

RECURSO DE OBJECCIÓN AL CARTEL DE LA LICITACION PARA LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA CON SERVICIO PÚBLICO PARA MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA, LICITACIÓN MAYOR NUMERO 2024-LY-CAL-000001-INCOP, PROMOVIDA POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACIFICO, PARA LA ESTRUCTURACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA NUEVA CONCESIÓN INTEGRAL PARA LA MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA, PROYECTO REGISTRADO EN EL BANCO DE PROYECTOS DE INVERSIÓN PÚBLICA BAJO EL NÚMERO 003238.

**División de Contratación Pública
Contraloría General de la República**

El suscrito, Víctor José Mora Schlager, cédula de identidad 1-1288-0407, abogado, casado una vez, con domicilio en San José, Montes de Oca, San Pedro, 75 metros al oeste del edificio Equus, comparezco en mi condición de apoderado especial y representante de la empresa INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC. (en adelante, "ICTSI"), firma que se encuentra debidamente acreditada como oferente potencial ante INCOP al haber completado con éxito el registro de participación. En cumplimiento de lo establecido en la cláusula 1.8.4 del cartel, el 30 de octubre de 2024, ICTSI presentó el "Formulario de Registro de Participación en la Licitación Mayor de Modernización de la Maquinaria e Infraestructura de Puerto Caldera", publicado en el sitio web de INCOP. Este formulario recibió confirmación de registro a través de un correo electrónico enviado a las 12:25 del 31 de octubre de 2024 por el señor Roberto Aguilar Abarca, Proveedor General de INCOP, copia del cual se adjunta. Aunado a lo anterior, se deja constancia de que ICTSI, como potencial oferente reconocido por INCOP, participó en la reunión preoferta y en la visita al sitio de la concesión, realizadas los días 26 y 27 de noviembre de 2024, respectivamente.

Adicionalmente, se adjunta el poder debidamente otorgado, autenticado y traducido, actualmente en trámite de apostilla ante las autoridades correspondientes de la República de Filipinas, con una fecha máxima estimada para su presentación ante

este Órgano Contralor del 20 de diciembre de 2024. Se solicita respetuosamente que este Órgano Contralor tenga por acreditada la representación legal de ICTSI, dado que el poder especial otorgado en el extranjero cumple con todos los elementos sustantivos para su validez, al haber sido otorgado conforme a las disposiciones del Código Civil y el Código de Comercio. La falta temporal de apostilla, cuya obtención está en trámite ante las autoridades competentes de la República de Filipinas, no afecta la validez ni las facultades conferidas en dicho poder.

En virtud de lo anterior, y de conformidad con el principio de prevalencia del contenido sobre la forma que rige el procedimiento administrativo en Costa Rica, se solicita que el recurso de objeción sea admitido y tramitado en su totalidad, priorizando la sustancia y finalidad de los documentos presentados. Este recurso tiene como objetivo coadyuvar en la depuración cartelaria, colaborando con la Administración contratante en la definición de reglas claras y justas para la selección de la mejor oferta, en atención al interés público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, número 7762, así como en los artículos 15 y 16 del Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos número 27098- MOPT, se presenta RECURSO DE OBJECIÓN AL CARTEL DE LA LICITACION PARA LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA CON SERVICIO PÚBLICO PARA MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA, LICITACIÓN MAYOR NUMERO 2024-LY-CAL-000001-INCOP, PROMOVIDA POR EL INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACIFICO, PARA LA ESTRUCTURACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UNA NUEVA CONCESIÓN INTEGRAL PARA LA MODERNIZACIÓN DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA, PROYECTO REGISTRADO EN EL BANCO DE PROYECTOS DE INVERSIÓN PÚBLICA BAJO EL NÚMERO 003238, por los motivos de hecho y de derecho que se dirán:

Esta contratación se encuentra plenamente sujeta a las normas y principios del derecho administrativo y de la contratación administrativa, conforme a lo establecido en los artículos 3 y 5 del Reglamento General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. No obstante, se aclara que, independientemente de los puntos específicos objetados en el presente documento, ICTSI se somete expresamente a las decisiones que emita la Contraloría General de la República. Se reconoce que dicha institución tiene la competencia legal para realizar una revisión integral, según lo establecido en el artículo 34 de la Ley No. 7762, previamente mencionada.

I. Legitimación para recurrir el cartel.

ICTSI es una empresa constituida en la República de Filipinas, con sede en Manila, registrada bajo el número de identificación fiscal 000-323-228. Reconocida como uno de los diez principales operadores portuarios de contenedores a nivel mundial, ICTSI es el mayor operador independiente de terminales portuarias, gestionando 32 terminales distribuidas en 19 países. En 2023, movilizó un total de 12,7 millones de TEU en sus terminales.

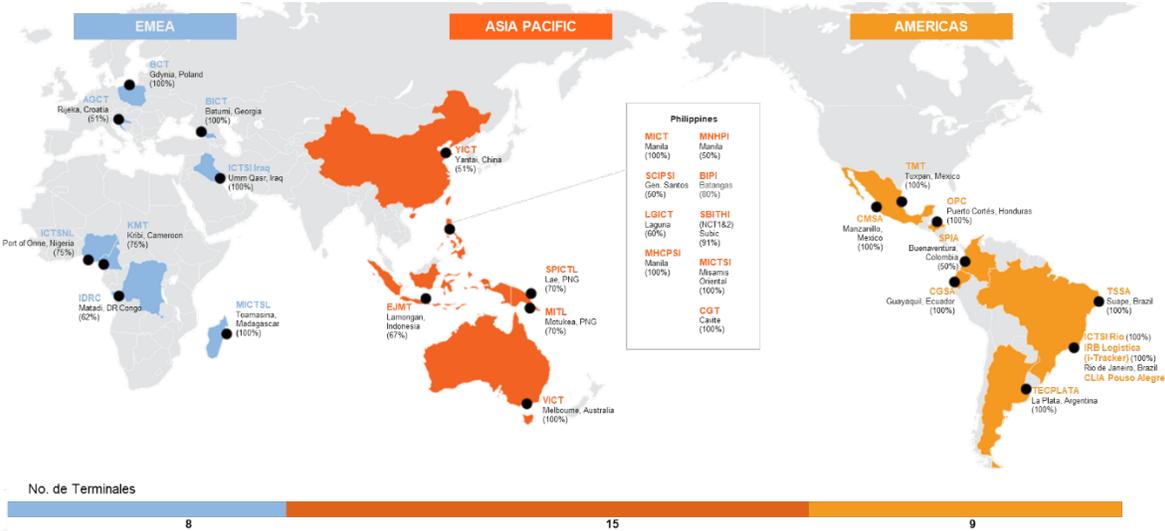
Con una destacada trayectoria internacional y regional, ICTSI cuenta con la experiencia necesaria para ejecutar con éxito el proyecto licitado en Puerto Caldera. Su actividad se centra en la adquisición, desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de terminales portuarias, principalmente de contenedores, posicionándose como uno de los líderes mundiales en el sector.

Fundada en junio de 1988, ICTSI inició operaciones tras recibir la concesión de la principal terminal de contenedores de Manila, el "Manila International Container Terminal", otorgada por el Gobierno de Filipinas. En 1994, comenzó su expansión nacional e internacional, consolidando un ambicioso y exitoso proceso de internacionalización. Actualmente, la empresa acumula más de 36 años de experiencia en la gestión de terminales portuarias de contenedores en todos los continentes, además de casi tres décadas de operaciones en América Latina.

En la actualidad, ICTSI opera 32 terminales ubicadas en 19 países y repartidas por seis continentes: Asia, Oceanía, África, Europa, Norteamérica y Sudamérica. Su

presencia global y el crecimiento sostenido a lo largo de las décadas le han proporcionado un profundo conocimiento de los mercados portuarios y una destacada capacidad de adaptación a nuevas geografías, mercados y desafíos del sector.

Terminales operados por ICTSI



ICTSI tiene una destacada presencia en Latinoamérica, con operaciones en 8 terminales ubicadas en diversos países de la región: México (*Contecon Manzanillo* y *Terminal Marítima de Tuxpan*), Honduras (*Operadora Portuaria Centroamericana*), Colombia (*Sociedad Puerto Industrial Aguadulce*), Ecuador (*Contecon Guayaquil*), Brasil (*Tecon Suape* e *ICTSI Rio*) y Argentina (*TecPlata*).

La estrategia de desarrollo de ICTSI está enfocada en identificar nuevas oportunidades de inversión en países y en comprometerse con el crecimiento sostenible de las regiones donde opera, tanto a mediano como a largo plazo. Estas oportunidades abarcan tanto proyectos *greenfield* (creación de nuevas terminales) como *brownfield* (modernización de terminales existentes). Además, la compañía cuenta con una sólida experiencia en el desarrollo de proyectos bajo el modelo de Asociaciones Público-Privadas, promoviendo la colaboración entre organismos públicos y gobiernos con inversores privados, tanto a nivel global como regional.

En términos operativos, ICTSI alcanzó en 2023 un volumen de 12,7 millones de TEU movilizados, reflejo de su capacidad operativa y financiera. Este desempeño se ha visto respaldado por un crecimiento sostenido en los últimos 8 años, con una tasa promedio anual del 6% desde 2016. Este crecimiento se basa tanto en la expansión orgánica de sus terminales en operación como en la incorporación de nuevas instalaciones al portafolio del grupo.

Con base en su trayectoria y capacidad demostrada, ICTSI cuenta con la legitimación necesaria para objetar el presente cartel, ya que existe una relación directa entre el objeto de esta licitación y su experiencia y actividad comercial en la adquisición, desarrollo, construcción, operación y mantenimiento de terminales portuarias. En este contexto, ICTSI acredita un interés legítimo y de buena fe en atender las necesidades de la Administración, respaldado por su capacidad para cumplir eficazmente con el propósito público que se persigue.

Asimismo, en cumplimiento de lo establecido en la cláusula 1.8.4 del cartel, el 30 de octubre de 2024 ICTSI completó exitosamente su registro ante el INCOP como firma interesada en participar en el concurso. Este registro se realizó mediante la presentación del “Formulario de Registro de Participación en la Licitación Mayor de Modernización de la Maquinaria e Infraestructura de Puerto Caldera”, publicado en el sitio web del INCOP. La confirmación del registro fue recibida a través de un correo electrónico enviado a las 12:25 por el señor Roberto Aguilar Abarca, Proveedor General de INCOP.

II. Sobre los motivos para objetar el pliego cartelario.

A continuación, se detallan las infracciones específicas que se imputan al cartel, señalando las violaciones a los principios fundamentales de la contratación administrativa y los quebrantos al ordenamiento jurídico aplicable a la materia. Se procederá a exponer cada una de ellas de manera puntual.

a. LIMITACIONES INJUSTIFICADAS AL RECONOCIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONOMICO DEL CONTRATO.

La cláusula 3.4 del Contrato Borrador establece los lineamientos para mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y los procedimientos para su eventual renegociación. En particular, las subcláusulas 3.4.2 y 3.4.6.1 definen las condiciones del mecanismo de restablecimiento y detallan la fórmula para calcular el desequilibrio:

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 Procedencia y Fórmula Para El Cálculo Del Desequilibrio Del Contrato

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.

Las cláusulas que se transcriben establecen una serie de limitaciones y restricciones para que el Concesionario ejerza su derecho constitucional al mantenimiento de la ecuación económico-financiera del Contrato.

En primera instancia, tome en consideración este Órgano Contralor que de acuerdo con la cláusula 3.4.2, la revisión del equilibrio financiero del contrato será aplicable si, y solo si, la Concesión se ve afectada debido la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales. Es decir, cualquier otra circunstancia fundamentada que produzca un desequilibrio económico no será objeto de solicitud del reajuste. Si esta premisa no se cumple, el desequilibrio que se genere debe ser ilegalmente asumido por el Concesionario.

En segunda instancia, en caso de que dicha premisa se cumpla, el evento debe provocar los siguientes efectos económicos para que sea objeto del ajuste:

i.- Etapa Constructiva: Que varíen 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 10% o más del Monto de Inversión, lo cual implicaría una variación estimada de \$58,7 millones de dólares, tomando como referencia el presupuesto oficial para la Concesión de gastos de capital del Proyecto (CAPEX) de \$587,000,000 que se presenta en la cláusula 1.5 del cartel.

ii.- Etapa de explotación: Agrega el pliego que también se dará cuando se afecten 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.

Las inversiones, estimadas en 587 millones de dólares, serán retribuidas a través del cobro de la tarifa. La cláusula 3.3.5.1 del Contrato establece que las tarifas solo se ajustarán una vez al año por indexación de los Estados Unidos de América y extraordinariamente solo cuando se cumplan los criterios de la cláusula 3.4 que se expusieron anteriormente. Este tipo de imposición de restricciones al procedimiento de equilibrio económico relacionadas con hitos como porcentajes, plazos u otras condiciones, no solo encarece el servicio futuro y limita la amplitud y la seguridad jurídica del proyecto, sino que además vulnera el derecho constitucional del concesionario al justiprecio y genera riesgos financieros, legales y operativos para todas las partes involucradas. Sobra decir la importancia que reviste esta concesión para el desarrollo económico presente y futuro del país en general y del litoral pacífico en particular.

Resulta notable que en los contratos actuales relacionados con Puerto Caldera, como el Contrato de Concesión de Gestión de Servicios Públicos (cláusula 4.6, página 37) y el Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos para la Construcción y Operación de la Terminal Granelera de Puerto Caldera (cláusula 4.7.4, página 50), la Administración Concedente haya tomado en cuenta la jurisprudencia constitucional sobre la intangibilidad patrimonial, la cual ha sido un pilar fundamental en esta materia durante los últimos 24 años. Sin embargo, esta consideración no parece estar presente en el caso que nos ocupa, como se demostrará a continuación.

Señala nuestro autor costarricense, Lic. Enrique López en su libro *El Equilibrio Económico en la Contratación Administrativa* que *“Para una correcta comprensión de la teoría del equilibrio económico en los contratos de concesión, se debe tener clara la convergencia de: (1) la fijación tarifaria como retribución del concesionario, (2) la existencia de riesgos no contemplados en otros contratos administrativos, (3)*

la distribución de dichos riesgos, en virtud de las obligaciones asumidas por el concesionario en las distintas fases del contrato de concesión de obra, como la construcción y la explotación de esta, y (4) las distintas modalidades de financiamiento concebidas para esta forma de gestión indirecta de los servicios públicos ...” (...)

Agrega el autor, además, que; “Así, tradicionalmente se ha sostenido que —la tarifa es una verdadera exacción pública, cuyo título es la ley, y no la voluntad de los usuarios, y que, en definitiva, la tarifa suficiente desplaza por imperio, exactamente con el mismo imperio que significa el impuesto, la carga al contribuyente menos dotado. En ese sentido: —El concepto de tarifa debería reservarse al ejercicio de la potestad tarifaria, que se asume en el momento de convertir una actividad de contenido económico en servicio público. Tal potestad permite fijar el precio de remuneración del concesionario o de la entidad de régimen privado que prestará el servicio. [...] La tarifa será fruto de una potestad unilateral, pero no de la potestad tributaria, por ello diferenciable de la tasa y el precio público. Mientras tasa y precio público constituyen ingresos públicos que, como tales, conforman la Hacienda Pública, la tarifa es el precio fijado por la Administración para remunerar a quien en régimen de derecho privado presta un servicio, sin que la tarifa se convierta en ingreso público...”.

*Concluye sobre este tema el autor que “...En este punto, TORNOS MAS agrega que “en el caso del concesionario la tarifa adquiere un claro «matiz contractual», pues aun siendo fijada unilateralmente por la Administración titular del servicio, su cuantía se vincula al objeto del servicio **y puede verse afectada en su determinación por la ruptura del equilibrio financiero del contrato.***

Interesa ahora referirse a la naturaleza del acto o cláusula de determinación tarifaria. En un inicio se reconocía a la fijación tarifaria una naturaleza contractual, en virtud de ser paccionada en el seno de una relación contractual con la Administración. Posteriormente, y en importantes obras —como Las tarifas de los servicios públicos de ARIÑO ORTIZ—, se varió dicho criterio para aceptar que, tratándose del ejercicio de una potestad administrativa, no surgía un verdadero derecho subjetivo del

contratista a la fijación tarifaria, —reconociéndole como único derecho el relativo al mantenimiento de la ecuación económico-financiero del contrato de concesión. No obstante, ese criterio ha tornado de nuevo hacia la concepción contractual de la fijación tarifaria. En ese sentido, puede presentarse la posibilidad de que las tarifas emerjan del denominado cahier de charges, lo cual imposibilita a la Administración modificar unilateralmente la tarifa, dado que ello altera el equilibrio económico y financiero de la concesión. “Esta posición [...] conduce a sostener (en la doctrina francesa) una doble naturaleza para la tarifa: reglamentaria, respecto de los usuarios del servicio público, y contractual, en lo que atañe a las relaciones entre concesionario y concedente.

En las concesiones reguladas por la LGCOPSP, aunque la ARESEP cuenta con competencias específicas, la potestad de fijar tarifas emana de la relación contractual pero el contrato nunca debe menoscabar el reconocimiento del derecho al equilibrio económico-financiero, el cual suele estar respaldado por mecanismos de revisión diseñados para garantizar la preservación de dicho equilibrio.

Por su parte, y dada la necesidad de reconocer para su doble propósito, a saber, la satisfacción del interés general perseguido con la contratación y el interés del concesionario de obtener una utilidad razonable es preciso tener presente lo señalado por la Sala Constitucional, la cual en su voto de origen 6432-98 analiza lo que fue objeto de acción:

*“...a) el inciso b) párrafo segundo del artículo 3 y el artículo 4 del Reglamento a las leyes 5501 y 5518, Decreto Ejecutivo número 4428-MEIC de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, por considerarse que por vía reglamentaria el Poder Ejecutivo ha introducido reformas al sistema de pago integral de los precios contractuales, en perjuicio del patrimonio de los contratistas que es un principio de origen constitucional recogido en esas leyes, **puesto que se impone una limitación en el reconocimiento de los incrementos de los costos, al establecer las normas impugnadas que los reajustes de precios proceden únicamente cuando la variación del costo es superior al tres por ciento (3%), con lo que el reconocimiento de los efectos inflacionarios se da en forma tardía y no se produce en forma integral, ya que en tanto no se llegue a dicho porcentaje, el contratista se encuentra desprotegido, con violación de los principios constitucionales de libertad de contratación, del equilibrio de las prestaciones***

contractuales, de legalidad y reserva legal, artículos 11, 28, 46, 121 y 182 de la Constitución Política, además de resultar contrario a los artículos 40 y 45 constitucionales, puesto que el Estado confisca parte del patrimonio del contratista en forma ilegítima al no reconocer el reajuste de precios en forma plena; (...) (lo destacado es nuestro).

Después de un prolijo análisis doctrinal y jurisprudencial, la Sala indica (...)

XVII.- CONCLUSIONES.- De la doctrina y jurisprudencia que se ha analizado y todo lo que se ha expresado en los considerandos anteriores, la Sala llega a las conclusiones siguientes: a).- los reajustes de precios como medio idóneo escogido por el legislador ordinario para mantener el principio constitucional de la intangibilidad patrimonial, esto es, la invariabilidad de la ecuación financiera del contrato administrativo, (...), siendo que todo contrato administrativo está sujeto al deber ineludible de la Administración de mantener la ecuación financiera en todas las modalidades contractuales. Pero ello no es suficiente para afirmar que esas leyes sean inconstitucionales por omisión, precisamente por lo señalado en los considerandos quinto y sexto de esta sentencia, al analizar la reserva de ley o reglamentaria y las leyes 5501 y 5518, es decir, que los reajustes de precios deben ser reconocidos por el Estado siempre, aunque no exista una norma legal o reglamentaria que defina los parámetros y procedimientos para hacerlo, debiendo, eso sí, someterse los convenios entre las partes, a los sistemas ordinarios de control hacendario, o a la aprobación de la Contraloría General de la República; b).- como sistema jurídico, idóneo y flexible, los reajustes de precios se deben aplicar dentro del plazo normal de ejecución de los contratos administrativos, en el que juega libremente el álea empresarial, siendo jurídicamente posible que se distribuyan los riesgos entre las partes. En condiciones de normal estabilidad contractual, no es inconstitucional establecer un umbral de avance de obra o de ejecución del contrato -como lo define la doctrina española- para que procedan los reajustes, con la condición de que no se presente dentro de ese plazo, una medida de la propia Administración, general o de orden económico, que incidan directa y seriamente sobre la economía del contrato, en cuyo caso, sí procederá la revisión de los precios; c).- como quedó expresado en el considerando octavo anterior, son inconstitucionales, por las razones expuestas (por irrazonables), las siguientes disposiciones del Reglamento a las Leyes 5501 y 5518, Decreto Ejecutivo No. 4428-MEIC, de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro: 1).- Del artículo 3, inciso b), párrafo segundo, la definición que se hace del concepto "Reajuste de Precios" al indicar que: "Es la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes siempre y cuando registre un aumento superior al 3% en un renglón de pago." 2).- El artículo 4 que literalmente señala: "Los precios de los contratos serán reajustados al existir

variaciones en cualquiera de sus elementos predominantes superiores a un 3% durante el plazo del contrato, aumentándolos o disminuyéndolos, por el procedimiento que se establezca conforme al presente Reglamento"; (...) Por tanto: Se declara con lugar la acción y en consecuencia, inconstitucionales las siguientes disposiciones normativas: (...) a) del artículo 3, inciso b), párrafo segundo, la definición "Reajuste de Precios" que dice "Es la actualización del precio de la obra tomando en cuenta las variaciones en el costo de los elementos predominantes siempre y cuando registre un aumento superior al 3% en un renglón de pago";

Por todo lo anteriormente expuesto, no puede a través de una tarifa dada cargar el concesionario con todas la insuficiencias, omisiones y ausencias que tiene el cartel de licitación, dado que resulta constitucional y legalmente regulado a favor de la estabilidad del contrato, desde la jurisprudencia misma de la Sala Constitucional.

Infracciones imputadas al cartel

A continuación, se detallan las infracciones específicas imputadas al cartel, señalando las violaciones a los principios fundamentales de la contratación administrativa, las reglas de procedimiento y el quebranto del ordenamiento jurídico regulador de la materia:

1. Limitaciones injustificadas al equilibrio económico-financiero del contrato:

La cláusula 3.4 del Contrato Borrador impone restricciones excesivas para el reconocimiento y restablecimiento del equilibrio económico-financiero. Particularmente, las subcláusulas 3.4.2 y 3.4.6.1 limitan el alcance de dicho reconocimiento únicamente a casos donde la afectación proviene de medidas o políticas estatales, excluyendo otras circunstancias que puedan generar desequilibrios económicos. Esto vulnera el principio de equilibrio de las prestaciones contractuales y traslada ilegalmente riesgos adicionales al concesionario.

La subcláusula 3.4.6.1 establece unos umbrales como requisito para activar el mecanismo de restablecimiento del equilibrio, tanto en la etapa constructiva como en la etapa de explotación. Esta restricción carece de fundamento técnico y legal, y representa una barrera irrazonable que limita el derecho del concesionario al justiprecio y la estabilidad financiera del contrato. Por ejemplo, en la etapa constructiva, se requiere una variación de \$58,7 millones de dólares para activar el mecanismo, lo que es desproporcionado considerando la magnitud del proyecto.

2. Violación de principios fundamentales:

Principio de intangibilidad patrimonial: El cartel desatiende el principio de intangibilidad patrimonial, ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional, que obliga a la Administración a preservar la ecuación económico-financiera del contrato. Este principio ha sido aplicado en otros contratos relacionados con Puerto Caldera, como el de Gestión de Servicios Públicos (cláusula 4.6) y el de la Terminal Granelera (cláusula 4.7.4), pero no se observa su cumplimiento en este caso.

Principio de razonabilidad: Las restricciones impuestas, como los umbrales de la cláusula 3.4.6.1, carecen de una justificación objetiva y razonable, afectando la eficiencia y seguridad jurídica del proyecto.

3. Quebranto del ordenamiento regulador de la materia:

El diseño tarifario, regulado por la cláusula 3.3.5.1 del Contrato, establece ajustes anuales por indexación y ajustes extraordinarios sujetos a las limitaciones de la cláusula 3.4. Estas disposiciones transfieren al concesionario el riesgo financiero derivado de insuficiencias u omisiones en el cartel, lo cual contraviene lo establecido por la jurisprudencia de la Sala Constitucional en torno al equilibrio financiero y la obligación de la Administración de garantizar reajustes razonables y oportunos.

Se desatiende el marco constitucional que regula la potestad tarifaria, tal como lo analiza la Sala Constitucional en el voto 6432-98, al imponer restricciones excesivas y umbrales irrazonables para el reconocimiento de desequilibrios, afectando la estabilidad del contrato y vulnerando los derechos del concesionario.

4. Impacto en el interés general:

Las disposiciones del cartel no solo afectan al concesionario, sino que también comprometen el interés general al encarecer el servicio futuro, limitar la competitividad y desincentivar la participación de oferentes en condiciones óptimas. Esto pone en riesgo a la Concesión y los fines perseguidos por la Administración.

PETICION: Con base en los argumentos expuestos, se evidencia que las cláusulas impugnadas en el cartel limitan de manera injustificada el reconocimiento del equilibrio económico-financiero necesario en el contrato. Estas restricciones, al exceder los límites de validez constitucional, no solo comprometen la estabilidad del contrato, sino que también resultan inconvenientes para garantizar la competitividad y satisfacer el interés general.

Por lo anterior, se solicita a ese altísimo Órgano Contralor de la Legalidad Administrativa que acoja esta objeción y, en ejercicio de su potestad de revisión integral del pliego, ordene a la Administración ajustar la disposición contractual en cuestión. En particular, se solicita la eliminación de las restricciones establecidas en la cláusula 3.4.2 y 3.4.6.1, dado que carecen de una fundamentación técnica adecuada, constituye una barrera innecesaria, y vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen la contratación administrativa.

Asimismo, se insta a que la cláusula en cuestión sea replanteada de manera que permita la implementación de mecanismos claros, ágiles y eficaces para la revisión del desequilibrio financiero del contrato. Esta medida garantizaría tanto el

reconocimiento de los derechos del concesionario como la sostenibilidad económica del proyecto, en beneficio del interés público.

Finalmente, cabe reiterar que, a diferencia de lo observado en este caso, en otros contratos relacionados con Puerto Caldera —como el de Concesión de Gestión de Servicios Públicos (cláusula 4.6, página 37) y el de la Terminal Granelera (cláusula 4.7.4, página 50)—, la Administración Concedente sí consideró la jurisprudencia constitucional en torno al principio de intangibilidad patrimonial.

b. FALTA DE REGULACION A LA INTEGRACION VERTICAL - COMPETENCIA DESLEAL

La integración vertical se refiere a la situación en la que una misma empresa o grupo económico controla diferentes etapas de la cadena de suministro de un sector, como ocurre cuando una compañía opera tanto terminales portuarias como navieras que utilizan esas instalaciones. Esta estructura plantea riesgos significativos para la competencia, ya que una empresa integrada verticalmente puede utilizar su posición para desplazar a competidores independientes, manipular tarifas o restringir el acceso equitativo a los servicios. En mercados estratégicos como el portuario, la falta de regulación adecuada sobre la integración vertical puede derivar en prácticas anticompetitivas, como subsidios cruzados o tarifas predatorias, que distorsionan el mercado y afectan a los consumidores finales. Por ello, es esencial establecer marcos regulatorios que garanticen la transparencia, la igualdad de condiciones entre actores y la promoción de la libre competencia.

Es importante destacar que, a pesar de la trascendencia de este tema, los estudios que respaldan la licitación, así como el cartel y el contrato, no contemplan de manera específica ni exhaustiva los riesgos asociados a la integración vertical. La ausencia de un análisis detallado sobre cómo esta estructura puede afectar la libre competencia y la igualdad de condiciones entre los participantes genera una omisión significativa en el diseño del proceso de adjudicación. Esta falta de previsión no solo deja desprotegidos a los operadores independientes, sino que también pone en riesgo la transparencia y la sostenibilidad del proyecto, lo que podría tener un

impacto negativo en los usuarios finales y en el interés público que se busca proteger.

La estructura de tarifa máxima planteada en esta licitación, tal como está diseñada por INCOP, crea un escenario que podría ser aprovechado por grupos verticalizados —aquellos operadores portuarios integrados con navieras dominantes en el mercado de Puerto Caldera— para implementar prácticas desleales. Al no existir límites claros o regulaciones específicas que mitiguen los riesgos de integración vertical, estos grupos pueden ofrecer tarifas portuarias aparentemente competitivas, incluso por debajo de la viabilidad financiera, compensando las pérdidas mediante aumentos en conceptos no regulados, como el Terminal Handling Cost (THC), trasladando estos costos a los usuarios finales sin posibilidad de reclamo efectivo o poder de regularización por partes de las autoridades. Esta práctica, una vez establecida por la naviera integrada con la empresa concesionaria para recuperar los costos, tenderá a ser replicada por otras navieras en el mercado, creando un efecto dominó que perjudicará al usuario final del puerto en su conjunto. Dicho impacto no solo limita la competitividad de operadores portuarios independientes, sino que también genera un aumento generalizado de costos en el mercado, afectando directamente la accesibilidad y la competitividad del puerto.

Este no es un caso hipotético, sino una práctica que ya ocurre en la industria portuaria global, generando preocupación en diversos mercados. En respuesta, algunas jurisdicciones han implementado medidas regulatorias para mitigar estos riesgos como establecer límites a la integración vertical, restringiendo o condicionando la participación de navieras en la operación de terminales portuarias, además de fortalecer las capacidades de las autoridades de competencia para monitorear y prevenir abusos de posición dominante. La ausencia de mecanismos similares en este cartel expone al mercado de Puerto Caldera a las mismas distorsiones, lo que subraya la importancia de incorporar medidas preventivas y correctivas en el diseño del contrato y el proceso de licitación.

Sin embargo, es crucial señalar que el cartel por sí solo no genera estas conductas, ya que estas dependen de las decisiones que eventualmente tome un concesionario

integrado verticalmente con la participación de una naviera. El verdadero problema radica en que el diseño del cartel y los estudios que lo sustentan presentan un vacío significativo al no abordar adecuadamente los riesgos asociados a la participación de grupos verticalizados. Esta omisión se refleja tanto en la falta de identificación de estos riesgos en los estudios previos como en la ausencia de medidas de mitigación dentro del propio cartel y el contrato. Este vacío regulatorio facilita la posibilidad de conductas que consolidan posiciones dominantes y restringen la competencia, afectando los principios fundamentales de igualdad de trato y libre concurrencia de la contratación administrativa.

Existe mucha controversia en el mercado portuario sobre la participación o limitación de grupos verticalizados en concursos de concesión para el desarrollo y explotación de terminales portuarias. Las distintas Autoridades han regulado de distinta forma con relación a la participación de dichos grupos, permitiendo o no su participación. Por ejemplo, en Chile, la Ley de Puertos establece que los usuarios portuarios (ej. navieras, cargadores) no pueden poseer más del 40% de las acciones en los operadores portuarios a través de grupos verticalizados. O se puede establecer la participación de los grupos verticalizados en una segunda fase solo en caso no exista suficiente competencia de grupos no verticalizados durante el proceso licitatorio. Cabe resaltar que para la estructuración objeto de este recurso hay dos aspectos relevantes:

- i. El mecanismo de adjudicación establecido es únicamente por el descuento sobre las tarifas máximas, lo que conlleva una facilidad para que los grupos verticalizados puedan ofertar tarifas agresivamente, según lo descrito anteriormente, con el fin de compensar con ingresos originados en la THC.
- ii. No existe competencia intra-portuaria en Puerto Caldera para establecer parámetros de competencia regulados por mercado. El Concesionario será el único operador portuario de carga en el Pacífico costarricense. Por lo tanto, un Concesionario integrado con un grupo verticalizado con naviera puede favorecer mecanismos de dominancia de mercado.

Adicionalmente, la falta de estudios detallados sobre el impacto real de estas dinámicas en las tarifas finales pagadas por los usuarios del puerto plantea una seria deficiencia. Este análisis es esencial para comprender si la competitividad del puerto está siendo resguardada y si se están ofreciendo las mejores condiciones posibles, como lo exige la justificación de esta licitación según la cláusula 1.4 del cartel. Sin estos estudios, no es posible evaluar cómo estas prácticas podrían afectar las tarifas finales, la calidad del servicio o la sostenibilidad del proyecto, lo que cuestiona si los objetivos fundamentales del proyecto se están cumpliendo de manera efectiva.

En virtud de lo expuesto, resulta estrictamente necesario que se lleve a cabo un análisis de competencia para identificar, evidenciar o, en su caso, descartar prácticas anticompetitivas derivadas de la posición dominante de grupos verticalizados. Dicho análisis debe centrarse en la interacción entre las empresas operadoras de terminales portuarias y las navieras pertenecientes a estos grupos, con el objetivo de evaluar su impacto en la libre competencia. En caso de confirmarse estas prácticas, será imprescindible implementar medidas correctivas para mitigar sus efectos.

Asimismo, estas distorsiones tienen el potencial de condicionar la competencia durante el proceso de licitación, lo que constituiría una violación al Principio de Igualdad de Trato, Oportunidades y Libre Concurrencia, pilares fundamentales de la contratación administrativa.

Conforme al Artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, esta normativa se aplica a todos los agentes económicos cuyos actos generen efectos en Costa Rica, independientemente de su origen nacional o internacional, salvo aquellos casos expresamente autorizados por leyes especiales. En este sentido, la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM), en ejercicio de sus facultades, puede realizar estudios de mercado y emitir recomendaciones que promuevan una mayor competencia en sectores estratégicos.

La Administración Concedente tiene la obligación, conforme a la Ley de Promoción de la Competencia y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, de velar por que se efectúen estudios de mercado orientados a identificar distorsiones o barreras en el proceso de competencia y libre concurrencia. Ante situaciones como la planteada, es fundamental que se adopten las medidas necesarias para prevenir estas prácticas y se formulen recomendaciones que aseguren la promoción y fortalecimiento de la competencia, protegiendo el interés público y garantizando un proceso de licitación transparente y justo.

Infracciones y violaciones a los principios de la contratación pública

A continuación, se identifican las infracciones cometidas en el diseño del cartel y el contrato, señalando las violaciones específicas a los principios fundamentales de la contratación pública en Costa Rica:

1. Omisión de regulación para mitigar riesgos asociados a la integración vertical

El cartel y los estudios que lo sustentan presentan un vacío significativo al no abordar los riesgos que la integración vertical puede representar para la competencia. La ausencia de regulación específica permite que grupos verticalizados —operadores portuarios integrados con navieras dominantes— puedan distorsionar el mercado mediante prácticas como subsidios cruzados, tarifas predatorias y manipulación de conceptos no regulados, como el Terminal Handling Cost (THC). Esto pone en desventaja a operadores independientes y afecta directamente a los usuarios finales.

Violaciones a los principios:

Igualdad y libre concurrencia: Al no regular estas prácticas, se favorece a ciertos actores con posiciones dominantes, limitando la igualdad de condiciones entre los oferentes.

Eficacia y eficiencia: La omisión compromete los objetivos institucionales y el uso eficiente de los recursos al permitir distorsiones que afectan la sostenibilidad del proyecto.

Intangibilidad patrimonial: Se pone en riesgo el equilibrio financiero del contrato al no prever medidas para mitigar las distorsiones económicas generadas por estas prácticas.

2. Falta de medidas para prevenir prácticas anticompetitivas

El diseño del cartel no incluye disposiciones claras ni mecanismos de control para prevenir o corregir prácticas desleales derivadas de la integración vertical. Estas prácticas ya han sido observadas en la industria portuaria global, donde los grupos verticalizados utilizan su posición para manipular tarifas y desplazar competidores.

Violaciones a los principios:

Integridad: La omisión de medidas preventivas muestra una falta de diligencia en garantizar que el proceso sea ético, transparente y enfocado en el interés público.

Transparencia: La falta de previsión genera incertidumbre para los participantes y los usuarios finales, quienes no tienen acceso a información clara sobre cómo se mitigarían estos riesgos.

3. Violación al principio de competencia del contrato

La cláusula 1.3.1 del contrato establece que el concesionario se compromete a no implementar prácticas comerciales desleales como las aquí descritas. Sin embargo, el cartel no incluye medidas específicas para garantizar el cumplimiento de este principio, dejando abierto un espacio para prácticas contrarias al contrato.

Violaciones a los principios:

Eficiencia: La falta de regulación efectiva para prevenir estas prácticas afecta la capacidad del contrato para cumplir sus fines de manera eficiente.

Igualdad y libre competencia: Al no establecer medidas que eviten prácticas desleales, se impide la competencia justa entre oferentes.

4. Falta de estudios sobre el impacto en tarifas reales

El cartel no incluye estudios detallados que analicen el impacto real de las dinámicas de competencia desleal en las tarifas finales pagadas por los usuarios del puerto.

Esto afecta la capacidad para evaluar si las condiciones propuestas garantizan la competitividad del puerto y el cumplimiento de los objetivos del proyecto.

Violaciones a los principios:

Valor por el dinero: Sin estudios que respalden la sostenibilidad y competitividad de las tarifas, no se asegura que los recursos públicos invertidos generen el máximo valor.

Transparencia: La falta de información precisa y oportuna impide que los interesados comprendan plenamente las implicaciones económicas del proyecto.

Eficacia: La omisión compromete los fines del proyecto, como garantizar tarifas justas y condiciones óptimas para los usuarios.

5. Quebranto del ordenamiento regulador de la materia

Conforme al Artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la Administración Concedente tiene el deber de garantizar procesos de contratación que identifiquen y mitiguen las distorsiones de competencia. La falta de regulación en el cartel y contrato incumple este deber, exponiendo el mercado portuario a distorsiones significativas.

Violaciones a los principios:

Principio de Integridad: La Administración tiene el deber de actuar de manera ética y diligente para proteger el interés público. Al no cumplir con las disposiciones del Artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, que exige identificar y prevenir distorsiones de competencia, se expone el proyecto a riesgos evitables.

Igualdad y libre competencia: La falta de medidas en el cartel para regular los riesgos de integración vertical crea un entorno desigual para los oferentes, otorgando ventajas indebidas a grupos verticalizados con posiciones dominantes. Esto restringe la participación de operadores independientes, limita la competencia y pone en desventaja a quienes no tienen acceso a las mismas estructuras

integradas. La igualdad de condiciones es un pilar de la libre competencia, y su ausencia en este caso afecta directamente la legitimidad del proceso.

PETICION: Respetuosamente se solicita que ese altísimo Órgano Contralor instruya a la Administración Concedente para que disponga la realización de estudios de mercado, ya sea mediante la Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM) o a través del mecanismo que considere más pertinente. Dichos estudios deben estar orientados a identificar y analizar los riesgos de competencia asociados a la participación de grupos verticalizados en la licitación, evaluando posibles distorsiones en el mercado portuario que puedan otorgar ventajas indebidas a dichos grupos en detrimento de operadores independientes, como ICTSI, así como de otras navieras usuarias del puerto.

Asimismo, se considera fundamental que, con base en los resultados de estos estudios, se adopten medidas preventivas y correctivas que garanticen un entorno competitivo, eviten perjuicios a los consumidores finales y promuevan la igualdad de condiciones entre todos los participantes, resguardando así los principios de igualdad, libre competencia y el interés público que sustentan el proceso de licitación.

c. RIESGO GEOLÓGICO, INCERTIDUMBRE A LA HORA DE OFERTAR

El nivel de detalle de los estudios geotécnicos presentados por la Administración hasta la fecha, incluidos en el cartel, es claramente insuficiente para calcular con precisión un presupuesto de construcción ajustado a las obras requeridas en los lineamientos mínimos. Incluso el propio estudio de factibilidad elaborado por el IFC para INCOP, en su sección 2.8.1.2.1. "Suelos", reconoce esta insuficiencia al indicar lo siguiente:

"Sin embargo, considerando las obras a proyectar para la futura operación del terminal, el concesionario seleccionado deberá ejecutar sondajes y estudios geotécnicos (en campo y laboratorio) más detallados para llevar a cabo los diseños para la construcción y la construcción misma de las obras."

Esta afirmación evidencia que los estudios actuales no brindan la información técnica suficiente para respaldar decisiones informadas a la hora de ofertar. La falta de estos estudios no solo traslada riesgos injustificados al concesionario, sino que también dificulta significativamente, e incluso imposibilita, la preparación de una oferta económica que no incurra en riesgos excesivos o decisiones temerarias, debido a la incertidumbre derivada de los datos incompletos. A continuación, se desarrollan los fundamentos que respaldan esta afirmación.

La información proporcionada por INCOP sobre las condiciones geotécnicas del suelo es la siguiente:

- Cuatro perforaciones con profundidades variables entre 30,85 m y 40,80 m realizadas en la traza del rompeolas.
- Perforaciones de entre 5 m y 10 m de profundidad en las áreas terrestres del puerto, incluidas en los *Estudios Ambientales de Suelo y Subsuelo de las Zonas Consideradas como Prioritarias en el Marco de la Futura Modernización de Puerto Caldera*. Sin embargo, estos datos no aportan información geotécnica relevante.
- Sondeos realizados por Royal Haskoning en 2012 para la redacción del proyecto de construcción del Atraque N°4, correspondiente al actual muelle de graneles. Estos sondeos se concentran principalmente en la zona ocupada por el Atraque N°4.

Es importante destacar que no se ha identificado algún sondeo ni se cuenta con datos geotécnicos específicos de la zona destinada para la construcción del nuevo muelle de contenedores de 580 metros.

Al analizar los datos geotécnicos disponibles en los dos estudios de referencia, se evidencia una marcada heterogeneidad en las características del suelo, lo que imposibilita la extrapolación de esta información hacia el área de implantación del futuro muelle principal de la Terminal de Contenedores. La construcción de este muelle, debido a su longitud de 580 metros, constituye una parte esencial tanto en el tiempo de ejecución de las obras como en el monto de inversión de la Obra Civil.

Por ende, su correcto dimensionamiento es crucial para garantizar una adecuada organización de la obra y una estimación precisa de los recursos económicos necesarios para su desarrollo.

De acuerdo con las Recomendaciones para Obras Marítimas (ROM) del Ministerio de Obras Públicas de España, en su publicación 0.5-2004, capítulo 2.12.1, Tipos de Reconocimiento, se establecen tres niveles de reconocimientos geotécnicos: detallado, reducido y mínimo, cuya aplicación varía según la categoría de la obra. Estas recomendaciones, ampliamente reconocidas a nivel internacional como estándares técnicos en proyectos portuarios y marítimos, ofrecen una guía metodológica sólida para garantizar la viabilidad técnica y económica de proyectos de infraestructura de esta naturaleza.

En este caso, dadas las características, complejidad y magnitud del proyecto, la Modernización de Puerto Caldera se clasifica como una obra de Categoría A, según las ROM. Esto implica la necesidad de realizar un nivel de reconocimiento geotécnico acorde a su relevancia, con estudios exhaustivos que minimicen riesgos y aseguren una correcta planificación, diseño y ejecución de las obras. Ante la ausencia de una normativa técnica específica en Costa Rica para obras marítimas de esta envergadura, las ROM constituyen una referencia técnica válida y ampliamente aceptada para proyectos de este tipo.

TABLA 2.12.2.- TIPO DE RECONOCIMIENTO RECOMENDADO PARA UN PROYECTO CONSTRUCTIVO

Categoría de la obra	Condiciones geotécnicas		
	Desfavorables	Normales	Favorables
A	Detallado	Detallado	Detallado
B	Detallado	Reducido	Reducido
C	Detallado	Reducido	Mínimo

Tabla 1.- Tipo de reconocimiento geotécnico recomendado, ROM 0.5-04

Con base en la tabla anterior, se establece la necesidad de realizar un estudio geotécnico detallado para la construcción del nuevo muelle de contenedores, dada la clasificación de la obra como Categoría A. Esto implica que, en fases posteriores

del proyecto, el reconocimiento geotécnico debe cumplir con los requisitos correspondientes a este nivel, garantizando una evaluación exhaustiva y precisa de las condiciones del terreno. Para una etapa preliminar del proyecto, sería aceptable llevar a cabo un reconocimiento geotécnico de tipo mínimo o reducido, según las directrices de las ROM 0.5-04.

De acuerdo con el capítulo 2.12.3, para una obra lineal como un muelle de 580 metros de longitud, es necesario realizar al menos 5 o 6 sondeos distribuidos de manera uniforme a lo largo de la planta del muelle. Esto asegura que los datos recolectados sean suficientes para respaldar un diseño técnico confiable y reducir los riesgos asociados a la incertidumbre geotécnica.

TABLA 2.12.3.- NÚMERO DE PUNTOS DE INVESTIGACIÓN EN RECONOCIMIENTOS REDUCIDOS Y MÍNIMOS

Tipo de obra	Tipo de reconocimiento	
	Reducidos	Mínimos
Áreas de gran extensión	mallá 50 · 50 m	mallá 75 · 75 m
Estructuras concentradas	mallá 50 · 50 m	mallá 75 · 75 m
Estructuras lineales	un punto cada 50 m	un punto cada 100 m
Edificios o instalaciones ligeras	mallá 25 · 25 m	mallá 40 · 40 m
Taludes de excavación o relleno	un punto cada 50 m	un punto cada 100 m

Tabla 2.- Número de puntos de investigación, ROM 0.5-04

El riesgo geológico, derivado de la insuficiencia de los estudios disponibles, genera incertidumbre tanto en el diseño como en el impacto económico del proyecto, lo cual no debe ser asumido unilateralmente por ninguna de las partes. Este tipo de riesgo ha sido ampliamente analizado por las principales organizaciones del sector de consultoría e ingeniería, debido a su alto nivel de litigiosidad y potencial para generar conflictos. En proyectos de esta naturaleza, el riesgo no debe recaer exclusivamente ni sobre el Contratante (en este caso, la Administración Concedente) ni sobre el Contratista, sino que debe gestionarse y distribuirse equitativamente en función de los hallazgos exactos que se realicen en sitio durante la ejecución de los trabajos.

El Contrato Turquesa, desarrollado por la FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores) en colaboración con dragadores de primer orden a nivel mundial, ofrece un marco de referencia para la adecuada distribución de riesgos entre las partes en obras marítimas. Este contrato propone mecanismos para gestionar de manera justa los riesgos geotécnicos, estableciendo criterios basados en la información disponible y las condiciones encontradas en sitio.

Resulta particularmente llamativo que la Administración Concedente busque trasladar este riesgo al Contratista, considerando que ya existen precedentes y modelos internacionales que han abordado exitosamente este problema, promoviendo acuerdos más equitativos y sostenibles para ambas partes.

Con base en lo anterior, y sin perjuicio de la existencia de modelos contractuales específicos para abordar riesgos asociados al dragado y obras similares, es relevante destacar que en el año 2019, durante el Congreso Mundial de Túneles en Nápoles, se presentó el "Emerald Book" o Libro Esmeralda, titulado "Condiciones del Contrato para Obras Subterráneas". Este modelo fue desarrollado por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) en colaboración con la Asociación Internacional de Túneles (ITA).

El Libro Esmeralda fue diseñado para abordar los principales desafíos en la distribución equitativa de riesgos geotécnicos, incorporando herramientas clave para garantizar la transparencia y una gestión adecuada de las incertidumbres. Entre sus características más relevantes se encuentran: i. Divulgación completa de la información geológica y geotécnica disponible. ii. Creación de una Línea Base Geotécnica (GBR, por sus siglas en inglés), que se convierte en un documento contractual de referencia. iii. Inclusión de cláusulas específicas para gestionar condiciones físicas imprevistas que ambas partes reconocen como inherentes al emplazamiento. iv. Un sistema de clasificación del suelo y del esfuerzo requerido por el Contratista para la excavación y estabilización. v. Mecanismos para ajustar tiempos y costos en función de las condiciones reales encontradas en sitio.

En este modelo contractual, el diseño deja de ser el único eje para la asignación de riesgos, y estos se distribuyen en función de lo estipulado en la Línea Base Geotécnica (GBR). En el Emerald Book, las partes acuerdan un precio de referencia basado en esta línea base, reconociendo que, si las condiciones reales requieren mayor excavación o actividades adicionales, el Contratista tiene derecho a una compensación por dichos trabajos. Si, por el contrario, las condiciones del subsuelo resultan menos exigentes que las indicadas en el GBR, el Contratista deberá trasladar al Empleador la reducción en los costos.

Este modelo establece un equilibrio justo, asegurando que los riesgos derivados de las incertidumbres geológicas sean gestionados de manera compartida y transparente, beneficiando tanto al Empleador como al Contratista. Su enfoque puede servir como referencia para proyectos que, como la Modernización de Puerto Caldera, enfrentan riesgos significativos relacionados con las condiciones del subsuelo y la insuficiencia de información técnica previa.

Infracciones precisas imputadas al cartel y las especificaciones técnicas

A continuación, se detallan las infracciones cometidas en el diseño del cartel y las especificaciones técnicas, señalando las violaciones a los principios fundamentales de la contratación administrativa, a las reglas de procedimiento y al ordenamiento regulatorio aplicable, teniendo en cuenta las obligaciones inherentes a la Administración Concedente:

1. Insuficiencia de los estudios geotécnicos

El cartel presenta una carencia significativa de estudios geotécnicos detallados que permitan evaluar adecuadamente las condiciones del terreno en las áreas clave del proyecto, especialmente para la construcción del muelle de contenedores. Esta omisión limita la capacidad de los oferentes para realizar presupuestos precisos y bien fundamentados. La insuficiencia de estudios geotécnicos en el cartel genera consecuencias significativas que afectan tanto a los oferentes como a la Administración Concedente. En primer lugar, los oferentes, al no contar con

información precisa, podrían inflar sus propuestas económicas para cubrir riesgos imprevistos, lo que incrementaría los costos iniciales del proyecto, o bien presentar ofertas temerarias que comprometan su viabilidad financiera y técnica. Esto puede derivar en reclamaciones, ajustes contractuales y sobrecostos durante la ejecución de las obras, además de un alto riesgo de litigios que ralentizarían el proyecto y aumentarían los costos administrativos. Por otro lado, la incertidumbre técnica desincentiva la participación de operadores independientes o más pequeños, reduciendo la competitividad y favoreciendo la concentración del mercado. La falta de claridad también complica la evaluación de propuestas, dificultando la selección de la mejor oferta. En términos generales, estas deficiencias pueden generar retrasos en la ejecución, afectar la competitividad del puerto al incrementar las tarifas finales pagadas por los usuarios y limitar su capacidad de contribuir al desarrollo económico regional. Estos riesgos subrayan la necesidad de subsanar esta omisión para garantizar un proceso transparente, competitivo y técnicamente viable.

Violaciones a principios fundamentales:

Principio de transparencia: La Administración tiene la obligación de proporcionar información clara, completa y suficiente para que los oferentes puedan participar en igualdad de condiciones. La insuficiencia de los estudios geotécnicos genera incertidumbre que afecta este principio. El cartel, y por ende, los estudios que soportan sus disposiciones tienen que ser un cuerpo de especificaciones técnicas, claras, suficientes, concretas, objetivas y amplias en cuanto a la oportunidad de participar.

Principio de valor por el dinero: Sin estudios adecuados, no se asegura que los recursos públicos se inviertan de manera eficiente y bajo las mejores condiciones de calidad y costo.

Principio de eficacia: Al carecer de información técnica suficiente, se pone en riesgo la ejecución eficiente del proyecto, afectando la consecución de los fines públicos.

Quebranto del ordenamiento regulador:

Conforme a la Ley General de Contratación Pública, la Administración está obligada a proporcionar especificaciones claras y completas en los carteles, evitando que la falta de información técnica genere un entorno desfavorable para la competencia.

2. Falta de mecanismos de gestión de riesgos

El cartel no incluye mecanismos que permitan gestionar o equilibrar los riesgos asociados a la incertidumbre geotécnica, trasladando de manera unilateral y desproporcionada estos riesgos al contratista. Esta omisión genera una distribución desigual de responsabilidades, dejando al contratista expuesto a condiciones imprevistas que podrían incrementar significativamente los costos de las obras o requerir ajustes en los plazos de ejecución. Tal situación no solo pone en riesgo el equilibrio económico-financiero del contrato, sino que también puede derivar en conflictos legales, reclamaciones o incluso el abandono del proyecto, afectando su viabilidad general.

Además, esta transferencia de riesgos desproporcionada puede desincentivar la participación de oferentes potenciales, en particular aquellos con menor capacidad económica o técnica para asumir este nivel de incertidumbre. Esto limita la libre competencia y podría favorecer únicamente a grandes actores del mercado, generando un entorno menos competitivo. En el marco de los principios de contratación pública, la falta de estos mecanismos contraviene el principio de intangibilidad patrimonial, al no proteger adecuadamente el equilibrio contractual, y el principio de eficacia, al poner en riesgo la consecución de los objetivos del proyecto de manera eficiente y sostenible. Por tanto, es fundamental que el cartel contemple cláusulas específicas que permitan gestionar estos riesgos de manera equitativa entre las partes, reduciendo los conflictos potenciales y asegurando un proceso más justo y transparente.

Violaciones a principios fundamentales:

Principio de intangibilidad patrimonial: La Administración está obligada a garantizar el equilibrio económico-financiero del contrato. Al no incluir cláusulas de ajuste para riesgos geotécnicos imprevistos, vulnera este principio y expone a los contratistas a afectaciones patrimoniales desproporcionadas.

Principio de integridad: La distribución inequitativa de riesgos no refleja un comportamiento ético ni ajustado al interés público, contraviniendo el deber de buena fe y responsabilidad de la Administración.

Quebranto del ordenamiento regulador:

Según la jurisprudencia constitucional costarricense, es deber de la Administración adoptar medidas que aseguren el equilibrio contractual. La ausencia de mecanismos específicos en el cartel viola esta obligación.

3. Omisión de medidas para garantizar la igualdad y la libre concurrencia

La falta de estudios y mecanismos adecuados genera un entorno de inseguridad jurídica que desincentiva la participación de oferentes independientes, favoreciendo únicamente a aquellos con mayor capacidad económica para asumir riesgos excesivos.

Violaciones a principios fundamentales:

Principio de igualdad y libre concurrencia: La Administración tiene la obligación de garantizar un trato igualitario a todos los oferentes y promover la mayor participación posible. Las deficiencias del cartel restringen injustificadamente la libre concurrencia.

Quebranto del ordenamiento regulador:

De acuerdo con la Ley General de Contratación Pública, cualquier restricción injustificada a la participación debe ser eliminada, y el cartel debe diseñarse para fomentar la mayor competencia posible.

4. Incumplimiento de la obligación de proteger el interés público

Las omisiones en el cartel comprometen el desarrollo sostenible y competitivo del puerto, aumentando los riesgos de sobrecostos, retrasos y litigios, lo que afecta directamente el interés público que la Administración tiene el deber de resguardar.

Violaciones a principios fundamentales:

Principio de sostenibilidad social y ambiental: Las decisiones tomadas en el diseño del cartel no promueven la sostenibilidad económica ni social, al comprometer la viabilidad del proyecto y generar incertidumbre sobre su impacto económico.

Quebranto del ordenamiento regulador:

La Administración, según lo dispuesto en la normativa nacional, tiene la obligación de estructurar los carteles de forma que se minimicen los riesgos y se maximicen los beneficios para la sociedad.

PETICION: Con el propósito de garantizar que el cartel incluya estudios geotécnicos cuyo nivel de detalle permita a los interesados formular sus ofertas bajo niveles de riesgo razonables y técnicamente justificables, respetuosamente instamos a la Administración Concedente a acoger el presente recurso y enmendar el cartel. Para ello, proponemos valorar las siguientes alternativas:

- a. Disponer de estudios geotécnicos detallados: Realizar los estudios necesarios para proporcionar la información geotécnica mínima requerida que sustente técnicamente la preparación de las ofertas. Estos estudios deben garantizar mayor certeza respecto al costo de construcción,

reduciendo la incertidumbre en la definición de la tarifa final y mejorando la competitividad del proceso.

- b. Establecer un mecanismo de equilibrio económico: Incorporar una cláusula que permita la recuperación o ajuste de los costos adicionales derivados de la ausencia de estudios geotécnicos detallados, utilizando un presupuesto de referencia como base. Para ello, se podrían adoptar modelos internacionales reconocidos, como el Contrato Turquesa o el Emerald Book desarrollados por la FIDIC, la ITA y dragadores de primer nivel, los cuales distribuyen los riesgos de manera equitativa entre las partes.

d. LOS ESTUDIOS DE AGITACION Y OLEAJE IMPONEN LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN ROMPEOLAS PARA ABRIGAR EL FUTURO MUELLE DE CARGA GENERAL

La construcción de un rompeolas para proteger el futuro Muelle de Carga General se vuelve imprescindible debido a que los estudios de agitación y oleaje presentados en el Estudio de Factibilidad evidencian claramente el bajo nivel operativo del futuro muelle, que forma parte de los requerimientos mínimos establecidos en el cartel. Desde un punto de vista técnico, resulta indispensable construir un rompeolas para garantizar que el Muelle de Carga General opere conforme a los estándares del mercado, asegurando así la viabilidad operativa y financiera de la inversión de dicho muelle.

Se propone que la construcción del rompeolas sea incluida como una inversión obligatoria dentro de los requerimientos mínimos del proyecto, con los ajustes necesarios en los tiempos de entrega establecidos en el pliego. Además, el costo de esta obra debe integrarse en el presupuesto de referencia del proyecto y considerarse en el cálculo de las tarifas "all-in" máximas contempladas en el cartel.

Por lo tanto, solicitamos que dicha obra sea incorporada como un requerimiento mínimo y que las tarifas "all-in" sean actualizadas, incluyendo un análisis financiero que permita reflejar este ajuste. Esto garantizará que el proyecto sea técnica y

financieramente viable, y que cumpla con los objetivos operativos y económicos establecidos.

En el documento "Formulación del Proyecto a Nivel de Factibilidad", elaborado por el IFC para INCOP en 2024, específicamente en el apartado 2.8.1.6.- Oleaje, se detalla información relevante sobre los estudios de oleaje realizados y preexistentes. Este apartado incluye un análisis de las condiciones operacionales en aguas profundas y someras, así como de las condiciones extremas. También se describe el "Estudio de Oleaje, Moffatt & Nichol, 2024", realizado para complementar los estudios previos, entre ellos los llevados a cabo por JICA en 2010 y Royal Haskoning en 2013.

El Estudio de Oleaje 2024 desarrolla un análisis de la agitación en la dársena del puerto, enfocándose en la configuración actual del atraque del muelle de graneles y su posible ampliación. Según este análisis, más del 25% del tiempo se superan las alturas de ola y los períodos admisibles para la operación de la terminal, lo que limita significativamente su funcionalidad. En la práctica, se reconoce que la operatividad real del muelle de graneles es incluso inferior a esta cifra.

Es importante destacar que este estudio no aborda específicamente la ubicación del nuevo atraque para la terminal de carga general ni evalúa su operatividad potencial. Sin embargo, al analizar los resultados del estudio completo (Documento de referencia n.º 16 del Cartel), se concluye que las condiciones de agitación en el futuro atraque serán notablemente más severas que las del muelle de graneles.

Adicionalmente, en el caso de una terminal para carga general y mercancía rodada (**Ro-Ro**), el umbral de agitación admisible para operar es considerablemente más bajo que en una terminal granelera. Esto lleva a la conclusión de que, en las condiciones actuales, la operatividad de la futura terminal de carga general será extremadamente limitada, comprometiendo su viabilidad técnica y funcional.

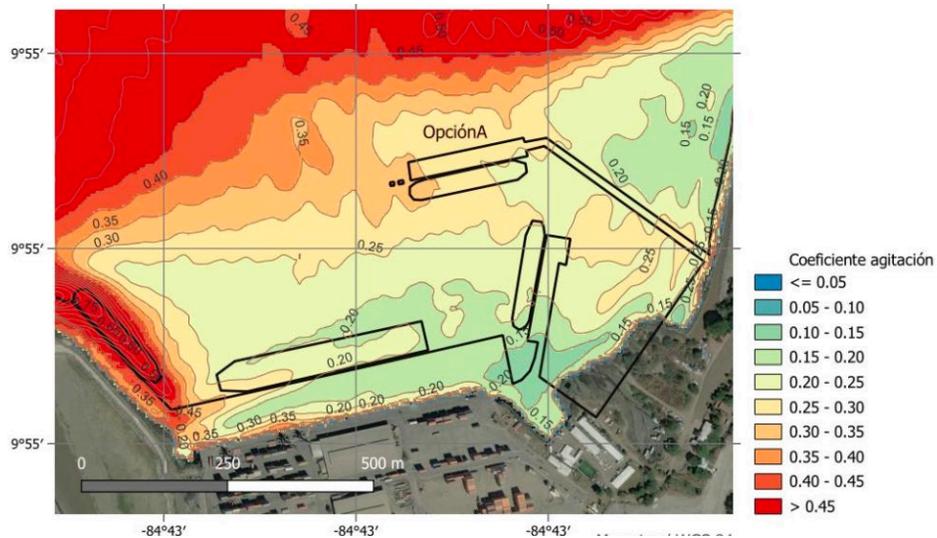


Figura 1.- Variación del coeficiente de transferencia para las condiciones de oleaje más frecuentes, IFC, Moffatt & Nichol, 2024

En 2019, ICTSI solicitó a la empresa consultora especializada Berenguer Ingenieros la realización de un estudio de clima y oleaje con el objetivo de analizar las condiciones de abrigo en el interior de la dársena actual de Puerto Caldera. Este análisis se llevó a cabo en el marco de una Iniciativa Privada (IP) presentada por ICTSI ante el Consejo Nacional de Concesiones en diciembre de 2019, la cual tenía como objeto el diseño, construcción, mantenimiento, modernización y explotación, dentro del modelo contractual de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, de una terminal portuaria multipropósito en Puerto Caldera y consta en los registros del Consejo Nacional de Concesiones y de INCOP.

Los resultados obtenidos en dicho estudio están alineados con los del análisis realizado por Moffatt & Nichol en 2024. En particular, el estudio de Berenguer Ingenieros evaluó la agitación en un muelle ubicado dentro del rompeolas actual (Zona 1-A) y en el muelle granelero (Zona 4). Las conclusiones indican que la agitación en el futuro muelle de Carga General sería entre un 45% y un 50% mayor que la registrada en el muelle de graneles, evidenciando condiciones significativamente más severas que comprometen la operatividad del nuevo atraque en las condiciones actuales.

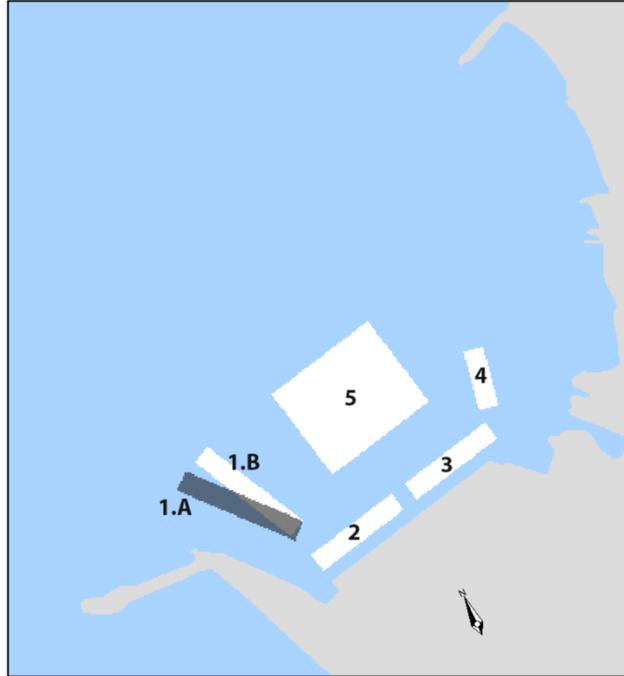


Figura 2.- Ubicación zonas de cálculo, Estudio de Clima y Propagación en Puerto Caldera, Berenguer Ingenieros, 2019

ZONAS	EST. ACT		ALT. B	ALT. A - V2	ALT. B - V2	ALT. B - V6	
	12 s	15 s	12 s	12 s	12 s	12 s	15 s
1-A	0,25	0,32	xxx	0,07	xxx	xxx	xxx
1-B	0,23	0,29	0,07	xxx	0,07	0,06	0,08
2	0,15	0,18	0,05	0,06	0,05	0,05	0,07
3	0,13	0,16	0,06	0,06	0,06	0,05	0,07
4	0,17	0,22	0,07	0,07	0,07	0,06	0,10
5	0,21	0,27	0,10	0,10	0,10	0,09	0,12

Figura 3.- Coeficientes medios totales en las zonas de atraque y maniobra, Estudio de Clima y Propagación en Puerto Caldera, Berenguer Ingenieros, 2019

Estos análisis permiten afirmar que la viabilidad funcional del nuevo atraque estaría seriamente comprometida en las condiciones actuales, lo que hace indispensable implementar intervenciones adicionales en términos de diseño, como la construcción de nuevas obras de abrigo para garantizar su operatividad.

Adicionalmente, el análisis de la propagación del oleaje hacia el interior del puerto, realizado en el estudio citado, identifica una concentración significativa de energía a lo largo del costado interior del rompeolas existente. Esta situación evidencia la

necesidad de reforzar la protección de la dársena mediante la construcción de un rompeolas adicional orientado hacia el norte, el cual sería una obra adicional al rompeolas existente.

En cuanto a la evaluación de la operatividad del nuevo atraque para carga general, considerando el nivel medio de agitación, los resultados de la simulación numérica de la configuración propuesta se ilustran en las figuras siguientes, las cuales demuestran el impacto positivo que estas medidas podrían tener en la funcionalidad del puerto.

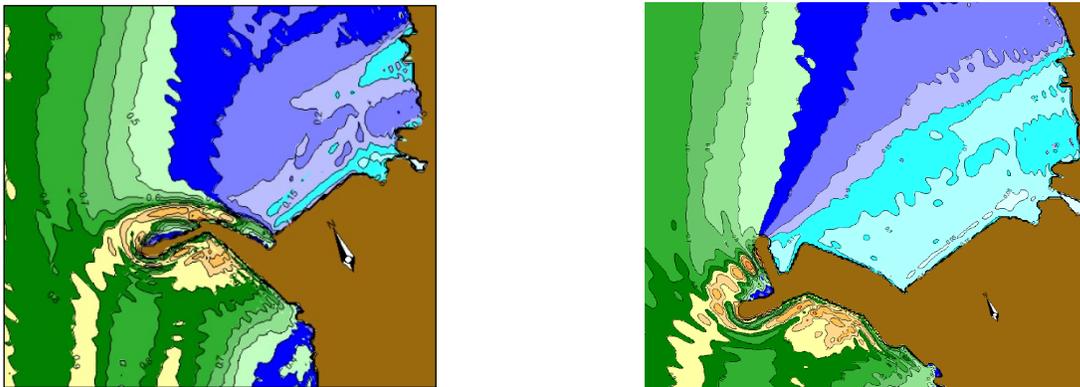


Figura 4.- Coeficientes medios totales en el Estado Actual y en la Alternativa con nuevo rompeolas, Estudio de Clima y Propagación en Puerto Caldera, Berenguer Ingenieros, 2019

Al comparar la figura que representa el estado actual del puerto (izquierda) con aquella que muestra el efecto de la construcción del nuevo rompeolas (derecha), se observa claramente que esta intervención elimina el flujo de concentración de energía que actualmente penetra en la dársena. Esto no solo reduce significativamente la entrada de energía en dicha área, sino que también mitiga la entrada masiva de arena que ocurre junto al costado interior del dique, mejorando de manera sustancial las condiciones operativas y reduciendo los riesgos asociados al mantenimiento y la funcionalidad del puerto.

El nuevo atraque presenta un nivel de agitación significativamente moderado y, lo que resulta más relevante, el frente de la ola que incide sobre este lo hace alineado con el eje longitudinal del buque atracado. Estas dos mejoras son cruciales para

lograr una reducción sustancial del down-time esperado en la operatividad del muelle, optimizando su funcionalidad y eficiencia.

Adicionalmente, se destaca una reducción superior al 50% en el nivel medio de agitación en la zona media de la dársena, donde se llevan a cabo las maniobras de parada, viro y aproximación a los atraques. Esta mejora tiene un impacto positivo en las condiciones operativas de los muelles de contenedores y graneles, aumentando su productividad y seguridad.

Infracciones imputadas al cartel o a las especificaciones técnicas relacionadas con la necesidad de construir un rompeolas al Muelle de Carga General:

1. Falta de previsión en los requerimientos mínimos del cartel

El cartel no incluye la construcción de un rompeolas como parte de los requerimientos mínimos, a pesar de que los estudios de oleaje y agitación evidencian que esta infraestructura es indispensable para garantizar la operatividad técnica del Muelle de Carga General. Esta omisión contradice el principio de valor por el dinero (artículo 2.b de la Ley de Contratación Administrativa), ya que sin esta obra, la inversión inicial pierde sentido operativo y financiero, resultando en un uso ineficiente de los recursos públicos.

2. Ausencia de consideración técnica integral

Los estudios disponibles en el expediente licitatorio identifican condiciones severas de agitación y oleaje que comprometen la funcionalidad del muelle. Sin embargo, el cartel no refleja estas condiciones en sus requerimientos mínimos ni propone soluciones adecuadas, como la construcción de un rompeolas. Esto implica un incumplimiento del principio de eficacia (artículo 2.e), pues las obras no lograrán cumplir plenamente su objetivo operativo ni satisfacer el interés público.

3. Violación al principio de sostenibilidad

La omisión de la construcción de un rompeolas genera riesgos operativos y de seguridad a largo plazo, como la acumulación de sedimentos y afectaciones por

oleaje en el Muelle de Carga General, lo que impacta negativamente la sostenibilidad operativa y ambiental del puerto. Esto contraviene el principio de sostenibilidad social y ambiental (artículo 2.d).

4. Falta de alineación con los estándares del mercado internacional

Al no incorporar las mejores prácticas de infraestructura portuaria, como las obras de abrigo para garantizar la funcionalidad operativa en condiciones adversas, el cartel incumple el principio de vigencia tecnológica (artículo 2.g), lo que podría limitar la competitividad del puerto en el mercado global.

5. Riesgo de subutilización de la infraestructura

La omisión del rompeolas en los requerimientos mínimos puede llevar a que el Muelle de Carga General no alcance los estándares de servicio exigidos, afectando la prestación del servicio público y vulnerando el principio de igualdad y libre competencia (artículo 2.f). Los oferentes, al competir bajo condiciones no realistas, podrían ofrecer propuestas que no garanticen la operatividad requerida.

6. Deficiencia en la evaluación de impactos financieros

La falta de un análisis financiero que contemple el impacto de la construcción del rompeolas en las tarifas "all-in" podría generar un desequilibrio financiero en la concesión. Esto contraviene el principio de intangibilidad patrimonial (artículo 2.i), ya que el concesionario asumiría riesgos no previstos por la Administración.

7. Falta de Incorporación de Obras Técnicamente Necesarias desde el Inicio de la Concesión

El cartel omite incluir como requerimientos mínimos las obras adicionales necesarias para garantizar la operatividad eficiente de la Terminal de Carga General, a pesar de que los estudios técnicos evidencian su necesidad desde el inicio de la concesión. Estas obras son indispensables para cumplir con estándares de funcionalidad y competitividad, como la construcción del rompeolas y un segundo muelle de granel. Esto contraviene el principio de eficiencia y eficacia, al no garantizar el uso óptimo de los recursos ni la consecución efectiva de los fines

públicos. Además, incumple el principio de valor por el dinero, al no incluir desde el inicio las inversiones que técnicamente se sabe serán necesarias, aumentando el riesgo de costos adicionales y retrasos en el futuro.

8. Incertidumbre en el Presupuesto de Referencia y Tarifas

La ausencia de estas obras en el presupuesto de referencia y en el cálculo de las tarifas "All Inclusive" implica que no se han considerado todos los costos necesarios para la viabilidad operativa del proyecto, lo que afecta la transparencia y la previsibilidad de los términos de la licitación. Esto transgrede el principio de transparencia, ya que no se proporciona información completa, clara y precisa sobre los costos y requisitos del proyecto. Además, atenta contra el principio de igualdad y libre concurrencia, al no garantizar que los oferentes compitan en condiciones justas y equitativas, particularmente al no establecer parámetros claros que reflejen la realidad operativa.

PETICION: Por las razones expuestas, se solicita respetuosamente que se instruya a la Administración Concedente para modificar el cartel e incorporar, como requisitos mínimos obligatorios para todos los oferentes, la construcción de obras de rompeolas necesarias para garantizar la operatividad y viabilidad del Muelle de Carga General. Estas obras adicionales deben formar parte del presupuesto de referencia del proyecto y ser incluidas en el estudio de viabilidad financiera, reflejando su impacto en las tarifas "all-inclusive" y en los plazos de construcción, los cuales deberán ser ajustados de manera proporcional a la magnitud de las obras requeridas. Esto asegurará que el proyecto cumpla con los estándares técnicos, operativos y financieros necesarios para satisfacer el interés público.

e. SATURACIÓN DEL ACTUAL MUELLE DE GRANEL (PUESTO 4) IMPONE LA NECESIDAD DE CONSTRUCCIÓN DE OBRAS ADICIONALES PARA LA OPERACIÓN DE GRANEL COMO REQUERIMIENTO MÍNIMO

De acuerdo con los Informes de Fiscalización disponibles, la tasa de ocupación del puesto 4 supera el 90%, reflejando un uso crítico del muelle. Aunque los informes no especifican la metodología exacta utilizada para calcular este indicador, se

deduce que se trata de una tasa de ocupación física en términos brutos, es decir, sin descontar tiempos de inactividad atribuibles a factores externos al concesionario, como condiciones climatológicas principalmente.

En todo caso, todos los informes destacan de manera reiterada que el puesto 4 enfrenta un uso excesivo. A continuación, se presentan las tasas de ocupación registradas en diferentes períodos:

Período	Tasa de ocupación del puesto 4
Segundo semestre de 2020	95%
Primer semestre de 2022	85%
Segundo semestre de 2023	91%

Con base en los Statement of Facts de los últimos tres meses (agosto, septiembre y octubre de 2024), se ha calculado la tasa de ocupación física del puesto 4 en términos brutos, obteniendo un promedio de 97.2%. Este cálculo considera el tiempo de ocupación del muelle desde que se larga la primera línea del buque a tierra hasta el zarpe de la nave. Los resultados del cálculo son los siguientes:

Período	Tasa de ocupación del puesto 4
Agosto de 2024	95.2%
Septiembre de 2024	98.2%
Octubre de 2024	98.2%

Estas cifras indican que el puesto 4 está en un estado de saturación total. Cabe señalar que la tasa de ocupación nunca podrá alcanzar el 100%, ya que se requiere que el muelle debe quedar libre entre el zarpe de un buque y el atraque del siguiente.

Si bien el cálculo de la tasa de ocupación no descuenta explícitamente los tiempos de inactividad relacionados principalmente con las afectaciones climatológicas

(como sí se exige en el contrato), se puede asumir que la tasa neta no varía significativamente respecto al 97.2% registrado de agosto a octubre de 2024, ya que los impactos operativos de la lluvia afectan de manera uniforme tanto cuando hay buques atracados como cuando no.

Adicionalmente con base en los Statement of Facts, se observa que la productividad de muelle neta de factores climatológicos en el puesto 4 del operador actual está en línea con los estándares de servicio de terminales comparables. En concreto, si se excluye la inactividad por factores climatológicos, la productividad de muelle de las operaciones en el puesto 4 es la siguiente para cada segmento de negocio:

- Granos: 394 t/h (para embarques de más de 5.000 t)
- Fertilizante: 238 t/h (para embarques de más de 5.000 t)
- Granel industrial: 370 t/h (para embarques de más de 5.000 t)

En conclusión, sin cambios relevantes en la infraestructura (segundo muelle de granel) o en el equipamiento (sistema de descarga de alto rendimiento y galpones), no será posible que el nuevo concesionario pueda conseguir una ocupación por debajo del 75% incluso aumentando de forma sensible el nivel de productividad t/h actual.

Infracciones precisas imputadas al cartel y especificaciones técnicas:

1. Ausencia de previsión adecuada de infraestructura para atender la saturación crítica del muelle de granel (puesto 4):

El cartel no incorpora como requerimiento mínimo la construcción de un segundo muelle de granel ni un sistema de descarga de alto rendimiento y galpones, a pesar de la saturación documentada del puesto 4. Esto implica una omisión grave en la planificación estratégica de las necesidades del puerto, comprometiendo la funcionalidad y operatividad a corto y largo plazo.

2. Violación al principio de eficiencia:

La saturación del puesto 4 y la falta de capacidad adicional prevista en el cartel limitan la capacidad del puerto para cumplir con las demandas operativas actuales y futuras, resultando en ineficiencias operativas y costos adicionales para el concesionario y los usuarios. Esto contraviene el principio de eficiencia que exige optimizar los recursos públicos para alcanzar los objetivos del proyecto.

3. Violación al principio de interés público:

El diseño actual del cartel no garantiza la continuidad operativa del puerto ni responde a las necesidades económicas y logísticas del país. La falta de infraestructura adicional afecta directamente al comercio nacional e internacional, perjudicando el interés público.

4. Falta de alineación con el principio de sostenibilidad:

No incluir un segundo muelle de granel y mejoras en el equipamiento perpetúa una operación insostenible, forzando el uso excesivo de una infraestructura ya saturada y sin capacidad para manejar el crecimiento proyectado.

5. Desconocimiento del principio de planificación y previsión:

La omisión de infraestructura adicional en los requerimientos mínimos contradice el deber de la Administración de prever y planificar adecuadamente las necesidades futuras del puerto para garantizar la eficiencia y la calidad del servicio.

6. Quebranto del principio de igualdad y libre competencia:

La falta de requerimientos mínimos claros para atender la saturación del puesto 4 pone en desventaja a los oferentes que podrían proponer soluciones innovadoras, ya que la ejecución de obras adicionales impacta negativamente en la competitividad económica de sus ofertas frente a otros participantes.

7. Falta de Incorporación de Obras Técnicamente Necesarias desde el Inicio de la Concesión

El cartel omite incluir como requerimientos mínimos las obras adicionales necesarias para garantizar la operatividad eficiente del Muelle de Granel, a pesar de que los estudios técnicos evidencian su necesidad desde el inicio de la concesión. Estas obras son indispensables para cumplir con estándares de funcionalidad y competitividad, como la construcción de un segundo muelle de granel. Esto contraviene el principio de eficiencia y eficacia, al no garantizar el uso óptimo de los recursos ni la consecución efectiva de los fines públicos. Además, incumple el principio de valor por el dinero, al no incluir desde el inicio las inversiones que técnicamente se sabe serán necesarias, aumentando el riesgo de costos adicionales y retrasos en el futuro.

8. Incertidumbre en el Presupuesto de Referencia y Tarifas

La ausencia de estas obras en el presupuesto de referencia y en el cálculo de las tarifas "All Inclusive" implica que no se han considerado todos los costos necesarios para la viabilidad operativa del proyecto, lo que afecta la transparencia y la previsibilidad de los términos de la licitación. Esto transgrede el principio de transparencia, ya que no se proporciona información completa, clara y precisa sobre los costos y requisitos del proyecto. Además, atenta contra el principio de igualdad y libre competencia, al no garantizar que los oferentes compitan en condiciones justas y equitativas, particularmente al no establecer parámetros claros que reflejen la realidad operativa.

9. Postergación de Obras Necesarias Mediante Mecanismos de Desencadenantes de Inversión

La regulación de estas obras como desencadenantes de inversión a futuro, en lugar de requerimientos mínimos iniciales, dilata su ejecución, generando riesgos operativos y financieros que afectan tanto al concesionario como al interés público. Esto incumple el principio de sostenibilidad social y ambiental, al postergar medidas que impactan directamente la funcionalidad del puerto y su capacidad para atender

la creciente demanda, comprometiendo su desarrollo a mediano y largo plazo. Asimismo, afecta el principio de intangibilidad patrimonial, al trasladar riesgos innecesarios al concesionario.

10. Falta de Análisis Financiero Integral y Ajuste de Plazos

El cartel no incluye un análisis financiero integral que contemple el impacto de las necesidades reales identificadas por los mismos estudios que la Administración contrató, y el reflejo de estas obras adicionales en las tarifas y plazos de construcción, lo que genera incertidumbre económica para los oferentes y limita la viabilidad financiera del proyecto. Esto transgrede el principio de mutabilidad del contrato, ya que no se prevén las modificaciones necesarias para ajustar las condiciones del proyecto en función de las necesidades reales identificadas.

11. Impacto Negativo en la Competitividad del Proyecto

La falta de incorporación de las obras necesarias compromete la competitividad del puerto, afectando su capacidad para atender a los usuarios y garantizar condiciones adecuadas de operación. Esto va en contra de los objetivos establecidos en la cláusula 1.4 del cartel. Esto contraviene el principio de valor por el dinero, al no maximizar los recursos públicos invertidos ni garantizar resultados que satisfagan las necesidades del puerto. También afecta el principio de eficacia, al no asegurar que los objetivos de la licitación se alcancen de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de calidad.

PETICION: Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente que se instruya a la Administración Concedente a modificar el cartel, incorporando como requisitos mínimos las obras adicionales necesarias para garantizar una operación eficiente y sostenible del segmento de granel. Estas obras, cuya necesidad técnica está claramente demostrada, deben ser incluidas como indispensables desde el inicio de la concesión, en lugar de ser reguladas como un desencadenante de inversión futuro sujeto a procedimientos innecesarios que solo generarían retrasos y posibles ineficiencias.

Asimismo, estas obras deben ser obligatorias para todos los oferentes, integrarse al presupuesto de referencia del proyecto y formar parte del estudio de viabilidad financiera, reflejando su impacto en las tarifas "All Inclusive". Esto incluye un ajuste al alza que permita asegurar la sostenibilidad económica del proyecto y mantener los estándares de competitividad del puerto.

Adicionalmente, se debe contemplar un ajuste razonable en los plazos de construcción, asegurando que estas inversiones se ejecuten de manera adecuada y en beneficio de los objetivos del proyecto. Esta solicitud se fundamenta en el principio de eficiencia, que obliga a incorporar como requerimiento mínimo las obras necesarias y técnicamente justificadas, evitando retrasos derivados de procedimientos posteriores que pueden comprometer tanto el interés público como el cumplimiento de los objetivos de la concesión.

f. PERIODO DE CONSTRUCCION DE 30 MESES INSUFICIENTE PARA EJECUTAR LAS OBRAS.

El cartel de licitación para la Concesión, según lo dispuesto en la cláusula 2.4.2 del Contrato, establece que todas las obras previstas deberán estar construidas, concluidas y operativas dentro de un plazo de treinta (30) meses a partir de la emisión de la Orden de Inicio de Construcción por parte de la Administración Concedente. Asimismo, se indica que el concesionario será responsable, durante toda la vigencia del contrato, de realizar los dragados de capital y mantenimiento en todas las áreas marítimas necesarias para garantizar una operación segura y eficiente de la Concesión. Esto incluye el cumplimiento de las profundidades operativas establecidas en los Anexos No. 11 ("Anexo Técnico") y No. 18 ("Estándares de Servicio"), además de la presentación semestral de informes de estudios de batimetría a la Administración Concedente.

El contrato exige que las obras de requerimiento mínimo, que incluyen la construcción de más de 800 metros de línea de muelle, entre otras intervenciones de diversa índole, se finalicen en un plazo inferior a 30 meses. Sin embargo, no se presenta un programa de trabajo que respalde dicho plazo. Si bien la Administración Concedente puede fijar plazos obligatorios para los oferentes, estos deben basarse

en un cronograma técnico y debidamente fundamentado, que detalle de manera clara e inequívoca todas las actividades necesarias. Este programa debe incluir elementos esenciales como la ruta crítica, las holguras, la asignación de recursos, los frentes de trabajo y el desglose detallado de las actividades a desarrollar durante la fase de construcción.

Considerando que la fase de construcción constituye una de las áreas más críticas en un proyecto de concesión como el presente, donde se concentran la mayor inversión y los riesgos más significativos, es imperativo que la Administración Concedente proporcione a los oferentes insumos técnicos claros para fundamentar el cumplimiento del plazo obligatorio establecido.

Tomando en consideración que la construcción es una de las áreas más críticas de un proyecto de concesión como el que nos ocupa, donde la principal inversión y el riesgo se encuentran en actividades constructivas, la Administración Concedente debe por imperativo darles a los oferentes insumos para orientar el sometimiento de la oferta a ese plazo adhesivo.

Ejemplos recientes de obras similares en el mercado internacional, como el Muelle Multipropósito C y el Dragado del Área de Maniobras en el Puerto de Montevideo, Uruguay, demuestran que un calendario de 30 meses es prácticamente inalcanzable para la magnitud y complejidad de estas intervenciones.

En este sentido el contrato debería regular los tiempos máximos con los hitos más importantes y sus plazos expresados en las mejores prácticas de ingeniería y razonables para su construcción, priorizando cada actividad para establecer un programa de trabajo acorde y realista con el alcance del proyecto conforme con la industria

Es fundamental que este Órgano Contralor tome nota de que el contrato, al establecer un plazo máximo de 30 meses, coloca al concesionario en una situación de incumplimiento inevitable. Tal como se ha expuesto, dicho plazo es insuficiente para cumplir con el alcance de las obras requeridas, lo que generaría penalizaciones injustas y riesgos innecesarios para el concesionario.

Otro aspecto fundamental que justifica la extensión del plazo de construcción radica en la necesidad, específica de este caso, de mantener la operatividad normal del puerto utilizando las mismas infraestructuras que deben ser modificadas durante el desarrollo del proyecto. Entre estas infraestructuras se encuentran:

- Muelle sobre los que se extienden los atraques 1, 2 y 3.
- La pavimentación de áreas de almacenamiento y circulación en la explanada portuaria.
- Los accesos generales al puerto.
- El acceso al muelle de graneles.
- La demolición de edificios y bodegas existentes.
- La construcción de nuevos edificios.
- La implantación de redes de agua y energía.
- La construcción de una terminal ferroviaria en las zonas de almacenamiento.

A esta cantidad de obras que se tienen que ejecutar sobre infraestructuras, zonas o instalaciones actualmente operativas, debe añadirse la complejidad del espacio físico de superficie limitada en el que se concentran todas ellas y que, posiblemente, requiera tener que establecer zonas de resguardo para la operación de los medios de construcción (pontonas, grúas, camiones, vagonetas, retroexcavadoras, personal, equipos, suministros, etc.).

En ausencia de un programa de trabajo detallado, una primera estimación simplificada de los plazos necesarios para la ejecución de algunas de las unidades de obra más representativas pone en evidencia que el plazo de 30 meses es insuficiente. Por ejemplo, para el mejor análisis del Órgano Contralor, valga decir que si se optara por una tipología de plataforma sobre pilotes para las nuevas obras de atraque, se requeriría la hincada de aproximadamente 900 pilotes. Suponiendo un rendimiento promedio optimista de 1,2 pilotes por jornada laboral, serían necesarias al menos 750 jornadas, equivalentes a 29 meses de trabajo exclusivamente para esta actividad. A este plazo habría que sumar el tiempo requerido para actividades subsiguientes, como el hormigonado de vigas y losas, instalación de bolardos y defensas, y la puesta en operación de los muelles, lo que demandaría al menos 12

meses adicionales. En total, solo las obras marinas requerirían aproximadamente 41 meses de ejecución.

Cabe destacar que estos cálculos se basan en ritmos de trabajo extrapolados de proyectos de tipología similar, donde las operaciones portuarias existentes no enfrentaban el nivel de interferencia que presenta el caso de la Modernización de Puerto Caldera.

El documento "Formulación del Proyecto a Nivel de Factibilidad", elaborado por el IFC para INCOP en 2024 y utilizado como referencia para esta licitación, en su apartado 2.8.8.10.2.- Rendimientos, establece un rendimiento para la hinca de pilotes de 1 pilote por jornada laboral. Según el diseño del IFC, se requieren 779 pilotes, lo que equivale a 779 jornadas de trabajo, o 30 meses de trabajo, solo para la instalación de pilotes de acero. Además, debido a la obligación de mantener la operación del puerto durante la construcción, no será posible trabajar en múltiples frentes de obra al mismo tiempo, lo que agrava las limitaciones del plazo establecido, pudiendo afirmar que el proyecto según la concepción del IFC tampoco se podrá ejecutar en los 30 meses puestos como máximo para la finalización de todas las obras.

Por otro lado, en el mismo capítulo de dicho documento se señala que los trabajos de dragado requerirán 1.184 jornadas, equivalentes a más de tres años de trabajo ininterrumpido, lo que claramente excede las expectativas de 30 meses para el desarrollo del proyecto.

Finalmente, se debe considerar la consolidación de los rellenos en las nuevas superficies de las zonas de carga general y graneles sólidos. Es fundamental mitigar los riesgos derivados de la licuefacción del material granular de relleno, especialmente en caso de episodios sísmicos. Además de realizar una adecuada selección del material de relleno, este proceso requiere técnicas avanzadas, como compactación dinámica, precargas, inyecciones y mechas drenantes, para mitigar riesgos de licuefacción y asegurar la estabilidad a largo plazo de las áreas rellenadas. Estas técnicas implican plazos prolongados antes de proceder con la

instalación de pavimentos e infraestructuras, haciendo que el plazo de 30 meses resulte contrario a la técnica.

Infracciones precisas imputadas al cartel o especificaciones técnicas, y violaciones de principios fundamentales de la contratación administrativa

1. Plazo no fundamentado técnicamente para la construcción de las obras (30 meses)

La Administración Concedente estableció un plazo de 30 meses para la ejecución de todas las obras de requerimiento mínimo sin un programa de trabajo detallado que respalde técnicamente la viabilidad de este plazo. Este requerimiento carece de un análisis técnico que evidencie cómo se cumplirán todas las actividades críticas dentro del tiempo estipulado. No puede ser arbitrario.

Violación:

Principio de Eficiencia: El plazo no refleja un uso óptimo de los recursos ni garantiza la viabilidad técnica del proyecto. La insuficiencia del tiempo asignado impacta negativamente en la calidad y sostenibilidad de las obras.

Principio de Igualdad y Libre Concurrencia: Este plazo puede desincentivar la participación de oferentes calificados que consideran inviable ejecutar el proyecto bajo las condiciones establecidas, restringiendo la competencia.

Principio de Transparencia: La ausencia de un cronograma técnico detallado vulnera la claridad y accesibilidad de información crítica para los oferentes.

2. Ausencia de un programa de trabajo técnico detallado

No se incluyó en el cartel un cronograma técnico con actividades críticas, holguras, frentes de trabajo y tiempos razonables para cada unidad de obra, lo cual es fundamental para respaldar el plazo propuesto.

Violación:

Principio de Transparencia: Al no proporcionar un programa técnico detallado, se priva a los oferentes de información necesaria para elaborar ofertas competitivas y técnicamente viables.

3. Impacto en la operatividad del puerto durante la construcción

No se consideró de manera adecuada la necesidad de mantener la operación normal del puerto mientras se ejecutan las obras, lo cual introduce un grado significativo de complejidad que no fue reflejado ni en el plazo ni en las condiciones del cartel.

Violación:

Principio de Eficiencia: Ignorar este aspecto compromete el desempeño operativo del puerto y eleva los riesgos de retrasos y conflictos durante la construcción.

Principio de Sostenibilidad Social: La falta de previsión impacta negativamente en los usuarios y trabajadores del puerto, quienes enfrentarán interrupciones operativas no previstas.

4. Riesgos financieros injustificados para el concesionario

Establecer un plazo de construcción irrealizable expone al concesionario a penalizaciones injustas y riesgos financieros innecesarios, comprometiendo la viabilidad económica del proyecto.

Violación:

Principio de Intangibilidad Patrimonial: El plazo irrazonable afecta el equilibrio financiero del contrato, ya que impone condiciones que no son razonables ni alcanzables.

Principio de Valor por el Dinero: Los costos adicionales derivados de los retrasos y penalizaciones afectarían la eficiencia del uso de recursos públicos invertidos en la concesión.

5. Incompatibilidad con estándares técnicos y mejores prácticas

El plazo de 30 meses contradice las mejores prácticas internacionales y los estándares técnicos aplicables, como los señalados en el documento de referencia elaborado por el IFC, que evidencian que las obras requerirían plazos significativamente más largos.

Violación:

Principio de Vigencia Tecnológica: No se consideraron los avances técnicos ni los ritmos reales de trabajo asociados con este tipo de proyectos, comprometiendo la calidad y la seguridad de las obras.

Principio de Integridad: Al no ajustarse a estándares técnicos reconocidos, el cartel compromete la credibilidad y el cumplimiento de los objetivos del proyecto.

PETICION: Por todo lo anteriormente expuesto, y considerando que la Administración Concedente ha establecido un plazo adhesivo de 30 meses en el cartel sin aportar la debida justificación técnica ni un desglose detallado de las actividades a realizar, incluyendo la probable ruta crítica de las mismas, solicitamos respetuosamente al Órgano Contralor instruir a la Administración para que ajuste el plazo de construcción contemplado en el contrato con base en los siguientes fundamentos:

Complejidad de las obras: La magnitud y diversidad de las obras previstas, que incluyen la construcción de más de 800 metros de línea de muelle, dragados extensivos, galpones, rompeolas y rellenos consolidados, requiere un tiempo considerable para su ejecución técnica y eficiente. Las estimaciones basadas en proyectos similares en el ámbito internacional han demostrado que estas actividades, por sí solas, exceden ampliamente el plazo de 30 meses.

Impacto en la operatividad del puerto: La necesidad de mantener la operación normal del puerto durante la construcción introduce un nivel significativo de complejidad logística y operativa. Esto afecta directamente los tiempos y secuencia de las actividades constructivas, al requerir fases cuidadosamente planificadas y zonas de resguardo para los equipos, materiales y personal, lo que inevitablemente prolonga los plazos.

Ausencia de justificación técnica: El plazo actual no se acompaña de un programa de trabajo técnico que valide su viabilidad. La falta de un cronograma detallado con identificación de actividades críticas, holguras y asignación de recursos no permite garantizar que el plazo sea realista ni alcanzable, generando riesgos innecesarios tanto para el concesionario como para el éxito del proyecto.

Estándares técnicos y mejores prácticas: Los ritmos de trabajo estimados para actividades específicas, como la hinca de pilotes, el dragado y la consolidación de rellenos, son incompatibles con el plazo establecido, según lo evidencian estudios de referencia como el documento “Formulación del Proyecto a Nivel de Factibilidad” elaborado por el IFC. Las mejores prácticas internacionales para proyectos de infraestructura portuaria de esta envergadura establecen plazos significativamente más largos para garantizar una ejecución segura, eficiente y de alta calidad.

Impacto económico y penalizaciones: El plazo exiguo establecido en el cartel coloca al concesionario en una situación inevitable de incumplimiento, exponiéndolo a penalizaciones injustas que podrían afectar la viabilidad financiera del proyecto. Una extensión del plazo permitiría mitigar estos riesgos y fomentar un proceso más justo y competitivo para los oferentes.

Por lo tanto, se solicita con el debido respeto al Órgano Contralor a requerir a la Administración Concedente un ajuste en el plazo del contrato de construcción, ampliándolo en al menos 24 meses adicionales. Asimismo, se solicita que dicho ajuste sea respaldado por un programa de trabajo técnico detallado, basado en los principios de eficiencia y razonabilidad, y que contemple las mejores prácticas de la industria para proyectos de esta magnitud y complejidad. Esto garantizará la

ejecución adecuada del proyecto, el cumplimiento de los objetivos operativos y económicos, y la protección del interés público.

- g. Permitir la presentación de soluciones alternativas de infraestructura, siempre que estas garanticen los niveles de servicio exigidos y cumplan con los objetivos operativos y comerciales definidos para el puerto de Caldera.**

Como principal puerto en la costa del Pacífico costarricense, el desempeño de Puerto Caldera tiene un impacto directo y significativo en la población y en la economía del país, al manejar una amplia variedad de productos esenciales para el comercio y el consumo nacional. Por esta razón, la modernización de este puerto representa una oportunidad crucial para fortalecer el comercio exterior y la economía nacional, consolidándolo como un motor estratégico de desarrollo.

Es indispensable que dicha modernización permita a Puerto Caldera maximizar su potencial, adaptarse a las crecientes y cambiantes demandas del comercio internacional, y mantener su relevancia y competitividad en el mercado global. No obstante, los requerimientos técnicos mínimos establecidos en el cartel del proceso licitatorio limitan considerablemente las opciones de desarrollo, restringiendo la posibilidad de alcanzar estos objetivos estratégicos. Esta estructuración podría condenar al puerto a una posición comercial desventajosa durante un período prolongado, impidiendo que responda adecuadamente a las necesidades del país y afectando negativamente su comercio internacional, tal cual es el caso hoy.

Una estrategia fundamental para maximizar el potencial de Puerto Caldera consiste en atraer servicios directos de contenedores provenientes de Asia, lo cual transformaría de un puerto feeder a un puerto principal. Esta transición permitiría una reducción significativa en los costos de transporte marítimo, incrementando la competitividad de la economía costarricense en los mercados globales.

En este contexto, se recomienda que el cartel del proceso licitatorio sea modificado para permitir que los oferentes presenten soluciones alternativas de infraestructura,

siempre que estas cumplan con los niveles de servicio exigidos y los objetivos operativos y comerciales definidos para el puerto. Dicha modificación otorgaría a los adjudicatarios la flexibilidad necesaria para diseñar e implementar soluciones innovadoras y adaptadas a las necesidades reales del puerto, optimizando los recursos disponibles, enfrentando los retos futuros y garantizando una modernización sostenible y eficiente de Puerto Caldera.

Lo anterior se fundamenta en los siguientes argumentos:

Adecuación de los requerimientos técnicos mínimos a las necesidades futuras del puerto:

1. Los requerimientos técnicos mínimos descritos en el cartel del proceso licitatorio no han tenido en cuenta requerimientos comerciales esenciales para maximizar el potencial de Caldera. En este sentido, consideramos indispensable que el puerto pueda atender simultáneamente dos buques portacontenedores de más de 300 metros de eslora dentro del periodo de concesión, particularmente creemos que será necesario entre los años 2030 y 2035, si no antes o incluso desde el inicio de la nueva concesión. Esto será esencial para atraer servicios directos desde Asia, cuyos buques superan los 330 metros de eslora y actualmente no pueden entrar en el puerto. Sin embargo, los requerimientos técnicos no exigen el desarrollo de dichas capacidades en ningún momento durante los 35 años del contrato y no le dan la flexibilidad a los oferentes para proponer alternativas que atiendan estos requisitos comerciales que no sean simplemente invertir más de lo exigido en los requisitos mínimos, dado que la ejecución de inversiones adicionales resta competitividad a la oferta económica del oferente de cara a la adjudicación. El hecho de no haber previsto la necesidad de atender simultáneamente dos buques portacontenedores de más de 300 metros de eslora podría poner nuevamente en riesgo la relevancia y posición competitiva de Puerto Caldera en el futuro y durante un largo periodo de tiempo hasta la finalización ordinaria del contrato

2. Los criterios definidos en el cartel para la evaluación de las ofertas limitan los incentivos para que los oferentes elaboren soluciones más ambiciosas y adecuadas a las necesidades futuras del puerto. El parámetro crítico para la adjudicación del proceso es el descuento que los oferentes realicen sobre las tarifas all-in máximas aprobadas por ARESEP por tipo de carga, una vez que las ofertas técnicas hayan sido consideradas admisibles. De esta forma, los oferentes no tienen incentivo en desarrollar soluciones de infraestructura con un mayor alcance y costo asociados, dado que podrían impactar negativamente en las tarifas de equilibrio y perjudicar la competitividad de su oferta económica.
3. Los requerimientos técnicos mínimos para el diseño conceptual condicionan sensiblemente la posibilidad del adjudicatario de adoptar diferentes alternativas para el desarrollo futuro de las instalaciones portuarias de Caldera.

Soluciones alternativas que permiten resultados equivalentes o superiores:

1. Existen soluciones alternativas de infraestructura que podrían garantizar los estándares de servicio propuestos y permitirían atender simultáneamente dos buques portacontenedores de más de 300 metros de eslora.
2. Estas soluciones alternativas podrían también reducir las interrupciones en las operaciones existentes durante el proceso de construcción, lo que redundaría en menores afectaciones a la continuidad operativa del puerto.
3. Asimismo, existen soluciones que permitirían al puerto recibir buques más grandes que los que se reciben actualmente en un plazo menor al que se conseguiría desarrollando los trabajos propuestos como requerimientos técnicos mínimos para el diseño conceptual.

Flexibilidad y eficiencia en la inversión:

1. La solución de infraestructura escogida no permite encajar de una forma sencilla los requerimientos cambiantes del mercado a corto, medio y largo plazo.

2. Consideramos que permitir propuestas alternativas de infraestructura, que no sean simplemente invertir más del mínimo requerido, fomentará la presentación de soluciones más innovadoras y adaptadas a las demandas reales del mercado, optimizando los recursos y garantizando resultados operativos equivalentes o superiores, permitiendo a los oferentes mantener la competitividad de sus propuestas.

Infracciones imputadas al cartel y sus implicaciones

a. Deficiencia en la adecuación de los requerimientos técnicos mínimos a las necesidades del país

El cartel limita la capacidad de los oferentes para proponer soluciones que maximicen el potencial de Puerto Caldera, al restringir los requerimientos técnicos mínimos a parámetros que no consideran las necesidades futuras del puerto ni los cambios en el mercado internacional. Esto es particularmente evidente al no prever la capacidad de atender simultáneamente dos buques portacontenedores de más de 300 metros de eslora.

Violación:

Principio de eficacia y eficiencia: No se optimiza el uso de recursos ni se fomenta el desarrollo de soluciones que respondan a las necesidades reales del puerto.

Principio de sostenibilidad: Al no permitir soluciones adaptables al crecimiento futuro del comercio internacional, se compromete la competitividad y sostenibilidad del puerto a mediano plazo.

Principio de igualdad y libre competencia: Al restringir la flexibilidad de los oferentes, se limita su capacidad de presentar soluciones innovadoras y más competitivas.

b. Falta de incentivos para la presentación de propuestas innovadoras y competitivas

La estructura del cartel prioriza únicamente el descuento sobre las tarifas "all-in" máximas aprobadas, lo que desincentiva a los oferentes a invertir en soluciones de mayor alcance, ya que esto podría perjudicar la competitividad de su oferta económica.

Violación:

Principio de valor por el dinero: Al limitar los incentivos para soluciones innovadoras, no se garantiza que el puerto obtenga la mejor relación costo-beneficio.

Principio de transparencia: No se ofrece una evaluación integral que fomente propuestas que respondan a las necesidades estratégicas del país.

c. Restricción en la flexibilidad para soluciones alternativas

El diseño conceptual obligatorio para el desarrollo del puerto condiciona la capacidad de los oferentes para proponer infraestructuras alternativas que podrían ser más efectivas y menos disruptivas durante la construcción.

Violación:

Principio de igualdad y libre competencia: Al limitar las alternativas de diseño, no se garantiza una competencia abierta y equitativa.

Principio de vigencia tecnológica: Se obstaculiza la posibilidad de incorporar avances técnicos o diseños modernos que podrían optimizar los resultados.

d. Implicaciones negativas para el interés público y el desarrollo económico del país

Al no permitir soluciones adaptadas a las necesidades reales del comercio internacional, el cartel condena a Puerto Caldera a una posición desventajosa,

perjudicando su potencial para fortalecer el comercio exterior y la economía nacional.

Violación:

Principio de eficacia: La estructura del cartel no refleja un compromiso con el interés público ni con la promoción del desarrollo económico nacional. Se compromete la capacidad del puerto para adaptarse a las demandas del comercio internacional, afectando negativamente su relevancia y competitividad.

e. Deficiencia en la planificación estratégica

No se incorporaron requerimientos comerciales esenciales, como la capacidad de atender buques de mayor eslora, ni se brindaron mecanismos para ajustar la infraestructura a las necesidades futuras del mercado.

Violación:

Principio de mutabilidad del contrato: No se establece un marco que permita ajustes estratégicos en el desarrollo del proyecto para adaptarse a las necesidades futuras.

Principio de transparencia: La falta de una visión estratégica integral en el diseño de los requerimientos técnicos genera incertidumbre sobre la viabilidad del proyecto en razón de la competitividad.

PETICIÓN: Por las razones expuestas y considerando la trascendencia económica y estratégica de Puerto Caldera para el país, respetuosamente se solicita que se instruya a la Administración Concedente para que modifique el cartel de licitación, permitiendo la presentación de soluciones alternativas de infraestructura. Estas soluciones deberán garantizar los niveles de servicio exigidos y cumplir con los objetivos operativos y comerciales definidos para el puerto, sin que se limite la posibilidad de los oferentes de proponer diseños más innovadores y adaptados a las necesidades reales del mercado.

Esta modificación permitirá que los oferentes tengan la flexibilidad de presentar propuestas que no solo cumplan, sino que superen los requerimientos técnicos mínimos establecidos, fomentando la adopción de soluciones sostenibles, competitivas y preparadas para los retos del comercio internacional. Además, contribuirá a garantizar que el puerto se mantenga competitivo a largo plazo, favoreciendo su transición a un puerto principal que pueda atraer servicios directos desde Asia, y promoviendo así la reducción de costos logísticos para el país.

De igual forma, se solicita que esta flexibilidad sea considerada como un criterio positivo dentro del proceso de evaluación de las ofertas, incentivando el diseño de proyectos que maximicen el potencial del puerto y aseguren su relevancia en el mercado global, sin perjudicar la competitividad económica de los oferentes.

h. FALTA DE EXCLUSIVIDAD.

La cláusula 1.15.4.3 del borrador de Contrato, relativa a los riesgos por nuevos proyectos y servicios de remolcadores, establece que:

"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."

Si bien INCOP tiene la facultad de concesionar otros puertos en el litoral pacífico, esta cláusula presenta serias deficiencias al no garantizar la exclusividad territorial para el concesionario y no proteger adecuadamente la viabilidad financiera del proyecto. Esta falta de previsión afecta directamente los principios fundamentales de la contratación administrativa y la seguridad jurídica del concesionario.

En primer lugar, en un proyecto de esta envergadura, que requiere una inversión significativa, la coexistencia de otro puerto en la misma región comprometería seriamente el volumen de carga manejado por el concesionario, afectando sus

ingresos y la sostenibilidad económica del proyecto. Este riesgo no puede ser mitigado únicamente con una fórmula de reajuste tarifario, pues el impacto de la disminución del mercado se traduce en una pérdida estructural que no se resuelve con un incremento en las tarifas, especialmente cuando estas ya están reguladas.

En segundo lugar, la cláusula introduce incertidumbre al condicionar la asunción de riesgos a que se demuestre que el proyecto portuario haya sido solicitado por la Administración Concedente. Este lenguaje no contempla situaciones en las que el desarrollo de un nuevo puerto sea promovido por terceros, incluso con permisos de otras entidades estatales o privadas, lo que podría generar una competencia directa sin que el concesionario tenga garantías de compensación. Además, la ambigüedad en los términos "asume los riesgos" y "alteración o afectación al Contrato de Concesión" deja al concesionario expuesto a interpretaciones discrecionales, sin criterios objetivos ni mecanismos claros para determinar cuándo un nuevo proyecto portuario puede considerarse lesivo para el contrato vigente.

Infracciones identificadas:

Violación al Principio de Equilibrio Económico-Financiero del Contrato: La ausencia de una exclusividad territorial explícita dentro de un radio razonable (se propone al menos 300 km) genera un riesgo que compromete la rentabilidad del concesionario.

En un proyecto que involucra un elevado monto de inversión, la coexistencia de otros puertos en la misma región, operados por terceros concesionarios, no solo reduciría significativamente el volumen de carga y los ingresos previstos, sino que también haría inviable cumplir con las tarifas máximas reguladas y mantener la calidad del servicio.

Ambigüedad e inseguridad jurídica en la cláusula 1.15.4.3: Condicionar la asunción de riesgos a que los nuevos proyectos hayan sido "solicitados" por la Administración Concedente introduce una incertidumbre jurídica. No queda claro si

esta disposición excluye proyectos portuarios promovidos por terceros o aquellos que obtengan permisos indirectos de otra entidad estatal.

Tampoco se establece un mecanismo claro para determinar qué constituye una "afectación" al contrato, dejando al concesionario en una posición vulnerable y sin garantías frente a desarrollos que compitan con Puerto Caldera.

El oferente que participa en este proceso de licitación lo hace con la expectativa legítima de cumplir con los términos del contrato y de contribuir al éxito del proyecto, no con el propósito de ser compensado por riesgos o contingencias que la Administración está en posición de prever y regular desde la etapa de diseño del cartel.

Es fundamental que la Administración asuma su rol de garante del equilibrio contractual y del adecuado diseño del proceso, identificando y mitigando los riesgos que puedan comprometer la ejecución del contrato. Los principios de eficiencia, transparencia y buena fe que rigen la contratación administrativa exigen que los elementos esenciales del proyecto, incluidos los factores que puedan impactar su viabilidad económica y operativa, sean analizados y regulados con precisión desde la convocatoria.

Por tanto, dejar abiertas posibilidades de riesgo que posteriormente deriven en indemnizaciones no solo afecta la confianza del concesionario en la estabilidad contractual, sino que también puede traducirse en ineficiencias que terminan perjudicando al interés público. La previsibilidad y la adecuada gestión de riesgos por parte de la Administración son indispensables para garantizar que el contrato sea ejecutable en condiciones justas y equitativas, sin necesidad de recurrir a litigios ni indemnizaciones que reflejen fallas en el diseño o la planificación inicial del proyecto.

Quebranto del Principio de Eficiencia: Permitir la competencia entre proyectos portuarios concesionados en la misma región sin otorgar exclusividad territorial contradice el Principio de Eficiencia, pues genera una duplicidad de infraestructuras

en una zona geográfica limitada, lo que puede resultar en una asignación ineficiente de los recursos públicos y privados. Además, compromete la sostenibilidad del proyecto concesionado, afectando el interés público y la viabilidad financiera de los servicios portuarios.

Incumplimiento del Principio de Buena Fe y Previsibilidad: La falta de exclusividad territorial en el litoral pacífico no solo afecta la seguridad jurídica del concesionario, sino que también incumple el Principio de Buena Fe, ya que la Administración Concedente no está garantizando un entorno competitivo justo para los oferentes ni la estabilidad necesaria para atraer inversiones de largo plazo.

Propuestas para la Modificación del Cartel: en aras de contribuir con la construcción del cartel que mejor sirva al interés público, se propone lo siguiente:

Inclusión de una cláusula de exclusividad territorial

Propuesta: El contrato debe establecer una exclusividad para el concesionario en la operación de cargas marítimas dentro de un radio no menor a 300 km del puerto de Caldera.

Justificación: Esta medida es indispensable para proteger la rentabilidad del proyecto, garantizar la recuperación de la inversión y evitar una competencia previsible e impuesta por la misma Administración que comprometa la viabilidad financiera del concesionario.

PETICIÓN: Por las razones expuestas, se solicita al Órgano Contralor que instruya a la Administración Concedente a modificar el cartel para incluir una cláusula que garantice exclusividad territorial para el concesionario dentro de un radio no menor a 300 km en el litoral pacífico y a revisar la conformidad de la cláusula 1.15.4.3 con los principios fundamentales de la contratación administrativa y las disposiciones legales aplicables en materia de equilibrio económico-financiero, según lo expuesto.

III. DERECHO:

Fundo la presente gestión recursiva en los artículos 11, 39, 41, 45, 182 de la Constitución Política, artículos 1, 2, 3, 15, inciso a, b, 16, 17, 18, 24, 34, 36, inciso e, y 41 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas, artículos 1, 2, 3, 12, 14, 15, 16, del Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, artículos 7, 11, 13 y 136 siguientes y concordantes de la Ley General de la Administración Pública, artículo 9 siguientes y concordantes de la Ley de la Promoción de la Competencia, así como de la Ley de Fortalecimiento de Las Autoridades de Competencia de Costa Rica, así como en la Ley de Contratación Pública y su Reglamento.

IV. PETICION GENERAL:

Con el debido respeto se solicita que se acojan las peticiones planteadas en el presente recurso y que, en consecuencia, se proceda a realizar los ajustes pertinentes en el cartel de la licitación, incluyendo la adecuación de los plazos de entrega de ofertas de conformidad con la normativa vigente. Asimismo, se requiere que se realice una revisión integral del cartel, conforme lo dispone el artículo 34, inciso 5 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, garantizando que este cumpla con los principios de transparencia, igualdad, eficiencia, sostenibilidad y competitividad que deben regir los procesos de contratación administrativa.

Es fundamental que los ajustes solicitados estén dirigidos a subsanar las deficiencias señaladas en el presente recurso, con el fin de asegurar que el proceso licitatorio satisfaga los objetivos principales del proyecto, resguarde el interés público y fomente una competencia justa que permita obtener las mejores condiciones técnicas, económicas y operativas para la modernización y operación del puerto de Caldera.

NOTIFICACIONES: Señalo el siguiente correo electrónico para recibir notificaciones: victor.j.mora@magnalexabogados.com

Víctor José Mora Schlager
Apoderado Especial
International Container Terminal Services, Inc.