

RECURSO DE OBJECCIÓN AL CARTEL

Licitación Mayor No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP

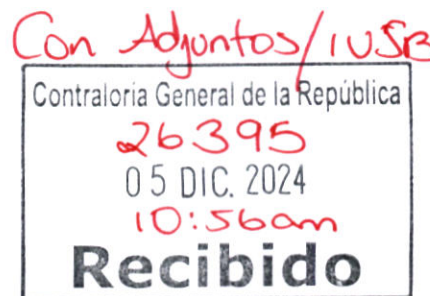
CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA CON SERVICIO PÚBLICO PARA MODERNIZACIÓN DE
INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA

Señores (as)

División de Contratación Pública

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Estimados Señores:



La suscrita, **MARLIZ MARIE BERMÚDEZ RICHARD**, de nacionalidad panameña, mayor de edad, casada en primeras nupcias, Gerente de Inversiones de APM Terminals, con domicilio en Panamá, Ciudad de Panamá, Costa del Este, calle Villanueva, Panamá Design Center, piso seis, portadora del pasaporte de la República de Panamá número P A uno dos cinco tres cero uno cuatro, en mi condición de **APODERADA GENERALÍSIMA SIN LÍMITE DE SUMA** de la compañía APM TERMINALS B.V., una compañía debidamente registrada en los Países Bajos, en la Cámara de Comercio-Registro Comercial, bajo el número de registro dos siete tres cero tres nueve cero cero y con cédula jurídica costarricense tres – cero doce – quinientos cincuenta y siete mil setecientos setenta y siete, según poder que se adjunta a este Recurso de Objeción, de conformidad con el artículo 34 de la Ley 7762; el artículo 15 del Decreto Ejecutivo No 27098-MOPT, así como sobre la base de la Sección 1.8 del Cartel de la Licitación No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP, en tiempo y forma me permito interponer Recurso de Objeción al Cartel citado previamente, con base en las siguientes consideraciones:

I. Legitimación

El artículo 15.2 del Decreto Ejecutivo No 27098-MOPT, dispone que deberá argumentarse al menos, sucintamente, la legitimación, con indicación de la relación entre la actividad del potencial oferente y el objeto del concurso de concesión, y, en el caso del numeral anterior, la repercusión directa de la concesión sobre el núcleo de intereses que representan. También deberá indicar 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, de las reglas de procedimiento o el quebranto, en alguna forma, del ordenamiento regulador de la materia.

En cumplimiento de lo requerido, debo iniciar manifestando que según es público y notorio, la empresa que represento es una de las principales compañías operadoras de puertos del mundo con presencia en más de 69 países alrededor del mundo que ofrece la red global de terminales mejor distribuida geográficamente en el orbe, con 73 puertos, nueve puertos nuevos en construcción y 10 instalaciones en expansión, junto con una red de servicios en tierra que abarcan 140 locaciones. Basada en La Haya, Holanda, la compañía trabaja con líneas navieras, importadores/exportadores, gobiernos, líderes empresariales y toda la cadena global de suministro para proporcionar servicios que ayuden a las naciones a lograr sus metas y las empresas alcancen sus objetivos de rendimiento.

En Costa Rica puntualmente, el grupo tiene presencia a través de la Concesión de la Terminal de Contenedores de Moín, operación que inició de forma plena en febrero del año 2019.

De esta forma, el objeto de la Licitación Mayor No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP está directamente vinculado con nuestro giro comercial, y nos hemos planteado la posibilidad de participar en el proceso licitatorio. No obstante, consideramos que existen algunas cláusulas del Cartel y del Borrador del Contrato de Concesión que constituyen impedimentos para la presentación de una oferta precisa y competitiva. Asimismo consideramos que se violentan los principios constitucionales de contratación de libre concurrencia, igualdad de trato entre todos los posibles oferentes, legalidad o transparencia de los procedimientos, seguridad jurídica, eficiencia y eficacia, no solo en perjuicio de nuestros derechos, sino de la propia institución contratante, ya que con los requisitos que establece, cercena la posibilidad de contar con múltiples ofertas, de potenciales interesados que, podrían cumplir de forma eficiente el objeto que se requiere contratar, como lo es el caso de mi representada.

A estos efectos y desde el punto de vista del alcance general de la concesión, estamos plenamente capacitados para realizar las obras y servicio concesionados, las cuales hemos realizado por varios años; empero, por los requisitos que se establecen, impiden una participación eficiente, lo que pone en riesgo la concurrencia de la mayor cantidad de ofertas posible, derivando en escenario de escasa participación con un número reducido de empresas, lo que nos lleva a plantear el presente recurso de objeción. Considerando lo expuesto, nos encontramos plenamente facultados y legitimados, para ejercer formal recurso de objeción al cartel.

II. Objeción por errores de consistencia en el Cartel y el Contrato de Concesión

a. Legislación Nacional excluyente

i. Contenido objetado

La cláusula 3.1.3 del pliego contienen la siguiente estipulación relativa al sometimiento a la normativa costarricense:

“Por el solo hecho de presentar su Oferta, opera la presunción legal de que los Oferentes declaran y aceptan que conocen el contenido de las especificaciones requeridas por la Legislación aplicable y todo lo estipulado en este documento, que se someten a los tribunales y ordenamiento jurídico costarricense para todo lo concerniente a la presente licitación y la ejecución del Contrato de Concesión, y que renuncian a las leyes y a los tribunales de su

domicilio en caso de que éste no sea costarricense, sin perjuicio del uso de los mecanismos de solución alterna de controversias entre la Administración Concedente y el Concesionario”.

ii. Argumentos de la objeción

Como se puede apreciar, esta estipulación prevé una renuncia sin reservas a todo lo que no sea la legislación costarricense en los términos de la Ley Aplicable, que es un concepto definido el Contrato, en el Anexo de definiciones. Nótese incluso que esto incluye la renuncia a lo que no sean tribunales costarricense, excepto en lo relativo a los medios de resolución alterna de controversias, para los que se remite a la cláusula 10.4 del Borrador del Contrato, que fundamentalmente refiere al arbitraje nacional y de nuevo a la Ley Aplicable.

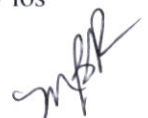
En cuanto a la Ley Aplicable, la definición contenida en el Anexo de definiciones del contrato señala:

“Se refiere a, incluyendo en todos los casos sus reformas y/o demás normas de aplicación supletorias: (i) la LGCOP, su Reglamento; (ii) la Ley del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico; (iii) la Ley General de la Administración Pública; (iv) la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento; (v) la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Paz Social; (v) el Reglamento General de Servicios Portuarios de INCOP y sus modificaciones, (vi) los Reglamentos, normas y manuales vigentes en Costa Rica para la construcción; (vii) normativa incorporada en las condiciones técnicas del Cartel, y (viii) cualquier otra normativa vigente de aplicación a la Concesión y/o el Proyecto.”

El motivo de la impugnación es que los términos en los que están redactadas las estipulaciones anteriores, se entendería que con la presentación de la oferta hay también entonces una renuncia a acuerdos de protección de inversión 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.

En el caso de oferentes internacionales como mi representada, 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.

Esta 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 CONCESIÓN 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.

b. Referencia en el Contrato de Concesión a normativa derogada

i. Contenido objetado

La cláusula 8.4.5.1 del Borrador del contrato que regula el procedimiento de resolución contractual: señala lo siguiente:

“Con el fin de salvaguardar el interés público, una vez emitida la orden de suspensión del contrato, y/o resuelto el Contrato de Concesión, la Administración Concedente podrá contratar directamente los trabajos faltantes a fin de concluir la obra, aceptar la participación de los Acreedores o bien continuar con la prestación del servicio público por el período restante de la concesión, si la Contraloría General de la República así lo autoriza, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Contratación Administrativa, en cuanto a autorizaciones otorgadas por dicho Órgano.”

Por otra parte, la cláusula 7.3 del Cartel indica:

“Durante el período de evaluación de las ofertas, INCOP concederá un plazo para que los Oferentes suministren información sobre aspectos subsanables o formales. Se considerará que un error u omisión es subsanable o insubstancial, cuando su corrección no implique una variación de los elementos esenciales de la oferta, o bien coloque al Oferente en posibilidad de obtener una ventaja indebida, todo de conformidad con lo establecido en los Artículos 79, 80, 81 y 82 del RLCA.”

ii. Argumentos de la objeción

Como se puede apreciar, la primera cláusula contractual referida remite a una reglamentación que no está vigente, lo que crea una indeterminación contraria al principio constitucional de seguridad jurídica.

Lo mismo ocurre en la cláusula 7.3 del texto del Cartel, que señala que todo lo relativo al tema de la subsanación de las ofertas se tramitará de conformidad “con lo establecido en los Artículos 79, 80, 81 y 82 del RLCA”. Esto igualmente crea un problema de seguridad jurídica y en relación con el principio constitucional de legalidad o transparencia de los procedimientos estipulado por la Sala Constitucional en la Resolución 998-1998, que exige que los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas.

Nótese que la remisión a estas normas ya derogadas tampoco guarda consistencia alguna con la definición de Ley Aplicable que contiene el Anexo de Definiciones del Contrato:

“Se refiere a, incluyendo en todos los casos sus reformas y/o demás normas de aplicación supletorias: (i) la LGCOP, su Reglamento; (ii) la Ley del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico; (iii) la Ley General de la Administración Pública; (iv) la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento; (v) la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Paz Social; (vi) el Reglamento General de Servicios Portuarios de INCOP y sus modificaciones, (vii) los Reglamentos, normas y manuales vigentes en Costa Rica para la construcción; (viii) normativa incorporada en las condiciones técnicas del Cartel, y (viii) cualquier otra normativa vigente de aplicación a la Concesión y/o el Proyecto”.

Esta 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 CONCESIÓN del presente Cartel de Licitación”. En este caso, no puede mi representada presentar una oferta que suponga una manifestación de sometimiento a normas jurídicas derogadas.

III. Objeción por violaciones varias

a. Limitación injustificada de la indemnización por causas propias de la Administración concedente.

i. Contenido objetado

La 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, señala lo siguiente:

“(…) así como una indemnización por las pérdidas directas que puedan habersele ocasionado y que no estén contempladas en los anteriores rubros, que incluya los costos razonables de cancelación de los contratos de crédito vigentes y costo de cancelación de los subcontratos. Esta indemnización no incluye costos de contratos con Sociedades del Mismo Grupo Empresarial o empresas vinculadas al Concesionario o a sus accionistas.”

ii. Argumentos de la objeción

En vista de que se está ante un supuesto en el que la Administración Concedente habría incumplido con el contrato, 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. La ausencia de fundamento alguno implica que la Administración arbitrariamente limita en el pliego los deberes indemnizatorios que pueda haber generado en ocasión de faltas que le son atribuibles.



b. Regulación relativa a los pagos al Estado

i. Contenido objetado

La cláusula 3.3.7 “ingresos al INCOP” del Borrador del Contrato establece:

“Con fundamento en el artículo 42. de la LGCOP, el Concesionario realizará los pagos a la Administración Concedente en los términos y condiciones establecidos en el Anexo No. 15 “Pagos a la Administración Concedente”.”

Por su parte, en el numeral 3.2 del referido anexo, se estipulan los siguientes “PAGOS EXTRAORDINARIOS AL ESTADO”:

“El Concesionario satisfará este concepto de pago de la manera siguiente:

- (a) Pago fijo: Se abonará un pago de [USD\$3,985,500] ([tres millones novecientos ochenta y cinco mil quinientos dólares estadounidenses]) anuales, con frecuencia trimestral a contar desde la Orden de Inicio. Los pagos deberán realizarse máximo quince (15) días hábiles después de terminado el trimestre. El monto indicado se actualizará por inflación de la forma indicada en el presente contrato para el resto de los importes actualizables.
- (b) Pago variable: Correspondiente con el dos (2) por ciento de los ingresos brutos de la sociedad concesionaria, con frecuencia trimestral a contar desde la Orden de Inicio. Los pagos se harán con base en los ingresos brutos reportados en el trimestre respectivo y deberá realizarse máximo quince (15) días hábiles después de terminado el trimestre.”

ii. Argumentos de la Objeción

Los dos motivos de impugnación se exponen a continuación:

Primero, la redacción del inciso a) de la cláusula 3.2 presenta una imprecisión fundamental, por 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. Esta indeterminación es contraria al principio constitucional de legalidad o transparencia de los procedimientos estipulado

por la Sala Constitucional en la Resolución 998-1998, que exige que los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas. En este caso, se está ante la regulación del pliego de condiciones, que por disposición legal contiene los términos de futuro contrato, lo que implica que se está ante las reglas que rigen este procedimiento de licitación.

Segundo, y que constituye el problema jurídico más relevante, que el fundamento que se alega para ambos incisos de la cláusula 3.2, sería el artículo 42 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos. Este numeral estipula lo siguiente en lo que interesa:

“Artículo 42.- Ingresos de la administración concedente

- 1) En la forma determinada en el cartel de licitación o en la oferta del concesionario, en el contrato podrán fijarse los siguientes pagos a favor de la administración:(...)
- b) Los pagos extraordinarios al Estado, que correspondan de conformidad con el artículo 28 de esta Ley.(...).”

Por su parte, el artículo 28 de la misma ley, que es al que remite esta norma, se refiere a que el concesionario “será seleccionado de entre las ofertas elegibles, conforme a las reglas del cartel y, según el sistema establecido en las bases de la licitación, atendiendo a uno o más de los siguientes factores” y en el inciso e) se estipula el caso de los “pagos ofrecidos por el oferente al Estado”.

Según se puede observar, la relación de los artículos 42 y 28 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos estaría referida al sistema de evaluación de las ofertas, es decir, 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, 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. 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. De cualquier manera, el contenido de la cláusula 3.2 del Anexo 15 no estaría entonces ajustado a la habilitación normativa del artículo 42 que es el que se indica como fundamento en el pliego. Este tema fue tratado de manera amplia por la Contraloría General en la Resolución No. R-DJ-008-2009 (bis).

c. Indeterminación procedimental de la Oferta y “soluciones alternativas”



i. Contenido objetado

En la cláusula 1.5 del Cartel relativa a la descripción y estimación del presupuesto del proyecto, se incluye el siguiente párrafo (el subrayado es nuestro):

“En conclusión, el Gobierno invita a las empresas interesadas a presentar sus ofertas para el diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación de Puerto Caldera, de acuerdo con las especificaciones técnicas, financieras y legales del presente Cartel. 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. Para efectos de la evaluación de las ofertas se considerarán los requerimientos del Anexo IV “Requerimientos de la Oferta Técnica”. No obstante, cualquier alternativa que se presente será considerada y en caso de contar con la aprobación de la Comisión de Evaluación, apoyada para estos fines por las divisiones de obras portuarias y de puertos de la administración, así como sobre la base de las apreciaciones suministradas por demás órganos relacionados por la(s) alternativa(s), será discutida con quien resultare adjudicatario de la Concesión, y de previo a la firma del contrato, a efectos de incluir aquellas propuestas que la Administración Concedente considere técnica, económica, financiera y ambientalmente pertinentes. Por esa razón, cuando un Oferente decida proponer soluciones alternativas, deberá presentar los anteproyectos, estimaciones de costos y cualquier otro análisis preliminar que se considere pertinente para demostrar las ventajas de la solución propuesta. Estas propuestas deberán incluirse en el sobre de la Oferta Técnica, en conjunto con la información requerida en este Cartel.”

ii. Argumentos de la Objeción

Sobre este punto, el motivo del recurso de objeción es la indeterminación del tratamiento de lo que el pliego denomina “soluciones alternativas”, lo que violenta el principio constitucional de legalidad o transparencia de los procedimientos estipulado por la Sala Constitucional en la Resolución 998-1998. En dicha resolución se indica expresamente:

“En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: (...) 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política (...)”.

En este caso, 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 presente en sus ofertas

técnicas y económicas “alternativas”, no se hace mención explícita al concepto de ofertas base y de ofertas 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. En esas regulaciones, se deja claro que el oferente en su oferta base debe cumplir y ganar con la solución dispuesta en el pliego respectivo, pero puede presentar una oferta alternativa, que será valorada por la Administración en fase de evaluación de las ofertas y de ser de interés de la Administración, será la adjudicada.

Esa configuración de la oferta base y de la alternativa obedece claramente a los principios ya referidos de legalidad o transparencia de los procedimientos, pero también de seguridad jurídica, pues toda la discusión es previa a la adjudicación, de manera que una vez en firme la adjudicación, y rendida la garantía de cumplimiento de ser el caso, se tendría un contrato cierto.

En este caso las reglas no están diseñadas de esta manera, sino que según la cláusula 1.5 lo que se habilita es la inclusión de “alternativas” dentro de los sobres de las ofertas técnica y económica, siendo 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 que está incompleto entonces.
- Que al momento de resultar adjudicatario, no se tiene certeza alguna de cuál finalmente será el proyecto que se va a realizar, sino que se entra en un proceso de “discusión” indeterminado en sus alcances 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.

De manera que hay una indeterminación absoluta en un aspecto sensible, que resulta contraria al principio de legalidad o transparencia de los procedimientos definido por la Sala Constitucional.

En este punto debe indicarse que este es un tema no menor, por cuanto según se indica en otros puntos de este recurso de objeción en relación con el CAPEX, la solución técnica exigida por la Administración presenta problemas de eficiencia notables, que se relega al Concesionario la eventual solución en fase de ejecución contractual, por su cuenta y riesgo, a pesar de que lo exigido por la

Administración, y que no es lo idóneo, incrementa innecesariamente las inversiones y presiona negativamente la modelación financiera por la estrechez de una tarifa máxima, que ha sido modelada a partir una concepción técnica no eficiente.

En este contexto, la noción de “soluciones alternativas” en los planos técnicos y económicos, pasa a ser un asunto relevante, pero que según las vagas reglas ya descritas, no queda claro cómo van a ser valoradas, con qué criterios y qué consideraciones deben hacer los oferentes a la hora de proponerlas, especialmente en el plano financiero.

Por lo tanto, en atención del principio de legalidad o transparencia de los procedimientos, el pliego no puede conservar el nivel de indeterminación sobre el tema del tratamiento de las soluciones alternativas.

d. Etapa de Transición Inicial

i. Contenido objetado y Argumentos de la Objeción

Como puede apreciarlo la Contraloría General en su revisión de oficio del pliego de conformidad con el artículo 34 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, la presente licitación parte de una premisa básica: que no existirá un desajuste fundamental en el cronograma entre las fechas de terminación de los contratos de concesión actualmente operativo en el Puerto de Caldera y la entrada en vigencia del nuevo contrato de concesión producto de la presente licitación. Podemos comprender que ese sea un escenario deseado por el INCOP, pero en vista de que el Instituto no controla todos los aspectos determinantes del cronograma al punto de poder asegurar con certeza su cumplimiento, el diseñar el contrato en función de esa premisa conduce a una violación del principio de seguridad jurídica, que como bien conoce la Contraloría General, es un principio constitucional de la contratación pública según la Resolución 998-1998 de la Sala Constitucional.

El problema se concentra en la cláusula 1.13.3 del Borrador del Contrato por estas razones fundamentales que objetamos:

- Primero, porque los numerales 1.13.3.2.1, 1.13.3.2.2 y 1.13.3.2.2, según podrán ser observadas por la Contraloría General, 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 todas luces no son parte de este nuevo contrato de concesión contenido en el pliego de esta licitación. Por lo tanto, no es posible regular en un contrato obligaciones de un sujeto físico o jurídico que no es parte. Esto genera una violación al principio de seguridad jurídica de cara a los oferentes de esta licitación, por cuanto debemos aceptar regulaciones de naturaleza contractual que vinculan a un sujeto jurídico que no forma parte de esta relación y por lo tanto estas obligaciones jurídicas no le

MBR

vinculan, lo que supone una incertidumbre total acerca del cumplimiento de la etapa contractual referida, que como podrá observar la Contraloría General está relacionada incluso con aspectos tan sensibles como finiquitos contractuales.

- Segundo, porque 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 vigencia del nuevo contrato. Esto es fundamental en el plano de la seguridad jurídica, pues precisamente se encarga al nuevo concesionario asumir una fase de explotación inicial en términos inciertos. El cartel del contrato no tienen regla alguna para un escenario que es perfectamente posible.
- Tercer, y de especial preocupación, es que el numeral 1.13.3.2.4 establece actividades y obligaciones conjuntas entre los Concesionarios Previos y el nuevo concesionario: “Durante la Etapa de Transición Inicial los Concesionarios Previos realizarán la cesión en condición suspensiva hasta la Fecha de Entrada en Vigencia de la Concesión de los permisos, licencias y autorizaciones ambientales, municipales, comerciales y de servicios públicos necesarios para la operación del Puerto Caldera que se encuentren a su nombre a favor del Concesionario, así como los contratos por la estiba de carga de Puerto Caldera. Los Concesionarios Previos serán responsables de sus obligaciones por los permisos, licencias y autorizaciones hasta la Fecha de Finalización de las Concesiones Previas. El Concesionario deberá cumplir con los requisitos, documentación, seguros y garantías necesarias para culminar la cesión de estos permisos y liberará de responsabilidad a los Concesionarios Previos de responsabilidad de obligaciones que surjan con hechos posteriores a la Fecha de Entrada en Vigencia de la Concesión.” Como se puede apreciar, esta cláusula establece obligaciones para un sujeto que no forma parte de la relación contractual derivada de esta licitación, obligaciones que son trascendentales para el nuevo concesionario, que sin embargo, no tiene certeza de que esta obligación podrá ser cumplida. Pero, además, nótese que la cláusula 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. Es decir, hay deberes, derechos y obligaciones entre sujetos que no tienen una relación contractual entre ellos, sino que cada cual la tiene con la Administración, que sin embargo ni siquiera es mencionada en esta cláusula. A esto hay que agregar que esta cláusula tampoco contempla el escenario en el que los contratos previos se liquidan con un desfase con respecto a la entrada del nuevo contrato.

Todo esto violenta el principio de seguridad jurídica, pero además debe tomarse en cuenta que 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 CONCESIÓN del presente Cartel de Licitación”. En este caso, no puede mi representada presentar una oferta que suponga una

manifestación de conformidad con términos contractuales con el alcance que se ha explicado, en los que incluso se acepta términos impuestos a sujetos jurídicos que no son parte del contrato

e. Etapa de Explotación Inicial

i. Contenido de lo objetado

El Borrador de Contrato, Anexo de definiciones contempla la siguiente definición de interés: “Etapa de Explotación Inicial: Etapa de la Concesión que empieza con la Orden de Inicio de la Concesión y termina con la Puesta en Servicio Total de la Concesión donde el Concesionario dará continuidad a los Servicios de la Concesión mientras se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción.”

Por su parte, la cláusula 2.1.1 del Borrador del Contrato establece la siguiente condición (el subrayado no es del original): “El Concesionario será responsable de construir las Obras de la Concesión con estricto apego a los requerimientos técnicos y legales, y del presente Contrato de Concesión y sus Anexos, todo de conformidad con el Proyecto Constructivo aprobado por la Administración Concedente, incluyendo pero no limitado a los requisitos establecidos en el Cronograma de Construcción y el Plan de Inversión aprobados por la Administración Concedente, así como por los términos y condiciones de los Anexos No. 6 “Requisitos de Programa de Construcción y Principales Plazos”, No. 8 “Requisitos de Puesta en Marcha y Pruebas” y No.11 Anexo Técnico “(Especificaciones Técnicas)”. El Concesionario reconoce y acepta que llevará a cabo la construcción de la obra en paralelo a la Etapa de Explotación Inicial, por lo que deberá realizar sus mejores esfuerzos para que la interferencia de la construcción sobre la operación de Puerto Caldera sea mínima, siendo que en ningún momento se podrá dar la interrupción de la misma.”

En la cláusula 1.14.4 del Borrador del Contrato establece la siguiente condición (el subrayado no es del original): “Con la Orden de Inicio de la Concesión se iniciará la Etapa de Explotación Inicial de la Concesión y la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción. En razón de los anterior, el Concesionario tomará posesión del Área de la Concesión, así como operará la Concesión con la finalidad de prestar los Servicios Concesionados correspondientes a la Etapa de Explotación Inicial de la Concesión bajo los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Concesión. De igual forma, el Concesionario deberá realizar el pago inicial a la Administración Concedente de acuerdo con lo establecido en el Anexo No.15 “Pagos a la Administración Concedente”.”

Asimismo, en la cláusula 3.3.1 (a) del Borrador del Contrato establece la siguiente condición (el subrayado no es del original): “Durante la Etapa de Explotación Inicial y la Etapa de Construcción: Por medio del cobro a los usuarios de la tarifa autorizada y vigente establecida por ARESEP para el respectivo Servicio Concesionado según la fecha en que sea ejecutado. Para el caso de los Servicios Complementarios, por medio del cobro a los usuarios del precio autorizado y vigente establecido por INCOP para el respectivo Servicio Complementario según la fecha en que sea ejecutado.”

Finalmente, la cláusula 3.3.2 del Borrador del Contrato establece la siguiente condición (el subrayado no es del original): “La Administración Concedente no asume ningún riesgo ni responsabilidad por las proyecciones del negocio que haya hecho el Concesionario con base en las Tarifas Ofertadas en este Contrato ni por los costos que éste haya calculado para ofertar, así como por los cambios que puedan afectar a las tarifas que apliquen durante la Etapa de Explotación Inicial.”

Resulta comprensible que la Administración pretenda que el nuevo concesionario opera la terminal actual durante la fase de construcción de las nuevas obras. Sin embargo, la forma en la que se regula esto en el pliego, según se ha transcrito anterior, presenta problemas de legalidad y de seguridad jurídica, que suponen una condición gravosa en función de lo estipulado en 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 CONCESIÓN del presente Cartel de Licitación”.

ii. Argumentos de la objeción

Puntualizamos nuestras objeciones:

- **Primero**, nótese que la Administración dice que durante la fase de Explotación Inicial tendremos el derecho a cobrar las tarifas fijadas previamente por la Administración. Hasta donde alcanza la comprensión que permite el pliego, esas tarifas serían las fijadas por la ARESEP para las Concesiones Previas, es decir, para 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. Esto genera un tema de legalidad y de seguridad jurídica de primer orden, por cuanto según puede apreciarlo la Contraloría General en el Anexo 14, este conjunto tarifario no fue aprobado por la ARESEP para esta concesión. Esto implica que se trataría de las tarifas fijadas por la ARESEP para los dos contratos vigentes, que para empezar no tienen ni siquiera el mismo régimen jurídico, pues los de carga general está sujetos al régimen ordinario de ARESEP y los de carga granelera está referidos a la concesión actual de dicha terminal, que fueron fijadas como regla especial tarifaria para ese contrato específico, no para otro y menos para este que ahora nos ocupa. El artículo 21 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos estipula con total claridad lo siguiente:

“Artículo 21.- Trámite

1.- Corresponderá a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar la licitación de la concesión. Dentro de los



estudios deberá incluirse el de impacto ambiental; para ello se dará audiencia por cinco días hábiles al Ministerio del Ambiente y Energía, a fin de que determine el tipo de estudio por realizar. Terminado el estudio, se dará nueva audiencia a este Ministerio, que dispondrá de un plazo improrrogable de quince días hábiles para pronunciarse y su criterio será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir ninguna respuesta, se interpretará que el Ministerio no tiene objeciones.

2.- La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones deberá consultar, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de licitación; asimismo, los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio. Esta Autoridad dispondrá de diez días hábiles para rendir su criterio, el cual será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir respuesta, se interpretará que la Autoridad no tiene objeciones.

3.- Realizados los estudios y demostrada la factibilidad del proyecto, la Secretaría Técnica procederá a elaborar el cartel de licitación, que será sometido a la aprobación del Consejo Nacional de Concesiones.

4.- Cuando la Administración concedente sea un ente del sector descentralizado, territorial e institucional, o una empresa pública y no haya convenido en que el Consejo Nacional de Concesiones realice el procedimiento de selección del concesionario y la ejecución del contrato de concesión, corresponderá al respectivo ente público realizar los estudios y actividades necesarios para preparar la licitación de la concesión, siguiendo los parámetros establecidos en esta ley y su reglamento, para la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones.

5.- Una vez aprobado el cartel por el Consejo Nacional de Concesiones o el jerarca de la Administración concedente, deberá publicarse un resumen de él en La Gaceta, con lo cual se entenderá iniciado el proceso de licitación. El resumen deberá publicarse, además, en dos diarios de mayor circulación nacional.”

Salvo que la Contraloría General tenga otro criterio, este artículo crea un régimen especial tarifario para un concesión concreta, pues los términos tarifarios se estudian y fundamentan para una licitación concreta y específica, al punto de que cuando se obtiene la no objeción de la ARESEP, la estructura y los procedimientos de ajustes se incorporan al pliego y por ende al contrato, como reglas específicas de ese pliego y de ese contrato.

En este caso, eso no ha ocurrido con respecto a las tarifas relativas a la etapa de explotación inicial, que no fueron fijadas para este pliego y para este contrato. Y que se nos ponga a aceptar sin más que esas son las tarifas aplicables, supone un problema de legalidad y de inseguridad jurídica insalvable.

- **Segundo**, pero en línea con lo anterior, nótese que el contrato propuesto dice que la Administración no asume responsabilidad alguna por la corrección de estas tarifas en función de las necesidades específicas de esta concesión, cosa que resulta alarmante, pues es la Administración la que pretende imponer la condición de aplicar tarifas que precisamente no han sido fijadas en función de este contrato en particular.
- **Tercero**, la Administración pretende que el nuevo concesionario debe asumir la implementación de todas las medidas operativas, de equipamiento e incluso de obras requeridas para la eficiencia de esta etapa de explotación inicial, con cargo a tarifas que ignoramos cómo fueron fijadas pero que claramente sabemos que no fueron fijadas para este contrato y que no consideran incluso inversiones, pues por ejemplo las de carga general han sido fijadas para un contrato de servicio y no de obra o equipamiento.
- **Cuarto**, la Administración no determina cuáles son concretamente los parámetros de calidad de servicio que son aplicables para esta fase, lo que es grave, por cuanto precisamente según se vio en el artículo 21 de la Ley, la determinación de esos parámetros está en función de una estructura tarifaria y de un alcance que permite lograr, razonablemente, esos parámetros. Pero en este caso ni se identifican ni se relacionan con una estructura tarifaria que fue fijada para otras relaciones contractuales.
- **Quinto**, y de especial preocupación, 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. Esto es particularmente delicado cuando se sabe, es público y notorio, que las instalaciones portuarias actuales están con un nivel de saturación incompatible con un nivel de servicio adecuado, sin que el pliego muestre cuál es la solución propuesta por la Administración para este problema, que simplemente se le asigna al nuevo concesionario. Si las instalaciones portuarias muestran un panorama crítico en el momento actual, dentro de dos años, de no llevarse a cabo medidas de mejora, es muy claro que el problema será mayor, y sin embargo la Administración simplemente pretende trasladarlo al nuevo concesionario con un escenario tarifario incierto, con regulaciones de calidad no identificadas y con obligaciones y condiciones injustificadas y desproporcionadas. De nuevo, esto es absolutamente grave cuando 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 CONCESIÓN del presente Cartel de Licitación”.

f. Integración de la comisión de evaluación

i. Contenido objetado

En la cláusula 7.1 del Cartel se 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.

Se indica en la misma cláusula la tarea de la Comisión es evaluar las ofertas y de elaborar el Informe de Recomendación de Adjudicación a ser remitido a la Junta Directiva de INCOP.

ii. Argumentos de la objeción

Como punto de partida debemos manifestar nuestro mayor respeto por los dos cargos antes indicados y por las personas que en la actualidad los ocupan. Nada en nuestra argumentación está referido a valoraciones subjetivas.

Pero sí es nuestra obligación, por principio de buena fe, llamar la atención acerca de lo que sería un problema de gobierno corporativo que es reconducible a disposiciones del régimen legal del control interno costarricense.

De conformidad con la relación de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP), Ley No. 1721 y sus reformas, el Presidente Ejecutivo del INCOP forma parte de la Junta Directiva del Instituto. Por su parte, de conformidad con los incisos 3 y 4 del artículo 5 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, compete a la Junta Directiva del INCOP y al Poder Ejecutivo, del que forma parte en este caso el Ministro de Obras Públicas y Transportes, la adjudicación de la presente licitación.

En virtud de lo anterior, 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. Es lo usual que estas funciones estén separadas, por razones de independencia y de adecuada gestión de riesgo, aspecto que corresponde valorar a la Contraloría General en su función de rectoría en la materia de fiscalización y control.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, las concesiones serán adjudicadas aplicando el procedimiento de licitación que disponga el reglamento de esta ley. Al respecto, el Reglamento General Concesión de Obras Públicas con



Servicios Públicos; No, 27098-MOPT y sus reformas determina que la selección del contratista se hará en dos partes, una en la que una comisión evaluadora deberá procederá a verificar cuál oferta recibida es la que mejor cumple con el pliego de condiciones técnica y económicamente. Así se desprende del artículo 27.1 de esta normativa reglamentaria que dispone que luego de que la instancia evaluadora confeccione el cuadro de calificación, lo remitirá al órgano o funcionario competente, acompañado del expediente de la licitación, para que se proceda a la adjudicación de la concesión dentro del plazo señalado en el cartel. Esta norma indica:

“Artículo 27.—Adjudicación.

27.1 Confeccionado el cuadro de calificación, este será remitido al órgano o funcionario competente, acompañado del expediente de la licitación, para que se proceda a la adjudicación de la concesión dentro del plazo señalado en el cartel. Cuando no se hubiere indicado plazo alguno, la adjudicación deberá efectuarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la apertura de las ofertas.

27.2 La adjudicación de la concesión se hará obligatoriamente al licitante que Ocupe el primer lugar en el cuadro de calificación.

27.3 El acuerdo de adjudicación será debidamente razonado y publicado en "La Gaceta".

27.4 El adjudicatario queda obligado a prorrogar la vigencia de la garantía de participación, por todo el tiempo que sea necesario.”

Nótese que la regulación del numeral 27.1 lleva 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.

IV. Objeción contra el Plazo para presentar Ofertas

a. Contenido objetado

El cartel ha plantado un plazo de presentación de las ofertas de 120, que inició el 1 de noviembre del 2024 y que finaliza el día 3 de marzo del 2025. Este plazo en nuestro criterio transgrede parámetros constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad, así como el principio de libre concurrencia y potencialmente el principio de igualdad, este último por cuanto como lo reconoce el propio pliego, en el caso del Puerto de Caldera existen Concesionarios Previos, que según la información pública corresponden al mismo grupo económico y que de tener interés en esta licitación, indudablemente tiene una posición de acceso al sitio y a la información típica del incumbente, que exige nivel la asimetría con respecto a otros potenciales oferentes precisamente por medio de medidas como un plazo razonable para la presentación de las ofertas.



b. Argumentos de la objeción

Los factores que hacen insuficiente este plazo y que nos llevan a objetar, son los siguientes:

- El volumen de información que forma parte del expediente es elevado y debe ser analizado cuidadosamente. Si bien el idioma oficial del país y de la licitación es el español, la licitación pública internacional está dirigida a la atracción de inversionistas internacionales que corresponden a grupos empresariales que, por lo general, como es nuestro caso, tienen cuadros que hablan el idioma inglés. Llama la atención, por ejemplo, que en este caso no se haya ni siquiera suministrado una versión oficial del pliego traducida al idioma inglés. Esto hace que para que sea posible comprender el pliego, su documentación de respaldo y elaborar la oferta, sea requerido para los oferentes incurrir en un proceso de traducción que, por el volumen, tarda semanas en concretarse, especialmente a nivel oficial.
- El pliego exige que se hagan tres niveles de valoración sumamente complejas: la valoración de la situación actual del Puerto -en esta objeción precisamente se aborda el tema de la fase de explotación inicial, que supone asumir la operación actual completa con todas sus implicaciones tarifarias, operativas, de inversión y de calidad, entre otros aspectos, que además resultan cuestionables-, el desarrollo de una oferta técnica y económica en cumplimiento de los requisitos técnicos y económicos exigidos en el pliego -sobre todo lo cual hemos presentado objeciones sensibles en este recurso- y finalmente la posibilidad de soluciones alternativas -que hemos abordado en esta objeción por la absoluta incertidumbre acerca de sus condiciones y tratamiento-. Todo esto exige la movilización y aplicación de recursos propios de grupo económico y de firmas consultoras nacionales e internacionales, que toma mucho tiempo. No se trata de equipos de trabajo existentes sino que se agrupan de manera ad hoc para el caso concreto y eso se traduce en semanas de programación.
- Hay un nivel de incertidumbre relevante producto de este proceso de objeción, que plantea al menos de nuestra parte temas de fondo altamente complejos, al tiempo que se tramitan voluminosos requerimientos de aclaración ante el INCOP. Esto implica que la certeza acerca del alcance final de las reglas del juego solo se tendrá en la segunda parte del mes de enero del año 2025, restando para ese momento solo cerca de seis semanas para la elaboración de documentos, oferta técnica y económica, legalizar y traducir documentos, así como para la toma de las decisiones estratégicas de la oferta que como podrá comprenderse en un plano de una licitación pública internacional, suponen la concurrencia de varios actores dentro de los grupos económicos.
- En este caso concreto, especialmente por la existencia de un incumbente, el tema de la visita al sitio es altamente relevante. En este caso, solo se ha permitido una visita colectiva al sitio, de un día, para la que solo se permitió la participación de dos o tres personeros a pesar de la diversidad de los equipos técnicos vinculados en una oferta de este tipo, además de que se llevó a cabo el día 27 del noviembre, es decir, ya corrido prácticamente un mes desde que está corriendo el plazo de

presentación de las ofertas. A esto se suma que solo se ha programado una segunda y fundamental visita al sitio, que se fijó para el 15 de enero del 2025, es decir, ya muy avanzado el plazo de presentación de las ofertas. Esto es absolutamente insuficiente y tardío, e impacta en el proceso de preparación de las ofertas.

- Se ha requerido en el pliego una cantidad notable de documentación corporativa en distintos niveles del grupo económico ofertante, documentación de formularios, contratos, certificaciones y otros documentos probatorios como es el caso de estados financieros, entre otros, todos los cuales deben ser traducidos y legalizados, para que tengan validez. Adicionalmente, se ha puesto una fecha de validez de las certificaciones de máximo un mes a partir de la fecha final de recepción de las ofertas, lo que impide injustificadamente inicial procesos formales pues si se actúa con anticipación, es posible que la información quede desactualizada y deba reiniciarse el proceso de formalizarla. El volumen y complejidad de este proceso, que corre paralelo a la preparación de oferta técnica y económica, hace que el plazo sea absolutamente insuficiente para promover el adecuado cumplimiento y la mayor participación, especialmente tratándose de oferentes internacionales, que es el perfil que persigue la licitación. Debe tomarse en cuenta además que el plazo para la presentación de las ofertas abarca el período de los meses de diciembre y de enero, que en general en las diversas latitudes llevan aparejados días festivos y cierres institucionales, que afectan sensiblemente la continuidad de los procesos y el acceso a documentación relevante.

- La complejidad de este proceso no se puede subestimar, especialmente si se considera lo estipulado en la cláusula 3.1.1 del Cartel:

“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. La Administración, sus funcionarios y sus asesores o consultores, no serán responsables de ninguna acción, costo, pérdida o inconveniencias que resulten del uso del cartel y la documentación que se aporte del Cartel, ni de otros anexos técnicos o históricos, datos, materiales o documentos entregados por cualquier persona con relación al Proyecto. Dada la naturaleza de este contrato y la necesidad de que un mismo contratista se responsabilice por la totalidad de su objeto, los oferentes están obligados a cotizar por la totalidad del objeto de la licitación, de conformidad con los términos de este cartel de licitación. Las ofertas de carácter parcial no serán consideradas por parte de la Administración”.

Asimismo, los oferentes son los únicos responsables de obtener asesoría particular sobre los aspectos legales, contables, tributarios, técnicos y de ingeniería, así como sobre todos los asuntos relacionados con esta licitación, incluyendo, entre otros:



- Examen, revisión, y verificación de cualquier información presentada por la Administración y sus asesores y consultores.
- Investigación de las áreas en las que se llevarán a cabo las obras, terrenos adyacentes e instalaciones.
- Naturaleza de las operaciones y las condiciones generales y locales que afectarán el futuro uso y desarrollo del Puerto.
- Cualquier otro asunto que pueda ser de importancia para su participación como Concesionario.”

- Igualmente, nótese la gravedad de los riesgos transferidos, como por ejemplo en la cláusula 1.15.3.3 del Borrador del Contrato: “Riesgos por ingresos del Concesionario y las proyecciones de negocios. Los riesgos comerciales corresponden al Concesionario. Los riesgos asociados a las proyecciones de negocio y sus correspondientes ingresos presentada por el Adjudicatario en la Oferta, corresponden exclusivamente al Concesionario y por lo tanto el Concesionario también asume bajo su riesgo sus proyecciones de crecimiento de la demanda, sin poder este hacer reclamaciones por desequilibrio contractual en caso de que haya un decrecimiento en la demanda real, pero también correspondiéndole legítimamente al Concesionario sus incrementos. De igual forma, la Administración Concedente no asume ningún riesgo ni responsabilidad por las proyecciones del negocio que haya hecho el Concesionario con base en las tarifas citadas en este Contrato ni por los costos que éste haya calculado para ofertar. Las pérdidas que pudieran generarse debido a la aplicación de políticas de comercialización que resulten inadecuadas son responsabilidad exclusiva del Concesionario.”

- Estas dos cláusulas muestran la extraordinaria complejidad de la elaboración de las ofertas por los riesgos transferidos, que exigen hacer estudios profundos. La propia Administración ha contratado servicios de consultoría que han tomado muchísimo más tiempo que 120 días para su elaboración, y sin embargo le ha dado a todo un carácter meramente referencial que, según su dicho, no sustituye el deber de los oferentes de hacer todos los estudios por su propia cuenta.

Por todos los motivos expuestos, el plazo de 120 días es absolutamente insuficiente, en clara transgresión de los parámetros constitucionales de razonabilidad y de proporcionalidad, sino que lo que es más grave aún, constituye un claro desincentivo para la concurrencia de oferentes internacionales.

En este punto, de la manera más respetuosa debemos señalar que el público y notorio que las licitaciones de concesión en Costa Rica se han caracterizado por la participación, en buena parte de los casos, de un único oferente. Si bien eso no supone una ilegalidad, es muy claro que en materia de asociación público privada, la estimulación de la concurrencia de actores competitivos es un factor

deseable. Para lograr ese propósito, el tener pliegos claros, proyectos bien estudiados y estructurados, así como generar condiciones licitatorias que verdaderamente faciliten y estimulen la participación, son factores determinantes. El plazo para la presentación de las ofertas es una de esas condiciones trascendentales.

De nuevo, en este caso se adiciona el hecho de que el operador portuario actual podría tener interés en participar en la licitación, siendo que como es propio de un incumbente, tiene acceso permanente al sitio, conocimiento específico del negocio y otros elementos que le colocan en una posición asimétrica con respecto a otros potenciales oferentes. Así que en este caso, un plazo razonable de oferta es fundamental por razones de igualdad y de contribución a la percepción del transparencia del proceso.

Si se mira la más reciente experiencia de licitación portuaria en Costa Rica en materia de concesión, que es el caso de la Terminal de Contenedores de Moín, el plazo inicial planteado fue similar al que propone este pliego. Pero en términos reales, por toda la discusión relativa al pliego, el proceso tomó prácticamente un año.

Desde luego que comprendemos que la Administración tiene un cronograma muy ajustado en función del vencimiento de los contratos actuales, pero esa situación no puede ser atendida de manera incompatible con lograr una participación competitiva de oferentes de perfil internacional idóneo. En este sentido, consideramos que el plazo suficiente y razonable debe ampliarse en 120 días (cuatro meses) con respecto a la fecha del 3 de marzo del 2025 inicialmente planteada. Esto permite el siguiente cronograma:

- Diciembre 2024 y enero 2025: período para la consolidación de las reglas del concurso, tema sensible si se considera que lo que está en discusión son aspectos esenciales del negocio.

- Febrero y marzo del 2025: período para el estudio definitivo del proyecto a partir de las reglas definitivas, así como para consolidar el esquema corporativo que participará en la oferta.

- Abril y mayo del 2025: período para la elaboración de la oferta técnica y económica, lo que incluye toda la modelación financiera.

- Junio 2025: período para la finiquitar la traducción y legalización de documentos.



Como se puede apreciar, esta extensión del plazo está razonada y debidamente justificada en la complejidad de las distintas etapas del proceso de ofertar. Esto genera tiempo razonable para que el INCOP consolide el concurso y logra de esa manera promover la participación efectiva de los actores con el alto nivel que busca con la licitación. De lo contrario, propósito no será alcanzado.

- V. Objeción con respecto al ámbito de requerimientos ambientales y sociales**
 - a. Omisiones y contradicciones graves en relación con el área de disposición de material de dragado**
 - i. Reglas del Pliego de Condiciones y Borrador de Contrato de Concesión**

El área de disposición del material de dragado tiene regulaciones en diversas secciones del Contrato de Concesión y sus Anexos, por lo que se procede a delimitar las cláusulas involucradas en su definición:

A. Borrador del Contrato de Concesión

- 1.9.2 El Concesionario, a partir del momento en que le sea notificada la Orden de Inicio de la Concesión por parte de la Administración Concedente, se obliga a custodiar el área concesionada, manteniéndola en condiciones de seguridad y transitabilidad, de forma que se asegure la continuidad y funcionalidad del servicio público portuario, así como a tomar las pólizas de seguros correspondientes a que le obliga este Contrato de Concesión. De igual forma, el Concesionario se obliga a coordinar con el INCOP durante la Etapa de Construcción para reducir lo más posible las afectaciones que el proceso constructivo pueda causar en las operaciones portuarias, con el fin de procurar la continuidad y funcionalidad del servicio público portuario que se presta en Puerto Caldera.
- 1.15.3.4 Riesgos de Dragado. De igual forma el Concesionario asume los riesgos relativos al dragado y la tarifa adjudicada no se verá afectada por posibles variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar.
- 2.4.2 En cualquier caso, se indica que 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. A efectos de claridad se indica que el Concesionario será responsable durante toda la vigencia del Contrato de Concesión de realizar los dragados de capital y de mantenimiento de todas las áreas marítimas necesarias para la correcta y segura operación de la Concesión, garantizando las profundidades operativas indicadas en el Anexo No. 11 “Anexo Técnico” y Anexo No. 18 “Estándares de

Servicio” y deberá mantener un control sobre las profundidades de las áreas marítimas operativas de la Concesión por lo que presentará informes de estudio de batimetría dos (2) veces al año a la Administración Concedente.

- 9.9.4 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.

B. Anexo 16. Términos de Referencia para la elaboración del Evaluación de Impacto Ambiental y Social a Estándares Internacionales

Delimitación del área de impacto ambiental

Físico

- ✓ Superficie del lecho marino que será intervenida para el dragado de mantenimiento y por el depósito de material de dragado en el botadero marino, debido a los cambios en la morfología, turbidez y posibles eventos contaminantes.

Biológico

- ✓ Superficie del lecho marino que será afectada por el dragado de mantenimiento y por el depósito de material de dragado en el botadero marino, por su potencial impacto en las comunidades biológicas bénticas.

5.5.3 Fases del Proyecto

De acuerdo con la ND1 del IFC, se incluirá en este apartado:

- Todas las actividades que se llevarán a cabo durante la construcción y operación del Proyecto dentro del AP y su AI.
- La descripción detallada de las actividades que implican componentes principales del Proyecto
- La descripción detallada de las actividades que implican infraestructura y/o instalaciones asociadas onshore (en tierra).
- La descripción detallada de las actividades que implican infraestructura y/o instalaciones asociadas offshore (en mar); p.ej. la escombrera marina que posiblemente se destine para depósito de material de dragado.

5.5.4.2.3 Desechos sólidos peligrosos

De acuerdo con las ND 3 y 4 del IFC, las Guías Generales sobre MASS y la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del WBG el Concesionario deberá:

- Identificar el tipo y volúmenes de desechos peligrosos que el Proyecto generará (incluyendo suelo/tierra, escombros, sedimentos provenientes de las actividades de dragado u otros materiales contaminados a remover) y el sitio de disposición (público autorizado, privado autorizado u otro).
- Específicamente para los sedimentos que se remuevan con el dragado, el Concesionario deberá estimar la cantidad y calidad de los sedimentos, identificar y evaluar opciones de sitios para disponer estos desechos y elaborar un Plan de Dragado que siga los lineamientos requeridos en la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del WBG.

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 WBG, y MARPOL, 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.

1.1.1.1 Actividades de dragado

De acuerdo con la Guía sobre MASS y la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del WBG¹², el Concesionario elaborará un apartado que describa a detalle las actividades de dragado y vertido de sedimentos que se realizarán durante la construcción del Proyecto.

El Concesionario incluirá:

- Caracterización de los sedimentos (ver detalle en sección 2.7.5.4)
- Mapas detallados de la ubicación y profundidad
- Volúmenes a dragar
- Modelo de dispersión de sedimentos
- Periodo del año y duración de las campañas de dragado, tomando en cuenta la estacionalidad y aspectos de protección a la biodiversidad marina.
- Criterios de interrupción, medidas de ahuyentamiento y otras medidas preventivas
- Equipos y personal requeridos (incluyendo observadores de la fauna marina en las embarcaciones)
- Técnicas de control y monitoreo de sedimentos (p.ej. barreras anti-turbidez)

mpe

- Técnicas de control y medición de ruido subacuático
- Alternativas de ubicación para los sedimentos extraídos como producto de la actividad de dragado, incluyendo la posibilidad de que parte de los dragados puedan reutilizarse para relleno de las nuevas obras o para venta a terceros.

5.5.5.2.3 *Desechos sólidos peligrosos*

De acuerdo con las ND 3 y 4 del IFC, las Guías Generales sobre MASS y la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del WBG el Consultor deberá:

- Identificar el tipo y volumen de desechos peligrosos que el Proyecto generará (incluyendo sedimentos provenientes de las actividades de dragado de mantenimiento) y el sitio de disposición (público autorizado, privado autorizado u otro).
- Específicamente para los sedimentos que se remuevan con los dragados de mantenimiento, el Consultor deberá estimar la cantidad y calidad de los sedimentos, identificar y evaluar opciones de sitios para disponer estos desechos y elaborar un Plan de Dragado que siga los lineamientos requeridos en la Guía específica para actividades de puertos, zonas portuarias y terminales del WBG.

C. Anexo 18: Estándares de Servicio

5. ESTANDARES DE SERVICIO PARA EL DRAGADO

Esta sección aborda consideraciones sobre estándares de servicio de dragado durante la Etapa de Construcción y Etapa de Explotación Total.

REQUERIMIENTOS DE DRAGADO DE MANTENIMIENTO		
Elementos	Descripción	Consideraciones

<p>1) Dragado Periódico al Sur Rompeolas en dársena y muelles.</p> <p>2) Dragado en Canal de Acceso y puestos de atraque.</p>	<p>1) En la dársena y los muelles, el concesionario deberá realizar el dragado de mantenimiento necesario para asegurar que se mantengan las profundidades mínimas de diseño de 13.6m referidos a la MLWS en toda la duración de la concesión.</p> <p>En el caso de que el concesionario decida operar con buques de mayor calado, el dragado de mantenimiento deberá profundizarse lo necesario para asegurar la operación segura de los nuevos buques máximos.</p> <p>2) El canal de acceso, puestos de atraque y área de maniobra deberá cumplir con una profundidad mínima de 13.6m referidos a la MLWS,</p>	<p><u>Modelo Actualizado de Transporte de Sedimentos:</u></p> <p>Evaluar la magnitud del transporte litoral. Determinar la ubicación y volumen óptimos de la trampa de sedimentos. Monitorear la trampa de arena para conocer la capacidad remanente para almacenar sedimentos adicionales. El dragado de mantenimiento de la trampa de arena se activará cuando el sedimento ocupe un 80% de la capacidad de retención de la dársena, debiendo dragarse hasta recuperar su capacidad original. Batimetrías periódicas y planes de dragado.</p> <p>Identificar la ubicación adecuada para el vertido de los sedimentos al NE del puerto.</p> <p>El Concesionario realizará un estudio hidrodinámico y un <u>estudio de transporte de sedimentos (dársena)</u> como base para el diseño de ingeniería de Puerto Caldera. Como resultado de este estudio, se podrán</p>
---	--	--

mybr

		<p>estimar los volúmenes de dragado de mantenimiento y su periodicidad que se incluirán en un Plan de Dragado durante todo el tiempo de la concesión. Con el objetivo que la solución recomendada minimice los dragados de mantenimiento a largo plazo.</p>
--	--	---

De las anteriores disposiciones transcritas, correspondientes al borrador del Contrato de Concesión y sus anexos, me permito hacer las siguientes consideraciones a modo de resumen con el objetivo de delimitar las reglas que se le exigen al futuro concesionario:

1. La Administración Concedente traslada la totalidad de riesgos ambientales en materia de dragado al Concesionario. Esto empieza desde el diseño conceptual que el Anexo IV del Pliego de Condiciones denominado “Requerimientos de la Oferta Técnica” le exige definir al oferente, pasando por el traslado absoluto del riesgo económico en relación con los costos operativos proyectados para la ejecución, incluso en escenarios donde esos costos no logren reflejar los volúmenes reales de dragado sin posibilidad de reajuste; en línea con lo anterior, operativamente el futuro concesionario debe asumir el riesgo de que los volúmenes proyectados de dragado no sean mayores; debe asumir los riesgos de cambios en las necesidades futuras de modificación del plan de dragado en virtud de variaciones en el calado de las embarcaciones que ingresen al puerto concesionado.
2. El Concesionario debe anticipar y definir todos los posibles impactos ambientales derivados del proceso de dragado para el mantenimiento del canal de acceso.
3. Se le traslada al Concesionario desde la emisión de la Orden de Inicio de la Concesión, la obligación de asumir las labores de dragado de capital y mantenimiento de las áreas marítimas que el concesionario actual se encuentra explotando, para la correcta operación portuaria, así como las futuras áreas por construir.
4. De particular interés, destaca la responsabilidad que el Borrador del Contrato de Concesión le traslada al futuro Concesionario en la selección y análisis del sitio de vertido del material de dragado.
5. **A pesar de todo lo anterior**, ni el Pliego de Condiciones ni el Borrador de Contrato de Concesión disponen cuál es el estatus que a la fecha presenta el área para disposición de material de dragado que utiliza el Concesionario actual tanto desde la perspectiva medioambiental, así como una regulación concreta de cómo va a resolver la Administración Concedente el problema de la

mbk

transición entre la Orden de Inicio de la Concesión y el momento de obtención de la Viabilidad Ambiental que está prevista para 12 meses posterior a aquella, es decir, habrá cuando menos un año de Fase de Explotación Inicial (Anexo 1 del Contrato de Concesión en relación con las cláusulas 2.2.3.4 y 2.2.3.5, así como el Anexo 6) en donde no existe ningún tipo de regulación respecto a la disposición del material de dragado y las variaciones que puedan darse en esa fase y la imposibilidad de una eventual explotación adicional, ya que el Contrato le traslada al eventual concesionario la obligación de mantener la transitabilidad por el canal de navegación (cláusula 1.9.2), lo que implica ejecutar obras de dragado en ese lapso.

Nos encontramos, por lo tanto, en presencia de un borrador de contrato de concesión que omite previsiones concretas respecto a eventos que están descritos en el Estudio de Factibilidad, que podrían impactar la actual zona o área de disposición de material de dragado como seguidamente se explicará.

ii. Argumentos de la objeción: Contradicciones graves entre Estudio de Factibilidad, Due Diligence Ambiental y Borrador de Contrato de Concesión

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.

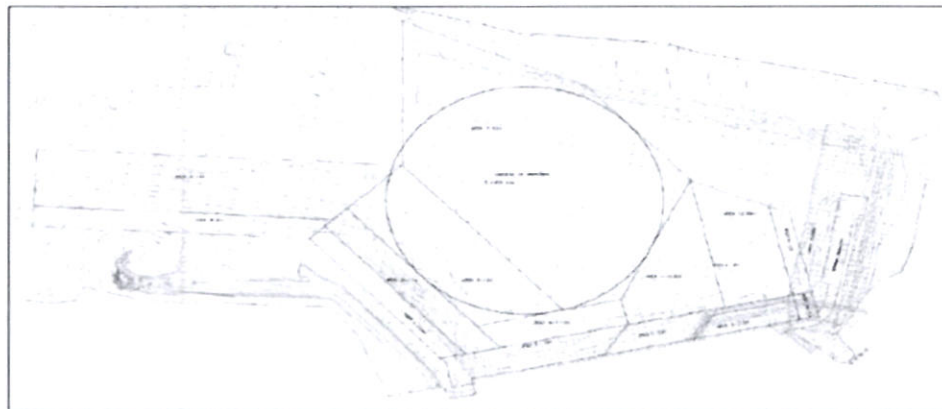
Sobre este punto, veamos específicamente lo que contempló el Due Diligence Ambiental¹:

2.2.2 Proyectos de Lado Mar (Offshore)

M&N (2023) indica que, en términos de dragado, actualmente se realizan actividades para el canal de entrada y círculo de maniobra actuales se muestran en la Figura 2-4. Dado que los buques mercantiles que operarán en el futuro serán de mayor eslora, será necesario ampliar el dragado del círculo de maniobra y, probablemente, también la anchura del canal de acceso. Sin embargo, no se evidenciaron nuevas áreas de dragado para esto, y este aspecto se detallará en los estudios de prefactibilidad y factibilidad de Puerto Caldera.

Por otra parte, para la construcción del nuevo muelle de carga general adosado al rompeolas, el nuevo muelle para contenedores y la ampliación del muelle de graneles, será necesario dragar para que los nuevos muelles tengan la suficiente profundidad operativa. Para esto se ha estimado preliminarmente un posible volumen de 1,000,000 m³ de material a ser dragado de estas áreas. El vertido de este material dragado se propone que se realizará en el vertedero o botadero que tradicionalmente ha utilizado INCOP en sus periódicos dragados de mantenimiento.

Figura 2-4: Áreas de Dragado



Fuente: M&N 2023

¹ Este documento se puede encontrar en el siguiente enlace de la página oficial del INCOP: <https://incop.go.cr/ProyectoModernizacion/#OtrosDocumentosAsociados> en la Carpeta denominada "Documentos del Proceso Licitatorio IFC", Punto 4 Debidias Diligencias.

mpk

Este Informe de debida diligencia elaborado en noviembre del 2023, proyecta que se utilizará el mismo espacio o área para depositar el material derivado de las obras de dragado.

Por su parte, el Estudio de Factibilidad precisa los siguientes elementos en relación con este punto:

- El material de dragado de mantenimiento se deposita en el “sitio de vertido” el cual fue definido por la autoridad ambiental. Este sitio de vertido se ubica a unos 4.7 km de distancia medidos del punto más externo de intervención de dragado del Puerto al centro de ésta. Tiene forma circular con un radio de 500 m resultando un área de 0.8 km² dentro de la cual la embarcación debe realizar la maniobra de vertido, asegurándose que el material del dragado es vertido totalmente dentro. La ubicación del sitio de vertido se observa en la siguiente Figura. (página 14).
- La línea base del ESIA a ser desarrollada deberá incluir la caracterización (física, química, biológica y de propiedades de ingeniería) de calidad de los sedimentos marinos para entender si existen alguna contaminación que pudiera prohibir el depósito de estos en el sitio de vertido. Asimismo, se deberán realizar los estudios técnicos necesarios para entender si el actual sitio de vertido licenciado puede recibir el material de dragado capital. Asimismo, se podría necesitar un modelamiento de la pluma de la dispersión durante las operaciones de dragado si se encontrara la presencia de contaminantes para poder desarrollar las medidas de mitigación correspondientes. (página 15)
- Es así como el Área de Influencia Directa (AID) Ambiental se conforma por la huella del Proyecto que se tiene contemplada a la fecha y considerando los componentes en tierra y mar (las áreas correspondientes a la zona de dragado de mantenimiento, dársena de giro), así como la zona de depósito de material de dragado (botadero marino). Asimismo, el AID incluye un buffer de 500 m de acuerdo con el criterio de la SETENA. (página 113).
- Existe la posibilidad de que se encuentren materiales contaminados durante las actividades de excavación (p. ej.; relleno bajo la losa). El nivel de contaminación no se sabe a la fecha, pero ya INCOP ha publicado un cartel para realizar un estudio de Fase II ASTM para determinar extensión y magnitud de contaminación del subsuelo. Dependiendo del resultado se deberá determinar la disposición final de estos materiales. También existe la posibilidad de redistribución de contaminantes, si los suelos contaminados y el dragado resultante se reutilizan en el emplazamiento. (página 431).
- Cabe destacar que es prioritario la reutilización de todo el material dragado o excavado siempre que sea posible. Adoptar las mejores prácticas de gestión de los residuos químicos. En el caso de los residuos peligrosos no reciclables, es necesario garantizar la separación, el transporte, así como su adecuada gestión. Como se mencionó anteriormente, de igual manera, el estudio de ASTM Fase II deberá indicar la magnitud y extensión de la contaminación, si existiera, para que luego se determine la mejor disposición. (página 437).
- Adoptar buenas prácticas para evitar o reducir los posibles impactos ambientales adversos asociados a la manipulación, recolección y eliminación de los residuos derivados de la construcción en la obra. Elaborar un plan de gestión de residuos que garantice la aplicación de las 4R (reducción, reutilización, reciclaje y recuperación) y que incluya la capacitación

del personal. Cabe destacar que es prioritario la reutilización de todo el material dragado o excavado siempre que sea posible (página 533).

- En cuanto a los costos, la página 399 del Estudio de Factibilidad indica lo siguiente:

Dragado

Además de los costes ya explicados, se prevé que el concesionario deba incurrir en costes de dragado de mantenimiento para poder garantizar las condiciones de operatividad en el terminal.

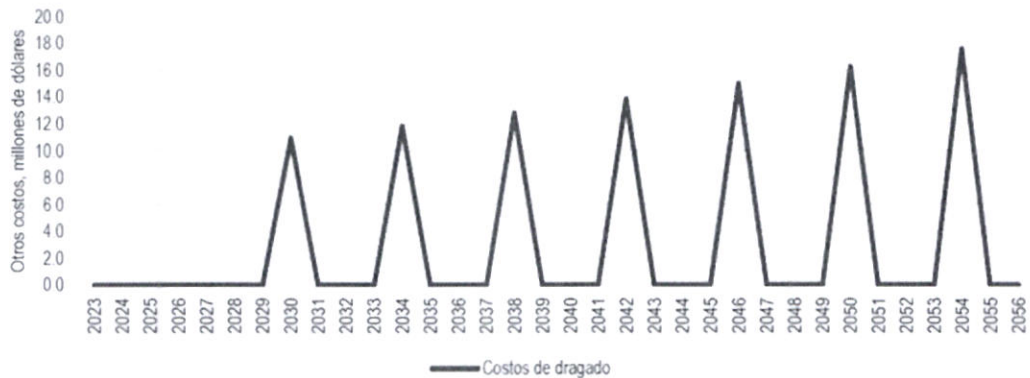
Así pues, se han tomado en consideración los siguientes supuestos para el cálculo de coste de dragado para el futuro concesionario.

Tabla 2.173: Supuestos considerados en el cálculo del coste de dragado

Elemento	Hipótesis
Volumen de dragado	800.000 m ³
Periodicidad	4 años
Coste de movilización de draga	US\$1,000,000
Coste por m ³	10 USD/m ³

Fuente: M&N

Figura 2.291: Costos de dragado esperados en el escenario base



Fuente: M&N, 2023

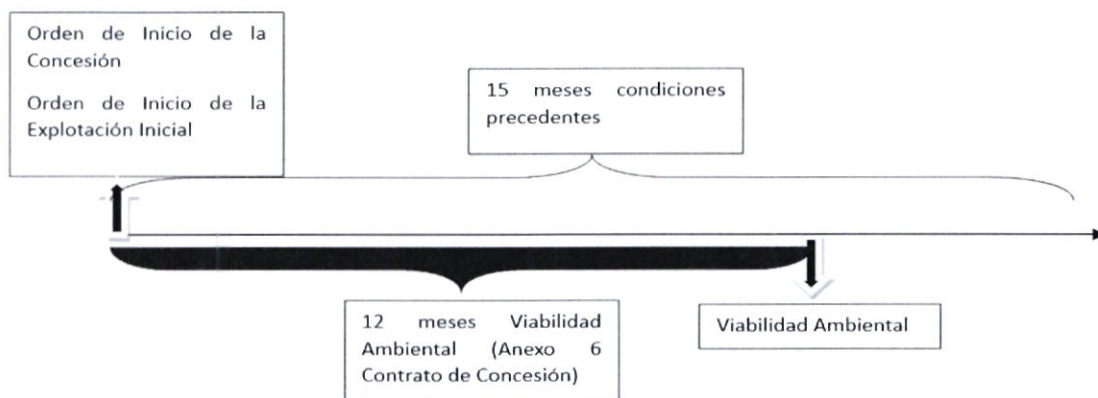
En la primera sección identificamos las reglas contempladas en el borrador de contrato de concesión respecto a las obligaciones y riesgos del futuro concesionario respecto a la actividad de dragado. Indicamos que la base contractual parte del hecho de una remisión absoluta de los riesgos en este apartado y exige especialmente al desarrollador dos cosas: a) estudios para identificar el mejor sitio de disposición del material de dragado y b) ejecutar obras de dragado desde la Orden de Inicio de la Concesión (y con ello desde la Orden de Inicio de Explotación Inicial).

MBR

Si se confrontan esas bases conceptuales con lo dispuesto con el Estudio de Factibilidad y la Debida Diligencia Ambiental, es posible identificar las siguientes confrontaciones conceptuales incompatibles con una definición clara del proyecto en relación con este extremo:

1. El borrador de contrato de concesión solicita la identificación de un nuevo sitio de depósito de material de dragado, en tanto el Due Diligence ambiental, por ejemplo, afirma que la propuesta se enfoca en mantener el área de depósito que actualmente explota del Concesionario y que cuenta con viabilidad ambiental, es decir, no prevé necesidad de cambios.
2. En la misma línea de lo anterior, si bien el contrato de concesión se decanta de forma absoluta por requerir al futuro concesionario la identificación de un nuevo sitio de depósito, el Estudio de Factibilidad en las páginas 14 y 15 identifica potencialmente a la actual área de depósito como parte del nuevo proyecto aclarando en la página 15 que el Estudio que se debe desarrollar de cara a SETENA, debe contemplar una caracterización de calidad de sedimentos, para evaluar si ambientalmente es necesario cambiar el sitio de depósito, no obstante, lo plantea como una consecuencia derivada del EsIA, no como una necesidad desde el punto de vista técnico-ambiental.
3. Incluso, el Estudio de Factibilidad del IFC parte de la base que el Área de Impacto del Proyecto está definida a partir de la ubicación y características actuales del sitio de disposición de ese material, lo que pareciera apuntar al hecho de que las bases técnico-ambientales no están previendo necesariamente una variación en ese elemento y por lo tanto, no se están contemplando costos asociados. Una modificación en el área de disposición de material, podría impactar costos asociados a la actividad de dragado, pero eso no está siendo contemplado por el Estudio de Factibilidad.
4. A pesar de estos elementos, el Contrato de Concesión omite completamente incorporar reglas claras de cómo debe proceder el futuro concesionario entre la Orden de Inicio de la Concesión, y la obtención de la Viabilidad Ambiental, esto por cuanto afirma el IFC en su Estudio de Factibilidad, que se están desarrollando estudios de ASTM que podrían reflejar niveles altos de contaminación en subsuelo y por tanto, la necesidad de modificar el área de disposición, pero sin que se regule en el Contrato de Concesión las reglas para proceder bajo un escenario como ese, antes de obtener la Viabilidad Ambiental. Es decir, que tendremos un periodo de al menos 12 meses de incertidumbre producto de omisión de reglas contractuales de cómo actual cuando los resultados de los estudios de ASTM estén listos, estudios que, además, está desarrollando un tercero según afirma el IFC en su estudio. Seguidamente se presenta un gráfico para ilustrar el periodo de impacto por dicha indefinición contractual:





5. El Estudio de Factibilidad entra en una directa confrontación con las disposiciones contractuales, por cuanto indica claramente que a la fecha, se está desarrollando un Estudio de Pruebas y Materiales (ASTM) por parte de **un tercero**, que además es determinante para poder calcular y conocer el nivel de contaminación del subsuelo y el impacto de eso en la necesidad o no, de ubicar un nuevo sitio. Es decir, la base técnica del proyecto, que es el Estudio de Factibilidad, de fecha 26 de agosto del 2024, refleja que hay un elemento de orden técnico absolutamente vinculante y determinante en relación con las obligaciones requeridas por el Contrato de Concesión, respecto del cual nada se conoce por parte de los potenciales oferentes, más allá de que existe y que por la fecha del Estudio de Factibilidad, es probable que esté en proceso de elaboración (partiendo del hecho de que lo indicado por el Estudio de Factibilidad es correcto, pues grave sería que se indique información imprecisa). Esto es a todas luces un elemento que altera sensiblemente el trabajo de preparación de un oferente en un proyecto de esta magnitud, pues se está excluyendo de su control y conocimiento, un aspecto importante para la toma de decisiones y está dejando en manos de un actor ajeno a la estructura del oferente.

6. Por otro lado, el Estudio de Factibilidad es reiterativo en indicar que el objetivo del proyecto es maximizar el uso del material de dragado a través de la reutilización en todo aquello que sea posible. Si bien esto se plantea como un objetivo deseable, no existen datos objetivos de cuál es el nivel real de posibilidades de lograr esos procesos de reutilización, pues el Estudio de Factibilidad no los cuantifica al menos preliminarmente. Tampoco explica el Estudio de Factibilidad cómo podría impactar eso en los estudios que el Contrato de Concesión le exige al desarrollador, al esperarse entonces volúmenes menores de disposición. Es decir, si se le exige al oferente plantear esquemas constructivos o diseños que contemplen la reutilización de ese material de dragado, el Contrato de Concesión tiene que prever soluciones en caso de que el material final de desecho sea de bajo impacto y por lo tanto, resulta innecesario ubicar un nuevo sitio de disposición. No obstante, eso no está contemplado y sin embargo se mantienen dos requisitos que podrían ser incompatibles sin una solución clara a nivel contractual: exigir reutilización y mecanismos de maximización en el uso de material de dragado (página 533 por ejemplo del estudio de factibilidad); realizar estudios técnicos para ubicar un nuevo sitio de disposición.

MBR

7. Finalmente, nótese bien la estructura de costos reflejada en el página 399 del Estudio de Factibilidad para esta labor y en el modelo propuesto, en virtud de que no está reflejado un eventual costo adicional relacionado con un nuevo sitio de disposición de material de dragado. No se contemplan potenciales gastos por ejemplo, en costos de traslado o acarreo, en la medida en que al exigírsele al futuro concesionario definir por medio de estudios un nuevo sitio de disposición, se está a las puertas de que el Área de Impacto se modifique y se amplíe al tener que ubicarlo en una zona más alejada de la actual, lo que lleva aparejado costos directos e indirectos que no están siendo analizados por la Administración Concedente.

Desde nuestra perspectiva, esto escapa a cualquier escenario de una simple aclaración al pliego de condiciones o al borrador de contrato de concesión. Lo que se nos presentan aquí, son problemas estructurales de la forma en que se ha decidido regular el tema del sitio de disposición de material de dragado que exige una revisión integral de las regulaciones, porque según demostramos en los puntos anteriores, hay aspectos que abiertamente se contradicen entre sí, lo cual deriva en limitaciones claras a la participación.

Puntualmente y de cara a lo que se expondrá seguidamente, tenemos en resumen lo siguiente:

- Contradicción técnica entre Estudio de Factibilidad, Due Diligence Ambiental y Contrato de Concesión, por cuanto los primeros no necesariamente requieren de la identificación de un nuevo sitio o área de disposición de material de dragado por lo siguiente: a) se prevé el uso del actual sitio; b) ausencia de estudios técnicos que determinen cambio de características del suelo marino y c) requerimientos de métodos que maximicen la reutilización del material de desecho, como el dragado.
- Omisión absoluta de identificación de costos relacionado con la eventual necesidad de ubicar el sitio de disposición a mayor distancia del área que actualmente se utiliza.
- Incerteza por la existencia de estudios técnicos solicitados a un tercero, según el Estudio de Factibilidad (que es la base técnica del proyecto) que inciden de forma directa en el análisis científico de la eventual ubicación del área de disposición. Es un factor que no está bajo el control del futuro concesionario y la información de ahí derivada se desconoce a la fecha.
- Omisión de reglas claras en relación con mecanismos que anticipen y regulen la necesidad de variar el área de disposición del material de dragado actual, producto de los estudios pendientes y contratados por la Administración, durante el plazo de los primeros 12 meses para la obtención de la nueva Viabilidad Ambiental.

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

Hemos dicho en otras secciones que el verdadero valor de un proyecto de concesión para efectos del interés público, yace en buena medida en la concurrencia de múltiples ofertas que le permita a la Administración Concedente seleccionar aquella que realmente alcanza de la mejor forma la satisfacción de las necesidades públicas.



Ese objetivo no puede lograrse si el Pliego de Condiciones y sus Anexos, está formulado de tal forma que impide a un oferente serio y con experiencia en el objeto a licitar, poder proyectar de forma precisa sus obligaciones por un lado, o bien, que le impida proyectar su modelo costos y determinar con exactitud la realidad económica del negocio para definir si le resulta rentable.

Tal y como dice la doctrina *“La asignación de riesgos en la ejecución de los contratos es asunto de capital importancia. Del acierto en la previsión de las contingencias (...) dependerá que sus respectivos intereses y el fin que les lleva a contratar queden debidamente satisfechos (...) Las normas de distribución y asignación de los riesgos no previstos eliminan formalmente la incertidumbre(...)”*.²

En esa línea de pensamiento, no solo es un factor que limita la concurrencia de ofertas y libre participación la imposición de factores de admisibilidad que sean de imposible cumplimiento, o que resulten contrarios al ordenamiento jurídico o bien, sean antagónicos a la ciencia, la técnica y la experiencia; sino que también y con especial consideración en materia de concesión de obra y servicios públicos, constituyen limitantes de ese principio todas aquellas omisiones, imprecisiones y ausencias de información clara que no permitan una elaboración de oferta sobre la base de todos los elementos de convicción técnicos, financieros, jurídicos y ambientales.

Cualquier ámbito de inseguridad jurídica en esta materia, puede significar la imposibilidad de una amplia concurrencia de actores relevantes en el mercado, especialmente cuando existe de por medio una alta inversión de recursos por parte del futuro concesionario, lo que exige por lo tanto una definición muy clara de cada una de las premisas sobre las que se ha estructurado la concesión. Dice la doctrina precisamente que *“por esta razón, con antelación a la celebración del contrato, la administración está obligada a realizar un análisis de todas aquellas circunstancias que pueden contribuir, obstaculizar o impedir que el proyecto objeto de contratación se desarrolle tal como lo quiere la administración y necesita para lograr sus objetivos estratégicos como entidad, es decir, identificar variables que pueden generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación”*.³

Todo lo anterior traducido al caso concreto se sintetiza de la siguiente forma:

- El Contrato de Concesión exige la elaboración de estudio para ubicar un nuevo sitio de dragado, pero las bases técnicas del proyecto indican que es posible continuar en el sitio actual bajo una verificación de condiciones ambientales que no se han estudiado, lo que se

² Fernández Farreres, G. (2021). La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. Revista de Administración Pública, 216, 47-90. Universidad Complutense de Madrid.

³ Expósito Vélez, Juan Carlos. La planeación y validez del contrato estatal. Contratos Públicos: Problemas, Perspectivas y Prospectivas. Universidad de Externado. Colombia. Pag. 94.

adiciona al tema de que al menos habrá un año de explotación inicial sin posibilidad de acudir a otro sitio por cuanto el hito de la licencia ambiental está previsto hasta el mes doce. Por lo tanto, en términos de planificación, costos y proyección de equipo técnico para la oferta, no es lo mismo analizar un sitio nuevo de disposición de material de dragado, que primero verificar si el actual puede seguir siendo utilizado.

- El contrato de concesión, así como el Estudio de Factibilidad, ignoran por completo los eventuales costos asociados a la nueva ubicación del sitio de disposición en caso de que el mismo se deba ubicar en una zona más lejana a la actual. Estos costos no proyectados generan incertidumbre en el modelo financiero interno que debe diseñar el oferente.
- Se está dejando en manos de un tercero según afirma el Estudio de Factibilidad, la realización de estudios ASTM, lo que impide conocer a la fecha esos resultados habiendo corrido ya el primer tercio de presentación de ofertas y excluyendo la posibilidad de tener control de esos estudios a pesar de su enorme incidencia, pues de ahí se derivarían datos trascendentales para los estudios de reubicación del sitio de disposición. Eso genera potenciales riesgos desmedidos al oferente y futuro concesionario producto de un diseño que no es el más óptimo pues para la presentación de ofertas, por cuanto no existen datos ciertos de cuándo se conocerán esos estudios.

iv. Solicitud concreta

A partir de lo anterior y en relación con el sitio de disposición de material de dragado se solicita:

1. Ajustar el Anexo 16 y el Anexo 18 en términos de requerir únicamente estudios para definir la reubicación de sitio de disposición de material de dragado hasta contar con los resultados de los estudios de ASTM contratados a un tercero y referidos en el Estudio de Factibilidad del IFC, en el tanto esos análisis permitan concluir la necesidad de la reubicación.
2. Se requiera al INCOP incorporar en el Estudio de Factibilidad, los costos asociados a una eventual reubicación del sitio de disposición de material de dragado en caso que dicha ubicación se aleje del actual sitio de disposición.
3. Se defina en el Contrato de Concesión el régimen de riesgos en caso de que durante los primeros 12 meses de la Etapa de Explotación en donde aún no se cuenta con Viabilidad Ambiental Definitiva existen inconvenientes con el área de disposición de material de dragado.



b. Exigencia de implementar normas del Banco Mundial y elaboración de dos Estudios de Impacto Ambiental
i. Reglas del Pliego de Condiciones y Borrador de Contrato de Concesión

El INCOP adoptó la decisión de incorporar al Borrador del Contrato de Concesión una serie de obligaciones en el ámbito medioambiental y social, relativos al cumplimiento de normas es desempeño del IFC y algunos otros parámetros del Banco Mundial, sobre los cuales el futuro concesionario debe desarrollar sus estudios en dicha materia y cumplir sus obligaciones de gestión ambiental.

Esos requisitos están desarrollados en todo el capítulo de Gestión Ambiental y Social y en el Anexo 16 y subanexos según se transcribe a continuación:

9.2 GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL

9.2.1 El Concesionario, realizará Gestión Ambiental y Social atendiendo lo dispuesto en la ley aplicable y según sea requerido en las Normas de Desempeño sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la IFC y las Directrices de Medio Ambiente y Salud y Seguridad de Puertos y Terminales del Banco Mundial incluyendo lo dispuesto en el Anexo No. 16 “Ambiental y Social”.

9.2.2 Asimismo, la totalidad de los costos requeridos para la realización de la gestión ambiental y social para la ejecución del Proyecto serán asumidos por el Concesionario y los riesgos asociados a esta obligación serán tratados de acuerdo con lo establecido en la sección de Riesgos 1.14.3.

9.3 VIABILIDAD AMBIENTAL

9.3.1 El Concesionario será responsable de presentar ante SETENA toda la documentación requerida para tramitar la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto incluyendo la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) conforme el Anexo No. 16 “Ambiental y Social” conforme a la resolución número 0924- 2024-SETENA del 21 de mayo de 2024 antes del vencimiento del doceavo mes (12) desde la Orden de Inicio de la Concesión como Condición Precedente para la Orden de Inicio de Construcción.

9.3.2 El Concesionario será responsable de la obtención de la Viabilidad Ambiental definitiva, la suscripción de la Garantía Ambiental requerida por SETENA, habilitación de la bitácora ambiental, declaración de compromisos ambientales, nombramiento de un regente ambiental, así como cualquier otro requerimiento de la autoridad ambiental de conformidad con la resolución que emita la SETENA.



9.3.3 El Concesionario deberá acreditar ante el INCOP que cuenta con el Estudio de Impacto Ambiental y Plan de Gestión Ambiental y Social del Proyecto debidamente aprobado por SETENA.

9.4 EVALUACIÓN Y GESTIÓN DE LOS RIESGOS E IMPACTOS AMBIENTALES SOCIALES CON BASE EN ESTÁNDARES INTERNACIONALES

9.4.1 El Concesionario deberá realizar una evaluación de impacto ambiental y social (“ESIA”) del Proyecto de acuerdo con la Normas de Desempeño (ND) sobre Sostenibilidad Ambiental y Social de la Corporación Financiera Internacional conforme el Anexo No. 16 “Ambiental y Social” como Condición Precedente para la Orden de Inicio de Construcción.

9.4.2 Toda la Gestión Ambiental y Social del Proyecto se documentará y gestionará a través del Sistema de Gestión Ambiental y Social (“SGAS”) que funcionará en todas las etapas del Proyecto siguiendo los requisitos de las ND de la IFC. El SGAS se compone de los siguientes programas y políticas:

- a) Política medioambiental, social, de salud y de seguridad del Concesionario
- b) Identificación de riesgos e impactos ambientales y sociales
- c) Desarrollo de la capacidad y competencia organizativa del Concesionario
- d) Plan de preparación y respuesta ante emergencias.
- e) Plan de participación de las partes interesadas
- f) Planes y procedimientos para gestionar los riesgos e impactos ambientales para cada etapa; incluyendo entre otros: Sistema de gestión de la seguridad, Plan de gestión de la salud y la seguridad en el trabajo, Plan de gestión de las aguas residuales, etc.
- g) Programa de monitoreo y seguimiento, incluyendo para la revisión de los indicadores clave desempeño del SGAS.

9.4.3 El SGAS será presentado en la Etapa de Transición Inicial a INCOP previo como una Condición Precedente a la Etapa de Construcción. El SGAS incluirá todos los elementos para la Etapa de Construcción, la Etapa de Explotación y la transferencia de la misma a la Administración Concedente.

9.5 RELACIONAMIENTO CON PARTES INTERESADAS Y MECANISMO DE QUEJAS

9.5.1 El Concesionario debe implementar siguiendo los requerimientos de la ND de la IFC, un mecanismo de manejo de quejas y reclamos de las comunidades y actores sociales del Proyecto. El mecanismo también gestionará las consultas y solicitudes de los actores locales. Dicho mecanismo debe ser implementado por el Concesionario desde el momento que hace ingreso al área de influencia, durante la fase de elaboración de los estudios ambientales y sociales y extenderse por las Etapas de construcción, explotación y cierre del Proyecto. El Mecanismo de Quejas estará dirigido tanto a la población vecina al proyecto como a los

usuarios del puerto.

9.5.2 El Concesionario deberá desarrollar, implementar, actualizar un Plan de Relacionamiento de Partes Interesadas (incorporando los esfuerzos de INCOP) y un plan de restauración de medios de subsistencia en caso de que aplique, conforme al Anexo No. 16 “Ambiental y Social” para cubrir todas las actividades que realizará directamente y a través de subcontratistas en las Fases del Proyecto.

9.5.3 El Concesionario deberá tener consideraciones específicas de violencia basada en género y establecer mecanismo de comunicación claros e incluirá provisiones para monitorear la eficacia del Mecanismo de Quejas. El Concesionario deberá dar los recursos financieros y de personal para la implementación correcta de estos mecanismos.

9.7 SALUD Y SEGURIDAD

9.7.1 Será responsabilidad del Concesionario desarrollar un plan de gestión del tráfico y plan de salud según las directrices de Directrices de Medio Ambiente y Salud y Seguridad de Puertos del Banco Mundial y con la Ley Aplicable.

9.7.2 El Implementar un sistema de gestión de seguridad para las actividades terrestres y marinas en el puerto conforme al Reglamento General de Servicios de INCOP y que cubra la seguridad de los buques que se acercan, los trabajadores en el sitio, comunidades circundantes, el público que accede al puerto (si lo hubiera) y los usuarios comerciales y recreativos del agua de mar y las playas en la zona de influencia del proyecto. El plan de preparación y respuesta ante emergencias en línea con la ND de la IFC (ND1) se integrará con el plan de seguridad. Se debe considerar que en el caso de recibir embarcaciones de pasajeros se deben tomar medidas específicas relacionadas con la salud de las comunidades.

9.7.3 Desarrollar un plan de manejo de seguridad que incluya una evaluación de las condiciones y riesgos de seguridad en la zona, que considera el código de conducta para los proveedores de seguridad basados en el respeto y protección de la dignidad y los derechos humanos, y que incluye las directrices de los estándares internacionales sobre buenas prácticas de uso del personal de seguridad.

9.7.4 Desarrollar un plan de gestión de seguridad y salud ocupacional (“SST”), que incluya (a) sistemas para gestión del trabajo, análisis de actividades de alto peligro y controles para todas las actividades; (b) provisión de equipos de protección personal (“PPE”), requisitos para el uso de equipos de protección personal y cumplimiento del uso de equipos de protección personal; (c) formación para riesgos específicos, por ejemplo, trabajo en alturas/en excavaciones/con electricidad, etc.

9.8 EFICIENCIA DE RECURSOS Y PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN

9.8.1 El Concesionario deberá realizar una evaluación del sitio y pruebas (“ASTM Fase II”) para identificar la distribución y el alcance de la contaminación dentro de los límites del Proyecto. Dependiendo de los resultados de ASTM Fase II, se deberán determinar los métodos y/o disposición final de estos materiales y, en consecuencia, se deberá elaborar un plan integral para su manipulación y eliminación y/o remediación.

9.8.2 Desarrollar e implementar planes de Medio Ambiente y Salud y Seguridad de demolición y construcción, incluidos procedimientos apropiados para la contención, remoción y eliminación de materiales peligrosos, como asbestos, PCB y aceites usados. Específicamente para materiales que contienen asbestos, la manipulación y eliminación debe ser realizada por personal especialmente capacitado siguiendo las ND de IFC y Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial.

9.8.3 Implementar medidas alineadas con las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial para prevenir la descarga accidental de contaminantes al medio ambiente acuático, implementando prevención y respuesta a derrames.

9.8.4 Desarrollar e implementar planes de gestión de residuos de conformidad con los requisitos ND de IFC (ND 3) y las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial, que incluye planes para incluir aspectos vinculado a la minimización de residuos, almacenamiento en el sitio, transporte, disposición y monitoreo. Al contratar a terceros para el manejo, tratamiento y disposición de residuos peligrosos y no peligrosos, contratar únicamente empresas licenciadas y con permisos válidos, obtener y verificar cadena de custodia.

9.8.5 Desarrollar un plan de gestión de aguas residuales para operar y mantener la planta de tratamiento y los tanques sépticos para cumplir con los estándares nacionales y las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial (las que sean más estrictas) y monitorear periódicamente la descarga de efluentes. Los lodos generados por la operación de tratamiento de aguas residuales deben eliminarse de acuerdo con las regulaciones nacionales.

9.8.6 Complementar el plan de gestión de aguas residuales con procedimientos para verificar que las embarcaciones tengan un Certificado internacional de gestión de agua de lastre válido, un plan de gestión de agua de lastre aprobado y mantengan registros de intercambio de agua de lastre según la Organización Marítima Internacional.

9.8.7 Proporcionar servicios de recolección, almacenamiento, traslado y/o tratamiento, e instalaciones de capacidad y tipo suficiente para toda el agua residual generada por los buques en el puerto siguiendo Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (“MARPOL”) y regulaciones nacionales y Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial.

9.8.8 Mejorar el sistema de drenaje del puerto, instalar separadores de aceite y agua en cada punto de recolección y desviar y tratar el drenaje de aguas pluviales de áreas potencialmente frecuentes de fugas y derrames de productos químicos y combustibles. Gestionar el suelo y los líquidos contaminados recuperados de acuerdo con las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial.

9.8.9 Desarrollar e implementar planes de gestión de la calidad del aire (incluidas las emisiones de GEI) para las operaciones de los buques mientras se encuentran en el área portuaria y para operaciones portuarias en línea con las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial.

9.8.10 Desarrollar un plan de aguas superficiales.

9.8.11 Desarrollar un plan de gestión de ruido y vibraciones para evitar, minimizar y gestionar el ruido y vibraciones provenientes de las operaciones en sitio y del tráfico rodado y de embarcaciones que se aproximan a la terminal.

9.9 GESTIÓN AMBIENTAL EN EL DRAGADO

9.9.1 Involucrar a expertos en dragado y gestión ambiental y desarrollar un Plan de Gestión de Dragado alineado con las Directrices sobre Medio Ambiente y Salud y Seguridad del Banco Mundial.

9.9.2 El Plan de Gestión de Dragado debe incluir una evaluación de riesgos para las actividades de dragado, definir la metodología de dragado; caracterizar los sedimentos; evaluar alternativas/impactos para la ubicación de disposición del material de dragado, evaluar y modelar receptores ecológicos sensibles; y definir la mitigación de medidas para abordar los impactos, parámetros e indicadores de seguimiento.

9.9.3 Antes de iniciar las actividades de dragado, se deben tomar muestras de los materiales y caracterizarlos según sus propiedades físicas, químicas y biológicas, así como propiedades de energía y distribución espacial. Especial atención a la investigación realizada como parte de la EIA para evaluar el alcance y la gravedad de contaminación, pero no limitado a, Mercurio, Arsénico, Cobre y Cromo.

9.9.4 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.

9.10 CAMBIO CLIMÁTICO

9.10.1 Desarrollar un plan de gestión y mitigación del riesgo de inundaciones basado en los

resultados de una evaluación detallada del riesgo de inundaciones considerando los impactos del cambio climático conforme el Anexo No.16 “Ambiental y Social” y el Anexo No. 17 “Requerimientos de Cambio Climático”.

9.11 BIODIVERSIDAD Y AREA LEGALMENTE PROTEGIDA DE TIVIVES

9.11.1 Elaborar un plan de gestión de la biodiversidad (en tierra y costa afuera) conforme el Anexo No. 16 “Ambiental y Social”, que defina todas las medidas de mitigación relevantes, como lo es procedimientos para reubicación de especies, restauración con especies nativas, manejo y prevención de especies exóticas invasoras, prevención de colisiones de fauna marina, minimización de la dispersión de sedimentos durante las actividades de dragado, plan de respuesta para fauna marina lesionada, vida marina y medidas de mitigación de posibles aguas residuales, residuos, polvo, ruido, según aplique.

9.11.2 Plan de seguimiento de la biodiversidad de especies prioritarias en Tivives, con gestión adaptativa, según aplique. Plan de Acción para la Biodiversidad, que incluya una estrategia de Ganancia Neta para los valores Críticos del Hábitat (si es necesario) y, en consulta con las partes interesadas y expertos relevantes, así como acciones de conservación adicionales para la Zona Protectora de Tivives.

9.11.3 El Concesionario deberá garantizar la minimización de la huella del proyecto y que no se produzcan expansiones dentro de la Zona Protectora de Tivives ni cambios hidrológicos que puedan afectar estas áreas.

9.12 PUEBLOS INDÍGENAS

9.12.1 Elaborar dentro de la línea de base económica para la ESIA, una identificación y caracterización detallada de los Pueblos Indígenas (PI) dentro del área de influencia del Proyecto, que incluirá también todas las canteras y áreas de disposición y demás instalaciones que sean componentes de los proyectos o asociados.

9.12.2 Las instalaciones según la definición de ND de la CFI ND1 incluyen aquellas con derechos sobre la tierra, aquellas sin derechos sobre la tierra, aquellas reconocidas y no reconocidas por el gobierno local y comunidades afro costarricenses. Se incluirá una identificación detallada de los riesgos e impactos de las PI, definirá las necesidades de consultas y Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) con estas comunidades, y diseñar medidas de mitigación alineadas con las ND sobre de la IFC (ND7).

9.13 PATRIMONIO CULTURAL

9.13.1 Se evaluará la probabilidad de hallazgos de patrimonio cultural en tierra y mar. Si se confirma la presencia de patrimonio cultural patrimonio, se desarrollarán medidas de acuerdo

con la Ley Aplicable y con la ND 8, incluido un plan de gestión del patrimonio cultural y seguimiento.

9.14 RESPONSABILIDADES DE INCOP

9.14.1 Serán funciones de INCOP del componente ambiental y social:

- a) Colaborar con el Concesionario en la implementación de las medidas que resulten del Plan de Relacionamiento de las Partes Interesadas.
- b) Coadyuvar al Concesionario en gestionar con las autoridades los permisos ambientales y sociales necesarios.
- c) Revisar la aplicación del SGAS y sus programas de Gestión Ambiental y Social y determinar si las medidas de mitigación y acciones de remediación acordadas se están llevando a cabo y son eficaces.
- d) Revisar la aplicación de los procesos de Relacionamiento con las partes interesadas
- e) Revisar cualquier incumplimiento de las disposiciones contractuales de Gestión Ambiental y Social.
- f) Revisar la gestión, el seguimiento y los informes ambientales y sociales realizados por el Concesionario.
- g) Revisar, con anterioridad durante el trámite de revisión documental y cumplimiento del EIA y el SGAS y el Plan de Gestión Ambiental y Social que de este sistema se derivan y que hacen parte de este.
- h) Revisar las políticas y procedimientos de recursos humanos y la emisión de contratos para toda la fuerza laboral, incluida la mano de obra subcontratada.
- i) Revisar los procedimientos y la implementación del plan de gestión de seguridad y salud ocupacional, incluida (a) la emisión de equipos de protección adaptados a los peligros asociados con la actividad laboral y el Análisis de seguridad laboral, (b) la emisión de permisos de trabajo (c) Procedimientos de investigación de incidentes para informar, investigando, analizando y documentando todos los incidentes de salud, seguridad y medio ambiente, incluidos los cuasi accidentes.
- j) Revisar la gestión, el seguimiento y la presentación de informes ambientales y sociales realizados por el Concesionario.
- k) Revisar los procedimientos de gestión de las aguas residuales de los buques.
- l) Revisar la implementación del plan de manejo de dragado por parte de Concesionario.

9.15 REPORTES SOBRE LA GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL

9.15.1 El Concesionario deberá realizar un reporte trimestral durante toda la Etapa de Construcción a sobre la Gestión Ambiental y Social que cumpla con los requerimientos del Anexo No. 16 “Ambiental y Social”.

9.15.2 El Concesionario deberá realizar un reporte semestral de las obligaciones de gestión

ambiental y social durante la Etapa de Explotación durante toda la Concesión que cumpla con los requerimientos del Anexo No. 16 “Ambiental y Social”.

ii. Argumentos de la objeción: Ausencia absoluta de justificación técnica y primacía del ordenamiento jurídico local por disposición legal expresa

La implementación de normativa en materia ambiental, social, de salud y seguridad desarrollada por el Banco Mundial y el IFC como 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.

- A. Problemas jurídicos respecto a la aplicación de esta normativa: 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 Públicas 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. Iniciemos con el artículo 21 de la Ley 7762 que indica que como parte de la actividad que debe desarrollar la Administración Concedente, se encuentran los estudios “*de impacto ambiental; para ello se dará audiencia por cinco días hábiles al Ministerio del Ambiente y Energía, a fin de que determine el tipo de estudio por realizar. Terminado el estudio, se dará nueva audiencia a este Ministerio, que dispondrá de un plazo improrrogable de quince días hábiles para pronunciarse y su criterio será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir ninguna respuesta, se interpretará que el Ministerio no tiene objeciones*”. Es decir, la entidad competente en materia ambiental es la que determina lo que debe o no, presentarse. Bajo esa misma línea, el artículo 7 del Reglamento a dicha ley indica que “*los estudios de factibilidad deben incorporar los estudios ambientales que determine el Ministerio de Ambiente y Energía(*) a través de la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA), de conformidad con los parámetros que esta defina, para lo cual la respectiva Administración concedente deberá darle audiencia por cinco días hábiles para que se pronuncie*”. Partiendo de esa misma línea, nótese que el Decreto Ejecutivo 43898 -MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC en su artículo 1 indica:

“El presente reglamento tiene por objeto regular los requisitos y procedimientos generales por los cuales se determinará la Viabilidad (Licencia) Ambiental (VLA), de las actividades, obras o proyectos (AOP), que por ley o reglamento, se han determinado que pueden alterar o destruir elementos del ambiente o generar residuos, materiales tóxicos o peligrosos; así como, las medidas de prevención, mitigación y compensación, que dependiendo de su impacto en el ambiente, deben ser implementadas por el desarrollador.

Es requisito indispensable para que las autoridades competentes otorguen los permisos, concesiones, patentes y licencias, para realizar las actividades, obras o proyectos

determinados por este reglamento, cumplir el proceso de obtención de una viabilidad ambiental, ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental.

La Evaluación de Impacto Ambiental(EIA) se deberá completar con la Matriz de Significancia de Impactos Ambientales (SIA). El resultado de este análisis por parte del consultor ambiental, deberá permitir determinar el trámite a seguir para la obtención de la viabilidad ambiental, salvo para aquellos casos que por ley especial exijan realizar un Estudio de Impacto Ambiental”.

Asimismo, el artículo 43 de ese mismo cuerpo reglamentario, dispone lo siguiente en relación con la actividad de seguimiento del proyecto:

“La Resolución de aprobación de la actividad, obra o proyecto, incluirá los siguientes aspectos:

1. Los lineamientos o directrices ambientales de compromiso que enmarcan el otorgamiento de la Viabilidad (Licencia) Ambiental (VLA), y que estarán basadas en todo el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, particularmente en los instrumentos de evaluación ambiental, así como una serie de condiciones e instrumentos de control y seguimiento ambiental, que incluyen los siguientes elementos:

a. Cumplimiento del CBPA.

*b. Desarrollo e implementación de la Etapa de **Control y Seguimiento Ambiental**, que comprenden 3 aspectos básicos como son...”*

Es decir, SETENA tiene las competencias otorgadas para definir el contenido de lo que debe someterse a valoración para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental y por medio de la Resolución de la Viabilidad Ambiental, ese órgano define el alcance de las obligaciones ambientales que se fiscalizarán en el proceso de seguimiento de la obra. En el régimen de concesión por lo tanto, la ley especial que regula la materia (Ley 7762) impone a la Administración Concedente y al futuro Concesionario la normativa bajo la cual se deben desarrollar los estudios ambientales, mientras que la legislación especial atinente al ámbito ambiental, le otorga competencias 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.

A pesar de que 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.

Junto con este escrito de objeción, se aporta un Informe Técnico de la Ingeniera Karla Paniagua Obando, Master en Gerencia de Proyectos y Regente Ambiental debidamente inscrita ante SETENA, en el que además se abordan los siguientes elementos relevantes que permiten enfatizar que no hay un razonamiento jurídico claro que justifique la imposición de este régimen externo:

- El marco regulatorio interno en Costa Rica es robusto y logra con eficiencia asegurar que los proyectos se desarrollen en armonía con el ambiente⁴.
- Los documentos del Cartel no brindan una explicación concreta que justifique desde el plano técnico, la necesidad de incorporar normas de un organismos multilateral que no está financiando el proyecto.
- De especial interés, se aporta como Anexo una nota de respuesta de SETENA donde queda claro que para efectos de esa Secretaría, el único marco regulatorio válido, es el ordenamiento jurídico local con especial énfasis del Decreto Ejecutivo 43898 - MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC. **No obstante, el problema central es que la cláusula 9.3.1 del Contrato de Concesión impone que el “Concesionario será responsable de presentar ante SETENA toda la documentación requerida para tramitar la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto incluyendo la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) conforme el Anexo No. 16 “Ambiental y Social”,** siendo que el Anexo 16.2 es precisamente el Anexo que regula la incorporación de todos los parámetros internacionales ambientales y sociales⁵.
- Afirma el Informe de la Ingeniera Paniagua Obando, que la única justificación lógica que podría tener la incorporación de estos términos de referencia para implementar la normativa internacional del Banco Mundial en esta materia, es que medie un financiamiento al proyecto.

En general no se encuentra una justificación precisa en los documentos de respaldo de la licitación que permitan entender el uso de estos estándares, más aún si se considera que ni el IFC ni el Banco Mundial directamente están aportando financiamiento para esta Concesión y en todo caso, tampoco APM Terminals requiere financiamiento alguno, todo esto sin

⁴ Es importante aclarar en este punto que si bien forma parte de los Documentos de Referencia de la Licitación Pública el informe denominado Reporte de la Evaluación Ambiental y Social Preliminar (Scoping Report) – Puerto Caldera, el mismo no es más que una descripción de la normativa local y una comparación de diferencias entre los estándares del IFC y lo que se exige a nivel costarricense. No obstante, **el documento NO constituye en sí mismo, un análisis de necesidad técnica, es decir, no razona ni brindar argumentos técnicos** a partir de los cuales se justifique la exigencia de cumplimiento de estándares del Banco Mundial, en un proyecto que no está siendo financiado por esa entidad. La simple existencia de diferencia entre un marco y el otro, no implica justificación técnica del por qué deba exigirse los estándares del IFC.

⁵ Aunado a lo señalado, nótese que el Estudio de Factibilidad que es la base técnica de la concesión, en la página 427 señala claramente que para cumplir con la Viabilidad Ambiental y los compromisos ambientales, se deben implementar las normas de desempeño en el ámbito ambiental y social del IFC.



mencionar el eventual problema de conflicto de interés que representaría que el órgano asesor de la Administración Concedente también pretendiera financiar a un potencial oferente.

Finalmente, no puede obviarse que adicionalmente el Anexo 16.2 precisamente 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. Sobre este tema, además, en los propios documentos de referencia de la licitación, se encuentra un análisis de la empresa consultora Zone Environmental Services, en el que se indica:

“Costa Rica conforma la minoría de los países que no es considerada parte del Convenio MARPOL. En consecuencia, no cuenta con normativa que unifique las acciones de prevención y respuesta a la contaminación por buques y las estandarice a las prácticas del resto de los países.

Al no ser parte de MARPOL, Costa Rica no cuenta con una serie normas que unifique la forma de actuar ante una serie de situaciones, como por ejemplo la emisión de Certificados Internacionales de Prevención, deber de contar con Instalaciones de Servicios y recepción o mecanismos procedimentales para la visita y revisión de buques.

***A pesar de lo anterior, Costa Rica cuenta con normativa general que le permite hacer frente, detener, mitigar y sancionar cualquier conducta de contaminación marítima o que ponga en riesgo el medioambiente marino.** Particularmente, Costa Rica es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en lo sucesivo “UNCLOS”), es igualmente parte del Convenio Internacional Sobre La Responsabilidad Civil Nacida De Daños Debidos A Contaminación Por Hidrocarburos (en lo sucesivo “OILPOL”), ha incluido el derecho a un medioambiente sano y equilibrado como un derecho fundamental reconocido Constitucionalmente, cuenta con leyes de amplio alcance que regulan el deber de prevenir cualquier forma de contaminación y determina la responsabilidad civil de los titulares de las actividades”. (El resaltado no es del original)*

Esta posición refleja en buena medida el enfoque que planteamos en esta objeción desde el enfoque de aplicación normativa, por cuanto se está solicitando la incorporación obligatoria de normativa internacional, no vinculante para el medio local, sin una justificación técnica clara que respalde su necesidad; pero que en todo caso, su ausencia tampoco representa una imposibilidad para que con los medios existente en nuestro ordenamiento jurídico, se puedan desarrollar obras de infraestructura respetuosas del medio ambiente porque ya nuestro ordenamiento jurídico es riguroso y especialmente, es lo que específicamente exige la Ley 7762.

- B. Inexistencia de criterios técnicos sobre la necesidad de la implementación de estos estándares: Ni el Estudio de Factibilidad, así como tampoco las consultorías complementarias publicadas como documentos de referencia por parte del INCOP, contemplan un análisis

técnico específico de orden técnico, que justifique la necesidad de incorporación de las normas de desempeño del IFC y cualquier otra norma complementaria del Banco Mundial. APM Terminals puede comprender que la implementación de ciertos estándares sea un ideal, pero en un ámbito donde ya Costa Rica cuenta con un marco regulatorio robusto, donde no existe evidencia técnica que demuestre la necesidad de implementar estándares de organismos multilaterales y donde finalmente, tampoco media financiamiento, resulta difícil poder comprender las razones por las cuales se les está exigiendo a los potenciales oferentes comprometerse con un régimen que duplica costos, obstaculiza innecesariamente el proceso de obtención de la Viabilidad Ambiental, en un ámbito donde además el riesgo se le ha trasladado completamente al concesionario. No se ha puesto en conocimiento de los potenciales oferentes evidencia científica o técnica que respalde la decisión de hacer mandatorio el uso e implementación de las normas de desempeño del IFC y desde esa perspectiva, el Cartel y el Contrato de Concesión carecen de una debida justificación y en esa medida, se violenta el deber de fundamentación técnica derivado del artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública tantas veces aludido por el propio órgano contralor en materia de justificación del pliego en aspectos técnicos al indicar reiteradamente que *“la Administración se encuentra obligada a fundamentar de manera adecuada sus decisiones”*⁶ lo que no solo es aplicable para el Acto de Adjudicación per se, sino para todo el procedimiento licitatorio incluyendo las etapas previas y la elaboración del pliego de condiciones. En la medida en que la decisión de incorporar determinados parámetros como requisitos vinculantes, carezca de una base sólida, se estarían entonces exigiendo parámetros arbitrarios que pueden derivar en escasa participación o concurrencia, pues estamos en presencia de un proyecto que significa ya en sí mismo, un esquema de riesgos complejos para el Concesionario y si a ello se le suman imposiciones ayunas de fundamentación técnica, el paquete de riesgos puede resultar inmanejable dentro de parámetros razonables a la luz de lo que es usual en mercado y con ello, desincentivar la participación.

C. Sobrecostos sin un estudio claro que los respalde: Líneas atrás hicimos referencia al Informe Técnico de la MSc. Karla Paniagua, especialista en Gerencia de Proyecto y Regente Ambiental inscrita en SETENA, que respaldas los fundamentos de la objeción en relación con los temas ambientales. En su Informe, la señora Paniagua Obando precisa una serie de cuestionamientos en relación con la eficiencia del modelo propuesto por el INCOP en materia de obligaciones ambientales. Una línea común a los planteamientos del Informe, es la duplicidad de costos, carente de justificación técnica, que lleva implícita la fórmula propuesta por el la Administración Concedente. Puntualmente se indica en el informe:

- El Cartel prevé duplicidad de estudios ambientales y sociales, por cuanto se exige un EsIA para SETENA y un EIAS para el INCOP con normativa del IFC, sin perjuicio de lo señalado líneas atrás en cuanto que el Cartel no discrimina en torno a la aplicación de la normativa de la entidad multilateral (por ejemplo, requiere que el PGA se ajuste a los criterios del NDI del IFC) y por tanto, hay una exigencia de usar

⁶ Entre otras R-DCP-SICOP-01076-2027.



también parámetros del IFC para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental ante SETENA.

- Existiendo entonces dos estudios de impacto ambiental por cubrir, no está sujeto a discusión el hecho de que necesariamente habrá un encarecimiento de los costos por el desarrollo de estos estudios, en virtud de que el equipo que deba contratarse para el EsIA de cara a SETENA, deberá elaborar un segundo Estudio para el INCOP con parámetros distintos. El problema radica en que ya no solo esa duplicidad de actividad implica necesariamente duplicidad de costos, sino el problema se agrava cuando el Anexo 16 exige un perfil técnico reforzado para poder desarrollar los estudios ambientales y sociales con la normativa de estándares del IFC, lo indudablemente encarece el proyecto.
- Los altos perfiles profesionales exigidos por el IFC para implementar los estándares de su normativa en materia ambiental y social, chocan con la realidad que se vive en la práctica en relación con lo que es posible conseguir a nivel de mercado local, donde la oferta profesional con esa experiencia y formación, es reducida, incluso obligando eventualmente al futuro concesionario a tener que acudir a profesionales extranjeros. El impacto en costos producto de esa realidad es automático, pues poca oferta profesional, encarece el cumplimiento de dicha obligación, pues se genera un efecto a la alza automático en la medida que los pocos profesionales existentes no tendrán que competir con propuestas de servicios competitivas. Ya no hablar de eventuales escenarios de contratación de extranjeros.

El Estudio de Factibilidad ni tan siquiera se plantea de forma concreta el impacto real en costos que conlleva estas exigencias. Tampoco hacer un análisis particular del mercado profesional local en el ámbito de la regencia ambiental para determinar la oferta de profesionales y de esa forma, poder dimensionar la complejidad de las exigencias de experiencia profesional. En otras palabras, **la decisión de incorporar estos parámetros no está respaldada por estudios que dimensionen de forma precisa el impacto en costos real**, y es un deber de la Administración adoptar decisiones informadas y fundamentadas en bases técnicas, más aún en relación con un proyecto de Concesión, donde debe existir precisión absoluta de todos los costos asociados a sus obligaciones y que los mismos estén reflejados en la propuesta de modelación financiera que da base al precio (tarifa en este caso), que recibirá el futuro concesionario. Si esos estudios no están presentes tan siquiera para fundamentar la decisión de incorporar estas normas de desempeño del IFC, menos aún en la proyección de los costos reales para lograr tarifas competitivas. Este tipo de omisiones son las que precisamente en un escenario licitatorio de concesión, derivan en problemas de concurrencia, cuando por definición, un proyecto de esta naturaleza debe procurar la presencia de la mayor cantidad de actores relevantes en el mercado para obtener ofertas competitivas y omisiones de este tipo, impiden esa participación pues oferentes experimentados como los que pretende recibir un concurso de este tipo, no pueden asumir riesgos no proyectados por el modelo financiero y técnico con incidencia de costos que terminarán impactando las verdaderas utilidades y la recuperación de la inversión.



D. 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: Según la cláusula 1.15.3.3 del borrador de Contrato de Concesión, el Concesionario asume todos los riesgos ambientales derivados de la licencia ambiental. La decisión de la Administración Concedente en este caso, fue optar por trasladar al oferente y futuro concesionario la definición detallada de la solución técnica (planos y diseño), lo que conlleva a una transferencia del riesgo de obtención de la Viabilidad Ambiental Definitiva y por tanto, únicamente se acredita por parte de la Administración la Viabilidad Ambiental Potencial. Si bien eso es jurídicamente viable, lo puede perderse de vista que estamos entonces en un esquema que ya es altamente riesgoso para el Concesionario, pues no solo debe cumplir con la obtención de la licencia ambiental, sino que adicionalmente un determinado tiempo, el cual además es poco razonable según veremos más adelante. Bajo ese esquema, resulta injustificado que la Administración imponga requisitos que hagan aún más complejo e inviable la administración de los riesgos a través de requisitos que constituyen una carga innecesaria para el futuro concesionario. Precisamente eso sucede con el tema de los alcances de las normas de desempeño en el ámbito social, pues constituyen una carga injustificada para el desarrollador. En esta línea, no puede perderse de vista que según la doctrina en materia contratación pública, la *“entidad estatal contratante deberá realizar las conductas necesarias para minimizar el riesgo inherente al proveedor”*⁷. Es decir, distribuir el riesgo es un primer paso en estructuras de APP, pero una vez distribuidos, el Estado no puede cargar de forma irracional al oferente y futuro contratista con una serie de obligaciones que aumentan de forma exponencial su riesgo a través de obligaciones accesorias o complementarias a la materia donde el riesgo fue asignado, pues la carga sería excesiva y el modelo conceptual como tal del proyecto, podría ponerse en riesgo por eventuales incumplimientos inevitables, todo producto de una incorrecta ponderación de los requisitos cartelarios. Si a eso se le debe añadir una nula base técnica para justificar esas obligaciones adicionales, tenemos entonces un diseño inadecuado altamente riesgoso y consecuencias de escasa participación de ofertas.

En el Informe Técnico que se aporta como prueba para los temas ambientales, elaborado por la Msc. en Gestión de Proyectos y Regente Ambiental inscrita, la señora Karla Paniagua Obando, se indica lo siguiente:

- “Participación Comunitaria y Percepción de Autoridad: Involucrar a la comunidad en un nivel más profundo es fundamental para cumplir con las normas del IFC, que enfatizan la consulta y participación de las partes interesadas. Sin embargo, esto puede generar un riesgo si la comunidad percibe que tiene una autoridad sobre el proyecto. **La experiencia en proyectos de desarrollo en el país muestra que esto puede llevar a expectativas no realistas, demandas excesivas o incluso a la obstrucción del proyecto** si no se manejan adecuadamente las relaciones comunitarias.

⁷ Pimiento Echeverri, J. Licenciamiento y contratación estatal. Contratos Públicos: Problemas Perspectivas y Prospectivas. Universidad de Externado. Colombia. Pag. 132.



- Conflictos Sociales, inseguridad y delincuencia: La presencia de conflictos sociales, ya sean históricos o emergentes, puede impactar negativamente en el proyecto. Estos conflictos pueden estar relacionados con disputas territoriales, oposición a la presencia de grandes corporaciones, o preocupaciones ambientales y laborales. Estas posiciones y el involucrarlos activamente en el proyecto, para cumplir con ND del IFC, **puede generar problemas de seguridad para las personas que trabajan y desarrollan el proyecto.**
- “(...) Este es un tema que **ya está incorporado** ampliamente en la **normativa de SETENA.**, sin embargo, la introducción y ampliación de las ND del IFC en aspectos sociales, **suma riesgos importantes al futuro concesionario** por el perfil que se exige en el involucramiento social, **haciendo más complejo e incierto el proceso de estudio socioambiental”.**

La posición de la especialista es categórica en calificar estos requisitos como un riesgo alto innecesario porque en todo caso, ya la normativa local exige una interacción prudente en la parte social entre desarrollador y las comunidades y actores sociales relevantes. El problema es que las normas del IFC exigen un protagonismo desmedido de esos actores y en nuestro medio eso usualmente se vincula con procesos obstruccionistas y para ello hay casos muy puntuales como fue la fallida concesión de la carretera San José-San Ramón donde los colectivos sociales hicieron inviable el proyecto o incluso, la Terminal de Contenedores de Moín ha debido enfrentar conflictos permanentes, incluso a más de diez años de la firma del contrato, por parte de grupos sindicales, ambientalistas y asociaciones civiles.

iii. **Obstáculos y limitaciones que representan estas cláusulas contractuales de cara a una eventual oferta**

En el proceso de fundamentación de los argumentos hemos ido explicando los impactos que tienen estos temas en la elaboración de una oferta, pero especialmente, la incidencia en términos de decisión de participación en el concurso por eventuales desbalances en las obligaciones y omisiones contractuales. Desde ese enfoque, es esencial considerar que en estructuras contractuales como la concesión, están presentes dos elementos particularmente relevantes: 1) la distribución clara, razonable y proporcionada de los riesgos y 2) precisión en los alcances técnicos y financieros del proyecto, incluyendo todos los costos asociados.

En un modelo contractual donde el socio privado debe invertir altas sumas económicas en inversión de infraestructura y equipo y su recuperación depende de que la Administración haya hecho una buena labor en la modelación financiera, tarifaria y de distribución de riesgos e imposición de obligaciones, cualquier inconsistencia sustantiva en esos factores sin duda desincentivará la participación al menos de todos aquellos actores con experiencia en el mercado, pues encontrarán en el proyecto un negocio altamente riesgoso o incluso, poco rentable.

mfr

Bajo ese orden de ideas, el impacto de la imposición de las normas de desempeño del IFC, así como guías o estándares adicionales del Banco Mundial, repercuten de la siguiente forma:

1. Se están duplicando costos de forma injustificada, sin base técnica y sin un análisis de costo beneficio, incluso sin que esa duplicidad de costos esté debidamente analizada y cuantificada, lo que deriva por un lado, en una indeterminación de la cuantificación de esa obligación y por otro parte, corresponde a una carga económica que a la fecha no encuentra un sustento técnico ni en el Estudio de Factibilidad, ni en los documentos de referencia de la licitación. Esto impide la toma de decisiones en términos de participación, aspecto que muy probablemente se estarán planteando de la misma forma los restantes actores del mercado en esta materia, lo que constituye un riesgo para el interés público pues el éxito de un procedimiento de esta naturaleza es concurrencia de la mayor cantidad posible de ofertas.
2. Se están imponiendo normas que no son de exigencia local, incluso con una eficacia cuestionable por cuanto la normativa vinculante para SETENA y para los procesos de seguimiento ambiental por parte de la futura regencia ambiental, está claramente definida a nivel patrio y no contemplan los estándares del IFC y del Banco Mundial. Incluso se está requiriendo normativa internacional de la cual Costa Rica no forma parte. Esto incide en también en posible escasa concurrencia de ofertas.
3. Hay problemas de riesgos excesivos derivados de la implementación de esas normas, como sería todo el tema social que no está debidamente analizado y proyectado por parte del INCOP y suma altos riesgos de incumplimiento de la licencia ambiental en los plazos requeridos por efecto colateral de obstrucción e imposición de criterios por las fuerzas sociales eventualmente adversas al proyecto y que bajo la normativa del IFC deben incorporarse al proceso de estudios de forma integral.
4. El Estudio de Factibilidad nunca analizó la oferta de profesionales existente en el medio local para cumplir con el perfil de experiencia que se exige para implementar el Estudio bajo normas del IFC, lo que podría derivar en costos adicionales por tener que contratar personal extranjero. Nuevamente, esto puede generar que potencialmente no concurren ofertas al proceso licitatorio.
5. La ausencia de bases técnicas y de estudios que respalden la necesidad de implementar estas normas y sus costos, genera inseguridad jurídica y puede constituir un factor que haga poco atractivo el proyecto.
6. No puede perderse de vista finalmente, que el Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos en su **artículo 12.3**, impone el deber de omitir que se incorporen al Cartel "*restricciones ni exigir el cumplimiento de requisitos que no sean técnicamente indispensables, si con ello se limitan las posibilidades de concurrencia a eventuales participantes*". El análisis por lo tanto, de lo que es o no indispensable, pasa por un razonamiento técnico que en caso que nos ocupa, se ha omitido.

iv. Solicitud concreta

Se solicita por lo tanto lo siguiente:

1. 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.
2. 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.

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

i. Reglas del Pliego de Condiciones y Borrador de Contrato de Concesión

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. Dicho requisito se encuentra regulado de la siguiente forma:

A. Borrador Contrato de Concesión

2.2.3.4 Obtención de la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto. Para estos efectos, el Concesionario será responsable de gestionar, presentar y obtener todos los documentos requeridos por SETENA y realizar la gestión que proceda para la obtención de la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto. Sin embargo, la Administración Concedente colaborará con las gestiones que el Concesionario realice en SETENA para la tramitación y obtención de la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto en respeto de la normativa ambiental correspondiente. Para la satisfacción de esta Condición Precedente será necesario que el Concesionario cumpla con la presentación de la Garantía Ambiental que tenga que rendir durante la Etapa de Construcción. De igual forma el Concesionario deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos ambientales y sociales aplicables a esta Etapa de Transición a la Etapa de Construcción de acuerdo con lo establecido en la Capítulo IX del presente Contrato y el Anexo No. 16 "Anexo Ambiental y Social". A efectos de claridad se deja constancia que esta Condición Precedente es complementaria a la cesión de la Licencia de Viabilidad Ambiental que los Concesionarios Previos deban realizar a favor del Concesionario durante la Etapa de Transición Inicial.

2.2.3.5 Aprobación por parte de las autoridades competentes de las autorizaciones y permisos que debe tramitar el Concesionario para el inicio de la Etapa de Construcción durante los doce (12) meses

siguientes a la Orden de Inicio de la Concesión.

B. Anexo 6 Contrato de Concesión

4. PLAZOS MÁXIMOS

Los hitos detallados en el cronograma deberán cumplirse por parte del Concesionario en los plazos máximos que se indican a continuación:30 meses

Hitos	Plazo
1-Pago Inicial a la Autoridad Concedente	A la Orden de Inicio de la Concesión
2- Presentación de Plan de Inversión	Hasta 3 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
3- Presentación de Proyecto Constructivo (Diseño e Ingeniería de Detalle)	Hasta 8 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
4- Licencias y Permisos del Concesionario para Construcción	Hasta 12 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
5- Acreditación de Cierre Financiero	Hasta 15 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
6- Fecha de Inicio de la Etapa de Construcción	Hasta 3 meses después de presentado el Proyecto Constructivo y las licencias y permisos para la construcción.
7- Fecha de Inicio de la Etapa de Explotación Total	Hasta 30 meses después de la Orden de Inicio de Construcción.

ii. Argumentos de la objeción: Ausencia de base técnica para definir el plazo de presentación del EsIA y omisión de visión integral del procedimiento de Estudio de Impacto Ambiental.

Partiendo de las etapas previstas en el actual Decreto Ejecutivo 43898 -MINAE-S- MOPT-MAG-MEIC, los mecanismos recursivos previstos, la complejidad del proyecto y la experiencia en obras concesionadas de similar naturaleza, consideramos que existe 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 en términos globales para este proyecto de concesión, un factor de riesgo desproporcionado y altamente determinante para que potenciales oferentes decidan no participar en el proceso licitatorio.

Es importante iniciar indicando nuevamente, que el Contrato de Concesión traslada de forma absoluta y sin ningún tipo de “válvula de escape”, la responsabilidad por la obtención de los permisos ambientales, incluida la Viabilidad Ambiental, así se deriva de las cláusulas 1.15.3.3 y 9.3.2 del borrador del Contrato de Concesión. En los términos en como plantea el Contrato de Concesión la distribución del riesgo, el futuro Concesionario será responsable de no obtener en 12 meses la Viabilidad Ambiental, sin posibilidad de requerir ampliaciones de plazo o argumentar causales de exclusión de responsabilidad por aspecto propios del manejo de SETENA, esto en la medida en que la propuesta de contrato no contempla esos factores de manera explícita, pues incluso si se analiza la cláusula 1.15.4.2 ni siquiera la fuerza mayor y caso fortuito constituyen de pleno derecho, causas eximentes de responsabilidad. Ahora bien, a pesar de que la cláusula 2.2.5.2 habilita el análisis en temas de condiciones precedentes, queda sujeto a un análisis de la Administración Concedente y a lo que bajo su entendimiento o criterio, pueda constituir o no, caso fortuito o un despliegue diligente de esfuerzos del futuro concesionario. De esta forma, la distribución del riesgo presenta un esquema claramente cargado hacia el concesionario.

Partiendo de ese esquema, el Informe Técnico que se adjunta con este recurso como prueba para los aspectos ambientales, plantea los siguientes elementos de interés:

- La elaboración de un Estudio de Impacto ambiental ya por sí mismo constituye una labor compleja, que requiere tiempo y está asociada con componentes que no siempre se configuran como factores bajo control del desarrollador.
- Los procesos de consulta pública son complejos y en proyectos de alto impacto social, suelen significar hitos que ralentizan el procedimiento.
- La consultora encargada de la elaboración del Informe Técnico, proyecto tres escenarios posibles con sus debidos cronogramas, para la obtención de la Viabilidad Ambiental y el escenario más optimista arroja un plazo total de catorce (14) meses y medio y el escenario más complejo un plazo que supera incluso los dieciocho (18) meses.

- Se concluye que un plazo de 12 meses es insuficiente para una obtención de la Viabilidad Ambiental.

La identificación de los factores que tornan el plazo de 12 meses como materialmente inviable están debidamente acreditados y son muy claros. Desde esa perspectiva, no puede olvidarse que precisamente el artículo 12.5 del Reglamento a la Ley General de Concesión, es muy preciso en indicar que *“Las medidas, límites, plazos, porcentajes u otras disposiciones de similar naturaleza que deba contener el cartel, se establecerán con la mayor amplitud que permitan las características de la obra por concesionar, en lo posible utilizándolos como punto de referencia”* (El resaltado no es del original). Quiere decir que existe un mandato reglamentario para que los plazos mínimos sean tenidos como referenciales y si consideramos además que estamos en presencia de una obra de infraestructura, donde converge una cantidad importante de terceros en el proceso de tramitación de requisitos y autorizaciones previas que hacen que el Concesionario no pueda tener en su ámbito de control todos los plazos e hitos, esa norma adquiere entonces una especial connotación pues precisamente atendiendo a las características de lo concesionado, plazos como el de la obtención de la Viabilidad Ambiental deben tener mayor amplitud, sin que con ello se esté abogando por una ineficiencia en el cronograma de la Administración Concedente, pero sí ateniendo a realidad y complejidades que por el momento, no están siendo consideradas.

iii. Obstáculos y limitaciones que representan estas cláusulas contractuales cara a una eventual oferta

Siguiendo el razonamiento de los anteriores puntos de objeción, nuestra principal preocupación es que el parámetro ambiental dentro de este proyecto tiene importantes omisiones y subestimaciones que hacen desproporcionado el régimen de riesgos planteado por el Contrato de Concesión.

Sumado al tema del área de disposición de dragado, la obligatoriedad de las normas de desempeño del IFC, el plazo para obtención un hito tan significativo como es la Viabilidad Ambiental, constituye un paquete de rubros que promueven mucha incerteza jurídica y le impiden al potencial oferente hacer una proyección de riesgos razonable y lograr una oferta sobre la base de elementos de convicción claros, precisos y técnicamente bien fundamentados.

Estos elementos en su conjunto, son preocupaciones que cualquier empresa con experiencia en materia portuaria identificará sin duda y podrían sumar, junto a otros elementos incluso más complejos como veremos en las siguientes páginas, a una baja concurrencia de ofertas y por tanto, una limitación a los objetivos institucionales, por cuanto es determinante en estructuraciones de esta naturaleza, que la Administración Concedente cuente con la mayor participación que resulte posible para que la adjudicación final sea el resultado de un proceso competitivo en favor de los intereses públicos y no el resultado de una baja participación que genere ofertas poco atractivas.

En síntesis, un plazo de 12 meses para obtener una Viabilidad Ambiental Definitiva en un proyecto de concesión de obras y servicios portuarios, es irrazonable y se traduce en un factor poco atractivo para la presentación de ofertas, porque el esquema de riesgos es altamente riguroso en la parte ambiental y la incorporación de otros aspectos como la implementación de las normas del IFC, constituyen factores que impiden tener en pocos meses la totalidad de estudios ambientales y sociales exigidos y que a su vez, SETENA emita en firme **(lo que incluye el agotamiento de la vía administrativa por gestiones recursivas)** una resolución de Viabilidad Ambiental Definitiva.

iv. Solicitud concreta

Con base en lo anterior se solicita:

1. Declarar nulo el Contrato de Concesión en las cláusulas 2.2.3.4 y 2.2.3.5, 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.
2. 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.

VI. Objeción con respecto al procedimiento y modelo tarifario presentado ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)

a. Argumentos de la objeción

i. Respecto a la naturaleza jurídica del procedimiento vinculante ante la ARESEP

El artículo 34 inciso segundo de la Ley 7762, dispone que cualquier “oferente potencial o su representante, podrá interponer el recurso de objeción cuando considere que ha habido **vicios de procedimiento**, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación **o se ha quebrantado, en alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia**” (resaltado es propio).

Partiendo de lo regulado por el artículo previamente citado, todo potencial oferente está habilitado para cuestionar aspectos de procedimiento o el quebranto del ordenamiento regulador de la materia. En línea con esta habilitación, el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 27098-MOPT (Reglamento a la Ley 7762) califica define que como parte esencial del procedimiento se encuentran las actuaciones

preparatorias y dentro de ellas, el inciso 7.3 indica: “Consulta a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sobre la estructura tarifaria y **los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel**. Igualmente se consultarán los parámetros que serán utilizados para evaluar la calidad del servicio”.

Dentro del Capítulo VI de la Ley 7762 relativo al Régimen Económico del Contrato, se encuentra el artículo 41 que regula el ámbito de aplicación de la tarifa (aprobada por ARESEP), sus modificaciones y reajuste, aclarando el inciso tercero que “ *Los reajustes de las tarifas y sus metodologías de revisión serán fijados en el cartel*” (El resaltado no es del original).

De este marco normativo podemos concluir inicialmente, que el procedimiento de validación de la estructura o modelo tarifario ante la ARESEP, es un procedimiento que constituye actividad preparatoria, por cuanto las tarifas y sus reajustes, deben estar presentes al momento de publicación del aviso del concurso y por tanto, deben formar parte estructural del cartel.

La principal consecuencia de lo anterior, es que no de ser con la impugnación del Cartel en el recurso de objeción ante la Contraloría General de la República, no habría posibilidad real para un oferente de atacar las bases o premisas del modelo tarifario o bien, advertir eventuales errores de procedimiento, si fuera el caso.

En línea con lo anterior, valga resaltar el Considerando I de la Resolución RE-0574-RG-2024 que es la resolución que da criterio técnico positivo vinculante a la estructura tarifaria y un criterio técnico negativo al procedimiento de reajuste extraordinario. En dicha resolución se indica:

“Por consiguiente, el criterio vinculante que emite la ARESEP es un acto preparatorio y no un acto final, con base en la doctrina del artículo 163 inciso 2) de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), solo podría ser impugnado junto con el acto final (es decir, el cartel de licitación o el contrato de concesión). Sobre la sentencia antes referenciada, es preciso señalar lo siguiente:

“(…)

V.- Sobre la legitimación de la ARESEP. (...)

En esta línea, conviene precisar, el artículo 21 de la Ley No. 7762 señala la obligatoriedad de la consulta que la Secretaría Técnica del CNC debe realizar a la ARESEP sobre la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de licitación; así como de los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio, dictamen

MBR

a emitirse en el plazo de diez días y cuya naturaleza será vinculante. (...)". Lleva razón el mandatario de este ente administrativo en cuanto a que su participación dentro del trámite de la TCM-acorde a la Ley No. 7762- se limita a atender la consulta sobre tarifas, estructura, modelos de ajuste y principios de calidad, así como los costos para inversión, según el canon 7 del Reglamento a la Ley No. 7762. En este trámite, la ARESEP propone una tarifa máxima, pero es el contrato el instrumento que fija la remuneración definitiva, así como sus mecanismos de ajuste. Luego de esta consulta, solo ostenta competencias de conocer de los aspectos económicos de la concesión si hay divergencia entre la Administración concedente y el concesionario, en tanto se formula el recurso de apelación, o bien, si se presentan denuncias por prestación defectuosa del servicio -art. 41 Ley No. 7762-. (...) Por otro lado, debe añadirse, ese dictamen emitido consiste en un acto de trámite, preparatorio, obligatorio y vinculante, pero interno a fin de cuentas. Por ende, conforme el canon 163.2 LGAP, ese acto solo puede atacarse junto con el acto final que lo contiene. (...)"

La posición plasmada en la resolución de ARESEP es, desde nuestra lectura, la que mejor integra las normas que regulan el procedimiento licitatorio de la concesión, pues de lo contrario, negar la posibilidad de cuestionar extremos del procedimiento llevado a cabo ante ARESEP, constituiría la existencia de un ámbito administrativo inobjetable, irrecurrible y por tanto, sin control de legalidad en sede administrativa, a pesar de la sensibilidad y trascendencia del modelo tarifario en la estructuración misma del proyecto.

En las siguientes líneas por lo tanto, plantaremos cuestionamientos sustanciales de fondo en ocasión del trámite que el INCOP gestionó **en menos de un mes calendario** ante la ARESEP, para obtener la validación de las tarifas que se aplicarán a partir de la Fase de Explotación (pues las tarifas de la Fase de Explotación Inicial no fueron consultadas) y como esas inconsistencias, generan problemas de viabilidad en el proyecto o al menos, cuestionamientos profundos que podrían ameritar **correcciones del modelo y retrotraer etapas preparatorias**.

ii. Omisión de consulta de la estructura tarifaria de la Fase de Explotación Inicial

A modo de síntesis, las fases de la concesión de este proyecto están previstas de la siguiente forma:

1. **Etapa de Transición Inicial:** Etapa previa de finiquito de la concesión anterior y la entrada del nuevo operador.
2. **Etapa de Explotación Inicial:** Se da con la Orden de Inicio de la Concesión y abarca la fase de Condiciones Precedentes y la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, esta última que no puede durar más de 15 meses. Aquí el Concesionario administra y opera las instalaciones actuales con base en las tarifas existentes.

3. **Etapa de Construcción:** Proceso constructivo de la solución técnica propuesta por el Concesionario. No puede tardar más 30 meses. Aquí el Concesionario administra y opera las instalaciones actuales con base en las tarifas existentes.
4. **Etapa de Explotación Operativa:** Emitida la Recepción definitiva de obras y con ella finalizada la etapa de construcción, inicia la explotación completa de las nuevas instalaciones donde entran en vigencia las nuevas tarifas recién aprobadas por ARESEP.

Lo anterior implica que al menos de lo que se conoce de forma cierta y concreta con la actual estructura del Contrato de Concesión, el futuro Concesionario podría tener que administrar y operar por cuarenta y cinco (45) meses (3.75 años) la infraestructura actual en relación con un nuevo contrato de concesión, que sin embargo, **imponer tarifas adoptadas y avaladas por ARESEP en ocasión de un contrato distinto y un procedimiento distinto al que ahora nos convoca.**

Este se ve reflejado de forma directa en la Sección 6 del Cartel que indica:

6. OFERTA ECONÓMICA

6.1 El Concesionario percibirá por medio de cobros a los usuarios de las tarifas ofertadas la remuneración por los servicios prestados con motivo de la Concesión una vez que se haya alcanzado la Etapa de Explotación Total de la Concesión. **Previo a la Etapa de Explotación de la Concesión, el Concesionario realizará los cobros de las tarifas vigentes para el respectivo servicio portuario prestado en Puerto Caldera según el pliego tarifario aprobado por las resoluciones del Comité de Regulación de ARESEP números 184-RCR-2010 de las 16 horas 00 minutos del 07 de octubre del 2010 y 715-RCR-2011 de las 11 horas 15 minutos del 08 de diciembre de 2011 que fueron rectificadas por la resolución 784-RCR-2012 de las 15 horas con 30 minutos del 08 de marzo de 2012 y todas las resoluciones posteriores que modifiquen las referidas tarifas. Los servicios a prestar por el Concesionario serán los establecidos en el Anexo 12 del Contrato de Concesión "Servicios a Prestar por el Concesionario.**

Por su parte, el borrador del Contrato de Concesión regula el tema de la siguiente forma:

3.3 DERECHOS Y OBLIGACIONES ECONÓMICAS DEL CONCESIONARIO

3.3.1 *Como contraprestación por llevar a cabo los Servicios Concesionados y los Servicios Complementarios, el Concesionario será remunerado de la siguiente forma:*

(a) ***Durante la Etapa de Explotación Inicial y la Etapa de Construcción:*** *Por medio del cobro a los usuarios de la tarifa autorizada y vigente establecida por ARESEP para el respectivo Servicio Concesionado según la fecha en que sea ejecutado. Para el caso de los Servicios Complementarios, por medio del cobro a los usuarios del precio autorizado y vigente establecido por INCOP para el respectivo Servicio Complementario según la fecha en que sea*

ejecutado.”

Ahora bien, la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, sí encarga a la Administración Concedente como parte de las actuaciones preparatorias, someter a consideración de la ARESEP **todas las tarifas que se pagarán en ocasión de la firma del Contrato de Concesión y no hace distinción de ningún tipo** Veamos los numerales 21, 40 y 41, respectivamente:

“Artículo 21.- Trámite

1.- Corresponderá a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones realizar las actividades y los estudios necesarios para preparar la licitación de la concesión. Dentro de los estudios deberá incluirse el de impacto ambiental; para ello se dará audiencia por cinco días hábiles al Ministerio del Ambiente y Energía, a fin de que determine el tipo de estudio por realizar. Terminado el estudio, se dará nueva audiencia a este Ministerio, que dispondrá de un plazo improrrogable de quince días hábiles para pronunciarse y su criterio será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir ninguna respuesta, se interpretará que el Ministerio no tiene objeciones.

*2.- La Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones **deberá consultar**, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, **la estructura tarifaria** y los parámetros de ajuste **que se incorporarán en el cartel de licitación**; asimismo, los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio. Esta Autoridad dispondrá de diez días hábiles para rendir su criterio, el cual será vinculante. Transcurrido este plazo sin recibir respuesta, se interpretará que la Autoridad no tiene objeciones.*

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO

Artículo 40.- Contraprestación

*Como contraprestación por las obras que realice y los servicios que preste, el concesionario, sin estar obligado a conceder exenciones en favor de ningún usuario, percibirá el precio, **la tarifa** o el aporte **convenidos**, así como los otros beneficios expresamente estipulados por el cartel.*

Artículo 41.- Tarifa, modificaciones y reajuste



1.- La tarifa podrá ser expresada en moneda nacional o extranjera, y será la que resulte del contrato de concesión, con sus correspondientes reajustes.

2.- Las tarifas resultantes del contrato se entenderán como máximas, por lo que el concesionario podrá reducirlas, salvo que el cartel lo haya prohibido expresamente. El concesionario podrá definir las políticas comerciales, ya sea mediante descuentos por pago pronto, cantidad, uso frecuente u otras consideraciones, siempre que no sean discriminatorias para los usuarios.

3.- Los reajustes de las tarifas y sus metodologías de revisión serán fijados en el cartel.

4.- En caso de discrepancia entre el concesionario y la Administración concedente, respecto de los resultados obtenidos por la aplicación de las metodologías de revisión consignadas en el contrato, el concesionario podrá apelar la decisión de la Administración concedente, dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación. Esta Administración trasladará la apelación, junto con el expediente del contrato de concesión, a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para que resuelva en definitiva, en un plazo máximo de cinco días hábiles.

La resolución de la Autoridad Reguladora agotará la vía administrativa.

5.- Para poder iniciar, ante la administración, cualquier gestión en materia tarifaria, el concesionario deberá certificar, por medio de un contador público autorizado, que lleva al día los registros contables y de conformidad con las normas de contabilidad estipuladas o, si no hubieren sido expresamente señaladas en el cartel o el contrato o sus modificaciones, de conformidad con las normas de contabilidad internacionalmente aceptadas”.

En términos prácticos, lo que aquí tenemos entonces es un régimen de tarifas **incorporado al Cartel por vía de remisión, incorporado al Contrato de Concesión de forma indirecta, que sin duda alguna pasará a formar parte de los términos de la relación contractual que, sin embargo, no fue sometido a conocimiento de la ARESEP dentro del trámite específico de esta licitación tal cual lo exige la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.**

El impacto no es menor porque adicionalmente, se está dejando por fuera cualquier posibilidad de régimen recursivo por la vía de objeción a esa estructura tarifaria, pues como ya se fundamentó



previamente, al ser las resoluciones de ARESEP actos preparatorios del Cartel, pueden ser impugnadas en conjunto con el Recurso de Objeción habilitado en el artículo 34 de la Ley 7762.

Lo que se ha creado aquí entonces, es un ámbito de blindaje jurídico, en un trámite licitatorio en materia de concesión que lejos de buscar anquilosar extremos elementales de la viabilidad financiera del proyecto, busca la transparencia y la publicidad de las actuaciones para el ejercicio de control por parte de los potenciales oferentes.

Bajo la vía que ha procurado el INCOP, nada de eso se logra y más bien tenemos una estructura tarifaria que será impuesta al futuro concesionario por casi cuatro años, sin haber sido revisada para esta Licitación Pública y sin posibilidad alguna de cuestionamientos, porque las resoluciones 184-RCR-2010 de las 16 horas 00 minutos del 07 de octubre del 2010 y 715-RCR-2011 de las 11 horas 15 minutos del 08 de diciembre del 2011, que fueron rectificadas por la resolución 784-RCR-2012 de las 15 horas con 30 minutos del 08 de marzo del 2012, son los actos preparatorios **de la anterior licitación pública, pero no son los actos preparatorios que exige la Ley para el actual procedimiento licitatorio.**

Lo que aquí se expone constituye una violación de los siguientes elementos:

1. Del procedimiento legal previsto en la Ley 7762 para la tramitación de tarifas aplicables en materia de una licitación de obra y servicios bajo régimen de concesión.
2. Violación potencial al principio de igualdad, porque actualmente hay un incumbente (Concesionario actual), que sí tuvo oportunidad de referirse en los términos que haya estimado oportunos (o al menos contó con la posibilidad de hacerlo), respecto a las tarifas fijadas para los actuales servicios.
3. Impide de forma efectiva que se afiance el principio de libre concurrencia porque con este régimen se consolidado se obstaculiza la presentación de ofertas competitivas y el mayor número de oferentes posible, elemento clave en proyecto de concesión, por cuanto se están fijando parámetros estructurales de la primera etapa de la Concesión, que NO PUEDEN SER discutidos por los oferentes.
4. Se violenta el principio de seguridad jurídica, porque la legislación local prevé determinadas reglas en el trámite de la concesión, que no se respetaron en el trámite actual de esta licitación, variando las reglas y procedimientos con una incidencia clara para todos aquellos que actualmente no forman parte de la concesión.



iii. Consecuencias del criterio negativo del reajuste extraordinario de tarifas

En ocasión del trámite de aprobación de estructura tarifaria, ARESEP rindió criterio técnico negativo respecto a la metodología de reajuste extraordinario de tarifas en los siguientes términos:

*“Rendir criterio **técnico negativo** respecto al procedimiento **extraordinario para fijar tarifas para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión ya que la propuesta sometida a conocimiento de esta Autoridad Reguladora mediante el oficio CR-INCOP-PE-0560-2024 y el documento "MODERNIZACION DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA. Propuesta de Metodología de Estructura Tarifaria para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera", no reúne los elementos mínimos para considerarse un parámetro de ajuste”.*** (El resaltado no es del original)

A pesar de lo anterior, el Contrato de Concesión sometido a análisis contempla en su contenido, mecanismos de reajuste extraordinario en contraposición de lo dispuesto por la Autoridad Reguladora. Veamos:

3.3.5.6 Procedimiento extraordinario para fijar tarifas

En términos generales, el Concesionario cuando ocurra un desequilibrio económico financiero del Contrato de acuerdo con lo estipulado en el Contrato de Concesión tendrá derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico financiero del Contrato mediante los mecanismos que la Ley Aplicable, siempre y cuando el mismo sea por causas externas a la responsabilidad del Concesionario. En este caso el Concesionario deberá demostrar técnica y financieramente, y en forma debidamente documentada, su petición. Para la determinación de la existencia o no y forma de compensación del desequilibrio económico financiero del Contrato aplicarán las disposiciones del Capítulo 3.4. siendo que, si para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato se debe realizar 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”.

Hay tres elementos centrales en relación con la trascendencia del criterio técnico negativo que brindó la ARESEP en el Por Tanto Segundo de la Resolución RE-0574-RG-2024:

1. La consulta preceptiva ante la ARESEP versa sobre las tarifas y los mecanismos de reajuste (sin distinguir entre ordinario y extraordinario) que se incorporarán al Cartel y Contrato (artículos 7.3 y 71.1 del Reglamento a la Ley 7762 y artículo 41 inciso 3) de la Ley 7762).



2. El reajuste de tarifas (sea ordinario o extraordinario pues la ley no distingue) es un derecho del futuro concesionario y un deber fijarlo por parte de la Administración Concedente (artículos 17 y 41 de la Ley 7762 y artículo 71.1 del Reglamento a la Ley 7762)
3. El criterio negativo de ARESEP en temas de estructura tarifaria y reajustes, impide a la Administración incorporar en el Cartel lo sujeto a consideración de la Autoridad Reguladora, pues de lo contrario se vaciaría de contenido la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y su Reglamento.

El que se plantea esta sección, incluso fue objeto de debate entre las dos instituciones (INCOP y ARESEP), tal como procedo a referenciar seguidamente:

1. Por medio del auto de prevención del 13 de septiembre de 2024, ARESEP solicitó “11) Aportar el parámetro de ajuste para restituir el equilibrio financiero del contrato (ajustes extraordinarios) a través de la revisión o ajuste de las tarifas”.
2. Dicha prevención fue atendida por el INCOP a través del Oficio CR-INCOP-PE-0560-2024 del 13 de septiembre de 2024 en los siguientes términos:

“Respuesta: Es importante hacer notar que la restitución del equilibrio económico financiero del contrato via ajuste tarifario en situaciones extraordinarias es solo un mecanismo para su restablecimiento y existen otra serie de medidas que solas o en conjunto se pueden utilizar para reestablecer el equilibrio económico financiero del contrato. En términos generales, el contrato de concesión contempla mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero en caso de desequilibrio comprobado, producto de variaciones significativas en los costos de inversión, ingresos, o costos de operación y mantenimiento. Estas variaciones deben superar un umbral del 10% en comparación con lo que hubiera ocurrido de no haber existido los cambios que provocaron el desequilibrio. El concesionario o la administración pueden proponer soluciones para restablecer el equilibrio, sustentadas en un análisis técnico-económico. La propuesta se evaluará sobre la base de los estados financieros auditados y los flujos de caja futuros, tomando en cuenta el impacto en el valor presente de dichos flujos”.

3. El Informe Técnico IN-0274-IT-2024 del 26 de septiembre del 2024 indicó lo siguiente:

En cuanto al procedimiento extraordinario para fijar las tarifas, los elementos señalados por el Incop mediante oficio CR-INCOP-PE-0560 RE-057 4-RG-2024 2024 y el documento anexo que contiene la Propuesta de Metodología de Estructura Tarifaria para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera, no reúnen los elementos mínimos para considerarse un parámetro de ajuste, pues no se hace referencia a los siguientes aspectos:

- Situaciones en las que corresponde aplicar el procedimiento extraordinario.

- Metodología y fórmula de ajuste.
- Variables y procedimiento de ajuste.
- Justificación técnica de la fórmula de ajuste.
- Fuentes de información para la determinación de los valores de cada una de las variables.

Estos aspectos apuntados resultan técnicamente necesarios por cuanto constituyen lo que sería la propuesta de ajuste extraordinario de tarifas, elementos que habrían permitido analizar su razonabilidad y aplicabilidad a futuro, estableciendo claridad en el procedimiento y criterios para cualquier parte interesada.

De acuerdo con lo anterior, se recomienda brindar criterio técnico negativo a este parámetro de ajuste. Se aclara que dicho criterio negativo se limita solamente al procedimiento extraordinario de fijación de tarifas, según las competencias dadas a la Aresep en la Ley N° 7762, sin incluir lo indicado por el Incop sobre los otros mecanismos por los que podrá optar la Administración Concedente y el Concesionario para recuperar el equilibrio del contrato”.

El problema fundamental que guarda la argumentación del INCOP es que estamos en presencia de un modelo tarifario con problemas (según demostraremos seguidamente) y por lo tanto, reduce los márgenes de acción de las partes para lograr un eventual equilibrio económico financiero del contrato, pues al haberse rechazado el procedimiento de ajuste extraordinario de tarifas, ya el mismo no quedará incorporado en el Cartel y el Contrato de Concesión desde su inicio, que es lo previsto por la Ley 7762 y su Reglamento, lo que obligará a las partes ante un eventual supuesto de necesidad de acudir a esa metodología, a tener que acudir a mecanismos de modificación contractual (Adenda Contractual) con todas sus consecuencias.

El rechazo del procedimiento torna rígida la relación contractual en el marco de un modelo que muestras las siguientes características:

- a) Problemas en la concepción de las tarifas y la omisión de elementos sustanciales (se abordará más adelante).
- b) Un modelo financiero poco claro que deja más dudas que certezas.
- c) Un sistema de equilibrio económico financiero que, sin ningún respaldo técnico, obliga al Concesionario a tener que asumir un sobrecosto del 10% para tan solo poder acercarse a plantear un equilibrio económico financiero (cláusula 3.4.6.1 del Contrato de Concesión).
- d) Tarifas “all-in” que impiden cualquier tipo de cobro adicional.
- e) Modelo tarifario desactualizado para los primeros años de Explotación Inicial, a pesar de que incluso se deben hacer labores de mantenimiento con costos actuales.

Todo lo anterior sin tocar el tema de que desde el plano estrictamente de requerimientos normativos por parte de la Ley 7762, el rechazo de la estructura extraordinaria realmente impedía la publicación del Cartel por violación a los procedimientos legales y requerimientos mínimos del régimen especial de concesión.

La forma en que el Cartel de esta licitación pública internacional se emitió y los términos del Contrato de Concesión fueron planteados a partir de un rechazo claro y categórico por parte de ARESEP en

relación con el procedimiento de reajuste extraordinario de tarifas, violenta los siguientes principios y normas:

1. Principio de legalidad, por cuanto el reajuste extraordinario debe estar incorporado en el Cartel (artículos 41 de la Ley 7762 y 7.3 y 71.1 del Reglamento).
2. Principio de intangibilidad patrimonial por cuanto se deniega la incorporación directa al Contrato de Concesión de un método válido, útil y pertinente de equilibrio económico financiero.
3. Respeto a los procedimientos por cuanto las actuaciones preparatorias ante ARESEP deben considerar los reajustes extraordinarios de la tarifa.
4. Principio de seguridad jurídica por cuanto se deja en absoluta indefinición la forma de cálculo del reajuste extraordinario sometándolo incluso a necesarias consultas posteriores ante ARESEP y en consecuencia, modificaciones contractuales, lo que impide al oferente conocer a priori cuál es la metodología específica que se aplicará.
5. Limitación a la libre concurrencia en la medida en que estos factores desincentivan la participación en estructuras contractuales de esta naturaleza donde es vital tener todos los elementos estructurales del negocio bien definidos.

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

El trámite de validación de la estructura tarifaria parcial que sometió el INCOP a la ARESEP (decimos parcial en la medida en que según demostramos toda la fase inicial de la concesión carece de un criterio positivo vinculante para este procedimiento licitatorio), se desarrolló en medio de algunas circunstancias como por ejemplo, la inexistencia de un pliego cartelario final remitido a la Autoridad Reguladora⁸, la desaprobación del procedimiento extraordinario de reajuste de tarifas e incluso, la reserva que hizo la Autoridad Reguladora en la página 33 de la Resolución RE-0574-RG-2024, en cuanto a que el archivo excel con el Modelo Financiero, generaba alertas de error⁹.

⁸ Ver en ese sentido Oficio del 13 de septiembre de 2024 en donde se indica:

“Observación No. 3. Aportar el borrador del cartel de licitación del proyecto *“Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”*.”

Respuesta: El cartel de licitación para el Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera se encuentra en una etapa preliminar, lo que indica que los detalles y requisitos específicos aún no están listos para ser compartidos. Este proceso de construcción del cartel de licitación es fundamental, ya que establecerá los términos y condiciones para la modernización de la infraestructura y el equipamiento del puerto, definiendo el alcance, las obligaciones y los criterios de evaluación para la concesión. Esto garantizará que el contrato sea justo, transparente y beneficioso tanto para el desarrollo del puerto como para las partes interesadas”.

⁹ *“Es importante señalar, que la Aresep realizó el análisis de toda la información disponible aportada por el Incop para fundamentar su propuesta y en ese sentido, se aclara que en cuanto al archivo Excel “20240913 Puerto Caldera Modelo Financiero Cartel. Xlsx”, el mismo fue analizado aun cuando la hoja de cálculo generó la alerta de una posible reparación del archivo, por lo que no se tiene certeza de que se haya podido analizar de manera completa el modelo financiero aportado por el Incop en el archivo Excel. Por lo tanto, el análisis se*

Mi representada le ha solicitado a la firma consultora internacional IDOM¹⁰, que corriera un análisis riguroso de la estructura tarifaria sometida a valoración de ARESEP, arrojando como resultado problemas estructurales importantes, **que podrían incidir negativamente en la concurrencia de ofertas por ni existir seguridad jurídica de las premisas bajo las cuales se modeló la base tarifaria.**

Es virtud de la alta especialización del análisis, nos permitimos exponer los temas centrales a través de una transcripción de lo más relevante del Informe que se aporta como prueba técnica de este recurso de objeción:

“Consideramos que la **claridad** y **precisión** en los **términos de la licitación**, así como el **estudio de factibilidad** que lo sustenta, son elementos esenciales para garantizar la **transparencia**, la **competitividad** y la **igualdad de condiciones** entre los oferentes. En este sentido, hemos identificado ciertos aspectos relacionados con el esquema tarifario “All-in”, propuesto con base en el estudio de factibilidad, que actualmente carecen de los niveles de **especificación** y **claridad** necesarios para brindar certeza técnica a los potenciales interesados en ofertar. Estas áreas de **incertidumbre** pueden dificultar que los interesados estructuren **propuestas sólidas** y bien fundamentadas, lo que eventualmente podría **limitar la participación** y afectar el objetivo último de la **concesión** de maximizar el **interés público**.

Aun así, pese a diversos aspectos que se **consideran inciertos** referentes al modelo tarifario “All-in” de la concesión, a continuación, se presenta el **entendimiento** hasta la fecha con relación a lo que se consideran **tarifas Reguladas por ARESEP, tarifas Principales y Complementarias**, y en suma aquellas que se entiende que entrarán **dentro del esquema “All-in”** planteado.

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento o aproximado “All-in”
TARIFAS AL BUQUE					
Estadía SPC	M/ E/ H	\$0,39	SÍ	Principal	SÍ
Estadía SPGC	M/ E/ H	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ

limitó al conocimiento del archivo tal y como fue remitido por el Incop, abarcando los contenidos que se muestran en el archivo luego de ese proceso de "reparación".

¹⁰ IDOM es una firma internacional de consultoría con presencia en más de 125 países, con amplia experiencia en materia de infraestructura de transporte, incluyendo desarrollo portuario.

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Amarre y Desamarre SPC	TR B	\$0,14	SÍ	Principal	SÍ
Amarre y Desamarre SPGC	TR B	\$0,19	SÍ	Principal	SÍ
Limpieza del Muelle SPC-SPGC	T M	\$0,10	SÍ	Principal	SÍ
CARGA Y DESCARGA					
IMPORT					
Mercadería General	T M	\$10,69	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Llenos	M O V	\$62,49	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	M O V	\$30,90	SÍ	Principal	SÍ
Vehículos	T M	\$7,73	SÍ	Principal	SÍ
Granel - Atún	T M	\$2,32	SÍ	Principal	SÍ
Produc. Pereced-Banano-Otras Frut	C AJ AS	\$0,10	SÍ	Principal	SÍ
Hierro y Similares	T M	\$4,04	SÍ	Principal	SÍ
Granos	T M	\$5,53	SÍ	Principal	SÍ
Otros Graneles	T M	\$7,10	SÍ	Principal	SÍ
EXPORT					
Mercadería General	T M	\$7.49	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	M O V	\$30,90	SÍ	Principal	SÍ

MPR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Contenedores Llenos	M O V	\$62,49	SÍ	Principal	SÍ
Vehículos	T M	\$7,73	SÍ	Principal	SÍ
Granel - Atún	T M	\$2,32	SÍ	Principal	SÍ
Produc. Pereced-Banano-Otras Frut	C AJ AS	\$0,10	SÍ	Principal	SÍ
Hierro y Similares	T M	\$4,04	SÍ	Principal	SÍ
Granos	T M	\$5,53	SÍ	Principal	SÍ
Otros Graneles	T M	\$7,10	SÍ	Principal	SÍ
TRANSFERENCIA					
IMPORT					
Mercadería General	T M	\$2,12	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Llenos	M O V	\$64,24	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	M O V	\$33,06	SÍ	Principal	SÍ
Prod. Pereced y Carnes Paletizado	T M	\$2,12	SÍ	Principal	SÍ
Vehículos sin Tracción Propia	T M	\$0,90	SÍ	Principal	SÍ
Reestiba Contenedores Llenos	M O V	\$64,24	SÍ	Complementaria	No
Reestiba Contenedores Vacíos	M O V	\$33,06	SÍ	Complementaria	No

MBR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
General de Tránsito	T M	\$2,12	SÍ	Complementaria	No
EXPORT Mercadería General	T M	\$1,48	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Llenos	M O V	\$64,24	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	M O V	\$33,06	SÍ	Principal	SÍ
Prod. Pereced y Carne Paletizado	T M	\$0,27	SÍ	Principal	SÍ
MUELLAJE					
IMPORT Mercadería General	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Llenos	T M	\$0,49	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	U N D	\$1,30	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Despacho Directo	T M	\$0,49	SÍ	Principal	SÍ
Vehículos	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
Prod. Pereced y Carne Paletizado	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
Hierro y Similares	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
General y Tránsito	T M	\$0,23	SÍ	Complementaria	No
Contenedores en Tránsito	T M	\$0,23	SÍ	Complementaria	No

MBR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Hierro Despacho Directo	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
Mercadería General Desp Directo	T M	\$0,56	SÍ	Principal	SÍ
Granos y Otros Graneles	T M	\$0,80	SÍ	Principal	SÍ
EXPORT					
Mercadería General	T M	\$0,44	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Llenos	T M	\$0,49	SÍ	Principal	SÍ
Contenedores Vacíos	U N D	\$1,30	SÍ	Principal	SÍ
Vehículos	T M	\$0,44	SÍ	Principal	SÍ
Prod. Pereced y Carne Paletizado	T M	\$0,44	SÍ	Principal	SÍ
Hierro y Similares	T M	\$0,44	SÍ	Principal	SÍ
General en Tránsito	T M	\$0,44	SÍ	Complementaria	No
Contenedores en Tránsito	T M	\$0,23	SÍ	Complementaria	No
Mercadería General Desp Directo	T M	\$0,44	SÍ	Principal	SÍ
Granos y Otros Graneles	T M	\$0,80	SÍ	Principal	SÍ
ALMACENAJE					
Días libres correspondientes por tipo de carga	T M o C	\$0,00	SÍ	Principal	SÍ

MBR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Cont. Vacío de 20FT a partir de Día 11	DI A C O N T/ DI A C O N T/ DI A U N I D A D D I A R I A T M/ DI A T M/ DI A	\$3,92	SÍ	Complementaria	No
Cont. Vacío de 40FT Día 4 al Día 10	DI A C O N T/ DI A U N I D A D D I A R I A T M/ DI A T M/ DI A	\$7,27	SÍ	Complementaria	No
Tolvas, Almejas y Equipo Portuario	DI A C O N T/ DI A U N I D A D D I A R I A T M/ DI A T M/ DI A	\$1,15	SÍ	Complementaria	No
Mercadería Peligrosa	DI A C O N T/ DI A U N I D A D D I A R I A T M/ DI A T M/ DI A	\$10,00	SÍ	Complementaria	No
No Etiquetado	DI A C O N T/ DI A U N I D A D D I A R I A T M/ DI A T M/ DI A	\$5,00	SÍ	Complementaria	No
SERVICIOS COMPLEMENTARIOS					
SERVICES					
Servicio Monitoreo Temperatura	RF S U N D	\$10,00	SÍ	Complementaria	No

mpa

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Servicio Complementario de Envío de Información	V G M U N D	\$6,00	SÍ	Complementaria	No
Servicio Complementario Late Arrival	U N D	\$100,00	SÍ	Complementaria	No
Servicio Complementario Uso Instalaciones para Fumigación	U N D	\$135,00	SÍ	Complementaria	No
Servicio Complementario Alquiler Power Pack	H O R A P P	\$200,00	SÍ	Complementaria	No
Servicio Complementario Plano de Estiba	U N D	\$1,50	SÍ	Complementaria	No
Alquiler Equipo Cucharas o Almejas	T M	\$0,22	SÍ	Complementaria	No
Alquiler Equipo Tolvas	T M	\$0,10	SÍ	Complementaria	No
RECEPCION Y DESPACHO IMPORT					
Mercadería General	T M	\$3,09	SÍ	Principal	Sí
Contenedores Llenos	C O	\$13,68	SÍ	Principal	Sí

myba

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
	N T C				
Contenedores Vacíos	O N T	\$13,68	SÍ	Principal	Sí
Vehículos	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
Prod. Pereced y Carne Paletizada	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
Hierro y Similares	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
General en Tránsito	T M	\$3,09	SÍ	Complementaria	No
EXPORT Mercadería General	T M C	\$3,09	SÍ	Principal	Sí
Contenedores Llenos	O N T C	\$13,68	SÍ	Principal	Sí
Contenedores Vacíos	O N T	\$13,68	SÍ	Principal	Sí
Vehículos	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
Prod, Pereced y Carne Paletizada	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
Hierro y Similares	T M	\$0,44	SÍ	Principal	Sí
General en Tránsito	T M	\$3,09	SÍ	Complementaria	No
TRASIEGO Y MOVILIZACIÓN					

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
REESTIBA POR TIERRA					
Mercadería General	T M	\$11,69	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Llenos	M O V	\$62,49	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Vacíos	M O V	\$30,69	SÍ	Complementaria	No
REESTIBA A BORDO					
Mercadería General	T M	\$11,69	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Llenos	M O V	\$62,49	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Vacíos	M O V	\$30,90	SÍ	Complementaria	No
Movilización de Tapas	M O V	\$62,49	SÍ	Complementaria	No
Movilización de Portatrompos	M O V	\$62,49	SÍ	Complementaria	No
Mov. de Entrepuentes, Aparejos y Similares	M O V	\$62,49	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Mov. de Entrepuentes, Aparejos y Similares	T M	\$10,69	SÍ	Complementaria	No
Carga General					

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Consolidación y Desconsolidación	T M	\$4,69	SÍ	Complementaria	No
Contenedores Transferencia Contenedores en Patio	M O V	\$51,23	SÍ	Complementaria	No
Transferencias entre Zonas Portuarias	M O V	\$51,23	SÍ	Complementaria	No
CONTAINER MOVEMENT					
En patio	M O V	\$4,36	SÍ	Complementaria	No
En pantalla	M O V	\$4,36	SÍ	Complementaria	No
En Bodega	M O V	\$4,36	SÍ	Complementaria	No
EQUIPO Y MAQUINARIA					
Montacarga					
Montacargas hasta 4 tons	H R/ FR A C	\$14,13	SÍ	Complementaria	No
Montacargas de 4,1 tons hasta 6 tons	H R/ FR A C	\$17,51	SÍ	Complementaria	No
Montacargas de 6,1 tons hasta 10 tons	H R/ FR	\$27,36	SÍ	Complementaria	No

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Grúa de 10,1 tons hasta 20 tons	A C H R/ FR A C	\$44,22	SÍ	Complementaria	No
Grúa de 20,1 tons hasta 30 tons	H R/ FR A C	\$81,00	SÍ	Complementaria	No
Grúa de 30,1 tons hasta 40 tons	H R/ FR A C	\$111,93	SÍ	Complementaria	No
Grúa de más de 45 tons	H R/ FR A C	\$158,99	SÍ	Complementaria	No
Grúa Móvil - Hora	M O V	\$818,51	SÍ	Complementaria	No
Grúa Móvil - Movimiento	M O V	\$49,95	SÍ	Complementaria	No
Spreaders					
Spreaders de 20 Pies	M O V	\$1,08	SÍ	Complementaria	No
Spreaders de 40 Pies	M O V	\$1,87	SÍ	Complementaria	No
Tractores	H R/ FR A C	\$21,39	SÍ	Complementaria	No

MBR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Carretas de 25 a 30 Tons	H R/ FR A C	\$4,99	SÍ	Complementaria	No
Tarimas/Paletas	H R/ FR A C	\$0,21	SÍ	Complementaria	No
Bobcat BC-01 T3000D	H R/ FR A C	\$57,75	SÍ	Complementaria	No
Demoras en las Operaciones de Carga					
Demoras (General)	C U A D R I L L A/ H O R A E V E N T O	\$18,71	SÍ	Complementaria	No
Falsos Fletes de lunes a viernes		\$494,19	SÍ	Complementaria	No
Personal de Refuerzo					
Estibadores de Refuerzo	H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Guarda Cabos	A/ H H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Electricistas	A/ H H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Operador de Báscula	A/ H H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Operador de Maquinaria	A/ H H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Personal de Bodega	A/ H O R	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Otros Servicios					
Servicios a Cont. refrigerados	U NI D/ H RS	\$0,60	SÍ	Complementaria	No
Ingreso de veh. a zona portuaria	V E H V	\$0,51	SÍ	Complementaria	No
Báscula	E H	\$0,25	SÍ	Complementaria	No

MBR

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Vigilancia	H O R A/ H	\$9,00	SÍ	Complementaria	No
Arrendamiento de patios Bodegas y oficinas	-	-	SÍ	Complementaria	No
Respuesta de Seguridad y Respuesta Ambiental (si es culpa de una parte no afiliada con el operador de la terminal)	-	-	No	Complementaria	No
Evacuación acelerada de contenedores llenos y vacíos importados durante operaciones de buques	-	-	No	Complementaria	No
Retiro de Cubiertas de Escotilla a Pedido de la Línea Naviera	-	-	No	Complementaria	No
Reposicionamiento a Pedido de la Línea Naviera	-	-	No	Complementaria	No
Reducción en la Estancia del Nave en el Puerto	-	-	No	Complementaria	No

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Tiempo Adicional Requerido para el Amarre del Buque Después de que las Operaciones Han Concluido Debido a la Culpa del Transportista Manipulación de Contenedores Fuera de Dimensión (OOG)	-	-	No	Complementaria	No
Manipulación de Mercancías Peligrosas	-	-	No	Complementaria	No
Reprogramación de Citas	-	-	No	Complementaria	No
Cargo por Llegada Tarde a la Termina	-	-	No	Complementaria	No
Mantenimiento y reparación de contenedores	-	-	No	Complementaria	No
Inspección previaje (PTI)	-	-	No	Complementaria	No
Limpieza	-	-	No	Complementaria	No
Llenado y vaciado de contenedores	-	-	No	Complementaria	No

Servicio	Unidad	Tarifa máxima (US \$)	Reguladas	Principal / Complementaria	Entendimiento aproximado "All-in"
Trasbordo	-	-	No	Complementaria	No
Escáner	-	-	No	Complementaria	No

Pese al entendimiento presentado hay aspectos relevantes que no son precisos y derivan en incertidumbre técnica que impiden dar un sentido integral coherente a la estructura tarifaria, por lo que, a continuación, se listan puntos relevantes asociados:

- **Servicios Regulados y No regulados**

Existe indefinición de cuáles servicios estarán **sujetos a regulación** y cuáles no. Como se indica en la tabla inicial, se entiende que los **servicios regulados corresponden a los actualmente incluidos en el tarifario vigente** de Puerto Caldera; sin embargo, ni el Cartel, ni los documentos de respaldo del proceso licitatorio, arrojan luz sobre el particular.

Se presume que los servicios incluidos en el esquema "All-in" (a pesar de las limitaciones señaladas) serán los regulados; no obstante, **no se especifica cuáles de los servicios fuera de este esquema también se consideran regulados y cuáles no.**

En el caso de los **servicios complementarios no regulados**, además se indica que:

"[...] el concesionario deberá notificar a INCOP sobre el servicio a prestar, su precio y su mecanismo de actualización y cualquier cambio que pudiera surgir de la provisión del servicio complementario, con una descripción de este a efectos de que INCOP mantenga actualizada la información y cumpla con los requisitos de fiscalización."

Dicha afirmación **no permite establecer a priori una tarifa** adecuada por la **incerteza de la aprobación o no por parte de ARESEP** del precio establecido por el concesionario.

Estos son aspectos críticos deberían estar incorporados de forma **explícita** y cualquier margen de imprecisión al respecto, impide al potencial oferente dimensionar de forma correcta la estructura tarifaria, lo anterior por cuanto se dificulta la elaboración precisa de los modelos económicos necesarios para presentar una oferta económica sólida y fundamentada en el marco de la licitación.

- **Actualización de tarifas Complementarias Reguladas**

Se entiende que la actualización de las tarifas máximas “**All-in**” considerará las variaciones anuales en la **inflación estadounidense**, sirviendo este parámetro como base de ajuste tanto para las tarifas “**All-in**” como para los **servicios complementarios no regulados**.

Sin embargo, en lo que respecta a los **servicios complementarios regulados**, existe omisión absoluta respecto al criterio o la metodología que utiliza la **ARESEP** para su actualización. Según lo señalado por la **ARESEP**:

“En cuanto a los servicios complementarios regulados, las tarifas correspondientes serán las tarifas vigentes establecidas por la ARESEP para los servicios que brinda el Incop. Además, tal y como lo señala el Incop en su documento MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA. Propuesta de Metodología de Estructura Tarifaria para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera, estas tarifas no podrán ser mayores a las tarifas vigentes. En ese sentido, de aplicarse ajustes tarifarios por medio de las variaciones en la inflación estadounidense, se podrían presentar aumentos por encima de los aprobados por la ARESEP. Por lo tanto, se entiende que estos servicios complementarios regulados no tendrán ajustes tarifarios con el mismo mecanismo que los servicios con tarifa “All-in” y los servicios complementarios no regulados, sino que aplicarán los ajustes que a futuro realice la ARESEP para los servicios complementarios a cargo del Incop.”

A partir de lo anterior, no es posible determinar con base en qué criterio la **ARESEP** realizará los ajustes tarifarios para estos servicios regulados. Esta falta de definición representa un **obstáculo importante** al momento de realizar **estimaciones precisas**, complicando la estructuración de una **oferta económica fundamentada** en el contexto de la licitación.

- **Alcance de los Grupos Tarifarios dentro del esquema “All-in”**

Existen importantes **vacíos** respecto a qué servicios se incluirán o no en el esquema “**All-in**”, particularmente porque la propuesta de **INCOP/ARESEP** se presenta de manera **descriptiva** y no detalla los conceptos incluidos o excluidos de dicho esquema. Específicamente, partiendo desde el **tarifario vigente de Puerto Caldera**, se ha identificado la omisión/no mención de varios servicios listados hoy dentro del tarifario. Cabe indicar que dentro de la propuesta de INCOP/ARESEP se ofrece una lista descriptiva de elementos que entran dentro de la tarifa “All-in”, así como una lista de elementos que se excluyen de la tarifa “All-in” (ver documento RE-0574-RG-2024, “*Criterio Técnico Vinculante sobre la estructura tarifaria, parámetros de ajuste y evaluación de la calidad del proyecto (..)*”, pg.10 - 24 sin embargo, los grupos de elementos listados a continuación no se mencionan de ninguna forma, lo que impide interpretar de forma clara en cuál de las dos categorías caen.

- Despacho directo de carga



- Servicios complementarios (monitoreo de temperatura, envío de información VGM, servicio de late arrival, uso de instalaciones para fumigación, alquiler de cucharas, almejas o tolvas)
- Alquiler de equipo y maquinaria (forklifts de 4 a 10ton, grúas de 10 a 40 ton, Grúas móviles, spreaders, tractores, carretas, tarimas, Bobcats.
- Servicio a contenedores refrigerados.
- Bascula para vehículos.

La falta de claridad sobre si estos servicios pueden cobrarse fuera del modelo “All-in”, dificulta al oferente determinar el alcance **tarifario** y **operativo** de la concesión, en la medida que añade incertidumbre en el momento de estructurar las respectivas propuestas “All-in”, que podrían resultar distorsionadas según la forma en la que se interprete la inclusión o exclusión de los mencionados grupos de servicios. De nuevo, cabe apuntar que dentro del documento mencionado para el **estudio de factibilidad** de la concesión, **INCOP/ARESEP** hacen una mención descriptiva de los tipos de servicios que se consideran entrarán dentro del esquema “All-in”, no obstante, tal descripción no es del todo clara y deja vacíos importantes.

- **Ingreso agregado en el modelo financiero de la concesión**

El **modelo financiero elaborado en el marco del Estudio de Factibilidad para la Concesión con nombre “20240825 Puerto Caldera Modelo Financiero Factibilidad”** presenta conceptos de **ingreso** que no están debidamente **desglosados** ni alineados claramente con las definiciones establecidas en el **tarifario vigente** o las especificaciones de **INCOP/ARESEP**. Esta falta de claridad introduce **incertidumbre significativa** en aspectos clave para estructurar una oferta económicamente sólida. En particular, hemos identificado las siguientes áreas de preocupación:

Tarifa “Alquiler de equipos”: Se observa que este concepto, reflejado en el **modelo financiero** (por ejemplo, en la **celda E206** de la pestaña “Ingresos”), no se corresponde con **tarifas reguladas** actuales ni cuenta con un desglose detallado que permita entender su **alcance o componentes tarifarios asociados**, especialmente en servicios asociados a **carga contenerizada (seca y de contenedores)** y **granel no alimentario** donde el concepto resulta significativo como porción de la tarifa **“All-in”** propuesta en el modelo.

Tarifa “Otros”: La inclusión de este concepto (por ejemplo, **celda E208** de la pestaña “Ingresos”) carece de una **definición específica** o relación clara que impide comprender a qué hace referencia este elemento, presuntamente fuera de la tarifa **“All-in”**. Esto genera incertidumbre sobre su naturaleza y si se trata o no, de elementos **no regulados**.

Para fundamentar las afirmaciones expuestas, se destaca la **revisión exhaustiva** de la documentación relacionada con el **esquema tarifario “All-in”** propuesto. Este análisis se ha basado en el **tarifario vigente de Puerto Caldera**, identificando las tarifas incluidas en el modelo “All-in” y aquellas explícitamente excluidas. Para ello, se ha examinado la propuesta elaborada por **INCOP/ARESEP**, fundamentada en el **Estudio de Factibilidad** del IFC, así como el **Modelo Financiero** del proyecto, donde se estiman los valores de las tarifas máximas “All-in”. A partir de esta revisión, se han identificado los siguientes puntos críticos:

- A. **Tarifas** o grupos tarifarios que, pese a estar incluidos de forma descriptiva en el esquema “All-in” definido por **INCOP y validado por ARESEP**, no han sido considerados dentro del **modelo financiero** del proyecto, lo que supondría tarifas “All-in” máximas planteadas potencialmente más bajas a las reales.
- B. **Tarifas** o conceptos que no pueden clasificarse claramente como parte del modelo “All-in” ni como excluidos del mismo, debido a **descripciones insuficientes** o **ambiguas** por parte de **INCOP/ARESEP**, además de su omisión en el **modelo financiero de la concesión**.

Leyenda inclusión en esquema “All-in”

Incluida	Excluida	No especificada
✓	X	•

Tarifario actual			Inclusión en tarifa “All-in” según:		
Concepto tarifario	Unidad	Tarifa Máxima (USD)	Descripción en informe INCOP/ARESEP	Modelo Financiero	Observación
Al Buque					
Limpieza del muelle SPC-SPGC	t	0,10	✓	X	A
Muellaje Importación					
Prod. Perecederos y carne-paletizado	t	0,56	✓	•	A
Contenedores despacho directo	t	0,49	•	•	B

mfk

Hierro despacho directo	t	0,56	•	•	B
Mercadería general desp directo	t	0,56	•	•	B
Muellaje Exportación					
Mercadería general desp Directo	t	0,44	•	•	B
Prod. Pereced y carne-paletizado	t	0,44	✓	•	A
Almacenaje					
Tolvas, Almejas y equipo portuario	u./día	1,15	•	•	B
No Etiquetado	t/día	5,00	•	•	B
Servicios Complementarios					
Servicio Monitoreo Temperatura RFS	u.	10,00	•	•	B
Servicio complementario de envío de información VGM	u.	6,00	•	•	B
Servicio complementario Late Arrival	u.	100,00	•	•	B
Servicio compleme	u.	135,00	•	•	B

MBR

ntario Uso
instalacio
nes para
Fumigaci
on

Servicio
compleme
ntario alq.
Power
Pack

Servicio
Complem
entario
Plano de
Estiba

Alquiler
equipo
Cucharas
o almejas

Alquiler
equipo
Tolvas

Hora
PP

200,
00

•

•

B

u.

1,50

•

•

B

t

0,22

•

•

B

t

0,10

•

•

B

Alquiler de Equipo y Maquinaria

Forklifts (4 a
10 ton)

H/
fra
c.

14,2
7 a
27,3
6

X

•

B

Grúas (10 to
40 ton)

H/
fra
c.

44,2
2 a
158,
99

X

•

B

Grúa Movil

H/
fra
c.

818,
51 |
49,9
5

X

•

B

Spreaders
(20 to 40'')

mo
v.

1,08
|
1,87

X

•

B

Tractores

H/
fra
c.

21,3
9

X

•

B

MBR

Carretas de 25 a 30 Tons.	H/frac.	4,99	X	•	B
Tarimas/Paletas	H/frac.	0,21	X	•	B
Bobcat BC-01 T3000	H/frac.	57,75	X	•	B
Otros servicios					
Servicios a Cont. refrigerados	u./h.	0,60	•	•	B
Báscula Export: cont. secos Import y Export: Refrigerados	veh.	0,25	✓	•	A
Báscula: Vehículos, general cargo, solid bulk	veh.	0,25	•	•	B
Ingreso de veh. a zona Portuaria	veh.	0,51	✓	•	A
Carga y descarga (importación)					
Granel - Atun	t	2,32	✓	•	A
Produc. Pereced-Banano-Otras frut	caja	0,10	✓	•	A
Otros Graneles	t	7,10	✓	•	A
Carga y descarga (exportación)					
Granel - Atun	t	2,32	✓	•	A
Produc. Pereced-Banano-Otras frut	caja	0,10	✓	•	A

MBN

Otros Graneles	t	7,10	✓	•	A
Transferencia de mercancía (importación)					
Prod.Pereced. y carnes-paletizado	t	2,12	✓	•	A
Vehículos sin tracción propia	t	0,90	✓	•	A
Transferencia de mercancía (exportación)					
Produc. Pereced-Banano-Otras frut	t	0,27	✓	•	A
Recepción y despacho (Importación y Exportación)					
Prod.Pereced. y carnes-paletizado	t	0,44	✓	•	A

- **Tarifas asociadas al ferrocarril**

En la licitación para la concesión de Puerto Caldera, se identifica un vacío crítico relacionado con la definición de tarifas asociadas al uso del ferrocarril en la terminal, particularmente en lo que respecta a los servicios de recepción, despacho y otros servicios auxiliares. Aunque el cartel establece que en esta fase no se prevé el desarrollo de acceso ferroviario (Cartel, Anexo 11, pág. 238), no es clara la situación tarifaria en caso de que se llegase a desarrollar este escenario.

Asimismo, aunque el Convenio de Colaboración Interinstitucional entre el MOPT, INCOFER e INCOP establece compromisos para garantizar la conexión ferroviaria como parte del desarrollo intermodal, persisten importantes incertidumbres que afectan la previsibilidad financiera y operativa del concesionario en tal escenario.

Regulación Tarifaria

- El convenio detalla compromisos de infraestructura asumidos por el INCOP e INCOFER para conectar la terminal portuaria con el ferrocarril, pero no aborda la estructura tarifaria aplicable a los servicios ferroviarios en la terminal.
- No se establece si las tarifas estarán:
 - Reguladas por ARESEP, como es el caso de otros servicios tarifados.
 - Incluidas en un modelo tarifario "All-In" que integre todos los costos operativos.
 - De libre fijación por parte del concesionario.

MBR

Impacto en la Propuesta de Concesión

- La falta de claridad sobre cuánto podrá cobrar el concesionario por servicios relacionados con la terminal ferroviaria es un riesgo significativo para los oferentes.
- Este vacío genera incertidumbre sobre los ingresos potenciales, afectando la formulación de propuestas financieras sólidas para la licitación

Relación con los Compromisos del Convenio:

- Aunque el INCOP se compromete a garantizar la infraestructura ferroviaria intermodal como parte del proceso de ampliación de Puerto Caldera, la operación y monetización de esta infraestructura no están claramente delineadas en el convenio.
- El INCOFER asume la responsabilidad de mantener las vías férreas y garantizar la conexión al puerto, pero no se especifica cómo esta operación se integrará con los costos y beneficios del concesionario portuario.

Riesgo para el Concesionario:

- La falta de un esquema tarifario definido afecta la capacidad del concesionario para calcular los costos y establecer precios competitivos, generando un riesgo financiero directo.
- Este vacío puede desalentar la participación de oferentes o limitar el interés de operadores que dependen de ingresos estables y predecibles para garantizar retornos sobre sus inversiones.

Recomendación:

Solicitar que el cartel de contratación incluya disposiciones claras sobre la estructura tarifaria asociada al uso del ferrocarril en la terminal. En particular:

- Especificar si las tarifas estarán reguladas por ARESEP o si serán de libre fijación.
- Indicar si estas tarifas formarán parte de un modelo "All-In" o serán gestionadas como una línea separada de ingresos.
- Proporcionar un esquema preliminar de costos para servicios ferroviarios que permita a los oferentes estimar ingresos derivados de esta actividad.

En resumen, la falta de claridad y precisión en los aspectos clave del esquema tarifario "All-in" constituye un desafío significativo para los posibles concesionarios al momento de estructurar una oferta sólida y competitiva. Aunque el cartel reconoce la relevancia e importancia del componente "All-in" en la lógica de contratación y prestación de servicios de la terminal, los vacíos identificados en su estructura representan un obstáculo considerable para fundamentar las ofertas bajo este esquema.



Además, las incertidumbres en torno al alcance de los servicios incluidos, la clasificación entre servicios regulados y no regulados, los detalles tarifarios específicos (como los relacionados con el ferrocarril y los ingresos agregados) y el mecanismo de actualización de las tarifas para servicios no regulados complican la evaluación de riesgos financieros y operativos. Estas deficiencias pueden generar una percepción de imprevisibilidad en el proceso de licitación, lo que podría disuadir a oferentes calificados y limitar la competencia.

Por ello, resulta crucial aclarar y definir con precisión estos elementos, asegurando que los interesados puedan elaborar propuestas fundamentadas y alineadas con los objetivos del proyecto. Esto contribuirá al éxito y la sostenibilidad a largo plazo de la concesión”.

Los señalamientos son muy precisos y todos apuntan a omisiones de precisión técnica que derivan en ambigüedades que inciden directamente en el principio de seguridad jurídica y la certeza técnica que todo oferente en un procedimiento licitatorio de concesión, debería tener para formular una propuesta económica sólida, competitiva y acorde con los intereses que busca solventar el procedimiento licitatorio por medio de la adjudicación.

El problema de tener estos niveles de indeterminación en el plano de las tarifas, es que por un lado el Cartel ha planteado un esquema de aclaraciones que es incompatible con los tiempos de objeción, de forma tal que, si lo aclarado resulta inconveniente, el oferente carecería de un espacio o mecanismo recursivo para atacar la respuesta administrativa. Nótese lo que indica la sección 1.10 de Cartel:

“La Administración Concedente aceptará solicitudes de aclaración hasta treinta (30) días calendarios antes de la recepción de ofertas. Toda solicitud recibida en plazo será respondida en la forma antes descrita en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles desde su recepción. La Administración Concedente no tendrá obligación de responder solicitudes de aclaración que hayan sido presentadas extemporáneamente. La Administración no tendrá ninguna responsabilidad por llevar a cabo estas aclaraciones o modificaciones y por lo tanto el oferente la libera de responsabilidad de estas. Será obligación de los oferentes considerar el contenido de estas aclaraciones o modificaciones al Cartel y no podrán alegar desconocimiento de estas, pues forman parte integral del mismo”.

Por otra parte, lo cierto es que un elemento tan sensible de una estructuración contractual como una concesión, no debería tener los vacíos o imprecisiones que apunta el Informe de la consultora internacional IDOM, empresa que incluso resalta las perniciosas repercusiones de las inconsistencias técnicas identificadas.

- b. Obstáculos y limitaciones que representan las inconsistencias tarifarias de cara a una eventual oferta**
 - i. Respecto a la omisión absoluta de someter a análisis de la ARESEP el modelo tarifario aplicable a la Fase Inicial**

1. Violación del procedimiento legal previsto en la Ley 7762 para la tramitación de tarifas aplicables en materia de una licitación de obra y servicios bajo régimen de concesión.
2. Violación potencial al principio de igualdad, porque actualmente hay un incumbente (Concesionario actual), que sí tuvo oportunidad de referirse en los términos que haya estimado oportunos (o al menos contó con la posibilidad de hacerlo), respecto a las tarifas fijadas para los actuales servicios.
3. Impide de forma efectiva que se afiance el principio de libre competencia porque con este régimen consolidado se obstaculiza la presentación de ofertas competitivas y el mayor número de oferentes posible, elemento clave en proyecto de concesión, por cuanto se están fijando parámetros estructurales de la primera etapa de la Concesión, que NO PUEDEN SER discutidos por los oferentes.
4. Se violenta el principio de seguridad jurídica, porque la legislación local prevé determinadas reglas en el trámite de la concesión, que no se respetaron en el trámite actual de esta licitación, variando las reglas y procedimientos con una incidencia clara para todos aquellos que actualmente no forman parte de la concesión.

ii. Sobre el rechazo explícito del procedimiento extraordinario de ajuste de tarifa

1. Principio de legalidad, por cuanto el reajuste extraordinario debe estar incorporado en el Cartel (artículos 41 de la Ley 7762 y 7.3 y 71.1 del Reglamento).
2. Principio de intangibilidad patrimonial por cuanto se deniega la incorporación directa al Contrato de Concesión de un método válido, útil y pertinente de equilibrio económico financiero.
3. Respeto a los procedimientos por cuanto las actuaciones preparatorias ante ARESEP deben considerar los reajustes extraordinarios de la tarifa.
4. Principio de seguridad jurídica por cuanto se deja en absoluta indefinición la forma de cálculo del reajuste extraordinario sometiéndolo incluso a necesarias consultas posteriores ante ARESEP y en consecuencia, modificaciones contractuales, lo que impide al oferente conocer a priori cuál es la metodología específica que se aplicará.
5. Limitación a la libre competencia en la medida en que estos factores desincentivan la participación en estructuras contractuales de esta naturaleza donde es vital tener todos los elementos estructurales del negocio bien definidos.

iii. Sobre las inconsistencias del modelo tarifario

1. Violación al principio de seguridad jurídica. La falta de un esquema tarifario definido afecta la capacidad del concesionario para calcular los costos y establecer precios competitivos, generando un riesgo financiero directo.
2. Impedimento injustificado para la libre competencia: Este vacío puede desalentar la participación de oferentes o limitar el interés de operadores que dependen de ingresos estables y predecibles para garantizar retornos sobre sus inversiones.



3. Incidencia en el equilibrio económico financiero del contrato: Se está obligando al oferente a presentar un modelo financiero sobre la base de una estructura tarifaria que tienen imprecisiones y se puede inducir a error al futuro concesionario y colocarse en un punto de desequilibrio económico.

c. Solicitud concreta

i. Respetto a la omisión absoluta de someter a análisis de la ARESEP el modelo tarifario aplicable a la Fase Inicial

1. Se ordene someter a valoración de la ARESEP la estructura tarifaria que será aplicable según la cláusula 6 del Cartel y 3.3.1 del Contrato de Concesión, para toda la Fase Inicial de Explotación, correspondiente a las tarifas actualmente vigentes y fijadas en ocasión de otro procedimiento licitatorio por la Autoridad Reguladora.

ii. Sobre el rechazo explícito del procedimiento extraordinario de ajuste de tarifa

1. Se ordene la remisión de una estructura definida de ajuste extraordinario de tarifas para la emisión de un criterio positivo vinculante por parte de la ARESEP.

iii. Sobre las inconsistencias del modelo tarifario

1. Solicitar a la ARESEP un análisis claro que permita identificar con precisión los servicios regulados y no regulado.
2. En lo que respecta a los servicios complementarios regulados, se solicite a la ARESEP complementar el vacío u omisión absoluta respecto al criterio o la metodología que utiliza la entidad para su actualización.
3. Solicitar a la ARESEP que se corrijan los importantes vacíos respecto a qué servicios se incluirán o no en el esquema "All-in", particularmente porque la propuesta de INCOP/ARESEP se presenta de manera descriptiva y no detalla los conceptos incluidos o excluidos de dicho esquema.
4. Remitir nuevamente a la ARESEP el modelo tarifario a efectos de que se defina en el marco del Estudio de Factibilidad para la Concesión con nombre "20240825 Puerto Caldera Modelo Financiero Factibilidad" los conceptos de ingreso que no están debidamente desglosados ni alineados claramente con las definiciones establecidas en el tarifario vigente o las especificaciones de INCOP/ARESEP. Esta falta de claridad introduce incertidumbre significativa en aspectos clave para estructurar una oferta económicamente sólida.
5. En relación con las tarifas del Ferrocarril se solicita:
 - a. Especificar si las tarifas estarán reguladas por ARESEP o si serán de libre fijación.
 - b. Indicar si estas tarifas formarán parte de un modelo "All-In" o serán gestionadas como una línea separada de ingresos.



- c. Proporcionar un esquema preliminar de costos para servicios ferroviarios que permita a los oferentes estimar ingresos derivados de esta actividad.

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

a. Argumentos de la objeción

De la misma forma en que solicitamos el análisis técnico de una firma internacional con experiencia y solvencia técnica para analizar en detalle la modelación tarifaria, hemos requerido una prueba técnico-financiera a 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.

El resultado puntual de ese análisis técnico, se resume en las siguientes líneas que procedemos a transcribir:

“Conclusión de nuestro trabajo

En nuestro criterio, el Modelo financiero presenta **debilidades** que afectan la **integridad lógica del resultado**. Estas debilidades afectan los resultados del valor actual neto (VAN) y la tasa interna de retorno (IRR), y afectan la fiabilidad del análisis de factibilidad financiera resultante.

En consecuencia y con base en nuestro análisis, consideramos que el Modelo, en su versión base tal cual nos fue suministrado, no cumple con su objetivo de calcular en forma correcta y razonable el valor actual neto (VAN) y la tasa interna de retorno (IRR), para determinar la factibilidad financiera del proyecto de inversión.

Las discrepancias encontradas incluyen errores en las fórmulas aritméticas, signos invertidos, indexaciones a la inflación de una moneda distinta a la de los montos subyacentes, tasa de descuento inconsistente con el flujo de efectivo al cual se aplica, inicio del periodo de descuento distinto a la fecha de inicio del proyecto, referencias circulares en fórmulas de cálculo, y cálculo de razones financieras atípicas; lo cual provoca resultados con debilidades en su precisión y confiabilidad.

Adicionalmente se identificaron discrepancias entre el Modelo y el pliego de términos de licitación, tales como presupuesto oficial sobre la inversión de activos querida y composición de las tarifas “All-in”. **Refiérase al a Apéndice C**, para ver en detalle los hallazgos que pueden tener un impacto en el resultado del Modelo”. (El resaltado es no es del original)

Para efectos de que la Contraloría General pueda validar la trazabilidad de los aspectos financieros que se sometieron a análisis y por tanto, verificar la rigurosidad de los mismos, es importante aclarar que las conclusiones transcritas anteriormente están respaldadas por un Apéndice A que corresponde a la salida del modelo que es el escenario base de las Tarifas All-in. El Apéndice B es una hoja de supuestos clave, que constituye las premisas conceptuales sobre las que se ha realizado la modelación.

Finalmente, **el Apéndice C** es la lista de observaciones y hallazgos de la firma consultora en donde se identifican los problemas del modelo financiero publicado con los documentos de respaldo del procedimiento licitatorio y su contraposición con otros elementos de referencia de esta licitación.

Los hallazgos en términos macro podrían ser calificados de dos formas: 1) Hallazgos respecto a la rigurosidad técnica del modelo que generan inconsistencias e incertidumbre técnica y 2) Hallazgos de orden sustancial que hacen cuestionar la fiabilidad de la estructuración financiera del proyecto.

Por ser esta una prueba altamente técnica y de orden financiero, remitimos respetuosamente a la Contraloría General de la República, a la lectura íntegra del Apéndice C, no obstante, sí queremos resaltar algunos componentes de sustancial impacto y sus implicaciones financieras.

Antes de abordar directamente los hallazgos, es de interés resaltar algunas premisas cartelarias que permitirán poner en su justa dimensión las consecuencias derivadas de las inconsistencias del modelo financiero. Veamos:

- El oferente debe proponer una oferta económica que tiene como techo la estructura tarifaria aprobada por ARESEP y esta a su vez, se determinó en tesis de principio, sobre la base de la modelación financiera desarrollada por el IFC, consultor técnico del INCOP:

6.2 Las tarifas ofertadas por los oferentes se encontrarán de acuerdo con lo establecido por la ARESEP en su autorización de la estructura tarifaria aplicable a la Concesión. Debido a lo anterior, la Oferta Económica deberá contener la propuesta de Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga, en la forma indicada en el Formulario de Oferta Económica y atendiendo a todas las indicaciones consideradas en el Anexo No. II “Determinación de Oferta Económica” y Anexo No. III “Formularios de Oferta Económica” para lo cual se deberán llenar los correspondientes formularios indicados en dicho anexo.

- El oferente debe poder asumir todas sus obligaciones por medio de una única tarifa máxima, por lo que ese monto debe cubrir inversiones de mantenimiento e infraestructura por construir, riesgo operativo, etc.

6.3 La Oferta Económica será la Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga que el Oferente considere necesario para la asunción de las obligaciones establecida en el Cartel, Contrato de Concesión y sus Anexos incluyendo las obligaciones de diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento del Proyecto según los parámetros establecidos en el Cartel y Contrato.

- Con la única excepción de las tarifas por servicios complementarios que podrán cobrarse de forma independiente, todos los servicios portuarios que debe prestar el futuro Concesionario, deberán cubrirse con el importe de la tarifa All-in máxima por tipo de carga.



6.4 La determinación de la Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga deberá considerar todos los elementos de la estructura tarifaria para Puerto Caldera aprobada por ARESEP respecto de los (i) servicios que se deben cubrir con la tarifa “all-in” por tipo de carga, (ii) servicios operativos y administrativos y (iii) los servicios complementarios no incluidos la tarifa “all in”.

- Los niveles de inversión y de eficiencia del puerto, deberán sostenerse con base en el modelo tarifario aprobado.

6.5 La determinación de la Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga deberá ser suficiente para cubrir todos los costos para cumplir con el Anexo 11. Anexo Técnico (Especificaciones Técnicas) y Anexo 18. Estándares de Servicio.

Es indiscutible, por lo tanto, que un esquema de tarifa única “all-in”, la precisión de las bases técnico-financieras del proyecto resultan medulares, pues de lo contrario, se estaría corriendo el riesgo de hacer incurrir en grave error a los potenciales oferentes, asumiendo compromisos y obligaciones que no tendrán un respaldo financiero claro. Es del mayor interés, por lo tanto, no solo para el oferente **sino para los propios intereses públicos**, que las bases financieras se encuentren claras y precisas, de forma tal que puedan materializarse ofertas competitivas y los objetivos trazados con la concesión, se alcancen.

Dicho lo anterior, vemos con profunda preocupación la indeterminación de aspecto centrales que grave incidencia en la precisión del modelo financiero, que seguidamente apuntaremos de manera concreta:

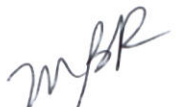
1. Capex sobre inversiones iniciales e infraestructura: Hay inconsistencias en el uso de monedas dentro de la modelación que genera incertidumbre en valores. Esto deriva en dos impactos concretos: a) no hay una correcta proyección en inversiones y b) hay incidencia sobre los resultados de indicadores de factibilidad financiera del proyecto.
2. Capex sobre medidas de mitigación: las inversiones en medidas de mitigación ambiental y social generan indeterminación por inconsistencias en el uso de monedas distintas. Al igual que en el caso anterior, esto impacta la proyección de inversiones e incide en los resultados de indicadores de factibilidad financiera.
3. Tasa de descuento: El modelo calcula el valor presente neto con base en un flujo de efectivo libre al inversionista de patrimonio y una tasa de descuento WACC (costo de capital promedio ponderado), lo que resulta incorrecto en la medida en que el flujo de efectivo libre al inversionista de patrimonio debe ser descontado con el costo del patrimonio (ke), no con el ponderado. Esto genera dos problemas: a) la tasa de descuento no refleja los riesgos



asociados con el flujo de efectivo y b) el valor presente neto resultante no es correcto por las inconsistencias en a tasa de descuento aplicada.

4. Presupuesto de Capex: Hay una clara discrepancia en el presupuesto de Capex dado por el pliego de condiciones y el modelo publicado. En el cartel se habla de US\$587 millones y en el modelo se indica US\$739 millones. Esta discrepancia es sustancial en la medida en que tiene impacto sobre las obras a efectuar, aspecto que deber estar presente desde el inicio con un alto nivel de precisión. **A la fecha, y después de pasado un tercio del plazo para ofertar, este choque de cifras impide poder hacer una oferta económica.**
5. Omisión absoluta de detalle de costos de mantenimiento: no hay indicación de montos por costos de mantenimiento de granel sólido. Esto implica por lo tanto, que hay impacto directo en flujo de efectivo proyectado y sobre los resultados de indicadores de factibilidad. Aquí también se debe hacer notar que pasado ya un tercio del plazo para presentar ofertas y existe una laguna financiera evidente y manifiesta con impacto directo en una imposibilidad de presentación de una oferta completa.
6. Costos por escaneo: Existe una confrontación clara entre el Cartel de la Licitación y el modelo financiero. El Anexo II del Cartel en la sección de “Consideraciones Generales sobre la Oferta Económica” indica expresamente que *“los valores máximos de la tarifa “all in” presentada en la Tabla 1 por tipo de carga no incluyen el servicio de escaneo, puesto que, aunque dicho servicio esté incluido en la lista de servicios “all-in”, los oferentes no lo deberán incluir en sus ofertas económicas, dado que el coste de operación vendrá dado por las instrucciones institucionales correspondientes”*. En contraposición, el Modelo Financiero incluye un componente de escáner. Esto impide saber cuál es la forma correcta de ofertar por un lado, pero también **genera dudas razonables respecto a la fiabilidad de la viabilidad financiera del proyecto.**
7. Capex en equipos: El modelo asumo la inversión en equipo a partir del año 2027. Sin embargo, existe una incoherencia interna, toda vez que la fecha se asume para la inversión en equipo no es consistente con la fecha de inicio de operaciones del modelo. El impacto más relevante de esto es que el proyecto necesita la inversión en equipo para iniciar la prestación del servicio y generar el ingreso proyectado, por lo tanto, se reduce el valor presente de la inversión requerida en equipo.

Estos son tan solo siete puntos que estimamos como los de mayor impacto en términos de sustancialidad y como puede verse, todos ellos generan una consecuencia directa: imposibilidad para poder presentar una oferta económica que responda con precisión a las necesidades del Pliego por un lado y por otra parte, sin que el oferente asuma de manera desmedida y con múltiples contingencias, los riesgos y obligaciones. Es decir, violación absoluta el principio de seguridad jurídica.



b. Obstáculos y limitaciones que representan las inconsistencias en el modelo financiero de cara a una eventual oferta

1. Violación al principio de seguridad jurídica. La falta de un modelo financiero definido, cierto y preciso, afecta la capacidad del oferente para calcular los costos y establecer precios competitivos, generando un riesgo financiero directo. No certeza de cómo ofertar y cómo plantear la propuesta económica.
2. Impedimento injustificado para la libre concurrencia: Los vacíos y omisiones pueden desalentar la participación de oferentes o limitar el interés de operadores que dependen de ingresos estables y predecibles para garantizar retornos sobre sus inversiones.
3. Incidencia en el equilibrio económico financiero del contrato: Se está obligando al oferente a presentar un modelo financiero sobre la base de una estructura financiera que tiene imprecisiones y se puede inducir a error al futuro concesionario y colocarse en un punto de desequilibrio económico. Esto es de particular sensibilidad, considerando que el Contrato de Concesión propuesto define en la cláusula 3.4.6.1 del Contrato de Concesión, sin ningún tipo de base técnica, la imposición de riesgos en incremento de costos por debajo de un 10%, lo que deriva en un proyecto que realmente posiciona al oferente en los términos actuales, a un nivel de incertidumbre significativo.

c. Solicitud concreta


1. El Informe Técnico elaborado por KPMG contempla veinte (20) hallazgos de imprecisiones, inconsistencias y omisiones graves del modelo financiero en el Apéndice C. Se solicita declarar nulidad del modelo y en su lugar proceder con los ajustes en cada apartado señalado (para ello se remite respetuosamente a la prueba técnica aportada) y publicar una nueva la modelación financiera.
2. Debido al impacto que eso puede tener en las tarifas, se solicita que la Contraloría General ordene remitir nuevamente a la ARESEP para su aprobación.

VIII. Objeción con respecto a la solución técnica requerida (infraestructura y equipo)

a. Cláusulas de Cartel o del Contrato de Concesión involucradas

Los Anexo IX, Anexo 11 y Anexo 12 del Cartel contemplan las soluciones que técnicamente se buscan implementar por medio de la concesión de este proyecto.

Luego, en el Anexo 18 se exige un desempeño con 'Tiempo de espera en fondeadero para buques graneleros que cuenten con ventana de atraque', menor a 4 horas.



Terminal para graneles	<p>En la primera etapa se utilizará el actual puesto N° 4 ampliando su longitud en toda la anchura actual, o suplementado con dos postes de amarre para el atraque de buques de hasta 250m LOA, con una profundidad de -13.6 metros referida a la MLWS.</p>
	<p>El Oferente podrá elegir la tipología estructural, si bien, en caso de elegir una tipología de muelle vertical (reflejante) deberá realizar un estudio de agitación interior para comprobar su influencia en las operaciones.</p>
	<p>El Oferente deberá considerar la implementación de un segundo amarradero para graneles sólidos que deberá tener capacidad para atender buques tipo Handymax de 200m de eslora, 13.6m de profundidad, referida a la MLWS y anchura</p>
	<p>suficiente para la operación y maniobra de grúas MHC y camiones.</p>
	<p>Para la descarga de graneles sólidos, esta operación se deberá realizar mediante grúas MHC con descarga directa a camiones. Se deberá disponer de un mínimo de dos grúas MHC por muelle.</p>
	<p>Para la descarga de graneles sólidos no alimentarios se utilizarán grúas MHC (dos como mínimo), con descarga directa a camiones</p>
	<p>El Oferente tendrá libertad para proponer la utilización galpones o silos de almacenamiento.</p>
	<p>Se considerará que deberán escanearse el 100% de los graneles sólidos por lo que se debe proveer de los equipos de escaneo.</p>

- **Galpones para almacenamiento de graneles (alimentario y no alimentario).** El Concesionario podrá elegir construir galpones de almacenamiento para los graneles sólidos desde el principio de la concesión u operar sin ellos, en cualquier caso, estará obligado a construirlos cuando el downtime de operaciones debido a la no disponibilidad de camiones para ejecutar la descarga de graneles supere el 15% por un periodo sostenido de 6 meses. El galpón o galpones de almacenamiento deberán tener una capacidad mínima de almacenamiento de 20,000 toneladas, calculada para almacenar el volumen descargado por el barco promedio, justificándose el espaciamiento y procesos considerados para las operaciones dentro del galpón (cargadores, camiones, chutes, etc.). En el caso que se construyan los galpones deberá implementarse una flota interna de camiones para el transporte de los graneles desde el muelle hasta los galpones u otro mecanismo que se justifique.

5.4. EQUIPOS DE MANEJO

Grúas de descarga

- **Tipo de grúa:** Se recomienda el uso de grúas del tipo *Mobile Harbour Crane* (MHC) para la descarga de los graneles, no obstante, el Concesionario podrá proponer otra tipología de descarga, como descargadores continuos o mixta, en cualquier caso, el Concesionario definirá los criterios específicos de diseño y selección del equipamiento, y será responsable de listar las especificaciones técnicas del equipamiento en el proceso de compra, cumpliendo, como mínimo, los siguientes criterios:
- **Capacidad:** Las grúas deberán tener capacidad suficiente para sostener una capacidad descarga mínima efectiva de 455 ton/hr.
- **Número de equipos.** En la planificación de detalle, deberá asegurarse que se mantiene la productividad requerida para satisfacer la demanda bajo las condiciones operativas (llegada de buques, tipo de carga, volumen del buque de escala, etc.). El Concesionario deberá instalar un mínimo de 2 grúas MHC para el muelle existente y 1 grúa MHC para el segundo muelle de graneles, aumentando el número progresivamente hasta el final de la Concesión, en caso de ser necesario. El criterio para incrementar el número de grúas MHC se fundamenta en la utilización promedio mensual. Si durante un período consecutivo de seis (6) meses la utilización promedio mensual supere el 75%, o si esta condición se presenta seis (6) o más meses no consecutivos en un periodo de doce (12) meses, se considerará necesario adquirir nuevas grúas MHC.



Servicios "All-In"	Definición	Actividades
1. Amarre y Desamarre de Buques	Asegurar y liberar un buque de sus amarres o muelle al llegar y partir de un muelle.	Preparación, lanzamiento, sujeción y tensado de líneas en caso de amarre; aflojamiento, recuperación y enrollado de líneas para desamarre.
2. Atraque	El uso de un muelle por el buque entre el momento en que se amarra y desamarra.	Sistema de ventana del buque; tiempo del buque en el muelle; EDI y validación de datos; limpieza del área del muelle durante y después de que se completa la operación de estiba/desestiba del buque.
3. Estiba de Embarcaciones	Carga y descarga de productos a granel seco entre el buque y camiones cisterna.	Carga y descarga de productos a granel seco; uso de equipo de manipulación a granel en el muelle y dentro de la bodega para la carga y descarga; limpieza de derrames en el muelle; EDI; verificación de arqueo y datos; tarifa de muelle.
4. Manejo y Procesamiento de Carga a Granel Seco	Manejo y procesamiento de cargas a granel seco y su transferencia entre el muelle y el almacenamiento en búfer, y entre el almacenamiento en búfer y la puerta.	EDI; verificación de arqueo y datos; verificación de carga; revisión de documentación de exportación e importación, uso de equipo portuario en el
		movimiento de carga a granel seco al almacenamiento en búfer utilizando camiones portuarios u otro equipo; almacenamiento en búfer; carga o descarga de cargas a granel seco en camiones en el área de almacenamiento en búfer; conformación, volteo, cubrimiento y monitoreo de pilas.
5. Despacho y recepción	El movimiento entre el área del muelle y la puerta de camiones y entre la puerta y el área del muelle para la recepción o descarga de carga a granel. <i>Despacho (Salida):</i> Tránsito de camiones entre el área del muelle y la puerta de la terminal, donde el camión es liberado para salir de la terminal. <i>Recepción (Entrada):</i> Tránsito de camiones entre la puerta donde se permite la entrada del camión a la terminal y el área del muelle.	Verificación de documentación y permisos de camiones; cargos por recepción y despacho de la puerta y tránsito intra-terminal de camiones. Los cargos de despacho incluyen cargos por el proceso de recepción de camiones en la puerta de entrada de la terminal (operación de entrada) y la liberación de camiones de la puerta de salida de la terminal (operación de salida); inspección visual del estado del camión; EDI; verificación de conteo y datos. La operación de la puerta incluye la inspección, verificación, documentación y controles de seguridad y protección necesarios para los camiones que entran o salen de la terminal.

mbr

2. ESTÁNDARES DE SERVICIO PARA EL DESEMPEÑO OPERATIVO

Esta sección incluye los Estándares de Servicio para el desempeño operativo que el Concesionario deberá cumplir a partir de Inicio de la Etapa de Explotación Total que incluye

- Tiempo de espera de buques en fondeadero para muelle disponible que cuentan con ventana de atraque.
- Tiempo de giro de camiones.
- Tiempo de espera de camiones.

Indicador	Unidad	Información requerida para la medición	Estándar	Fuente de datos
<u>Tiempo de espera en fondeadero para buques portacontenedores, buques Ro/Ro¹ y buques de carga general que cuenten con ventana de atraque (DO1).</u>	Horas en zona de fondeo.	Horarios de llegada y salida en la zona de fondeo conforme a la hora prevista en el sistema de citas.	Menor o igual a 2 horas.	Capitanía de Puerto.
<u>Tiempo de espera en fondeadero para buques graneleros que cuenten con ventana de atraque (DO2).</u>	Horario en zona de fondeo.	Horarios de llegada y salida en la zona de fondeo conforme a la hora prevista en el sistema de citas.	Menor o igual a 4 horas para los buques con ventana asignada. ²	Capitanía de Puerto.

b. Argumentos de la objeción

i. Problemas de dimensionamiento de la Inversión

Los documentos de la licitación describen que el proyecto pretende resolver las limitaciones de la infraestructura del puerto. Con base en los documentos referenciales (entre otros el ‘Estudio de Factibilidad’, sección 2.2) mi representada ha identificado que existen rubros específicos que plantea problemas técnicos producto de la solución que se está solicitando a nivel de Cartel. Esos problemas son los siguientes:

- Se van a presentar tiempos de espera prolongados para la atención de los barcos.
- Los límites de profundidad de la infraestructura marítima para atender a barcos de mayor tamaño.

- La capacidad de (des-)carga de las grúas en los muelles y patios.

El problema que se presenta, es que la solución técnica que contempla el Cartel, los Anexos y el Estudio de Factibilidad, hacen que los objetivos de la concesión no puedan cumplirse y en consecuencia, cobre una significativa relevancia la oferta alternativa, que dicho sea de paso, tal y como lo explicamos en los primeros apartados de este Recurso de Objeción, la forma en la que se está “ponderando” esa oferta alternativa es absolutamente ineficaz y violatoria del principio de seguridad jurídica por los parámetros indeterminados de análisis o evaluación de la misma.

En ese orden de ideas, lo que tenemos por lo tanto, es una necesidad de abordar por la vía de la oferta alternativa, las verdaderas posibilidades de mejora en la eficiencia del puerto, porque lo planteado por el Estudio de Factibilidad, es insuficiente.

Para mejorar el rendimiento de carga y descarga de los barcos se requiere por lo menos, hacer lo siguiente:

- Operación de Graneles:
 - Para los productos ‘free flow’ (granos de flujo libre, que es la mayoría de los graneles):
 - Sistema de descarga del barco con una grúa tipo ‘Descargador Continuo’
 - Transporte horizontal dentro del terminal: fajas transportadoras
 - Almacenamiento con puntos de despacho, que funciona para almacenamiento de estadía corta, de tal forma que el rendimiento de descarga de los barcos no esta limitado por la disponibilidad de camiones externos.
 - Para otros productos:
 - Descarga con grúas móviles, con descarga directa en camiones externas (sin almacenamiento intermedio).
- Operación de carga contenerizada (secos y refrigerados):
 - Grúas STS para la operación entre muelle y barco, en una estructura del muelle preparada para una profundidad de -16m.
 - Transporte horizontal con camiones internos.
 - Almacenamiento en un patio, que se opera con RTG’s (contenedores llenos) y Empty handlers (contenedores vacíos).

Con el método de operación sugerido por el INCOP, el rendimiento de la descarga dependerá de la disponibilidad de camiones externos, por cuanto sin la capacidad de almacenamiento, la descarga nunca puede ir más rápido que la disponibilidad de los camiones externos. Por lo tanto, no hay un control sobre el tiempo de estadía de los barcos para terminar la operación de descarga, y por lo tanto no se puede controlar el tiempo de espera de los barcos.

La principal consecuencia, es que un potencial oferente consciente del negocio, no podrá comprometerse a los ‘Estándares de Servicio’ (Anexo 18), salvo que se hagan los ajustes que se explican en el Informe Técnico, con el agravante de que eso SOLO SERÍA POSIBLE SI SE CAMBIA LA BASE CONCEPTUAL DE CÓMO SE ESTÁ RESOLVIENDO EN EL CARTEL LA PONDERACIÓN DE LA OFERTA ALTERNATIVA.

Esto lo que nos plantea es un problema de la solución técnica con incidencia en la posibilidad de ofertar, por cuanto un operador con conocimiento en la materia, puede identificar con facilidad que la solución de infraestructura y operativa, no cumple con los objetivos trazados con la licitación.

Para fundamentar este análisis, se aporta como prueba un Informe Técnico, elaborado por el señor Jan de Bont, colaborador con amplia experiencia en desarrollo de soluciones de ingeniería en materia portuaria.

ii. Problemas de los costos unitarios de la infraestructura

La propuesta del INCOP y la estructuración financiera desarrollada por el IFC, están dejando de lado los costos reales unitarios para el desarrollo de la infraestructura requerida, con lo cual, tenemos una subestimación de inversiones y esto impacta directamente la posibilidad de ofertar.

Según el Informe Técnico suscrito por el señor Jan de Bont, la insuficiencia de los costos unitarios para las obras de infraestructura se fundamenta en los siguientes elementos:

“Para construir el modelo financiero interno de APMT, se ha utilizado como referencia el archivo ‘20240913 Puerto Caldera Modelo Financiero Cartel 18112024 (003).xlsx’. La estimación del CAPEX del proyecto se ha basado en el Estudio de Factibilidad (que forma parte de los documentos referenciales). Se ha realizado un análisis del CAPEX, tomando como referencia proyectos portuarios de APMT en la región. De este análisis han surgido los siguientes comentarios:

- La política de APMT para nuestros terminales nuevos es una operación ‘cero carbon’, lo cual coincide con la política de Costa Rica ‘National Decarbonization Plan’. Considerando que el terminal actual funciona con equipos diésel, el consumo eléctrico aumentara de manera significativa. En el presupuesto del cartel, la estimación del CAPEX para el sistema eléctrico es de 5MUSD (mientras el estudio de pre-factibilidad estima 25MUSD). Con base en la experiencia de APMT en otros terminales donde hay un cambio importante del consumo de energía, el costo del sistema eléctrico es bastante mas elevado que 5MUSD.
- Actualmente la manipulación de contenedores en el terminal se realiza por medio de *reach stackers* y *empty handlers*. En el nuevo terminal, APMT propone el uso de gruas tipo RTG. Para esta operación se necesitar un pavimento completamente renovado, que también incluye utilidades como sistema de drenaje, agua contra incendios, cableado eléctrico. En el CAPEX del cartel, se estima para el pavimento tipo *heavy duty*: 66 USD/m². En la experiencia de APMT, el precio unitario esta en el orden de 100-150USD/m².
- Considerando que Caldera esta ubicado en una zona sísmico y la altura de retención es de 21m (+5m hasta -16m), el costo de los muelles debe ser relativamente elevado. Con base en el precio total y la superficie en el CAPEX del cartel, se ha derivado un precio unitario en el orden de 1300USD/m². En la experiencia de APMT, el precio unitario para este tipo de estructura debe estar en el orden de 2500-3500USD/m².



- Parece que hay una inconsistencia entre los planos del estudio de factibilidad (donde se indica la línea de atraque del muelle 1-3 se mueve 80m) y la estimación del CAPEX (donde se considera una estructura con 36m de ancho).
- La estimación del CAPEX no considera un dragado y obras de relleno específicamente para el terminal de graneles, mientras este costo esta considerado en el estudio de factibilidad. Una revisión de los planos muestra que el alcance del terminal de graneles no ha cambiado, entonces no queda claro cual es el motivo para retirar este costo.

En términos generales, parece que estimado del CAPEX en el Cartel de la licitación subestima:

- Los precios unitarios de varias obras, en comparación con proyectos ejecutados.
- Las cantidades del proyecto, por ejemplo en las obras de dragado y relleno del terminal de graneles.”

Partiendo de las consideraciones expuestas en este informe, **EL MODELO FINANCIERO DESARROLLADO POR EL IFC, es técnicamente inviable** y obliga a una necesaria reestructuración y ajustes para dimensionar de forma correcta y técnicamente fundamentada, los costos de las inversiones.

c. Obstáculos y limitaciones que representan las soluciones técnicas previstas en el Cartel y Estudio de Factibilidad

- Hay un erróneo cálculo o dimensionamiento de las necesidades en infraestructura y equipo para poder dar una solución eficaz a los problemas del puerto. Por lo tanto, los requerimientos técnicos solicitados por los documentos de referencia de esta licitación, violentan los principio de eficacia y eficiencia en la contratación pública.
- Hay problemas de seguridad jurídica, por cuanto se está solicitando un compromiso en asunción de riesgos operativos y niveles de eficiencia operativa, que son incompatibles con la solución técnica propuesta.
- Estas deficiencias desincentivan la participación en proyectos de esta magnitud, por cuanto los estudios técnicos no están respaldando correctamente los niveles de inversión y gastos.
- Hay una clara violación a los principios de la ciencia y la técnica en relación con la propuesta de ingeniería requerida a los oferentes.

d. Solicitud concreta

Se solicita con base en lo expuesto:

1. Que se ordene una reconfiguración de la solución técnica por no resultar efectiva y menos aún eficiente.
2. Que se reestructuren los costos unitarios pues los mismos están lejos de reflejar la realidad económica del proyecto.

3. Debido a la sustancialidad de esos elementos en el modelo financiero, se solicita remitir nuevamente el proyecto a la ARESEP con el objetivo de que se analice a partir de los ajustes al modelo financiero, la estructura tarifaria para que se acorde con la solución técnica y los niveles de inversión.

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

a. Contenido de lo Objetado

El Anexo 6 del Cartel define un plazo de 30 meses máximos para la construcción de las obras requeridas. Veamos:

1. PLAZOS MÁXIMOS

Los hitos detallados en el cronograma deberán cumplirse por parte del Concesionario en los plazos máximos que se indican a continuación:

Hitos	Plazo
1-Pago Inicial a la Autoridad Concedente	A la Orden de Inicio de la Concesión
2- Presentación de Plan de Inversión	Hasta 3 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
3- Presentación de Proyecto Constructivo (Diseño e Ingeniería de Detalle)	Hasta 8 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
4- Licencias y Permisos del Concesionario para Construcción	Hasta 12 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión
5- Acreditación de Cierre Financiero	Hasta 15 meses después de la Orden de Inicio de la Concesión

6- Fecha de Inicio de la Etapa de Construcción	Hasta 3 meses después de presentado el Proyecto Constructivo y las licencias y permisos para la construcción.
7- Fecha de Inicio de la Etapa de Explotación Total	Hasta 30 meses después de la Orden de Inicio de Construcción.

b. Argumentos de la objeción

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.

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.

Desde ese punto de vista la disposición cartelaria viola:

1. El deber de fundamentación de los parámetros cartelarios al que está obligada toda administración licitante.
2. Carece de bases técnicas.
3. Viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En relación con estos dos últimos principios, incluso de orden constitucional, el Informe Técnico del señor Jan de Bont, expone lo siguiente:

“El Anexo 6 establece un plazo de construcción de 30 meses, mientras el Concesionario deberá proponer una secuencia constructiva que permita mantener la operatividad del terminal en niveles lo más parecidos posible a los actuales.

Como el muelle 1-3 forma una parte fundamental de la operación actual, las obras para mejorar la capacidad **solamente pueden empezar una vez que se ha construido** capacidad adicional, por ejemplo, el nuevo muelle granelero de 200m. Con base en la experiencia de proyectos portuarias, la construcción de un puente de acceso y un muelle de estas características (más instalaciones mecánicas de manejo de carga, hasta inicio de operaciones) **toma típicamente 1.5-2 años**. Luego, la construcción del muelle 1-3 tomara un palazo similar de 1.5-2 años. Entonces, los requisitos definidos en ‘el plazo de construcción’ y ‘mantener los niveles de operatividad’ **no parecen viables, considerando la experiencia real de los plazos de obras portuarias**. Se

sugiere ampliar el plazo de construcción, para poder ejecutar las obras de los muelles una tras de la otra”.(Resaltado no es del original)

El problema principalmente radica en que ninguno de los documentos que respaldan el procedimiento licitatorio, arroja luz de cómo se calculó ese plazo y no podemos debatir sobre bases ciertas o específicas por falta de fundamentación.

c. Obstáculos y limitaciones que representan las soluciones técnicas previstas en el Cartel y Estudio de Factibilidad

- Hay problemas de seguridad jurídica, por cuanto se está solicitando un compromiso de un plazo de construcción que no es de posible cumplimiento, lo que eleva irracionalmente los riesgos operativos.
- Estas deficiencias desincentivan la participación en proyectos de esta magnitud, por cuanto los estudios técnicos no están respaldando correctamente los meses exigidos para cerrar el proceso de construcción.
- Hay una clara violación a los principios de la ciencia y la técnica en relación con la propuesta del plazo.

d. Solicitud concreta

1. Se solicita declarar nulas la sección 1.6 del Cartel en cuanto al plazo de 30 meses, así como la cláusula 2.4.2 del borrador de Contrato de Concesión y el Anexo 6.
2. En su lugar se propone ampliar el plazo de construcción sobre la base de un análisis amplio que realice el INCOP en conjunto con el IFC.

X. Objeción en relación con los parámetros técnicos de escaneo de carga

a. Contenido de lo Objetado

En la sección **2.8.4.1.6. Proceso de Escaneo** del documento “**Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera // Formulación del Proyecto a Nivel Factibilidad**” se prevé que toda la carga a granel manejada en Puerto Caldera sea escaneada, siguiendo los estándares aplicados en otras instalaciones de Costa Rica y la región. Ante la falta de referencias comparativas específicas para el escaneo de graneles, el concesionario deberá revisar los flujos operativos para garantizar la eficacia del proceso.



En coordinación con INCOP y el Ministerio de Seguridad, se han definido los siguientes requerimientos generales:

- Escaneo obligatorio de toda la carga a granel.
- Implementación de una zona de inspección física para unidades sospechosas, accesible tanto desde la zona pública como desde la terminal.
- Habilitación de una maniobra de bypass para repetir escaneos erróneos.

En el **ANEXO 18 Estándares de Servicio**, inciso **6. ESTÁNDARES DE SERVICIO PARA EL ESCANEADO**, página 523 del **Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera** se presentan las siguientes consideraciones:

“El diseño de los accesos, viales y patios de almacenamiento debe considerar que deberá escanearse el 100% de la carga. Esto incluye contenedores de importación, exportación, secos, vacíos y refrigerados, así como la carga rodante, carga general y graneles sólidos.

Para asegurar un flujo fluido de camiones dentro del terminal, se deberá proporcionar un número suficiente de escáneres. El tráfico fluido de camiones se medirá con base a estándares de estadía media de camión en terminal y tiempo medio de procesamiento para el escaneado.

Las fases de implementación de los escáneres y el número de líneas de escaneo deberán ser validadas mediante análisis dinámicos. Estos análisis deben considerar indicadores de desempeño de la maquinaria, flujos operacionales y porcentaje de escaneo, que se corresponderán con las especificaciones técnicas del equipamiento implementado, las recomendaciones del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP) y las autoridades correspondientes.”

En el **ANEXO 18 Estándares de Servicio**, inciso **2. ESTÁNDARES DE SERVICIO PARA EL DESEMPEÑO OPERATIVO**, página 509 del **Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera** se presentan las siguientes consideraciones:

Indicador	Unidad	Información requerida para la medición	Estándar	Fuente de datos
Tiempo de entrada y salida del camión desde la hora de	Horas de entrada y salida del camión de	Tiempo transcurrido entre el paso del camión por el OCR de	Menor o igual a 2 horas.	Concesionario

cita – Carga general y RoRo (DO5).	carga general y RoRo.	entrada hasta su paso por el OCR de salida.		
Tiempo de entrada y salida del camión desde la hora de cita – Granel (DO6).	Horas de entrada y salida del camión de graneles.	Tiempo transcurrido entre el paso del camión por el OCR de entrada hasta su paso por el OCR de salida.	Menor o igual a 1 hora.	Concesionario

b. Argumentos de la objeción

Según los términos del Informe Técnico aportado para la probanza de este extremo, elaborado por el señor Javier Vidal Saija, 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.

En relación con la ausencia de bases técnicas resulta atípico y operativamente inviable desde una perspectiva de eficiencia portuaria, que la carga sea escaneada antes de ser almacenada o transportada en camión, según está indicado en la sección 2.8.4.1.6. Proceso de Escaneo del documento “Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera // Formulación del Proyecto a Nivel Factibilidad”.

Aún en ese mismo documento de referencia, se indica que: *“Dado que actualmente no existen referencias comparativas suficientes (benchmarks) para el escaneo de graneles, será necesaria una revisión de los flujos operativos relacionados por parte del concesionario para garantizar la eficacia del proceso.”*

De manera que el requerimiento del pliego impone una condición que no encuentra sustento en la práctica internacional, que no parte de un análisis para el caso específico, sino que simplemente traslada el tratamiento del tema a los oferentes y al futuro concesionario.

En cuanto a la indeterminación tecnológica, actualmente los escáneres utilizados en los puertos están diseñados para escanear camiones y estructuras estándar, como es el caso de los contenedores que

tienen dimensiones estándar. Ni en la documentación analizada, ni en la audiencia formal o visita al sitio, ni la Administración Concedente ni sus consultores técnicos pudieron identificar el tipo de tecnología que consideraron en sus estudios para justificar la viabilidad de las exigencias previstas en el pliego de condiciones. En los documentos analizados no se indica que tipo de tecnología se consideró en la factibilidad para ser utilizada en el escaneo de carga a granel.

En cuanto a la incidencia sobre los parámetros de eficiencia, partiendo del supuesto no identificado de que fuera posible una solución tecnológica a pesar de lo indicado en el punto anterior, debe indicarse que la carga de importación a granel sería entonces escaneada antes de salir de la terminal con el camión externo, lo que supondría claramente una demora adicional para el KPI D06 (Tiempo de entrada y salida del camión desde la hora de cita – Granel). Esto por cuanto el camión debe esperar el visto bueno de parte de los operadores de escáneres para poder continuar hacia la salida de la terminal o dirigirse hacia una inspección visual de la carga.

El tiempo del escaneo se compone por el tiempo que el camión pase por el escáner (2 minutos) más el tiempo de espera para el resultado del escaneo (5 minutos). Esto significa que el rendimiento de un escáner es de 8-9 camiones / hora para el retiro de carga de importación a granel. En base a la estimación de capacidad de descarga de la situación actual del puerto de Caldera (pág. 273 del estudio) de 500 T/hora ya se evidencia un desbalance con la capacidad de escanear la carga con un solo escáner.

En el caso de incrementar la capacidad de descarga a 1040 t/h (cereales) y 1830 t/h (graneles) se requiere aumentar la cantidad de escáneres y/o cambiar el flujo de escaneo. Este cambio significa que el camión pase por el escáner y se dirige hacia una zona de espera. Este cambio en el flujo significa agregar un área de espera con una capacidad de minimum 20 camiones y el incremento de la demora de KPI D06 (Tiempo de entrada y salida del camión desde la hora de cita – Granel) con **20 minutos por camión**, considerando el escaneo más la espera del resultado del escaneo en la zona de espera.

En la documentación estudiada, así como en la vista al sitio en la audiencia formal, no se identifica el análisis de estos factores, sino que simplemente se traslada a los oferentes y al futuro concesionario una responsabilidad que no encuentra fundamento en una valoración técnica que permita comprender la factibilidad de una medida tan atípica en la práctica portuaria internacional.

b. Obstáculos y limitaciones que representa estos requerimientos técnicos de escaneo

- En general se está proponiendo una solución inviable que impide la libre competencia, por cuanto un operado portuario con experiencia no podría comprometerse a esas obligaciones conociendo de antemano su inviabilidad operativa.
- Se violenta también el principio de eficiencia y eficacia.



- Hay una clara violación a los parámetros de la ciencia y la técnica como pilares de la definición de aspectos técnicos en un pliego cartelario.
- Se violenta en principio de seguridad jurídica, pues hay una asunción de riesgos operativos desmedida.

XI. Objeción respecto a temas varios de requisitos de admisibilidad

a. Capacidad Financiera

i. Reglas del Pliego de Condiciones

Cláusula 4.2 Criterios Financieros:

“Los requisitos financieros podrán ser acreditados por alguna de las Sociedades del mismo Grupo Económico o por uno de los miembros del Consorcio o Sociedad en Consorcios ponderado según la participación en el consorcio de cada miembro. Para el caso de los Oferentes interesados se establecen los siguientes requisitos:

(...)

- Referencias financieras que demuestren que se ha obtenido financiamientos en los diez años anteriores a la fecha de la presentación de la oferta. Para acreditar el cumplimiento de este requisito deberá aportar una carta formato libre original según el instrumento financiero (préstamos, títulos de valores en mercados de capitales u otro tipo de financiamiento) legalizados por la vía consular o apostillados, según corresponda. Dicha información deberá presentarse en idioma español, caso contrario, deberá acompañarse de una traducción oficial, emitida por un traductor inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores.”

ii. Argumentos de la objeción

La cláusula de Criterios Financieros permite a la Administración Concedente tener por acreditado que el oferente cuenta con la capacidad y el músculo financiero para hacer frente al proyecto. Sin embargo, el tercer requisito de acreditación, de referencias financieras, en el cual, se busca demostrar que se ha obtenido financiamiento en los diez años anteriores, se presta para interpretar que estos financiamientos son obtenidos de entidades financieras, o bien, entidades externas al grupo de interés económico.



De esta manera, 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. Esto es lo que se denomina un autofinanciamiento de los proyectos.

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

El requisito planteado y entendido como se explicó en el acápite anterior, impediría que compañías con una gran capacidad financiera participen, dado que en virtud de ese mismo músculo, son capaces de autofinanciarse en sus proyectos y por lo tanto, no son usuarios de servicios de financiamiento de entidades financieras.

En este sentido, se estaría imponiendo una barrera de participación a los grupos más grandes, siendo esto absolutamente contrario al principio de libre competencia, a la vez que sería contrario al sentido mismo de comprobar la capacidad financiera del oferente.

iv. Solicitud concreta

Con base en lo expuesto se solicita que la cláusula objetada indique expresamente que las referencias financieras a la que refiere pueden ser demostradas tanto a través del financiamiento externo, como el auto financiamiento.

b. Capacidad Financiera. Sobre la presentación de Estados Financieros Auditados.

i. Reglas del Pliego de Condiciones

Cláusula 4.2 Criterios Financieros:

“Los requisitos financieros podrán ser acreditados por alguna de las Sociedades del mismo Grupo Económico o por uno de los miembros del Consorcio o Sociedad en Consorcios ponderado según la participación en el consorcio de cada miembro. Para el caso de los Oferentes interesados se establecen los siguientes requisitos:



- Relación deuda-patrimonio máxima de 1.75 veces en promedio en los 3 últimos años. Para acreditar el cumplimiento de este requisito deberá aportar los Estados financieros auditados de los 3 últimos años.

- Patrimonio neto mínimo de USD 200 millones o equivalente en divisa correspondiente en promedio en los 3 últimos años. Para acreditar el cumplimiento de este requisito deberá aportar los Estados financieros auditados de los 3 últimos años.

(...)

Con relación a los puntos anteriores, el Oferente deberá presentar el informe completo de auditoría de los Estados Financieros Auditados de los tres últimos periodos fiscales anteriores a la fecha de publicación del cartel. En caso de ser un Oferente nacional deberá presentar el informe completo de auditoría debidamente elaborado por un Contador Público Autorizado o por una firma de Contadores Públicos Autorizados de conformidad con lo dispuesto por el Colegio de Contadores Públicos de Costa Rica y en las Normas Internacionales de Auditoría. En caso de ser un Oferente extranjero, deberá presentar dicho informe completo de auditoría y legalizados por la vía consular o apostillados, según corresponda. Dicha información deberá presentarse en idioma español, caso contrario, deberá acompañarse de una traducción oficial, emitida por un traductor inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Igualmente deberá realizar una manifestación en señal de cumplimiento de estos requerimientos según lo establecido en el formulario No.3”

ii. Argumentos de la objeción

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. De esta manera, no solo se genera incertidumbre entre los oferentes, sino que se puede llegar a poner a analizar las ofertas con base en informaciones distintas, de ser el caso que un oferente determinado presente por ejemplo los EEFF de 2023, 2022 y 2021, mientras que otro oferente presente 2024, 2023 y 2022.

Adicionalmente, 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. Al respecto, tratándose de documentos auditados, no se encuentra razonabilidad en que también se requiera su legalización o apostilla, mucho menos en este momento del procedimiento que es la presentación de la oferta. No se debe dejar de lado que todos estos



requisitos encarecen la oferta y toman mayor tiempo para su trámite. Por su parte, el RLGCP prevé en su artículo 118 que las traducciones pueden ser libres, y este es un caso donde se podría aplicar esta norma.

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

La indeterminación expuesta genera incertidumbre en la correcta presentación de ofertas, con posibilidad de inducir al oferente a error, y presentar la documentación errónea, siendo esto contrario a los principios de eficacia y eficiencia.

En relación con la obligación de presentarlos apostillados y traducidos mediante traductor oficial, generan el riesgo de que con el plazo que existe para ofertar, no se pueda cumplir con todas estas formalidades a tiempo.

iv. Solicitud concreta

Con base en lo expuesto se solicita en relación con los estados financieros auditados:

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

c. Criterios ambientales y sociales.

i. Reglas del Pliego de Condiciones

A. Cartel

4.3 CRITERIOS AMBIENTALES Y SOCIALES

Los requisitos ambientales y sociales podrán ser acreditados por alguna de las Sociedades del mismo Grupo Económico o por uno de los miembros del Consorcio o Sociedad en Consorcios. Para el caso de los Oferentes interesados se establecen los siguientes requisitos:

Los requisitos ambientales y sociales deberán ser acreditados de la siguiente forma:



- Certificación ISO 14001 "Sistemas de Gestión Medioambiental" y certificación ISO 45001 "Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo" en vigor en al menos una terminal, división o entidad, u otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas. La certificación deberá ser acreditada por el Oferente y/o uno de los miembros del Consorcio o Sociedad. Para acreditar el cumplimiento de este requisito deberá aportar una carta formato libre original, legalizados por la vía consular o apostillados, según corresponda emitida por el ente certificador. Dicha información deberá presentarse en idioma español, caso contrario, deberá acompañarse de una traducción oficial, emitida por un traductor inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Igualmente deberá realizar una manifestación en señal de cumplimiento de estos requerimientos según lo establecido en el formulario No.4

B. Formato No 4. Carta de acreditación de requisitos ambientales – sociales.

“PRIMERO: Que mi representada ha obtenido la Certificación ISO 14001 "Sistemas de Gestión Medioambiental" y certificación ISO 45001 "Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo", u otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas, y se encuentra en vigor en al menos una terminal, división o entidad.

Nombre Certificación	Ente Certificador	Año Emisión/Vigencia

Se aporta certificación de [nombre certificador] donde se acredita la obtención y vigencia de la referida certificación. Esta certificación se aporta en idioma español, [caso contrario] debidamente traducida por un traductor inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores y debidamente legalizada o consularizada.”

ii. Argumentos de la objeción

En la cláusula cartelaria se indica que la forma de cumplir el requisito es mediante la presentación de una “aportar una carta formato libre original (...), según corresponda emitida por el ente certificador”. Al respecto, se considera que la forma del cumplimiento del requisito es innecesaria y genera un trámite más engorroso y excesivo para el oferente, pues se le está solicitando acudir al ente certificador a que le emita una carta, sobre una certificación que en sí misma es clara tanto en su existencia como en su vigencia.

Por otra parte, el Formato 4 que está directamente relacionado con la cláusula 4.3 sí indica que el adjunto de ese formato es la certificación. Con lo cual, existe incertidumbre respecto a la correcta forma de cumplir el requisito.

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

Si la cláusula se mantiene de la manera en la que está redactada, obliga a los oferentes a acudir ante un ente certificador a solicitar una carta sobre una certificación existente y vigente que debería ser suficiente en sí misma. Tomando en cuenta la gran cantidad de documentos que acompañan este proceso licitatorio, se considera que solicitar más requisitos que en todo caso son innecesarios y ni siquiera son la manera idónea demostrar el cumplimiento, únicamente llevan a un exceso de requisitos y trámites por parte del oferente.

iv. Solicitud concreta

En línea con lo expuesto se 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.

d. Criterios técnicos

i. Reglas del Pliego de Condiciones

“4.1 CRITERIOS TÉCNICOS.

El Oferente deberá poseer y acreditar los siguientes requisitos mínimos:

Para el caso de los Oferentes interesados se establecen los siguientes requisitos:

- Demostrar experiencia operando por lo menos durante cinco (5) años puertos.. Para acreditar el cumplimiento de este requisito técnico el Oferente deberá presentar contratos de 2 terminales de contenedores con tráfico mínimo de 500,000 TEU para cada uno y 2 terminales de granel seco no mineral con un volumen mínimo de 4 millones de toneladas de manera consolidada.

- Demostrar experiencia en la promoción y/o implementación de la construcción de puertos. Para acreditar el cumplimiento de este requisito técnico deberá aportar contratos de, al menos, 2 muelles de 600 metros de longitud y 13.0 MLWS metros de profundidad para cada uno.”

ii. Argumentos de la objeción

La cláusula genera incertidumbre sobre la forma de acreditar la experiencia toda vez que se indica que el oferente deberá de presentar contratos de i) 2 terminales de contenedores con tráfico mínimo de 500,000 TEU para cada uno, ii) 2 terminales de granel seco no mineral con un volumen mínimo de 4 millones de toneladas de manera consolidada y iii) 2 muelles de 600 metros de longitud y 13.0 MLWS metros de profundidad para cada uno.

Esta cláusula, sin embargo, no indica con claridad si esos tres ítems deben de ser cumplidos en tres contratos separados, o bien, si un solo contrato cuenta con los tres alcances, este será suficiente para dar cumplimiento a la cláusula.

No obstante, la redacción indica “contratos” en plural, con lo cual, no tendría ningún sentido tener que aportar más de un contrato si con uno solo o dos contratos se cumple con los alcances requeridos.

Subsidiariamente, lo que se solicita entonces es que se elimine el rango de incertidumbre y se definan de forma específica, la cantidad de concretos requeridos por cada punto.

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

La indeterminación de la cláusula puede llevar a tener que aportar más de un contrato con tal de cumplir con un aspecto que es en todo caso formalista, de presentar contratos separados, puesto que no existiría una justificación técnica para que las diferentes obras de experiencia se realizaran en contratos separados.

A lo anterior debe de sumársele que tratándose de proyectos desarrollados en el extranjero, la misma debe de ser legalizada o apostillada y posiblemente traducida, por lo cual, si se presenta un solo contrato, todo este trámite se reduce a uno, mientras que una interpretación más formalista obligaría a presentar varios contratos con sus formalidades.



iv. Solicitud concreta

1. Que se declare que la cláusula puede limitar la libre concurrencia por su indeterminación y se disponga que todos los requisitos pueden ser cumplidos por la vía de un solo contrato.
2. Subsidiariamente, se anule la inseguridad jurídica que produce la actual redacción y se aclare cuánto contratos se deben presentar para cada requisito.

e. Documentación legal

i. Reglas del Pliego de Condiciones

“4.4 DOCUMENTACIÓN LEGAL

El Oferente, deberá cumplir con los siguientes requisitos para poder ser un Oferente Declarado Elegible según los términos establecidos en el Cartel de Licitación:

(...)

4.4.2 Certificación notarial de capital social en la cual demuestre la naturaleza y propiedad de las acciones del Oferente. La acreditación debe alcanzar hasta la última línea de persona física beneficiaria, siempre que el capital pertenezca a otras personas jurídicas. En caso de Consorcios, una certificación para cada uno de sus miembros. Esta certificación deberá de realizarse con vista al Registro de Accionistas de la compañía.

(...)

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. No se exigirá la presentación de información o documentos que se encuentren en poder de la Administración Concedente. Para tales efectos, deberá indicarse el expediente o la dirección institucional en donde pueden ubicarse. Lo anterior no aplicará para certificaciones o declaraciones que, por su naturaleza, o acorde con lo dispuesto en la cláusula anterior, hayan perdido su vigencia o validez.

Todos los documentos solicitados para la verificación de los Criterios de Admisibilidad deben ser presentados con firma digital para el registro correspondiente en el expediente digital. La Administración se reserva el derecho de solicitar los documentos y certificaciones originales emitidos en el exterior.”



ii. Argumentos de la objeción

En relación con la documentación legal existen varios temas motivo de objeción, siendo el primero de ellos el requisito encontrado en el punto 4.4.2, ya que 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. Al respecto, es menester aclarar que en el caso de empresas extranjeras, estas no tienen los mismos documentos legales que en el país, 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.

El otro tema, es que se impone una vigencia de un mes de antelación a la fecha para presentación de ofertas. Tomando en consideración que la lista de certificaciones y declaraciones juradas es bastante amplia, a la vez que todas las declaraciones juradas no son sencillas, sino que se requieren autenticación por notario público, no se puede desconocer que su tramitación no solo implica tiempo, sino costos. Adicionalmente, al encontrarnos en un procedimiento licitatorio de dimensiones como el actual, es altamente probable que exista una ampliación en el plazo para recibir ofertas, moviéndose de esta manera la “fecha establecida para la apertura de ofertas”.

En consecuencia, con las dos ideas anteriores, solicitar que todos estos documentos legales sean emitidos un mes antes de la apertura de ofertas, siendo esta una fecha futura e incierta, obliga al concesionario a posibles reprocesos y gastos innecesarios, con lo cual, se considera que esta cláusula debe de ser reformada.

Y como último tema pero de suma importancia, la cláusula requiere que se presente toda la información con firma digital para el registro del expediente digital. Este requisito 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.

MPR

iii. Obstáculos y limitaciones de cara a una eventual oferta

Tal como se indicó, la certificación notarial del capital social que alcance la última línea de persona física beneficiaria con vista en el libro de accionistas, es un requisito de imposible cumplimiento para las personas jurídicas extranjeras.

Por su parte, la vigencia de un mes para las declaraciones juradas y certificaciones representan un trámite excesivo en el momento de presentar la oferta, principalmente tomando en cuenta la gran cantidad de documentos que se solicitan.

Finalmente, lo relacionado con la firma digital, en un proceso de esta envergadura, donde se presentan oferentes extranjeros hace imposible la participación de las empresas.

Todo lo anterior, total detrimento del principio de libre competencia.

iv. Solicitud concreta

Con base en lo expuesto se solicita:

1. Que se modifique la cláusula 4.4.2 para que indique que en el caso de las sociedades extranjeras, la certificación de capital accionario se hará tan detallada como sea posible, con vista en los instrumentos legales idóneos.
2. Que se modifique la vigencia de las certificaciones y declaraciones juradas para que en lugar de un mes sea de tres meses.
3. Que se elimine el requisito de firmar digitalmente los documentos de la oferta.



XII. Prueba

a. Técnica Documental (Se aporta en forma digital, unidad de USB)

Con la presentación de este documento se aportan los siguientes Informes Técnicos:

1. Informe Técnico elaborado por la Firma de Auditoría KPMG relativo al modelo financiero del proyecto. **Informe en formato digital con su respectiva firma electrónica.**
2. Informe Técnico elaborado por la empresa consultora IDOM, donde se aborda el modelo tarifario. **Se aporta copia escaneada por cuanto fue elaborado en el extranjero. La versión física se encuentra en tránsito hacia Costa Rica, una vez que llegue al país se incorporará al expediente.**
3. Informe Técnico de la MSc en Gerencia de Proyecto y Regente Ambiental, Karla Paniagua Obando. **Formato digital.**
4. Informe Técnico del señor Javier Vidal Saija, Director de Operaciones de APM Terminals en Callao, Perú. **Se aporta copia escaneada por cuanto fue elaborado en el extranjero. La versión física se encuentra en tránsito hacia Costa Rica, una vez que llegue al país se incorporará al expediente.**
5. Informe Técnico elaborado por el señor Jan de Bont, Ingeniero Portuario del grupo A.P. Moller-Maersk. **Se aporta copia escaneada por cuanto fue elaborado en el extranjero. La versión física se encuentra en tránsito hacia Costa Rica, una vez que llegue al país se incorporará al expediente.**
6. Certificación Registral del Poder que me legitima para la presentación de este recurso.

XIII. Pretensión

Que se declare con lugar el presente recurso de objeción y en consecuencia, se declare la violación de las normas, principios y parámetros de la ciencia y de la técnica expuestos en cada uno de los apartados.

Que como resultado, se ajuste el Pliego de Condiciones o el Borrador de Contrato de Concesión a los planteamientos expuesto por mi representada o bien, que ordene la Contraloría General el ajuste que estime pertinente.

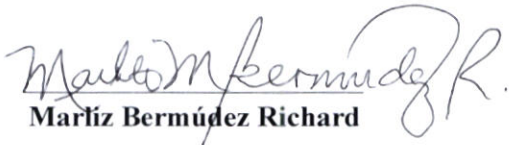


XIV. Notificaciones

Para atender notificaciones de lo señalado como medio oficial la siguiente dirección de correo electrónico: svillachica92@gmail.com Asimismo, solicito se remita con copia toda comunicación a las siguientes direcciones: ygonzalez@consortiumlegal.com y s.perez@apmterminals.com

Ruego resolver de conformidad.

San José 05 de diciembre, 2024.



Marlíz Bermúdez Richard

Apoderada Generalísima

APM TERMINALS B.V.