

**RECURSO DE OBJECCIÓN AL CARTEL DE LA LICITACIÓN MAYOR
2024-LY-CAL-000001-INCOP**

Señores
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Asunto: Recurso de objeción al cartel de la Licitación Mayor No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP para la Concesión de obra pública con servicio público para modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera

Estimados señores:

El suscrito, **Erick Roberto Jiménez González**, costarricense, mayor de edad, soltero, abogado, vecino de Santo Tomás de Santo Domingo de Heredia, titular de la cédula de identidad número 109600676, en mi condición de apoderado especial de **DP World CL Holding Americas Inc.**, según se muestra mediante documento adjunto, con fundamento en el numeral 34 de la Ley No. 7762 “Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos” y en las siguientes consideraciones, me presento a interponer el presente **RECURSO DE OBJECCIÓN** al pliego de condiciones de referencia:

I. En cuanto a la legitimación.

Mi representada es una empresa con más de 45 años de experiencia en el sector portuario a nivel global. Sus operaciones abarcan no solo la gestión de puertos y terminales, sino también el desarrollo y administración de parques industriales, zonas logísticas y económicas, servicios marítimos, y puertos deportivos. Con presencia en alrededor de 40 países en todo el mundo, DP World ha consolidado su posición como un actor clave en el ámbito de la infraestructura y la logística internacional.

Esta amplia experiencia y alcance global respaldan su capacidad técnica y operativa para participar en proyectos de concesión como el planteado en este caso. Además, su conocimiento especializado en diversas áreas relacionadas con la logística y los servicios portuarios le otorgan un interés directo y legítimo en las disposiciones contractuales que podrían afectar la competitividad, equidad o viabilidad del proceso en cuestión.

En este sentido, DP World CL Holding Americas Inc. no solo cuenta con la legitimación legal y normativa para presentar un recurso de objeción, sino también con la experticia y el respaldo operativo necesarios para señalar con fundamento cualquier cláusula que pueda comprometer el

éxito del proyecto o limitar la participación de actores calificados en el proceso. Su trayectoria internacional refuerza la pertinencia y validez de sus observaciones dentro del marco de este procedimiento.

Las objeciones planteadas tienen como objetivo permitir una mayor participación de oferentes y asegurar que las condiciones establecidas para la participación y la ejecución del contrato se ajusten a los principios de contratación administrativa, especialmente los de libre concurrencia e igualdad de trato, así como para generar seguridad jurídica de todos los participantes en el procedimiento licitatorio.

II. En cuanto al fondo.

1. Sobre el plazo de la concesión:

En la cláusula 1.3 “Objeto” y 1.13 del Borrador de Contrato se indica que el plazo de la concesión será de 30 años, sin embargo, considerando que la etapa de transición y de construcción requieren un tiempo estimado de 15 y 30 meses respectivamente, es indispensable que el plazo total del contrato sea ajustado al menos a 33 años, de manera que los plazos antes referidos sean adicionales al período de operación contemplado en la concesión, lo que permitirá que las tarifas de los servicios portuarios sufran un menor impacto en función del plazo de 3 años adicionales de explotación del servicio concesionado.

En ese contexto, a modo de referencia obligatoria, tómesese nota de la cláusula 5.7 del contrato de Contrato de concesión de obra pública con servicio público para el diseño, financiamiento, construcción, explotación y mantenimiento de la terminal de contenedores de Moín (véase la prueba 2, folio 32), que dispone:

“5.7 PLAZO DE LA CONCESIÓN

El plazo máximo de la Concesión es de treinta y tres años (33) años, contados a partir de la fecha indicada en la Orden de Inicio de la Construcción de la fase 2 A.

De ese plazo, tres años (3) como máximo, corresponden a la construcción de dos puestos de atraque de 300 metros de la Fase 2 A. Es entendido que la explotación de la obra se podrá dar paulatinamente antes de los tres años indicados, conforme se vayan construyendo los puestos de atraque, y existan las condiciones para que cada uno de ellos sea operado de manera anticipada, en cuyo caso se procederá a la recepción de la misma, de conformidad con lo estipulado en este contrato.”

Tratándose ambas de concesiones de puertos, lo razonable y proporcionado es que las condiciones de explotación sean equiparables en los términos básicos al menos, por ejemplo el plazo de explotación, ello para evitar otorgar tratos diferenciados injustificados, lo que constituiría una infracción al principio de igualdad y no discriminación.

En razón de lo anterior se ruega que el plazo de explotación se equipare al otorgado al amparo del Contrato de concesión de obra pública con servicio público para el diseño, financiamiento, construcción, explotación y mantenimiento de la terminal de contenedores de Moín y en lo

sucesivo se indique que el plazo de explotación es de 33 años contados después de finalizadas formal y materialmente las etapas de transición y de construcción, con lo cual se garantizará al menos 30 años de explotación al concesionario.

2. Sobre los tipos de carga a atender:

En la cláusula 1.5 “Descripción y estimación de presupuesto del proyecto”, en lo que interesa, se indica que:

“La nueva Terminal Portuaria de Caldera será un puerto multipropósito que deberá atender, obligatoriamente, los siguientes tipos de carga: (...) Otras que actualmente se reciban o que la infraestructura permita.”

La cláusula objetada carece de la claridad, suficiencia y objetividad requeridas en las especificaciones técnicas del pliego de condiciones que permitan a los oferentes comprender y cotizar en forma determinada el objeto licitado.

Al establecer como obligación atender "*otras cargas que actualmente se reciban o que la infraestructura permita*", el cartel introduce una indeterminación inaceptable en el objeto contractual. La referencia a "*otras cargas que actualmente se reciban*" resulta vaga e imprecisa al no delimitar el inventario actual de tipos de carga, sus volúmenes históricos, proyecciones de demanda futura ni los requerimientos específicos de manipulación para cada tipo.

Más preocupante aún es la frase "*que la infraestructura permita*", pues no establece parámetros técnicos objetivos para determinar la compatibilidad de los diferentes tipos de carga, ni define quién y bajo qué criterios determinará esta compatibilidad. Esta indefinición impide que los oferentes puedan dimensionar adecuadamente sus propuestas técnicas y económicas, afectando la evaluación objetiva de las ofertas al no existir parámetros comparables.

La ambigüedad en la definición de los tipos de carga genera una incertidumbre sustancial sobre el alcance de las obligaciones contractuales y la inversión a realizar por parte del concesionario, lo que podría derivar en interpretaciones divergentes durante la ejecución del contrato. Para garantizar la seguridad jurídica y la igualdad entre oferentes, el cartel debe establecer taxativamente los tipos específicos de carga, sus características técnicas, volúmenes proyectados y los requisitos correspondientes de infraestructura y equipamiento.

Esta precisión no solo es necesaria para cumplir con el mandato legal de especificaciones técnicas claras y objetivas, sino que resulta fundamental para garantizar una competencia efectiva y la satisfacción eficiente del interés público que motiva la contratación. La actual redacción podría resultar en ofertas no comparables o en obligaciones contractuales indeterminadas, contraviniendo los principios rectores de la contratación pública, razón por la cual se requiere que la licitante defina ambos aspectos en el pliego de condiciones, a saber, cuáles otras cargas se reciben o cuáles otra permite actualmente la infraestructura.

3. Sobre las soluciones alternativas:

En la cláusula 1.5 “Descripción y estimación de presupuesto del proyecto”^[1], en lo que interesa, se indica que:

*“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 gestión 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 resulte 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 esta 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.”* (Resaltado es nuestro)

La Ley No. 7762, Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (LGCOP) y su Reglamento (RLCOP), no contemplan la figura de la “propuesta alternativa”, ante lo cual si bien estimamos es una muy opción para que la Administración Concedente se garantice que contará con un mejor servicio público resulta fundamental que en el pliego de condiciones se incorporen una serie de elementos a efectos que todos los interesados en participar contemos con reglas claras, ciertas y determinadas, de manera que en la etapa de análisis de ofertas y ante una eventual adjudicación en firme contemos con la suficiente seguridad jurídica respecto a cómo operaría esta figura jurídica.

Así, ante el vacío normativo de la Ley especial, podemos indicar que, en forma supletoria, de acuerdo con el artículo 48 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP), se establece expresamente que “*las ofertas podrán ser base y alternativas*”, razón por la cual resulta fundamental que la Administración aclare si la figura jurídica de las soluciones alternativas contempladas en el cartel es homologa a la “oferta alternativa” o bien si se trata de un supuesto distinto. Esta rectificación es necesaria por cuanto el régimen de ofertas alternativas tiene implicaciones específicas que deben ser consideradas y reguladas adecuadamente en el pliego de condiciones, pero que se alejan de lo que, actualmente, dispone el reglamento específico de la contratación, por ejemplo, la “solución” se negocia después de adjudicado y antes de suscribir el contrato, mientras que la figura de la “oferta alternativa” se selecciona con la adjudicación.

Adicionalmente, el pliego carece de regulación sobre el procedimiento específico para la evaluación y aprobación de esas soluciones alternativas. No se definen plazos para que la Administración Concedente resuelva sobre la alternativa propuesta, ni se establecen parámetros objetivos para su evaluación. Esta omisión contraviene el principio constitucional de transparencia que exige especificaciones técnicas claras, suficientes y objetivas en el pliego de condiciones.

En línea con lo anterior, particularmente preocupante es la ausencia de regulación sobre el procedimiento a seguir entre la adjudicación y la firma del contrato, período durante el cual aparentemente se valoraría la aprobación de la solución alternativa. Esta indefinición temporal genera inseguridad jurídica y podría afectar la eficiencia del procedimiento de contratación. Más aún, no se establecen las consecuencias jurídicas de una eventual no aprobación posterior de la solución alternativa, lo que podría comprometer la validez misma de la adjudicación.

Por otra parte, la referencia genérica a "órganos relacionados" cuyas apreciaciones serían consideradas para aprobar la solución alternativa resulta imprecisa y contraria al principio de seguridad jurídica. Es indispensable que el cartel identifique específicamente esos órganos, establezca plazos perentorios para sus pronunciamientos, regule el procedimiento de coordinación entre ellos y defina expresamente si sus criterios tendrán carácter vinculante o no.

Existe una indefinición sobre si para presentar una solución alternativa se requiere necesariamente ofertar también una propuesta base que cumpla íntegramente con las especificaciones originales del cartel. Esta clarificación y enmienda por parte de la Administración Concedente es esencial pues afecta directamente el principio de igualdad de trato entre oferentes y la comparabilidad de las ofertas, principios rectores de la contratación pública.

Es decir, si no se trata de una oferta alternativa, entonces también es omiso el pliego de condiciones en definir si el oferente se encuentra facultado a presentar solamente una propuesta técnica alternativa, si así lo decide, si necesidad de someter a estudio una oferta base.

Lo anterior, siempre y cuando el oferente proporcione evidencia completa y adecuada, así como materiales de respaldo que demuestren que la propuesta alternativa cumple con los requisitos de desempeño (niveles de servicio/KPIs) establecidos en el Anexo 18, de forma que el oferente y su propuesta alternativa pueden modificar cualitativa y cuantitativamente la infraestructura mínima requerida y/o la cantidad de equipos especificados en los Anexos 4 y 11, ya sea aumentando o disminuyéndolos (es decir, infraestructura y/o cantidad de equipos).

El pliego de condiciones es omiso en definir aspectos fundamentales sobre el régimen aplicable a las propuestas técnicas alternativas, lo cual contraviene los principios de seguridad jurídica y transparencia. Todas estas omisiones e imprecisiones podrían generar interpretaciones divergentes durante la ejecución contractual y afectar la eficiente satisfacción del interés público que motiva la contratación.

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

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

En la cláusula 1.8.6 del pliego de condiciones se indica que:

“La Administración Concedente llevará un expediente físico que será digitalizado conformando así el expediente electrónico de la Licitación.”

Adicionalmente, en la cláusula 1.9 “Sala de Documentación”, en lo que deviene en interés, se dispone que:

“INCOP establecerá una “Sala de Documentación” para acceder al Cartel de Licitación, Contrato y Anexos. Dicha Sala de Documentación será virtual, administrada por el INCOP y utilizada durante el proceso de licitación para que los oferentes consulten información de la licitación y documentación relacionada con el Proyecto que estuviere allí disponible. Los posibles oferentes tendrán acceso a la Sala de Documentación previo proceso de registro. Adicional a la documentación que se encuentre en el expediente electrónico de la Licitación, la Administración Concedente pondrá a disposición de los potenciales oferentes información relevante del (sic) de manera virtual.”

El cartel genera confusión al no establecer de manera precisa y unificada la documentación que lo integra, presentando aparentemente información dispersa entre el expediente (sin especificar finalmente si es físico o electrónico), e incluye una denominada Sala de Documentación que genera aún mayores dudas respecto a cuáles son los documentos e información sobre la cual se debe estructurar la propuesta. Nótese que inclusive en dicha Sala, se deja abierta la posibilidad de aportar información adicional, sin embargo, la documentación debería estar clara, determinada y publicitada en su totalidad y forma integral desde la apertura de ofertas.

Esa fragmentación en la presentación de la información técnica y contractual impide a los potenciales oferentes tener certeza sobre la totalidad de requerimientos que deben considerar para estructurar sus propuestas y dicha indeterminación sobre las fuentes documentales del cartel afecta directamente:

- a)** La capacidad de los oferentes para preparar propuestas técnicas y económicas completas y conformes con todos los requerimientos.
- b)** La seguridad jurídica necesaria para prevenir futuras disputas durante la ejecución contractual sobre el alcance de las obligaciones pactadas.

- c) La transparencia del proceso al no existir claridad sobre el repositorio oficial y completo de la documentación cartelaria.

Nuevamente, debemos insistir que nuestro ordenamiento jurídico exige que el pliego debe constituir un cuerpo de especificaciones técnicas claras, suficientes y objetivas. Esa claridad debe extenderse necesariamente a la identificación precisa de los documentos que conforman el cartel, incluyendo:

- a) Un listado taxativo de los documentos que integran el pliego.
- b) La jerarquía entre dichos documentos.
- c) El medio oficial de acceso (físico o electrónico).
- d) La confirmación de que no existe información adicional en otros repositorios.

Esta precisión no es un mero formalismo, sino un requisito esencial para garantizar la igualdad entre oferentes y la correcta formulación de las propuestas. La actual dispersión documental podría resultar en ofertas incompletas o en interpretaciones divergentes sobre los requerimientos, afectando la eficiente satisfacción del interés público que motiva la contratación.

Así las cosas, se requiere que la Administración defina si el expediente es electrónico o físico y con total claridad defina cuáles son los documentos que conforman el pliego de condiciones, ya que sin ello se generará, sin lugar a dudas, un caos completo, tanto desde la óptica de la presentación de ofertas en pie de igualdad; para el análisis después de la apertura; y para evitar futuros conflictos durante la fase de ejecución contractual.

5. Sobre las presentaciones orales:

En la cláusula 1.11 “Investigaciones” se indica que:

“La Administración Concedente se reserva el derecho de investigar independientemente o solicitar aclaraciones sobre el contenido de cualquier oferta, incluyendo la solicitud a alguno, varios o a todos los oferentes para que hagan una presentación oral o presenten información adicional por escrito.”

La cláusula objetada vulnera los principios fundamentales de transparencia y publicidad establecidos en el artículo 23 de la Ley No. 7762, al no establecer un marco procedimental claro para las presentaciones orales y la valoración de información adicional en el proceso de evaluación de ofertas.

La facultad discrecional de la Administración para solicitar presentaciones orales o información adicional debe estar sujeta a parámetros objetivos y verificables que garanticen la igualdad de trato entre oferentes. El cartel debe establecer expresamente los criterios bajo los cuales se requerirán estas presentaciones, los aspectos técnicos que deberán abordarse y, especialmente, la metodología para evaluar la información presentada.

Resulta particularmente preocupante la ausencia de garantías de publicidad en estas actuaciones. Las presentaciones orales constituyen una etapa crucial del proceso de evaluación que debe realizarse con total transparencia. Por ello, es imperativo que el cartel establezca el derecho de todos los oferentes a presenciar estas sesiones, así como la obligatoriedad de documentarlas mediante grabación audiovisual que se incorporará al expediente.

Esta documentación no solo garantiza la transparencia del proceso, sino que permite a los demás oferentes ejercer su derecho a referirse a la información presentada, manteniendo el equilibrio y la igualdad de oportunidades en el concurso. La actual redacción, al omitir estos elementos esenciales, podría derivar en actuaciones que, aunque técnicamente válidas, carezcan de la transparencia necesaria para garantizar la objetividad en la evaluación de las ofertas.

La modificación de la cláusula debe asegurar que cualquier información adicional presentada durante el proceso sea valorada bajo criterios objetivos, en condiciones de igualdad y con plena publicidad, permitiendo el acceso de todos los oferentes a estas actuaciones y su adecuada documentación en el expediente, para prevenir el otorgamiento de ventajas injustificadas a favor de cualquier oferente.

6. Sobre la cláusula 1.11.3

La cláusula 1.11.3 establece que “(...) los bienes muebles que el Concesionario adquiriera para la operación de la Concesión, y sean de su propiedad podrán ser transferidos cuando vayan a ser sustituidos o renovados por otros más modernos o de mayor calidad, siempre que sean traspasados al dominio de las instituciones y órganos correspondientes del Estado Costarricense en buen estado de operación y funcionamiento, libres de anotaciones, obligaciones o gravámenes y sin costo de transferencia alguno para la Administración Concedente. Los derechos del Concesionario podrán ser gravados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 Bis de la LGCOP.”

Si los bienes deben ser transferidos al Estado, aquel debe pagar el valor de mercado de dichos bienes o en su defecto debe permitirse al concesionario disponer de los bienes con la finalidad de adquirir los nuevos bienes muebles.

La disposición cartelaria en su redacción vigente es abusiva y violatoria del principio de intangibilidad patrimonial, en la medida que se erige como una disposición confiscatoria en contra del concesionario, motivo por el cual deviene contraria al ordenamiento jurídico y debe ser anulada.

7. Sobre el plazo de construcción

La cláusula 2.4.2 del Borrador del Contrato 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.”

Ese plazo no responde a ningún criterio técnico de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el mismo se fija a partir de haberse otorgado la Orden de Inicio de Construcción, cuando lo correcto es fijar el plazo a partir de obtención de todos los permisos que hagan materialmente posible el inicio de la construcción.

Así las cosas, siendo que la cláusula objetada es contraria el principio de eficiencia y eficacia, solicito que se anule y en su lugar se disponga que el plazo correrá a partir de la obtención de la totalidad de los permisos necesarios para dar inicio a la construcción.

8. Sobre la cláusula 2.4.5.2

La cláusula objetada establece que la Administración Concedente podrá aprobar cambios propuestos previa presentación de la propuesta de parte de la Sociedad Concesionaria y una vez demostrados los ahorros de costos producidos y su impacto en los costos de operación y mantenimiento la Administración Concedente compartirá el beneficio del cambio con el Concesionario.

La cláusula es irrazonable y desproporcionada, toda vez que ordena que la Administración Concedente se beneficie de la operación eficiente del concesionario, aun cuando no le permite aplicar sus propios planes operativos y de mantenimiento, ni mucho menos la Administración Concedente asume riesgo alguno, de modo que deviene injustificado, sino casi confiscatorio, que la Administración Concedente se beneficie de las eficiencias obtenidas con el esfuerzo del concesionario.

Por las razones apuntadas, a la luz del principio de buena fe y de transparencia, se solicita que se anule la cláusula objetada en lo que corresponde al beneficio compartido con la Administración Concedente derivado de la gestión eficiente del concesionario.

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

En la cláusula 15.2 “Forma de presentación de las ofertas, lugar, fecha de recepción y apertura”, la misma señala

“El cierre de recepción de ofertas y la apertura de las ofertas técnicas y de las ofertas económicas, se realizará conforme a lo dispuesto por la LGCOP, en sus artículos 21 y 25 para lo cual se establece que la Administración Concedente recibirá las ofertas (en la forma determinada más adelante) para participar en el concurso indicado hasta las 10 horas del día 3 de marzo del año 2025, en las oficinas del INCOP en las oficinas de la Junta Promotora de Turismo, INCOP, Puntarenas.”

La cláusula que establece la fecha de cierre para la recepción de ofertas y apertura de ofertas técnicas y económicas no garantiza un plazo razonable para que los oferentes puedan realizar las actividades necesarias una vez que la Administración haya dado respuesta a todas las consultas y aclaraciones planteadas durante el proceso. Esto puede generar un impacto negativo

en la calidad de las ofertas presentadas, vulnerando principios fundamentales de la contratación pública, como los de igualdad, libre concurrencia y transparencia.

Es esencial que los oferentes cuenten con un plazo mínimo claro y suficiente, de al menos seis semanas a partir de la fecha en que se hayan respondido todas las consultas, para analizar y ajustar sus propuestas técnicas y económicas con base en las aclaraciones proporcionadas. La ausencia de un plazo razonable afecta de manera desproporcionada a los oferentes, ya que puede limitar la capacidad de preparar ofertas completas, competitivas y acordes con las condiciones del cartel, lo que a su vez perjudica el interés público al restringir la competencia y la calidad de las propuestas recibidas.

Además, el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública consagra el principio de igualdad y libre concurrencia, que exige garantizar condiciones equitativas y razonables para todos los oferentes en el proceso de licitación. Fijar una fecha límite sin proporcionar un tiempo suficiente tras las aclaraciones crea un desbalance en el proceso, favoreciendo a aquellos oferentes que puedan tener más recursos o información previa y desincentivando la participación de nuevos oferentes que podrían aportar innovación y mejores condiciones.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de esta cláusula para que se establezca un plazo mínimo de seis semanas desde la fecha en que la Administración haya dado respuesta a todas las consultas y aclaraciones planteadas por los oferentes antes del cierre de la recepción de ofertas. Esta modificación garantiza un proceso competitivo, transparente y equitativo, alineado con los principios rectores de la contratación pública.

10. Sobre la cláusula 1.22.2 inciso 4

La cláusula referida reza: *“4. En el evento en que el Concesionario indique que no está en condiciones de ejecutar las obras requeridas por el INCOP, el INCOP deberá aplicar el procedimiento previsto en la Ley Aplicable para la contratación de un tercero.”*

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

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

11. Sobre los requerimientos para empresas extranjeras:

En la cláusula 2.1 “Prohibición de participación” del cartel^[2], en lo que interesa, se indica que:

“2.1.3 No podrán participar en este procedimiento como Oferentes, quienes no cumplan y no se encuentren al día con respecto al pago de FODESAF y la CCSS, de ser aplicable.”

El citado apartado cartelario debe modificarse conforme al precedente establecido en la resolución R-DCA-568-2008 de la Contraloría General de la República (reiterado en forma histórica en múltiples oportunidades por el órgano contralor), que desarrolla importantes matices sobre la obligación de estar al día con FODESAF y CCSS.

La redacción actual del pliego de condiciones resulta excesivamente amplia y podría limitar injustificadamente la participación, particularmente de oferentes extranjeros o empresas de reciente constitución que al momento de presentar su oferta no tienen personal contratado en Costa Rica. Como estableció el órgano contralor, la obligación de estar inscrito como patrono y al día con estas instituciones debe evaluarse según las circunstancias específicas del oferente.

Para empresas sin operaciones previas en Costa Rica, que acrediten su experiencia con base en actividades desarrolladas en otros países, no resulta razonable exigir estar inscritas como patronos al momento de presentar la oferta, cuando aún no requieren personal en el país. Esa obligación sí resultaría aplicable en caso de resultar adjudicatarios, momento en el cual deberán contar con el personal necesario para ejecutar el contrato.

La cláusula debe modificarse para:

- a) Distinguir entre oferentes con operaciones existentes en Costa Rica y aquellos sin presencia previa.
- b) Establecer que la obligación de estar al día con FODESAF y CCSS aplica a quienes ya tienen personal contratado en el país.
- c) Precisar que los adjudicatarios deberán cumplir con estas obligaciones previo a la ejecución contractual.

Esta precisión garantizará tanto el cumplimiento de las obligaciones sociales como una participación amplia y efectiva en el concurso.

12. Sobre las ofertas en consorcio:

La cláusula 2.2 del cartel establece:

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

(...)

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

En términos generales la redacción de la cláusula 2.2 resulta ambigua y genera incertidumbre respecto a cómo deben demostrarse los conceptos de "experiencia general", "requisito general" y "requisito específico" en relación con los requisitos de calificación establecidos en las cláusulas 4.1, 4.2 y 4.3., propiamente los requerimientos de estas últimas cláusulas refieren a experiencia, capacidad financiera y criterios ambientales.

Aunado a lo anterior, tampoco queda claro hasta qué punto un consorcio puede cumplir con dichos requisitos de forma acumulativa, combinando la experiencia individual de sus miembros, máxime cuando la cláusula indica que: *“La oferta consorcial deberá identificar un integrante que cumpla con el mínimo requerido para al menos uno de los aspectos a evaluar, debiendo entre todos los oferentes consorciados cumplir con la totalidad de las condiciones del concurso.”*.

Se interpreta que el texto menciona que "uno de los miembros del consorcio debe cumplir con el requisito general", mientras que la "experiencia específica" (la cual no entendemos cuál es), puede ser acreditada mediante la suma de la experiencia de las empresas participantes en el consorcio. Sin embargo, no se especifican los parámetros ni los límites bajo los cuales esta acumulación de experiencia es aceptable, lo que puede dar lugar a interpretaciones subjetivas y discrecionales que afecten la transparencia y equidad del proceso de calificación.

Finalmente, sin justificación alguna la cláusula impide que los miembros del Consorcio que no contribuyen en forma indispensable al cumplimiento de los requisitos del pliego (es decir, que si el integrante nunca se hubiera incorporado al Consorcio, aquel de todas formas cumpliría con los requisitos del cartel) dispongan de su participación accionaria en la entidad concesionaria, de modo que el Consorcio mantenga menos del 51% de capital social de la entidad concesionaria, aun cuando el Consorcio continúe cumpliendo con los requisitos establecidos en el cartel para ejecutar el contrato de concesión.

Por tanto, solicitamos:

- 1) Que se defina con precisión qué constituye la "experiencia general" y el "requisito general", y cómo deben acreditarse, ya sea por un único miembro del consorcio o de manera acumulativa.
- 2) Que se especifiquen los criterios claros y objetivos para la acreditación de la "experiencia específica" mediante la suma de experiencia de los miembros del consorcio, detallando las proporciones mínimas o máximas que se aceptarán.
- 3) Que se establezca explícitamente cómo se evaluará la experiencia del consorcio como un todo, asegurando igualdad de condiciones para todos los participantes.
- 4) Que se defina si alguno de los otros requerimientos de admisibilidad debe ser cumplido por uno o por todos los miembros del consorcio, por ejemplo, capacidad financiera.

La claridad en estos puntos es esencial para garantizar la transparencia del proceso y evitar interpretaciones que puedan limitar la competitividad o generar controversias innecesarias.

13. Sobre la recepción provisional y definitiva:

Las cláusulas 2.6 y 2.7 del Borrador del Contrato se refieren a la recepción provisional y definitiva y la orden de inicio de la etapa de explotación.

Ambas cláusulas son omisas en relación con el alcance y la naturaleza de la supervisión a cargo de Administración Concedente, lo que no solo entraña un problema grave de seguridad jurídica, que podría dar cabida a la arbitrariedad y el abuso de poder, sino que la falta de pruebas que determinen objetivamente la conclusión de la construcción podría prolongar indefinidamente la recepción de las obras. Consecuencia de lo anterior se introduce un elemento de incertidumbre sobre el plazo real y efectivo de la concesión, como consecuencia del tiempo que se extiendan las fases de recepción provisional y definitiva sin que existan criterios objetivos que justifiquen esas extensiones.

14. Sobre los Ingresos de la concesión:

El borrador de contrato en la cláusula 3.2 es omiso respecto la posibilidad de utilizar cuentas offshore para la percepción de ingresos, ello en complemento o sustitución del fideicomiso que autoriza – pero no obliga – el artículo 1 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

Lo cierto es que ampliar el pliego para admitir la posibilidad utilizar cuentas offshore es un método ampliamente utilizado en la industria, sin que se ponga en ningún momento en riesgo la percepción de los ingresos de la Administración concedente. PROJECT FINANCE

15. Sobre la responsabilidad de los oferentes:

En la cláusula 3.1.1. “Responsabilidad de los oferentes”, se establece que:

“Los oferentes serán los únicos responsables de hacer sus propios análisis y evaluaciones del potencial de ingresos, ganancias y gastos de la concesión, así como de la condición física de los objetos relacionados con la concesión, su operación, disposición y demás elementos necesarios para la construcción y explotación de la misma. 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.”

El pliego de condiciones de esta licitación presenta una disposición que transfiere de forma desproporcionada los riesgos derivados de errores o inconsistencias en la información suministrada por la Administración hacia los oferentes, lo cual vulnera principios fundamentales de la contratación pública y contraviene el ordenamiento regulador de la materia. En particular, se observa que se exime por completo a la Administración, sus funcionarios, asesores y consultores de cualquier responsabilidad sobre los datos técnicos, históricos, materiales o cualquier otra documentación entregada en relación con el proyecto. Esta cláusula también impone a los oferentes la obligación de asumir el riesgo total de la verificación y análisis de dichas informaciones, así como de las condiciones locales y generales que afecten la ejecución y operación del objeto de la concesión.

Tal disposición resulta incompatible con el principio de integridad establecido en el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública, el cual exige que todos los actores involucrados en el proceso de contratación actúen con responsabilidad, honestidad y buena fe. La Administración, al ser la parte que dispone y controla la información oficial del proyecto, tiene la obligación de garantizar que esta sea precisa, completa y consistente, en resguardo del interés público y de los oferentes potenciales. El principio de transparencia, igualmente consagrado en la normativa, demanda que toda la información puesta a disposición de los oferentes sea clara, cierta, oportuna y comprensible, lo cual no puede lograrse si la Administración se exime unilateralmente de responsabilidad por la veracidad de los datos proporcionados.

Adicionalmente, dicha cláusula podría generar un desbalance económico en la concesión, en contradicción con el principio de intangibilidad patrimonial y el equilibrio financiero del contrato, ya que cualquier error, omisión o inexactitud en la información entregada por la Administración recaerá exclusivamente sobre los oferentes, quienes deberán asumir costos adicionales imprevistos derivados de dichas falencias. Esto es especialmente preocupante en un proyecto de esta magnitud y complejidad, donde elementos críticos como la naturaleza de los suelos, instalaciones adyacentes y condiciones locales pueden tener un impacto significativo en los costos y riesgos del concesionario.

Por otra parte, al exigir a los oferentes asumir un riesgo absoluto en la obtención de asesorías legales, contables, tributarias, técnicas e ingenieriles sobre toda la información relacionada con el proyecto, se vulnera el principio de valor por el dinero, ya que se promueve la transferencia de costos de verificación que deberían ser responsabilidad de la Administración hacia los licitantes, lo que podría encarecer innecesariamente las propuestas.

En conclusión, la cláusula impugnada no solo vulnera los principios de integridad, transparencia, intangibilidad patrimonial y valor por el dinero, sino que también pone en riesgo la equidad y la

libre concurrencia en el proceso de contratación, al desincentivar la participación de potenciales oferentes que no estén dispuestos o no puedan asumir los riesgos excesivos impuestos.

Se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de la cláusula impugnada del pliego de condiciones, de manera que se establezca claramente la responsabilidad de la Administración sobre la veracidad, precisión y completitud de la información y documentación proporcionada, incluyendo sus anexos técnicos e históricos. Asimismo, se solicita garantizar que cualquier inexactitud en dicha información deberá ser resarcido mediante el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato y que se elimine la obligación desproporcionada de los oferentes de asumir la totalidad de los riesgos derivados de errores u omisiones en los datos entregados por la Administración. Con ello, se busca resguardar los principios fundamentales de integridad, transparencia, valor por el dinero y equilibrio patrimonial que rigen la contratación pública.

No se omite indicar que la cláusula 1.8.2 dispone que los costos de licitación de la Administración Concedente se fijan en la suma de US \$5,000,000 (cinco millones de dólares americanos), mismos que serán asumidos por el Concesionario; es decir, la Administración Concedente no asume la responsabilidad por el cartel y la documentación, lo que no le impide cobrar US \$5,000,000 por los costos de licitación, que sin duda incluyen la documentación respecto la cual la Administración Concedente no responde.

Todo lo anterior se agrava si agregamos el tiempo insuficiente para realizar verificaciones en campo, por ejemplo, los estudios de suelos, que no se ejecutan en plazos cortos de días.

16. Sobre la cláusula 3.1.13:

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

Por otra parte, se obliga al Concesionario a presentar dentro de los quince (15) meses siguientes contados desde la fecha de la Orden de Inicio de la Concesión prueba fehaciente de que ha logrado el Cierre Financiero; lo cierto es que es posible proporcionar garantías adecuadas sobre fuentes alternativas de financiación en el ínterin (por ejemplo véase el artículo 47 inciso 2 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, por lo que el plazo fatal propuesto no es razonable ni proporcionado, muy por el contrario es injustificablemente excluyente y contrario al principio de buena fe en contratación pública.

Sobra decir que mediante la provisión de garantías satisfactorias para la Administración Concedente es posible la ejecución del contrato de concesión sin afectación alguna para el interés público.

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

En la cláusula 4.1 “Criterios técnicos”, se dispone en el pliego de condiciones que:

*“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. **Demostrar capacidad de calidad de servicio en la operación de puertos.** Para acreditar el cumplimiento de este requisito técnico deberá aportar la Certificación ISO 9001 "Sobre servicio al cliente" en vigor en al menos una terminal, división o entidad. **La documentación a presentar para acreditar el cumplimiento de las referidas condiciones en caso de ser emitida en el exterior deberá ser 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.2. Los requisitos técnicos podrán ser acreditados por alguna de las Sociedades del mismo Grupo Económico o por uno de los miembros del Consorcio o Sociedad en Consorcios. En el caso de Consorcios Oferentes, la experiencia técnica podrá ser acumulativa a partir de la sumatoria de las experiencias individuales de los miembros del Consorcio. También podrá acumularse la experiencia de un subcontratista.”** (Resaltado pertenece al original).*

En cuanto a este tema en concreto, es menester indicar que la cláusula del pliego de condiciones se encuentra dispuesta en una forma o redacción que dificulta comprender qué es lo que realmente requiere la Administración Concedente que se acredite y permite diversas interpretaciones, situación que bien puede afectar no solo la elegibilidad de las ofertas, sino también dificultar delicadamente el análisis de las propuestas que sean sometidas a valoración de este requerimiento puntual.

Así, sobre la “*experiencia operando por lo menos durante cinco (5) años puertos*”, se puede indicar que:

- a. El encabezado o título de la cláusula de admisibilidad refiere a contar con 5 años de experiencia, más no existe relación entre ese plazo y el contenido del requisito, así, por ejemplo, no se indica que en el plazo de cinco años deben haber operado terminales de las características señaladas, es decir, no existe un nexo entre el título y el contenido de la cláusula.

La cláusula indica "*experiencia operando puertos*" pero no especifica si debe ser en terminales de contenedores y granel seco no mineral como las que luego requiere acreditar. Esta ambigüedad viola el principio de seguridad jurídica y los principios rectores del artículo 23 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos.

- b.** Existe una ambigüedad respecto a si el período de 5 años se refiere a años calendario o a cualquier período de 12 meses, así, podría ser el caso que ofertas en consorcio, sus miembros o inclusive empresas de un grupo económico cuenten con diferentes cierres de año, lo cual podría dificultar la contabilización de los referidos 5 años.
- c.** Si bien se solicita un plazo de 5 años, no indica un momento a partir del cual se contabilicen los 5 años, es decir, no está circunscrito a un período de tiempo, por lo que debería indicarse, por ejemplo "Se debe demostrar experiencia operando puertos durante cinco años en los últimos 10 años contados a partir de la fecha de la apertura de ofertas", esto es importante para que se acredite experiencia reciente, máxime en un mercado en el cual la tecnología ha evolucionado agresivamente.
- d.** Existe ambigüedad respecto a si el plazo de los 5 años debe contabilizarse en forma consecutiva para un solo contrato o bien si se aceptarán la sumatoria de diversos contratos que sumados alcancen los 5 años. Esto es de suma importancia para acreditar la experiencia a acreditar como oferentes, pero también para tener seguridad jurídica de la forma en que se valorará nuestra eventual propuesta como la de los competidores.
- e.** En la referida cláusula del pliego de condiciones, se indica que se deberán "presentar contratos", como se observa, se indica el requerimiento en plural, con lo cual tampoco existe seguridad jurídica respecto a si es necesario, al menos, demostrar experiencia en dos o más contratos o bien si con un único contrato es factible para la Administración Concedente validar la experiencia de los oferentes. Nuevamente, esto resulta muy importante para determinar nuestro cumplimiento, así como para contar con reglas claras y transparentes respecto a cómo se evaluarán las demás ofertas.
- f.** Para la carga de granel seco no mineral, debe enmendarse el pliego de condiciones a efectos que se establezca si el requerimiento es para toneladas (aproximadamente 900kg) o bien si se refiere a toneladas métricas (aproximadamente 1000kg), esto si bien es similar, podría ser factor de exclusión de una oferta, toda vez que según se trate del Sistema de Internacional de Unidades (SI) (aprox. 1000kg) o del sistema imperial de EE.UU (aprox.900 kg) o el sistema imperial británica (1,016 kg), puede variar en un curso público que bien podría encontrar oferentes de diversas partes del planeta.
- g.** Aunado a lo anterior, también genera inseguridad jurídica el pliego de condiciones respecto a si el volumen mínimo es por un año o por el total de los 5 años. En caso de ser por año, debe indicarse cómo se analizarían los volúmenes de años parciales.

- h. El requisito es omiso respecto la experiencia y el tráfico mínimo, en particular si son mutuamente excluyentes o no.
- i. La cláusula no expresa si el periodo de cinco años corresponde a años calendario o periodos consecutivos de sesenta meses.
- j. Además de la objeción de que los requisitos técnicos, tal y como están redactados en el cartel, permiten múltiples interpretaciones -una situación que podría poner en peligro la elegibilidad de las ofertas y complicar la evaluación de la cualificación con respecto a estos criterios-, también debemos objetar a estos requisitos por carecer de una justificación clara y de proporcionalidad. Los principios de la contratación pública exigen que los criterios sean técnicamente precisos y justificados, y demostrablemente necesarios. Sin embargo, los requisitos actuales crean una barrera arbitraria a la participación. Esta ambigüedad y falta de justificación corren el riesgo de excluir a licitadores cualificados, socavar la competencia leal y complicar el proceso de evaluación, pudiendo dar lugar a incoherencias y litigios. Instamos respetuosamente a la Administración concedente a que revise y aclare estos requisitos para garantizar que fomentan un proceso justo y competitivo en aras del interés público.

Por otra parte, respecto a la *“experiencia en la promoción y/o implementación de la construcción de puertos”*, al igual que en el punto anterior, no se logra encontrar la relación entre el título del requerimiento *“promoción y/o implementación”* con el alcance o contenido del requisito, por lo que resulta fundamental se enmiende el cartel a efectos de determinar con total certeza la relación entre el título y el contenido de este requerimiento de admisibilidad. Aunado a ello, debe existir total certeza respecto a qué significa *“promoción y/o implementación”*.

Finalmente, sobre la forma de acreditar la experiencia la cláusula cartelaria utiliza indistintamente los términos *“contratos”* y *“documentación”* para acreditar la experiencia, lo cual genera inseguridad jurídica y a cómo se encuentra redactado el requisito no le permite constatar a la Administración que la experiencia es positiva en los términos que supletoriamente ordena el numeral 94 de la Ley General de Contratación Pública.

En virtud de lo anterior, a efectos de acreditar que la experiencia es positiva, estimamos que el cartel debe modificarse a efectos de establecer con total precisión que la forma para acreditarla es mediante la expedición de certificaciones de experiencia emitidas por los clientes finales que demuestren el cumplimiento satisfactorio.

18. Sobre los Criterios de Admisibilidad, financieros:

En la cláusula 4.2 *“Criterios Financieros”*, en lo que interesa, se indica que para acreditar estos criterios se debe:

“(…) aportar los Estados financieros auditados de los 3 últimos años.”

La referencia a *“los 3 últimos años”* introduce un elemento de ambigüedad que afecta la seguridad jurídica y la correcta evaluación de ofertas. Esta indefinición resulta particularmente problemática

en proyectos complejos donde los plazos de apertura pueden extenderse significativamente e inclusive la interpretación de qué se entiende por últimos 3 años pueda cambiar.

La experiencia en contrataciones similares, como bien lo ha conocido el órgano contralor, demuestra que la falta de precisión temporal genera disputas interpretativas sobre el período que debe considerarse para la presentación de estados financieros auditados. Los oferentes enfrentan incertidumbre sobre si deben considerar años calendario, períodos fiscales, o tomar como referencia la fecha de apertura de ofertas.

Esta ambigüedad temporal no solo complica la preparación de ofertas, sino que puede resultar en evaluaciones no comparables cuando los oferentes presentan información de diferentes períodos. La situación se agrava cuando existen diferentes cierres fiscales entre empresas o cuando se trata de consorcios internacionales con distintos regímenes contables.

Para garantizar la transparencia del proceso y la igualdad entre oferentes, el cartel debe especificar expresamente los años fiscales que serán evaluados, estableciendo períodos fijos que no dependan de la fecha de apertura. Esta precisión permitirá una evaluación financiera objetiva basada en información comparable y evitará interpretaciones divergentes que puedan afectar la eficiencia del proceso de contratación.

19. Sobre los Criterios de Admisibilidad, ambientales y sociales:

En la cláusula 4.3 "Criterios ambientales y sociales", se dispone en el pliego de condiciones que los requisitos ambientales y sociales deben ser acreditados bajo:

"(...) u otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas."

Esta disposición de cita carece de la precisión necesaria que exige especificaciones técnicas claras, suficientes y objetivas. La referencia genérica a "*certificaciones reconocidas internacionalmente*" y "*criterios similares*" introduce elementos de ambigüedad que afectan la seguridad jurídica y la evaluación objetiva de las ofertas.

El pliego de condiciones debe definir con precisión los elementos que determinan la validez de certificaciones alternativas. En primer lugar, debe establecer cuáles son los organismos o entidades internacionales cuyas certificaciones se considerarán reconocidas, incluyendo criterios como su acreditación, trayectoria y reconocimiento en el sector portuario.

Respecto a la similitud entre certificaciones, el cartel debe detallar los criterios técnicos específicos que serán evaluados, incluyendo los estándares ambientales y sociales mínimos requeridos. No basta con una referencia genérica a "*criterios similares*", sino que deben especificarse los parámetros concretos de comparación, como por ejemplo niveles de emisiones, gestión de residuos, condiciones laborales, relacionamiento comunitario, entre otros aspectos relevantes.

La verificación de equivalencia entre certificaciones requiere un método objetivo y transparente. El pliego debe establecer el procedimiento de análisis comparativo, incluyendo la documentación requerida para demostrar que una certificación alternativa cumple con los estándares exigidos. Este método debe permitir una evaluación sistemática y reproducible de la equivalencia.

Finalmente, la actual redacción podría generar interpretaciones divergentes durante la evaluación de ofertas y potenciales disputas sobre la equivalencia de las certificaciones presentadas. Para garantizar una evaluación objetiva, es necesario que el pliego defina taxativamente los criterios específicos que deben cumplir las certificaciones alternativas.

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

En la cláusula 4.4.5 en lo que interesa señala:

“Declaración Jurada de la estructura corporativa del Oferente autenticada ante notario público, incluido el diagrama respectivo, en la que se describa la composición accionaria, de socios directos e indirectos, empresas afiliadas, sucursales y subsidiarias. En caso de Consorcios, cada uno de sus miembros deberá cumplir con estos requisitos. Declaración Jurada según formato adjunto 4.4.4.5.”

El requisito de presentar una declaración jurada autenticada que incluya la estructura corporativa y composición accionaria del oferente, así como el diagrama correspondiente, no contempla las particularidades de las empresas cuya naturaleza como entidades cotizantes en bolsa dificulta o incluso imposibilita proporcionar información precisa sobre sus beneficiarios finales. Esto se debe a la dinámica propia de los mercados de valores, donde la composición accionaria puede cambiar constantemente y donde no es posible identificar de manera detallada a los accionistas finales en un momento determinado. La omisión de prever un procedimiento específico para estas situaciones vulnera los principios de igualdad y libre competencia establecidos en el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública, ya que coloca a estas empresas en una posición de desventaja frente a otros oferentes.

Asimismo, el principio de transparencia exige que el pliego de condiciones sea claro, preciso y consistente, de modo que los oferentes puedan cumplir con los requisitos de manera adecuada. La falta de lineamientos claros sobre cómo cumplir este requisito en el caso de empresas públicas cotizantes genera ambigüedades que pueden desincentivar la participación de empresas altamente calificadas y competitivas, afectando negativamente la libre competencia y la maximización del valor por el dinero en la contratación.

Adicionalmente, la imposición de un requisito que puede resultar imposible de cumplir para empresas cotizantes en bolsa, debido a la imposibilidad práctica de identificar a todos los accionistas finales, podría ser considerada como una restricción injustificada a la participación. Esto contraviene el principio de eficiencia, ya que limita innecesariamente la competencia y no contribuye a garantizar la satisfacción del interés público en la contratación.

En virtud de lo anterior, se solicita la modificación de la cláusula 4.4.5 para que contemple cómo se procederá respecto a este requisito en el caso de empresas públicas cotizantes en bolsas de valores. Específicamente, se debe establecer un mecanismo que permita dar por cumplido el requisito mediante una declaración que detalle únicamente los accionistas principales o mayoritarios (si es posible), junto con una certificación de su naturaleza como empresa cotizante en bolsa. Esto garantizará el cumplimiento de los principios de transparencia, igualdad, eficiencia y libre concurrencia en el proceso de contratación pública.

21. Sobre la incorporación de obras (nuevas inversiones):

En la cláusula 5. “Oferta Técnica”, en lo que interesa, se dispone:

“La Administración Concedente podrá incorporar otras obras adicionales a las aquí mencionadas, que a su juicio contribuyan al cumplimiento de las condiciones de explotación establecidas en estas bases técnicas.”

La cláusula que faculta a la Administración Concedente para incorporar obras adicionales, tal cual se encuentra redactada, contraviene el marco normativo aplicable a las concesiones de obra pública con servicios públicos. Si bien la Administración puede requerir obras adicionales durante la ejecución contractual, estas modificaciones deben seguir el procedimiento establecido en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, particularmente, debe especificarse si nos encontramos de frente al artículo 48 de la referida Ley y de ser así, se requiere que se introduzcan reglas y procedimientos claros para su aplicación, así como un mecanismo para restituir el principio de intangibilidad patrimonial.

La discrecionalidad que otorga la cláusula al indicar "que a su juicio contribuyan" resulta excesiva y omite las salvaguardas procedimentales que la ley establece para modificaciones al objeto contractual. Cualquier obra adicional debe evaluarse según los criterios técnicos, financieros y legales previstos en la normativa de concesiones de referencia.

La incorporación de obras adicionales puede impactar significativamente el equilibrio económico del contrato y las condiciones de prestación del servicio. Por ello, estas modificaciones requieren:

- a) Estudios técnicos que justifiquen su necesidad.
- b) Análisis de impacto financiero.
- c) Evaluación de la capacidad del concesionario.
- d) Procedimientos formales de aprobación.

La cláusula debe reformularse para alinearla con el marco legal de concesiones, estableciendo expresamente que cualquier obra adicional se regirá por los procedimientos y requisitos establecidos en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos y su reglamento, de modo que lo indicado en el inciso 4) del mencionado artículo 48 toma especial relevancia, cuando establece: *“Sin perjuicio de lo anterior, en el cartel de licitación y en el contrato de concesión podrán contemplarse los mecanismos para determinar el costo de las obras*

adicionales y las mejoras por realizar, así como los mecanismos de compensación que podrán o deberán ser utilizados, salvo si en el cartel y/o el contrato están expresamente indicados estos mecanismos. Las condiciones del convenio deberán ser acordadas por ambas partes.”, por lo que se requiere de la enmienda de ese apartado cartelario.

22. Sobre el equilibrio financiero del contrato:

En la cláusula 6. “Oferta Económica” del pliego de condiciones^[3], en lo que interesa, se indica que:

*“6.8 El Concesionario puede solicitar a la Administración Concedente la modificación de los términos y condiciones del Contrato de Concesión con la finalidad de restablecer el equilibrio económico – financiero de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión y la Ley Aplicable. Corresponde al Concesionario demostrar que hay fundamento para tal petición. En caso de que la Administración Concedente considere que la afectación o alteración **substancial** de las condiciones económicas financieras legadas se encuentran debidamente comprobada, se acordarán las modificaciones que consideren convenientes, siguiendo los principios básicos establecidos en este cartel y el contrato de concesión. De no mediar acuerdo, el tema se someterá a arbitraje de conformidad con las estipulaciones de la ley 7727 Ley Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.”*

La cláusula 6.8 relativa al restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión requiere la incorporación de un procedimiento administrativo claro y definido. La actual redacción, si bien reconoce el derecho del concesionario a solicitar modificaciones, no establece los elementos procesales necesarios para garantizar una atención oportuna y eficiente de estas solicitudes.

La falta de plazos específicos para la tramitación y resolución de peticiones de reequilibrio económico genera inseguridad jurídica y podría afectar la continuidad del servicio público. Es fundamental establecer términos precisos para cada etapa del proceso, desde la presentación de la solicitud hasta la implementación de las modificaciones acordadas, ello, en beneficio del proyecto y del servicio público a prestar.

El cartel debe definir no solo los plazos sino también los requisitos específicos para la presentación de solicitudes, la documentación necesaria para acreditar el desequilibrio, y los criterios objetivos que utilizará la Administración para evaluar estas peticiones. Igualmente, importante es establecer las consecuencias del silencio administrativo y los mecanismos de seguimiento durante el proceso.

La inclusión de estos elementos procedimentales no constituye una mera formalidad, sino una garantía necesaria para la efectiva protección del derecho al equilibrio económico del contrato. Un procedimiento claro y con plazos definidos permite una gestión más eficiente de las solicitudes

y evita que las negociaciones se extiendan innecesariamente, afectando la estabilidad financiera del proyecto y, consecuentemente, la calidad del servicio público.

Aunado a ello, es menester también traer a colación las cláusulas 3.4.2., 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del borrador del contrato incorporado al pliego de condiciones, mismas que disponen:

“3.4.2 Equilibrio económico y financiero del contrato

La presente cláusula estipula el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico financiero, al cual tendrá derecho el Concesionario, en caso de que la Concesión se vea afectada debido la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales, incluyendo pero no limitando, promulgación de nuevas leyes o regulaciones que impongan costos, tarifas o impuestos adicionales, que afecten negativa o positivamente la rentabilidad de las operaciones del Concesionario o como consecuencia directa y particular de cambio en leyes aplicables o en la interpretación de las mismas. Esto en la medida que tenga exclusiva relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de: i) costos de inversión, ii) ingresos o iii) costos de operación y mantenimiento relacionado la prestación de los Servicios.

(...)

3.4.6.1 El equilibrio económico-financiero será restablecido, como consecuencia de lo señalado de un desequilibrio debidamente comprobado y en comparación con lo que habría pasado en el mismo período si no hubiesen ocurrido los cambios a que se refiere dicho numeral cuando:

- Varíe los costos de inversión realizados por el Concesionario desde la Orden de Inicio de Construcción hasta el Inicio de la Etapa de Explotación Total en un equivalente al diez por ciento (10%) o más del Monto de Inversión, luego de los eventuales ajustes señalados en la cláusula 3.4, debiendo considerarse para el restablecimiento del equilibrio económico financiero, la totalidad de la variación; o,

- Se afecte los ingresos o los costos de operación y mantenimiento de los Servicios de manera tal que la diferencia entre los ingresos menos los costos de operación y mantenimiento del Concesionario en la Etapa de Explotación Total de la Concesión durante un período de doce (12) meses consecutivos o más, varíe en el equivalente al diez por ciento (10%) o más de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico.

3.4.6.2 Si el equilibrio económico – financiero del presente Contrato se ve afectado, tal como se define en el numeral anterior, el Concesionario o la Administración Concedente, podrá proponer por escrito a la otra parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico afectado.”

Con meridiana claridad se aprecia que las cláusulas cartelarias transcritas establecen limitaciones al derecho constitucional y legal de equilibrio económico y financiero en los contratos, toda vez que no solo establecen una lista taxativa de los supuestos de procedencia del equilibrio, como se aprecia en la cláusula 3.4.2 sino que en el caso de las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del pliego impone limitaciones ajenas a la ley al derecho de equilibrio financiero, en la medida que únicamente serán reconocidas las variaciones *en el equivalente al diez por ciento (10%) o más*

de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico.

Ambas limitaciones, una cualitativa asociada a la lista taxativa de la cláusula 3.4.2 y la otra cuantitativa, contenida en las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del pliego son totalmente disconformes con los artículos 17 inciso c) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y 8 inciso i) de la Ley General de Contratación Pública, ese último referido al Principio de intangibilidad patrimonial.

Finalmente, al igual la cláusula 6 “Oferta económica” del cartel, no se omite subrayar que la cláusula 3.4 en general es omisa respecto los plazos y las metodologías para asegurar la oportuna atención de las solicitudes del concesionario para restablecer el equilibrio económico.

En síntesis, siendo que no existe una norma en el ordenamiento jurídico que ordene al futuro concesionario a soportar la carga de no restituir el equilibrio financiero en los supuestos descritos en el cartel, las cláusulas cartelarias 3.4.2, 3.4.6.1 y 3.4.6.2 devienen contrarias al ordenamiento jurídico y por esa sola condición deben ser eliminadas, de modo que no se establezcan limitaciones al derecho al equilibrio económico financiero del contrato.

23. Sobre las sanciones (ejecución garantías – cláusula penal y multas):

Las cláusulas 5.12 del pliego y 6.10 y 6.11 del borrador del Contrato relativas a la ejecución de garantías y aplicación de sanciones carecen de un procedimiento que garantice el debido proceso al Concesionario, lo cual contraviene principios fundamentales del derecho administrativo y de la propia Constitución Política.

La disposición de que las garantías sean "de cobro inmediato" y ejecutables "a simple y primer requerimiento", sin establecer un procedimiento previo de defensa, vulnera el derecho constitucional al debido proceso. Similar situación ocurre con las cláusulas penales y multas, donde se indica que se aplicarán sin necesidad de demostrar daño y sin establecer un procedimiento contradictorio.

El pliego debe incorporar un procedimiento administrativo que incluya, como mínimo:

- a)** Notificación previa al Concesionario sobre el presunto incumplimiento.
- b)** Plazo razonable para presentar descargos y prueba.
- c)** Oportunidad de subsanación cuando proceda.
- d)** Resolución motivada sobre la procedencia de la sanción.
- e)** Recursos aplicables contra la decisión.

La inmediatez en la ejecución de garantías o aplicación de sanciones, sin oportunidad de defensa previa, podría generar afectaciones patrimoniales injustificadas y comprometer la continuidad del servicio público.

El debido proceso no es una mera formalidad sino una garantía esencial que debe respetarse incluso en relaciones contractuales donde media un interés público.

El procedimiento sancionatorio debe equilibrar la necesaria eficiencia en la gestión contractual con el respeto a los derechos del Concesionario, estableciendo plazos razonables que no comprometan la oportuna corrección de incumplimientos, razón por la cual se requiere enmendar el pliego de condiciones a efectos de incorporar las garantías procesales para el ejercicio de nuestro derecho de defensa.

24. Sobre la Ley de Contratación Administrativa:

La cláusula 7.3 "Revisión de las ofertas" del pliego de condiciones debe actualizarse para ajustarse al marco normativo vigente. La referencia al Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa resulta improcedente, dado que dicha normativa fue expresamente derogada por el artículo 135 inciso a) de la Ley General de Contratación Pública.

La remisión a normativa derogada no solo genera inseguridad jurídica, sino que podría conducir a interpretaciones erróneas durante el proceso de evaluación de ofertas. Los oferentes requieren certeza sobre las disposiciones aplicables en aspectos cruciales como la subsanación de ofertas, los criterios de evaluación y los mecanismos de desempate.

Si se busca la aplicación supletoria, el pliego debe actualizarse para incorporar las referencias correctas a la LGCP y su reglamento, particularmente en lo relativo al régimen de subsanación previsto en el artículo 50 y el procedimiento de estudio de ofertas establecido en el artículo 51. Esta actualización normativa no es una mera formalidad sino un requisito esencial para garantizar la transparencia del proceso y la igualdad entre oferentes.

La claridad en el marco normativo aplicable resulta fundamental para una correcta estructuración de ofertas y para evitar controversias durante la fase de evaluación. Por tanto, la cláusula debe modificarse para alinearla con la legislación vigente en materia de contratación pública.

25. Sobre la declaratoria de desierto:

En la cláusula 7.3 "Revisión de las ofertas" del pliego de condiciones, en lo que interesa, se indica que:

"(..) sin responsabilidad alguna para ella asimismo podrá declarar desierta la licitación cuando es evidente que ha habido falta de competencia y/o colusión."

La cláusula 7.3 carece de parámetros objetivos para determinar la "falta de competencia y/o colusión" que justificarían declarar desierta la licitación. Esta indeterminación contraviene el principio de seguridad jurídica, así como la regla a partir del cual se requieren especificaciones claras y objetivas.

El cartel debe establecer expresamente la metodología y criterios técnicos que se utilizarán para verificar estas circunstancias. No puede quedar a discreción de la Administración determinar subjetivamente la existencia de prácticas anticompetitivas o falta de competencia efectiva sin un procedimiento formal de investigación.

Es necesario definir si se requerirá la participación de la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), los estudios técnicos necesarios, y el procedimiento específico que garantice el debido proceso antes de declarar desierto el concurso por estas causales. La mera presentación de un número reducido de ofertas no puede automáticamente interpretarse como falta de competencia.

La declaratoria de concurso desierto es una decisión que afecta significativamente el proceso de contratación y debe fundamentarse en criterios objetivos y verificables, no en apreciaciones subjetivas. Por tanto, el pliego debe establecer con precisión los parámetros y procedimientos que fundamentarían tal decisión.

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

En el Anexo II “Cartel de Licitación. Determinación de la Tarifa “All In” máxima por tipo de Carga y Oferta Económica”, en lo que interesa, se indica que:

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 indicaciones consideradas en el presente documento.

La cláusula que exige la presentación de una propuesta de Tarifa “all-in” Máxima por tipo de carga, sin clarificar la base y metodología empleada por el INCOP para establecer dichas tarifas, genera incertidumbre y posibles desequilibrios en el proceso de licitación. Esto vulnera los principios de transparencia y valor por el dinero establecidos en la Ley General de Contratación Pública, al no proporcionar a los oferentes información suficiente para evaluar los criterios que sustentan las tarifas máximas.

Primero, es fundamental que la Administración explique detalladamente los parámetros y metodología que utilizó para determinar las tarifas “all-in” máximas. Sin esta información, los oferentes no pueden evaluar adecuadamente la viabilidad económica de sus propuestas, lo que podría desincentivar la participación o conducir a ofertas que no reflejen las condiciones reales del mercado ni los costos operativos.

En segundo lugar, es injusto que el INCOP base el cálculo de los pagos que debe recibir del concesionario en los ingresos brutos, mientras que el concesionario, por su parte, debe ofrecer descuentos y asumir riesgos adicionales para garantizar el éxito del proyecto en condiciones de negocio adversas. Esta asimetría coloca una carga desproporcionada sobre el concesionario, especialmente en un entorno económico volátil, lo que puede comprometer la sostenibilidad financiera del proyecto y desincentivar la participación de oferentes calificados.

Se recomienda que el cálculo de los pagos al INCOP se base en los ingresos netos efectivamente recaudados por el concesionario, los cuales podrían ser auditados de forma independiente para garantizar la transparencia y precisión de los datos. Esta modificación no solo asegura un equilibrio económico-financiero más justo entre las partes, sino que también fomenta la sostenibilidad del proyecto, al permitir al concesionario ajustarse a las realidades del mercado.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de la cláusula para que:

- 1. Se proporcione la base y metodología empleada por el INCOP:** Clarificando los criterios utilizados para establecer las tarifas “all-in” máximas por tipo de carga, a fin de garantizar que los oferentes cuenten con información suficiente y precisa para preparar sus propuestas.
- 2. Se modifique la base de cálculo de los pagos al INCOP:** De ingresos brutos a ingresos netos efectivamente recaudados por el concesionario, respaldados por informes de auditoría independientes.

Estas modificaciones son necesarias para garantizar la transparencia, el equilibrio financiero del contrato y la viabilidad económica del proyecto, en beneficio tanto de la Administración como de los concesionarios y del interés público en general.

27. Sobre el servicio de escaneo:

En el Anexo II “Cartel de Licitación. Determinación de la Tarifa “All In” máxima por tipo de Carga y Oferta Económica”, en lo que interesa, se indica 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. Sin embargo, para sus estimaciones financieras, los oferentes deberán considerar un precio por servicio de escaneo de US\$25 para contenedores, tanto secos como refrigerados, y lo que represente del 10% de la tarifa “all-in” máxima para resto de las cargas, de manera que se cubra el costo de operación de escaneo y la recuperación de la inversión de los equipos necesarios para la prestación de dicho servicio. En la elaboración de sus ofertas económicas, los oferentes no deberán incluir el precio del servicio de escaneo; es decir, los oferentes proporcionarán unos precios máximos de tarifas “all-in” por tipo de carga sin añadir el importe de escaneo. Los montos indicados en el párrafo anterior son meramente estimativos y no vinculantes. Los precios y costes definitivos del servicio de escaneo se determinarán en función de lo acordado con las autoridades correspondientes”

La cláusula sobre el servicio de escaneo presenta graves deficiencias que generan inseguridad jurídica y afectan la correcta estructuración de ofertas económicas.

La disposición resulta contradictoria al exigir la prestación del servicio de escaneo, pero excluir su costo de la oferta económica, dejándolo sujeto a futuras "instrucciones institucionales". Esta indefinición afecta la evaluación del proyecto pues:

- a)** Establece montos referenciales (\$25 por contenedor y 10% de tarifa all-in para otras cargas) pero los declara "no vinculantes", dejando la determinación final del precio a autoridades no especificadas.
- b)** Requiere inversiones en equipos y considera costos operativos, pero no garantiza su recuperación al hacer depender la tarifa de decisiones futuras.
- c)** El Anexo 18 establece estándares de servicio y exige diseño para escanear el 100% de la carga (técnicamente inviable), pero condiciona los niveles de servicio a un protocolo pendiente del Ministerio de Seguridad.

El requerimiento de escanear el 100% de los contenedores en un puerto marítimo representa una exigencia técnicamente inviable que contradice las mejores prácticas internacionales y la realidad operativa portuaria.

Los tiempos de procesamiento de un escáner de contenedores, que típicamente toma entre 3 y 5 minutos por unidad, harían imposible mantener un flujo eficiente en un puerto que maneja miles de contenedores diarios. Esta demora multiplicada por el volumen total de carga generaría cuellos de botella severos que paralizarían la operación portuaria.

La Organización Mundial de Aduanas (OMA) reconoce esta realidad y recomienda un sistema de escaneo selectivo basado en análisis de riesgo. La práctica internacional estándar contempla el escaneo de entre 3-5% de los contenedores, seleccionados según perfiles de riesgo específicos. El escaneo total solo se implementa en situaciones excepcionales de alta sensibilidad.

Además, la implementación de un sistema de escaneo total requeriría una infraestructura física desproporcionada, incluyendo múltiples equipos de escaneo, áreas adicionales de inspección y personal especializado. Esto no solo incrementaría significativamente los costos operativos, sino que reduciría el espacio disponible para otras operaciones portuarias esenciales.

Por tanto, el requerimiento cartelario de escanear el 100% de la carga resulta técnicamente inviable y contradice los estándares internacionales de operación portuaria eficiente.

Adicionalmente, existe una contradicción conceptual en la estructura tarifaria al indicar que la tarifa "all-in" debe incluir "servicios complementarios no incluidos en la tarifa all-in". Esta inconsistencia lógica impide una correcta determinación del alcance de servicios y su correspondiente valoración económica.

El cartel debe establecer con precisión:

- a.** Los mecanismos de recuperación de inversiones.
- b.** La estructura tarifaria coherente y definitiva.

c. Los niveles de servicio exigibles.

28. Sobre las aclaraciones de las ofertas:

En el Anexo IV. "Requerimientos de la Oferta Técnica" 1. Metodología de Evaluación de la Oferta Técnica", en lo que interesa, se indica que:

"Durante el proceso de evaluación de la Oferta Técnica de los Oferentes la Comisión Evaluadora podrá solicitar las aclaraciones y las explicaciones que ésta estime indispensables sobre la documentación presentada. Dichas informaciones sólo servirán para aclarar los temas que la Comisión Evaluadora considere necesario, pero no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación del Oferente."

La cláusula que limita el alcance de las aclaraciones contradice lo establecido en el artículo 24 del Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública, sobre la subsanación y aclaración de las ofertas.

Resulta improcedente establecer a priori que las aclaraciones "no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación", pues esto dependerá de la naturaleza de la aclaración. Si la información aclaratoria demuestra el cumplimiento de requisitos existentes en la oferta original, debe ser considerada en la evaluación.

La restricción impuesta podría resultar en evaluaciones incompletas o incorrectas al descartar información relevante que aclare o precise aspectos técnicos de la oferta. El principio de eficiencia establecido en el artículo 23 de la Ley No. 7765 exige que prevalezca el contenido sobre la forma y se favorezca la conservación de las ofertas, por lo que no se encuentra ningún tipo de fundamento jurídico para mantener la cláusula impugnada.

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

29. Sobre el finiquito de las Concesiones Previas:

En las cláusulas 1.13.3.2.1 y 1.14.2 del borrador del Contrato se establece lo siguiente:

"Durante la Etapa de Transición Inicial el INCOP deberá obtener de los Concesionarios Previos el finiquito de la respectiva Concesión Previa. Cada finiquito se suscribirá en condición suspensiva para que entre en vigencia en la Fecha de Entrada en Vigencia de la Concesión y deberá contener, pero no estará limitado a los aspectos de entrega respecto de las consideraciones legales, financieras, laborales, económicas y ambientales de la respectiva Concesión Previa así como el cumplimiento de sus obligaciones con terceros relacionados a la respectiva Concesión Previa incluidos incluido pero no limitado al cumplimiento de sus obligaciones con los proveedores de los servicios de estiba. Estos

finiquitos no limitarán el derecho de la Administración Concedente para llevar a cabo cualquier reclamo o ejecución de la Garantía de Cumplimiento que la Administración Concedente tenga contra el respectivo Concesionario Previo que sea excluido del finiquito o del que se tenga conocimiento en una fecha posterior a la suscripción del finiquito. De igual forma estos finiquitos incluirán la liberación de responsabilidad al Concesionario de cualquier reclamo por parte de los Concesionarios Previos y la respectiva indemnización en caso de que se planteen reclamos en contra del Concesionario por hechos causados por el respectivo Concesionario Previo.

(...)

1.14.2 La Administración Concedente y el Concesionario, una vez firmadas las respectivas actas de recepción de las Concesiones Previas, procederán a la firma del acta de inicio de la concesión (“Acta de Inicio de la Concesión”) que se deberá incluir como Anexo No. 4. Esta acta deberá contener como mínimo la situación actual de los siguientes aspectos de la Concesión:

- a. Cierre de balance de las diferentes cuentas ingresos, cánones, fiscalización.*
- b. Entrega de los Activos Iniciales de la Concesión en el que se deberá actualizar el Anexo No. 3 Activos aportados por la Autoridad Concedente.*
- c. Inventario de los equipos que incluya pólizas de seguros, bitácoras de mantenimiento, estado de las instalaciones con recorrido fotográfico.*
- d. Contratos laborales y de subcontratistas.*
- e. Listado de licencias y permisos.*
- f. Inventario de servicios públicos en el que se haga relación de los servicios públicos que interfieren con el Proyecto.*
- g. Situación actual de la Concesión de los servicios de remolcadores.”*

La cláusula establece que el INCOP deberá obtener un finiquito de las Concesiones Previas, el cual incluye diversas consideraciones legales, financieras, laborales, económicas y ambientales.

Si bien se confirma que el nuevo Concesionario será liberado de responsabilidad por los reclamos derivados de actos de los Concesionarios Previos y se establece una indemnización en caso de reclamos posteriores, el lenguaje de la cláusula genera incertidumbre al no definir claramente las condiciones, alcance y mecanismos que asegurarán dicha liberación e indemnización.

En primer lugar, el hecho de que los finiquitos sean suscritos en condición suspensiva hasta la entrada en vigencia de la nueva Concesión podría generar vacíos temporales en la protección jurídica del nuevo Concesionario. Durante este período, no queda claro cómo se gestionarán los posibles reclamos o responsabilidades originadas en la operación de los Concesionarios Previos.

En segundo lugar, la cláusula permite que la Administración Concedente excluya ciertos reclamos o elementos del finiquito, o que incorpore posteriormente otros que no estaban originalmente incluidos. Esto deja al Concesionario en una posición de incertidumbre y vulnerabilidad frente a obligaciones que podrían surgir de manera imprevista, afectando su equilibrio económico-financiero y su capacidad operativa.

Finalmente, aunque se menciona la liberación de responsabilidad y la indemnización del Concesionario por reclamos relacionados con los Concesionarios Previos, no se especifica de manera suficiente el alcance de esta indemnización ni los procedimientos para hacerla efectiva; esto podría dar lugar a interpretaciones ambiguas o a una implementación deficiente, lo cual es contrario al principio de transparencia en la contratación pública.

En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de la cláusula para que:

1. **Se defina con claridad el alcance de los finiquitos:** Asegurando que incluyan todos los aspectos legales, financieros, laborales, económicos y ambientales relacionados con las Concesiones Previas, sin excepciones discrecionales posteriores.
2. **Se garantice una transición sin vacíos legales:** Estableciendo explícitamente que el nuevo Concesionario no asumirá ninguna responsabilidad, directa o indirecta, por actos de los Concesionarios Previos desde la firma del contrato hasta la entrada en vigencia del mismo.
3. **Se especifiquen los mecanismos de indemnización:** Detallando el procedimiento y plazos para hacer efectiva la indemnización al Concesionario en caso de reclamos relacionados con los Concesionarios Previos.

Con estas modificaciones, se busca garantizar la seguridad jurídica, el equilibrio económico-financiero y la transparencia en el proceso de concesión, protegiendo los intereses tanto del nuevo Concesionario como de la Administración.

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

En la cláusula 1.15.2 del borrador del Contrato se establece lo siguiente:

“Los estudios previos de la Concesión que llevó a cabo la Administración Concedente tienen, con relación al Contrato de Concesión, carácter meramente informativo y orientativo, y ni dichos estudios, ni los valores que de ellos se derivan, podrán ser asumidos como marco de referencia de la posible actividad futura del Concesionario, salvo cuando el Contrato de Concesión hubiere dispuesto lo contrario. En consecuencia, la Administración Concedente no asume responsabilidad alguna por la información contenida en dichos estudios y suministrada a los participantes de la Licitación.”

La cláusula impugnada, al establecer que los estudios previos de la concesión tienen un carácter meramente informativo y orientativo, eximiendo a la Administración de toda responsabilidad sobre la información contenida en ellos, vulnera los principios de integridad, transparencia y valor por

el dinero consagrados en el artículo 8 de la Ley General de Contratación Pública. Dado que la Administración es la entidad responsable de generar, gestionar y compartir la información oficial que sirve de base para la elaboración de las ofertas, es imperativo que garantice la precisión, completitud y consistencia de dicha información.

La exención total de responsabilidad por parte de la Administración implica trasladar los riesgos asociados a errores u omisiones en los estudios previos exclusivamente al concesionario, lo cual es desproporcionado e incompatible con los principios de equilibrio financiero y justicia en la relación contractual.

El principio de transparencia requiere que los datos proporcionados por la Administración sean claros, precisos y confiables, ya que constituyen la base para la formulación de las ofertas y la evaluación de los riesgos por parte de los oferentes. La redacción actual de la cláusula genera una incertidumbre que puede desincentivar la participación de posibles oferentes y encarecer las propuestas debido a la necesidad de realizar análisis y verificaciones adicionales para compensar la falta de garantía sobre la información oficial, lo cual contraviene el principio de igualdad y libre concurrencia.

Asimismo, la disposición puede resultar en un desequilibrio financiero del contrato, en contravención del principio de intangibilidad patrimonial. Si los estudios previos contienen errores o inconsistencias significativas, el concesionario se podría ver en la necesidad de incurrir en costos adicionales imprevistos que no estaban contemplados en su oferta inicial, dado que no hay forma de que cuente de previo a la preparación de su oferta con estudios que corroboren los realizados por la Administración y proporcionados como documentos de la licitación, afectando negativamente su estabilidad económica y comprometiendo el desarrollo del proyecto.

En virtud de lo anterior, se solicita a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de la cláusula 1.15.2 para que se establezca que los estudios previos de la concesión deben ser considerados como información oficial y confiable, salvo que se especifique expresamente lo contrario en el contrato de concesión. Además, se solicita que se incluya una disposición que garantice el restablecimiento del equilibrio financiero en caso de que errores u omisiones en los estudios previos proporcionados por la Administración afecten la ejecución del proyecto. Esto permitirá salvaguardar los principios de integridad, transparencia, valor por el dinero y equilibrio patrimonial en la contratación pública.

31. Sobre los riesgos de la Administración concedente:

La cláusula 1.15.4 es omisa respecto los riesgos que razonablemente corren las Administraciones Concedentes en proyectos como el que promueve INCOP, lo que tiene por efecto trasladar el riesgo al concesionario y en consecuencia incrementar los precios propuestos al usuario final.

En ese contexto, ante el desbalance en los riesgos de la Administración Concedente, que conllevan una infracción al principio de intangibilidad patrimonial y de buena fe, se subrayan los riesgos que típicamente debe asumir la Administración Licitante no obstante se extrañan el cartel:

- Incumplimientos contractuales y/o daños causados por acciones u omisiones de la Administración Concedente,
- Costes de nuevas obras aprobadas y/o exigidas por la Administración Concedente, no incluidas inicialmente en el Contrato de Concesión,
- Retrasos en la concesión de licencias más allá de los plazos legales/reglamentarios, siempre que el Concesionario no sea responsable,
- Aumento de la inversión, costes y/o interrupciones debido a problemas o requisitos medioambientales imprevistos,
- Defectos ocultos en los activos transferidos por la Autoridad Concedente y/o los Concesionarios anteriores,
- Inversiones y/o costes de gestión de pasivos ambientales preexistentes en el área de concesión,
- Desequilibrio económico-financiero causado por cambios legislativos o jurisprudenciales vinculantes, como la creación, modificación o eliminación de impuestos o tasas, que afecten a las inversiones, ingresos y/o costes/gastos,
- Costes o retrasos no asegurables por fuerza mayor o caso fortuito,
- Decisiones judiciales/administrativas que impidan al Concesionario el cumplimiento del contrato, no causadas por el Concesionario,
- Impactos en las inversiones, costes/gastos y/o ingresos debidos a cambios normativos por parte de la Autoridad Concedente o de la ARESEP,
- Actos del Estado que causen impactos en las inversiones, ingresos y/o costes/gastos,
- Modificaciones en los parámetros o en el área de concesión que impacten en las inversiones, ingresos y/o costes/gastos,
- Modificaciones de los parámetros de la concesión o de la zona que afecten a las inversiones, los ingresos y/o los costes/gastos,
- Cambios legislativos que introducen exenciones o beneficios arancelarios,
- Manifestaciones sociales/públicas que afecten a las actividades o inversiones,
- Riesgos arqueológicos/geológicos,
- Costes de expropiación/desahucio,
- Imposibilidad de utilizar el área de concesión debido a una acción/omisión gubernamental que afecte a las inversiones, los ingresos y/o los costes/gastos,
- Modificaciones de los objetivos de nivel de servicio que afecten a las inversiones, ingresos y/o costes/gastos y
- Costes de retirada de material rocoso que obstruye los trabajos de dragado.

No omito manifestar que la lista anterior es una lista referencial abierta, que no pretende agotar todos los riesgos que razonablemente debe asumir la Administración Concedente.

Constatándose las omisiones que inciden en la posibilidad de los oferentes serios de presentar una oferta eficiente e informada, se solicita se acoja el recurso de objeción en este extremo y en consecuencia se modifique el cartel para que incorpore los citados riesgos de la Administración Licitante.

32. Sobre los riesgos de Dragado:

La indicada cláusula 1.15.3.4 del borrador del Contrato señala en lo que interesa:

“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”.

La cláusula citada al disponer que el Concesionario asume de manera exclusiva los riesgos relativos al dragado y que la tarifa adjudicada no se verá afectada por variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar, resulta incompatible con el principio de intangibilidad patrimonial del contrato. Este principio, de carácter constitucional, garantiza el equilibrio económico-financiero del contrato y exige que cualquier desbalance causado por factores no atribuibles al concesionario sea reconocido y compensado por la Administración, sin que esta tenga la potestad discrecional de decidir si dicho equilibrio se restablece o no.

En situaciones de fuerza mayor, reguladas en la cláusula 1.15.4.2, se establece que la Administración Concedente verificará si asume el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, únicamente si las pólizas contratadas no cubren los daños ocasionados. Este enfoque contradice el principio de intangibilidad patrimonial, ya que la obligación de restablecer el equilibrio económico-financiero no es una prerrogativa de la Administración, sino un derecho de las partes contratantes, condicionado únicamente a la acreditación del desbalance económico derivado de causas no atribuibles a alguna de las partes. La redacción de la cláusula 1.15.3.4 exagera esta problemática al trasladar al concesionario el riesgo total de variaciones en los volúmenes de dragado, incluso cuando estos sean consecuencia de errores, omisiones o inconsistencias en los estudios previos proporcionados por la Administración.

El riesgo que debe asumir el concesionario, en virtud de los principios generales de la contratación pública, se limita a aquellos eventos que ocurran durante la fase de operación y construcción del proyecto, siempre que estén bajo su control o gestión. Sin embargo, trasladar de forma exclusiva al contratista el riesgo por la información proporcionada por la misma Administración Concedente en los estudios del concurso no solo vulnera la intangibilidad patrimonial del contrato, sino también los principios de transparencia, integridad y valor por el dinero. La información técnica y de soporte entregada por la Administración debe ser confiable, precisa y completa, dado que constituye la base sobre la cual los oferentes elaboran sus propuestas económicas y técnicas. Eximir a la Administración de responsabilidad por la veracidad de esta información y trasladar su riesgo al concesionario implica imponer una carga desproporcionada que afecta la igualdad y la libre concurrencia en el proceso de contratación.

En este sentido, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de la cláusula 1.15.3.4 para que se excluyan de los riesgos asumidos por el concesionario las variaciones en los volúmenes de dragado que deriven de inconsistencias, errores u omisiones en los estudios previos proporcionados por la Administración. Asimismo, se solicita que se garantice el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato

cuando tales variaciones generen un desbalance económico, de conformidad con el principio de intangibilidad patrimonial, sin que esta medida quede sujeta a la discrecionalidad de la Administración. Con ello, se busca preservar los principios fundamentales de la contratación pública y garantizar la justicia y legalidad en las obligaciones impuestas al concesionario.

33. Sobre los riesgos de nuevos proyectos:

En la cláusula 1.15.4.3 del borrador del contrato “Riesgos por nuevos proyectos y servicio de remolcadores” se indica en lo que interesa lo siguiente:

“La Administración Concedente asume los riesgos por la ejecución de nuevos proyectos de puertos que se desarrollen en el pacífico costarricense, siempre y cuando se demuestre que los mismos hayan sido solicitados por la Administración Concedente y causen al mismo tiempo una alteración o afectación al Contrato de Concesión. Los riesgos asociados a la prestación de los servicios de remolcadores serán asumidos por la Administración Concedente.”

La cláusula 1.15.4.3, que establece que la Administración Concedente asume los riesgos asociados a la ejecución de nuevos proyectos portuarios en el Pacífico costarricense y a la prestación de servicios de remolcadores, presenta ambigüedades respecto a cómo se garantizará la protección del concesionario frente a los impactos económicos o contractuales que puedan derivarse de estos eventos. Esta falta de claridad podría generar incertidumbre para los oferentes y concesionarios, afectando su seguridad jurídica y económica.

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

Además, el impacto de los nuevos proyectos portuarios podría ser significativo en términos de competencia, demanda y distribución de tráfico portuario, afectando los ingresos del concesionario de manera directa. La ausencia de una protección explícita en la cláusula 1.15.4.3 para cubrir estas contingencias puede desalentar la inversión y reducir la competitividad del concesionario en un entorno que podría volverse más desafiante debido a decisiones unilaterales de la Administración.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de esta cláusula para:

- 1. Establecer explícitamente la protección del concesionario:** Asegurando que cualquier impacto adverso derivado de nuevos proyectos portuarios, autorizados o promovidos por la Administración Concedente, active automáticamente los mecanismos de compensación económica establecidos en la cláusula 3.4 del contrato.
- 2. Definir los procedimientos y plazos para el restablecimiento del equilibrio financiero:** Especificando cómo y en qué plazo el concesionario será compensado por cualquier alteración o afectación al Contrato de Concesión debido a los nuevos proyectos.
- 3. Clarificar los riesgos asociados a los servicios de remolcadores:** Detallando cómo la Administración asumirá estos riesgos y garantizará que no afecten la viabilidad económica del concesionario.

Estas modificaciones son fundamentales para garantizar un marco jurídico claro, justo y alineado con los principios de equilibrio económico-financiero y protección del interés público, fomentando la participación de oferentes competitivos y protegiendo la sostenibilidad del contrato.

34. Sobre responsabilidad solidaria del adjudicatario:

En la cláusula 1.19.1 del borrador del contrato de concesión se indica en lo relevante lo siguiente:

“El Adjudicatario será solidariamente responsable junto con la Sociedad Concesionaria, por las obligaciones que se deriven de su participación en la Licitación y del Contrato de Concesión frente a la Administración Concedente. En reiteración de la aceptación en forma clara, expresa e incondicional de esta responsabilidad y de las demás obligaciones aquí establecidas, el Adjudicatario también suscribe el Contrato. La responsabilidad solidaria del Adjudicatario que en este acto ratifican, permanecerá en tanto mantengan su participación en la Sociedad Concesionaria, durante la vigencia del Contrato y no variará aún cuando el Contrato sufra modificaciones. Las modificaciones a este Contrato de Concesión deberán ser suscritas por todas las partes firmantes del Contrato de Concesión, según corresponda, incluyendo el Adjudicatario y requerirá del refrendo y/o autorización de la Contraloría General de la República cuando así la regulación aplicable lo requiera”.

La cláusula que establece la responsabilidad solidaria del adjudicatario junto con la Sociedad Concesionaria durante la vigencia del contrato resulta excesiva e innecesaria, considerando que la Administración Concedente ya cuenta con mecanismos y garantías suficientes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Este enfoque desproporcionado no solo afecta la estructura y la autonomía operativa de la Sociedad Concesionaria, sino que también desincentiva la participación de posibles adjudicatarios, vulnerando los principios de igualdad y libre concurrencia.

En primer lugar, el requerimiento de responsabilidad solidaria del adjudicatario no es razonable ni equitativo, ya que transfiere a este una carga permanente, incluso después de que su participación en la Sociedad Concesionaria haya terminado. Esto genera incertidumbre legal y financiera, especialmente en un contrato de largo plazo, en el que las condiciones económicas y

estructurales pueden cambiar significativamente. Además, la cláusula contradice el principio de proporcionalidad, al imponer una obligación que excede lo necesario para garantizar el cumplimiento de las prestaciones.

De igual forma, la Administración Concedente ya dispone de otros mecanismos adecuados para mitigar los riesgos asociados al incumplimiento del contrato, tales como garantías de cumplimiento, seguros, fianzas o cláusulas penales. Estos instrumentos son suficientes para proteger el interés público y asegurar la correcta ejecución del contrato sin necesidad de recurrir a la imposición de una responsabilidad solidaria al adjudicatario.

El requerimiento de que el adjudicatario permanezca solidariamente responsable, incluso frente a modificaciones contractuales, también podría disuadir a potenciales inversionistas y socios estratégicos de participar en el proceso de licitación. Esto afecta directamente la libre concurrencia y la competitividad del procedimiento, en contravención de los principios fundamentales de la contratación pública.

Por estas razones, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de esta cláusula para que:

- 1. Se elimine la responsabilidad solidaria del adjudicatario:** Limitando su responsabilidad a su participación específica y directa en la fase de adjudicación y licitación, sin extenderla de manera indefinida a lo largo de la ejecución del contrato.
- 2. Se garantice la autonomía operativa de la Sociedad Concesionaria:** Evitando imponer condiciones que dificulten la gestión eficiente de los recursos y desincentiven la inversión y participación de socios estratégicos.

Estas modificaciones son fundamentales para asegurar un proceso justo, equitativo y alineado con los principios de la contratación pública, fomentando la participación de actores competitivos y protegiendo tanto los intereses del adjudicatario como los del Estado.

35. Sobre las modificaciones unilaterales:

En la cláusula 1.22 del borrador del contrato “Modificaciones Unilaterales”, la misma señala:

Durante la vigencia del Contrato de Concesión, la Administración Concedente podrá proponer unilateralmente, por razones fundadas de interés público, modificaciones que impliquen un aumento o disminución de las prestaciones objeto del Contrato. Las modificaciones dispuestas unilateralmente por la Administración Concedente no podrán superar el veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión inicial del de conformidad con el Plan de Inversión del Concesionario en infraestructura de conformidad con su Oferta. El citado veinticinco por ciento (25%) podrá ser aplicado por la Administración Concedente a lo largo del plazo contractual según resulte necesario para la satisfacción del interés público. Las indemnizaciones serán fijadas por acuerdo mutuo entre las partes. Las modificaciones que en tales casos se introduzcan al Contrato resultarán obligatorias para el Concesionario, procurándose, en lo posible, respetar: 1. La

naturaleza del Contrato; y 2. Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas.”

El fundamento de la objeción a la cláusula mencionada radica en que su redacción actual no está plenamente alineada con lo establecido en el artículo 48 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas (LGCOP), lo que podría generar incertidumbre jurídica y económica para el concesionario, vulnerando principios fundamentales de la contratación pública como la transparencia, el equilibrio financiero del contrato y la protección de los derechos de las partes.

El artículo 48 de la LGCOP establece que las modificaciones unilaterales al contrato por parte de la Administración Concedente deben estar debidamente motivadas por razones de interés público y que, en caso de que dichas modificaciones generen daños o perjuicios al concesionario, este deberá ser compensado mediante las indemnizaciones necesarias. Dichas indemnizaciones deben fijarse por mutuo acuerdo entre las partes y, en ausencia de acuerdo, mediante la cláusula arbitral prevista en el contrato. Sin embargo, la cláusula impugnada no especifica con claridad este procedimiento de compensación ni la naturaleza de las indemnizaciones aplicables, lo que deja al concesionario en una posición de incertidumbre frente a las modificaciones unilaterales que podrían impactar significativamente su equilibrio económico-financiero.

Adicionalmente, el artículo 48 dispone que las modificaciones no deben superar el veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión inicial y que las reglas de la licitación deben establecer tanto el monto máximo que el concesionario estará obligado a invertir como el plazo máximo en el cual la Administración podrá ordenar dichas modificaciones. La cláusula actual, aunque menciona el límite del 25%, no detalla el plazo máximo aplicable ni define de manera precisa las condiciones bajo las cuales se determinarán y se implementarán las modificaciones, lo que es esencial para garantizar la seguridad jurídica del concesionario.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación de esta cláusula para que:

- 1. Se alinee plenamente con el artículo 48 de la LGCOP:** Incorporando disposiciones claras sobre el procedimiento para establecer las indemnizaciones necesarias en caso de daños al concesionario, ya sea mediante acuerdo mutuo entre las partes o mediante la cláusula arbitral prevista en el contrato.
- 2. Se detalle el plazo máximo aplicable:** Especificando un periodo límite dentro del cual la Administración podrá ordenar modificaciones al contrato, conforme a lo dispuesto por el artículo 48.
- 3. Se refuercen las garantías del equilibrio financiero del contrato:** Asegurando que las modificaciones respeten las condiciones económicas y técnicas originalmente pactadas y que cualquier impacto negativo derivado de las modificaciones sea compensado oportunamente.

Estas modificaciones son esenciales para garantizar un marco jurídico claro y equitativo, respetando los principios de integridad, transparencia y equilibrio económico-financiero que rigen

la contratación pública, y protegiendo tanto el interés público como los derechos del concesionario.

36. Sobre el procedimiento de información y reconocimiento:

En la cláusula 7.2.4 del borrador del Contrato, se indica que:

“El plazo para que la no afectada se pronuncie respecto de la notificación efectuada por la Parte Afectada será de treinta (30) Días Hábiles contados desde el recibo de la Notificación.”

Como primer aspecto, pareciera que la oración se encuentra incompleta, toda vez que se asume la cláusula debería de decir “*El plazo para que la **Parte no afectada** (...)*”, por lo que solicitamos enmendar el borrador del contrato para completar dicha palabra.

El plazo de treinta días hábiles establecido para pronunciarse sobre notificaciones de fuerza mayor resulta desproporcionado dada la naturaleza crítica de los servicios portuarios. Este período, que equivale aproximadamente a mes y medio calendario, podría generar afectaciones significativas tanto al servicio público como al equilibrio económico del contrato.

La gestión eficiente de eventos de fuerza mayor o caso fortuito en una concesión portuaria requiere respuestas ágiles para minimizar interrupciones operativas y pérdidas económicas. El plazo actual podría permitir que las consecuencias del evento se agraven innecesariamente, generando mayores costos y afectaciones al servicio que podrían evitarse con una respuesta más expedita.

Los puertos constituyen infraestructura crítica para la economía nacional, por lo que las situaciones que afectan su operación deben atenderse con la mayor celeridad posible. Un plazo tan extenso para el análisis de eventos de fuerza mayor no solo compromete la continuidad del servicio, sino que puede generar pérdidas significativas que eventualmente afectarían el equilibrio financiero de la concesión.

Es necesario establecer un plazo más razonable que, si bien permita el análisis técnico necesario, no comprometa la eficiente atención de estas situaciones extraordinarias. La Administración licitante debe implementar un procedimiento más expedito que equilibre la necesidad de análisis con la urgencia de mantener la operatividad portuaria, máxime considerando que la cláusula 7.3.1 señala que hasta que no exista un pronunciamiento expreso sobre la existencia de la fuerza mayor y el caso fortuito, la parte afectada no quedará revelada del cumplimiento de sus obligaciones.

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

La cláusula 7.3.5, incorporada en el apartado 7.3 “Suspensión de las obligaciones” del Contrato, señala:

“Si las Partes requieren modificar el plazo del Contrato como consecuencia del evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito no se considerará como una prórroga.”

La cláusula 7.3.5 genera inseguridad jurídica al establecer que la modificación del plazo por eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito "no se considerará como una prórroga", sin definir la naturaleza jurídica de dicha modificación temporal.

Esta distinción resulta problemática considerando que el numeral 36 de la Ley General de Concesión de Obra Pública expresamente utiliza el término "prórroga" para referirse a las extensiones de plazo por retrasos imputables a la Administración Concedente. La falta de precisión sobre la naturaleza jurídica de estas modificaciones temporales podría generar controversias sobre:

- a) El procedimiento aplicable para su aprobación.
- b) Los efectos jurídicos de la extensión temporal.
- c) El tratamiento contable y financiero del período adicional.
- d) Las condiciones de operación durante la extensión.
- e) Las implicaciones en el equilibrio económico del contrato.

El cartel debe establecer claramente si estas modificaciones de plazo constituyen una compensación temporal, especificando su naturaleza jurídica y efectos. Esta precisión es fundamental para la correcta ejecución contractual y la gestión de eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

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

La cláusula 7.4.4.3 del Contrato, establece la posibilidad que ante ciertas circunstancias se rinda un informe por un Evaluador Independiente, sin embargo, debe quedar expresamente incorporado en las reglas del concurso, en qué forma se elige este profesional, su perfil, así como cuál de las partes asume sus costos, elementos que se extrañan en los documentos de licitación y ante lo cual solicitamos sean enmendados.

Por otra parte, la referida cláusula también establece que las compensaciones por Actos Sobrevinientes de Fuerza Mayor serán resarcidas por las pólizas de seguros contratadas por el Concesionario y se limitan exclusivamente a los daños relacionados con maquinaria y equipo, así como a costos ociosos de maquinaria, equipo y personal.

Considera está representación que es fundamental no restringir la compensación únicamente a estos conceptos, ya que los eventos de Fuerza Mayor pueden generar daños y pérdidas significativas en otros aspectos esenciales para la operación del proyecto. Por ejemplo, podrían verse afectadas infraestructuras clave, materiales de construcción, bienes inmuebles asociados al proyecto, y, en algunos casos, incluso la viabilidad financiera de la concesión.

Debido a ello, es nuestro criterio que limitar la compensación exclusivamente a maquinaria y equipo ignora el impacto más amplio que puede tener un evento de esta naturaleza, lo que podría generar desequilibrios económicos y operativos graves para el Concesionario, por lo que, respetuosamente, proponemos que se amplíe el alcance de esta cláusula para incluir todos los daños directos e indirectos que afecten la ejecución y continuidad del proyecto, siempre que estos puedan ser comprobados y justificados adecuadamente, sin necesidad de establecer un lista taxativa que los limite indebidamente.

De esta manera, se asegura una protección más integral ante eventos de Fuerza Mayor, garantizando la sostenibilidad del proyecto y un reparto equitativo de los riesgos entre las partes contratantes.

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

Se identifica una contradicción entre las cláusulas 7.2.1, 7.2.4 y 8.2.2 del Contrato de Concesión respecto a los procedimientos y plazos establecidos para notificar un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito (FM/CF):

- a) La cláusula **7.2.1** establece que la parte afectada tiene un plazo de hasta diez (10) días hábiles desde que tuvo conocimiento (o debió tener conocimiento) del evento para notificarlo a la otra parte.
- b) La cláusula 7.2.4 regula un plazo de 30 días hábiles para la Parte no afectada se pronuncie respecto de la notificación efectuada por la Parte Afectada.
- c) Por su parte, la cláusula **8.2.2** exige al Concesionario notificar a la Administración Concedente dentro de un plazo de doce (12) horas tras ocurrido el evento, específicamente en el contexto de solicitar la suspensión temporal de la construcción o explotación de la obra.

Estos plazos son claramente inconsistentes y generan incertidumbre sobre cuál debe prevalecer en cada caso, especialmente porque ambas cláusulas regulan eventos relacionados con FM/CF.

Aunque podría interpretarse que la cláusula 7.2.1 se refiere a la obligación general de notificar eventos de FM/CF en cualquier etapa del contrato, y la 8.2.2 se centra específicamente en la suspensión temporal durante la construcción o explotación, esta distinción no está claramente establecida en el texto.

Por su parte, la cláusula 7.2.4 fija un plazo excesivo para la atención de la notificación, lo que puede provocar retrasos en la etapa de construcción o de operación.

El artículo 58 de la Ley General de Concesión de Obra Pública (LGCOP) establece plazos específicos (12 horas y 24 horas) para notificar y verificar la suspensión de explotación por FM/CF. Esto refuerza la validez del procedimiento y plazos establecidos en la cláusula 8.2.2, pero genera dudas sobre cómo se articula esta disposición legal con la más amplia establecida en la cláusula 7.2.1.

La falta de claridad sobre qué procedimiento y plazos aplicar en cada caso podría llevar a situaciones de incumplimiento por parte del Concesionario o la Administración Concedente, así como a conflictos interpretativos que obstaculicen la adecuada gestión de eventos de FM/CF, razón por la cual se requiere que la licitante se manifieste y de efectivamente configurarse la contradicción que acá se aduce, proceda a enmendar el borrador del contrato.

Sobra decir que en casos de suspensiones provocadas por FM/CF que sean públicos y notorios, por ejemplo, un terremoto o un incendio, la suspensión de operar de forma inmediata sin necesidad de la intervención o participación de terceros, no obstante, las cláusulas cartelarias objetadas son omisas respecto ese alcance y por lo tanto evidencian un vicio de nulidad que debe ser reparado por la vía de la resolución al presente recurso de objeción. En ese contexto, la eventual declaratoria del tercero respecto la ocurrencia de la FM/CF debe tener efecto retroactivo al momento de la ocurrencia de la FM/CF.

40. Sobre la suspensión de los derechos del concesionario:

En la cláusula 8.2.3 "Suspensión de los derechos del Concesionario", se indica:

"Durante la suspensión temporal la Administración Concedente podrá suspender hasta la totalidad de los derechos y obligaciones del Concesionario derivados del presente Contrato. Para estos efectos la Administración considerará si se trata de una suspensión total o parcial y los efectos generales en el Contrato de esta decisión, mediante un acto debidamente razonado. Las Partes, como consecuencia de suspensión total de los derechos y obligaciones del Concesionario, podrán modificar el plazo del Contrato del Contrato de Concesión sin que esta modificación se considere como una prórroga."

Se presenta la objeción a la cláusula indicada, considerando que la suspensión unilateral de los derechos y obligaciones del concesionario por parte de la Administración Concedente debe ser efectuada mediante un acto administrativo debidamente motivado, garantizando el principio de legalidad y transparencia que rige la actuación de los entes públicos. Además, dicho acto debe ser recurrible en los términos establecidos por la legislación aplicable, permitiendo al concesionario ejercer su derecho a la defensa y al debido proceso.

Es fundamental destacar que la suspensión unilateral no puede generar perjuicios económicos al concesionario sin que se establezcan mecanismos claros de compensación o restitución del equilibrio económico-financiero del contrato. Si la suspensión no es atribuible a incumplimientos o responsabilidades del concesionario, este tiene derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados o se restituya el equilibrio económico mediante ajustes en las condiciones contractuales, tales como la ampliación del plazo del contrato o el pago de una compensación económica justa.

En este sentido, la cláusula presenta una ambigüedad al señalar que "*las Partes podrán modificar el plazo del Contrato... sin que esta modificación se considere como una prórroga*". Es

imprescindible aclarar si dicha modificación del plazo opera como un mecanismo compensatorio que subsana los efectos de la suspensión. De no ser así, la omisión de medidas compensatorias podría impactar gravemente al concesionario, afectando su capacidad para cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato y perjudicando la sostenibilidad económica del proyecto.

Por lo anterior, se solicita que:

- a) Se precise en la cláusula que la suspensión unilateral debe realizarse mediante un acto motivado, garantizando su impugnabilidad.
- b) Se incluya una disposición que establezca la obligación de compensar al concesionario mediante la restitución del equilibrio económico-financiero del contrato, ya sea a través de la ampliación del plazo, compensaciones monetarias, o una combinación de ambos.
- c) Se aclare expresamente que la modificación del plazo, en caso de suspensión, se entenderá como una medida compensatoria, evitando interpretaciones que puedan generar indefensión para el concesionario o bien se debe explicar por qué no se considera como una prórroga.

Estas modificaciones son esenciales para preservar los derechos del concesionario y garantizar la equidad en la relación contractual, evitando que una suspensión unilateral impacte de manera desproporcionada a una de las partes.

41. Sobre el rescate administrativo:

La cláusula 8.4.4.1, relativa al *rescate administrativo de la concesión*, otorga a la Administración Concedente la facultad de aplicar dicha figura. No obstante, es imperativo que se aclare de manera explícita que dicha facultad solo podrá ejercerse conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762.

Esta precisión es necesaria para garantizar que el ejercicio de esta figura jurídica se enmarque dentro de los parámetros legales aplicables, protegiendo así los derechos del concesionario y proporcionando seguridad jurídica a ambas partes. Sin esta claridad, podrían generarse interpretaciones ambiguas que, durante la fase de ejecución contractual, podrían derivar en controversias y conflictos innecesarios entre la Administración y el concesionario.

Por lo tanto, se solicita que la redacción de la cláusula 8.4.4.1 sea ajustada para incluir una referencia explícita al marco normativo aplicable, de la siguiente manera:

"El rescate administrativo de la concesión podrá ser ejercido por la Administración Concedente únicamente en los casos y bajo las condiciones establecidas en el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762, asegurando así el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y respetando los derechos del concesionario."

Este ajuste no solo refuerza la legitimidad del contrato, sino que también contribuye a prevenir posibles conflictos en la relación contractual, asegurando una interpretación uniforme y coherente con el marco legal vigente.

42. Sobre la resolución de la concesión:

La cláusula 8.4.5 del borrador del Contrato regula las causas para la resolución del Contrato de Concesión por incumplimientos atribuibles al Concesionario. Sin embargo, presenta inconsistencias y falta de claridad, lo que genera incertidumbre jurídica y riesgos de aplicación desproporcionada.

La cláusula menciona que la resolución puede proceder por cualquier causal definida en el Anexo 21, que incluye una clasificación de faltas desde leves hasta graves. Sin embargo, no establece límites claros que diferencien las consecuencias para cada tipo de falta. Esto implica que, teóricamente, una falta leve podría ser utilizada como fundamento para la resolución del contrato, lo cual es desproporcionado y contrario a los principios de equidad y razonabilidad, máxime que la resolución contractual solamente debiera aplicar ante incumplimientos graves.

Precisamente, de la redacción de esta cláusula se observan algunas contradicciones:

- **Inciso 2):** Indica que cualquier causal definida en el Anexo 21 puede dar lugar a la resolución del contrato, pero no detalla cuáles faltas tienen esta consecuencia.
- **Inciso 3):** Proporciona un detalle más específico, indicando que solo ciertas reincidencias de faltas muy graves o alcanzar el límite máximo de sanciones podrían justificar la resolución.

Esta contradicción genera confusión sobre los criterios aplicables para resolver el contrato. Si el inciso 3) es la norma específica que regula las causales de resolución, debería prevalecer, pero esto no está explícito en la cláusula.

La falta de una gradación clara entre los tipos de faltas y sus consecuencias puede llevar a decisiones arbitrarias que afecten desproporcionadamente al Concesionario. Por ejemplo, resolver el contrato por incumplimientos menores o subsanables atenta contra el principio de estabilidad de los contratos de concesión, especialmente cuando el Concesionario ha invertido recursos significativos en el proyecto.

43. Sobre la indemnización por la extinción del contrato:

En la cláusula 8.4.7.3 "Indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración concedente, en lo que interesa, se indica, entre otros aspectos, que el concesionario solamente tendrá derecho a percibir como indemnización:

“(i) el monto de las inversiones efectivamente realizadas netos de depreciación acumulada (utilizando una depreciación lineal durante el plazo de la Etapa de Explotación) a la Fecha

de Transferencia anticipada por causas ajenas al Concesionario, únicamente sobre las inversiones originalmente contempladas en el Cartel de la Licitación o este Contrato esenciales para la explotación de la Concesión según el Anexo No. 11. "Anexo Técnico" y el Anexo No. 18 "Estándares de Servicio" y gastos preoperativos en tanto no estén incluidos en los activos (...)"

La redacción de la cláusula planteada en el cartel establece que, en caso de extinción de la concesión por causas ajenas al Concesionario, la compensación por el monto de las inversiones efectivamente realizadas se limita exclusivamente a aquellas contempladas originalmente en el Cartel de Licitación, el Contrato de Concesión, el Anexo No. 11 "Anexo Técnico" y el Anexo No. 18 "Estándares de Servicio", así como determinados gastos operativos. Sin embargo, esta limitación excluye de forma injustificada otras inversiones que bien puedan ser realizadas por el Concesionario y que hayan sido aprobadas por el INCOP, lo cual vulnera principios fundamentales de equidad y reconocimiento del esfuerzo inversor.

De acuerdo con el artículo 63 de la Ley General de Concesiones, en las indemnizaciones que procedan deben tomarse en cuenta no solo los gastos efectivamente realizados, sino también una utilidad de hasta el cincuenta por ciento (50%) del lucro cesante, el estado actual de los bienes y las pérdidas ocasionadas. Esta disposición no establece una restricción a las inversiones originalmente previstas, sino que se enfoca en la compensación justa de los costos realmente incurridos en el marco de la concesión, siempre que sean comprobables y estén relacionados con la operación o cumplimiento del contrato.

De conformidad con dicha norma legal, consideramos que limitación dispuesta sobre los extremos de la compensación no toma en cuenta aspectos esenciales de los proyectos de concesión. En primer lugar, ignora la dinámica inherente a estos proyectos, en los que pueden surgir necesidades imprevistas o ajustes indispensables que requieren inversiones adicionales, las cuales, aunque no previstas inicialmente, han sido formalmente aprobadas por el INCOP.

Asimismo, esta limitación vulnera el principio de equilibrio económico-financiero del contrato, que tiene como propósito proteger al Concesionario ante eventos ajenos a su control que puedan alterar la ejecución del proyecto. Esto incluye inversiones no previstas originalmente, pero que resultan necesarias para cumplir con los estándares de servicio o los requerimientos técnicos establecidos.

Por último, restringir la compensación de esta manera también contraviene el principio de buena fe contractual, que demanda reconocer y compensar las inversiones realizadas bajo la supervisión y aprobación del INCOP, aun cuando estas no estuvieran contempladas inicialmente en el Cartel o el Contrato.

Por lo tanto, requerimos que la cláusula sea revisada y modificada para incluir dentro de una eventual extinción anticipada por razones ajenas a la concesionaria, la compensación de aquellas inversiones adicionales realizadas por el Concesionario que hayan sido debidamente aprobadas por el INCOP. Este ajuste garantizaría que la compensación sea más justa y acorde con lo

dispuesto en el numeral 63 en mención, evitando una interpretación restrictiva que podría perjudicar el equilibrio del contrato y la transparencia del proceso.

44. Sobre los timbres:

El cartel en las cláusulas 1.15.2. párrafo final, cláusula 9.2 del cartel y 11.18 del Borrador de Contrato hace referencia al pago tanto de los timbres de la Ciudad de las Niñas (¢ 20) como de los timbres fiscales.

Lo cierto es que ambos timbres fueron derogados por la Ley 10586 del 5 de noviembre del 2024, bajo el título Ley Simple I: Simplificación de impuestos para levantar la eficiencia y la competitividad (Fase I), publicada en el diario oficial La Gaceta 227 del 3 de diciembre del 2024, en su Alcance 195, por lo que las referidas cláusulas del pliego deben ser eliminadas habida cuenta su disconformidad con el ordenamiento vigente.

45. Sobre la gestión ambiental y social:

En la cláusula 9.2.4 del borrador del Contrato, se dispone que *“El Concesionario asumirá por su cuenta y riesgo las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental”*.

El alcance de esta disposición resulta excesivamente amplio e impreciso, ya que no distingue entre sanciones o medidas preventivas derivadas de actos u omisiones atribuibles directamente al concesionario y aquellas originadas por factores externos o por terceros ajenos a su control. Esta falta de delimitación puede generar consecuencias desproporcionadas para el concesionario, atribuyéndole responsabilidades por hechos en los que no ha tenido intervención ni culpa.

Es fundamental que la redacción de esta cláusula sea ajustada para garantizar que las responsabilidades ambientales del concesionario correspondan únicamente a situaciones derivadas de actos, omisiones o incumplimientos directamente imputables a su actuación en el marco del contrato. Imponerle responsabilidad por eventos atribuibles a terceros o circunstancias externas no solo es contrario al principio de justicia contractual, sino que también podría afectar gravemente la sostenibilidad económica y operativa del concesionario.

Por lo tanto, se propone que la cláusula sea enmendada de la siguiente manera:

“El Concesionario asumirá por su cuenta y riesgo las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental, únicamente en la medida en que correspondan a actos, omisiones o incumplimientos atribuibles al propio Concesionario en el marco del presente Contrato. No se considerarán imputables al Concesionario aquellas sanciones o medidas derivadas de hechos atribuibles a terceros, actos de fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causa externa que escape a su control razonable.”

Esta modificación garantiza que las responsabilidades asumidas por el concesionario sean proporcionales y justas, respetando los principios de equidad y equilibrio en la relación contractual. Asimismo, evita exponer al concesionario a riesgos desmedidos derivados de situaciones que exceden su capacidad de gestión y control.

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

La cláusula 9.3.1 del Borrador del Contrato indica 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” 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”*.

La cláusula omite que la obtención de la documentación por parte del Concesionario depende a su vez de la entrega de información de parte de terceros sobre los cuales el Concesionario no tiene control, razón por la cual el plazo deviene irrazonable y desproporcionado, siendo lo correcto que dicho plazo para el Concesionario sea revisable si aquel acredita que ha procedido con la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia y no obstante su diligente esfuerzo ha sido materialmente imposible entregar los documentos en el plazo referido.

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

La cláusula 9.5.1 establece que *“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”*. Sin embargo, es necesario objetar esta disposición debido a la falta de reconocimiento explícito de la participación y colaboración de la Administración Concedente en dicho mecanismo.

El manejo de quejas, reclamos, consultas y solicitudes relacionadas con un proyecto de esta magnitud y alcance no puede ser asumido exclusivamente por el Concesionario, ya que muchas de estas cuestiones involucran competencias, decisiones o autorizaciones que recaen en la Administración Concedente o inclusive otras instituciones públicas. Sin su participación activa, sería imposible atender o resolver de manera integral ciertas problemáticas que exceden las capacidades y responsabilidades del Concesionario.

En este sentido, se solicita que la cláusula sea ajustada para reflejar una corresponsabilidad entre el Concesionario y la Administración Concedente en la implementación y operación del mecanismo, garantizando que los temas que requieran la intervención de la Concedente sean tratados de forma adecuada y efectiva.

Se sugiere modificar la redacción de la cláusula como sigue:

"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, con la colaboración y participación activa de la Administración Concedente en aquellos temas que, por su naturaleza, requieran su intervención. Dicho mecanismo también gestionará las consultas y solicitudes de los actores locales. El mecanismo deberá 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."

Este ajuste es fundamental para garantizar una gestión adecuada de los reclamos y consultas, asegurar la eficacia del mecanismo y prevenir que el Concesionario sea injustamente responsabilizado por asuntos que dependen de la Concedente. De esta manera, se fomenta una relación cooperativa entre las partes y se brinda una solución más integral a las comunidades y actores involucrados.

48. Sobre el patrimonio cultural:

La cláusula 9.13.1 establece que *"Se evaluará la probabilidad de hallazgos de patrimonio cultural en tierra y mar. Si se confirma la presencia de patrimonio cultural, se desarrollarán medidas de acuerdo con la Ley Aplicable y con la ND 8, incluido un plan de gestión del patrimonio cultural y seguimiento"*. Sin embargo, esta disposición requiere ajustes y aclaraciones fundamentales para garantizar su correcta aplicación y evitar interpretaciones ambiguas que puedan generar conflictos o incumplimientos.

En primer lugar, es necesario precisar si el concepto de *"patrimonio cultural"* incluye también elementos de carácter arqueológico. La inclusión o exclusión de este tipo de hallazgos puede tener implicaciones significativas en términos de procedimientos, responsabilidades y normativas aplicables. Dado que los requisitos y medidas a adoptar pueden variar sustancialmente dependiendo del tipo de patrimonio identificado, la falta de claridad en esta definición podría generar incertidumbre tanto para el Concesionario como para la Administración Concedente.

En segundo lugar, es imprescindible que se definan con mayor precisión las responsabilidades de cada parte en caso de hallazgos. La cláusula actual no delimita quién será el responsable de evaluar, desarrollar, implementar y monitorear el plan de gestión del patrimonio cultural, lo que podría generar confusión y conflictos durante la ejecución del proyecto.

Finalmente, se debe especificar claramente cuál es la *"Ley Aplicable"* mencionada en la cláusula, dado que en muchos casos podrían coexistir normativas nacionales, regionales e internacionales. Sin esta precisión, la referencia a la Ley Aplicable resulta insuficiente y puede dar lugar a interpretaciones subjetivas o erróneas.

49. Sobre la solución de disputas:

La cláusula 10.1 del borrador del Contrato que regula la solución de controversias establece que *“en sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos regulados por el Contrato de Concesión o por la Ley General de la Administración Pública (LGAP), según se indique en el Contrato de Concesión o la Ley Aplicable, salvo que se autorice acudir a arbitraje sin haber agotado la vía administrativa”*.

Sin embargo, esta disposición presenta serias deficiencias de claridad y precisión, lo que genera incertidumbre jurídica y pone en riesgo una gestión eficiente y equitativa de las controversias que puedan surgir entre las partes.

La cláusula menciona que los procedimientos administrativos se regularán por el Contrato de Concesión o por la LGAP, sin detallar cuáles son esos procedimientos ni cómo se determinará cuál normativa prevalecerá en cada caso. Esta falta de especificidad puede dar lugar a interpretaciones contradictorias, generando inseguridad jurídica para las partes y dificultando la resolución eficiente de los conflictos.

Asimismo, la referencia genérica a la Ley General de la Administración Pública (LGAP) no aclara qué disposiciones específicas de esta normativa se pretenden aplicar. Esto resulta problemático, ya que la LGAP regula múltiples procedimientos administrativos, cada uno con particularidades diferentes que podrían impactar significativamente la resolución de las disputas.

Aunque la cláusula menciona la posibilidad de acudir al arbitraje sin haber agotado la vía administrativa, no establece claramente los criterios o supuestos en los que esto será permitido. Esta ambigüedad puede generar controversias adicionales en la interpretación y aplicación de esta disposición.

La referencia a la conciliación y el arbitraje bajo la Ley No. 7727 es insuficiente, ya que no detalla cómo se integrará este mecanismo con los procedimientos administrativos previamente mencionados ni define los límites y alcance de las potestades de las partes en cada etapa.

Como se observa, existen importantes vacíos que necesariamente deben ser completados por la licitante a efectos de poder aplicar este tipo de mecanismos.

50. Sobre la conciliación:

La cláusula 10.2 que regula la posibilidad de acudir a una Comisión Técnica de Conciliación plantea interrogantes respecto a su naturaleza, alcance y si en realidad busca asimilarse a otros mecanismos de resolución de disputas, como el Dispute Avoidance and Adjudication Board (DAAB) del modelo FIDIC o las juntas técnicas previstas en la Ley General de Contratación Pública (LGCP). Esta ambigüedad en su formulación puede generar incertidumbre sobre su propósito y operatividad.

La cláusula no aclara si esta Comisión Técnica busca ser un mecanismo alternativo de resolución de conflictos cuando no se ha podido solventar la controversia mediante otros medios (como la vía administrativa) o si más bien se asemeja a una figura pre adjudicativa como el DAAB del modelo FIDIC o las juntas técnicas de la LGCP, cuya función es evaluar y resolver disputas durante la ejecución del contrato de manera vinculante o preliminar.

Esta falta de precisión puede llevar a interpretaciones contradictorias, dificultando la implementación de este mecanismo y generando confusión sobre su relación con otros procedimientos contractuales.

La cláusula no especifica si las decisiones o acuerdos alcanzados mediante la Comisión Técnica de Conciliación tendrán carácter vinculante para las partes o si, por el contrario, serán recomendaciones no obligatorias. Esta ambigüedad es crítica, ya que afecta la efectividad y credibilidad del mecanismo como medio para resolver disputas.

La cláusula indica que la conciliación no aplicará cuando el contrato haya previsto otros procedimientos administrativos que garanticen el debido proceso. Sin embargo, no queda claro cómo se evitará la superposición o duplicidad de esfuerzos entre la conciliación y estos otros procedimientos, ni cómo se definirá cuál procedimiento tiene prioridad.

Finalmente, la cláusula establece que los costos de los asesores serán asumidos por la parte que los requiera, pero no detalla cómo se distribuirán otros costos asociados al funcionamiento de la Comisión Técnica de Conciliación, lo que podría generar conflictos adicionales entre las partes.

En forma similar al punto anterior, es nuestro criterio que existen importantes vacíos que necesariamente deben ser definidos y completados por la licitante a efectos de poder aplicar este tipo de mecanismos.

51. Sobre el arbitraje nacional:

La cláusula 10.4 del borrador del Contrato dispone lo siguiente:

“10.4 ARBITRAJE NACIONAL

Alternativamente, las Partes por mutuo acuerdo podrán acordar que todas las controversias, diferencias, disputas o reclamos que pudieran derivarse del presente Contrato, o el negocio y la materia a la que este se refiere, su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, se resolverán por medio de arbitraje de derecho de conformidad con los reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las Partes se someten en forma voluntaria e incondicional. El conflicto se dilucidará de acuerdo con la ley sustantiva de Costa Rica. El lugar del arbitraje será el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica en San José, República de Costa Rica. El arbitraje será resuelto por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. Los árbitros serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. El laudo arbitral se dictará por escrito, será secreto, definitivo,

vinculante para las Partes e inapelable, salvo el recurso de revisión o de nulidad. Una vez que el laudo se haya dictado y se encuentre firme, producirá los efectos de cosa juzgada material y las Partes deberán cumplirlo sin demora.”

En primer término, se advierte que el pliego, en la cláusula 10.3 que antecede, es comprensivo de una cláusula compromisoria de arbitraje internacional, de ahí que no se entiende bajo cuales supuestos las Partes acudirían al arbitraje nacional.

Más aún, previsiblemente como consecuencia de los efectos de la cláusula 10.3, la cláusula 10.4 no compromete a las Partes a acudir al arbitraje para resolver sus controversias (tómese nota del verbo poder en la frase *Partes por mutuo acuerdo podrán acordar que todas las controversias*) y en esa condición la cláusula compromisoria es patológica en la inteligencia que no obliga a acudir al arbitraje, es decir, se constata la infracción al artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, motivo por el cual el recurso planteado contra la cláusula 10.4 del borrador del Contrato debe ser acogido para prevenir la inútil e inconducente aplicación de cláusulas arbitrales patológicas.

52. Sobre el Anexo 3:

Se tiene que para el caso del Anexo 3 del Borrador del Contrato Activos aportados por la Autoridad Concedente se indica:

“En el presente anexo se listan los activos a entregar por el concedente (INCOP) al futuro nuevo concesionario del terminal. Sin embargo, este inventario estará sujeto a cualquier variación a la Orden de Inicio de la concesión y serán entregados conforme se establece en el Contrato de Concesión.”

A este respecto es nuestra consideración que, al establecer un inventario sujeto a variaciones hasta la Orden de Inicio de la concesión, sin garantizar el estado ni la vida útil remanente de los activos entregados por el concedente (INCOP), genera incertidumbre y vulnera principios fundamentales de la contratación pública, en particular los de transparencia, integridad, y equilibrio financiero.

La falta de una evaluación formal y garantizada de los activos a ser entregados, incluyendo su estado, vida útil remanente y condiciones de operación, pone en riesgo el cumplimiento del principio de intangibilidad patrimonial del contrato. Este principio, de carácter constitucional, obliga a la Administración a evitar que el concesionario sufra afectaciones económicas derivadas de condiciones no atribuibles a su gestión. Si los equipos, planta o maquinaria entregados no cumplen con las condiciones indicadas, el concesionario enfrentará costos imprevistos para reparar o sustituir dichos bienes, afectando su equilibrio financiero y generando un desbalance que debe ser reconocido y compensado por la Administración.

El entregar los bienes sin una garantía clara de su estado y vida útil, o sin que la Administración asuma responsabilidad por posibles inconsistencias en la información suministrada, resulta

contrario a los principios de transparencia e integridad. Es esencial que los oferentes tengan acceso a información cierta, clara y verificable sobre los activos que formarán parte del objeto de la concesión, de manera que puedan formular sus ofertas de manera adecuada y sin incertidumbres excesivas que desincentiven la libre participación.

Por lo tanto, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación del anexo 3 del contrato de concesión para incluir:

- 1. Una evaluación formal de los activos:** Que garantice el estado, condiciones de operación, vida útil remanente y cualquier garantía aplicable a los equipos, planta y maquinaria entregados por la Administración concedente.
- 2. Responsabilidad de la Administración:** Que la Administración reconozca y asuma el impacto financiero que pueda surgir en caso de que los activos entregados no cumplan con las condiciones garantizadas. Esto incluye la obligación de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato si el concesionario debe asumir costos extraordinarios derivados de la inexactitud en el estado o la vida útil de los bienes.

Con estas medidas, se busca garantizar un proceso de concesión justo, transparente y acorde con los principios fundamentales de la contratación pública, brindando seguridad jurídica tanto al concesionario como a la Administración y asegurando el éxito y sostenibilidad del proyecto.

53. Sobre el Anexo 12:

En el Anexo 12 que señala los Servicios a ser prestados por el concesionario, debe analizarse la disposición que otorga al INCOP la facultad de analizar la naturaleza supuestamente monopolística o cautiva de un Servicio Complementario ("Servicios Complementarios") y, en consecuencia, rechazarlo o reclasificarlo como parte de los Servicios Concesionados sujetos a las tarifas "all-in", genera una incertidumbre que vulnera la estabilidad jurídica y económica del proceso licitatorio. Esto impacta de manera negativa el núcleo esencial de la propuesta económica del concesionario.

El alcance de esta cláusula debilita el marco exhaustivo de la "Tabla 1. Servicios incluidos en la tarifa 'all-in' por tipo de buque y carga", al permitir una potencial reclasificación arbitraria de servicios que no fueron originalmente considerados dentro del marco tarifario "all-in". Esta incertidumbre afecta directamente el análisis de costos y proyecciones financieras del concesionario, alterando las condiciones sobre las cuales se diseñó la oferta económica y, por ende, comprometiendo el principio de transparencia en la contratación pública.

Además, conceder al INCOP la autoridad para determinar la razonabilidad de las tarifas y márgenes de ganancia de los Servicios Complementarios desalienta la inversión y eficiencia al generar un control excesivo sobre servicios que, por su naturaleza especializada y no esencial, no son utilizados por todos los usuarios y cuya gestión y precios deberían permanecer bajo la discreción comercial del concesionario. Restringir esta flexibilidad no solo afecta el desarrollo competitivo del concesionario, sino que también vulnera el principio de igualdad y el incentivo para la innovación en la prestación de servicios.

Por estas razones, se solicita respetuosamente a la Contraloría General de la República ordenar la modificación del Anexo 12 para que:

1. **Se limite la facultad del INCOP:** Eliminando cualquier posibilidad de reclasificación de Servicios Complementarios como Servicios Concesionados, salvo que existan razones objetivas y claramente fundamentadas, en línea con el marco contractual inicial y con el debido proceso.
2. **Se preserve la autonomía del concesionario:** Permitiendo que los precios y condiciones de los Servicios Complementarios queden bajo la discreción del concesionario, de acuerdo con políticas comerciales razonables y prácticas de mercado prevalentes.
3. **Se garantice estabilidad jurídica y económica:** Evitando cambios posteriores que afecten la oferta económica presentada, asegurando que el concesionario pueda operar bajo las condiciones originalmente pactadas.

Estas modificaciones son esenciales para proteger la estabilidad y viabilidad del contrato de concesión, garantizar la transparencia en el proceso licitatorio y fomentar un entorno favorable para la inversión y el desarrollo eficiente de los servicios.

54. Sobre el Anexo 16.1:

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

En el mismo contexto, en ausencia de la Administración concedente, los planes de compensación por daños podrían ser inútiles sin la intervención del Estado encabezado por INCOP, en particular si fuere necesario hacer reubicación de poblaciones u ejecutar otras medidas que indispensablemente requieran de la participación de otras autoridades, por ejemplo para la provisión de servicios básicos, como agua, electricidad, salud o educación.

55. Sobre el Anexo 16.2:

El punto 3.2.1 del Anexo 16.2 enumera las Normas de Desempeño Ambiental y Social del IFC y Notas de Orientación y expresa:

Además del cumplimiento de los requisitos legales nacionales, se requiere el cumplimiento de los lineamientos establecidos en las ND del IFC y sus Notas de Orientación (NO), que incluyen:

Norma de Desempeño 1 (ND 1) del IFC: Evaluación y Gestión de Impactos y Problemas Ambientales y Sociales, y su NO.

Norma de Desempeño 2 (ND 2) del IFC: Trabajo y condiciones de trabajo, y su NO.

Norma de Desempeño 3 (ND 3) del IFC: Eficiencia de los recursos y prevención de la contaminación, y su NO.

Norma de Desempeño 4 (ND 4) del IFC: Salud y seguridad de la comunidad, y su NO.

Norma de Desempeño 5 (ND 5) del IFC: Adquisición de Tierras y Reasentamiento Involuntario, y su NO.

La ND 5, en relación con los párrafos 10 y 11 de participación ciudadana y mecanismo de quejas respectivamente.

Norma de Desempeño 6 (ND 6) del IFC: Conservación de la Biodiversidad y Gestión Sostenible de la Vida

Natural Recursos, y su NO.

Norma de Desempeño 7 (ND 7) del IFC: Pueblos Indígenas, y su NO. De acuerdo con los diseños finales, en caso se identifique Pls por los componentes auxiliares o instalaciones asociadas, se deberá considerar la ND 7 con el requerimiento de definición de las circunstancias especiales que exigen un consentimiento libre, previo e informado.

Norma de Desempeño 8 (ND 8) del IFC Patrimonio Cultural, y su NO. En caso de que el proyecto pueda afectar el patrimonio cultural, el Concesionario deberá considerar las consultas de acuerdo con las condiciones expuestas en el párrafo 9 de la ND 8, y su NO.

Lo cierto es que las referidas normas no forman parte del ordenamiento jurídico costarricense y en esa condición los oferentes no solo no están obligados a conocerlas y en consecuencia, a aplicarlas, de ahí que su incorporación al cartel introduce un elemento de inseguridad jurídica para todos los potenciales oferentes que va más allá del riesgo implícito en el eventual contrato de concesión, lo que, en condiciones de razonable responsabilidad y administración del riesgo, se erige como una limitante desproporcionada que impide la libre competencia. La circunstancia se agrava si se toma en cuenta que la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) no está financiando el proyecto, escenario o supuesto en el cual sería comprensible la sujeción del eventual concesionario a las normativas de dicha entidad supranacional, no obstante, ese no es el presente caso, razón por la cual es razonable y desproporcionado.

En un sentido similar, el punto 3.2.4 refiere a la aplicación del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques en relación con la gestión de aguas residuales portuarias, aguas pluviales y aguas residuales de barcos. Lo cierto es que nuestro país no se ha adherido al referido Convenio (tal y como expresamente lo menciona el punto 3.2.4), motivo por el cual no se debe exigir el cumplimiento de esa regulación como consecuencia de la aplicación de las normas de desempeño de la IFC, las cuales, por las razones antes apuntadas, no deben ser exigibles a los oferentes y al futuro concesionario.

56. Sobre el Anexo 16.3:

El anexo 16.3 del cartel, en sus secciones Anexo 5.b. Partes Interesadas Internas y Anexo 5.c. Partes Interesadas Externas, enumera los interesados en el proyecto.

Dicho eso, el cartel es absolutamente omiso respecto el alcance de los estudios realizados a la fecha con esos interesados (asumiendo que los hay), lo que potencialmente obliga a partir del supuesto que ningún estudio y acercamiento se ha realizado, lo que incidirá en la propuesta económica de los oferentes, en detrimento de los futuros usuarios de los servicios portuarios.

La inseguridad que dicha omisión conlleva hace imposible la presentación responsable y fiable de una oferta óptima que mejor satisfaga el interés público que procura promover la Administración concedente, razón por la cual se ruega se acoja el recurso en este extremo y se anulen las cláusulas referidas o en su defecto se incorpore la documentación oficial que permita a los oferentes conocer el estado y contenido de los estudios realizados con los interesados y a partir de esa información los oferentes podrán presentar una oferta seria y confiable sustentada en datos reales.

57. Sobre el Anexo 20:

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

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

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

Este vacío podría dar lugar a interpretaciones arbitrarias, modificaciones unilaterales o ambigüedades en la ejecución de las funciones de fiscalización. Además, no establece criterios claros sobre cómo y cuándo se completará este documento, lo que afecta la seguridad jurídica de las partes.

Sin un alcance definido, no es posible evaluar adecuadamente las implicaciones que tendrán estos servicios en las obligaciones, costos o responsabilidades del Concesionario. Esto podría derivar en cargas adicionales o conflictos innecesarios durante la ejecución del contrato.

La redacción actual permite que la Autoridad Concedente incluya, en cualquier momento, un alcance que podría ser amplio o desproporcionado, afectando el equilibrio económico-financiero del contrato. Esto vulnera el principio de equidad contractual, ya que el Concesionario no tiene la oportunidad de evaluar o negociar dicho alcance previamente. Valga señalar que las prerrogativas que se ha reservado la Administración para incorporar documentación en cualquier momento, atenta contra los principios constitucionales de la contratación pública.

En esa línea, las buenas prácticas en la estructuración de contratos de concesión exigen que todos los anexos y documentos referenciados estén completos y claros al momento de su firma. La inclusión de un apéndice vacío, sin especificaciones ni plazos definidos para su inclusión, es contraria a estas prácticas.

58. Sobre el Anexo 21:

En este apartado se imponen una serie de sanciones pecuniarias por incumplimientos de la concesionaria y no se establece un debido proceso para aplicarlas, por lo que, conforme el artículo 49 de la LGCOP se debería aplicar las disposiciones relativas al procedimiento ordinario, contenidas en el libro II de la Ley General de la Administración Pública.

Si bien es cierto que la Administración tiene la potestad de incluir en el cartel la aplicación de multas y cláusulas penales para enfrentar posibles defectos o problemas en la ejecución contractual, esta facultad no es absoluta. Debe ejercerse bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad para garantizar la seguridad jurídica de las partes involucradas.

La proporcionalidad y racionalidad exigen que la Administración no solo justifique la inclusión de estas sanciones, sino que también demuestre su adecuación al objeto y características del contrato, así como a las posibles repercusiones de su incumplimiento. Esto implica que los oferentes y adjudicatarios tengan acceso previo a la información sobre los supuestos y montos aplicables a estas sanciones, aspecto fundamental para preservar la transparencia y la previsibilidad en la relación contractual.

De manera específica, la Contraloría General de la República, mediante resoluciones como la R-DCA-0336-2018 y la R-DCA-0964-2021, ha señalado que la Administración está obligada a respaldar la imposición de multas y cláusulas penales con estudios técnicos debidamente incorporados al expediente administrativo. Dichos estudios deben considerar elementos como el monto del contrato, el plazo convenido, las repercusiones de un eventual incumplimiento y el impacto en el interés público. En ausencia de estos análisis, cualquier acto sancionador carecería de motivación suficiente, comprometiendo su validez jurídica.

Además, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado (Resolución No. 8-00416-F-S1-2013) que la inclusión y cuantificación de una cláusula penal deben basarse en estudios previos que permitan determinar y cuantificar los posibles daños y perjuicios que podrían derivarse del incumplimiento. De no existir tales estudios, la aplicación de sanciones resulta arbitraria, generando una discrecionalidad desmedida que pone en riesgo tanto los derechos del contratista como la finalidad resarcitoria que justifica la existencia de estas cláusulas.

En el caso concreto, no se han presentado estudios técnicos que fundamenten la imposición de las multas y la cláusula penal establecidas en el cartel. Esto deja un margen de discrecionalidad excesivo en la aplicación de sanciones, contraviniendo los principios rectores de la contratación administrativa y vulnerando la seguridad jurídica de las partes. Ese ámbito de discrecionalidad excesivo se extiende al punto que no se ponen límites a la responsabilidad del concesionario, lo

que incide en la valoración de riesgo del proyecto, ante el desconocimiento de la exposición máxima que tendrá que ser estudiada por los oferentes, siendo ese un aspecto fundamental para construir una oferta eficiente e integral en sus alcances.

Finalmente, la omisión de incluir un límite a las multas (similar al impuesto en la regulación de contratación pública) y la aclaración en el sentido que la Administración Concedente no impondrán sanciones distintas o adicionales a las contempladas en el contrato lleva implícito un importante grado de incertidumbre para los potenciales oferentes serios, quienes no podrán construir un modelo financiero y de previsión de riesgo con base en información fidedigna tendiente a optimizar su oferta en beneficio de los usuarios del puerto.

Por todo lo anterior, solicito que se subsane esta omisión mediante la incorporación de los estudios técnicos correspondientes al expediente administrativo. De no hacerlo, el esquema de multas y cláusula penal debe ser considerado inválido, ya que carece del respaldo técnico necesario para garantizar su proporcionalidad, razonabilidad y adecuación al contrato específico. Situación que repercute en nuestra imposibilidad de valorar las razones respecto a por qué se incluyen determinados eventos y la sanción económica que se le asocia.

59. Sobre el Anexo 23.

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

Lo cierto es que la Administración Concedente lo que requiere es que el concesionario entregue la operación con los niveles de servicio que exige el contrato, sin que para ello la Administración Concedente imponga los planes de explotación y mantenimiento, lo propuesto en el cartel le resta dinamismo al concesionario, quien lejos de poder aplicar sus procedimientos, se convierte en un simple operario de la Administración Concedente.

En el caso particular de mi representada, siendo un operador de puertos global, nos adherimos a nuestras propias normas y procedimientos de mantenimiento, alineados con las mejores prácticas del sector reconocidas internacionalmente. En ese contexto, seguimos prácticas de mantenimiento coherentes y normalizadas en todos nuestros activos portuarios, por lo que se advierte que el Anexo 23 es excesivamente prescriptivo, en particular en lo que se refiere a las fórmulas que establece, que no se ajustan a las mejores prácticas mundiales. No se omite subrayar que el concesionario debe tener mayor flexibilidad para definir los planes y prácticas de mantenimiento, toda vez que es el mayor interesado en garantizar la eficiencia operativa.

Por las razones apuntadas, que impiden la presentación de una oferta que mejor satisfaga los principios de eficiencia, eficacia y valor por el dinero, se solicita que modifique la cláusula objetada

y en consecuencia al concesionario pueda aplicar sus propios planes de explotación y mantenimiento, sin sujeción a las disposiciones del IFC.

60. Sobre el Anexo 28, beneficios tributarios:

El Anexo 28 “Aspectos Tributarios” regula los beneficios tributarios a los que tiene derecho el Concesionario y sus subcontratistas conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley General de Concesión de Obra Pública (LGCOP), pero presenta vacíos y ambigüedades que requieren ser enmendados para garantizar la seguridad jurídica del Concesionario.

Un tema de mucha importancia es que no se especifica si las adquisiciones realizadas por el Concesionario y sus subcontratistas, necesarias para la ejecución del proyecto, están exentas del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Dado que este tributo puede impactar significativamente en los costos del proyecto, es fundamental que se confirme explícitamente si dichas adquisiciones están incluidas dentro de los beneficios tributarios previstos en los artículos 44 y 45 de la LGCOP. La falta de claridad al respecto podría generar interpretaciones contradictorias y afectar el equilibrio económico-financiero del contrato.

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

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

61. Sobre matriz RACI:

En un contrato de concesión que involucra múltiples actividades, responsabilidades compartidas entre distintas partes y numerosos entregables, resulta indispensable contar con una herramienta que permita gestionar de manera clara y efectiva las responsabilidades, actividades, entregables y plazos establecidos. Sin embargo, el contrato no contempla la implementación de una matriz RACI (Responsible, Accountable, Consulted, Informed) o un sistema similar que asegure esta claridad y facilite la coordinación entre las partes.

La concesión implica un gran número de actividades técnicas, administrativas y operativas que deben ser ejecutadas por distintos actores, incluyendo el Concesionario, la Autoridad Concedente, consultores externos y otros terceros. Sin una herramienta estructurada como una matriz RACI, existe un riesgo elevado de duplicidad de esfuerzos, omisiones, conflictos de interpretación y demoras en el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La ausencia de un sistema formal para asignar y comunicar responsabilidades específicas puede llevar a que las partes desconozcan quién es el responsable principal (Responsible), quién tiene la autoridad para tomar decisiones finales (Accountable), quiénes deben ser consultados (Consulted) y quiénes deben ser informados (Informed) en cada actividad. Esta falta de claridad impacta negativamente en la eficiencia del proyecto y aumenta los riesgos de incumplimientos.

Algunos beneficios de una matriz RACI o sistema equivalente, son:

- a) Proporciona una visión estructurada y detallada de las actividades del proyecto.
- b) Define roles claros para cada tarea, asegurando que todas las partes comprendan sus obligaciones.
- c) Facilita el seguimiento y monitoreo del progreso de las actividades, así como la identificación de cuellos de botella o problemas de coordinación.
- d) Reduce la probabilidad de conflictos o interpretaciones contradictorias durante la ejecución del contrato.

Así, es nuestro criterio que la inclusión de una matriz RACI o un sistema equivalente en el contrato no solo sería una herramienta operativa, sino también una garantía para ambas partes de que las actividades se llevarán a cabo de manera ordenada y conforme a lo pactado.

A efectos colaborar en la creación de la cláusula cartelaria que incorpore esta valiosa herramienta, proponemos la siguiente redacción:

"Para garantizar la adecuada gestión y coordinación de las actividades establecidas en este Contrato de Concesión, las partes acuerdan implementar una matriz RACI (Responsible, Accountable, Consulted, Informed) o un sistema equivalente que detalle las responsabilidades, actividades, entregables y plazos asociados. Esta matriz será elaborada conjuntamente entre la Autoridad Concedente y el Concesionario durante la fase inicial del contrato y deberá ser actualizada conforme a las necesidades del proyecto. La matriz será vinculante para las partes y servirá como referencia oficial para la resolución de cualquier duda o conflicto relacionado con la asignación de responsabilidades y el cumplimiento de los plazos."

Con respecto, es nuestra consideración que este ajuste garantizará una gestión más eficiente, reducirá los riesgos de conflictos y mejorará la transparencia y la colaboración entre las partes, aspectos esenciales para el éxito de cualquier proyecto de concesión.

62. Sobre el formato 4:

El punto primero del formulario del formato No. 4 dispone:

"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."

La cláusula cartelaria es absolutamente ambigua en tanto refiere a "*otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas*" toda vez que permite, en forma injustificada, una amplísima subjetividad a favor de la Administración Concedente y en contra de los potenciales oferentes, respecto el entendimiento y comprensión de los términos "*otras certificaciones reconocidas internacionalmente*" y "*cumplimiento de criterios similares a los evaluados*"; ese ámbito exacerbado de subjetividad permite la elegibilidad o no de ofertas, en un entorno de inaceptable inseguridad jurídica.

Por las razones apuntadas la cláusula cartelaria debe ser anulada.

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

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

Por tratarse de una cláusula abusiva y desproporcionada, se ruega se modifique para que la retribución se fije en función de los ingresos de concesionario.

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

El referido Anexo dispone que "Durante el proceso de evaluación de la Oferta Técnica de los Oferentes la Comisión Evaluadora podrá solicitar las aclaraciones y las explicaciones que ésta estime indispensables sobre la documentación presentada. Dichas informaciones sólo servirán para aclarar los temas que la Comisión Evaluadora considere necesario, pero no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación del Oferente."

Lo cierto es que dicha disposición cartelaria, en especial la frase "*Dichas informaciones sólo servirán para aclarar los temas que la Comisión Evaluadora considere necesario, pero no pasarán a formar parte de la Oferta Técnica y no servirán para mejorar la calificación del Oferente*" es contraria al ordenamiento, en la medida que desconoce el peso y la trascendencia de las subsanaciones que se realizan por medio de las prevenciones a cargo de la Comisión Evaluadora.

En ese contexto, no existe una norma que disponga lo expuesto en dicho Anexo y en consecuencia, en sujeción al principio de legalidad que vincula a la Administración Concedente, la referida cláusula cartelaria debe ser suprimida y en su lugar indicar que las informaciones aportadas por los oferentes integrarán su oferta y serán incorporados en la evaluación de las ofertas.

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

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

La omisión es contraria al principio de buena fe, de eficiencia y de valor por el dinero y en esa circunstancia el Anexo 3 constituye una infracción al ordenamiento jurídico, por omisión.

III. Petitoria:

De conformidad con lo expuesto, solicito:

1. Se admita el presente recurso de objeción para su estudio.
2. Se declaren con lugar las objeciones planteadas.
3. Se ordene la modificación del cartel en los términos solicitados.

En forma supletoria, al amparo del artículo 34 inciso 5) de la Ley No. 7762 “Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos” ruego que su Autoridad revise el cartel en forma integral y a advierta a la Administración Concedente, si considera que existen vicios de procedimiento o que se ha incurrido en alguna violación de los principios de la contratación pública o se ha quebrantado la normativa vigente en la materia.

Notificaciones: Para notificaciones señalo la dirección electrónica notificaciones@soley-saborio.com.

Ruego resolver de conformidad.

Atentamente

Erick Roberto Jiménez González
DP World CL Holding Americas Inc.

^[1] Ver también cláusula 5.2 que dispone que los oferentes tienen libertad para proponer en la oferta técnica las infraestructuras y equipamientos que consideren y la cláusula 6.13 según la cual se puede incluir en el contrato las mejoras que presente el concesionario en su oferta.

^[2] Con relación a este tema, ver también cláusulas 4.4.11 y 4.4.12 que imponen la misma obligación con la seguridad social descrita para todos los oferentes.

^[3] En concordancia, la cláusula 3.4 “Mantenimiento del Equilibrio Económico-Financiero del Contrato y su Renegociación”, introduce en la cláusula 3.4.4 un procedimiento para ejercer este aspecto, más no se encuentran plazos definidos para ello.