lo que aplica en caso de que el Estudio Arqueológico Rápido haya identificado materiales o rasgos culturales en el AP.

49. Sobre la solución de disputas:

Se ha objetado la cláusula 10.1 del borrador del Contrato que regula la solución de controversias. Dice la recurrente que tal disposición presenta serias deficiencias de claridad y precisión, lo que genera incertidumbre jurídica y pone en riesgo una gestión eficiente y equitativa de las controversias que puedan surgir entre las partes.

En este extremo el recurso debe rechazarse. Contrario a lo sostenido por la recurrente, la citada cláusula bien define que las controversias “En sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos administrativos regulados por el Contrato de Concesión o por



la Ley General de la Administración Pública, según se indique en el Contrato de Concesión o la Ley Aplicable”, y esto aplica “salvo en los casos en que el Contrato de Concesión o la Ley de Concesión de Obra Pública, expresamente autoricen a las Partes para someter el asunto a un arbitraje sin haber agotado la vía administrativa.” Por lo dicho, el procedimiento será el que para cada caso remita la cláusula o clausulado específico, o en su caso la Ley Aplicable. No hay más, pues no puede en una cláusula enlistarse todos los supuestos como parece quiere el recurrente que se haga.

50. Sobre la conciliación:

Con el recurso se objeta la cláusula 10.2 que regula la posibilidad de acudir a una Comisión Técnica de Conciliación, lo que, sin embargo, en criterio de la objetante, plantea interrogantes respecto a su naturaleza, alcance y si en realidad busca asimilarse a otros mecanismos de resolución de disputas. Sostiene la recurrente que la cláusula no aclara si esta Comisión Técnica busca ser un mecanismo alternativo de resolución de conflictos cuando no se ha podido solventar la controversia mediante otros medios (como la vía administrativa) o si más bien se asemeja a una figura pre adjudicativa como el DAAB del modelo FIDIC o las juntas técnicas de la LGCP, cuya función es evaluar y resolver disputas durante la ejecución del contrato de manera vinculante o preliminar.

Agrega que la cláusula no especifica si las decisiones o acuerdos alcanzados mediante la Comisión Técnica de Conciliación tendrán carácter vinculante para las partes o si, por el contrario, serán recomendaciones no obligatorias.

En este extremo el recurso debe ser rechazado. Al efecto, no parece que la inquietud pasa más por dificultar innecesariamente los temas, que por aclararlos. En primer lugar, la Conciliación, como medio de resolución de controversias que es, tiene autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata, porque así lo dispone en Costa Rica el artículo 9 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, N° 7727, norma que es parte expresa dentro del Concepto o definición de Ley Aplicable en los documentos de la licitación. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace, insistimos, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo.

51. Sobre el arbitraje nacional:

La recurrente objeta la cláusula 10.4 del borrador del Contrato, aduciendo, en lo medular, que el pliego, en la cláusula 10.3 es comprensivo de una cláusula compromisoria de arbitraje



internacional, de ahí que no se entiende bajo cuales supuestos las Partes acudirían al arbitraje nacional. Más aún, cuando la cláusula 10.4 no compromete a las Partes a acudir al arbitraje para resolver sus controversias (pues utiliza el verbo poder, en la frase relativa a que las Partes por mutuo acuerdo podrán acordar que todas las controversias).

Con respecto a esto, el contrato establece las diferentes instancias de resolución de conflictos entre el concesionario y la Administración Concedente siendo la vía arbitral internacional la inicialmente obligatoria después de haber realizado la etapa de conciliación. No obstante lo anterior y en virtud de que las partes por mutuo acuerdo decidan que en vez de realizar un arbitraje internacional sea procedente en razón de la naturaleza de la disputa sea conveniente para ambas acudir a un arbitraje local. Es decir, las partes se encuentran facultadas a poder acudir a un arbitraje local de mutuo acuerdo como opción al arbitraje internacional. En razón de lo anterior lo procedente es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación, violación al principio de la carga de la prueba.

52. Sobre el Anexo 3:

Se objeta en el recurso el Anexo 3 del Borrador del Contrato Activos, acusando que es un inventario sujeto a variaciones hasta la Orden de Inicio de la concesión, por lo que no puede garantizar el estado ni la vida útil remanente de los activos entregados por el concedente (INCOP).

Con respecto a esto, es correcto que el inventario está sujeto a variaciones, por lo mismo dentro de la cláusula 1.14.2 del contrato se contempla que como parte del acta de inicio de la concesión se deberá actualizar el Anexo No 3. por lo que se tiene contemplado este aspecto dentro del contrato. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace, insistimos, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo.

53. Sobre el Anexo 12:

En el recurso de objeta el Anexo 12 que señala los Servicios a ser prestados por el concesionario, cuestionando la disposición que otorga al INCOP la facultad de analizar la naturaleza supuestamente monopolística o cautiva de un Servicio Complementario ("Servicios Complementarios") y, en consecuencia, rechazarlo o reclasificarlo como parte de los Servicios Concesionados sujetos a las tarifas "all-in", lo que, afirma el recurrente, genera una incertidumbre que vulnera la estabilidad jurídica y económica del proceso licitatorio.



Con respecto a esto, se tiene referencia el criterio vinculante de ARESEP en el que se distingue los servicios dentro de la tarifa “all-in” así como los servicios complementarios regulados como no regulados. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace, insistimos, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo.

54. Sobre el Anexo 16.1:

La recurrente objeta la sección 5.11.3 Planes de Gestión Ambiental y Social del Anexo 16.1 Términos de Referencia para la realización del Estudio de Impacto Ambiental (SETENA), que refiere al Plan de indemnización o compensación por daños. Estima que el mismo anexo refiere ambiguamente a la posibilidad de ejecutar expropiaciones. Lo cierto, dice quien recurre, es que ambas actividades, tanto la indemnización o compensación por daños como las expropiaciones, requieren de la participación activa y permanente de la Administración Concedente, nada de lo cual se expresa en el referido Anexo y dicha omisión constituye una infracción clara al principio de seguridad jurídica y potencialmente al principio de intangibilidad patrimonial, en la inteligencia que, sin el concurso de la Administración concedente, poco o nada podrá ejecutar el concesionario en materia de expropiaciones.

Con respecto a esto, como parte del cumplimiento nacional para la concesión, el Concesionario deberá presentar ante la autoridad ambiental de Costa Rica (SETENA) una Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) para el Proyecto de ampliación del puerto Caldera, de acuerdo con los Términos de Referencia (TdR) establecidos la resolución número 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental N° 43898-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC (en adelante “Decreto Ejecutivo N° 43898”). Por lo tanto, el Anexo 16.1 refleja directamente lo que dicta la resolución mencionada.

En la Resolución N°0924-2024-SETENA con fecha 21 de mayo de 2024, la SETENA establece los Términos de Referencia para el EsIA. Como parte del Capítulo 5. Ambiente Socioeconómico, apartado 5.1.1. Características de la población del AI, 5.1.1.2. Culturales y Sociales, se solicita:

- Enlistar las organizaciones sociales presentes en el AI, identificando y analizando grupos de interés alrededor del proyecto,
- Analizar las fuerzas impulsoras y obstructoras,



- Analizar posibles fenómenos de migración en el AI que puedan generar conflicto social,
- Categorizar la zona urbano y rural y si aplica subdivide en costeras, transfronterizas, indígenas. Estos apartados deben incluir listas, cuadros, categorización, observación en campo, información de actores claves de la comunidad, fuentes como Registro nacional de asociaciones DINADECO, Municipalidad y otras instituciones locales.

Los términos de referencia para EsIA generales (Decreto 43898) y los específicos para el proyecto de ampliación del Puerto (Resolución N°0924-2024-SETENA) no hacen referencia a un Plan de Indemnización o compensación por daños o un Plan para manejo de expropiaciones. Estos requisitos se mencionan en el Cartel como parte del Anexo 16.2. Términos de Referencia para cumplir con estándares internacionales para la Gestión Ambiental y Social. Sin embargo, estos planes son herramientas útiles para el desarrollo del proyecto, por lo que pueden definirse como medidas de mitigación socioambientales para incluirlas como parte del Cuadro de Medidas Ambientales que exige la SETENA en el Anexo 6 del Decreto N°43898 y en los términos de referencia para el Capítulo 6. Plan de Gestión Ambiental solicitado en la Resolución N°0924-2024-SETENA.

Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace, insistimos, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo.

55. Sobre el Anexo 16.2:

El recurso objeta el punto 3.2.1 del Anexo 16.2, que enumera las Normas de Desempeño Ambiental y Social del IFC y Notas de Orientación. Al efecto, la recurrente estima que las referidas normas no forman parte del ordenamiento jurídico costarricense y en esa condición los oferentes no solo no están obligados a conocerlas y en consecuencia, a aplicarlas, de ahí que su incorporación al cartel introduce un elemento de inseguridad jurídica. En un sentido similar, agrega que el punto 3.2.4 refiere a la aplicación del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques en relación con la gestión de aguas residuales portuarias, aguas pluviales y aguas residuales de barcos, pero advierte que nuestro país no se ha adherido al referido Convenio.

Con respecto a esto, el cartel de licitación cumple con los requerimientos establecidos por SETENA en su resolución número 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024, sin embargo, se busca también que el proyecto cumpla con estándares internacionales en materia ambiental y social. En este caso para la elaboración de los términos de referencia



ambientales y sociales se utilizó de guía las normas de desempeño sobre sostenibilidad ambiental y social de IFC que buscan dar orientación para identificar riesgos e impactos con el objeto de ayudar a prevenir, mitigar y manejar los riesgos e impacto de manera sostenible siempre teniendo en cuenta el cumplimiento de la legislación nacional pertinente. Como parte de la sala de documentación se presenta un informe sobre las diferencias normativas entre la legislación local³ y las normas de desempeño ambiental y social (ND) de IFC para que exista un mejor entendimiento de los elementos adicionales que añaden las ND de IFC sobre la normativa local que se buscan cumplir en el marco del contrato de concesión.

En el orden financiero, cabe decir que en la etapa de factibilidad se realizaron los análisis pertinentes para la estimación de los costos de las medidas de mitigación ambiental y social que se indican. De este modo, dichos costos, tanto de inversión como de operación, necesarios para la implementación de estas medidas, fueron considerados en todos los análisis económicos y financieros. Por tanto, es posible que los oferentes al conocer el alcance de los términos de referencia puedan incorporar en su evaluación financiera dichos costos de mitigación de manera que la ejecución e implementación de estas medidas no le cause ningún perjuicio económico. Asimismo, estas medidas fueron incluidas en el análisis costo-beneficio (ACB) que finalizó con resultado positivo aprobado por MIDEPLAN en el estudio de factibilidad, por lo que es certero afirmar que la implementación de las medidas recomendadas por las guías del Banco Mundial y las Normas de Desempeño Ambiental y Social (ND) de IFC no solo no generan un perjuicio financiero para el concesionario, sino que proveen de beneficios económicos positivos a la sociedad costarricense en general. La estipulación de llevar el proyecto a estándares internacionales se consideró dado que es un mecanismo utilizado en concesiones desarrolladas en países como Brasil, Panamá, México, entre otros, que en todos los casos contemplan elementos ambientales y sociales por arriba del marco local para cumplir con los requerimientos que los mercados exigen para el desarrollo de proyectos de infraestructura.

Los términos de referencia son documentos técnicos basados en los riesgos ambientales y sociales preliminarmente identificados a nivel factibilidad que tiene como objetivo determinar las condiciones de las líneas de base ambientales y sociales en el área de influencia del proyecto; evaluar los riesgos e impactos ambientales y sociales (directos, indirectos, acumulativos, incluidos los impactos sobre las personas o los grupos vulnerables afectados por el proyecto) que resulten de la planificación, ejecución y operación del

³ <https://www.incop.go.cr/wp-content/uploads/general/ModPtoCaldera/DocumentosReferencia/22-Brecha%20normativa%20y%20estandares%20AyS.pdf>



proyecto, incluidas las estructuras auxiliares y las instalaciones conexas; identificar medidas de mitigación adecuadas, eficaces y prácticas, y elaborar programas de gestión y seguimiento ambiental y social, basados en una jerarquía de mitigación claramente articulada (evitar, minimizar, mitigar o compensar); identificar y consultar eficazmente a las personas afectadas por el proyecto y sus representantes, a los miembros del público en general y a otras partes interesadas clave en relación con los posibles beneficios del proyecto y los impactos ambientales y sociales negativos, y demostrar que las opiniones de las partes interesadas se han incorporado en el diseño ambiental y social del proyecto.

La selección de estos estándares responde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad que rigen los actos administrativos y se alinea con las siguientes consideraciones legales y estratégicas:

1. Discrecionalidad de la Administración para definir estándares ambientales que beneficien al proyecto:

Conforme al marco jurídico nacional, la Administración Concedente tiene la potestad de establecer requisitos que promuevan la sostenibilidad del proyecto, siempre que estos estén debidamente justificados y no impliquen una carga desproporcionada para los oferentes. En este caso, los estándares ambientales seleccionados no solo benefician al proyecto en términos de viabilidad técnica y social, sino que también aseguran el cumplimiento de los compromisos ambientales del país, generando valor adicional para la comunidad y el entorno natural.

2. Alineación con las metas ambientales de Costa Rica:

Costa Rica ha adoptado un compromiso firme hacia la descarbonización y la sostenibilidad, según lo establecido en el Plan Nacional de Descarbonización y otros instrumentos de política pública. Los estándares ambientales definidos en el cartel contribuyen directamente al logro de estas metas a mediano y largo plazo, al fomentar prácticas responsables que minimicen el impacto ambiental y promuevan el uso de tecnologías limpias. Este enfoque no solo es coherente con las prioridades del Estado costarricense, sino que también posiciona al proyecto como un referente de infraestructura sostenible en la región.

3. Concordancia con los Principios de Ecuador:

Los estándares ambientales definidos en el cartel se encuentran alineados con los Principios de Ecuador, un marco reconocido internacionalmente que establece lineamientos para evaluar y gestionar los riesgos ambientales y sociales en proyectos de infraestructura. La aplicación de estos principios garantiza que el proyecto se desarrolle de manera



responsable, promoviendo prácticas que respeten los derechos de las comunidades y el medio ambiente, al tiempo que se minimizan riesgos legales y reputacionales para todas las partes involucradas. La adopción de estándares ambientales ambiciosos genera múltiples beneficios para el proyecto y su entorno. Entre estos se incluyen:

- a. **Mayor aceptación social:** Al priorizar la sostenibilidad, el proyecto fortalece su relación con las comunidades locales, promoviendo el desarrollo socioeconómico y la conservación ambiental.
- b. **Reducción de riesgos legales y operativos:** El cumplimiento de altos estándares ambientales disminuye la probabilidad de conflictos legales y facilita los procesos de aprobación y fiscalización.
- c. **Aumento de la competitividad:** La implementación de prácticas sostenibles mejora la percepción del proyecto a nivel nacional e internacional, atrayendo a oferentes responsables y con experiencia en proyectos de alto impacto ambiental positivo.

4. **Impacto financiero manejable:**

Contrario a lo señalado por el objetante, los estándares ambientales definidos no generan un impacto financiero desproporcionado para los oferentes. Los requisitos fueron diseñados bajo un enfoque costo-beneficio, asegurando que sean razonables, aplicables y compatibles con las capacidades técnicas y financieras de los interesados en el proyecto. Además, los costos asociados a su cumplimiento son una inversión en la sostenibilidad y éxito a largo plazo del proyecto.

En conclusión, la inclusión de estándares ambientales en el cartel es una decisión plenamente justificada y alineada con el marco legal y las metas estratégicas de Costa Rica que entra dentro de su discrecionalidad y reafirma el compromiso de la Administración Concedente con la sostenibilidad, considerando que dichos estándares generan beneficios para el proyecto, las comunidades y el país en su conjunto, sin implicar cargas excesivas para los oferentes. Por lo tanto, no procede la objeción presentada.

En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado.

56. **Sobre el Anexo 16.3:**

En el recurso se objeta el anexo 16.3 del cartel, en sus secciones Anexo 5.b. Partes Interesadas Internas y Anexo 5.c. Partes Interesadas Externas. Al efecto, la recurrente acusa que el cartel es absolutamente omiso respecto el alcance de los estudios realizados a la fecha con los



interesados ahí referidos (asumiendo que los hay), lo que potencialmente obliga a partir del supuesto que ningún estudio y acercamiento se ha realizado, lo que incidirá en la propuesta económica de los oferentes, en detrimento de los futuros usuarios de los servicios portuarios. Con respecto a esto, se confirma que dentro del estudio de factibilidad se tienen un apartado de análisis social (ver anexo G) que está disponible de manera referencial en la sala de documentación, sobre estos se definieron los anexos que refiere el recurrente en los cual se presentan la identificación y mapeo preliminar de las partes interesadas internas y externas relevantes para el proyecto, que deberá ser actualizado con nuevos aportes recabados durante los espacios de información y diálogo dentro del proceso participativo.´

Los términos de referencia dan un marco con mejores prácticas internacionales para establecer un enfoque sistemático de relacionamiento, comunicación, participación y consulta con las partes interesadas, y una estrategia y cronograma de actividades. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace, insistimos, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo.

57. Sobre el Anexo 20:

En el recurso se objeta el Anexo 20 del Borrador del Contrato “Apéndice al Anexo 27 -Alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente -en su caso.”, en tanto se observa la siguiente leyenda:

“VACIO, EN TANTO SE RECIBE DOCUMENTO DE INCOP A Incluirse, en su caso, el “Alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente”.

La ausencia del documento que define el alcance de los servicios de los consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente introduce un elemento de incertidumbre en el contrato.

Con respecto a esto, nos allanamos a la objeción, en el entendido que el Anexo 27 del Contrato de Concesión enmarca que la Administración Concedente dispone de dos niveles de intervención para el control del cumplimiento de las obligaciones contractuales y en general de todas las gestiones que se deriven de esa relación, a saber:

- Funciones de “Control, supervisión e inspección”
- Funciones de “Fiscalización”



La función de control, supervisión e inspección, la ejerce la Unidad Técnica de Supervisión y Control durante todo el plazo de la concesión, en los términos que se establece en este contrato, la LGCOP y su Reglamento y las mejores prácticas internacionales reconocidas y aplicables en la materia.

En el ejercicio de las funciones de control, supervisión e inspección el INCOP ajustará sus actuaciones a la legislación vigente aplicable a este Contrato.

Por otra parte, la función fiscalizadora será ejercida por la Secretaría de Fiscalización, facultada para ejercer labores de regulación y fiscalización según la Ley de INCOP y financiada con recursos provenientes del fideicomiso del canon de fiscalización del contrato de concesión.

Asimismo, será potestad de la Administración Concedente los controles que ejercerá la Administración Concedente abarcarán los aspectos técnicos, operativos, legales, ambientales, económicos, financieros, y contables, sin perjuicio de otros que le correspondan conforme a lo previsto en el contrato de concesión.

Por lo expuesto, el alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente también es bajo su potestad por lo que no se requiere que sea parte de los anexos del contrato de concesión.

58. Sobre el Anexo 21:

Sostiene el recurrente que en este apartado se imponen una serie de sanciones pecuniarias por incumplimientos de la concesionaria y no se establece un debido proceso para aplicarlas, por lo que, conforme el artículo 49 de la LGCOP se debería aplicar las disposiciones relativas al procedimiento ordinario, contenidas en el libro II de la Ley General de la Administración Pública. Agrega que, en el caso concreto, no se han presentado estudios técnicos que fundamenten la imposición de las multas y la cláusula penal establecidas en el cartel. Esto deja un margen de discrecionalidad excesivo en la aplicación de sanciones, contraviniendo los principios rectores de la contratación administrativa y vulnerando la seguridad jurídica de las partes.

Sobre el particular, se estima que el recurso debe ser rechazado dado que tanto el Capítulo VI como el Anexo 21 describen el proceso para aplicar las sanciones en cuanto exista un incumplimiento del Concesionario. Se estipulan los pasos a seguir para su aplicación



describiendo el periodo, el plazo de subsanación, el tipo de falta, la etapa que se pueden presentar, el valor de la sanción y los escenarios de reincidencia. Las sanciones se basan en las obligaciones que tiene el concesionario estipuladas dentro del contrato por lo que todas ellas son posibles de ser comprobadas en caso de incumplimiento. Asimismo, se contempla un esquema de fiscalización y supervisión comprensivo que llevará a cabo la autoridad concedente para asegurar la aplicación correcta de sanciones.

59. Sobre el Anexo 23.

El recurrente acusa que el cartel impone planes requeridos por el IFC (aun cuando no es una entidad que financia la ejecución del contrato) y lo cierto es que dicho Anexo en nada contribuye a que los oferentes y el futuro concesionario implementen las mejores prácticas de la industria y por el contrario establece un esquema rígido que impide que los oferentes implementen sus metodologías para la operación eficiente del puerto.

Sobre el particular, se estima que el recurso debe ser rechazado dado que en el Anexo 23 únicamente se establecen los Términos de Referencia para el Plan de Explotación y Mantenimiento que deberá presentar el postor que resulte adjudicatario, dentro de la documentación que debe aprobarse previamente a la explotación de las obras, por lo que no es una imposición de planes requerido por el IFC. El Anexo 23 hace mención a los requerimientos mínimos del Plan de Explotación y Mantenimiento en temas de infraestructura y equipamiento así como mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, reparación de emergencia que son prácticas comunes de cualquier proyecto de infraestructura. Asimismo, plantea los indicadores de ejecución del plan de explotación y mantenimiento para dar visibilidad a la autoridad concedente del cumplimiento del mismo. El Plan de Explotación y Mantenimiento no forma parte de la documentación que debe presentarse para la oferta.

60. Sobre el Anexo 28, beneficios tributarios:

El recurso objeta el Anexo 28 “Aspectos Tributarios” que regula los beneficios tributarios a los que tiene derecho el Concesionario y sus subcontratistas conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley General de Concesión de Obra Pública (LGCOP), acusando que presenta vacíos y ambigüedades que requieren ser enmendados, pues no se especifica si las adquisiciones realizadas por el Concesionario y sus subcontratistas, necesarias para la ejecución del proyecto, están exentas del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Dado que este tributo puede impactar significativamente en los costos del proyecto, es fundamental que se confirme



explícitamente si dichas adquisiciones están incluidas dentro de los beneficios tributarios previstos en los artículos 44 y 45 de la LGCP. La falta de claridad al respecto podría generar interpretaciones contradictorias y afectar el equilibrio económico-financiero del contrato.

Aunque el texto reconoce el derecho del Concesionario a la nivelación económica-financiera en caso de imposición de nuevos tributos, no se contempla adecuadamente la situación en la que las solicitudes de exención tributaria sean rechazadas por la autoridad tributaria (Hacienda) debido a cambios en la legislación o criterios interpretativos que contradigan lo dispuesto en el contrato. En tales casos, el Concesionario debe tener derecho a reclamar el impacto en costos y plazos que tales decisiones generen, dado que no son atribuibles a su gestión o responsabilidad.

Finalmente, si bien la cláusula prevé un ajuste a la ecuación económico-financiera en caso de supresión o disminución de tributos aplicables, no detalla el procedimiento para determinar y aplicar dicha nivelación. Esto puede generar conflictos o demoras en la implementación de los ajustes.

Con respecto a esta objeción lo procedente es que de acuerdo con el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, asimismo, añade, que *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”* En este sentido el recurrente deja a un lado la lectura de la sección 3.4 del borrador del contrato donde se regula el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión por cuanto el mismo incluye el cambio de ley como una causal de dicho restablecimiento.

61. Sobre matriz RACI:

El recurrente acusa que el contrato no contempla la implementación de una matriz RACI (Responsible, Accountable, Consulted, Informed) o un sistema similar que asegure esta claridad y facilite la coordinación entre las partes.

Con respecto a esto, el contrato dentro de los lineamientos del Anexo 11 considera que el Concesionario deberá permitir y brindar todas las facilidades para la debida conexión y el flujo de información entre el Concesionario, la Administración Concedente y otras entidades



públicas competentes. Esta cláusula permite al concesionario de proveer una forma de operación eficiente con aplicación de mejores prácticas por lo que no se exige la posibilidad de que se pueda implementar una matriz RACI, sin embargo, no se ve la necesidad de hacer una obligación directa a una matriz RACI, ya que otros oferentes podrán tener otro tipo de solución.

Con respecto a esta objeción lo procedente es que de acuerdo con el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso *“con la prueba idónea”*, asimismo, añade, que *“junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”*

62. Sobre el formato 4:

El recurrente objeta el punto primero del formulario del formato No. 4, acusando que la cláusula cartelaria es absolutamente ambigua en tanto refiere a “otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas” toda vez que permite, en forma injustificada, una amplísima subjetividad a favor de la Administración Concedente y en contra de los potenciales oferentes, respecto el entendimiento y comprensión de los términos “otras certificaciones reconocidas internacionalmente” y “cumplimiento de criterios similares a los evaluados”; ese ámbito exacerbado de subjetividad permite la elegibilidad o no de ofertas, en un entorno de inaceptable inseguridad jurídica.

Con respecto a esto, como se mencionó anteriormente se acepta que se debe dar una mayor claridad de la definición a lo que se refiere este tipo de certificación para no crear subjetividad. Se establece que debe ser una certificación bajo una norma internacional y certificada por un auditor independiente que permita a las empresas demostrar el compromiso asumido con la protección del medio ambiente y medidas de seguridad y salud en el trabajo. Ese compromiso se demuestra a través de la gestión de los riesgos medioambientales asociados a la actividad desarrollada.



63. Sobre el Anexo II. Cartel de Licitación. Determinación de la Tarifa “All In” máxima por tipo de Carga y Oferta Económica y el Anexo 15 del Contrato (Pagos a la Administración Concedente):

La recurrente afirma que la Administración Licitante fija su retribución con base en los ingresos brutos, lo que constituye una disposición excesiva y desvinculada de la realidad operativa del puerto, en general es una disposición que promueve un ingreso innecesario para la Administración Concedente, siendo lo procedente que la retribución se fije en función de los ingresos reales, los cuales pueden y deben ser comprobados por una entidad auditora independiente del concesionario y de la Administración Concedente.

Sobre este punto, se rechaza modificar la base de cálculo de los pagos al INCOP, en tanto que la redacción actual “ingresos brutos” del cartel de licitación busca la contribución al INCOP mediante los pagos a la autoridad concedente por la totalidad de ingresos originados por el hecho del otorgamiento de la concesión a la sociedad concesionaria, bien estén directamente relacionados con la actividad principal de la concesión, esto es, la actividad puramente portuaria, o bien relacionados con otro tipo de actividad económica no portuaria pero que el concesionario no podría realizar si no fuese por el hecho de la concesión, como, por ejemplo y entre otras actividades posibles, el alquiler de espacios en el área de concesión. Asimismo, la redacción “ingresos brutos” sigue la ya establecida en los contratos de concesión actualmente en vigor.

64. Sobre el Anexo IV. Requerimientos de la Oferta Técnica:

El recurrente objeta el referido Anexo, particularmente la frase “Dichas informaciones sólo servirán para aclarar los temas que la Comisión Evaluadora considere necesario, pero no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación del Oferente”, ya que la considera contraria al ordenamiento, en la medida que desconoce el peso y la trascendencia de las subsanaciones que se realizan por medio de las prevenciones a cargo de la Comisión Evaluadora.

Al respecto, nos allanamos, la referida cláusula cartelaria deberá ser suprimida y en su lugar indicar que las informaciones aportadas por los oferentes integrarán su oferta y serán incorporados en la evaluación de las ofertas.

65. Sobre el Anexo 3. Activos aportados por la Autoridad Concedente:



El recurrente acusa que el Anexo es omiso respecto el derecho de los oferentes de levantar un inventario de los activos existentes en el sitio, a efecto de documentar en forma independiente el estado del inventario y los requerimientos de mantenimiento, advirtiendo que esa información es absolutamente indispensable para presentar una oferta seria y optimizada, en beneficio de la Administración Concedente y de los usuarios del puerto.

En ese extremo, el recurso debe ser rechazado, el inventario oficial no puede ser otro más que el de la Administración, lo contrario haría abrir el espacio para que cada oferente haga una valoración en atención a sus condiciones y consideraciones particulares.

IV. EN CUANTO AL RECURSO DE OBJECCIÓN PLANTEADO POR LA EMPRESA INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC.

Al igual que en los casos anteriores, nos referiremos a cada objeción siguiendo el mismo orden en que fueron interpuestas al momento de recurrirse el Pliego.

1. Limitaciones injustificadas al reconocimiento del equilibrio económico del contrato.

El recurrente acusa que la cláusula 3.4 del Contrato Borrador establece los lineamientos para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y los procedimientos para su eventual renegociación. En particular, las subcláusulas 3.4.2 y 3.4.6.1 definen las condiciones del mecanismo de restablecimiento y detallan la fórmula para calcular el desequilibrio. Sobre estas, la objetante sostiene que las mismas establecen una serie de limitaciones y restricciones para que el Concesionario ejerza su derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del Contrato.

En ese orden, aduce que en primera instancia la cláusula 3.4.2 define que la revisión del equilibrio financiero del contrato será aplicable si, y solo si, la Concesión se ve afectada debido a la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales. Es decir, afirma, cualquier otra circunstancia fundamentada que produzca un desequilibrio económico no será objeto de solicitud del reajuste.

Como segunda instancia, en caso de que dicha premisa se cumpla, aduce el recurrente, el evento debe provocar una serie de efectos económicos para que sea objeto del ajuste. Acusa que la imposición de restricciones al procedimiento de equilibrio económico relacionadas con hitos como porcentajes, plazos u otras condiciones no solo encarece el servicio futuro y



limita la amplitud y la seguridad jurídica del proyecto, sino que además vulnera el derecho constitucional del concesionario al justiprecio y genera riesgos financieros, legales y operativos para todas las partes involucradas.

Al respecto, en este extremo el recurso debe ser rechazado. Contario a lo señalado por el recurrente, el clausulado del contrato propuesto no menoscaba el reconocimiento del derecho al equilibrio económico-financiero, la cláusula 3.4.1 “Mantenimiento De La Ecuación Económico-Financiera De La Concesión”, expresamente cita: “Las Partes reconocen el derecho constitucional al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del Contrato en términos de derechos, responsabilidades y riesgos que han asumido las Partes.”

Sumado a ello, no puede obviarse que la Ley de Concesiones -que rige en el caso- establece de manera expresa (art. 17) como derecho del Concesionario el solicitar ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo. Asimismo, el numeral 39 de esa misma Ley establece que podrán ser sometidas a arbitraje las disputas referidas al reajuste del equilibrio financiero del contrato, siempre y cuando dicho equilibrio no se encuentre sujeto a eventuales ajustes tarifarios, que formen parte de la potestad de imperio, caso en el cual no procedería.

El RLG COP, establece en su artículo 54 el Derecho al equilibrio económico y financiero del contrato, destacando que el concesionario tiene derecho a solicitar a la Administración concedente el restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato de concesión, cuando este haya resultado modificado por razones que no le sean imputables. Para tal fin, el concesionario deberá acompañar su petición con las pruebas en que la sustenta.

En adición a lo comentado, no se pierda de vista que la cláusula 3.4.2 cuestionada, indica que las menciones que efectúa son referencias, al indicar que el mecanismo procede cuando la Concesión se vea afectada debido la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales, “incluyendo pero no limitando...”. Por lo que claramente se deja abierto un amplio espectro.

El restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato está previsto en el marco normativo como un mecanismo excepcional aplicable únicamente a circunstancias que generen afectaciones imprevistas y no atribuibles al concesionario. Este derecho no comprende incrementos en los gastos operativos que son normales en la vida de un proyecto, los cuales se espera sean asumidos dentro de la oferta presentada por el oferente.



Adicionalmente, el modelo de concesión contempla parámetros ordinarios de ajuste tarifario que reflejan aumentos en los costos operativos del concesionario, lo que garantiza una adecuada compensación dentro de la estructura financiera del proyecto. Por lo tanto, la Administración rechaza cualquier pretensión de considerar los incrementos en costos operativos como sujetos al restablecimiento del equilibrio económico-financiero, ya que esto contravendría la asignación eficiente de riesgos y desnaturalizaría los principios fundamentales que rigen los contratos de concesión.

En este sentido, no procede incluir disposiciones que trasladen a la Administración la responsabilidad por costos operativos normales o previsibles, en tanto forman parte de los riesgos inherentes asumidos por el concesionario.

Por lo dicho, ni el Pliego ni el Ordenamiento limitan el Derecho; ahora bien, lo que sucede acá es que el recurrente asimila el presente contrato al tradicional de obra (de ahí la jurisprudencia a la que acude), y acá estamos ante un proyecto en concesión. Al efecto, el contrato de concesión por su naturaleza implica una mayor asignación de riesgos al concesionario, es lo propio de este tipo de contrato, por lo que no media afectación alguna a principios de la contratación pública. En consecuencia, el recurso debe ser rechazado.

2. Falta de regulación a la integración vertical -competencia desleal.

La recurrente introduce el tema señalando que la integración vertical se refiere a la situación en la que una misma empresa o grupo económico controla diferentes etapas de la cadena de suministro de un sector, como ocurre cuando una compañía opera tanto terminales portuarias como navieras que utilizan esas instalaciones. Esta estructura plantea riesgos significativos para la competencia, ya que una empresa integrada verticalmente puede utilizar su posición para desplazar a competidores independientes, manipular tarifas o restringir el acceso equitativo a los servicios.

Para el caso concreto, lo que alega es que los estudios que respaldan la licitación, así como el cartel y el contrato, no contemplan de manera específica ni exhaustiva los riesgos asociados a la integración vertical. La ausencia de un análisis detallado sobre cómo esta estructura puede afectar la libre competencia y la igualdad de condiciones entre los participantes genera una omisión significativa en el diseño del proceso de adjudicación. Asimismo, afirma (sin aportar prueba) que la estructura de tarifa máxima planteada en esta licitación, tal como está diseñada por INCOP, crea un escenario que podría ser aprovechado por grupos verticalizados —aquellos operadores portuarios integrados con navieras dominantes en el



mercado de Puerto Caldera— para implementar prácticas desleales. Por ende, afirma, resulta estrictamente necesario que se lleve a cabo un análisis de competencia para identificar, evidenciar o, en su caso, descartar prácticas anticompetitivas derivadas de la posición dominante de grupos verticalizados.

En este extremo, el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta, de conformidad con los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, en concordancia con el 245 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública (RLGCP) y 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP). Los artículos aludidos, disponen que en el escrito de objeción deberán argumentarse las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa (15.2 del Reglamento de Concesiones). Asimismo, el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, es claro en que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso “con la prueba idónea”, asimismo, añade, que “junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”

En el presente asunto, el objetante se limita a un ejercicio discursivo sin que aporte prueba idónea que de forma objetiva refuercen su posición. Recuérdese que sobre el objetante recae la “carga de la prueba” de su dicho. Al efecto, ya reiteradamente ese Órgano Contralor ha señalado, incluso bajo el marco de la anterior Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, pero de aplicación y vigencia intacta:

“Pese a lo anterior, la empresa recurrente no hace acompañar sus alegatos de la prueba técnica pertinente con la que acredite cuáles podrían ser los parámetros ciertos y razonables atendiendo al comportamiento de mercado en este caso frente al objeto de la presente contratación, en la medida que solo presenta una serie de cuestionamientos sin que lleve a la convicción de que las bandas ciertamente se apartan de las posibilidades que existen en la actualidad. Este ejercicio de fundamentación resulta indispensable en un caso en el que la empresa es quien conoce a partir de su giro comercial, el comportamiento de mercado y las circunstancias que median para la ejecución y entrega de los servicios, en virtud de lo cual recae sobre quien impugna la carga de la prueba, tal y como lo ordena el artículo 178 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa. Lo anterior, en el entendido que con vista en dicha normativa no basta en materia de recurso de objeción solamente acusar de ilegítima una determinada cláusula cartelaria, sino que acompañando ese planteamiento



debe efectuarse el respectivo ejercicio de fundamentación que permita bajo una construcción adecuadamente desarrollada concluir lo alegado, lo cual no ocurre en el presente caso. Así las cosas, procede rechazar de plano este extremo del recurso por falta de fundamentación.” (El destacado es nuestro).

Más recientemente, ese Órgano Contralor mediante la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024 de las 09 horas con 01 minutos del 10 de julio de 2024, determinó: “(...) la recurrente faltó a su deber de fundamentación de conformidad con lo establecido en los numerales 87, 88 y 95 de la LGCP y 245 inciso c), 246 y 254 de su Reglamento, que obligan a que todo recurso se presente de forma fundamentada; en este sentido y conforme a las normas precitadas, los recursos que no cumplan con estos aspectos mínimos de fundamentación sufrirán como consecuencia el rechazo de sus argumentos; lo anterior debido a que el pliego ostenta una presunción de validez, por lo que para desvirtuarlo el objetante debe hacerse acompañar de la prueba que sustente lo indicado, dado que no son admisibles las meras consideraciones que pueda tener el objetante, de manera que la carga de la prueba le corresponde al recurrente que impugne el pliego de condiciones (...)” (El destacado ha sido agregado).

A lo anterior, la Contraloría agregó, siempre dentro de la resolución No. R-DCP-SICOP-00998-2024, que el objetante “no explica por qué lo solicitado en el pliego conlleva a una limitación injustificada de su participación y por qué no existen oferentes que puedan satisfacer lo requerido en esta cláusula; por el contrario, se observa que lo pretendido por la recurrente es el ajuste del pliego de condiciones a su condición particular (...)”. (El destacado es nuestro).

Así las cosas, con sustento en los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, el ordinal 245 inciso c) del RLGCP, y los artículos 87 y 88 de la LGCP, es claro que acá procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación.

3. Riesgo geológico, incertidumbre a la hora de ofertar.

El recurrente señala que el nivel de detalle de los estudios geotécnicos presentados por la Administración hasta la fecha, incluidos en el cartel, es insuficiente para calcular con precisión un presupuesto de construcción ajustado a las obras requeridas en los lineamientos mínimos. Acusa que el riesgo geológico, derivado de la insuficiencia de los estudios disponibles, genera incertidumbre tanto en el diseño como en el impacto económico del proyecto, y hace referencia a diversas publicaciones como las Recomendaciones para



Obras marítimas (ROM) del Ministerio de Obras Públicas de España, en su publicación 0.5-2004, el Contrato Turquesa y el Libro Esmeralda del FIDIC.

Al respecto y sobre este extremo, el recurrente para documentar su reclamación menciona los tres niveles de reconocimiento (detallado, reducido y mínimo) que mencionan las Recomendaciones para Obras marítimas (ROM) del Ministerio de Obras Públicas de España, en su publicación 0.5-2004, y en concreto incluye la tabla 2.12.2 en la que se establece el nivel de detalle de los reconocimientos geotécnicos para un Proyecto Constructivo, para el que se solicita un nivel de reconocimiento detallado, pero el recurrente obvia que para la oferta técnica no se solicita un proyecto constructivo si no únicamente una ingeniería a nivel de Factibilidad. Será el postor adjudicatario el que deberá presentar un estudio geotécnico detallado que sirva de base a los cálculos geotécnicos y estructurales.

Por otra parte, los sondeos, como el propio recurrente indica, incluso para un reconocimiento reducido o mínimo deben realizarse a lo largo de la planta del muelle y dado que los postores tienen libertad para ubicar la planta de los muelles en el lugar que crean más conveniente, por lo que no hubiese tenido sentido realizar los sondeos en Factibilidad sin conocer las distintas ubicaciones que puedan proponer los diferentes postores.

Respecto a lo que se menciona sobre el Contrato Turquesa se refiere a las obras de dragado y sobre este aspecto es importante resaltar que los dragados se realizarán sobre áreas dragadas previamente por lo que únicamente se pueden haber depositado sedimentos, y además para mayor seguridad se ha realizado un estudio geofísico reciente que descarta la presencia de fondos rocosos en las áreas que deben dragarse.

Respecto al Libro Esmeralda diseñado para obras subterráneas, fundamentalmente para túneles, simplemente evidenciar que es totalmente inadecuado comparar directrices para obras subterráneas (túneles ferroviarios o de carreteras, estaciones de metro, minas, etc.) con obras submarinas realizadas por debajo del agua en el fondo del mar.

Al respecto, y sobre este extremo, el recurso debe ser rechazado. Conforme a la cláusula 1.15.2 del borrador del Contrato, los estudios previos de la concesión tienen un carácter meramente informativo y orientativo, eximiendo a la Administración de toda responsabilidad sobre la información contenida en ellos. Así, el Pliego es claro en que lo que se aportan son estudios técnicos elaborados por la Administración con carácter referencial, y ello no lesiona principio de transparencia, integridad u otro propio de la contratación pública. Es obligación de cada oferente desarrollar sus propios estudios, toda vez que la



cláusula 3.1.1 RESPONSABILIDAD DE LOS OFERENTES, define que los oferentes serán los únicos responsables de hacer sus propios análisis y evaluaciones del potencial de ingresos, ganancias y gastos de la concesión, así como de la condición física de los objetos relacionados con la concesión, su operación, disposición y demás elementos necesarios para la construcción y explotación de la misma. Los oferentes son los únicos responsables de obtener asesoría particular sobre los aspectos legales, contables, tributarios, técnicos y de ingeniería. Por lo anterior, en este extremo el recurso debe ser rechazado.

En adición a lo dicho, cabe agregar que se hizo un estudio geofísico y no se ven problemas como resultado del mismo. Además, el proyecto es “brownfield” (previamente desarrollado) por lo que el riesgo geológico ya se mitigó con las obras originales, de modo que es un riesgo habitual en todas las construcciones de puertos.

4. Estudios de agitación y oleaje imponen la necesidad de construir un rompeolas para abrigar el futuro muelle de carga general.

Sostiene el recurrente que la construcción de un rompeolas para proteger el futuro Muelle de Carga General se vuelve imprescindible debido a que los estudios de agitación y oleaje presentados en el Estudio de Factibilidad evidencian el bajo nivel operativo del futuro muelle. Desde un punto de vista técnico, dice el recurrente, resulta indispensable construir un rompeolas para garantizar que el Muelle de Carga General opere conforme a los estándares del mercado, asegurando así la viabilidad operativa y financiera de la inversión de dicho muelle. Bajo esa línea, el objetante solicita que dicha obra sea incorporada como un requerimiento mínimo y que las tarifas “all-in” sean actualizadas, incluyendo un análisis financiero que permita reflejar este ajuste.

Efectivamente, el estudio de oleaje⁴realizado por la firma de consultoría en infraestructura Moffatt & Nichol muestra resultados que indican una presencia de oleaje con periodos mayores a 15 segundos en aproximadamente el 25% del tiempo, sin embargo, solo de ese 25% del tiempo, únicamente el 10% del tiempo las olas exceden los 0.35m. Evidentemente la construcción de un rompeolas adicional mejoraría la operatividad de los muelles reduciendo el downtime, pero considerando los resultados del estudio de agitación, el volumen anual de carga que debe operarse, se realizó un análisis costo-beneficio, según el

⁴ <https://www.incop.go.cr/wp-content/uploads/general/ModPtoCaldera/DocumentosReferencia/16-Estudio%20de%20Oleaje%20y%20Agitacion.pdf>



cual no se considera necesaria la extensión del rompeolas existente o la construcción de uno nuevo .

En el Anexo H se incluye un extracto del Estudio de Factibilidad correspondiente al análisis del rompeolas y el estudio de las condiciones normales de oleaje, en el que se analizan las recomendaciones para las alternativas de expansión del nuevo sitio de atraque del terminal de graneles.

Al respecto, consideramos que el recurso debe ser rechazado en este extremo por falta de fundamentación. En primer lugar, si se observa el Estudio de Factibilidad, éste no dice que sea necesario o “imprescindible” un rompeolas; y sumado a ello la propuesta de contrato no obliga a construir rompeolas. Ahora que si el oferente decide hacer un rompeolas es su decisión y riesgo/responsabilidad de costes. Sumado a lo dicho, conforme al ordenamiento jurídico (artículo 15.2 del Reglamento de Concesiones), el ordinal 87 de la LGCP y 245 inciso c) del RLGCP, resulta claro que procede el rechazo de plano por improcedencia manifiesta cuando el recurso se presente sin fundamentación, conforme a lo previsto en el artículo 88 de la LGCP, según el cual sumando a los fundamentos debe aportarse el recurso “con la prueba idónea”, asimismo, añade, que “junto con el recurso deberán aportarse los estudios técnicos que desvirtúen los criterios en que se sustente el acto impugnado.”

En el presente asunto, no se cumple la carga de la prueba, por lo que el recurso debe ser rechazado.

5. Saturación del actual muelle de granel (puesto 4) impone la necesidad de construcción de obras adicionales para la operación de granel como requerimiento mínimo.

Dice el recurrente que el cartel no incorpora como requerimiento mínimo la construcción de un segundo muelle de granel a pesar de la saturación documentada del puesto 4 y que de acuerdo con los Informes de Fiscalización disponibles, la tasa de ocupación del puesto 4 supera el 90%, reflejando un uso crítico del muelle. En esa línea, y aduciendo otros datos, concluye que sin cambios relevantes en la infraestructura (segundo muelle de granel) o en el equipamiento (sistema de descarga de alto rendimiento y galpones), no será posible que el nuevo concesionario pueda conseguir una ocupación por debajo del 75% incluso aumentando de forma sensible el nivel de productividad t/h actual.



Con respecto a esto, efectivamente el muelle 4 presenta unas tasas de ocupación excesivamente elevada, por ese motivo se plantea cambiar la metodología de descarga actual, con una grúa móvil apoyada por las grúas del buque, por descarga mediante dos grúas MHC sin intervención de las grúas del buque, y la construcción de un segundo amarradero y una tercera grúa MHC para poder descargar dos buques simultáneamente, complementadas en caso de ser necesarios con galpones de almacenamiento en tierra, con lo que se consigue reducir las tasas de ocupación a niveles aceptables, tal como puede verse en el Anexo I a esta respuesta, en el que se incluye un extracto de los cálculos de la capacidad del muelle granelero, tanto en la actualidad como después de la actuación. No obstante, el postro podrá proponer cualquier otro sistema que considere adecuado: descargadoras continuas apoyadas con fajas transportadoras, otro Layout diferente, etc. Asimismo, en el Anexo 11 es evidente la inclusión del requerimiento mínimo de construir un segundo muelle de granel como se muestra a continuación:

5.1. ESTRUCTURAS MARÍTIMAS: ATRAQUE Y AMARRE Y PASARELA DE ACCESO

- **Para la operación de graneles sólidos se prevén las siguientes obras de desarrollo.**
- Se continuará utilizando el actual puesto N^o 4 ampliando su longitud en toda la anchura actual, o suplementado con dos postes de amarre para el atraque de buques de hasta 230m LOA, con una profundidad de -13.6 metros referida a la MLWS.
- Se construirá un segundo puesto de atraque para buques tipo Handymax de 200m de eslora y con la misma profundidad de 13.6 metros referida a la MLWS, que contará con los accesorios de muelle necesarios: bolardos, defensas, escalas, etc.
- La orientación del nuevo muelle se definirá en función del resultado de los estudios de agitación y estudios dinámicos de buque atracado, pudiendo el concesionario proponer prolongar la alineación actual del puesto N^o 4, o plantear un muelle exento, en cuyo caso, se requerirá la construcción de un puente de acceso, bien desde tierra o conectando con el puesto N^o 4, que, en cualquier caso, deberá tener suficiente anchura para permitir la maniobrabilidad de camiones.

Por este extremo el recurso debe ser rechazado dado que el cartel incluye la solicitud del recurrente.

6. Periodo de construcción de 30 meses insuficiente para ejecutar las obras.

Dice el recurrente que es fundamental advertir que establecer un plazo máximo de 30 meses, coloca al concesionario en una situación de incumplimiento inevitable, siendo dicho plazo insuficiente para cumplir con el alcance de las obras requeridas, lo que generaría penalizaciones injustas y riesgos innecesarios para el concesionario.



Al respecto, la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles.

El plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total:

- 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores.
- Nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado.
- Reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4)
- Nuevo muelle de graneles.

La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras.

En caso de que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad (p.e. mayor longitud y profundidad de muelles, nuevo rompeolas o ampliación del existente, nuevas explanadas, etc.) se mantendrá el plazo de 30 meses para las obras antes descritas. Para la finalización de la totalidad de las obras el postor deberá proponer un plazo justificativo en función de la tipología y volumen de las obras propuestas, que deberá ser aprobado por INCOP.

En consecuencia, sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses.



7. Presentación de soluciones alternativas de infraestructura, siempre que estas garanticen los niveles de servicio exigidos y cumplan con los objetivos operativos y comerciales definidos para el puerto de Caldera.

Más que una objeción, en este punto el recurrente -dice- “recomienda que el cartel del proceso licitatorio sea modificado para permitir que los oferentes presenten soluciones alternativas de infraestructura, siempre que estas cumplan con los niveles de servicio exigidos y los objetivos operativos y comerciales definidos para el puerto.”

Al respecto, lo que cabe es indicar que la cláusula 1.5 del Pliego ya sugiere que los Oferentes podrán incluir en sus propuestas técnicas y económicas las soluciones alternativas que consideren pertinentes para mejorar la calidad de la obra o el nivel de servicio a los usuarios.

8. Falta de exclusividad.

La recurrente objeta la cláusula 1.15.4.3 del borrador de Contrato, relativa a los riesgos por nuevos proyectos. Acusa que la cláusula no garantiza la exclusividad territorial para el concesionario, no protege adecuadamente la viabilidad financiera del proyecto y viola al principio de equilibrio económico financiero del contrato.

El recurso en este extremo debe ser rechazado, toda vez que las necesidades que puedan darse en materia de puertos, en resguardo del interés público, no pueden estar condicionadas a una exclusividad requerida, respecto de un bien de dominio público. Asimismo, dentro de la cláusula 3.4.2 se estipula que el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero, al que tendrá derecho el Concesionario, se da en caso de que la Concesión se vea afectada debido la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales, incluyendo pero no limitando, a promulgación de nuevas leyes o regulaciones que impongan costos, tarifas o impuestos adicionales, que afecten negativa o positivamente la rentabilidad de las operaciones del Concesionario o como consecuencia directa y particular de cambio en leyes aplicables o en la interpretación de las mismas.

Damos por atendida en tiempo y forma la audiencia de la Contraloría General de la República **División de Contratación Administrativa** de las quince horas siete minutos del seis de diciembre de dos mil veinticuatro con relación a los recursos de objeción interpuestos por **APM TERMINALS B.V, SAAM PUERTOS S.A., DP World CL Holding Americas Inc., INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC.** en contra del acto del cartel de la **LICITACIÓN MAYOR No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP** promovida por el **INSTITUTO**



COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO (INCOP) para la “Concesión de obra pública con servicio público para la modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera”.

Sin otro particular, me suscribo cordialmente.

Sr. Wagner Alberto Quesada Céspedes
Presidencia Ejecutiva



V.B. Jeison Carranza Villalobos
Subgerente
cc: Archivo/Icm