

R-DCP-00004-2025

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Pública. San José, a las quince horas con cuarenta y cuatro minutos del veinte de enero de dos mil veinticinco.

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **APM TERMINALS B.V., SAAM PUERTOS S.A., DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC., INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC.** en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP** promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO (INCOP)** para la “Concesión de obra pública con servicio público para la modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera”.

RESULTANDO

I. Que el cinco de diciembre de dos mil veinticuatro, las empresas DP World CL Holding America Inc., SAAM Puertos, S.A., International Container Terminal Services, Inc. y APM Terminals B.V presentaron ante la Contraloría General de la República recurso de objeción en contra del pliego de condiciones de la Licitación Mayor No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP promovida por el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP).

II. Que mediante auto de las quince horas siete minutos del seis de diciembre de dos mil veinticuatro, esta División otorgó audiencia especial a la Administración licitante para que se pronunciara sobre los recursos de objeción interpuestos. Dicha audiencia fue atendida mediante el oficio No. CR-INCOP-PE-0830-2024 del dieciséis de diciembre de dos mil veinticuatro el cual se encuentra incorporado al expediente de la objeción.

III. Que mediante oficio No. CR-INCOP-PE-0800-2024 del nueve de diciembre de dos mil veinticuatro la entidad licitante solicitó prórroga para dar respuesta a la audiencia especial otorgada por este órgano contralor de las quince horas siete minutos del seis de diciembre de dos mil veinticuatro. Mediante auto de las catorce horas diecisiete minutos del doce de diciembre de dos mil veinticuatro, esta Contraloría General denegó la solicitud de prórroga para atender la audiencia.

IV. Que mediante resolución R-DCP-00088-2024 de las siete horas con cuarenta minutos del doce de diciembre de dos mil veinticuatro, este órgano contralor suspendió el cómputo del plazo para resolver los recursos de objeción interpuestos.

V. Que mediante auto de las ocho horas treinta y tres minutos del diecinueve de diciembre de dos mil veinticuatro este órgano contralor solicitó a la Administración licitante la remisión del expediente administrativo del concurso. Dicha solicitud fue atendida mediante oficio CR-INCOP-PE-0845-2024 del veinte de diciembre de dos mil veinticuatro.

VI. Que la presente resolución se emite dentro del plazo de ley, y en su trámite se han observado las prescripciones legales y reglamentarias correspondientes.

CONSIDERANDO

I. SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS. El artículo 34 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (en adelante LGCOP) establece la posibilidad de recurrir el pliego de condiciones ante este órgano contralor, en el caso de las licitaciones públicas promovidas al amparo de dicho instrumento legal. Anteriormente ya este órgano contralor ha señalado que el recurso de objeción se encuentra previsto en nuestro ordenamiento como el remedio que permite remover obstáculos injustificados o arbitrarios que impidan la libre participación, con la finalidad de respetar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato; de esta manera potenciales oferentes coadyuvan con la Administración en confección y depuración del pliego cartelario. El inciso 2 del mismo artículo 34 establece que todo oferente potencial o su representante, podrá interponer el recurso de objeción cuando considere que ha habido vicios de procedimiento, se ha incurrido en alguna violación de los principios fundamentales de la contratación o se ha quebrantado, en alguna forma, el ordenamiento regulador de la materia. En esa misma línea el artículo 15.2 del Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (en adelante RLGOP) dispone que el recurrente deberá indicar las infracciones precisas que se le imputan al cartel o a las especificaciones técnicas, con señalamiento de las violaciones de los principios fundamentales de la contratación administrativa, de las reglas de procedimiento o el quebranto, en alguna forma, del ordenamiento regulador de la materia. De tal manera que si bien el recurso de objeción representa una garantía a favor de los potenciales oferentes para poner a prueba la fundamentación de la Administración en relación con las cláusulas del pliego y poder eliminar del clausulado aquellos requerimientos que establezcan restricciones ilegítimas a la participación, esta garantía no resulta ser irrestricta y para ello el escrito de impugnación, además de identificar adecuadamente la

cláusulas recurridas, debe estar debidamente fundamentado. Lo cual implica no solo hacer un señalamiento respecto a la presunta ilegalidad o ilegitimidad de una cláusula cartelaria, sino que unido a ese planteamiento debe desarrollarse el argumento con la claridad requerida para demostrar precisamente ésta, aportando cuando así corresponda, la prueba respectiva. Esta fundamentación exige, que el objetante debe demostrar que lo solicitado por la Administración en el pliego de condiciones, limita de manera injustificada la libre participación en el concurso, afecta otros principios de la contratación administrativa o bien, quebranta normas de procedimiento o del ordenamiento jurídico general. Corresponde hacer hincapié en que resulta meritorio acreditar, a través de elementos probatorios pertinentes y suficientes, y no simplemente mencionar cuáles entiende el recurrente que desde su juicio resultan ser condiciones que deben eliminarse o modificarse en el pliego. Sobre este tema debe señalar este órgano contralor, que a pesar que las cláusulas cartelarias se presumen válidas, mediante el mecanismo procesal del recurso de objeción los sujetos legitimados, pueden solicitar la modificación o remoción de condiciones cartelarias que constituyan una injustificada limitación a los principios constitucionales que rigen la materia, eso sí, llevando el recurrente la carga de la prueba, por lo que su dicho debe ser adecuadamente acreditado y fundamentado, según lo establece la normativa aplicable. Lo anterior, por cuanto no debe perderse de vista que la Administración goza de amplia discrecionalidad en la definición de la cláusulas cartelarias, siendo entonces que corresponde al objetante demostrar de qué forma esa facultad ha sido realizada de manera ilegítima, sea mediante una restricción injustificada a los principios de la contratación administrativa o bien a un quebranto de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública. Por otra parte, debe tenerse presente además, que el recurso de objeción no constituye un mecanismo para que un determinado proveedor procure ajustar el cartel de un concurso a su particular esquema de negocio o características del objeto que pretende ofrecer o que está en capacidad de ofertar, pues de ser así estaríamos subordinado el cumplimiento del interés público al interés particular, lo cual, deberá tenerse presente cuando se señale falta de fundamentación en un determinado recurso. Puesto que tal y como se indicó, el reto al que se enfrenta el recurrente al momento de interponer su recurso, radica en desvirtuar la presunción de validez de la cláusula cartelaria, lo cual no se consigue simplemente mencionando o aduciendo, sino que se consigue probado. Por consiguiente, debe considerarse este apartado para aquellos puntos del recurso para los cuales se haga referencia a la ausencia o falta de fundamentación.

II. SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES. El artículo 34 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, que establece en el inciso 5 la obligación de esta Contraloría General de revisar el cartel en forma integral y de advertir a la Administración si existen vicios de procedimiento, si se ha incurrido en alguna violación de los principios de la contratación o se ha quebrantado en alguna forma la normativa vigente. Una vez recibido los recursos y en atención a dicha disposición normativa, se procede a realizar las siguientes advertencias:

1) Comisión de Evaluación. La Cláusula 7 del pliego se refiere a la Comisión de Evaluación y en el 7.1 se crea dicha comisión y además se indica que serán los encargados de la evaluación de las ofertas y de elaborar el Informe de Recomendación de Adjudicación a ser remitido a la Junta Directiva del INCOP.

En relación con dicha comisión es importante apuntar que el Informe de Recomendación de Adjudicación debe estar debidamente fundamentado en criterios técnicos, financieros, económicos y legales que justifiquen adecuadamente la respectiva recomendación. En particular la cláusula 7.3 dispone que serán los encargados de determinar el cumplimiento de parte de las ofertas que se reciban bajo un criterio de cumple/no cumple. Al respecto, es indispensable considerar que la determinación de la exclusión de una oferta debe ser el resultado de un análisis detallado de parte de los funcionarios encargados, en el que se identifique el incumplimiento, se analice si se trata de un elemento susceptible de impugnación y se catalogue dicho incumplimiento como un aspecto trascendente de frente al objeto contractual. Este análisis no solo es mandatorio efectuarlo, sino que además debe consignarse en el expediente respectivo.

En esa misma línea, se observa que para realizar la evaluación de las ofertas se cuenta con un plazo de treinta días hábiles que en función de la cantidad de ofertas que reciban y el volumen de la documentación que las conforman, considerando además que se trata de una labor compleja con un componente técnico, jurídico y financiera importante que hace presumir que la comisión debe apoyarse en el personal con el que a los efectos cuenta el INCOP para poder cumplir con la tarea en los tiempos previstos. Lo cual guarda estrecha relación con lo ya manifestado por parte de este órgano contralor mediante el Reporte de Fiscalización "Acciones para garantizar la modernización y equipamiento del Puerto Caldera", N° DFOE-CIU-RF-00001-2024, comunicado por parte de este órgano contralor el 17 de diciembre del año anterior, en el sentido de la necesidad de considerar las unidades

internas institucionales que resulten competentes para poder llevar adelante la labor, no solo para efectos de llevar adelante el proyecto bajo un marco de gobernanza adecuado, que garantice que la toma de decisiones se fundamenta en la experiencia institucional y que esto permita ajustarse al cumplimiento de los plazos establecidos en el cronograma, cuyas fechas requieren estar alineadas con el vencimiento de los contratos vigentes. Adicionalmente, de esa manera se asegura que el conocimiento y la experiencia generada durante este proceso de modernización se convierta en un valor agregado para el INCOP en la toma de decisiones y en la memoria histórica institucional.

Del mismo modo, no está de más señalar que la toma de la decisión finalmente corresponde a la Administración, que además de ser la responsable, se trata de competencias indelegables que debe asumir según lo exige la normativa en la materia.

En cuanto a la conformación de la Comisión Evaluadora se observa que el Comisionado vocal C será designado por la Junta Directiva del INCOP, que será una persona de reconocida integridad moral del sector empresarial con amplia experiencia en dirección de empresas o cámaras empresariales, con habilidades en gestión logística, finanzas con liderazgo comprobado en manejo de proyectos estratégicos. Al respecto, es preciso que la toma de decisión en cuanto a dicho nombramiento quede definida y acreditada dentro del expediente respectivo.

Congruente con lo anterior, deberá quedar claro en el pliego de condiciones que la persona que se nombre para esa función tendrá la condición de servidor público de conformidad con el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuyo texto señala que *“Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.”*

En ese mismo sentido, debe quedar claro que los miembros del comité evaluador tienen responsabilidad administrativa y civil por la recomendación que emitan en el concurso, en el eventual caso que su conducta vaya en contra del ordenamiento jurídico y/o causen daños a la hacienda pública.

2) Sobre el plazo para la presentación de ofertas. Para efectos de la presentación de ofertas se estableció un plazo de 120 días, cuyo acto de apertura está previsto para el día 03 de marzo del presente año. En ese orden, si bien se entiende que existe un cronograma ajustado con el objetivo de conseguir que el nuevo concesionario pueda entrar en operación del puerto oportunamente, considerando la vigencia de los contratos actuales, es menester señalar que se trata de un objeto contractual complejo que amerita dar a los potenciales oferentes el tiempo necesario para realizar los análisis técnicos y financieros suficientes a lo interno para estructurar una oferta lo más competitiva y acertada posible. En este caso que nos ocupa, el plazo para la presentación de ofertas es uno de los temas que es compartido en todos los recursos de objeción que se plantean y si bien en algunos casos se trata de argumentación dirigidas a conseguir un plazo mayor para la presentación de las ofertas que no traían la fundamentación suficiente como para permitir a este órgano contralor determinar adecuadamente que el plazo previsto no es suficiente o razonable y mucho menos, poder determinar cuál sería el plazo adecuado para permitir a los oferentes plantear una propuesta lo suficientemente analizada y consolidada, lo cierto es que en aras de procurar una adecuada participación, no solamente en cantidad de propuestas sino que además en la calidad, completez y competitividad de estas resulta meritorio que la Administración analice el plazo que otorgará para la presentación de ofertas.

Para ello, debe tomarse en consideración que a raíz de la presente ronda de objeciones, surgen modificaciones que la Administración debe efectuar y hay análisis de carácter técnico, jurídico y financiero que se deben efectuar, de tal manera que es indispensable que se efectúe un análisis reposado para los efectos de establecer la nueva fecha para la apertura de ofertas. En ese sentido, resulta indispensable que esa toma de decisión relacionada con el establecimiento del plazo, se efectúe con las valoraciones técnicas que resulten necesarias, de tal forma que se pueda dar certeza y quede acreditado que se trata de un plazo suficiente y razonable para poder participar válidamente en el concurso.

3) Sobre los datos recopilados durante la ejecución de la concesión. En diferentes puntos del borrador del contrato, se observa la intención de la Administración de tener acceso a la información que el concesionario va a recabar durante la ejecución del contrato. Como ejemplo, se observa el numeral 3.5.5 donde se faculta a la Administración a exigir cualquier información relacionada con la Sociedad Concesionaria necesaria para la supervisión del contrato entre otras, así como el el Anexo 11, numerales 7 y 9

respectivamente, los cuales regulan respectivamente que el concesionario deberá facilitar la debida conexión para el correcto flujo de información y datos en tiempo real para el ejercicio de las funciones de control y las certificaciones sobre continuidad del negocio y ciberseguridad que éste deberá mantener durante todo el periodo de concesión. No obstante lo anterior, no se observa en el pliego de condiciones ni el borrador del contrato una regulación específica que establezca de manera explícita a quién corresponde la titularidad de los datos que sean recopilados por la Sociedad Concesionaria durante la ejecución del contrato y que resulten necesarios para las funciones de control por parte de la Administración y si su acceso y/o análisis por parte de ésta se encuentra sujeto a alguna condición. Esta falta de claridad podría dar lugar a controversias o dificultades en el proceso de fiscalización o bien, convertirse en una limitación en la Etapa de Transferencia de la Concesión, aspecto que deberá ser incorporado al pliego de condiciones.

4) Sobre el Modelo Financiero. En el Expediente Certificado suministrado por el INCOP no se ubica una serie de documentación relevante citada en el Anexo No. 14 del pliego de condiciones, específicamente el modelo financiero analizado por la ARESEP según lo indicado en la resolución RE-0574-RG-2024 en el archivo de excel denominado: "20240913 Puerto Caldera Modelo Financiero Cartel.xlsx". Por su parte, este órgano contralor identificó el archivo de excel denominado "20240825 Puerto Caldera Modelo Financiero Factibilidad.xlsx" en el link de acceso suministrado por el INCOP inicialmente, sin embargo, dicha información no se encuentra certificada y no coincide con la denominación del archivo utilizado por la Autoridad Reguladora. Por lo tanto, ambos archivos deben ser incorporados en el expediente administrativo tanto en formato de documento portable (pdf) como de hoja de cálculo excel.

Con respecto a las inversiones de CAPEX, el apartado 2.4.3. Identificación de alternativas del Estudio de Factibilidad señala que la Administración seleccionó la alternativa B por dar la mejor solución técnica a la demanda, la cual plantea la implementación de la modernización en varias fases: 2 fases para la terminal granelera y 3 para la terminal de contenedores, e incluso se establecen los requerimientos de actuaciones (que detallan obras y equipamientos) a implementar en cada fase. Asimismo, en el apartado 2.8.8.9. Fases de Implementación de las Inversiones se señala que: *"En fases posteriores del proceso, la metodología de cálculo para establecer los gatillos que activan la ejecución de las distintas inversiones deberá ser analizada con detalle y formará parte de los términos del Contrato de Concesión."* (el resaltado no es del original) En tal sentido, este órgano

contralor no observa reflejado en el pliego ni en el borrador de contrato las fases 2 y 3 a implementar de acuerdo al Estudio de Factibilidad; en consecuencia, debe la Administración armonizar el contrato de conformidad con lo establecido en la factibilidad; caso contrario, deberá explicar las razones por las cuales las fases de inversión de la alternativa escogida no fueron incluidas en el pliego de condiciones ni en el borrador de contrato. Lo anterior, por cuanto las obligaciones de inversión del futuro concesionario deben quedar claramente establecidas en el contrato, tanto en cuanto al disparador como a las actuaciones esperadas a partir de ello, de forma tal que pueden ser contempladas por el oferente como parte de su modelo de negocio.

En cuanto al Anexo 18, es preciso que se aclare si las inversiones que se realicen como resultado de los Planes de Ejecución de Desencadenantes de Inversión que sean aprobados, durante ejecución contractual, por el INCOP, generan o no la posibilidad de acudir a una restitución del desequilibrio financiero, con la debida justificación de la posición adoptada por esa Administración.

Con relación al punto 16 del apartado de esta resolución en el que se atiende el recurso presentado por APM Terminals, que refiere al Modelo Financiero y a la discrepancia entre la estimación de CAPEX de la licitación en concurso, en específico la diferencia entre los 587 millones de dólares señalado en la cláusula 1.5 del pliego de condiciones y los 739 millones de dólares según lo expresado en la hoja "Capex" del archivo del modelo financiero "20240825 Puerto Caldera Modelo Financiero Factibilidad.xlsx", debe incorporarse al expediente administrativo documento emitido por personal idóneo en el cual se explique dicha diferencia y se detalle los rubros que la componen; a partir de dicha respuesta, debe indicarse debidamente justificado si para efectos del modelo el CAPEX es de 587 o de 739 millones de dólares. Explicado lo anterior, deben identificarse las respectivas celdas del modelo financiero donde se ubica el CAPEX. Aunado a ello, debe señalar expresamente las inversiones de obras y equipamientos obligatorias, entendidas como aquellas que no dependen de los desencadenantes de inversión, y cuáles son los momentos en que deben realizarse. Finalmente, no se observa en el expediente un detalle del presupuesto oficial del pliego -las obras y equipos incorporados en él-, con indicación de si ese presupuesto incluye una estimación en caso de la aplicación de los desencadenantes de inversión del Anexo 18, de ser así deberá incorporar al pliego dicho detalle.

La cláusula 3.4.6.3 del borrador del contrato, establece que para efectos del restablecimiento del equilibrio económico-financiero se considerará el valor presente de los efectos en los flujos de caja futuros del Concesionario conforme el Modelo Financiero actualizado. Sin embargo, no se observa dentro de las regulaciones del borrador del contrato, que se establezca como una obligación de la Sociedad Concesionaria el mantener el modelo financiero actualizado, ni la periodicidad con que dicha actualización debe llevarse a cabo, como tampoco se dispone que la forma en que la Administración Concedente verificará el cumplimiento de dicha actualización. Lo anterior, resulta de especial importancia considerando la experiencia en reequilibrios financieros de otros procesos de alianza público privada en el ámbito nacional, en los cuales la ausencia de información actualizada ha sido una limitante al momento de analizar la procedencia y cuantificación de un eventual desequilibrio de la ecuación financiera del contrato.

5) Sobre las tarifas durante las etapas de Transición y Construcción de la Concesión.

Mediante la RE-0574-2024 de las dieciséis horas con treinta y ocho minutos del veintiséis de setiembre de dos mil veinticuatro ARESEP emite el “Criterio técnico vinculante sobre la estructura tarifaria, parámetros de ajustes y evaluación de la calidad del proyecto de modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera”. En ese documento ARESEP resuelve: “(...) *Rendir criterio técnico positivo respecto a la estructura tarifaria y sus parámetros de ajuste, así como los parámetros para la evaluación de la calidad del servicio y de los costos de los servicios de fiscalización y control del proyecto “Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera (...)*”.

Del mismo modo, en dicho documento ARESEP advierte que: “(...) *Tal y como se ha venido indicando a lo largo de este informe, el artículo 21 de la Ley N° 7762 y el inciso 3 del artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°27098 establecen el ámbito de consulta a la Autoridad Reguladora limitado a la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de licitación, así como los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio y los parámetros para establecer los costos de los servicios de fiscalización y control (...)*”.

Ahora bien, en relación con las etapas de Transición y Construcción Inicial de la concesión, de acuerdo con la documentación que se tiene disponible se desprende que el concesionario aplicará las tarifas vigentes de los contratos en ejecución, aprobadas por la ARESEP para los servicios portuarios regulados que brinda el INCOP en el Puerto de

Caldera. Y en cuanto a su utilización la Administración ha señalado que la Etapa de Explotación Inicial, se centra en que exista un escenario definido, para el nuevo concesionario y los usuarios, de qué esperar o cuáles son los elementos aplicables mientras el Concesionario da continuidad a los servicios de la concesión y se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, partiendo para ello, de criterios objetivos, que se originan de procesos y definiciones de tarifas que se ajustaron al ordenamiento jurídico, y que aplican solo de manera transitoria. Es decir, que el objetivo que se tiene previsto es el de generar seguridad jurídica.

Al respecto, entiende este órgano contralor que la búsqueda de escenarios que generen seguridad jurídica no sólo a las partes del contrato sino a los usuarios, pareciera pertinente y oportuno en función del proceso natural de transición que debe ocurrir entre un contrato y otro. No obstante, a pesar de lo anterior, de momento no se observa un criterio jurídico sólido en el cual se acredite la procedencia de utilizar las tarifas de los contratos vigentes para la Etapa de Construcción y Explotación Inicial del nuevo contrato. Esto por cuanto, la Administración no se ha referido de forma detallada a este hecho, ni tan siquiera en respuesta de las argumentaciones, en algunos casos carentes de fundamentación, de los recurrentes. Al respecto, pareciera que el punto de partida para la garantizar la seguridad jurídica es precisamente, dejar en claro la procedencia y pertinencia de utilizar las tarifas actuales, lo anterior tomando en consideración que se trata de tarifas fijadas para la prestación de servicios portuarios sí, pero partiendo de un escenario distinto en el marco de un proyecto con obligaciones y contraprestaciones distintas a las que se pretenden desarrollar con base en este concurso.

Tan es así, que incluso en el criterio vinculante de ARESEP la única referencia que se efectúa al tema, luego de dejar claro el alcance del criterio en la cita precedente, es la siguiente, de la que no se extrae que exista una consideración particular como parte del criterio rendido: *"(...) Es importante tomar en cuenta que, de acuerdo con lo señalado por el Incop en su propuesta, durante las etapas de Transición y Construcción de la Concesión, el concesionario aplicará las tarifas vigentes aprobadas por la Aresep para los servicios portuarios regulados que brinda el Incop en el Puerto de Caldera. (...)"*.

Por consiguiente, se requiere que se incluya dentro del expediente un criterio jurídico mediante el cual se analice la procedencia de utilizar las tarifas de los contratos vigentes aprobadas por la Aresep para los servicios portuarios regulados que brinda el Incop en el

Puerto de Caldera, durante las etapas de Transición y Construcción de la Concesión. En caso de estimarlo necesario, se debe contar con el criterio de parte de ARESEP como instancia competente, según corresponda.

6) Sobre la ausencia de un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario. Mediante la RE-0574-2024 de las dieciséis horas con treinta y ocho minutos del veintiséis de setiembre de dos mil veinticuatro ARESEP emite el “Criterio técnico vinculante sobre la estructura tarifaria, parámetros de ajustes y evaluación de la calidad del proyecto de modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera”. En ese documento, entre otros aspectos, ARESEP resuelve: *“(...) Rendir criterio técnico negativo respecto al procedimiento extraordinario para fijar tarifas para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión ya que la propuesta sometida a conocimiento de esta Autoridad Reguladora mediante el oficio CR-INCOP-PE-0560-2024 y el documento “MODERNIZACION DE INFRAESTRUCTURA Y EQUIPAMIENTO DE PUERTO CALDERA. Propuesta de Metodología de Estructura Tarifaria para la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”, no reúne los elementos mínimos para considerarse un parámetro de ajuste.(...)”*.

De lo anterior, se denota que el interés original de la Administración era el de incorporar al pliego un procedimiento extraordinario para fijar tarifas para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión, razón por la cual fue sometido al conocimiento de ARESEP. En ese orden, es indispensable que la Administración tome en consideración los efectos que el hecho de no contar con un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario en el contrato, puede representar. De tal forma que para efectos de tomar la decisión de continuar con el concurso sin la incorporación del mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, se hayan realizado las valoraciones correspondientes, tanto para lo que atañe a la presentación de la oferta por parte de los interesados como para el desarrollo de la ejecución contractual. Dichas valoraciones deberán quedar constando en el expediente del concurso.

En esos términos, considerando los ajustes que se deben efectuar al pliego y análisis que esto conlleva de parte de la Administración, es menester que la Administración valore proceder con la inclusión del mecanismo extraordinario de ajuste tarifario sometiéndolo, nuevamente, a conocimiento de ARESEP para su valoración, tomando en consideración los aspectos previamente señalados por esa instancia al momento de emitir el criterio negativo

vinculante. De optar por continuar de conformidad con la regulación actual del pliego, es oportuno que la Administración se asegure que la forma en la que se pretende solventar la situación, sea congruente con las competencias de ARESEP y los tiempos en los que se estarían efectuando los ajustes. Para lo cual deberá efectuar las coordinaciones correspondientes. En ese mismo sentido, se estima que en caso de presentarse algún reclamo es indispensable el establecimiento de plazos y su estricto cumplimiento para la atención de estos.

7) Anexo 6. Requisitos del Programa de Construcción y Principales Plazos, punto 4.

Plazos máximos. En el cuadro de hitos y plazos, la Administración indica que el plazo se contabiliza a partir de la orden de inicio, sin embargo debe revisarse cada uno de los casos, porque se presentan supuestos en los que debería ser a partir de la comunicación de la orden de inicio, ya que esa orden es un acto de la Administración, que el contratista no conoce hasta que se le comunica, siendo ese el momento que debería computar el plazo. En el caso del punto 6 de la tabla, se indica que el plazo de los 3 meses se computará después de presentado el proyecto constructivo, pero dicho plazo debería de computarse a partir de la aprobación del proyecto constructivo por parte de la Administración Concedente, dejarlo a la presentación, podría suponer que si la tramitación de la aprobación tarda, le restaría tiempo del plazo previsto.

8) Área de disposición de material de dragado. En aras de dotar de mayor información a los oferentes, en atención de las obligaciones que se establecen en el pliego y con el objetivo de que cuenten con todos los elementos necesarios para poder elaborar una propuesta completa y competitiva, es preciso que la Administración ponga en conocimiento de los oferentes la capacidad y el estado desde el punto de vista medioambiental del área de disposición de materiales que utiliza el Concesionario actual.

9) Sobre las disposiciones en materia ambiental y social establecidas en el pliego de condiciones en los Anexos 16.1, 16.2, 16.3, 16.4, 16.5; y, 17. Sobre el particular, este órgano contralor se permite efectuar las consideraciones de oficio que de seguido se explicarán.

a.- Sobre la normativa referenciada en el pliego de condiciones en materia ambiental y social. De la revisión oficiosa del pliego de condiciones pudo evidenciar esta División que en el anexo 16.1, 16.2, 16.3 y 16.5. se observan referencias a normativa que se encuentra

derogada o no vigente como es el caso de los Decretos Ejecutivos números 32966, 31849, 32712, por lo que deberá la Administración revisar toda la normativa indicada en el pliego a efecto de evitar sustentar sus actuaciones en normativa no vigente. Adicionalmente se observa que el Decreto Ejecutivo 39.704/S cuenta con una vigencia limitada hasta el día 09 de julio de 2021, según el artículo 20 del Reglamento para la gestión de los residuos de la construcción y de la demolición de obras, por lo que deberá la Administración hacer una valoración jurídica de los posibles repercusiones que esta derogatoria podría impactar en este concurso en alguna de las etapas (pliego, ofertas, adjudicación o ejecución). Finalmente en cuanto a la Ley de Expropiaciones deberá tener en consideración lo resuelto por la Sala Constitucional mediante resolución N° 13705 del 23 de agosto del 2018.

b.- Sobre la cláusula 6. En este apartado del pliego se hace una referencia a la experiencia general del consultor y equipos de trabajo, sin embargo de la revisión de las cláusulas no se desprende con claridad cómo va a determinar la Administración el cumplimiento de esa experiencia, cuáles documentos, certificaciones, atestados, deberá presentar cada profesional para valorar si cumple o no el requerimiento. Adicionalmente se utiliza un lenguaje que no genera certeza en cuanto qué es lo que la Administración realmente necesita pues utiliza términos tales como “entre otros”, “y/o”, “similar” (sin definir similar) o “según sea el caso” que puede complicar el análisis de las ofertas y eventuales impugnaciones.

Así las cosas deberá la Administración revisar y replantear este apartado relacionado con la experiencia para que defina con claridad y certeza lo que necesita, cómo se demuestra y no deje espacio para interpretaciones subjetivas a los potenciales oferentes, incluyendo explicar qué debe entenderse por “similar”.

c.- Sobre la Resolución N° 0924-2024-SETENA. Esta resolución le otorga a la Administración un plazo de un año a partir de la notificación para presentar el estudio de impacto ambiental. En ese sentido deberá acreditar la Administración si cuenta con algún cronograma mediante el cual acredite que cumplirá con este plazo o bien aclarar si ha realizado alguna gestión para prorrogar o suspender este plazo. Así mismo deberá considerar las posibles implicaciones por incumplir el plazo otorgado por la autoridad competente.

d.- Sobre la cláusula 6. Esta cláusula hace referencia a supuestos de conflicto de interés indicando que ninguno de los especialistas deberá tener conflicto de intereses con el Proyecto. Sin embargo no es claro en cuanto a qué se entenderá como conflicto de interés en este caso concreto, por lo que deberá acreditar en el pliego cuál es el marco de referencia que utilizará la Administración para definir con objetividad si existe o no un conflicto de interés, así como aclarar si los supuestos incluyen únicamente supuestos nacionales o también internacionales.

e.- Sobre la cláusula 4.3.3.4. Análisis de brechas entre la legislación de Costa Rica y la ND 5 del IFC. Esta cláusula hace referencia a posibles compensaciones por bienes perdidos e iniciativas adicionales para restaurar medios de subsistencia perdidos. Al respecto deberá la Administración aclarar y definir, si cuenta con estudios del posible impacto económico de estas compensaciones, cuál sería el posible impacto en las oferta económicas y establecer con claridad quién asume esos costos.

f.- Sobre la cláusula 3. Análisis cualitativo de vulnerabilidad (imagen 502). Esta cláusula hace referencia a un análisis cualitativo de vulnerabilidad dentro del Plan de Medidas de Adaptación y Mitigación de Cambio Climático basado en el PIANC REPORT N°178. Al respecto deberá la Administración aclarar y definir si se trata de un análisis adicional al Plan de Medidas de Adaptación y Mitigación de Cambio Climático o si forman parte de este. Adicionalmente no se observa en la cláusula un plazo de entrega para este análisis, por lo que deberá aclararse o definirse este aspecto.

g.- Sobre la cláusula 3.2.4 Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL). Esta cláusula hace referencia a que se deberán incorporar los criterios establecidos por MARPOL que apliquen al Proyecto. No obstante lo anterior y como el mismo pliego de condiciones lo indica este Convenio no se encuentra ratificado por Costa Rica, por lo que no resulta posible que se incorpore su aplicación de forma completa. No obstante lo anterior si la Administración considera que existen principios o criterios objetivos contenidos en el mencionado convenio, deberá indicar de forma expresa los principios o criterios que requiera aplicar para efectos de este proyecto, pues al indicar simplemente la frase “que apliquen al proyecto”, puede generar incerteza, inseguridad jurídica y posibles confusiones en las siguientes fases del concurso (análisis de ofertas, impugnaciones, ejecución), por lo que deberá corregirse este aspecto.

h.- Sobre la cláusula 4.3.8. Criterios de elegibilidad para la definición de unidades sociales (familiares o económicas) y fecha de corte. De la redacción de esta cláusula se podría dar a entender que se está delegando en el concesionario definir los criterios de elegibilidad de las personas que serán beneficiadas, sin embargo, estima esta División que la de la definición de los criterios de legibilidad social son un tema de interés público que debería ser definido por la Administración con base en criterios objetivos. Así las cosas deberá la Administración establecer de forma clara y precisa en el pliego de condiciones, cuál es el órgano o dependencia del INCOP será la que defina esos criterios o los valide, así como validar las listas o criterios de elegibilidad que va a presentar el concesionario.

10) Sobre las sanciones determinadas en el pliego de condiciones en el Anexo 21 y el clausulado del pliego, así como el contrato modelo. En cuanto al tema de las sanciones establecidas en el pliego de condiciones, de oficio este órgano contralor efectúa las observaciones que de seguido se expondrán.

a.- Sobre la cláusula 6.4 Procedimiento para la imposición de multas.

De una revisión de la cláusula 6.4 esta Contraloría General concluye que ésta se encuentra redactada en términos ambiguos y abiertos, que no permitirían eventualmente al concesionario y la Administración, tener seguridad del íter procedimental a seguir para la imposición de las sanciones.

En efecto, se indica en la cláusula 6.4 que para la imposición de multas, *“el órgano correspondiente de la Administración Concedente”*, procederá con la instrucción de procedimiento, sin señalarse de manera expresa cuál sería ese órgano.

Asimismo, parece que en la cláusula 6.4 en atención al quantum de la sanción, según sean multas inferiores US\$10.000 o superiores a ese monto, se seguirá un procedimiento sumario o bien uno ordinario, con plazos diferenciados; no obstante, cada etapa procesal en el procedimiento sumario y el procedimiento ordinario propuestos, no se encuentran expresamente definidas y diferenciadas; lo cual podría generar eventualmente inseguridad jurídica y lesiones al debido proceso.

Lo antes esbozado trae como resultado que no sea posible determinar con claridad cuál sería el órgano competente para la instrucción del procedimiento sancionatorio, cuáles son las etapas procesales y los plazos aplicables.

En adición, en la cláusula 6.4 se hace una diferenciación en el trámite de las multas inferiores a US\$10.000 y las superiores a ese monto, no obstante existen multas de tipo muy graves que podrían tener sanción de US\$10.000; por lo tanto la sumariedad del procedimiento propuesto en el pliego de condiciones para las multas inferiores a US\$10.000 no tendría correspondencia con el quantum de la sanción establecido en el punto 5. Valor de las Sanciones y Plazo de Aplicación del Anexo 21. Sanciones; ya que existe posibilidad de que faltas tipificadas como muy graves o superiores acaben en un trámite sumario, en razón del monto dinerario que eventualmente se impondría como resultado de la sanción.

También, en la cláusula 6.4 se indica que contra la decisión final adoptada, cabe la interposición del recurso de revocatoria con apelación en subsidio. En ese sentido, no se indica ante cuál órgano deberá interponerse el recurso de revocatoria, ni cuál será el órgano en alzada que conocerá de la apelación. Tampoco se indica cuáles serían los plazos para la fase recursiva para cada procedimiento de multa, según lo propuesto en el pliego de condiciones (según sean multas inferiores a US\$10.000 o superiores a ese monto).

Así las cosas, si bien los numerales 24 inciso h) y 49 de la LGCOP, así como los artículos 12.1.10, 61.3, y, 88.1.6 del RLGCOP, habilitan a la Administración para establecer en el pliego de condiciones de la concesión, un procedimiento sancionatorio distinto al procedimiento ordinario de la LGAP; tal posibilidad no exime a la Administración de la obligación de establecer claramente cuál será ese procedimiento supletorio, con el señalamiento claro y preciso de los órganos competentes para la instrucción, las etapas del procedimiento y los plazos para cada una de dichas etapas.

Así las cosas, se ordena a la Administración que proceda con la revisión y determinación expresa del procedimiento sancionatorio que regirá durante la ejecución de la concesión.

b.- Sobre las conductas tipificadas como sancionables en el Anexo 21. Sanciones.

Este órgano contralor de la revisión del cuadro de sanciones en el Anexo 21, el cual contiene las conductas que pretende sancionar la Administración, ha constatado que las

mismas se encuentran definidas realizando una referencia genérica a número de capítulo y número de cláusula o anexo, respecto al contrato modelo propuesto con el pliego de condiciones.

Dicha técnica de remisión no resulta correcta a efectos de establecer las sanciones aplicables, pues no existe claridad y relación entre la conducta que se pretende tipificar por parte de la Administración y los alcances de las sanciones que procederán en cada caso.

Adicionalmente, se observa que en las multas que pretende aplicar la Administración se hallan conceptos ambiguos o no definidos en el pliego o el contrato modelo propuesto, por lo tanto no se tiene certeza de cuál es la conducta típica, activa u omisiva, conforme a la cual eventualmente sería aplicado el régimen sancionatorio.

Así, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, a fin de que no solamente se remita a los capítulos, cláusulas y otros anexos cuyo incumplimiento generaría la aplicación de una sanción; de manera que además se establezca de forma expresa y completa, cuáles serán las conductas u omisiones sancionables; para así dotar de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión.

c.- Sobre el otorgamiento del plazo de subsanación.

El punto 3 del Anexo 21 referido al plazo de subsanación señala en el apartado ii) que: *“El INCOP aceptará o negará el Plazo de Subsanación solicitado por el Concesionario en consideración a la urgencia o la necesidad del servicio. En caso de aceptarlo, definirá su duración con base en el tiempo razonable para subsanar el incumplimiento. Lo anterior, sin perjuicio de aquellas obligaciones que, de acuerdo con lo previsto en el Contrato, no admitan plazo de subsanación.”*

Al respecto, entiende este órgano contralor que junto al elemento de urgencia que contempla ese punto citado, le corresponde a la Administración concedente analizar que no se trate de un incumplimiento grave que pueda dar lugar a la resolución contractual conforme dispone el artículo 59 inciso b) de la Ley No. 7762 cuando indica: *“La resolución del contrato de concesión procede por las siguientes causas: (...) b) Cualquier incumplimiento grave en las obligaciones del concesionario derivados del contrato.”* De esa

forma, el ejercicio de la Administración concedente debe dimensionar no sólo elementos de urgencia sino frente a principios de razonabilidad y proporcionalidad la gravedad del incumplimiento del concesionario y así debería razonarlo la Administración en acto motivado.

De esa forma, pareciera necesario que la cláusula se ajuste para evitar una lectura descontextualizada del principio de eficiencia frente a elementos que brindó también el legislador.

d.- Causales de imposición de sanciones.

En el punto 4 del Anexo 21 referido a las causales de imposición de sanciones, se regulan algunos supuestos referidos a las obligaciones de mantenimiento sobre el cumplimiento del plan respectivo.

De esa forma, para evitar discusiones innecesarias en la fase de ejecución contractual se debe distinguir estos casos de los previstos en el artículo 50 inciso b) de la Ley No. 7762 cuando indica: *“Artículo 50.- Infracciones. La Administración concedente sancionará con una multa de ciento cincuenta salarios base mínimo, fijados en el presupuesto ordinario de la República, de acuerdo con la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993, a quien incurra en cualquiera de las siguientes infracciones: (...) c) No conserve las obras, sus accesos, señalización y servicios en condiciones normales de empleo y funcionamiento, según lo previsto en el contrato de concesión.”*

Lo anterior considerando que podría existir supuestos que tengan su sanción definida por Ley y se pueda relativizar por el pliego del concurso desconociendo no sólo la jerarquía normativa sino también la finalidad perseguida por la legislación.

e.- Sobre las sanciones abiertas en el Anexo 21. Sanciones: punto 5. Valor de las Sanciones y Plazo de Aplicación.

El punto 5. Valor de las Sanciones y Plazo de Aplicación, ubicado en el Anexo 21 del pliego de condiciones, señala los niveles de gravedad de las infracciones, de forma tal que: *“i) La Sanción Tipo Leve 1 corresponderá a una amonestación escrita y un plazo de subsanación de cinco (5) días. / ii) Las Sanciones Tipo 2, 3 y 4 corresponden a multas diarias, aplicables*

desde el momento en que notifique la existencia del incumplimiento y hasta que el Concesionario lo enmiende, cuyos valores serán los siguientes: / a. Sanción Tipo Leve 2: Dos mil Dólares (\$2,000) y un plazo de subsanación de treinta (30) días. / b. Sanción Tipo Grave 3: Cinco mil Dólares (\$5,000) y un plazo de subsanación de sesenta (60) días. / c. Sanción Tipo Muy Grave 4: Diez mil Dólares (\$ 10,000) y un plazo de subsanación de noventa (90) días. / **iii) Las Sanciones Tipo 5, Tipo 6 y Tipo 7 corresponden a multas impuestas una vez por cada incumplimiento a (i) Aquellos incumplimientos en los que el Contrato de manera expresa señale la procedencia de este tipo de Sanciones, (ii) El incumplimiento de las obligaciones de no hacer, (3) El incumplimiento de obligaciones que, por su naturaleza, no les resulte aplicable un apremio diario, cuyos valores corresponden:** / a. Sanción Tipo Leve 5: Veinte mil Dólares (\$ 20,000) y un plazo de subsanación de treinta (30) días. / b. Sanción Tipo Grave 6: Cincuenta mil Dólares (\$ 50,000) y un plazo de subsanación de sesenta (60) días. / c. Sanción Tipo Muy Grave 7: Cien mil Dólares(\$ 100,000) y un plazo de subsanación de noventa (90) días. / iv) Cuando el Concesionario reincida en un lapso de doce (12) meses cualquiera de las Sanciones descritas su valor original se multiplicará: / (i) Por 1.1 en la primera reincidencia. / (ii) Por 1.25 en la segunda reincidencia. / (iii) Por 1.5 de la tercera reincidencia en adelante. / (iv) En el caso de la Sanción Tipo 1, en la primera reincidencia se transformará en Sanción Tipo 2. / v) Los montos referenciados en el presenta Anexo son a precios de la fecha de la Orden de Inicio de Concesión y se actualizarán por inflación bajo el mismo procedimiento que se desarrolla para la metodología tarifaria” (resaltado es propio).

En ese sentido, este órgano contralor observa que para las sanciones catalogadas como tipo 5, 6 y 7 se deja indeterminada la imposición de la multa, es decir, no existe una indicación de las conductas sancionables de manera clara, expresa e inequívoca, sino que se emplea la fórmula abierta, en la cual cabrían sanciones por incumplimiento de las obligaciones de no hacer, sin enumerar y definir cuáles se entienden como tales; y, el incumplimiento de obligaciones que, por su naturaleza, no les resulte aplicable un apremio diario, sin tipificar las conductas que caben en este último supuesto, en otras palabras, en este último supuesto, se dejan tipificadas por descarte, a todo lo que no le aplique apremio diario.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, para que no se utilicen tipos sancionatorios abiertos y ambiguos; de

manera que se dote de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión.

f.- Sobre el Anexo 21, sanción 12. Calidad.

El pliego de condiciones en el Anexo 21, sanción 12. Calidad, indica que la sanción se impondrá cuando *“Se haya acreditado el incumplimiento del Concesionario ante la denuncia, petición o queja de los usuarios. / Leve”*.

Este órgano contralor no encuentra definición en relación a lo que debe entenderse por calidad, ni los parámetros para determinar su incumplimiento, según cada etapa de concesión. Tampoco se señala, cuáles son los supuestos o medios bajo los cuales se tendrá por acreditado dicho incumplimiento de calidad, por ejemplo, si basta con la simple interposición de la denuncia, petición o queja por parte de los usuarios; o si deben obedecer a sentencias judiciales en firme, procedimientos administrativos sancionatorios en firme, u otros.

Por otra parte, en la cláusula 9.5 Relacionamiento con partes interesadas y mecanismo de quejas, sub cláusula 9.5.1, se establece que el concesionario debe implementar siguiendo los requerimientos de la ND de la IFC, un mecanismo de manejo de quejas y reclamos de las comunidades y actores sociales del Proyecto.

Asimismo, se observa que en el Anexo 16.3. Términos de referencia para la elaboración del Plan de Relacionamiento con Partes Interesadas, Anexo 16.4: Términos de referencia para la elaboración del Plan de Restablecimiento de Medios de Subsistencia (PRMS); y en el Anexo 23. Gestión del mecanismo de quejas internas y externas del concesionario; se incluyen disposiciones en torno al trámite de quejas y reclamos.

Particularmente, en el Anexo 16.3: Términos de referencia para la elaboración del Plan de Relacionamiento con Partes Interesadas (Concesionario) se indica que el concesionario deberá detallar las actividades de relacionamiento a realizar con cada uno de los grupos de interés durante las diferentes etapas del Proyecto; siendo que en el punto 4.2.11. Mecanismo de Atención de Quejas y Reclamos (MQR), se estatuye que como parte del PRPI, el Concesionario deberá diseñar tres Mecanismos de Quejas y Reclamos (MQR) diferenciados, uno para las partes interesadas externas (comunidades y población en

general), uno interno para trabajadores, contratistas, proveedores y otros actores internos del Proyecto, y uno dedicado a atender las quejas por violencia de género (p. ej. acoso sexual, maltrato, entre otros).

También, en el Anexo 16.4. Términos de referencia para la elaboración del Plan de Restablecimiento de Medios de Subsistencia (PRMS), en el punto 4.3.12. Mecanismo de Atención de Quejas y Reclamos (MQR) exclusivo para el PRMS, se determina que el manejo de quejas y reclamos será responsabilidad de INCOP, de manera que esta no podrá ser delegada en el concesionario de las obras de proyecto, contratista o en ningún otro tercero, a menos que esto sea acordado entre INCOP y el IFC.

En ese sentido, no se determina en el Anexo 21, sanción 12. Calidad, si el incumplimiento declarado con ocasión de las cláusulas 9.5 y 9.5.1, así como los anexos 16.3. 16.4 y 23 citados antes, se considerarían o no incumplimientos leves de calidad para efectos de la imposición de la multa. Tampoco se apunta claramente si la instrucción y resolución final de los reclamos y quejas, recae en todos los supuestos en el concesionario, lo cual a su vez, en caso de dejarse al arbitrio del concesionario, supondría eventualmente el problema de que el concesionario fungiría como juez y parte en la resolución de ese tipo de reclamos o quejas.

Aunado a ello, se observa que la Administración en el Anexo 16.3, punto 4.2.11. Mecanismo de Atención de Quejas y Reclamos (MQR), traslada la formulación de los mecanismos al concesionario, pero en el punto 4.3.12, lo reserva para la Administración.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, sanción 12. Calidad, para que no se utilice un tipo sancionatorio abierto y ambiguo; de manera que se dote de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión.

g.- Sobre el Anexo 21, sanción 13. Reglamento en relación a la cláusula del contrato 1.24 Reforma al Reglamento de Servicio de Puerto Caldera, subincisos 1.24.1 a 1.24.6: imposibilidad de transferir la potestad reglamentaria al concesionario.

El pliego de condiciones en la cláusula 1.9 Área objeto de la concesión y servicios de la concesión, subincisos 1.9.3 Servicios de la Concesión y 1.9.3.1, señala que los servicios

concesionados que se ejecuten en Puerto Caldera estarán sujetos a lo establecido por el Contrato de Concesión y el Reglamento General de Servicios Portuarios del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP), el cual será aplicado por el INCOP en su condición de Autoridad Portuaria.

Asimismo, el pliego de condiciones en la cláusula 1.24 Reforma al Reglamento de Servicio de Puerto Caldera del contrato modelo, subincisos 1.24.1 a 1.24.6, determina que el concesionario deberá confeccionar una propuesta de modificación al Reglamento General de Servicios Portuarios del INCOP, específicamente en lo relacionado a la operación de Puerto Caldera; lo anterior para consideración y aprobación de la Administración Concedente. Dicha propuesta deberá entregarse como parte de las Condiciones Precedentes y ser consistente con la oferta del adjudicatario, el Proyecto Constructivo, Especificaciones Técnicas y los Estándares de Servicio.

Por su parte, el Anexo 21. Sanciones, en la sanción No. 13. Reglamento, se indica que la ésta procederá *“Si se produjera un retraso en la entrega de la actualización del Reglamento de Servicios de Portuarios de INCOP a lo referente de Puerto Caldera. / Cláusula 1.23 / Muy Grave 4 [...]”*.

En primer término, este órgano contralor observa que en la sanción No. 13. Reglamento, se remite a la cláusula 1.23, sin embargo, parece no tener coincidencia con la conducta sancionable, siendo la correcta la 1.24.

Como segundo punto, se tiene que de conformidad con los artículos 121, inciso 14), subinciso c) de la Constitución Política; 12 y 103 de la LGAP (Ley No. 6227); así como 2 inciso n), 4 y 18 de la Ley del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (LINCOP, Ley No. 1721), corresponde al INCOP a través de su Junta Directiva reglamentar la estructura administrativa del Instituto, contemplando las unidades administrativas adecuadas para el mejor cumplimiento de sus objetivos, deberes y atribuciones; de manera que la potestad reglamentaria constituye una potestad de imperio intransferible al concesionario.

Así las cosas, la sanción administrativa establecida en el punto 13. Reglamento del Anexo 21. Sanciones, no posee asidero jurídico, dado que no podría sancionarse una conducta que en principio no es transferible al concesionario, ya que la formulación y la emisión de la

reforma reglamentaria no puede ser delegada al concesionario, puesto que se trata de una competencia legalmente atribuida al INCOP.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión, corrección y ajuste del Anexo 21. Sanciones, en cuanto al punto 13. Reglamento, así como las cláusulas del contrato 1.24 Reforma al Reglamento de Servicio de Puerto Caldera del contrato modelo, subincisos 1.24.1 a 1.24.6; para que se ajuste a la normativa aplicable al efecto.

h.- Sobre el Anexo 21. Sanciones, sanción 21. General.

En el Anexo 21. Sanciones, la sanción 21. General, establece que esta procederá cuando *“el Contratista viole o incumpla las disposiciones de cualquier Ley Aplicable y/o Licencias y Permisos y como resultado de dicho incumplimiento resultase en un efecto material adverso en el Proyecto”*.

En ese sentido, este órgano contralor encuentra que existe una indefinición de lo que debe entenderse por efecto material adverso. Tampoco se definen los medios a través de los cuales se tendrá por acreditado el incumplimiento, por ejemplo, si se requiere resolución administrativa de la autoridad competente en firme, sentencia judicial el firme, entre otros.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión y ajuste del Anexo 21. Sanciones, sanción 21. General, para que no se utilice un tipo sancionatorio abierto y ambiguo; de manera que se dote de tipicidad y seguridad jurídica al régimen sancionatorio aplicable durante la ejecución de la concesión.

i.- Sobre las causas de extinción de la concesión y el Anexo 21. Sanciones: remisión y referencia en las sanciones a imponer, de cláusulas del pliego y el contrato que no corresponden con el número citado.

Este órgano contralor, de una verificación del contenido del Anexo No. 21 Sanciones, observa que en las cláusulas, capítulos o anexos del pliego de condiciones que se citan en las sanciones a imponer, como referencia de las disposiciones que fundan cada una de las sanciones, se mencionan números que no corresponden.

A modo de ejemplo, en la cláusula 8.4.1 Causas de extinción de la concesión, en el punto 3 se señala que la resolución del contrato de concesión procede por “3. *Causa atribuible al Concesionario que produzca la resolución contractual según cláusula 8.4.4*”; sin embargo, la cláusula 8.4.5 es la que se identifica como “*Resolución de la Concesión por Causas Atribuibles al Concesionario*”.

En un sentido similar, en el Anexo No. 21 Sanciones, en la sanción 3. Etapas, se remite a la cláusula 2.22, no obstante, en el clausulado la cláusula 1.23 es la que contiene lo referido al tema de la supervisión del contrato.

En la sanción No. 19. General relativa a la cesión, no se señala cuáles son las cláusulas, capítulos o anexos que se encuentran ligadas al tipo sancionatorio.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con la revisión, corrección y ajuste del Anexo 21. Sanciones y las referencias en el clausulado, a fin de que las citas y remisiones coincidan con la numeración que efectivamente corresponde con tales menciones.

j.- Sobre el Anexo 23. Requerimientos del Plan de Explotación y Mantenimiento: segmentación o atomización de los aspectos sancionables.

Conforme a la revisión del Anexo 23. Indicadores de Ejecución del Plan de Explotación y Mantenimiento, este órgano contralor observa que existen sanciones aplicables que no se encuentran indicadas o al menos referenciadas en el apartado del Anexo 21. Sanciones; dicha segmentación de la temática, comúnmente conocida como atomización, al establecerse en otro apartado, podría eventualmente generar confusión en la aplicación del régimen sancionatorio.

Conforme a lo expuesto, se ordena a la Administración proceder con el ajuste del Anexo 21. Sanciones, a fin de que se indique en éste, la referencia a aquellos otros apartados, anexos o cláusulas, en los cuáles también se han establecido sanciones; a fin de dotar de claridad y seguridad al pliego de condiciones.

11) Otras observaciones.

a.- Sobre la participación de ofertas en consorcio.

En la cláusula 2.2. Ofertas en consorcio, pese a que en cláusulas anteriores se permite la participación bajo esa modalidad, se halla un párrafo que señala: *“No se aceptará que una empresa participe, directa o indirectamente, tanto de forma directa como a través de un consorcio”*. Dicha redacción no resulta comprensible, en el contexto del pliego. Así las cosas, se ordena a la Administración proceder con el ajuste de la redacción del párrafo en mención, a fin de dotar de claridad al pliego de condiciones, sobre los alcances de las ofertas en consorcio.

b.- Sobre la interpretación y prelación de instrumentos en la ejecución de la concesión.

En la cláusula 1.8 Documentos que forman parte del contrato, se establece en la subcláusula 1.8.2 que *“los documentos citados, así como los que las Partes acuerden a futuro, obligan a las Partes y serán interpretados de conformidad con los términos del Cartel de Licitación y de este Contrato de Concesión. **En caso de discrepancia entre los documentos, prevalecerá la LGCOP y su Reglamento sobre cualquier documento, el Contrato prevalecerá sobre el Cartel de Licitación, y el Cartel de Licitación sobre cualquier otro documento no citado en este párrafo**”* (resaltado es propio).

De conformidad con el numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP, Ley No. 6227), la norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular; por lo tanto, deberá interpretarse e integrarse tomando en cuenta las otras normas conexas y la naturaleza y valor de la conducta y hechos a que se refiere.

Así las cosas, estima este órgano contralor que en la cláusula 1.8.2 no resulta idóneo el establecimiento de una jerarquía documental entre el contrato sobre el pliego, y entre el pliego y otros instrumentos, sino que lo procedente sería establecer que en caso de discrepancia entre el pliego y el contrato, o entre el pliego y otros documentos, prevalecerá

la disposición que más beneficie a la Administración, para la operación del puerto, según el fin público a satisfacer; esto al tenor de los principios de eficacia y eficiencia.

Así las cosas, se ordena a la administración ajustar la cláusula 1.8.2, a fin de que se entienda que prevalece el fin público perseguido con la concesión.

III. SOBRE EL FONDO. A) RECURSO INTERPUESTO POR APM TERMINALS B.V. 1)

Sobre la Legislación Nacional excluyente. Cláusula 3.1.3 del pliego. Criterio de la

División. La objetante plantea que la cláusula 3.1.3 del pliego prevé una renuncia sin reservas a todo lo que no sea la legislación costarricense en los términos de la Ley Aplicable. Afirman que a partir de los términos en los que están redactadas las cláusulas, se entendería que con la presentación de la oferta hay una renuncia a acuerdos de protección de inversiones y otros aspectos contenidos en instrumentos internacionales que forman parte del bloque de legalidad superior en Costa Rica y que no se mencionan en la definición de la Ley Aplicable. Por lo que considera que en el caso de oferentes internacionales no es posible la renuncia a los mecanismos previstos en acuerdos internacionales, aspecto que sería una condición del cartel que no es procedente. La Administración responde que la interpretación que hace la objetante es equivocada, ya que el pliego no propone una renuncia como la expresada por ésta. Mencionan que es la Ley de Concesiones la que establece en su artículo 26 "Presentación de ofertas", inciso 3), que la presentación de la oferta implica el sometimiento pleno del oferente tanto al ordenamiento jurídico costarricense como a las reglas generales y particulares de la licitación. Lo cual indican que es concordante con las estipulaciones de los artículos 14.a y 48 de la LGCOP, y 32.c.v, 121 del RLGCOP. Además argumentan que la definición de Ley Aplicable comprende expresamente a "(viii) *cualquier otra normativa vigente de aplicación a la Concesión y/o el Proyecto.*" Por ello, afirman que un acuerdo de protección de inversiones suscrito por Costa Rica resulta aplicable por el inversor en la Concesión y/o el Proyecto, entraría dentro de la definición de Ley Aplicable, y además en cualquier escenario, es parte integral del ordenamiento jurídico costarricense, según se deriva de los artículos 7 de la Constitución Política y 6 de la Ley General de la Administración Pública. En este punto del recurso el objetante manifiesta dudas en relación con la interpretación de ley aplicable, la renuncia sin reservas a todo lo que no sea la legislación costarricense y lo que esto implicaría en relación con los acuerdos de protección de inversiones. Sin embargo, la interpretación de la objetante resulta ser parcial, omite el hecho de que la regulación surge directamente de la LGCOP y la propia administración explica que en relación con el pliego no se configuraría la

situación que plantea el recurrente en su impugnación como posible. De tal forma que se procede a declarar **sin lugar** este punto del recurso.

2) Sobre la Cláusula 8.4.5.1 del Borrador del contrato que regula el procedimiento de resolución contractual, y la cláusula 7.3 del cartel. Criterio de la División. En este extremo del recurso, la objeción radica en que en ambos casos se remite a una reglamentación que no está vigente, lo que crea una indeterminación contraria al principio constitucional de seguridad jurídica. La Administración se allana y reconoce que en efecto existe un error material que debe rectificarse, de manera que se haga la remisión a la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento. Por consiguiente, se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

3) Sobre la Cláusula 8.4.7.3 del Borrador del Contrato relativa a la indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración Concedente. Criterio de la División. El recurrente sostiene que no existe fundamento legal alguno para establecer exclusiones en el pliego relativo a pérdidas vinculadas con contratos legítimos que se puedan haber dado con sociedades del mismo grupo económico o empresas vinculadas. Al respecto, la Administración se allana y manifiesta que procederá a modificar el pliego para aclarar que se reconocerán en esta sección lo relativo a pérdidas vinculadas con contratos legítimos que se puedan haber dado con sociedades del mismo grupo económico o empresas vinculadas en el tanto se demuestran que los ingresos que se generen a favor del Concesionario sean utilizados exclusivamente en el proyecto, se encuentren debidamente formalizados y así se acrediten a la Administración Concedente así como que los mismos reflejen condiciones de mercado estándares en sus términos y condiciones. En consecuencia, se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

4) Sobre la Cláusula 3.3.7 "ingresos al INCOP" del Borrador del Contrato, y numeral 3.2 de su Anexo No. 15. Criterio de la División. El borrador del contrato de concesión en

la cláusula 3.3.7 dispone: "(...) 3.3.7 Ingresos al INCOP / Con fundamento en el artículo 42. de la LGCOP, el Concesionario realizará los pagos a la Administración Concedente en los términos y condiciones establecidos en el Anexo No. 15 "Pagos a la Administración Concedente. / Cuando corresponda estos ingresos serán depositados según lo establecido en el Fideicomiso Administrativo establecido en la sección 3.3.8 (...)". En esa misma línea, el Anexo 15 del pliego establece lo siguiente: "(...) 3. CONCEPTOS DE INGRESOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDENTE / La LGCOP, en su artículo 42, permite a la Administración Concedente establecer en el Contrato de Concesión los pagos a su favor por los siguientes conceptos:

- (a) Canon por la explotación de la concesión
- (b) Pagos extraordinarios al Estado
- (c) Pagos originados en la entrega de bienes que se utilizarán en la concesión
- (d) Pago por concepto de inspección y control del contrato de concesión

La estructura y los montos correspondientes a cada concepto de pago a favor de la Administración Concedente será del modo que sigue:

3.1. CANON POR EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

El Concesionario deberá satisfacer un pago equivalente al 5% de los ingresos brutos de la sociedad concesionaria, en concepto de canon por la explotación de la concesión para desarrollo regional, con frecuencia trimestral a contar desde la Orden de Inicio de la Concesión. Los pagos se harán con base en los ingresos brutos reportados en el trimestre respectivo y deberá realizarse máximo quince (15) días hábiles después de terminado el trimestre.

3.2. PAGOS EXTRAORDINARIOS AL ESTADO

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

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

(b) Pago variable: Correspondiente con el dos (2) por ciento de los ingresos brutos de la sociedad concesionaria, con frecuencia trimestral a contar desde la Orden de Inicio. Los pagos se harán con base en los ingresos brutos reportados en el trimestre respectivo y deberá realizarse máximo quince (15) días hábiles después de terminado el trimestre (...).

De las cláusulas transcritas se desprende que el concesionario deberá cumplir con el pago de un canon equivalente al 5% de los ingresos brutos de la sociedad concesionaria.

Adicionalmente, como se observa en el punto 3.2 del Anexo 15 se establecen pagos extraordinarios al Estado, tanto un pago fijo como uno variable. Al respecto, el artículo 42 de la LGCOP regula lo siguiente: “(...) *Artículo 42.- Ingresos de la administración concedente.*

1) En la forma determinada en el cartel de licitación o en la oferta del concesionario, en el contrato podrán fijarse los siguientes pagos a favor de la administración:

a) Un canon por la explotación de la concesión, el cual no podrá ser superior al cinco por ciento (5%) de los ingresos brutos generados por la concesión otorgada. El porcentaje, el plazo y la entrega del cobro serán los estipulados en el cartel de licitación.

b) Los pagos extraordinarios al Estado, que correspondan de conformidad con el artículo 28 de esta Ley.

c) Los que se originen en la entrega de los bienes que se utilizarán en la concesión.

d) Un pago por concepto de inspección y control del contrato de concesión. La forma de fijar el monto de este pago se basará en criterios de servicio al costo (...).” De manera tal que como parte de los pagos que el legislador definió que podrán fijarse a favor de la Administración están: el canon por la explotación de la concesión, que no puede ser superior al 5% de los ingresos brutos generados los pagos extraordinarios al Estado, que correspondan de conformidad con el artículo 28 de esa misma ley. En ese orden, el artículo 28 de la LGCOP señala que: “(...) *1.- El concesionario será seleccionado de entre las ofertas elegibles, conforme a las reglas del cartel y, según el sistema establecido en las bases de la licitación, atendiendo a uno o más de los siguientes factores: a) El valor presente de los ingresos de la concesión. / b) La tarifa. / c) El plazo de concesión. / d) El monto del subsidio estatal requerido por el oferente. / e) Los pagos ofrecidos por el oferente al Estado. / f) Los ingresos mínimos que el Estado garantizará. / g) El puntaje obtenido en la calificación técnica. / h) La propuesta de reducción de tarifas al usuario, reducción del plazo de la concesión o de los pagos extraordinarios al Estado, cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o los activos, definida en la forma que dispongan las bases de la licitación o el oferente, exceda de un porcentaje máximo predefinido. Esta variable únicamente podrá aplicarse en concursos donde se garantice un mínimo de ingresos para el concesionario, conforme al punto f) anterior (...).”* De la concatenación de normas efectuada, es preciso señalar que la Administración no podría requerir de manera obligatoria a los oferentes, porcentajes mayores al dispuesto en el artículo 42.1.a) de la LCOP. Mientras que los pagos extraordinarios, se encuentran referidos al artículo 28 de la LGCOP como parte de los factores que se pueden incluir en el sistema de selección del concesionario, es decir, no como un requisito de evaluación. Esto implica que en principio, a la luz de las normas citadas, no podría establecerse como una condición de admisibilidad de las ofertas, el

requerimiento de un monto adicional, como está sucediendo en la especie como los pagos extraordinarios, lo cual se estima improcedente sin contar con el criterio técnico y jurídico que se refiera a su viabilidad. Con la regulación actual del pliego, se estaría obligando a los oferentes a pagar un monto superior al límite fijado por el legislador en las normas referenciadas. Si bien de conformidad con el artículo 42 se delimitan los ingresos de la Administración Concedente, claro está que a partir del artículo 28 de la misma ley, corresponde discrecionalmente a la Administración diseñar el sistema de calificación de las ofertas, a partir del cual se seleccionará de entre las ofertas elegibles (es decir, entre las que hayan superado requisitos de admisibilidad tales como el canon de explotación en los términos ya comentados). En ese contexto, por ejemplo el inciso e) refiere a los otros pagos que sean ofrecidos a la Administración. De esa manera, encuentra este órgano contralor que sí podría ser factible que como parte del sistema de evaluación de las ofertas, se establezca un factor de evaluación relativo a aportes que la Administración justifique. Siempre a partir de una base técnica que sustente su razonabilidad y proporcionalidad, y que sopesa de manera rigurosa los riesgos de generar cargos a la concesión que pudieran complicar la competitividad de las tarifas o la viabilidad financiera del contrato, con un impacto negativo en el servicio y en las finanzas públicas. Al momento de la definición de los requisitos, tanto de admisibilidad como de incorporación de factores al sistema de calificación, los análisis y las valoraciones efectuadas deben quedar acreditadas en el expediente. En razón de lo expuesto, se declara **con lugar** este extremo del recurso.

5) Sobre la indeterminación procedimental de la oferta y soluciones alternativas.

Cláusula 1.5 del cartel. Criterio de la División. El objetante recurre la cláusula 1.5 del cartel en la que se posibilita que los oferentes puedan incluir en sus propuestas técnicas y económicas las soluciones alternativas que consideren pertinentes para mejorar la calidad de la obra o el nivel de servicio a los usuarios. El recurrente señala que existe una indeterminación del tratamiento de lo que el pliego denomina "soluciones alternativas". Arguye que no se regulan, cuáles criterios generales y/o específicos serán utilizados por la Comisión Evaluadora en una primera instancia y por quien formalice el contrato posteriormente, para determinar si las propuestas alternativas son aceptables o no, y qué criterios deben considerar los oferentes a la hora de formularlas, agrega que no hay claridad concreta y definitiva acerca de quiénes participan en la evaluación y en la posterior discusión. La Administración por su parte, se allana al requerimiento y manifiesta que con el propósito de brindar mayor certeza a los interesados, procederá a aclarar el texto del cartel para reiterar que los requerimientos establecidos son de cumplimiento obligatorio con

relación a la oferta base y que las ofertas alternativas estarán sujetas a las siguientes condiciones: (a) que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente con todos los requerimientos establecidos por la Administración para ser considerada procedente de acuerdo con el cartel de la Licitación y que la misma haya sido adjudicada; (b) La oferta alternativa deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico, demostrando de manera clara y precisa su viabilidad y su cumplimiento con los siguientes supuestos esenciales: (i) Plazo de la Concesión: La propuesta deberá respetar los términos y límites establecidos para la duración de la concesión; (ii) Estándares de servicio: La alternativa deberá cumplir o superar los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el cartel. (iii) Modelo tarifario: La propuesta deberá adherirse a los lineamientos tarifarios establecidos en el cartel, garantizando su viabilidad financiera y su correspondencia con las necesidades públicas e institucionales. Asimismo, en caso de que una oferta alternativa sea adjudicada, la Administración deberá acreditar en el expediente las razones objetivas que fundamentan su decisión, asegurándose de que ésta no contravenga el interés público ni institucional y que existan los fondos necesarios para cubrir su costo. Considerando el allanamiento de la Administración se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva. Igualmente, debe considerarse lo señalado más adelante sobre este mismo tema en cuanto al punto 3 del recurso de DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC.

6) Sobre la Cláusula 1.13.3 del Borrador del Contrato. Criterio de la División. La recurrente reclama que el documento contractual es omiso en cuanto en regular un escenario posible en el que exista un desfase entre la terminación de los contratos anteriores y la entrada en vigor del nuevo contrato. La Administración responde que no considera que el instrumento, sea el borrador de Contrato o el pliego, sea el que imponga actividades y obligaciones a la Administración Concedente respecto de los concesionarios previos, ni estos con el que sería el nuevo concesionario, señala que se pretende dar visibilidad a los pasos que deberán seguirse, y definirse, por los medios que legalmente resulten aplicables, para una transición ordenada, nada más. Con respecto a este extremo del recurso, entiende este órgano contralor que el pliego o el borrador del contrato no resultan ser los instrumentos en los que deberían quedar plasmados los pasos a seguir en caso de materializarse una situación en la que se presente un desfase entre la terminación

de los contratos vigentes y la entrada en vigor del nuevo contrato. Lo cual no implica que como parte de los análisis que al respecto realiza la Administración, a partir de una adecuada planificación, análisis y mitigación de riesgos, se tenga claro cuál sería el proceder en un escenario como el descrito. Por consiguiente, entiende este órgano contralor que sobre este tema no existe ningún aspecto en particular que deba quedar necesariamente previsto en los documentos descritos, razón por la cual se procede a declarar **sin lugar** este punto.

7) Sobre que el nuevo concesionario opere la Terminal actual durante la fase de construcción de las nuevas obras. Criterio de la División. La objetante señala que durante la fase de Explotación Inicial el nuevo concesionario si bien tendría el derecho a cobrar las tarifas fijadas previamente por la Administración, esto no resulta jurídicamente viable puesto que dichas tarifas corresponden a los contratos previos y no al que deriva de la presente licitación. Al respecto, señalan que existe un régimen especial tarifario para una concesión concreta, considerando que los términos tarifarios se estudian y fundamentan para una licitación en específico, al punto que cuando se obtiene la no objeción de la ARESEP, la estructura y los procedimientos de ajustes se incorporan al pliego y por ende al contrato, como reglas específicas de ese pliego y de ese contrato. La objetante plantea que la Administración traslada el riesgo del servicio y de la suficiencia de equipos e infraestructura en esta etapa de explotación inicial al nuevo concesionario, sin mecanismos de ajustes de tarifas, sin una noción de que las tarifas impuestas hayan logrado o hayan considerado nivel de inversión alguno ni estándares de operación y mantenimiento, pero además, al tiempo que se exige que el proceso constructivo de las nuevas obras en el mismo sitio no afecten una operación cuyos términos no se fijan. Por su parte, la Administración responde que la Etapa de Explotación Inicial, se centra en que exista un escenario definido, para el nuevo concesionario y los usuarios, de qué esperar o cuáles son los elementos aplicables mientras el Concesionario da continuidad a los servicios de la concesión y se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, partiendo para ello de criterios objetivos, conocidos ya hoy día, y que parten o se originan de procesos y definiciones de tarifas que se ajustaron al ordenamiento jurídico, y que aplican solo de manera transitoria. En este punto de la impugnación el recurrente plantea una duda con respecto a la aplicación de las tarifas vigentes, fijadas con ocasión de un contrato previo bajo un régimen jurídico distinto. En particular, mediante la argumentación el recurrente no hace referencia en específico, en este punto, a la tarifa en sí y las consecuencias que esto podría generar dentro de la estructuración de su propuesta y ya en fase de ejecución, pero

muestra la preocupación que le genera el hecho de que se trate de tarifas no fijadas para este contrato en específico. En razón de lo expuesto, se estima que la impugnación en cuanto a este punto no se encuentra fundamentada y corresponde **rechazarla de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

8) Sobre la Cláusula 7.1 del Cartel, crea la Comisión de Evaluación de las ofertas, que según los numerales 1 y 2 tendrá como parte de sus miembros al Ministro de Obras Públicas y Transportes y al Presidente Ejecutivo del INCOP. Criterio de la División. El recurrente arguye que el pliego estaría atribuyendo al Ministro del MOPT y al Presidente Ejecutivo del INCOP que realicen un análisis técnico de las ofertas para realizar una recomendación técnica de adjudicación que será dirigida a la Junta Directiva del INCOP, de la que forma parte el Presidente Ejecutivo, y al Poder Ejecutivo, del que forma parte el Ministro. Esto genera una doble condición de ser las personas que recomiendan técnicamente sobre un acto y de ser quienes deciden sobre el dictado de ese mismo acto. Señalan que es lo usual que estas funciones estén separadas, por razones de gobernanza, independencia, objetividad y de adecuada gestión de riesgo. La Administración responde que la Comisión Evaluadora es un órgano colegiado designado conforme a lo dispuesto en el cartel y en cumplimiento del marco legal aplicable. Su función principal es realizar una evaluación técnica de las ofertas recibidas, con base en criterios objetivos previamente establecidos en el cartel, y presentar una recomendación técnica. Agrega que esta recomendación no constituye la decisión final de adjudicación, sino un insumo técnico que debe ser valorado por las instancias administrativas competentes, las cuales tienen la potestad exclusiva de adjudicar o declarar desierto el concurso. Consideran que tanto el Presidente Ejecutivo del INCOP como el Ministro de Obras Públicas y Transportes no solo pueden, sino que deben participar en la revisión técnica de las ofertas en su calidad de miembros de la Comisión Evaluadora y en virtud de las responsabilidades inherentes a sus cargos. Concluyen que la estructura y el diseño del procedimiento de evaluación y adjudicación cumple con los principios de transparencia, independencia y adecuada gobernanza pública, desestimando la observación planteada por el recurrente, tanto por falta de fundamento como por la ausencia de una vulneración normativa o de principios de contratación pública. En cuanto a este punto del recurso, el objetante se muestra disconforme con la conformación de la Comisión de Evaluación, particularmente en cuanto a que miembros de la comisión, en virtud del puesto, deban participar en otras etapas posteriores del concurso. Al respecto, no se observa señalamiento alguno que implique necesariamente la modificación de la cláusula en cuestión, por representar una trasgresión

de una norma en particular que así lo impida. Razón por la cual, se declara **sin lugar** este punto del recurso.

9) Sobre la Objeción contra el Plazo para presentar Ofertas. Criterio de la División. El recurrente manifiesta que el plazo debe ampliarse en 120 días. El objetante apunta que el plazo dado no es razonable por: el volumen de información que forma parte del expediente es elevado y debe ser analizado cuidadosamente, en el pliego se exige que se hagan tres niveles de valoración sumamente complejas: la valoración de la situación actual del Puerto, el desarrollo de una oferta técnica y económica en cumplimiento de los requisitos técnicos y económicos exigidos en el pliego y la posibilidad de soluciones alternativas, además existe un importante nivel de incertidumbre, la notable cantidad de documentación requerida, la complejidad del proceso y los riesgos transferidos. Además presentan un cronograma con una referencia general de lo que les permitiría mes a mes, la ampliación solicitada. La Administración considera que existe falta de fundamentación por lo que se debe rechazar el recurso sobre este punto. Al respecto, conviene señalar que si bien el recurrente alega que en virtud de la complejidad del proyecto, las labores que se deben considerar para presentar una oferta y lo que implica el objeto contractual se debe ampliar el plazo para presentar ofertas en 120 días adicionales. No obstante y si bien aporta un cronograma que se refiere a las actividades que podrían realizar en caso de otorgarse dicho plazo, sus manifestaciones se basan en su mero decir, sin que se hayan aportado elementos de carácter técnico en el que analizando cada una de las actividades necesarias para poder presentar una propuesta, se acredite de forma fehaciente la imposibilidad de cumplir con lo requerido en el tiempo dado. En ese mismo sentido, tampoco se aportan elementos técnicos que lleven a la conclusión de que efectivamente el plazo requerido para poder presentar una oferta, en los términos requeridos, es de 120 días como lo solicita el recurrente. Con ocasión de lo expuesto lo que corresponde es **rechazar de plano** este argumento por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

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

Pliego de Condiciones ni el Borrador de Contrato de Concesión disponen cuál es el estatus que a la fecha presenta el área para disposición de material de dragado que utiliza el Concesionario actual tanto desde la perspectiva medioambiental. así como una regulación concreta de cómo va a resolver la Administración Concedente el problema de la transición entre la Orden de Inicio de la Concesión y el momento de obtención de la Viabilidad Ambiental que está prevista para 12 meses posterior a aquella. Solicitan que se requiera únicamente estudios para definir la reubicación de sitio de disposición de material de dragado hasta contar con los resultados de los estudios de ASTM contratados a un tercero y referidos en el Estudio de Factibilidad del IFC, en el tanto esos análisis permitan concluir la necesidad de la reubicación, se requiera al INCOP incorporar en el Estudio de Factibilidad, los costos asociados a una eventual reubicación del sitio de disposición de material de dragado en caso que dicha ubicación se aleje del actual sitio de disposición y que se defina en el Contrato de Concesión el régimen de riesgos en caso de que durante los primeros 12 meses de la Etapa de Explotación en donde aún no se cuenta con Viabilidad Ambiental Definitiva existen inconvenientes con el área de disposición de material de dragado. La Administración contesta que como se indica el estudio de factibilidad, estudio de ASTM II deberá indicar la magnitud y extensión de la contaminación, si existiera, para que luego se determine la mejor disposición. Por lo que no se indica que se deba “ubicar un nuevo sitio”, erróneamente indicado por el recurrente, pero se espera que los subsuelos contaminados se les dé un tratamiento y disposición acorde a la Ley y los requerimientos de las normas internacionales IFC para este tema, antes que optar por su reutilización (al igual que los sedimentos contaminados de las actividades de dragado) en procesos de relleno u otras actividades en el proyecto estarían restringidas e incluso no permitidas. Agregan que en relación con este último punto, también es importante aclarar que el contrato borrador de concesión bajo la cláusula 9.9.4 solo exige “*evaluar alternativas para la disposición de los dragados o su uso productivo en función de si el material dragado es tóxico o no, y definir los riesgos e impactos asociados, evaluar y modelar receptores ecológicos sensibles y definir medidas de mitigación, parámetros e indicadores de seguimiento*”. Asegura la Administración que el contrato no exige la elaboración de un estudio para ubicar un nuevo sitio de dragado o sitio de disposición de material dragado, como interpreta incorrectamente APM Terminals. Agrega que los costos de estos temas no fueron omitidos dado que se consideró dentro del presupuesto general del proyecto con una partida de Medidas de Mitigación Ambientales y Sociales tanto en fase constructiva como operativa que abordaban estos temas. En cuanto a este punto, la recurrente aduce la existencia de una contradicción, pero los diferentes temas atribuidos al pliego fueron

explicados y abordados por parte de la Administración. A su vez, se observa que en parte lo requerido por la recurrente en cuanto a estas cláusulas del pliego corresponde a una solicitud de aclaración que surge en razón de una duda planteada por el recurrente. Así las cosas, siendo que este punto del recurso corresponde a una solicitud de aclaración, que deben ser gestionadas directamente con la propia administración concedente, según se desprende del artículo 25 de la LGCOP y 14 de su respectivo reglamento. En todo caso, no se desprende de lo expuesto, la razón por la cual entiende la recurrente que el pliego no es claro en cuanto al tema. Por consiguiente, se **rechaza de plano** este extremo del recurso. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

11) Sobre la exigencia de implementar normas del Banco Mundial y elaboración de dos Estudios de Impacto Ambiental. Criterio de la División. El recurrente solicita que se elimine la obligatoriedad para todo potencial oferente de comprometerse a cumplir en fase de ejecución contractual, con las normas de estandarización y desempeño del IFC en materia medioambiental y social, así como cualquier guía adicional del Banco Mundial. Como pretensión supletoria, solicitan que se ajuste el Contrato de Concesión para que estos parámetros resulten obligatorios únicamente en aquellos casos donde el oferente o futuro concesionario manifieste necesitar financiamiento por parte del IFC o cualquier ente perteneciente a la esfera del Banco Mundial. Para justificar la solicitud plantea aportan el Informe Técnico de la Ingeniera Karla Paniagua Obando, Master en Gerencia de Proyectos y Regente Ambiental debidamente inscrita ante SETENA y señalan que existen problemas jurídicos respecto a la aplicación de esta normativa, inexistencia de criterios técnicos sobre la necesidad de la implementación de estos estándares, sobrecostos sin un estudio claro que los respalde, decisión de incorporar estos parámetros no respaldada por estudios que dimensionen de forma precisa el impacto en costos real, y es un deber de la Administración adoptar decisiones informadas y fundamentadas en bases técnicas. La Administración señala que como parte de la sala de documentación se presenta un informe sobre las diferencias normativas entre la legislación local y las normas de desempeño ambiental y social (ND) de IFC para que exista un mejor entendimiento de los elementos adicionales que añaden las ND de IFC sobre la normativa local que se buscan cumplir en el marco del contrato de concesión. Además, en el orden financiero, mencionan que en la etapa de factibilidad se realizaron los análisis pertinentes para la estimación de los costos de las medidas de mitigación ambiental y social que se indican. Explica la Administración que la selección de estos estándares responde a los principios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad que rigen los actos administrativos y se alinea con las siguientes

consideraciones legales y estratégicas: a. Discrecionalidad de la Administración para definir estándares ambientales que beneficien al proyecto. b. Alineación con las metas ambientales de Costa Rica. c. Concordancia con los Principios de Ecuador c. Impacto financiero manejable. Con respecto a este extremo del recurso, es preciso señalar que dentro de la acción recursiva el recurrente no ha logrado señalar que exista una inviabilidad jurídica o técnica que imposibilite la incorporación de la normativa del IFC en materia medioambiental y social, así como aquellas correspondientes al Banco Mundial. Su alegato termina por limitarse a una serie de alegatos en virtud de los cuales considera inconveniente su incorporación, sin que se haya apuntado la existencia de una trasgresión de los principios que informan la materia, el ordenamiento jurídico a las reglas de la ciencia, la lógica y la técnica. Si bien al respecto se aporta un criterio técnico, este se refiere a una se refiere a una falta de motivación en cuanto a la consideración de esta normativa, sin que llegue a sostener una inviabilidad para su inclusión. Y se refiere a una serie de posibilidades eventuales de lo que podría suceder en fases posteriores. Debe tenerse presente que en esta materia no basta con señalar una falta de fundamento para la incorporación de un requisito en el pliego, sino que además el recurrente debe demostrar las razones por las que su inclusión representa una limitación ilegítima a su participación. Situación que no se ha presentado en este caso. Lo anterior, considerando que no corresponde simplemente alegar que la normativa nacional en la materia ya de por sí es robusta o que esto podría llegar a generar un incremento de costo o complicaciones para la obtención de permisos y la tramitación de actuaciones posteriores. Tal y como se ha indicado, el espíritu del recurso de objeción no puede vislumbrarse como una oportunidad para ajustar el pliego a las preferencias del recurrente. Adicionalmente, se observa que la Administración al contestar, indica las razones a partir de las cuales toma la decisión de incorporarlas al pliego. Por lo que se procede a declarar **sin lugar** el recurso de objeción presentado, en cuanto a este punto.

12) Sobre la irrazonabilidad del plazo para obtener la Licencia Ambiental ante SETENA. Criterio de la División. La recurrente solicita que se ordene otorgar un plazo de 15 meses para la obtención de la viabilidad ambiental definitiva. A su vez, solicita incorporar en el Contrato de Concesión, de forma explícita una causal de eximente de responsabilidad en caso de obtener en firme la Resolución de Viabilidad Ambiental Definitiva por causas no imputables al Concesionario y que resulten propias de la norma patológica de este tipo de procedimientos administrativos. La Administración acepta la solicitud de otorgar un plazo de 15 meses para la obtención de Licencias y Permisos del Concesionario para la

Construcción lo que incluye la Viabilidad Ambiental Definitiva. Sin embargo, el plazo establecido para la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), la SETENA otorgó un plazo máximo de un año para su presentación según la resolución N° 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024, cuya referencia se mantiene en el cartel. Igualmente, acepta incorporar en el Contrato de Concesión, de forma explícita una causal de eximente de responsabilidad en caso de no obtener en firme la Resolución de Viabilidad Ambiental Definitiva por causas no imputables al Concesionario y que resulten propias de la mora patológica de este tipo de procedimientos administrativos ya que refleja la distribución de riesgos establecida en el contrato. Considerando lo indicado por la Administración se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

13) Sobre la objeción con respecto al procedimiento y modelo tarifario presentado ante la ARESEP. Criterio de la División. La recurrente inicia por cuestionar el que no se consultara la estructura tarifaria de la Fase de Explotación Inicial. Considera que se imponen tarifas adoptadas y avaladas por ARESEP con ocasión de un contrato distinto y un procedimiento distinto al que ahora nos convoca. Arguye que se trata de un régimen de tarifas incorporado al cartel por vía de remisión, incorporado al Contrato de Concesión de forma indirecta, que sin duda alguna pasará a formar parte de los términos de la relación contractual que, sin embargo, no fue sometido a conocimiento de la ARESEP dentro del trámite específico de esta licitación tal cual lo exige la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. La Administración expone que respecto a que la Etapa de Explotación Inicial, se centra en que exista un escenario definido, para el nuevo concesionario y los usuarios, de qué esperar o cuales son los elementos aplicables mientras el Concesionario da continuidad a los Servicios de la Concesión y se lleva a cabo la Etapa de Transición a la Etapa de Construcción, partiendo para ello de criterios objetivos, conocidos ya hoy día, y que parten o se originan de procesos y definiciones de tarifas que se ajustaron al ordenamiento jurídico, y que aplican solo de manera transitoria. Asimismo, esto se alinea con lo estipulado en el el criterio vinculante de ARESEP sobre la estructura tarifaria del proyecto en el cual define que las tarifas resultantes de la oferta económica entren en vigor cuando inicie la Etapa de Explotación Total del Proyecto. Previo a este hito, el Concesionario aplicará en la fase de transición las tarifas que actualmente rigen a Puerto Caldera. Estas tarifas, aunque tengan su origen en las concesiones anteriores, están

incluidas en la evaluación financiera de la nueva concesión por lo que dicha tarifa también sostendrá las nuevas inversiones en tanto que es parte de la nueva concesión. En este punto de la impugnación el recurrente plantea una duda con respecto a la aplicación de las tarifas vigentes, fijadas con ocasión de un contrato previo bajo un régimen jurídico distinto. En particular, mediante la argumentación el recurrente no hace referencia en específico, en este punto, a la tarifa en sí y las consecuencias que esto podría generar dentro de la estructuración de su propuesta y ya en fase de ejecución, pero muestra la preocupación que le genera el hecho de que se trate de tarifas no fijadas para este contrato en específico. En razón de lo expuesto, se estima que la impugnación en cuanto a este punto no se encuentra fundamentada y corresponde **rechazarla de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

14) Sobre el criterio negativo del reajuste extraordinario de tarifas. Criterio de la División. La recurrente alega que la ARESEP rindió criterio técnico negativo respecto a la metodología de reajuste extraordinario de tarifas, lo que considera, lesiona los principios de legalidad, intangibilidad patrimonial por cuanto se deniega la incorporación directa al Contrato de Concesión de un método válido, útil y pertinente de equilibrio económico financiero, y de seguridad jurídica por cuanto se deja en absoluta indefensión la forma de cálculo del reajuste extraordinario, lo mismo que el de libre competencia. La Administración alega que en cuanto a este extremo, se destaca el que la ARESEP conforme a su Oficio RE-0574-RG-2024, es clara en que lo definido por esa Autoridad sobre el tema de la metodología de reajuste extraordinario de tarifas, *“no limita el derecho del concesionario a solicitar a la Administración Concedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, ya que la ARESEP no tiene competencia legal para establecer o avalar las condiciones en que el concesionario puede hacer esa solicitud”*, lo cual en su caso sí conocerá en el supuesto en que la alternativa para la restitución sea una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, en donde se deberá requerir y contarse con el criterio vinculante de la ARESEP. En este caso el alegato de la recurrente se limita a requerir sin sustento que se incorpore el mecanismo desde este momento. Lo anterior, sin que en el recurso se desarrolle con detalle los efectos que esto tendría en fase de ejecución o bien para la estructuración de la oferta, o las dificultades en concreto que tendría el hecho de que se incorpore posteriormente, o también la improcedencia de su incorporación en otra etapa. Sin embargo, se cuenta con el pronunciamiento de ARESEP en cuanto al tema, señalando la posibilidad de poder incorporar el mecanismo de pago extraordinario de forma

posterior. En razón de lo expuesto, al no desprenderse de lo expuesto que esto le genere una limitación al recurrente para la presentación de la oferta o le genere alguna complicación que vaya en contra posición con los principios que rigen la materia, se **rechaza de plano** este extremo del recurso por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

15) Sobre las inconsistencias del modelo tarifario sometido a valoración de la ARESEP. Criterio de la División. La objetante cuestiona que el modelo con base en el Informe de la consultora IDOM, que corre un análisis de la estructura tarifaria sometida a valoración de ARESEP arrojando como resultado, la existencia de problemas estructurales importantes, que podrían incidir negativamente en la concurrencia de ofertas por no existir seguridad jurídica de las premisas bajo las cuales se modeló la base tarifaria. Con base en ello, solicitan a la ARESEP un análisis claro que permita identificar con precisión los servicios regulados y no regulados. En lo que respecta a los servicios complementarios regulados, se solicite a la ARESEP complementar el vacío u omisión absoluta respecto al criterio o la metodología que utiliza la entidad para su actualización. Solicitan a la ARESEP que se corrijan los vacíos respecto a qué servicios se incluirán o no en el esquema "All-in", particularmente porque la propuesta de INCOP/ARESEP se presenta de manera descriptiva y no detalla los conceptos incluidos o excluidos de dicho esquema. De esa forma, proponen remitir nuevamente a la ARESEP el modelo tarifario a efectos de que se defina en el marco del Estudio de Factibilidad para la Concesión con nombre "20240825 Puerto Caldera Modelo Financiero Factibilidad" los conceptos de ingreso que no están debidamente desglosados ni alineados claramente con las definiciones establecidas en el tarifario vigente o las especificaciones de INCOP/ARESEP Esta falta de claridad introduce incertidumbre significativa en aspectos clave para estructurar una oferta económicamente sólida. En relación con las tarifas del Ferrocarril se solicita: a. Especificar si las tarifas estarán reguladas por ARESEP o si serán de libre fijación. b. Indicar si estas tarifas formarán parte de un modelo "All-In" o serán gestionadas con una línea separada de ingresos. c. Proporcionar un esquema preliminar de costos para servicios ferroviarios que permita a los oferentes estimar ingresos derivados de esta actividad. Por su parte, la Administración remite al informe de consultoría económica de MEG en el cual se basaron para obtener el criterio vinculante de ARESEP. Afirman que los rubros son lo suficientemente detallados para asegurar que no existen inconsistencias o vacíos como se cuestiona. Además, existen servicios específicos que requieran de instalaciones o equipamientos concretos que, por distintas razones, pueden no estar disponibles al inicio de la concesión, como puede ser el

caso del servicio de escaneo o servicios ferroviarios para la cual estos servicios deberán ser gestionados como una línea separada de ingresos de la tarifa “all-in”. El Concesionario no podrá cobrar estos servicios hasta que existan en el puerto las instalaciones y equipamientos que permitan prestar dichos servicios. En relación con este extremo del recurso, si bien el recurrente plantea una serie de puntos que corresponden a solicitudes de aclaración con el fin de comprender de forma adecuada la tarifa, para efectos de poder presentar su propuesta, adicionalmente señala que la regulación actual obstaculiza la presentación de ofertas competitivas y el mayor número de oferentes posible, se trata de una afirmación que no está siendo acreditada, ya para ello el fundamento se encuentra en lo expuesto en el criterio de IDOM que realiza una serie de recomendaciones y profundizar o acreditar que efectivamente lo regulado genera alguna imposibilidad para presentar una propuesta dentro del concurso de marras. Razón por la cual, se presenta una falta de fundamentación y corresponde **rechazar de plano** este punto del recurso.

16) Sobre la objeción con respecto a los alcances y concepción del Modelo Financiero. Criterio de la División. La recurrente presenta un Informe de la firma de auditoría externa KPMG, requerido con el objetivo de que hiciera una revisión minuciosa del modelo financiero presentado a la ARESEP por parte del INCOP y que es la base de la viabilidad financiera del proyecto, así como los archivos publicados en la página web asignada por la Administración a este procedimiento licitatorio. Apuntan que el Informe Técnico elaborado por KPMC contempla veinte (20) hallazgos de imprecisiones, inconsistencias y omisiones graves del modelo financiero en el Apéndice C. Por lo que solicitan declarar la nulidad del modelo y en su lugar proceder con los ajustes en cada apartado señalado y publicar una nueva modelación financiera. Asimismo, debido al impacto que eso puede tener en las tarifas, solicitan que se ordene remitir nuevamente a la ARESEP para su aprobación. La Administración responde que tal y como lo estipula el criterio vinculante de ARESEP, el proyecto “Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”, se desarrolla a partir de un análisis financiero, realizado por IFC, conforme a las mejores prácticas de la industria y considerando métodos de análisis ampliamente aceptados y empleados por ésta, y tomando como base los insumos técnicos de la firma internacional de ingeniería Moffatt & Nichol, que considera como herramienta principal el flujo de caja del futuro concesionario para elaborar los indicadores de análisis deseados como Tasa Interna de Retorno (TIR) y Valor Actual Neto (VAN). Las inversiones, los costos operacionales y costos financieros son considerados en el flujo de caja por lo que el análisis financiero es la base para la viabilidad del proyecto. Añaden que

las tarifas “all-in” máximas mencionadas en el criterio técnico vinculante sobre la estructura tarifaria fueron establecidas con parámetros definidos en el estudio de factibilidad de manera que exista un flujo de recursos suficiente que genera la tasa interna de retorno (TIR) esperada para el proyecto, estructuración según la cual el INCOP pretende la modernización del puerto sin perder de vista su competitividad a nivel tarifario en la región. Destacan que la debida diligencia y los supuestos financieros para presentar sus ofertas económicas debe recaer en los oferentes. En consecuencia, sobre este extremo el recurso también debe ser rechazado. Como se observa en este punto del recurso, si bien la recurrente presenta un documento técnico en el que se realizan una serie de cuestionamientos al modelo financiero del proyecto, en su respuesta la Administración no atiende el cuestionamiento desarrollado por la recurrente, sino que se limita a mencionar, sin ahondar en el detalle de cada estudio, los insumos técnicos que se utilizaron para efectos de realizar el análisis financiero del proyecto. Ante los alegatos planteados que cuestionan el sustento de la actuación administrativa, no basta simplemente con hacer una referencia de los elementos que se utilizaron, sino que en particular para el punto es cuestión resultaba necesario que la Administración realizara un análisis integral de lo alegado con el fin de desvirtuar cada uno de los alegatos. Ante la ausencia de una respuesta técnica sólida para este punto, lo que corresponde es declarar **parcialmente con lugar** este punto del recurso, con el objetivo que la Administración analice técnicamente el alegato de la recurrente y lo expuesto en el estudio técnico que se aporta. Dicho análisis deberá incorporarse al expediente administrativo respectivo y en caso de resultar necesario efectuar alguna aclaración o modificación al pliego o al modelo financiero a raíz de dicho análisis, deberá efectuar y realizar las comunicaciones correspondientes. Para lo cual deberá analizar además, si a partir de lo considerado en relación con este tema, resulta meritorio requerir nuevamente el criterio vinculante de ARESEP.

17) Sobre la objeción con respecto a la solución técnica requerida (infraestructura y equipo). Anexo IV, Anexo 11, Anexo 12 y 18 del Cartel. Criterio de la División. La recurrente plantea que un potencial oferente consciente del negocio, no podrá comprometerse a los 'Estándares de Servicio' (Anexo 18), salvo que se hagan los ajustes que se explican en el Informe Técnico elaborado por Jan de Bont. Señala que existe un problema de la solución técnica con incidencia en la posibilidad de ofertar, por cuanto un operador con conocimiento en la materia, puede identificar con facilidad que la solución de infraestructura y operativa, no cumple con los objetivos trazados con la licitación. Solicita que se ordene una reconfiguración de la solución técnica por no resultar efectiva y menos

aún eficiente, que se reestructuren los costos unitarios pues los mismos están lejos de reflejar la realidad económica del proyecto y debido a la sustancialidad de esos elementos en el modelo financiero. Solicita remitir nuevamente el proyecto a la ARESEP con el objetivo de que se analice a partir de los ajustes al modelo financiero, la estructura tarifaria para que se acorde con la solución técnica y los niveles de inversión. La Administración explica que estos requerimientos se establecieron para atender a la demanda potencial esperada para Puerto Caldera en el corto, medio y largo plazo basados en un estudio de mercado comprensivo con una metodología clara. Elementos que el recurrente sostiene en su análisis como el nivel de profundidad, selección de tecnología, entre otros fueron evaluados a lo largo del estudio de factibilidad son estudiados y fundamentados en diferentes instancias con competencia sectorial, así como del Ministerio de Planificación que avalaron las decisiones sobre estos puntos. Si bien el oferente presenta un escueto criterio técnico el mismo no abarca con profundidad la razonabilidad de las propuestas indicadas, así como el sustento de las mismas. Concluyen que sobre este extremo el recurso debe ser rechazado. Tal y como se observa en el punto anterior, si bien la recurrente presenta un documento técnico en el que se realizan una serie de cuestionamientos a los requerimientos técnicos propuestos, en su respuesta la Administración no atiende el cuestionamiento desarrollado por la recurrente, sino que se limita a mencionar, sin ahondar en el detalle de cada estudio, los insumos técnicos que se utilizaron para efectos de realizar el análisis financiero del proyecto. Ante los alegatos planteados que cuestionan el sustento de la actuación administrativa, no basta simplemente con hacer una referencia de los elementos que se utilizaron, sino que en particular para el punto es cuestión resultaba necesario que la Administración realizara un análisis integral de lo alegado con el fin de desvirtuar cada uno de los alegatos. Ante la ausencia de una respuesta técnica sólida para este punto, lo que corresponde es declarar **parcialmente con lugar** este punto del recurso, con el objetivo que la Administración analice técnicamente el alegato de la recurrente y lo expuesto en el estudio técnico que se aporta. Dicho análisis deberá incorporarse al expediente administrativo respectivo y en caso de resultar necesario efectuar alguna aclaración o modificación al pliego a raíz de dicho análisis, deberá efectuar y realizar las comunicaciones correspondientes.

18) Sobre la objeción en relación con el plazo del Periodo de Construcción. Criterio de la División. La recurrente indica que el plazo de construcción definido carece de una base técnica que lo justifique. Manifiestan que ni el Estudio de Factibilidad, así como tampoco los restantes documentos de la licitación, hacen un análisis técnico que respalde el

hecho de que 30 meses es razonable y posible para desarrollar las obras propuestas. Señalan que la disposición cartelaria no cumple con el deber de fundamentación de los parámetros cartelarios al que está obligada toda administración licitante, carece de bases técnicas y transgrede los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Propone ampliar el plazo de construcción sobre la base de un análisis amplio que realice el INCOP en conjunto con el IFC. La Administración responde que la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles. Explican que en el plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total: 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores, nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado, reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4) y nuevo muelle de graneles. Aclaran que la segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras. Igualmente, mencionan que en caso de que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad (p.e. mayor longitud y profundidad de muelles, nuevo rompeolas o ampliación del existente, nuevas explanadas, etc.) se mantendrá el plazo de 30 meses para las obras antes descritas y para la finalización de la totalidad de las obras el postor deberá proponer un plazo justificativo en función de la tipología y volumen de las obras propuestas, que deberá ser aprobado por INCOP. Por ende, expresan que sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses. Dentro de su argumentación el recurrente no logra acreditar técnicamente que el plazo de construcción sea de imposible cumplimiento, que no sea razonable o que se trate de un plazo desproporcionado. Finalmente, sus argumentaciones en ese sentido, al carecer de un respaldo técnico que así lo acrediten no son de recibo. En ese sentido, si bien el recurrente plantea que la Administración no cumple con el deber de fundamentación de los parámetros cartelarios y que carecen de bases técnicas, en este

casos igualmente su argumentación carece de la motivación necesaria para que su recursos sea acogido. Nótese que incluso el recurrente dentro de su ejercicio pretende que se realice una ampliación del plazo planteando que se realice un nuevo análisis por parte de la Administración sin aportar el propio que demuestre que se llegaría a un plazo distinto. Más allá de lo anterior, considerando la falta de fundamentación señala pero atendiendo a la respuesta dada por la Administración mencionando que procederán a clarificar el cláusula para librarlo de ambigüedades, sin que se encuentre satisfecha la pretensión del recurrente, se procede a declarar **parcialmente con el lugar** el recurso en cuanto a este punto.

19) Sobre la objeción en relación con los parámetros técnicos de escaneo de carga.

Criterio de la División. La recurrente alega que en el pliego se establecen los siguientes requerimientos generales: escaneo obligatorio de toda la carga a granel, implementación de una zona de inspección física para unidades sospechosas, accesible tanto desde la zona pública como desde la terminal y habilitación de una maniobra de bypass para repetir escaneos erróneos. Arguye que se está proponiendo una solución inviable que impide la libre competencia, por cuanto un operador portuario con experiencia no podría comprometerse a esas obligaciones conociendo de antemano su inviabilidad operativa. Adicionalmente, indica que con esto se violenta el principio de eficiencia y eficacia, existe una clara violación a los parámetros de la ciencia y la técnica como pilares de la definición de aspectos técnicos en un pliego cartelario y se presenta una transgresión al principio de seguridad jurídica, pues hay una asunción de riesgos operativos desmedida. Aporta el criterio de Javier Vidal Saúa, en el que en resumen señala que los tres principales impactos generados por las especificaciones técnicas relacionadas con el servicio de escaneo son: 1) Impacto en el cumplimiento de los parámetros de calidad, 2) indeterminación tecnológica y 3) Carencia de bases técnicas y contradicción con la práctica internacional que justifiquen la solución. La Administración contesta que las directrices de escanear 100% del total de la carga emanan de una decisión de política pública, y en base a esta directriz en la factibilidad se ha planteado una metodología de escaneo y unos tiempos de escaneo discutidos con el Ministerio de Seguridad, basados en la demanda esperada, en las experiencias en Moín. También expresa que no se aprecia que en la especie exista alguna lesión a los principios de la contratación pública. En consecuencia, la Administración señala que en este extremo el recurso también debe ser rechazado. Con respecto al punto recurrido, la objetante pretende argüir que se trata de un requerimiento desmedido, inviable y contrario a los principios que informan la materia. Si bien se presenta un criterio técnico en el que se mencionan preocupaciones con respecto al traslado de responsabilidad, dudas,

ausencia de fundamentación y señalamientos de posibilidades de llegar a ralentizar o detener las operaciones, en su argumentación no se logra acreditar fehacientemente que se trate de una obligación de imposible cumplimiento, desproporcionalidad o irrazonable que genere un perjuicio directo al futuro concesionario o a las posibilidades de participación. El argumento como tal, parte de tratarse de una práctica ajena a lo que sucede a nivel internacional, sin llegar a acreditarlo. De tal forma que la argumentación desarrollada resulta insuficiente para desacreditar la presunción de validez que pesa sobre el pliego y no tiene el mérito de poder permitirle a este órgano contralor proceder a compeler a la Administración para que modifique el pliego. En razón de lo expuesto, se procede a **rechazar de plano** el recurso en cuanto a este extremo.

20) Sobre la objeción respecto a requisitos de admisibilidad sobre la Capacidad Financiera. Cláusula 4.2 Criterios Financieros. Criterio de la División. La recurrente solicita que la cláusula objetada indique expresamente que las referencias financieras a la que refiere pueden ser demostradas tanto a través del financiamiento externo, como el auto financiamiento. La Administración se allana al requerimiento, por lo que dice que hará la modificación correspondiente en el cartel. Lo anterior, para reflejar que se permita para acreditar el cumplimiento de este requisito de admisibilidad el financiamiento de entidades relacionadas o del mismo grupo financiero, en el tanto se indique en la documentación que se presente para acreditar la capacidad financiera que el financiamiento recibido por el oferente que pretende acreditar la capacidad financiera fue relacionado con la ejecución de un proyecto de infraestructura. Por consiguiente, se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

21) Sobre la presentación de Estados Financieros Auditados. Cláusula 4.2 Criterios Financieros. Criterio de la División. La recurrente solicita que la Administración determine de forma definitiva, cuáles son los tres años que se tomarán en cuenta y que se elimine el requisito de que se presenten con consularización o apostilla y traducción oficial. Al respecto, señala que para las empresas extranjeras, este requisito se acompaña de una cantidad de formalidades que no son justificadas, como la obligación de que sean consularizados o apostillados y con una traducción oficial. Afirman que tratándose de documentos auditados, no se encuentra razonabilidad en que también se requiera su

legalización o apostilla, mucho menos en este momento del procedimiento, que es la presentación de la oferta. Mencionan que estos documentos requisitos encarecen la oferta y toman mayor tiempo para su trámite. Por su parte, el RLG COP prevé en su artículo 118 que las traducciones pueden ser libres, y este es un caso donde se podría aplicar esta norma. Solicita que la Administración determine de forma definitiva, cuáles son los tres años que se tomarán en cuenta, y que se elimine el requisito de que se presenten con consularización o apostilla y traducción oficial. La Administración contesta que se refiere a los 3 últimos años fiscales 2023, 2022, 2021 por lo que dice que hará la modificación correspondiente en el cartel. En cuanto al segundo tema, la Administración no se refiere a la solicitud de que se elimine el requisito de que se presenten con consularización o apostilla y traducción oficial. Siendo que la Administración se allana en cuanto a uno de los requerimientos, mientras que para el otro no se refiere, pero se trata de una objeción carente de fundamentación, como se expondrá, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva. En el caso de la consularización o apostilla y traducción oficial, el recurrente se limita a solicitar su eliminación, dice que esto podría encarecer la oferta o retrasar su presentación, pero sin explicar en cuánto encarecería la oferta o qué plazo les implicaría cumplir con los requerimientos de tal suerte que corra peligro su presentación en tiempo. Si bien en el RLG COP se establece como una posibilidad la presentación de documentación con traducción libre, nótese que no se trata de una habilitación sino que corresponde a una habilitación existente para cuando así lo determine la Administración como conveniente. Por lo que este punto no se encuentra fundamentado adecuadamente.

22) Sobre los Criterios ambientales y sociales. Criterio de la División. La recurrente solicita que se modifique la cláusula 4.3 del cartel, de manera que se elimine el requisito de presentar una carta, y se indique que la forma correcta de cumplir con lo requerido es aportando la certificación vigente. La Administración acepta la certificación directa o carta por lo que dice que se hará la modificación correspondiente en el cartel. Al respecto, siendo que la Administración se allana aceptando la certificación, pero no de la manera específicamente requerida por el recurrente, que proponía modificar el requerimiento limitándolo únicamente a la certificación, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen

apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

23) Sobre los Criterios técnicos. Cláusula 4.1. Criterio de la División. La recurrente solicita que se declare que la cláusula puede limitar la libre concurrencia por su indeterminación y se disponga que todos los requisitos pueden ser cumplidos por la vía de un solo contrato. Subsidiariamente, se solicita que se anule la inseguridad jurídica que produce la actual redacción y se aclare cuántos contratos se deben presentar para cada requisito. La Administración acepta que hay que dar claridad y dice que reflejará en el cartel que para el cumplimiento de varios criterios técnico se puede aportar un solo o varios contratos que reflejen el cumplimiento del requerimiento específico. Al respecto, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

24) Sobre la documentación legal. Cláusula 4.4. Criterio de la División. La recurrente solicita que se modifique la cláusula 4.4.2 para que indique que en el caso de las sociedades extranjeras, la certificación de capital accionario se hará tan detallada como sea posible, con vista en los instrumentos legales idóneos, que se modifique la vigencia de las certificaciones y declaraciones juradas para que en lugar de un mes sea de tres meses y que se elimine el requisito de firmar digitalmente los documentos de la oferta. La Administración responde que se modificará la cláusula 4.4.2 para precisar la forma de acreditación del capital social, considerando la situación de las empresas extranjeras. Explican que esto incluirá opciones alternativas que permitan cumplir con el requisito, adaptándose a las normativas legales de los países de origen de los oferentes. Añaden que se establecerá que toda la documentación requerida deberá presentarse de forma física dentro de los sobres de presentación de ofertas, cumpliendo con las formalidades notariales o certificaciones según corresponda, eliminando la exigencia de firma digital en estos documentos. Exponen que la cláusula relativa a la emisión de certificaciones y declaraciones juradas ha sido revisada y con la finalidad de evitar reprocesos innecesarios, ajustando el plazo de vigencia a dos meses anteriores a la fecha de recepción de oferta. Consecuentemente, en virtud del allanamiento de la Administración y siendo que no se ajusta plenamente a la pretensión del recurrente, sin que existan elementos suficientes para ordenar una modificación en esos términos, se declara **parcialmente con lugar** el recurso

en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

B) RECURSO INTERPUESTO POR SAAM PUERTOS S.A. 1) Sobre las limitaciones a la libre participación, con ocasión de los criterios técnicos de admisibilidad. Experiencia demostrada en operación de puertos. Criterio de la División. El objetante recurre la cláusula 4.1 del pliego de condiciones referente a la experiencia demostrada operando puertos. El pliego requiere una experiencia operando puertos de al menos durante 5 años, presentando contratos de 2 terminales de contenedores con tráfico mínimo de 500.000 TEU para cada una de esas dos terminales; y 2 terminales de granel seco no mineral con un volumen mínimo de 4 millones de toneladas de manera consolidada. Al respecto el recurrente señala que el tráfico mínimo es desproporcionado, solicitan que se establezca un requisito más apegado a la realidad de la infraestructura portuaria que se propone en el pliego. Solicita además que la experiencia de los dos puertos se pueda sumar y no se limite a dos terminales, si no a las terminales del Grupo Económico. No está de acuerdo en cuanto a que se pida solo dos y no más terminales de granel seco y con el hecho que no se puedan acreditar graneles minerales, cuando su sistema de acopio, carga y descarga es homologable. La Administración señala que al establecer estos criterios técnicos se busca garantizar que la experiencia de los oferentes interesados se alinee con las necesidades futuras de tráfico de contenedores proyectadas para el Puerto Caldera. Agregan que según el estudio de mercado incluido en el análisis de factibilidad, se prevé que el puerto alcance un movimiento superior a 700.000 TEU, por lo que estiman que fijar un requisito mínimo de 500.000 TEU no resulta excesivo, sino que responde a la necesidad de seleccionar un operador con experiencia suficiente para gestionar eficientemente los volúmenes proyectados. Añaden que limitar la experiencia a graneles no minerales se debe a que aunque las soluciones podrían tener ciertas similitudes, el manejo de graneles no minerales requiere una experiencia específica que es la necesaria para la operación de Puerto Caldera dada la relevancia de este tipo de carga en el volumen total del puerto. En relación con este punto del recurso, el objetante se limita a cuestionar la pertinencia del requisito, aduciendo que se trata de un requisito desproporcionado y sin sustento. Sin embargo, su alegato se fundamenta exclusivamente en su mero decir, sin que al respecto realice una argumentación que analice el objeto contractual que se pretende construir y las razones por

las que estima que en razón de ese objeto pretendido, la experiencia establecida resulta ser desproporcionada. Si bien el recurrente señala que el requisito le parece sumamente alto, no menciona tan siquiera cuál es la experiencia que le parecería razonable en función y , naturaleza del objeto y cuál es la experiencia con la que cuenta y por qué esta sería suficiente para poder asumir un proyecto como el previsto. Por su parte, la Administración indica las razones por las cuales se reguló la experiencia de esa forma. Por consiguiente, ante la falta de fundamentación apuntada, corresponde **rechazar de plano** este extremo del recurso por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

2) Sobre el Régimen Tarifario. Tarifas previo a la explotación. Criterio de la División. El objetante señala los problemas que se generan a partir del uso de las tarifas actuales y vigentes hasta la fase de explotación, en la tarifa de graneles. Exponen que la tarifa de la concesión de graneles deviene de una estructura tarifaria diseñada para amortizar la construcción de una nueva terminal granelera en Puerto Caldera, por ende consideran que perdería la eficacia al momento de terminar la concesión. Señalan que al terminar el plazo de la concesión ARESEP podría realizar una fijación para calcular un valor actualizado de la tarifa vigente que no incluya la amortización acelerada de la construcción de la terminal granelera. Arguye que el concesionario podría estar incurriendo en un enriquecimiento sin causa. Solicita que se establezca una tarifa durante el periodo de transición y de construcción que sea la tarifa real al costo por los servicios prestados. La Administración menciona que el objetante busca discutir la determinación de la tarifa, sin aportarse estudio alguno que sustente las afirmaciones del objetante. A su vez, señala que las tarifas all-in iniciales planteadas, toman como base las tarifas vigentes de los servicios portuarios aprobadas por la ARESEP, las cuales fueron fijadas en su momento respetando el principio de servicio al costo y equilibrio financiero del prestador (en apego a lo establecido en la Ley No. 7593). Al respecto, se tiene que la objetante alega que no se deberían utilizar las tarifas actuales y vigentes hasta que se dé la orden de inicio de la fase de explotación, considerando que la tarifa de graneles fue diseñada para amortizar la construcción de una nueva terminal. Sin embargo, su argumentación se limita a hacer ese señalamiento sin mayores elementos técnicos, en el cual no se rebate la procedencia de su utilización, ni referencia alguna al criterio vinculante emitido por parte de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP) como instancia competente en la materia, a través de la resolución RE-0574-RG-2024 a las dieciséis horas con treinta y ocho minutos del veintiséis de setiembre de dos mil veinticuatro, en la que se rindió un criterio técnico positivo respecto

a la estructura tarifaria y sus parámetros de ajuste, así como los parámetros para la evaluación de la calidad del servicio y de los costos de los servicios de fiscalización y control del proyecto “Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”. En razón de lo expuesto, se estima que la impugnación en cuanto a este punto no se encuentra fundamentada y corresponde **rechazarla de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

3) Sobre el Régimen Tarifario. En cuanto a las tarifas que rigen a partir de la fase de explotación. Criterio de la División. La objetante manifiesta que el mecanismo de reajuste extraordinario debe ser contenido en la resolución de la ARESEP, como parte del pliego. Solicitan que se determine la procedencia o no de que el mecanismo de reajuste extraordinario esté debidamente contenido en la resolución de ARESEP, de manera que el ajuste no quede para después y a riesgo del concesionario. La Administración en relación con este extremo, estima que la ARESEP conforme al pronunciamiento RE-0574-RG-2024 es clara en en cuanto a que lo definido por dicha Autoridad: *“no limita el derecho del concesionario a solicitar a la Administración Concedente el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, ya que la ARESEP no tiene competencia legal para establecer o avalar las condiciones en que el concesionario puede hacer esa solicitud”*, lo cual en su caso sí conocerá, en el supuesto en que la alternativa para la restitución sea una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, en donde se deberá requerir y contarse con el criterio vinculante de la ARESEP con respecto al procedimiento extraordinario para fijar tarifas para reestablecer el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión. Sin embargo, su alegato se limita a tratar de generar una duda, sin acreditar, sobre la procedencia de su no inclusión en el pliego desde el momento inicial, reconociendo incluso en su argumentación el criterio expuesto por parte de ARESEP en relación con el tema y la posibilidad de someter al conocimiento de ARESEP una modificación a la estructura tarifa que podría incorporar un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, ante una solicitud del concesionario para la restitución del equilibrio financiero del contrato. En razón de lo expuesto, al no desprenderse de lo expuesto que esto le genere una limitación al recurrente para la presentación de la oferta o le genere alguna complicación que vaya en contra posición con los principios que rigen la materia, se **rechaza de plano** este extremo del recurso por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

4) Sobre la descripción y requerimientos mínimos de las obras. Propuesta base y Propuesta alternativa. Criterio de la División. Se objeta la cláusula 1.5 del pliego. En específico, solicitan que se aclare en el pliego que los oferentes podrán presentar cualquier alternativa que: (i) solo será evaluada cuando quien la presente ha sido adjudicado y (ii) que la alternativa sólo será discutida con el oferente que la presentó, porque no pareciera lógico imponer una alternativa a un adjudicado, cuando esa alternativa fue presentada por otro oferente. La Administración indica que la cláusula 1.5 del cartel es suficientemente clara respecto de los requerimientos establecidos en el Anexo IV, los cuales son de cumplimiento obligatorio para los oferentes en la presentación de sus ofertas base. Agregan que el pliego regula de manera adecuada el tratamiento de las ofertas alternativas y la forma en que la Comisión de Evaluación las analizará. Este punto del recurso corresponde a una solicitud de aclaración, que deben ser gestionadas directamente con la propia administración concedente, según se desprende del artículo 25 de la LGCOP y 14 de su respectivo reglamento. En todo caso, no se desprende de lo expuesto, la razón por la cual entiende la recurrente que el pliego no es claro en cuanto al tema. Al respecto de lo dicho por las partes y aún y cuando se trata de una solicitud de aclaración, en virtud de la respuesta dada por la Administración en relación con el recurso interpuesto por parte de APM TERMINALS B.V. en el punto 5 y siendo que este aspecto tiene estrecha relación con la forma en que se presentarán las ofertas, así las cosas y siendo que la Administración ha decidido modificar el pliego para mayor claridad, se declara **parcialmente con lugar** el punto, debiendo la Administración ajustar el pliego de forma tal que el tema de la presentación de ofertas alternativas quede totalmente claro. Igualmente, debe considerarse lo señalado más adelante sobre este mismo tema en cuanto al punto 3 del recurso de

5) Sobre los estudios técnicos mínimos a realizar para la presentación de ofertas. Criterio de la División. El recurrente manifiesta su inconformidad con respecto al plazo para ejecutar los estudios técnicos mínimos a realizar para la presentación de ofertas, por considerar que no resulta razonable. Solicitan que exista un plazo razonable para terminar los estudios antes de la preparación de la oferta que les permita a los oferentes tomar un riesgo calculado a la hora de presentar una oferta. La Administración indica que el recurrente no explicó, con una adecuada relación jurídica y técnica, la razón por la que el plazo no es suficiente, tampoco aportó consideración o prueba alguna sobre cuál es el plazo usual en la industria para el desarrollo de cada estudio. No explicó tampoco cuál es el plazo que requiere para el desarrollo de esos exámenes para demostrar así que el plazo dispuesto en el pliego le resulta materialmente imposible de cumplir. Con respecto a este

extremo del recurso, la objetante se limita a manifestar su inconformidad con el plazo, sin presentar argumentación alguna dirigida a demostrar la imposibilidad para cumplir en ese tiempo, ni tampoco menciona o acredita cuál sería el plazo razonable para cumplir con lo requerido. Consecuentemente, se **rechaza de plano** este punto del recurso por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

6) Sobre el plazo de construcción de 30 meses. Criterio de la División. Considera el objetante que el plazo de 30 meses no es razonable, ni se encuentra fundamentado. La Administración explica que las obras se han estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles. Menciona que en el plazo de 30 meses desde la orden de inicio de la construcción se deberán tener operativos las siguientes unidades de obra para dar inicio a la etapa de explotación total: - 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores, - Nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado, - Reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4) y - Nuevo muelle de graneles. La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras. Además explica cómo funcionaría en el caso en que el postor proponga alternativas con un volumen de obra significativamente mayor que el previsto en el Estudio de Factibilidad. La Administración concluye que sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para dar mayor claridad y que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses. Si bien el recurrente en su argumentación no trae los elementos probatorios suficientes para justificar una modificación en cuanto a este punto, siendo que la Administración en la respuesta señala que procederá a aclarar algunos aspectos con respecto al plazo, que conllevarán una modificación en el pliego, en cuanto a este punto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo.

7) Sobre el plazo para la presentación de ofertas. Criterio de la División. El recurrente expone que el plazo para la presentación de ofertas no es suficiente para completar los requisitos, de conformidad con lo solicitado en el pliego. Señala que el plazo para la presentación de ofertas en licitaciones públicas internacionales de obras extensas y complejas, como el presente, es comúnmente extendido. Incluso mencionan que la Corporación Financiera Internacional (IFC) como consultor experto en concursos, ha otorgado extensiones en plazos para presentación de ofertas en proyectos complejos de infraestructura portuaria y energética debido a la necesidad de completar estudios técnicos, por lo que citan algunos ejemplos en los que se extendió el plazo. Agrega que la normativa y los estándares internacionales que aplica la IFC se refiere a la necesidad de que los plazos sean adecuados para permitir que los oferentes preparen ofertas completas y detalladas. Del mismo modo, cita algunos casos del Banco Mundial. Indican que el pliego exige una gran cantidad de estudios técnicos que son necesarios para presentar una oferta y hacer viable la concesión. Por lo que estima que el plazo para presentar ofertas no permite realizar dichos estudios y cumplir con los estándares internacionales establecidos por la IFC. La Administración indica que en este extremo, lo que procede es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta, dada la falta de fundamentación del recurso. Aduce que el recurrente no logra demostrar que resulta imposible técnicamente cumplir con el plazo. En cuanto a este extremo del recurso, el objetante si bien trata de hacer una relación entre otros casos en los que se ha ampliado el plazo para la presentación de ofertas y el presente, lo cierto es que no desarrolla en específico por qué para realizar los estudios requeridos, el plazo previsto no es suficiente, ni tampoco señala cuál considera que debería ser el plazo necesario para poder cumplir con los estudios requeridos. Consecuentemente, se trata de una argumentación que no está fundamentada de forma adecuada y lo que procede es el **rechazo de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

8) Sobre los pagos extraordinarios al Estado. Criterio de la División. La objetante plantea que como parte de los ingresos de la Administración el pliego contempla, en el contrato, que se exija al concesionario un pago extraordinario fijo de US\$ 3.985.500 anuales y un pago variable correspondiente al 2% de los ingresos brutos de la Sociedad Concesionaria con frecuencia trimestral. Añaden que si bien el artículo 42 de la LGCOP prevé la posibilidad de pagos extraordinarios al Estado, lo hace vinculando el texto a lo establecido en el artículo 28 de la misma ley, que en su inciso h) establece que los pagos extraordinarios son posibles en concursos en donde exista una garantía de ingresos

mínimos, y en este concurso no existe dicha garantía. Además, en relación con el pago extraordinario variable del 2% de los ingresos brutos de la Sociedad Concesionaria, a pagarse con frecuencia trimestral, pareciera que la única intención de este pago es lograr poder sobrepasar el porcentaje del canon de explotación que no puede superar el 5% de los ingresos brutos (artículo 42 inciso a) del LGCOP). Solicitan que se revise este punto y se incluya una garantía de ingresos mínimos o se eliminen los pagos extraordinarios al Estado. La Administración contesta que el esquema definido por la Administración Licitante para los pagos extraordinarios al Estado se encuentra plenamente respaldado por la ley y la inclusión de esta disposición en el cartel no solo respeta los límites normativos establecidos, sino que también refuerza el principio de que el concesionario asume el riesgo operativo y de demanda, asegurando que el modelo de concesión opere bajo parámetros de sostenibilidad, transparencia y eficiencia en beneficio del interés público. En cuanto a este punto, el recurrente no ha logrado demostrar que exista una contradicción o que lo regulado por parte de la Administración en el pliego resulte contrario al ordenamiento jurídico y se escape de las posibilidades que normativamente están habilitadas para la Administración y más bien pareciera que el recurrente pretende que la regulación se ajuste a su posición, sin acreditar las razones por las cuales debería procederse de esa manera. Por lo que se **rechaza de plano** este punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

C) RECURSO INTERPUESTO POR DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC. 1) Plazo de la concesión. Cláusula 1.13 borrador contrato. Criterio de la División. El objetante indica que según la cláusula 1.13 del borrador del contrato, el plazo de concesión será de 30 años, sin embargo, considerando que la etapa de transición y de construcción requieren un tiempo estimado de 15 y 30 meses respectivamente, y es indispensable que el plazo total del contrato sea ajustado al menos a 33 años, de manera que estos plazos sean adicionales al periodo de operación. Ello permite que las tarifas sufran un menor impacto en función de los 3 años adicionales de explotación del servicio. Menciona que en el caso del contrato de concesión de Moín se estableció una cláusula similar, por lo que debería ser equiparables al ser ambas concesiones de puertos. De esta forma solicita que el plazo de explotación sea de 33 años después de finalizadas las etapas de transición y construcción y con ello se garantiza al menos 30 años de explotación. Sin embargo, la Administración al atender la audiencia especial manifiesta que los alegatos están ayunos de fundamentación y no explicó por qué debe ampliarse. Agrega que el caso de contenedores de Moín citado,

es de diferente naturaleza, ya que el proyecto de Puerto Caldera es un proyecto de mejora a un activo que continuará bajo funcionamiento durante la etapa de construcción por lo que existirán ingresos desde el inicio, por lo que el plazo de ambos proyectos no es comparable. Al respecto se debe indicar en primer término, tal y como se indicó previamente en esta resolución, que el recurso de objeción debe estar debidamente fundamentado. Conforme con el pliego de condiciones, el plazo total de la concesión es de 30 años. Según se establece en el punto 1.6, el plazo de construcción no puede superar los 30 meses, plazo incluido dentro del plazo de la concesión. Además el borrador del contrato establece que la transición y construcción están dentro del plazo de 30 años. Y si bien la firma objetante manifiesta que es indispensable modificar el plazo de manera que la transición y construcción sean adicionales a los 30 años de la concesión, el recurrente no justifica técnicamente las razones de tal ampliación y tampoco demuestra que no se puedan cumplir los plazos establecidos para esas etapas. Se limita a señalar que esa situación se consideró para Moín, sin demostrar que se esté en la misma condición. No debe perderse de vista que en este caso, la etapa de construcción tendrá que ser en paralelo con la prestación de servicios existentes, aspecto que tampoco demostró ocurrió en el caso de Moín. Hacer referencia a otra concesión, no es razón técnica suficiente para justificar una modificación, modificación que además tampoco ha demostrado por qué debe darse, por qué deben ser 33 años y cómo se limita su participación o es irregular lo establecido en el pliego. Por lo anterior, se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. Sin perjuicio de lo indicado para el punto 7 de este recurso. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

2) Sobre los tipos de carga a atender. Cláusula 1.5. Criterio de la División. La firma objetante sostiene que la cláusula carece de claridad y objetividad en las especificaciones técnicas. De esta forma al establecer que atenderá *“otras cargas que actualmente se reciban”* introduce una indeterminación, ya que es una referencia que no delimita el inventario actual de tipos de carga, volúmenes históricos, proyecciones de demanda futura, ni requerimientos específicos de manipulación para cada tipo. Menciona que en cuanto a la referencia a *“otras cargas que actualmente se reciban”* no establece parámetros técnicos para determinar la compatibilidad de los diferentes tipos de carga, ni define quién o qué criterios determinará esa compatibilidad. Ello impide que los oferentes puedan dimensionar sus propuestas técnicas y económicas. La ambigüedad en la definición de tipos de carga genera incertidumbre, sobre el alcance de las obligaciones contractuales e inversión a realizar. Señala que se debe establecer taxativamente los tipos de carga, características

técnicas, volúmenes proyectados y requisitos de infraestructura y equipamiento. Solicita que se defina cuáles otras cargas se reciben o permite actualmente la infraestructura. La Administración al atender la audiencia especial señala que la determinación del objeto según el borrador del contrato, comprende la prestación de los servicios de modernización de infraestructura y equipamiento, así como su operación y explotación, prestando los servicios previstos y complementarios. Agrega que se está ante un puerto multipropósito, y siempre se debe dar cabida a las que la infraestructura permita. A través de la integralidad del pliego se conoce la amplitud. En relación con este tema el pliego es claro en señalar que el puerto se requiere multipropósito, por lo que es de esperar que reciba variedad de bienes. Es claro que en una concesión por tantos años puede presentarse multiplicidad de opciones de bienes. Señalar taxativamente cuáles cargas son las que se deben incluir, más bien iría en detrimento del dinamismo y eficiencia de la contratación ya que en caso de surgir nuevas opciones, implicaría tener que modificar el contrato. Dejarlo abierto más bien permite que otro tipo de bienes puedan ser considerados. En todo caso el objetante no demuestra cómo o por qué la redacción de dicha cláusula sería irracional o le causaría un perjuicio. Y es que a pesar que señala que se impide a los oferentes dimensionar sus propuestas técnicas y económicas, no demuestra técnicamente lo anterior. Es decir, no demuestra cómo la omisión alegada le impide formular su oferta. Además no debe olvidarse que las empresas concursantes son conocedoras del giro del negocio, por lo que es de esperar que producto de dicho conocimiento se tenga idea del tipo de cargas que se presentan en estos negocios. Además en el apéndice 1, se incluye una tabla de proyecciones de demanda por tipo de carga, información que permitiría al oferente considerar a efectos de plantear su oferta. No obstante, respecto de esta información tampoco se refirió. Así las cosas y de lo que viene dicho, se **rechaza de plano** este punto, por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

3) Sobre las soluciones alternativas. Criterio de la División. La recurrente considera que la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (LGCOP) no se contempla la figura de la propuesta alternativa pero que en LGCOP se habla de oferta alternativa, por lo que pide que se aclare si la figura jurídica de las soluciones alternativas del pliego es homóloga a la “oferta alternativa” o bien si es un supuesto diferente. La Administración indica que la cláusula 1.5 del Cartel es clara respecto a los requerimientos obligatorios establecidos en el Anexo IV para la presentación de ofertas base. Además indica que el Pliego de Condiciones regula adecuadamente el análisis y tratamiento de las ofertas alternativas por parte de la Comisión de Evaluación. Por lo tanto considera que no

procede la objeción sobre la falta de claridad en la cláusula ni las preocupaciones por posibles subjetividades en la evaluación. Sin embargo estima que para mayor certeza, se aclarará el Cartel reiterando que el cumplimiento de los requerimientos para la oferta base es obligatorio y estableciendo condiciones específicas para las ofertas alternativas. Finalmente señala que las ofertas alternativas deberán cumplir con dos requisitos esenciales: el oferente debe presentar una oferta base que satisfaga todos los requerimientos y sea adjudicada, y la oferta alternativa debe estar técnica y jurídicamente fundamentada, demostrando su viabilidad. Además, deberá respetar el plazo de concesión, cumplir o superar los estándares de servicio y adherirse al modelo tarifario definido en el Cartel. Si una oferta alternativa es adjudicada, la Administración deberá justificar objetivamente su decisión, asegurando que no contravenga el interés público, sea financieramente viable y cuente con los fondos necesarios. Al respecto de lo dicho por las partes y aún y cuando se trata de una solicitud de aclaración, lo cierto es que tiene estrecha relación con la forma en que se presentarán las ofertas, así las cosas y siendo que la Administración ha decidido modificar el pliego para mayor claridad, se declara **parcialmente con lugar** el punto, debiendo la Administración ajustar el pliego de forma tal que el tema de la presentación de ofertas alternativas quede totalmente claro. Asimismo, siendo que la Administración ha decidido modificar el pliego de condiciones, es importante que este sea claro en que la oferta alternativa no será considerada si la oferta base no resulta elegible. De igual manera, es importante que la Administración clarifique en el pliego si el estudio de la oferta alternativa se realiza durante el mismo análisis de ofertas o bien una vez que se adjudicó la oferta base, esto considerando lo siguiente: 1) el impacto de dicha respuesta en el plazo dispuesto para el estudio de las ofertas y 2) que la redacción actual del pliego en el punto 1.5 se indica que la oferta alternativa *“será discutida con quien resultare adjudicatario de la Concesión, y de previo a la firma del contrato, a efectos de incluir aquellas propuestas que la Administración Concedente considere técnica, económica, financiera y ambientalmente pertinentes.”*

4) Sobre los documentos que conforman el pliego. Criterio de la División. La recurrente considera que de acuerdo a los puntos 1.8.6 -que se refiere a que la Administración llevará un expediente físico que se irá digitalizando- y 1.9 -Sala de documentación - se genera confusión al no establecer de manera precisa y unificada la documentación que conforma el pliego, creando aún mayor confusión la sala de documentación según estima. Considera que más que una formalidad, es necesario que la Administración defina cuáles son los documentos que conforman el pliego de condiciones,

para la correcta formulación de propuestas. La Administración indica que la cláusula 1.8.6 es clara y precisa en cuanto a que la Administración Concedente llevará un expediente físico que será digitalizado conformando así el expediente electrónico de la Licitación. Ese es el expediente oficial. Además estima que el cartel establece que la Sala de Documentación será utilizada durante el proceso de licitación para que los oferentes consulten información de la licitación y documentación relacionada con el Proyecto que estuviere allí disponible. Si bien la Administración considera que la cláusula 1.8.6 es clara en cuanto a la conformación del expediente físico, lo cierto es que la recurrente se encuentra consultando al respecto de los documentos que forman parte del pliego de condiciones lo que no queda claro del punto 1.8.6 en cuestión. Si bien el argumento se orienta más por una solicitud de información y por ende debe ser **rechazado de plano** lo cierto es que sí resulta especialmente importante definir claramente cuáles son los documentos que deben entenderse que forman parte del pliego y por ende, la Administración deberá expresamente indicar cuáles son estos documentos. Asimismo en el oficio 06255-2023 (DCA-0319) del 17 de mayo de 2023 donde este órgano contralor refrendó el “Contrato de Servicios de Asesoría Transaccional para la Debida Diligencia, Elaboración de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad, Proceso de Precalificación y Licitación, y Gestión de Contratación y Adjudicación para la Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos (“COPSP”) al Sector Privado del Proyecto Modernización y Expansión del Puerto Caldera” contrato con número SICOP 0432022101200068-00 suscrito entre el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y la Corporación Financiera Internacional, producto del procedimiento de Contratación Directa No. 2022CD-000157-0019200001” se le indicó a la Administración que la Sala de datos debía entenderse como secundaria en relación con la información del expediente administrativo, siendo esta sala una ayuda para los interesados y en general de divulgación, más no prioritaria por encima del expediente administrativo, lo que también expresamente deberá indicarse en el pliego de condiciones. Asimismo la Administración deberá evitar la dispersión de documentación, indicando expresamente en el pliego la dirección web en que se encontrará el expediente administrativo, siendo la Sala de Documentación un espacio complementario pero no supletorio en forma alguna.

5) Sobre las presentaciones orales. Cláusula 1.11. Criterio de la División. El objetante indica que la cláusula en cuestión violenta los principios establecidos en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos N°7762, por cuanto la facultad de la Administración para solicitar presentaciones orales debe sujetarse a parámetros objetivos e

iguales para todos los oferentes que el pliego en cuestión no regula. Lo anterior, por cuanto el pliego debería regular los criterios bajo los cuales se deben hacer esas presentaciones, los aspectos técnicos que deben abordarse y la metodología para evaluar la información presentada. Estimando igualmente que a estas presentaciones deben tener el derecho de asistir la totalidad de los oferentes al proceso, para eventualmente realizar sus observaciones, así como ser debidamente grabadas en un soporte audiovisual, todo con la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad del proceso. La Administración estima que el recurso debe ser rechazado, toda vez que la cláusula constituye un ejemplo de la materialización de las facultades señaladas en los artículos 25 de la Ley de Concesiones y 24 de su Reglamento, para la evaluación de las ofertas técnicas, admitiendo el poder solicitar que se supla cualquier información o documento trascendente omitido, siempre que con ello no se modifique el contenido de la oferta. Lo anterior también se estima conforme con los artículos 50 de la Ley General de Contratación Pública y 134 de su Reglamento, que admiten el que se soliciten aspectos a subsanar o aclarar por parte de los oferentes, siempre y cuando con ello no se otorgue una ventaja indebida. La cláusula en cuestión permite a la Administración llevar a cabo las consultas, investigaciones, solicitud de aclaraciones y presentaciones orales que estime pertinentes respecto al contenido de una determinada oferta, aspecto que esta Contraloría General estima como razonable considerando que justamente la Administración Concedente de este proceso, debe adoptar las medidas que estime justas y necesarias a efecto de procurar la selección de la oferta más idónea. Ello implica que la licitante puede adoptar las providencias que razonablemente considere dentro del ámbito de la legalidad, para evacuar cualquier duda que le surja sobre el planteamiento de una oferta, sin que pueda pretenderse como lo exige el recurrente, que se regule de previo todas las diversas situaciones y posibilidades de aclaración -en este caso mediante la oralidad- que pudieran surgir con reglas y procedimientos pre establecidos, dado que esta labor dependerá del alcance del estudio a cada oferta y las dudas que puedan surgir para cada una de ellas. De ahí que no se observa roce con respecto a los principios de contratación el que la licitante pueda solicitar documentación, aclaraciones o bien participaciones presenciales particulares a un oferente, siendo que todo ello se enmarca dentro de las facultades que le posibilita el artículo 24 del Reglamento a la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, al indicar que la Administración puede solicitar de oficio o a instancia de parte, subsanar toda aquella información trascendente omitida o defectos formales siempre que no se modifique la oferta. Es por ello que unido a este planteamiento, considera este Despacho que de igual manera el recurrente ha sido escaso en fundamentar las razones por las cuales la omisión de esta

regulación causaría una lesión real a los principios de contratación o las regulaciones propias de la legislación sobre concesiones, pues su planteamiento parte de una regulación detallada de la forma en que deben efectuarse las presentaciones orales en caso de necesitarse, pero no se observa como se indicó, en donde radica la violación a los principios de contratación por la omisión, motivo por el cual con fundamento en los artículos 34 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con servicios Públicos y 15 y 16 de su Reglamento, se debe **rechazar de plano** el recurso en este extremo. No obstante lo expuesto, de oficio se le indica a la Administración que en el caso de las presentaciones orales, el pliego debe garantizar con fundamento en el principio de publicidad y transparencia, la posibilidad de asistencia de otros competidores a estas comparecencias orales que se encuentran definidas, dejando claro que esta participación se reduce a una asistencia y no una participación activa, todo con la finalidad que exista claridad y transparencia en el proceso de manera igualitaria para todos. Esta garantía debe ser materializada mediante la participación virtual o presencial y con las formalidades que la Administración defina, debiendo las incidencias respectivas grabarse y mantenerse accesibles a los interesados. Motivo por el cual deberá preverse lo correspondiente en la cláusula en cuestión.

6) Sobre la cláusula 1.11.3 del borrador del contrato. Criterio de la División. La objetante señala que si bien los bienes muebles que el concesionario adquiera deben ser transferidos al Estado, debería pagarse el valor de mercado de los bienes o permitirse al concesionario disponer de los bienes para adquirir nuevos. Señala que la disposición es confiscatoria, por lo que debe ser eliminada. No obstante y tal y como lo señala la Administración, la cláusula no establece un deber u obligación, sino que es una facultad. De esa forma se indica que los bienes muebles que el concesionario adquiera para la operación de la concesión y sean de su propiedad, pueden ser transferidos cuando vayan a ser sustituidos o renovados. Véase entonces que es una posibilidad y está en manos del concesionario verificar si se da tal transferencia. Sumado a ello, el objetante no demuestra ni fundamente técnicamente por qué la cláusula es confiscatoria. Se reitera que todo alegato debe estar debidamente justificado, aspecto que se echa de menos en esta ocasión. Así las cosas y de lo que viene dicho, procede **rechazar de plano** el punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

7) Sobre el plazo de construcción. Cláusula 2.4.2. del contrato. Criterio de la División. El objetante señala que la referida cláusula establece que todas las obras de la concesión

previstas en el contrato de concesión deberán estar construidas, concluidas y en operación, 30 meses después de haberse otorgado la orden de inicio, sin embargo expresa que dicho plazo no responde a ningún criterio técnico de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que ese plazo debe empezar a correr a partir de la obtención de todos los permisos que hacen precisamente posible el inicio de la construcción y no a partir de la orden de inicio, por lo que solicita se ajuste el plazo a partir de ese hito. La Administración al contestar la audiencia especial indica que efectivamente el plazo de 30 meses correrá a partir de la orden de inicio, la cual se emitirá una vez se cuente con la totalidad de los permisos necesarios que hagan posible el inicio de la construcción. Indica además, que durante el plazo de 30 meses se deberán tener en operación para dar inicio a la etapa de explotación, 300m del nuevo muelle de contenedores, para poder tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores, un nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado, reparaciones y mejoramiento del muelle de graneles existente (puesto 4), nuevo muelle de graneles. La segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo máximo adicional de 18 meses, con lo que el plazo total de las obras será de 48 meses desde la orden de inicio de las obras. Señala que para este extremo se harán las modificaciones respectivas en el pliego a efecto de brindar mayor claridad en punto a la forma de computar el plazo inicial de 30 meses y lo que debe cubrirse en ese plazo, para que no exista ambigüedad en su lectura. La cláusula cuestionada establece que el plazo de ejecución de las obras será de 30 meses desde la orden de inicio, aspecto que el recurrente no desconoce debe ser a partir de dicha orden pero una vez obtenidos todos los permisos respectivos y necesarios para el arranque de las obras, lo cual la cláusula dicha no regula, y sobre lo cual la Administración acepta efectuar un ajuste para que se entienda que dicha orden será emitida efectivamente una vez obtenidos los permisos respectivos al igual que precisando las obras que se espera deben estar terminadas y en operación durante ese plazo, habida cuenta que otro grupo de obras generales deben cumplirse en un plazo adicional de 18 meses. Siendo así las cosas y dado que la Administración acepta efectuar la precisión que el recurrente menciona, se declara **con lugar** el recurso con fundamento en los artículos 15 y 16 de la LGCOP y 34 de su Reglamento, debiendo la licitante efectuar la modificación respectiva al pliego y brindarle la debida publicidad.

8) Sobre la cláusula 2.4.5.2. Criterio de la División. La recurrente considera que la cláusula 7 establece que la Administración podrá aprobar cambios propuestos previa presentación de la propuesta y una vez demostrados los ahorros de costos y su impacto en

los costos de operación y mantenimiento de la Administración, compartirá el beneficio del cambio con el concesionario. Estima que esto es irrazonable porque la Administración se beneficia de la operación eficiente del concesionario aún cuando no le permite aplicar sus propios planes operativos y de mantenimiento y sin que asuma riesgo, por ende estima que es confiscatorio. Al respecto pide que se anule la cláusula. La Administración indica que si bien la recurrente considera esta cláusula irrazonable y desproporcionada, al sostener que beneficia gratuitamente a la Administración, no fundamenta ni prueba esta afirmación. Además, estima que la cláusula es similar a la del Contrato de Concesión de la Ruta Nacional 27, que regula un procedimiento similar para aplicar ahorros a obras adicionales o descuentos en ingresos por peaje. Por ende pide que se rechace por improcedencia manifiesta, conforme a los artículos 15.2 del Reglamento de Concesiones, 245 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública, y 87 y 88 de la misma Ley. Estas normas exigen que las objeciones estén fundamentadas, aporten pruebas idóneas y estudios técnicos que respalden la impugnación. Estima que en este caso, el objetante no presentó argumentos precisos ni evidencia técnica que justifique sus señalamientos sobre la irrazonabilidad o desproporcionalidad de la cláusula, limitándose a un ejercicio discursivo sin sustento objetivo. Ahora bien, de lo dicho por las partes, se concluye que el recurso presentado carece de una adecuada fundamentación que respalde los señalamientos realizados. Si bien el recurrente sostiene que la cláusula es irrazonable y desproporcionada al permitir que la Administración Concedente comparta los beneficios derivados de los ahorros generados por cambios propuestos, no explica ni acredita de manera clara el supuesto beneficio gratuito que señala, asimismo tampoco aportó prueba idónea ni estudios técnicos que demuestren objetivamente la irrazonabilidad o desproporcionalidad de la cláusula. En este caso, el recurso se limita a afirmaciones generales sin sustento técnico o jurídico, lo que obliga a **rechazarlo de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

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

Cláusula 1.15.2. Criterio de la División. El objetante expresa que la cláusula en cuestión dispone que la fecha límite para recepción de ofertas será hasta las diez horas del día 3 de marzo del 2025, sin embargo estima que dicho plazo no es suficiente para que los oferentes elaboren sus propuestas técnicas y económicas con suficiencia, una vez atendidas todas las consultas y aclaraciones del proceso, lo cual podría afectar su calidad. Estima en consecuencia que el plazo de apertura debería ser de al menos seis semanas una vez atendidas todas las inquietudes de los potenciales oferentes, garantizando con ello la

presentación de propuestas claras, suficientes y completas, y con ello, un mejor cumplimiento de los principios de contratación, especialmente el dispuesto en el artículo 8 de la LGCOP. Señala que fijar una fecha límite sin proporcionar un tiempo suficiente tras las aclaraciones, crea un desbalance en el proceso, favoreciendo a aquellos oferentes que puedan tener más recursos o información previa y desincentivando la participación de nuevos oferentes que podrían aportar innovación y mejores condiciones. La Administración indicó sobre este aspecto que el argumento de la recurrente carece de la debida fundamentación conforme se solicita en los artículos 15.2 del RLGOP y 245 del RLGOP, así como los artículos 87 y 88 de la LGCOP, toda vez que se limita a indicar lo que en su criterio es un plazo insuficiente para presentar ofertas, pero sin demostrar mediante un debido ejercicio las razones por las cuales ese plazo de frente a la conformación de la oferta resulta irrazonable no solo para él sino para otros potenciales oferentes. Además, tampoco aportó consideración o prueba alguna que justifique que el plazo solicitado sí sería razonable y el plazo dispuesto en el pliego le resulta materialmente imposible de cumplir. Solicita se rechace este extremo. Sobre el particular, considera este Despacho que de conformidad con los artículos 34 de la LGCOP y 15 y 16 de su Reglamento, el argumento de la recurrente efectivamente carece de la debida fundamentación, lo anterior, por cuanto se limita a indicar que el plazo fijado para la apertura de ofertas, sea el 3 de marzo del 2025 se considera insuficiente para plantear una oferta formal, no obstante este ha sido omiso en justificar mediante un argumento debidamente desarrollado por qué razón dicho plazo resultaría insuficiente para los oferentes, con indicación precisa de las diversas actividades y gestiones así como sus tiempos estimados que debe realizar el oferente para estructurar su oferta de frente a los alcances de este proyecto, de forma tal que de manera indubitable establezca cierta que el plazo existente desde la invitación al concurso hasta la apertura realmente resulta irreal. Sin embargo este ejercicio no es realizado por el recurrente ni se apoya en prueba técnica alguna para demostrar no solo esa insuficiencia sino por qué razón además, ese plazo de seis semanas adicionales sí estaría justificado. Motivo por el cual se impone el **rechazo de plano** del recurso en este extremo. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

10) Sobre la cláusula 1.22.2 inciso 4. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión el pliego de condiciones dispone: *“1.22.2 La proposición de modificaciones por parte de la Administración Concedente, seguirá el siguiente procedimiento: / Al identificar una o más necesidades concretas de introducir una modificación al Contrato, adoptará internamente la resolución correspondiente (...) / 4. En el evento en que el Concesionario indique que no*

está en condiciones de ejecutar las obras requeridas por el INCOP, el INCOP deberá aplicar el procedimiento previsto en la Ley Aplicable para la contratación de un tercero.” Al respecto la objetante señala que la cláusula es omisa y por lo tanto abusiva, irrazonable y desproporcionada respecto a tres aspectos importantes: la contratación de un tercero por parte del INCOP para la realización de obras será por cuenta y riesgo del INCOP y sin perjuicio de los derechos de (a) exclusividad del Concesionario para la exploración de la concesión, (b) derecho a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión si las obras repercuten en la inversión, ingresos y/o costes/gastos del Concesionario, y (c) de las garantías y derechos de los acreedores del Concesionario. Estima que si la cláusula no incorpora esos elementos, es violatoria del principio de intangibilidad patrimonial. La Administración señala que la cláusula aplica cuando no se está en condiciones de ejecutar las obras requeridas por INCOP de manera unilateral. Esta cláusula está en el apartado de “Modificaciones unilaterales” por disposición de la Administración Concedente, quien podrá proponer unilateralmente, por razones fundadas de interés público, modificaciones que impliquen un aumento o disminución de las prestaciones objeto del contrato. Agrega que en ningún supuesto se pone en entredicha la exclusividad del concesionario para la explotación de la concesión. Indica que el supuesto derecho a restablecer el equilibrio económico y financiero del contrato de concesión queda, por regla general de cualquier contrato público, sujeto a la demostración de que cómo producto de esas obras se afectó el equilibrio económico-financiero en detrimento del concesionario. Finalmente señala que no entiende a qué se refiere el oferente en el punto c), por lo que considera que existe falta de fundamentación. A partir de lo señalado por las partes, es criterio de este órgano contralor que la recurrente, no aporta pruebas ni justificación suficiente para respaldar sus alegaciones. Específicamente, no demuestra cómo la cláusula viola el principio de intangibilidad patrimonial ni explica de manera detallada de qué manera la ausencia de las condiciones mencionadas afectaría los derechos del concesionario o de los acreedores. De igual forma, no se presenta evidencia que indique que la implementación de un procedimiento para la modificación unilateral del contrato contravenga los intereses del concesionario, lo que deja sus alegaciones carentes de una base sólida. Por otro lado, la Administración Concedente responde argumentando que la cláusula en cuestión se aplica cuando el concesionario no está en condiciones de ejecutar las obras requeridas por el INCOP y que dicha cláusula no vulnera la exclusividad del concesionario ni el equilibrio económico-financiero del contrato, a menos que se demuestre que las modificaciones afecten de manera tangible esos aspectos. De esta forma, la objeción se considera insuficiente, pues no se demuestra con pruebas claras cómo

se verían comprometidos estos derechos ni cómo la cláusula, tal como está redactada, incide negativamente en su situación económica o contractual. La falta de fundamentación impide que las alegaciones sean aceptadas como válidas y es por eso que procede su **rechazo de plano**, al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución. Sin perjuicio de lo anterior, se remite, en lo pertinente, a lo resuelto por este órgano contralor en el punto 35 de este mismo recurso.

11) Sobre los requerimientos para empresas extranjeras. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el pliego de condiciones establece: “2. *OFERENTES / 2.1 PROHIBICIÓN DE PARTICIPACIÓN / (...) 2.1.3 No podrán participar en este procedimiento como Oferentes, quienes no cumplan y no se encuentren al día con respecto al pago de FODESAF y la CCSS, de ser aplicable.*” Al respecto, la objetante señala que el apartado del pliego de condiciones debe modificarse conforme a la resolución R-DCA-568-2008 de la Contraloría General de la República, que establece la obligación de estar al día con FODESAF y CCSS, pero considerando las circunstancias específicas del oferente. Indica que la redacción actual es demasiado amplia y podría limitar la participación, especialmente de oferentes extranjeros o empresas nuevas sin personal contratado en Costa Rica al momento de presentar la oferta. Agrega que según la Contraloría, la obligación de estar inscrito como patrono debe evaluarse según el caso específico y que no es razonable exigir esta inscripción a empresas sin operaciones previas en Costa Rica, pero sí a los adjudicatarios una vez que tengan personal para ejecutar el contrato. Sugiere modificar la cláusula para distinguir entre oferentes con y sin operaciones en el país, y establecer que sólo aquellos con personal contratado deben cumplir con estas obligaciones antes de la ejecución del contrato. Además, se debe precisar que los adjudicatarios deberán cumplir con estas obligaciones de previo a la ejecución contractual. La Administración manifiesta que el recurso debe ser rechazado porque la cláusula 2.1.3 establece claramente que no podrán participar como oferentes quienes no estén al día con el pago de FODESAF y la CCSS, de ser aplicable. Agrega que la cláusula 2.1.3 establece claramente que no podrán participar en el procedimiento como oferentes aquellas empresas que no estén al día con el pago de FODESAF y la CCSS, si es aplicable. Esto incluye a sociedades extranjeras o empresas sin operaciones previas en Costa Rica, a las cuales se les exige cumplir con estos requisitos, conforme a la salvedad de la cláusula que señala "de ser aplicable". En el caso de empresas nacionales de reciente constitución que no tengan personal contratado en Costa Rica, también deben cumplir con las obligaciones mencionadas, de acuerdo con la legislación vigente. Agrega que de acuerdo con el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la

CCSS, todos los patronos y personas que realicen actividades independientes deben estar al día con el pago de sus obligaciones ante la CCSS y otras contribuciones sociales. Esta ley establece que, para participar en procesos de contratación con la Administración Pública, es requisito estar inscrito como patrono, trabajador independiente o en ambas modalidades, según corresponda, y al día con los pagos. Por lo tanto, cualquier empresa nacional, sin importar si es de reciente constitución, debe cumplir con estas condiciones para poder participar en procesos de contratación pública. A partir de lo dispuesto por las partes, si bien se observa que el pliego establece que la inscripción ante la Caja corresponde “de ser aplicable”, se estima pertinente que la Administración. En cuanto al alegato presentado, resulta pertinente que la Administración aclare en el pliego de condiciones cómo debe tratarse a los oferentes nacionales y extranjeros, dado que la cláusula 2.1.3, aunque menciona que deben estar al día con FODESAF y la CCSS, no establece de manera suficientemente diferenciada los criterios para aquellos oferentes que no tienen operaciones previas en Costa Rica. En ese sentido, la objeción presentada por la parte interesada plantea una diferencia relevante entre los oferentes con y sin operaciones en el país, sugiriendo que las empresas sin personal contratado no deberían estar obligadas a cumplir con la inscripción como patrono en el momento de presentar su oferta, sino solo al momento de ejecutar el contrato. Por lo tanto, se estima conveniente que la Administración modifique el pliego de condiciones para clarificar que, en el caso de oferentes sin operaciones previas en Costa Rica, la obligación de estar al día con FODESAF y la CCSS se evalúe de acuerdo con las circunstancias específicas de cada oferente. En particular, se debería precisar la inscripción como patrono y el cumplimiento de estas obligaciones sociales según la normativa nacional. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso.

12) Sobre las ofertas en consorcio. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión el pliego de condiciones en la cláusula 2.2 establece, en lo pertinente: “2.2 OFERTAS EN CONSORCIO (...) La oferta consorcial deberá identificar un integrante que cumpla con el mínimo requerido para al menos uno de los aspectos a evaluar, debiendo entre todos los oferentes consorciados cumplir con la totalidad de las condiciones del concurso, según el artículo 127 del RLGCP, el no cumplimiento de lo solicitado será motivo de exclusión de la oferta. (...) De acuerdo con lo establecido en los artículos 127 y 128 del RLGCP se define que con respecto a los requisitos mínimos generales establecidos en este Cartel que define la experiencia general de la empresa se precisa que en el consorcio una de las empresas debe de cumplir el requisito general y en cuanto a la experiencia específica de la empresa

puede ser cubierta por la suma de la experiencia de las empresas participantes en el consorcio, tratando así de cumplir consorcialmente la experiencia (...) El Consorcio deberá mantener en todo momento el 51% por ciento de las acciones de la Sociedad Concesionaria, pudiendo disponerse libremente del restante 49%, de conformidad con lo establecido por la LGCOP.” Al respecto, la objetante señala que la redacción de la cláusula 2.2 es ambigua y crea incertidumbre sobre cómo demostrar los conceptos de "experiencia general", "requisito general" y "requisito específico" en relación con los requisitos de calificación establecidos en las cláusulas 4.1, 4.2 y 4.3, que abordan experiencia, capacidad financiera y criterios ambientales. Agrega que además, no queda claro si un consorcio puede cumplir con estos requisitos de forma acumulativa, combinando la experiencia de sus miembros, especialmente cuando la cláusula menciona que debe haber un integrante que cumpla con el mínimo requerido en al menos uno de los aspectos a evaluar. Este lenguaje da pie a interpretaciones subjetivas que pueden afectar la equidad y transparencia del proceso de calificación. Añade que el texto también limita injustificadamente la participación accionaria de los miembros del consorcio que no contribuyen de forma indispensable al cumplimiento de los requisitos, impidiendo que el consorcio tenga menos del 51% del capital social de la entidad concesionaria, aunque aún cumpla con los requisitos del cartel. Por lo tanto, solicita que se defina con precisión qué constituye la "experiencia general" y el "requisito general", y cómo deben acreditarse, ya sea por un solo miembro o de manera acumulativa. Asimismo, pide que se aclaren los criterios para acreditar la "experiencia específica" y que se definan las condiciones de evaluación de la experiencia del consorcio como un todo, para asegurar la igualdad de condiciones para todos los participantes. La Administración manifiesta que la misma cláusula 2.2 del pliego parte de la aplicación del artículo 127 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública que indica que en caso de omisión, la oferta debe identificar un integrante que cumpla con el mínimo requerido para al menos uno de los aspectos a evaluar, debiendo todos los oferentes cumplir con la totalidad de las condiciones del concurso. Agrega que respecto a la participación en el capital social, lo indicado en el pliego es conforme con el artículo 31 de la Ley de Concesiones, según el cual en ningún caso el adjudicatario podrá tener una participación inferior al cincuenta y uno por ciento del capital social durante la etapa de construcción. Adiciona que no obstante, durante la etapa de explotación de la concesión, podrá disponer de las acciones correspondientes a este cincuenta y uno por ciento (51%) del capital social de la sociedad concesionaria, en los términos establecidos en el cartel de licitación y en el contrato de concesión, y previa autorización de la administración concedente y de la Contraloría General de la República. Solicita que sea rechazado el extremo. Sobre el

particular, se observa que el recurrente se refiere a varios aspectos. En primer lugar, el recurrente solicita que se defina con precisión qué constituye la "experiencia general" y el "requisito general", y cómo deben acreditarse, ya sea por un único miembro del consorcio o de manera acumulativa. Al respecto, es criterio de este órgano contralor que lleva razón el recurrente en el tanto resulta necesario que, para efecto de análisis y comparación de ofertas, debe quedar debidamente establecido en el cartel, cuál es la experiencia general y su diferencia con respecto al requisito general y requisito específico. Lo anterior, por cuanto no se observa que el pliego precise a qué se refiere con experiencia general y si bien, en el apartado de "Oferta Técnica" indica a qué se refiere el proyecto, y los puntos 4.1, 4.2 y 4.3 se refieren a la experiencia, pero sin que quede claramente establecido qué toma en cuenta la Administración como experiencia general, requisitos específicos y requisitos generales; aspectos que resultan necesarios para efecto de formular las propuestas. En virtud de lo dispuesto, este aspecto se declara **parcialmente con lugar**. Por otra parte, la recurrente solicita que se especifiquen los criterios claros y específicos para la acreditación de la experiencia específica mediante la suma de experiencia de los miembros del consorcio, detallando las proporciones mínimas o máximas que se aceptarán. En esa línea, estima este órgano contralor que lo solicitado por la recurrente no sólo corresponde a una aclaración, con lo cual no es competencia de esta Contraloría General atenderlo, sino que además, las cláusulas son claras en indicar que se trata de la suma de la experiencia de las partes, con lo cual, se entiende que no requiere una proporción mínima o máxima. En virtud de lo dispuesto se **rechaza de plano**. Además, la recurrente solicita que se establezca explícitamente cómo se evaluará la experiencia del consorcio como un todo asegurando la igualdad de condiciones para todos los participantes. Sobre este aspecto, lo solicitado por la recurrente parece corresponder a una aclaración. No obstante, es criterio de esta Contraloría General que a efecto de formular su propuesta y a fin de asegurar la comparación en plano de igualdad para todos los participantes, resulta necesario que la Administración establezca de forma clara cómo evaluará la experiencia del consorcio como un todo. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este aspecto. Por otra parte, la recurrente solicita que se defina si alguno de los requerimientos de admisibilidad debe ser cumplido por uno o por todos los miembros del consorcio, por ejemplo, respecto a la capacidad financiera. Sobre este aspecto, lo procedente es el **rechazo de plano** ya que la cláusula de capacidad financiera es clara en que los requisito pueden ser acreditados por una sola de las partes. Finalmente, el recurrente considera que se limita injustificadamente la participación accionaria de los miembros del consorcio que no contribuyen de forma indispensable al cumplimiento de requisitos. No obstante, más allá de

su alegato, no explica ni desarrolla por qué este aspecto del pliego le limita la participación, o es contrario a los principios que informan la materia. Es por ello que estima este órgano contralor que lo procedente es el **rechazo de plano** de este aspecto. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

13) Sobre la recepción provisional y definitiva. Criterio de la División. En las cláusulas 2.6 y 2.7 del Borrador del contrato, se refieren a la recepción provisional y definitiva y la orden de inicio de la etapa de explotación. Sobre el particular, la objetante estima que ambas cláusulas son omisas en relación con el alcance y la naturaleza de la supervisión a cargo de Administración Concedente, lo que no solo entraña un problema grave de seguridad jurídica, que podría dar cabida a la arbitrariedad y el abuso de poder, sino que la falta de pruebas que determinen objetivamente la conclusión de la construcción podría prolongar indefinidamente la recepción de las obras. Considera que por ello se introduce un elemento de incertidumbre sobre el plazo real y efectivo de la concesión, como consecuencia del tiempo que se extiendan las fases de recepción provisional y definitiva sin que existan criterios objetivos que justifiquen esas extensiones. La Administración señala que el recurso debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta por falta de fundamentación. Estima que la objetante no identifica ni explica la omisión que acusa ni por qué con ello se podría prolongar indefinidamente la recepción de las obras. Agrega que el clausulado sí contempla los elementos técnicos claros y concisos para la recepción de las obras. Así, el clausulado 2.6.2 a 2.6.5 indica que la Administración Concedente hará la inspección conforme el Anexo No. 8 “Requisitos de Puesta en Marcha y Pruebas”, y a la vez los tiempos y la dinámica para llevar a cabo la inspección de cara a la recepción provisional, lo mismo que para la definitiva se encuentra en los puntos 2.7.a a 2.7.5. Visto lo dispuesto por las partes, se estima que la objeción planteada por la parte recurrente carece de fundamento, ya que no aporta evidencia ni argumentos suficientes que respalden la acusación de omisión en las cláusulas 2.6 y 2.7 del Borrador del contrato. La objetante argumenta que la falta de claridad en cuanto a la supervisión a cargo de la Administración Concedente podría generar arbitrariedad y un posible retraso indefinido en la recepción de las obras, pero no demuestra con hechos concretos cómo la redacción de las cláusulas podría dar lugar a tal situación. Tampoco explica de manera detallada cómo la ausencia de criterios objetivos afectaría el plazo real y efectivo de la concesión. La acusación de incertidumbre sobre los plazos no está debidamente sustentada, ya que no se presentan pruebas que sustenten la posibilidad de una demora indefinida. Por otro lado, la Administración Concedente refuta las alegaciones, señalando que las cláusulas en cuestión

sí contienen elementos técnicos detallados para la recepción provisional y definitiva de las obras. En particular, el clausulado 2.6.2 a 2.6.5 establece cómo se llevará a cabo la inspección conforme al Anexo No. 8 "Requisitos de Puesta en Marcha y Pruebas", lo cual incluye los tiempos y la dinámica para la recepción provisional y definitiva de las obras. Dado que estos elementos están claramente especificados en el contrato, la objeción de la parte recurrente carece de justificación, ya que no se demuestra que la falta de supervisión o los plazos sean inciertos o sujetos a arbitrariedad con lo cual lo procedente es **rechazar de plano** este aspecto del recurso por falta de fundamentación. Se remite al Considerando I de la presente resolución.

14. Sobre los ingresos de la concesión. Criterio de la División. El objetante señala que la cláusula 3.2 del borrador del contrato es omisa respecto a la posibilidad de utilizar cuentas offshore para la recepción de ingresos, que es complemento o sustitución del fideicomiso que autoriza, pero no obliga la LGCOP. Señala que ampliar el pliego para que permita cuentas offshore no pone en riesgo la percepción de los ingresos de la Administración concedente. Sin embargo, y tal y como ya se ha venido señalando a lo largo de esta resolución, los alegatos de los recurrentes deben estar debidamente fundamentados. Y en el caso particular se echan de menos las razones técnicas y legales que hacen necesaria la incorporación de dicha cláusula o cómo no indicarlo impide una adecuada ejecución contractual o limitan su participación. En todo caso, la Administración señala, al atender la audiencia especial, que este tipo de cuentas no se deben prestar para gestionar contabilidades o reporte que no sean de la totalidad de los ingresos. Así las cosas, y por no estar debidamente fundamentado procede el **rechazo de plano**, por falta de fundamentación.

15) Sobre la responsabilidad de los oferentes. Cláusula 3.1.1. Criterio de la División. La objetante señala que se transfieren, de forma desproporcionada, los riesgos derivados de errores o inconsistencias en la información suministrada por la Administración a los oferentes. Se exime a la Administración de cualquier responsabilidad sobre los datos técnicos, históricos, materiales y cualquier otra documentación entregada en relación con el proyecto. Además los oferentes asumen el riesgo total de la verificación y análisis de la información, y condiciones locales y generales que afecten la ejecución y operación del objeto de la concesión. La Administración al ser la parte que dispone controla la información del proyecto, tiene la obligación de garantizar que sea precisa, completa, consistente. Además debe ser clara, cierta, oportuna y comprensible. Agrega que podría generar un

desbalance económico ya que cualquier error, omisión, o inexactitud recaería en los oferentes. Existen elementos técnicos como la naturaleza del suelo, inestabilidad adyacente y condiciones locales que pueden tener un impacto significativo en los costos y riesgos. Sostiene que al exigir asumir un riesgo absoluto en la obtención de asesorías legales, contables, tributarias, técnicas e ingenieriles se vulnera el principio de valor por el dinero ya que se promueve la transferencia de costos de verificación que debería ser responsabilidad de la Administración hacia los licitantes, lo cual podría encarecer las propuestas. Solicita se modifique el pliego de manera que se establezca la responsabilidad de la Administración, sobre la veracidad, precisión y completitud de la información y documentación, incluyendo los anexos. Solicita además garantizar que cualquier inexactitud de dicha información, sea resarcido mediante el equilibrio financiero y se elimine la obligación que el oferente asuma la totalidad de los riesgos derivados de los errores u omisiones. Ello se agrava si se suma el tiempo insuficiente para realizar verificaciones en campo, como por ejemplo los estudios de suelo. Al respecto se tiene sin embargo, que el objetante parte de una lectura errónea de la cláusula del pliego. Véase que la cláusula lo que señala es que los oferentes serán los únicos responsables de hacer sus propios análisis y evaluaciones del potencial de ingresos, ganancias y gastos de la concesión, así como de la condición física de los objetos relacionados con la concesión, su operación, disposición y demás elementos necesarios para la construcción y explotación de la misma. En ese sentido la cláusula va orientada a que es responsabilidad de cada oferente efectuar los estudios y valoraciones que corresponda a partir de la información dada. El manejo de la información que realice el oferente es de su entera responsabilidad. De allí que el pliego indique que ni la entidad ni sus funcionarios se hacen responsables de ninguna acción, costo, pérdida o inconveniencias que resulten del uso del cartel y la documentación que se aporte del pliego. Tampoco debe olvidarse que por la naturaleza propia de la concesión, los riesgos y ventura son del concesionario. Por lo que no hay desproporción en la redacción y tampoco con dicha norma se pretende desligar a la Administración de brindar la información que le corresponde. Tampoco demuestra cómo se genera un desequilibrio económico. En todo caso, si a partir de los estudios, el interesado estima que alguna información proporcionada no es correcta, así deberá indicarlo a través de los mecanismos que corresponda. Es claro que la Administración no será responsable del manejo que de esa información realice el oferente, ya que es parte de las obligaciones de los oferentes analizar y estudiar los documentos aportados. En modo alguno se está evadiendo la responsabilidad de la Administración. La Administración al atender la audiencia especial agrega que no le corresponde asumir la responsabilidad por los cálculos, interpretaciones o decisiones que

realicen los interesados con base en dicha información. Por lo anterior se **rechaza de plano** el punto, por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

16. Sobre la cláusula 3.1.13 del borrador del contrato. Criterio de la División. La objetante señala que la cláusula excluye la posibilidad y derecho de los acreedores del concesionario que la Administración concedente reconozca la existencia de financiamiento al concesionario, sin que ello implique que la Administración sea solidariamente responsable por el cumplimiento de las obligaciones del concesionario. Por otro lado, menciona que se exige presentar dentro de los 15 días siguientes contados a la fecha de la orden de inicio, prueba fehaciente que ha logrado el cierre financiero. Sostiene que es posible proporcionar garantías sobre las fuentes alternativas de financiación en el ínterin por lo que el plazo propuesto no es razonable ni proporcionado. Indica que mediante la provisión de garantías para la Administración es posible la ejecución del contrato de concesión sin afectación del interés. Al respecto, resulta importante señalar en primer término, que la cláusula referida no se encuentra en el borrador del contrato, por lo que se desconoce qué es exactamente lo objetado, aspecto que también confirma la Administración al atender la audiencia especial. En ese sentido, este órgano contralor no se puede pronunciar sobre cláusulas inexistentes, y se guarda la duda a qué otra cláusula podría estar referido el cuestionamiento. Por otro lado, la Administración agrega que el riesgo financiero del proyecto es enteramente responsabilidad del concesionario por lo que no es consecuente crear una relación entre los financistas del proyecto y la Administración más allá de lo que se reconoce en el borrador del contrato. Así las cosas y de lo que viene dicho se **rechaza de plano** este punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

17) Sobre los criterios de admisibilidad técnicos. Experiencia. Cláusula 4.1. Criterio de la División. El objetante señala que se le dificulta comprender qué es lo que requiere la Administración concedente. Menciona que la frase “*experiencia operando por lo menos durante 5 años*”, no guarda relación entre el plazo y el contenido del requisito. No se indica que se haya tenido experiencia en haber operado terminales de las características señaladas. Además se indica “*experiencia operando puertos*”, pero no especifica si debe ser en terminales de contenedores y granel seco no mineral. Agrega que existe una ambigüedad respecto a si el periodo de 5 años se refiere a años calendario o a cualquier periodo de 12 meses. Podría haber empresas que cuenten con diferentes cierres del año, lo

que podría dificultar la contabilización de los 5 años. No se indica a partir de cuándo se contabilizan los 5 años, y es importante para que se acredite experiencia reciente, por ejemplo en los últimos 10 años. Además existe ambigüedad si el plazo de 5 años se años contados a partir de la fecha de apertura de ofertas. Tampoco si se debe contabilizar en forma consecutiva para un solo contrato o bien se aceptarán la sumatoria de diversos contratos que sumados alcancen los 5 años. La cláusula señala presentar contratos, por lo que no existe seguridad jurídica de si se debe demostrar experiencia en 2 o más contratos o uno sólo es factible. Por otro lado sostiene que para la carga de granel seco no mineral, se debe establecer si el requerimiento es para toneladas o se refiere a toneladas métricas. Además genera inseguridad si el volumen mínimo es por un año o por el total de los 5 años, y en caso de ser por un año, debe indicarse cómo se analizará los volúmenes de años parciales. Agrega que el requisito es omiso respecto a la experiencia y el tráfico mínimo. No expresa si el periodo de 5 años corresponde a año calendario o perdidos consecutivos de 60 meses. En relación con este punto, la Administración al atender la audiencia especial señala que se podría dar mayor claridad al requerimiento sobre la relación de años de experiencia y volumen, años calendario o cualquier periodo de 12 meses, excepto lo de incluir un periodo de 10 años. De esta forma señala que modificará el pliego para que se indique que se deberá demostrar experiencia de operación, por lo menos durante 5 años calendario o en periodo de 12 meses, de manera consecutiva e ininterrumpida en 2 terminales de contenedores que al menos en un periodo de 12 meses cumpla con tráfico mínimo de TEU para cada uno y 2 terminales de granel seco no mineral que en un periodo de 12 meses cumpla con un volumen mínimo de millones de toneladas métricas. Para acreditar lo anterior el oferente debe presentar uno o más contratos. De esta forma los cuestionamientos respecto la ambigüedad del plazo si fuera calendario o por tracto de meses, si son consecutivos o sólo uno, tipo de puerto, y aspectos de volúmenes quedan abarcados dentro de dicha modificación. En cuanto al plazo de 5 años a partir de cuándo se contabiliza, si es en forma consecutiva, un sólo contrato o sumatoria hasta sumar 5 años, la entidad pública señala que por lo menos durante 5 años calendario, o periodo de 1 meses consecutivos e ininterrumpidos. Pero en relación con aceptar incluir un periodo de los últimos 10 años, la Administración no lo acepta, y el objetante tampoco lo justificó. Para la carga de granel seco no mineral señala que es en toneladas métricas. Además tanto para contenedores como granel señala el volumen mínimo. Finalmente y a pesar que la apelante solicita que se acredite la experiencia con certificaciones, no justifica por qué no puede ser a través de otros medios y la Administración que es quien más conoce sus necesidades ha señalado que con contratos. Así las cosas y de lo que viene dicho entonces se declara

parcialmente con lugar este punto. Deberá modificarse el pliego y darse la debida publicidad. Por otro lado y respecto a la *“experiencia en promoción y/o implementación de la construcción de puertos”* indica que no se logra encontrar la relación entre el título del requerimiento “promoción y/o implementación”, por lo que se debe enmendar el pliego y además determinar qué significa “promoción y/o implementación”. Sin embargo, la objetante no acredita ni justifica técnicamente por qué no existe la relación citada, y por qué estima que se debe determinar qué significa promoción/ implementación. Sumado a ello, la Administración indica que el recurrente intenta distinguir donde la norma no lo hace. Finalmente y en cuanto a la forma de acreditar la experiencia estima que lo que se requiere es la acreditación del requisito, por lo que no existe una forma particular como lo pretende el objetante y no justifica. Así las cosas, respecto de este punto, se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. Lo anterior sin perjuicio de lo indicado en el punto 12 de este recurso. En cuanto a la falta de fundamentación, se remite al Considerando I de la presente resolución.

18) Sobre los criterios de admisibilidad, financieros. Cláusula 4.2. Criterio de la División: la objetante indica que la referencia que hace la cláusula en cuanto a los “últimos 3 años” es ambigua. Menciona que desconoce si se debe considerar año calendario, períodos fiscales o tomar como referencia la apertura de ofertas. La situación se agrava cuando existen diferentes cierres fiscales o cuando hay consorcios internacionales. Por ello el pliego debe especificar los años fiscales que serán evaluados, estableciendo periodos fijos que no dependan de fecha de apertura. La Administración al atender la audiencia especial indica que el pliego es claro y dispone que son los 3 últimos períodos fiscales anteriores a la fecha de publicación del pliego. De esta forma si se publicó en el 2024, los 3 períodos anteriores son: 2021, 2022, 2023. Pese a lo señalado por la Administración, el pliego sólo hace alusión a los últimos 3 periodos, sin indicar a partir de cuándo se deben considerar esos 3 años. De esta forma siendo que el pliego no señala que son los últimos 3 periodos anteriores a la fecha de publicación del pliego, como sí lo indicó en su respuesta de audiencia especial, se declara **parcialmente con lugar** a efectos que se incluya ese aspecto, y se le dé la debida publicidad. Lo anterior sin perjuicio de lo indicado en el punto 21 del recurso de APM Terminals.

19) Sobre los criterios de admisibilidad ambientales y sociales. Cláusula 4.3. Criterio de la División: la objetante señala que la referencia a "certificaciones reconocidas internacionalmente" y "criterios similares" introduce elementos de ambigüedad. Indica que

se debe definir con precisión los elementos que determinan la validez de certificaciones alternativas. Se debe establecer cuáles son los organismos o entidades internacionales cuyas certificaciones se considerarán reconocidas, incluyendo criterios como su acreditación, trayectoria y reconocimiento en el sector portuario. Agrega que se debe detallar los criterios técnicos específicos que serán evaluados, incluyendo los estándares ambientales y sociales mínimos requeridos. No basta con una referencia genérica a "criterios similares", sino que deben especificarse los parámetros concretos de comparación. Señala que el pliego debe establecer el procedimiento de análisis comparativo. Indica que la redacción actual podría generar interpretaciones divergentes durante la evaluación de ofertas y potenciales disputas sobre la equivalencia de las certificaciones presentadas. Para garantizar una evaluación objetiva, es necesario que el pliego defina taxativamente los criterios específicos que deben cumplir las certificaciones alternativas. Sin embargo, la Administración al atender la audiencia especial señala que para evitar ambigüedades se establece que debe ser una certificación bajo una norma internacional y certificada por auditor independiente. El compromiso se demuestra a través de la gestión de riesgos medioambientales asociados con la actividad desarrollada. Al respecto, y si bien la entidad pública indica que se solicitará una certificación bajo una norma internacional, no debe perderse de vista, que el pliego de condiciones, debe ser un elenco de normas claras. En ese sentido, se hace necesario que se establezca de forma clara y en aras del principio de igualdad, los parámetros objetivos que determinen cuándo se está ante criterios similares. De esta forma, siendo que la Administración es quien más conoce sus necesidades, corresponde determinar tales parámetros a efectos de evitar interpretaciones y confusiones. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** el punto, debiendo darse la debida fundamentación y publicidad.

20) Sobre la declaración jurada en caso de empresas cotizantes. Cláusula 4.4.5. Criterio de la División. La firma recurrente señala que el requisito de presentar una declaración jurada autenticada que incluya la estructura corporativa y composición accionaria del oferente, así como el diagrama correspondiente, no contempla las particularidades de las empresas cuya naturaleza como entidades cotizantes en bolsa dificulta o incluso imposibilita proporcionar información precisa sobre sus beneficiarios finales. Por su dinámica la composición puede cambiar constantemente y no es posible identificar a los accionistas finales en momentos determinados. La falta de lineamientos claros sobre cómo cumplir este requisito en el caso de empresas públicas cotizantes genera ambigüedades que pueden desincentivar la participación de empresas afectando la libre

conurrencia y la maximización del valor por el dinero en la contratación. Solicita se modifique el pliego para que contemple cómo se procederá respecto a este requisito en el caso de empresas públicas cotizantes en bolsas de valores. Específicamente, se debe establecer un mecanismo que permita dar por cumplido el requisito mediante una declaración que detalle únicamente los accionistas principales o mayoritarios (si es posible), junto con una certificación de su naturaleza como empresa cotizante en bolsa. La Administración al atender la audiencia especial, manifiesta que se allana y se adecuará el procedimiento para que refleje que en los casos de la estructura corporativa de oferentes que incluya entidades que cotizan en bolsa, se presente una carta del regulador que indique que dicha empresa cotiza en bolsa, siendo que para los niveles previos se mantendrá el requisito actual. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** el punto, deberá modificarse el pliego y darse debida publicidad.

21) Sobre la incorporación de obras (nuevas inversiones). Cláusula 5. Criterio de la División. La objetante sostiene que la redacción de la cláusula contraviene el marco normativo aplicable a las concesiones de obra pública con servicios públicos. Si bien la Administración puede requerir obras adicionales durante la ejecución contractual, estas modificaciones deben seguir el procedimiento establecido en la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, por lo que debe especificarse si se está frente al artículo 48 de la referida Ley y de ser así, se requiere que se introduzcan reglas y procedimientos claros para su aplicación, así como un mecanismo para restituir el principio de intangibilidad patrimonial. Señala que la discrecionalidad que otorga la cláusula al indicar *"que a su juicio contribuyan"* resulta excesiva y omite las salvaguardas procedimentales que la ley establece para modificaciones al objeto contractual. Agrega, que la incorporación de obras adicionales, puede impactar el equilibrio económico del contrato y condiciones de servicio. Por eso se requiere estudios técnicos que justifiquen su necesidad, análisis de impacto financiero, evaluación de la capacidad del concesionario, procedimientos formales de aprobación. Sostiene que la cláusula debe modificarse y establecer que cualquier obra adicional se registrará por los procedimientos y requisitos establecidos en la LGCOP. La Administración al atender la audiencia especial señala que eliminará la frase *"la Administración Concedente podrá incorporar otras obras adicionales a las aquí mencionadas, que a su juicio contribuyan al cumplimiento de las condiciones de explotación establecidas en estas bases técnicas. De existir interés público demostrado mediante un estudio técnico, el plazo de la concesión podrá prorrogarse durante el último tercio anterior a su vencimiento, pero sin exceder el máximo de 50 años establecido por ley"* ya que este

escenario está regulado en el contrato de concesión dentro de la sección de modificaciones unilaterales. Al respecto véase que cláusula 1.22 regula dichas modificaciones, según lo cual, las modificaciones unilaterales no podrán superar el 25% del monto total de la inversión, aspecto regulado en el numeral 48 de la LGCOP. Así las cosas se declara **parcialmente con lugar** el punto. Deberá modificarse el pliego y darse la debida publicidad. Lo anterior sin perjuicio de lo indicado en el punto 35 de este recurso.

22) Sobre el equilibrio financiero del contrato. Cláusulas, 3.4.2, 3.4.6.1, 3.4. 6.2, 6.8.

Criterio de la División. La cláusula 6.8 establece que el concesionario puede solicitar a la Administración Concedente la modificación de los términos y condiciones del Contrato de Concesión con la finalidad de restablecer el equilibrio económico – financiero de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión y la Ley Aplicable. Corresponde al Concesionario demostrar que hay fundamento para tal petición. No obstante, la objetante considera que la norma debe incorporar un procedimiento administrativo claro y definido. La cláusula no establece los elementos procesales necesarios para garantizar una atención oportuna y eficiente de las solicitudes. Hay falta de plazos para la tramitación y resolución de peticiones de reequilibrio. Se deben definir no sólo los plazos sino también los requisitos específicos para la presentación de solicitudes, documentación necesaria y los criterios objetivos que se utilizarán. Se deben establecer las consecuencias del silencio administrativo y mecanismos de seguimiento. Además indica que la cláusula 3.4 es omisa respecto los plazos y las metodologías para asegurar la oportuna atención de las solicitudes del concesionario para restablecer el equilibrio económico. Por su parte, la Administración al atender la audiencia especial señala que la cláusula 3.4 del borrador del contrato establece los pasos y procedimientos para hacer valer el derecho al restablecimiento del equilibrio. Sobre el particular y si bien en la cláusula 3.4.3 se establece cómo se debe efectuar la solicitud y en la 3.4.4 el procedimiento a seguir, efectivamente como lo indica la objetante, no se indica plazos para tramitación y resolución. Y tampoco se hace alusión al silencio positivo. Siendo que la Administración sólo remite a la cláusula 3.4 de forma general, se declara **parcialmente con lugar** el punto a efectos que se analice y verifique lo correspondiente a los plazos de atención, y silencio positivo. Sobre el punto, deberá darse la debida publicidad. Ahora respecto de los requisitos para la presentación de solicitudes, la cláusula 3.4 sí establece una serie de requisitos que debe indicar la solicitud, aspectos sobre los cuales la objetante no se refirió en su recurso. De allí que aunque la cláusula 6.8 no lo indica, conforme a la integralidad del pliego se tiene que este aspecto si se incluye, por lo que se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. En relación con que la

cláusula 3.4 que la objetante considera que es omisa respecto los plazos y las metodologías para asegurar la oportuna atención de las solicitudes del concesionario para restablecer el equilibrio económico, aplica lo indicado para la cláusula 6.8, por lo que se declara **parcialmente con lugar** el punto a efectos que los plazos se incorporen y darse la debida publicidad. Por otro lado la objetante en su recurso cuestiona las cláusulas 3.4.2., 3.4.6.1 y 3.4.6.2 del borrador del contrato. Sobre estas señala que establecen limitaciones sobre el equilibrio, ya que no sólo establecen una lista de los supuestos de procedencia (cláusula 3.4.2) sino que las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2 impone limitaciones ajenas a la ley al derecho de equilibrio financiero, en la medida que únicamente serán reconocidas las variaciones *“en el equivalente al diez por ciento (10%) o más de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico”*. Estima que es contrario a lo dispuesto en los artículos 17 inciso c) de la LCOPS y 8 inciso i) de la LGCOP. Por ello las cláusulas 3.4.2, 3.4.6.1 y 3.4.6.2 deben eliminarse. Menciona que no existe una norma en el ordenamiento jurídico que ordene al futuro concesionario a soportar la carga de no restituir el equilibrio financiero en los supuestos descritos en el pliego de condiciones. Por su parte, la Administración al atender la audiencia especial indica que el equilibrio económico-financiero está previsto como un mecanismo excepcional aplicable únicamente a circunstancias que generan afectaciones imprevistas. No es un derecho irrestricto, por lo que lo regulado en el pliego lo que busca es regular y clasificar sobre el sustento de la discrecionalidad administrativa, cuáles son las circunstancias que generan un desequilibrio económico y el mecanismo que debe seguirse para restablecerlo. Por ello la Administración ha determinado que el concesionario debe prever dentro de su oferta que los desequilibrios de las variantes ya incluidas en el pliego deben ser asumidas en su oferta. Agrega que se contempla parámetros ordinarios de ajuste tarifario que refleja aumentos en los costos operativos, que garantiza una adecuada compensación dentro de la estructura financiera. La Administración rechaza cualquier pretensión de considerar los incrementos en costos operativos como sujetos al restablecimiento del equilibrio, ya que eso contravendría la asignación eficiente de riesgos y desnaturaliza los principios de los contratos de concesión. En torno a este punto, y respecto de la cláusula 3.4.2 véase que si bien el objetante menciona que establecen una lista de los supuestos de procedencia, lo cierto es que dicha lista, tal y como se indica en la propia cláusula no es taxativa, ya que se establece la frase *“incluyendo pero no limitando”*, por lo que pueden darse otros supuestos. Así las cosas y respecto de este punto se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. Ahora en torno a las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2 el objetante menciona que dichas cláusulas imponen limitaciones ajenas a la ley, ello resulta

contrario al numeral 17 de la LGCOPS y 8 inciso i) de la LGCOP. La primera de estas normas establece como derecho del concesionario solicitar a la Administración modificar los términos del contrato cuando por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo. Por su parte, el artículo 8 de la LGCOP dispone que la Administración está obligada a observar el equilibrio financiero del contrato. Y es que pese al cuestionamiento efectuado por la objetante y la remisión de dichas normas, que reconocen el equilibrio financiero por razones ajenas al concesionario, la Administración al atender la audiencia especial no se refirió de forma puntual a dichas cláusulas y se limitó a indicar que rechazaba el punto. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** este punto a efectos que la Administración incorpore en el expediente administrativo las justificaciones técnicas y legales de las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2., como parte de ese documento deberán quedar claras las valoraciones realizadas por la Administración para la distribución de riesgos que se observa en la cláusula 3.4.6.1.

23) Sobre las sanciones. Criterio de la División. La recurrente objeta las cláusulas 5.12, 6.10, y 6.11 de pliego en tanto considera que las sanciones carecen de un procedimiento que garantice el debido proceso al concesionario. Estima que la disposición de que las garantías sean de cobro inmediato y ejecutables, sin establecer procedimiento de defensa vulnera el derecho al debido proceso. Por ende indica que el pliego debe incorporar un procedimiento administrativo que cumpla con unas mínimas garantías. La Administración indica que el recurrente alega que las cláusulas objetadas no garantizan el debido proceso al Concesionario, citando como ejemplo que las garantías son ejecutables "a simple y primer requerimiento" sin un procedimiento previo de defensa, y que las cláusulas penales y multas se aplican sin necesidad de demostrar daño, pero que sin embargo, esta posición carece de fundamento en varios aspectos. En primer lugar considera que la cláusula 5.12 establece expresamente que la ejecución de garantías en sede administrativa debe realizarse mediante resolución razonada y fundamentada, previa audiencia al Concesionario para que presente pruebas de descargo. Además estima que se contemplan recursos de revocatoria y apelación, lo que asegura el cumplimiento del debido proceso. En consecuencia, considera que este argumento del recurso debe ser rechazado. Respecto a la cláusula 6.10, relacionada con la garantía de cumplimiento, la Administración observa que no incluye un procedimiento administrativo, por lo que deberá incorporarse un trámite acorde con el artículo 45 de LGCOP. En cuanto a las cláusulas penales y multas (cláusula 6.11), considera que estas son consistentes con el artículo 117 del Reglamento a la LGCOP, que permite su aplicación sin necesidad de demostrar daño. Por otro lado indica que la

ejecución de las garantías de construcción y explotación cuando el Concesionario no paga las multas o cláusulas penales dentro del plazo también se ajusta a lo previsto en el artículo 117 del mismo Reglamento. Por lo tanto, estos extremos del recurso deben ser rechazados. Ahora bien, pasando a analizar lo dicho por las partes, se tiene que para la ejecución de las garantías punto 5.12 la Administración inclusive dará audiencia al concesionario, con lo cual sí existe un procedimiento regulado y para el punto 6.11 es necesario también que la Administración incluya el procedimiento correspondiente tal y como citó para la cláusula 6.10 en tanto para la 6.11 tampoco se incluye. En cuanto a los puntos 6.10 se tiene que la Administración ha decidido incluir un procedimiento para el apartado 6.10, así las cosas, se declara **parcialmente con lugar** el apartado, debiendo la Administración realizar los ajustes respectivos.

24) Sobre la referencia a la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento.

Criterio de la División. La recurrente considera que cláusula 7.3 del pliego de condiciones debe actualizarse para cumplir con la normativa vigente, ya que actualmente remite a un reglamento derogado por la Ley General de Contratación Pública. Considera que esto genera inseguridad jurídica y posibles errores en la evaluación de ofertas. Estima fundamental incorporar correctamente las referencias al régimen de subsanación y estudio de ofertas según los artículos 50 y 51 de la LGCOP y su reglamento. La Administración indica que en efecto existe un error material que debe rectificarse, de manera que se haga la remisión a la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento, y no al marco jurídico anterior. Así las cosas, el punto debe ser declarado **con lugar** debiendo la Administración realizar los ajustes pertinentes al pliego.

25) Sobre la declaratoria de desierto. Criterio de la División.

La recurrente indica que la cláusula 7.3 del pliego de condiciones permite declarar desierta la licitación por "falta de competencia y/o colusión", pero no define parámetros objetivos para identificar estas situaciones, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica y la necesidad de reglas claras. Considera que esta indeterminación deja la evaluación a discreción de la Administración, lo cual es problemático ya que decisiones tan relevantes requieren criterios específicos y procedimientos claros que aseguren el debido proceso y eviten interpretaciones subjetivas. Estima que es fundamental que el pliego establezca la metodología y los criterios técnicos para determinar la falta de competencia o colusión, especificando si será necesaria la intervención de la COPROCOM, estudios técnicos, y un procedimiento formal y que la simple existencia de pocas ofertas no debe considerarse automáticamente como falta de

competencia. Indica que dado que declarar desierta una licitación afecta de manera significativa el proceso de contratación, es imprescindible fundamentar tal decisión en parámetros objetivos y verificables para garantizar la transparencia y la equidad del proceso. La Administración indica que en efecto se observa que la cláusula no prevé los extremos objetados. Señala que al efecto, y siendo que la determinación de prácticas colusorias o cualquier otro tipo de práctica anticompetitiva, no es competencia de esa Administración, se procederá a eliminar la mención como causal para declarar desierta la licitación, salvedad hecha del supuesto en que la Administración le sea notificada una resolución judicial o administrativa en firme, o un laudo arbitral, acuerdo conciliatorio o dictamen, donde conste que el oferente incurrió en acuerdos colusorios o cualquier otro tipo de práctica anti competitiva. Al respecto se tiene que si bien la Administración indica que eliminará la mención como causal de declaratoria de desierto, lo cierto es que de su respuesta se desprende también que puede existir una excepción y usarse una resolución judicial, administrativa, etc., para declarar desierto, con lo cual el pliego recae en la imprecisión original. Así las cosas, considera este órgano contralor que la Administración debe replantear este apartado, tal y como lo señala la recurrente, para definir de manera clara y precisa en qué supuestos específicos, bajo qué condiciones, qué tipo de documentos serán considerados, etc., para declarar que el concurso puede ser declarado desierto, máxime que la Administración se refiere a estas prácticas como motivo de exclusión, aspecto que debe ser diferenciado de la declaratoria de desierto. En ese sentido debe tener presente la Administración la naturaleza propia de la declaratoria de desierto y su diferencia con la eventual necesidad de excluir una oferta por tener incumplimientos ya sean técnicos, jurídicos, financieros, etc.; diferencia que deberá tenerse presente al momento de redefinir la cláusula. En consecuencia, se declara **parcialmente con lugar** el punto, siendo que la Administración debe replantear la cláusula para absoluta claridad de todas las partes.

26) Sobre la tarifa “all in”. Criterio de la División. La recurrente indica que la cláusula del Anexo II que exige presentar una propuesta de tarifa “all-in” máxima por tipo de carga carece de claridad sobre la base y metodología empleadas por el INCOP para determinar dichas tarifas, lo que genera incertidumbre y desequilibrios en el proceso de licitación. Estima que esto vulnera los principios de transparencia y valor por el dinero, al no proporcionar a los oferentes la información necesaria para evaluar la viabilidad económica de sus propuestas, desincentivando la participación o provocando ofertas que no reflejen los costos reales del mercado. Considera en primer lugar que la Administración debe detallar

los parámetros y metodología que utilizó para determinar las tarifas. Además indica que la fórmula actual de pagos al INCOP, basada en ingresos brutos, impone una carga desproporcionada sobre el concesionario, quien debe asumir riesgos adicionales en un entorno económico volátil. Por ende en segundo lugar recomienda calcular los pagos sobre ingresos netos auditados, garantizando un equilibrio financiero más justo, sostenibilidad del proyecto y transparencia y solicita modificar la cláusula para incluir la metodología de tarifas y cambiar la base de cálculo a ingresos netos, en beneficio de todas las partes involucradas y del interés público. La Administración indica que la determinación de la tarifa "All in" máxima forma parte del criterio vinculante de ARESEP que forma parte de los documentos de la Licitación y es consistente con los parámetros establecidos para la concesión que garanticen el flujo de recursos que genera la tasa interna de retorno esperada para el proyecto sin perder de vista su competitividad nivel tarifario en la región. Asimismo, indica que es un valor de referencia en la que los interesados tendrán que hacer su propia debida diligencia y modelación financiera para la presentación de su oferta económica. Sobre el segundo punto, rechaza modificar la base de cálculo de los pagos al INCOP, en tanto que la redacción actual "ingresos brutos" del cartel de licitación busca la contribución al INCOP mediante los pagos a la autoridad concedente por la totalidad de ingresos originados por el hecho del otorgamiento de la concesión a la sociedad concesionaria, bien estén directamente relacionados con la actividad principal de la concesión, esto es, la actividad puramente portuaria, o bien relacionados con otro tipo de actividad económica no portuaria pero que el concesionario no podría realizar si no fuese por el hecho de la concesión, como, por ejemplo y entre otras actividades posibles, el alquiler de espacios en el área de concesión. Asimismo, la redacción "ingresos brutos" sigue la ya establecida en los contratos de concesión actualmente en vigor. Ahora bien, de todo lo anterior debe concluirse que la recurrente no ha demostrado de manera suficiente por qué tiene un impedimento para presentar una oferta en los términos actuales del cartel de licitación. Tampoco ha acreditado que los documentos del expediente resulten insuficientes desde el punto de vista técnico ni ha explicado cómo la falta del detalle de la metodología utilizada por la Administración para construir la tarifa le impide preparar su propuesta. Así pues, se tiene que la cláusula del Anexo II sobre la tarifa "all-in" máxima está fundamentada en el criterio vinculante de la ARESEP, que es parte integral de los documentos de licitación. En cuanto a la solicitud de modificar la base de cálculo de los pagos al INCOP, la Administración ha justificado que la redacción "ingresos brutos" se alinea con los principios y prácticas establecidas en contratos de concesión vigentes. Este enfoque busca garantizar que la autoridad concedente reciba una contribución justa derivada de todos los ingresos asociados al otorgamiento de la

concesión, independientemente de si estos ingresos provienen de actividades portuarias o de otras actividades económicas relacionadas. Por lo anterior, la recurrente no ha aportado argumentos o pruebas suficientes que justifiquen un cambio en las condiciones establecidas en el cartel, ni ha demostrado cómo la información proporcionada es insuficiente para evaluar y formular su propuesta económica. Por ende el punto debe ser **rechazado de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

27) Sobre el servicio de escaneo. Criterio de la División. La recurrente indica que la cláusula sobre el servicio de escaneo presenta deficiencias al ser contradictoria porque exige la prestación del servicio pero excluye su costo de la oferta económica. Estima que la indefinición afecta la evaluación del proyecto pues: a) Establece montos referenciales (\$25 por contenedor y 10% de tarifa all-in para otras cargas) pero los declara "no vinculantes", dejando la determinación final del precio a autoridades no especificadas. b) Requiere inversiones en equipos y considera costos operativos, pero no garantiza su recuperación al hacer depender la tarifa de decisiones futuras. c) El Anexo 18 establece estándares de servicio y exige diseño para escanear el 100% de la carga (técnicamente inviable), pero condiciona los niveles de servicio a un protocolo pendiente del Ministerio de Seguridad. Considera que el requerimiento de escanear el 100% de los contenedores en un puerto marítimo representa una exigencia técnicamente inviable que contradice las mejores prácticas internacionales y la realidad operativa portuaria. Señala que los tiempos de procesamiento de un escáner de contenedores, que típicamente toma entre 3 y 5 minutos por unidad, harían imposible mantener un flujo eficiente en un puerto que maneja miles de contenedores diarios. y que esta demora multiplicada por el volumen total de carga generaría cuellos de botella severos que paralizarían la operación portuaria. Indica que la práctica internacional estándar contempla el escaneo de entre 3-5% de los contenedores, seleccionados según perfiles de riesgo específicos. El escaneo total solo se implementa en situaciones excepcionales de alta sensibilidad. Además, la implementación de un sistema de escaneo total requeriría una infraestructura física desproporcionada, incluyendo múltiples equipos de escaneo, áreas adicionales de inspección y personal especializado y que esto no solo incrementaría significativamente los costos operativos, sino que reduciría el espacio disponible para otras operaciones portuarias esenciales. Por ende considera que el requerimiento cartelario de escanear el 100% de la carga resulta técnicamente inviable y contradice los estándares internacionales de operación portuaria eficiente. Adicionalmente, considera que existe una contradicción conceptual en la estructura tarifaria al indicar que la tarifa "all-in" debe incluir "servicios

complementarios no incluidos en la tarifa all-in". y que esta inconsistencia lógica impide una correcta determinación del alcance de servicios y su correspondiente valoración económica, por lo que pide que el cartel se establezca con precisión: a. Los mecanismos de recuperación de inversiones. b. La estructura tarifaria coherente y definitiva c. Los niveles de servicio exigibles. La Administración indica que las directrices de escanear 100% del total de la carga emanan de una decisión de política pública, y en base a esta directriz en la factibilidad se ha planteado una metodología de escaneo y unos tiempos de escaneo discutidos con el Ministerio de Seguridad, basados en la demanda esperada, en las experiencias en Moín y en los siguientes requerimientos: Toda la carga, cual sea su tipo de presentación, manejada en Puerto Caldera ha de ser escaneada, Deberá proveerse de una zona de inspección física a la que puedan desplazarse aquellas unidades identificadas como sospechosas en el escaneo. Indica que esta zona de inspección física deberá ser accesible desde la zona pública (acceso) y desde la zona estanca de la terminal, Deberá darse la posibilidad a los escaneos erróneos de volver a pasar por el escaneo (zona para la maniobra de bypass). Indica que los flujos y tiempos de escaneo y re-escaneo y una propuesta de ubicación de los escáneres, zonas estancas y zonas de inspección física se explican en el estudio de Factibilidad, aunque para mejor comprensión en el Anexo E para esta respuesta se incluye un extracto de la metodología estimada para el escaneo, que lógicamente, cada licitador podrá compartir o proponer el procedimiento que considere más adecuado para cumplir el requerimiento. Además, considera que debe agregarse que lo argüido por la objetante debe ser rechazado de plano por improcedencia manifiesta dada la falta de fundamentación del recurso. Al respecto de todo lo dicho se concluye que la recurrente no ha demostrado sus argumentos ni ha presentado pruebas pertinentes que sustenten sus afirmaciones respecto a la cláusula sobre el servicio de escaneo. Por su parte la Administración ha explicado que la exigencia de escanear el 100% de la carga responde a una decisión de política pública, la cual ha sido incorporada en la metodología de escaneo planteada en el estudio de factibilidad, desarrollada en conjunto con el Ministerio de Seguridad. Al contrario la recurrente no ha aportado elementos técnicos que demuestren que la implementación del escaneo total es inviable o que contradiga estándares internacionales de operación portuaria. Tampoco ha proporcionado evidencia que sustente su afirmación sobre los tiempos de procesamiento ni los costos asociados, limitándose a generalizaciones sin base documental o técnica. La argumentación sobre una contradicción en la estructura tarifaria tampoco se ha acompañado de un análisis que pruebe su impacto en la preparación de la oferta o la evaluación del proyecto. Por lo tanto, no queda demostrado que las disposiciones del cartel afecten la viabilidad del proceso o vulneren los

principios de transparencia y eficiencia. En consecuencia, las alegaciones deben **rechazarse de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

28) Sobre las aclaraciones de las ofertas. Criterio de la División. La recurrente considera que la cláusula limita el alcance de las aclaraciones y contradice el artículo 24 del Reglamento a la LGCOP sobre la subsanación y aclaración de ofertas, porque resulta improcedente definir previamente que las aclaraciones no pasarán a formar parte de la oferta técnica y no servirán para mejorar la calificación pues eso depende de la naturaleza de la aclaración. Estima que la restricción impuesta podría resultar en evaluaciones incompletas o incorrectas al descartar información relevante que aclare o precise aspectos técnicos de la oferta y considera que la cláusula debe modificarse para permitir que las aclaraciones que precisen aspectos ya incluidos en la oferta original, sin constituir una ventaja indebida, sean consideradas en la evaluación técnica, garantizando así una valoración objetiva y completa de las propuestas. La Administración indica que coincide en que la cláusula debe modificarse para permitir que las aclaraciones que precisen aspectos ya incluidos en la oferta original, sin constituir una ventaja indebida, sean consideradas en la evaluación técnica, garantizando así una valoración objetiva y completa de las propuestas. Visto el allanamiento de la Administración se declara **con lugar** el punto, debiendo la Administración realizar los ajustes necesarios al pliego de condiciones, allanamiento que dicho sea de paso, se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración.

29) Sobre el finiquito de las concesiones previas. Criterio de la División. La recurrente indica que la cláusula sobre la situación de la concesión de servicios de remolcadores establece que el INCOP debe obtener un finiquito de las concesiones previas, liberando al nuevo concesionario de responsabilidad por reclamos pasados e incluyendo una indemnización. Sin embargo estima que el lenguaje utilizado genera incertidumbre, ya que no se definen claramente las condiciones, el alcance ni los mecanismos para garantizar esta liberación e indemnización. Además, considera que los finiquitos bajo condición suspensiva podrían crear vacíos legales temporales, dejando al nuevo concesionario vulnerable a posibles reclamos no gestionados adecuadamente. Indica también que le preocupa que la Administración pueda excluir o añadir elementos al finiquito de manera discrecional, afectando la estabilidad económica y operativa del concesionario y que la falta de precisión sobre el alcance de la indemnización y los procedimientos para ejecutarla

compromete la transparencia. Por ello, solicita modificar la cláusula para definir claramente los finiquitos, garantizar una transición sin vacíos legales, y especificar los mecanismos de indemnización, fortaleciendo la seguridad jurídica, el equilibrio financiero y la transparencia en la concesión. La Administración indica que no comparte que se deje en una posición de incertidumbre y vulnerabilidad al concesionario frente a obligaciones que podrían surgir de manera imprevista, afectando su equilibrio económico-financiero y su capacidad operativa, ya que como lo afirma el propio recurrente, ya el Pliego establece que el nuevo Concesionario será liberado de responsabilidad por los reclamos derivados de actos de los Concesionarios Previos. Por ello, sobre este extremo considera que, el recurso debe ser rechazado. En cuanto a que respecto a la indemnización del Concesionario por reclamos relacionados con los Concesionarios Previos, no se especifica de manera suficiente el alcance de esta indemnización ni los procedimientos para hacerla efectiva, indica que no le parece que ello implique una lesión al principio de transparencia, toda vez que se prevé el reconocimiento de una indemnización “respectiva”, lo que redundaría en que la misma resulte procedente, sea demostrable y cuantificable. Ahora, si bien la recurrente no ha demostrado con pruebas suficientes la existencia de incertidumbre jurídica ni vacíos legales específicos respecto al finiquito de concesiones previas, es fundamental reconocer que una mayor precisión en la redacción de la cláusula beneficiaría la claridad para todas las partes involucradas. La Administración ya ha señalado que el nuevo concesionario será liberado de responsabilidad por reclamos derivados de actos de concesionarios anteriores, lo cual proporciona un marco de seguridad jurídica básica. Sin embargo, la falta de detalle sobre el alcance preciso de las indemnizaciones y los procedimientos para hacerlas efectivas puede generar dudas legítimas sobre cómo se implementarán dichas disposiciones. Además, la preocupación sobre posibles vacíos legales durante la transición, aunque no demostrada con pruebas concretas, subraya la importancia de especificar claramente las condiciones, mecanismos y términos de operación de los finiquitos para evitar interpretaciones ambiguas y reforzar la transparencia. Por lo tanto, para mejorar la certidumbre y la seguridad jurídica, se estima adecuado que la Administración detalle explícitamente los procedimientos de transición, los mecanismos de liberación de responsabilidades, el alcance de las indemnizaciones, y las condiciones bajo las cuales éstas serán reconocidas. En este sentido, se declara **parcialmente con lugar** este punto, para que la cláusula logre brindar mayor claridad y certeza en la ejecución de la concesión.

30) Sobre el carácter referencial de los estudios previos. Criterio de la División. La recurrente considera que el indicar que los estudios previos tienen un carácter meramente

informativo y orientativo, eximiendo a la Administración de toda responsabilidad, vulnera principios de la LGCOP, dado que la Administración es la responsable de gestionar y compartir la información oficial para elaborar las ofertas. Considera que eximir a la Administración implica trasladar los riesgos asociados a error u omisiones en los estudios previos. Estima que la redacción actual de la cláusula genera una incertidumbre que puede desincentivar la participación de posibles oferentes y encarecer las propuestas debido a la necesidad de realizar análisis y verificaciones adicionales para compensar la falta de garantía sobre la información oficial, lo cual contraviene el principio de igualdad y libre concurrencia. Asimismo, la disposición puede resultar en un desequilibrio financiero del contrato, en contravención del principio de intangibilidad patrimonial y que si los estudios previos contienen errores o inconsistencias significativas, el concesionario se podría ver en la necesidad de incurrir en costos adicionales imprevistos que no estaban contemplados en su oferta inicial, dado que no hay forma de que cuente de previo a la preparación de su oferta con estudios que corroboren los realizados por la Administración y proporcionados como documentos de la licitación, afectando negativamente su estabilidad económica y comprometiendo el desarrollo del proyecto. En virtud de lo anterior, solicita ordenar la modificación de la cláusula 1.15.2 para que se establezca que los estudios previos de la concesión deben ser considerados como información oficial y confiable, salvo que se especifique expresamente lo contrario en el contrato de concesión. Además, se solicita que se incluya una disposición que garantice el restablecimiento del equilibrio financiero en caso de que errores u omisiones en los estudios previos proporcionados por la Administración afecten la ejecución del proyecto. Esto permitirá salvaguardar los principios de integridad, transparencia, valor por el dinero y equilibrio patrimonial en la contratación pública. La Administración indica que pliego es claro en que lo que se aportan son estudios técnicos elaborados por la Administración con carácter referencial, y ello no lesiona principio de transparencia, integridad u otro propio de la contratación pública. Estima que es obligación de cada oferente desarrollar sus propios estudios, toda vez que la cláusula 3.1.1 RESPONSABILIDAD DE LOS OFERENTES, define que los oferentes serán los únicos responsables de hacer sus propios análisis y evaluaciones del potencial de ingresos, ganancias y gastos de la concesión, así como de la condición física de los objetos relacionados con la concesión, su operación, disposición y demás elementos necesarios para la construcción y explotación de la misma. Los oferentes son los únicos responsables de obtener asesoría particular sobre los aspectos legales, contables, tributarios, técnicos y de ingeniería. Ahora bien de lo dicho por las partes considera este órgano contralor que la

recurrente no ha logrado demostrar por qué se está ante una cláusula ilegítima del pliego de condiciones, siendo que, si bien la recurrente señala que la cláusula contiene vicios, no se ha demostrado de manera fehaciente la existencia de estos. Por el contrario, comparte este órgano contralor lo dicho por la Administración en cuanto a que los estudios técnicos son un insumo para los potenciales oferentes, para que a su vez estos tengan elementos de apoyo en la realización de sus propios estudios, sin que esto haya podido ser demostrado como ilegítimo. Así las cosas el recurso debe ser declarado **sin lugar**.

31) Sobre los riesgos de la Administración concedente. Criterio de la División. La recurrente indica que La cláusula 1.15.4 es omisa respecto los riesgos que razonablemente corren las Administraciones Concedentes en proyectos como el que promueve INCOP, lo que tiene por efecto trasladar el riesgo al concesionario y en consecuencia incrementar los precios propuestos al usuario final. Asimismo señala una serie de riesgos que estima las Administraciones asumen típicamente y que no se encuentran en el presente pliego. Considera que estas omisiones inciden en la posibilidad de los oferentes serios de presentar una oferta eficiente e informada y solicita se modifique el cartel para que incorpore los citados riesgos de la Administración Licitante. La Administración indica que precisamente el contrato de concesión por su naturaleza implica una mayor asignación de riesgos al concesionario, es lo propio de este tipo de contrato, por lo que no media afectación alguna a principios de la contratación pública. Todo ello se contempla, considera, para el caso particular, en la cláusula 1.15.3. (y siguientes) conforme a la cual el Concesionario asume los riesgos a su cargo, incluyendo los comerciales y sus respectivas potenciales consecuencias positivas o negativas; y como regla general, los denominados riesgos de diseño y construcción, de puesta en marcha, operativo, explotación y mantenimiento, comercial, financiero, ambiental y social, así como los riesgos referentes a la tramitación y obtención de permisos y autorizaciones de entidades públicas. Ahora bien, si bien este órgano contralor considera que lleva en parte la Administración en cuanto a que la figura de la concesión conlleva para el concesionario la necesidad de asumir una serie de riesgos inherentes a su condición, lo cierto es que las cláusula 15.4 es omisa en realizar un detalle amplio, claro y preciso de la distribución de riesgos del proyecto, tal y como define el artículo 24 inciso j) de la LGCOP. Si bien la recurrente se contradice al decir que ofrece una lista enunciativa y no taxativa, para luego pedir que se incorporen dichos riesgos al pliego, lo cierto es que sí resulta necesario que la Administración defina de manera mucho más amplia y detallada la forma en que se distribuirán dichos riesgos, lo que tomando como referencia lo expuesto por la recurrente, deberá ser incorporado al pliego de condiciones.

Así las cosas, aún y cuando el punto debe ser **rechazado de plano** la Administración deberá realizar los ajustes antes explicados.

32) Sobre los riesgos de dragado. Cláusula 1.15.3.4 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que la cláusula de cita provoca un incumplimiento al principio de intangibilidad patrimonial, dado que la Administración expresamente indica que no reconocerá los riesgos relativos al dragado y que la tarifa adjudicada no se verá afectada por variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar, con lo cual se estaría afectando al concesionario al no reconocerle cualquier desbalance por factores no atribuibles a este. Señala que en la cláusula 1.15.4.2 se dispone que la Administración verificará si asume el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, únicamente si las pólizas contratadas no cubren los daños ocasionados, lo cual estima es violatorio del referido principio ya que la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato no es discrecional o prerrogativa de la Administración sino un derecho de las partes contratantes. La cláusula 1.15.3.4 resulta lesiva por cuanto traslada al concesionario la totalidad del riesgo por los volúmenes de dragado, inclusive cuando estos sean consecuencia de errores en los estudios previos proporcionados por la Administración. Indica que el riesgo que debe ser trasladado al concesionario es aquél que se encuentre bajo su control durante la fase de operación y construcción del proyecto, pero no podría castigarse cuando los volúmenes sean afectados por errores en los estudios que ha emitido la Administración al respecto, siendo que además se verían afectados los principios de transparencia, integridad y valor por dinero. Por lo que eximir a la Administración de responsabilidad por la veracidad de esta información y trasladar su riesgo al concesionario implica imponer una carga desproporcionada que afecta la igualdad y la libre concurrencia en el proceso de contratación. La Administración indicó que la estimación de los volúmenes de dragado se ha realizado con base a los volúmenes históricos de los dragados realizados en Puerto Caldera, sin desarrollar un nuevo estudio de transporte de sedimentos en el área de implementación del proyecto, ya que para realizar el estudio de transporte de sedimentos se deberá conocer el Layout de la propuesta concreta que se presente y adjudique. Históricamente, se han ejecutado dragados en el sitio con un promedio de alrededor de 150,000 m³ por año. Sin embargo, conservadoramente se ha estimado un incremento de un 50% de los volúmenes anuales que deberán dragarse considerando que los volúmenes históricos corresponden a la ejecución de dragados para profundidades menores a las proyectadas para la nueva concesión del terminal, y que el rompeolas actual está alcanzando su capacidad máxima de retención de sedimentos. Adicionalmente, se ha

considerado otro incremento adicional del 20% de los volúmenes anuales que deberán dragarse por potenciales contingencias. Esto se analiza en el estudio de factibilidad (ver Anexo F). En consecuencia, se estima que los volúmenes de dragado son muy conservadores y los costos estimados se han considerado en las evaluaciones financieras y resultan viables y asumibles por el concesionario. Resulta viable técnica y económicamente que se transfiera el riesgo de dragado completamente al concesionario. Por lo anterior, en este extremo el recurso debe ser rechazado, por falta de fundamentación. El recurrente considera desproporcionado que en la cláusula en cuestión, se traslade el riesgo de dragado al concesionario, señalando que esto implica una afectación al principio de equilibrio económico del contrato, no obstante el recurrente incurre nuevamente en falta de fundamentación pues su argumento gira en torno a que ante la eventualidad de un error en los estudios de la Administración sobre este tema, se estaría causando una afectación al concesionario, al tener que asumir proyecciones equivocadas de la Administración. Sin embargo esta imputación no es demostrada por el recurrente, pues no establece en qué documento o estudios y en qué forma se presenta la presunta inexactitud que apunta respecto a los datos de volúmenes de dragado, y por qué de mantenerse estos, efectivamente se podría causar una alteración al equilibrio económico del contrato, sea superando el nivel de riesgo aceptable que puede soportar el concesionario. En todo caso, véase que la Administración en el documento identificado como FN-002 Estudio de Factibilidad incorpora un apartado sobre dragado (2.8.2.1.7, tablas 2.108 y 2.109) que además en su respuesta a la audiencia especial ha incorporado un anexo F en donde se establece en la tabla 2.109 los estimados de volúmenes de dragado que según indica, han sido incluso ampliados en más de un 50% para precisamente utilizar datos más conservadores en las proyecciones, documento este que no es debatido con prueba idónea por el recurrente, sin dejar de lado el hecho que el Anexo 18 del pliego en el punto 5 establece la obligatoriedad del concesionario de definir un plan de dragado que se actualizará anualmente. Es por esta razón que la fundamentación de un argumento no se sostiene solo con indicar que se da la violación a determinado principio de contratación, sino que es deber del recurrente construir y argumentar sobre una base tangible y demostrable en dónde se da la violación a ese principio y no solo enunciarlo, por lo que se debe **rechazar de plano** el recurso en este extremo con fundamento en los artículos 34 de la LGCOP y 15 y 16 de su Reglamento. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

33) Sobre los riesgos de nuevos proyectos. Cláusula 1.15.4.3. Criterio de la División.

El objetante indica que la cláusula en cuestión genera ambigüedad en punto a cómo se garantizará la protección del concesionario frente a esos eventos, generando incertidumbre entre los oferentes, dado que la cláusula indica que en esos casos la Administración asumirá los riesgos, sin embargo no se establece de qué forma o mecanismos se garantizará el restablecimiento del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en caso que los nuevos proyectos afecten el contrato de concesión. Motivo por el cual estima que la cláusula debe modificarse para que indique que en caso de nuevos proyectos que afecten los ingresos del concesionario, se activen de inmediato los mecanismos de compensación económica de la cláusula 3.4 del contrato. De igual forma solicita se definan en la cláusula, los procedimientos y plazos para el restablecimiento del equilibrio del contrato a partir de los nuevos proyectos, debiendo detallarse igualmente los riesgos asociados a los servicios de remolcadores, concretamente cómo la Administración asumirá estos riesgos sin afectar al concesionario. La Administración señala que en los contratos de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, la ley 7762 obliga a establecer en el cartel los riesgos del proyecto y su correspondiente distribución, tanto aquellos que asume el concesionario como los que asume la Administración. En ese orden, si se produjere bajo esta naturaleza de contrato, un desequilibrio producto de hechos cuyos riesgos corresponden al concesionario no debe el Estado entrar a reequilibrar el contrato. Además, a diferencia de la mayoría de los contratos administrativos, este es uno en el que el concesionario ha realizado su debida diligencia y por tanto conocerá cuales son los riesgos del proyecto y a la hora de realizar su propuesta deberá tomarlos en cuenta. En todo caso señala, que la inquietud del recurrente queda abordada al referir él mismo a la cláusula 3.4 del contrato, en el sentido que cualquier evento que genere un desbalance financiero debe ser reconocido y compensado para garantizar la sostenibilidad del contrato, ello en el tanto no sea atribuible al riesgo del concesionario, por lo que estima que este argumento debe ser rechazado en vista que el objetante omite efectuar una lectura integral del contrato y del pliego en cuanto a la forma de mantener el equilibrio económico. En punto a este argumento estima este Despacho que la petición del recurrente resulta redundante, toda vez que como él mismo reconoce, la cláusula 3.4 del contrato regula los mecanismos para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, siendo su interés que en esta cláusula se remita a la citada 3.4. Sin embargo el recurrente ha sido omiso en fundamentar, las razones por las cuales la ejecución de nuevos proyectos en la zona del Pacífico que llegare a afectar la concesión, quedarían desprotegidas para efectos del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, siendo que la misma cláusula cuestionada establece que

de darse una condición de desequilibrio en los supuestos que regula la cláusula, esta sería asumida por la Administración concedente, así como cualquier otra actividad efectuada por la Administración y no imputable al concesionario que llegare a impactar en sus ingresos. Concretamente la cláusula 3.4.4 del borrador de contrato regula los procedimientos y la forma en que debe reconocerse de corresponder, cualquier reclamo del concesionario tendiente a restaurar el equilibrio financiero del contrato, de ahí que ante la situación comentada y siendo que no se ha demostrado la ilegitimidad de la cláusula 1.15.4.3. en su redacción actual procede el **rechazo de plano** del argumento en este extremo, debiendo tener presente el recurrente la necesidad de efectuar una lectura integral del contrato en punto a este tema y no solo verlo de manera aislada. No obstante lo expuesto, se le hace la indicación a la Administración, que la cláusula 3.4.4. no establece un plazo concreto en el cual debe ser atendido cualquier reclamo por desequilibrio presentado por alguna parte, ello a efecto que se realice el ajuste correspondiente.

34) Sobre la responsabilidad solidaria del adjudicatario. Cláusula 1.19.1 del contrato.

Criterio de la División. El objetante indica que establecer una responsabilidad solidaria del adjudicatario junto con la sociedad concesionaria resulta excesivo e innecesario, por cuanto ya la Administración cuenta con una serie de mecanismos para exigir el cumplimiento del contrato, sin que la participación del adjudicatario resulte imprescindible para todo el ciclo de ejecución, que por su durabilidad más bien podría ocasionar perjuicios al adjudicatario, considerando que este mantendría esa condición aún en el evento de dejar de formar parte de la sociedad concesionaria. El requerimiento de que el adjudicatario permanezca solidariamente responsable, incluso frente a modificaciones contractuales, también podría disuadir a potenciales inversionistas y socios estratégicos de participar en el proceso de licitación. Esto afecta directamente la libre concurrencia y la competitividad del procedimiento, en contravención de los principios fundamentales de la contratación pública. Por lo tanto solicita se elimine la responsabilidad solidaria del adjudicatario para la fase de ejecución, manteniéndola sólo para la fase de adjudicación y al mismo tiempo, se garantice la autonomía operativa de la sociedad concesionaria. La Administración solicita que este argumento sea rechazado, por cuanto esa responsabilidad está prevista en la LGCOP, cuando en el Artículo 31 inciso 1), se dispone que el adjudicatario queda obligado a constituir, en un plazo máximo de noventa días naturales contados a partir de la firmeza del acto de adjudicación, una sociedad anónima con la cual será suscrito el contrato de concesión. Asimismo, será responsable con esta sociedad anónima por el plazo de la concesión. Bajo esa línea de pensamiento, en resguardo del carácter intuitus personae de

la concesión, el legislador estableció la obligación de que el adjudicatario cuente con una participación del cincuenta y uno por ciento del capital social durante la vigencia del contrato. Es decir, que debe mantener un capital social que le permita dominar la sociedad. Esa participación social del adjudicatario en la sociedad pareciera configurarse como la garantía de la Administración de lograr el adecuado cumplimiento del contrato. El artículo 31 de LGCOP y 45 de su Reglamento, establecen la obligación del adjudicatario de constituir una sociedad anónima que fungirá como ejecutora del contrato de concesión durante las fases de construcción y explotación, debiendo el adjudicatario mantener el 51% de las acciones de dicha sociedad. Dicho esto, es claro que el adjudicatario mantendrá en su condición de tal una responsabilidad inherente al contrato por medio de la sociedad que se constituye. Si bien la cláusula dicha establece un efecto individualizado de responsabilidad entre adjudicatario y sociedad concesionaria, esta disposición no se considera por sí misma ilegítima o ilegal, o al menos no ha sido así demostrado por el recurrente, sino más bien derivada de las obligaciones que adquiere el adjudicatario, siendo más bien el reclamo del recurrente en una apreciación de conveniencia más que jurídica, disponiendo una afectación a los principios de participación y libre concurrencia pero sin demostrar de qué forma una disposición como la regulada efectivamente provocaría un desincentivo a participar en este tipo de proyectos, consistiendo su argumento en una especulación que carece de un argumento sólido para su demostración. Siendo así las cosas, el reclamo en este punto debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación de conformidad con los artículo 34 de LGCOP y artículos 15 y 16 de su Reglamento. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

35) Sobre las modificaciones unilaterales. Cláusula 1.22 del contrato. Criterio de la División. El objetante manifiesta que la redacción de la cláusula no está conforme el artículo 48 de la LGCOP lo que genera inseguridad jurídica y económica para el eventual concesionario. Indica que si bien el citado artículo establece que en caso de modificaciones unilaterales que afecten al concesionario éstas deben ser compensadas, la cláusula de cita no regula el procedimiento para esa compensación ni la naturaleza de las indemnizaciones. La cláusula actual, aunque menciona el límite del 25%, no detalla el plazo máximo aplicable ni define de manera precisa las condiciones bajo las cuales se determinarán y se implementarán las modificaciones, lo que es esencial para garantizar la seguridad jurídica del concesionario. Por lo tanto solicita se complemente la cláusula indicando las indemnizaciones necesarias en caso de daños al concesionario, se detalle el plazo máximo aplicable para efectuar modificaciones y se refuercen las garantías de equilibrio financiero

del contrato. La Administración indica que lo que la objetante echa de menos en esta cláusula, se regula en la cláusula 1.22.2 que regula la proposición de modificaciones por parte de la Administración Concedente y su procedimiento. No obstante, reconoce que sí existiría una omisión en cuanto a que el cartel debía fijar el plazo máximo dentro del cual la Administración concedente podrá ordenar la modificación de las obras, lo cual deberá ser incluido según la normativa aplicable. Tal como indica la Administración en su respuesta a la audiencia especial, la cláusula 1.22.2 del contrato, establece el procedimiento que debe seguirse en caso de necesitar la Administración, la implementación de modificaciones unilaterales al contrato, sin que el recurrente haya fundamentado debidamente por qué razón lo allí regulado resulta ser insuficiente o contrario a los principios o al ordenamiento jurídico que regula la materia, basando su argumento únicamente en que la cláusula no define las condiciones para aplicar dichas modificaciones, siendo su argumento ambiguo y poco claro en cuanto a qué pretende sea regulado en ella, lo anterior por cuanto este órgano contralor encuentra una regulación suficiente para llevar a cabo su aplicación en caso de necesitar alguna modificación futura al contrato, dado que establece los mecanismos formales de comunicación, plazo para atender la propuesta sea aceptando o no la modificación, así como también establece que en caso de un desequilibrio al contrato, la indemnización se fijará de común acuerdo, entre otras disposiciones por lo que no lleva razón el recurrente en cuanto a las falencias que alega en la cláusula. Sin embargo la Administración ha reconocido que debe incorporar en dicha cláusula, el plazo máximo -se asume del plazo total de la concesión- en que la Administración podrá solicitar modificaciones al contrato, siendo que por esta razón se declara **parcialmente con lugar** el recurso en este extremo a efecto que la Administración proceda conforme lo ha indicado.

36) Sobre el procedimiento de información y conocimiento. Cláusula 7.2.4 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que el plazo de 30 días hábiles para comunicar resulta desproporcionado considerando la criticidad de los servicios portuarios, que requiere ante eventos de fuerza mayor o caso fortuito de nuestra respuesta ágil, lo que podría generar afectaciones al servicio. Considera que el plazo de 30 días resulta excesivo, por lo que debe ser reducido para que la capacidad de respuesta sea acorde con la naturaleza de estos servicios, toda vez que de mantenerse de esta forma, se podrían generar severas afectaciones. La Administración licitante debe implementar un procedimiento más expedito que equilibre la necesidad de análisis con la urgencia de mantener la operatividad portuaria, máxime considerando que la cláusula 7.3.1 señala que hasta que no exista un pronunciamiento expreso sobre la existencia de la fuerza mayor y el

caso fortuito, la parte afectada no quedará revelada del cumplimiento de sus obligaciones. Indica además que la cláusula parece incompleta en una parte, pues indica que “El plazo para que la no afectada se pronuncie... por lo que debe completarse con la indicación de que el plazo para que la parte no afectada...” La Administración con respecto a este tema indica que se allana y se establecerá un plazo de 10 días para las comunicaciones, lo cual es un plazo razonable para la respuesta de la parte no afectada. Igualmente señala que con respecto a la omisión en la frase señalada por el recurrente, procederá a efectuar la enmienda respectiva. La cláusula cuestionada se ubica dentro del capítulo de eximentes de responsabilidad del contrato, que refiere al caso fortuito y fuerza mayor dentro de esa categoría, siendo que para este caso, el recurrente ha indicado que establecer un plazo de 30 días hábiles para que la parte no afectada se pronuncie sobre la causal invocada por la parte afectada resulta excesivo, considerando que muchas veces estas situaciones de caso fortuito o fuerza mayor requieren de medidas inmediatas, a lo que la Administración se allana y manifiesta que modificará el plazo reduciéndolo a 10 días hábiles, reconociendo además que debe efectuar un ajuste formal en la cláusula para que se entienda que el plazo es para que la parte no afectada se pronuncie. Siendo así lo planteado se debe declarar **parcialmente con lugar** el recurso en este extremo, considerando que el recurrente no solicitó un plazo específico para lo cual la Administración deberá efectuar la modificación respectiva al cartel y brindarle la debida publicidad, según lo manifestado en la audiencia.

37) Sobre los efectos del caso fortuito y fuerza mayor. Cláusula 7.3.5 del contrato.

Criterio de la División. El objetante indica que esta cláusula refiere a que en caso que un evento de caso fortuito o fuerza mayor genere un ajuste al plazo del contrato no se considerará una prórroga, sin embargo el recurrente indica que ello no es claro de frente a la naturaleza de dicho ajuste. Indica que el artículo 36 de LGCOP utiliza el término prórroga para referirse a las extensiones del plazo por retrasos imputables a la Administración, sin embargo la falta de precisión podría traer consecuencias en punto al procedimiento para su aprobación, los efectos de esa extensión al plazo, el tratamiento contable y financiero del plazo actual, las condiciones de operación de la extensión, implicaciones en el equilibrio económico. La Administración estima que este extremo el recurso debe ser rechazado, pues una cosa es el retraso en el cumplimiento de los plazos por un aspecto imputable a la administración concedente, que es el supuesto del numeral 36 de la Ley General de Concesión de Obra Pública que utiliza el término prórroga y otra el que el retraso derive por la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, que para este asunto, conforme a los documentos de la licitación, corresponde a una suspensión de las obligaciones. El

borrador del contrato en la cláusula 7.3.5 establece que si las partes requieren modificar el plazo del contrato como consecuencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, no se considerará esta como una prórroga lo cual estima contrario al artículo 36 de la LGCOP. Al respecto el artículo 36 inciso b) citado, establece que cuando el atraso en el cumplimiento de los plazos sea imputable a la Administración concedente, el concesionario gozará de una prórroga igual al período de entorpecimiento o paralización, norma que refiere precisamente a cuando el plazo afectado por actuaciones por acción u omisión de la Administración y no a los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor que requieren precisamente de un tratamiento distinto por encontrarse fuera del control de las partes. Por este motivo no queda demostrado que el supuesto regulado en la cláusula 7.3.5. sea efectivamente coincidente con los supuestos regulados en el artículo 36 citado, lo cual implica por ese solo hecho el **rechazo de plano** del recurso en este extremo. Por otra parte, la Administración ha indicado que en los casos de fuerza mayor o caso fortuito lo que opera es una suspensión de las obligaciones según se observa en el apartado 7.3 del borrador del contrato -y además se regula en el artículo 58 de la LGCOP- lo cual difiere de los alcances de una prórroga, por lo que los eventuales efectos que aduce el recurrente referidos a la prórroga como el tratamiento contable y financiero del plazo actual, las condiciones de operación de la extensión e implicaciones en el equilibrio económico, no serían en principios discutibles en esos eventos que en todo caso como ya fue indicado, posee su propia regulación.

38) Sobre el evaluador independiente y alcance de la compensación. Cláusula 7.4.4.3 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que el contrato regula que ante ciertos eventos, se puede solicitar el criterio de un evaluador independiente, sin embargo este es omiso en definir las reglas para su selección y sobre todo, a cuál de las partes le corresponde la cancelación de este costo. Señala además que la referida cláusula sujeta el reconocimiento de daños por causa de fuerza mayor, exclusivamente para maquinaria y equipo, lo cual considera incorrecto por cuanto el impacto por eventos de fuerza mayor se pueden extender a otras áreas, como infraestructura, bienes y materiales del proyecto, por lo que no se puede regular el reconocimiento solo a los primeros. Solicita se amplíe el alcance de esta cláusula para incluir todos los daños directos e indirectos que afecten la ejecución y continuidad del proyecto, siempre que estos puedan ser comprobados y justificados adecuadamente, sin necesidad de establecer un lista taxativa que los limite indebidamente. De esta manera, se asegura una protección más integral ante eventos de fuerza mayor, garantizando la sostenibilidad del proyecto y un reparto equitativo de los riesgos entre las partes contratantes. La Administración sobre este punto indica que se

allana, pues reconoce no se ha contemplado la forma en que se elige al Evaluador Independiente, su perfil, así como cuál de las partes asume sus costos, en este sentido se hará referencia expresa a la definición de Evaluador Independiente que se encuentra en el Anexo I así como se incluirá su forma de selección y remuneración, siendo que adicionalmente se incluirá una lista taxativa de infraestructura y equipo que en caso de que se ve afectada por un evento de fuerza mayor no asegurable sea asumido como parte de la compensación que recibe el concesionario. Ante el allanamiento de la Administración sobre este punto, y siendo que no existen comentarios adicionales por parte de este Despacho, se declara **con lugar** el recurso en este extremo a efecto que la Administración regule en el borrador de contrato lo referente al evaluador independiente, así como los tipos de bienes que podrían ser objeto de reconocimiento en casos extinción por fuerza mayor. Debiendo efectuarse la respectiva modificación al documento y brindarle la publicidad respectiva.

39) Sobre los plazos de notificación por caso fortuito y fuerza mayor. Cláusulas 7.2.1, 7.2.4 y 8.2.2 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que existe una contradicción entre dichas cláusulas en lo referente a la regulación de los procedimientos y plazos para notificar un evento de caso fortuito o fuerza mayor. La cláusula 7.2.1 establece que la parte afectada tiene un plazo de hasta 10 días hábiles desde que tuvo conocimiento del evento para notificarlo a la otra parte. La cláusula 7.2.4 regula un plazo de 30 días hábiles para que la Parte no afectada se pronuncie respecto de la notificación efectuada por la Parte Afectada. Pero la cláusula 8.2.2 exige al Concesionario notificar a la Administración Concedente dentro de un plazo de doce (12) horas tras ocurrido el evento, específicamente en el contexto de solicitar la suspensión temporal de la construcción o explotación de la obra. Indica que estos plazos son claramente inconsistentes y generan incertidumbre sobre cuál debe prevalecer en cada caso, especialmente porque ambas cláusulas regulan eventos relacionados con fuerza mayor y caso fortuito. Indica que el artículo 58 de la Ley General de Concesión de Obra Pública establece plazos específicos (12 horas y 24 horas) para notificar y verificar la suspensión de explotación por fuerza mayor y caso fortuito, por lo que queda la inquietud de cómo se aplicaría dichos plazos de frente a la normativa que regula la materia, especialmente por los diferentes plazos, considerando además que en casos de fuerza mayor como un terremoto, la suspensión debe operar de inmediato sin la intervención de un tercero. La Administración sobre este punto indica que se allana, y se ajustarán las cláusulas respectivas para que no haya discrepancia en los plazos y no genere incertidumbre sobre cuál prevalece. En el entendido que la cláusula 8.2.2 hará referencia a las cláusulas 7.2.1 y 7.2.4. Sobre el particular se tiene que la cláusula 7.2.1 establece que la

parte afectada dispondrá de un plazo de 10 días hábiles para comunicar a la parte no afectada la ocurrencia de una situación de caso fortuito o fuerza mayor, disponiendo la cláusula 7.2.4 que el plazo para que la parte no afectada se pronuncie sobre esta comunicación será de 30 días hábiles. De donde puede observarse que se regulan actuaciones diferentes. No obstante la cláusula 8.2.2., sí parece inducir a confusión al disponer que en caso de un evento de esta naturaleza, el concesionario para efectos de procurar la suspensión del contrato, deberá comunicar lo sucedido a la Administración dentro de las 12 horas siguientes plazo este último que se regula en el artículo 58 de la LGCOP. Por lo que la aparente contradicción parece derivarse de la relación de las cláusulas 7.2.1. y 7.2.4 con la 8.2.2., aspecto este que la Administración no desconoce y manifiesta llevará a cabo la modificación respectiva de manera que exista claridad y uniformidad entre las cláusulas, motivo por el cual procede declarar **parcialmente con lugar** el recurso a efecto que la Administración efectúe la enmienda que corresponda al documento.

40) Sobre la suspensión de los derechos de concesionario. Cláusula 8.2.3. Criterio de la División. El objetante señala que en caso de una suspensión unilateral del contrato de concesión, esta debe estar precedida de un acto motivado de la Administración, el cual debe ser además recurrible, sin dejar de lado el hecho que en caso que esta suspensión produzca alguna afectación patrimonial al concesionario, se deben establecer los mecanismos compensatorios respectivos, lo cual es omiso en la cláusula y además, se debe clarificar si la posibilidad de modificar el plazo de contrato, se plantea como una medida compensatoria a la suspensión. La Administración expone en su respuesta a la audiencia especial que la cláusula se enmarca bajo la sección 8.2 de suspensión temporal, y en la cláusula 8.2.1 define las situaciones por las que se puede dar una suspensión y establece que el acuerdo de suspensión temporal solo podrá tomarse previo procedimiento administrativo. La misma cláusula establece que en los casos en que la Administración Concedente así lo solicite motivada en razones de interés público se deberá indemnizar al concesionario para mantener el equilibrio económico. Por lo expuesto y dado que la cláusula está fundamentada bajo los preceptos que el recurrente expone, se estima que el recurso debe ser rechazado. El recurrente, refiriendo en este caso a la cláusula 8.2.3. del borrador del contrato aduce que es omisa en el tanto no regula para efectos de la suspensión de las obligaciones del concesionario, aspectos tales como que la suspensión debe ser por acto motivado, posibilidad de ser impugnado, y la posibilidad de compensación al concesionario por los efectos negativos que ello pudiera ocasionarle, sin embargo el

recurrente parece desconocer el contenido de la cláusula 8.2.1. la cual establece en primer lugar, que la suspensión cuando provenga de la Administración, podrá ser por situaciones de caso fortuito o fuerza mayor o bien por razones de interés público, en cuyo caso por así disponerlo la cláusula, deber indemnizar al concesionario en lo que corresponda, y en segundo lugar, que esta decisión debe estar precedida de un procedimiento administrativo, el cual supone la posibilidad para el concesionario de pronunciarse y desde luego, impugnar la decisión administrativa. Por lo que en dicha cláusula se regula lo que el recurrente extraña de la cláusula 8.2.3. sea lo referente al acto motivado, la impugnación de este, y los mecanismos compensatorios. Por otra parte en cuanto a si la prórroga se torna como un efecto compensatorio, ya fue indicado que la suspensión de obligaciones no es en esencia una prórroga al plazo del contrato, por lo que en este extremo el recurso debe ser **rechazado de plano**, con fundamento en los artículos 34 de la LGCOP y 15 y 16 de su Reglamento. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

41) Sobre el rescate administrativo. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el pliego de condiciones establece: *“8.4.4 CAUSAS AJENAS AL CONCESIONARIO / 8.4.4.1 Rescate Administrativo de la Concesión/ La Administración Concedente podrá acordar unilateralmente el rescate administrativo de la Concesión por razones de interés público, cuando existan fundados motivos para asumir la ejecución de las obras o la prestación directa del servicio. / El rescate de la Concesión deberá acordarse mediante y con apego a los principios del debido proceso.”* Al respecto, la objetante estima imperativo que se aclare de manera explícita que dicha facultad sólo podrá ejercerse conforme a lo establecido en el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762 para que la figura se enmarque dentro de los parámetros legales aplicables, protegiendo así los derechos del concesionario y proporcionando seguridad jurídica a ambas partes y para evitar interpretaciones ambiguas que durante la ejecución contractual podrían derivar en controversias y conflictos innecesarios. Propone la siguiente redacción: *“El rescate administrativo de la concesión podrá ser ejercido por la Administración Concedente únicamente en los casos y bajo las condiciones establecidas en el inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762, asegurando así el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y respetando los derechos del concesionario.”* La Administración estima que el recurso debe ser rechazado. Lo anterior ya que es claro que, si el pliego y demás documentos de la licitación están sometidos al ordenamiento jurídico, la regulación derivada del inciso b) del artículo 15 de la LGCOP, forma parte de las regulaciones al Contrato, los mismo que el artículo 49 de su Reglamento, por lo que la objeción carece de fundamento. A partir de lo señalado por las partes se

estima que la objeción presentada carece de fundamentación, ya que la parte objetante no demuestra de manera clara ni objetiva por qué es necesario modificar la redacción del pliego de condiciones para incluir una referencia explícita al inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762. La objetante alega que esta precisión es necesaria para evitar interpretaciones ambiguas que puedan generar controversias, pero no aporta pruebas ni ejemplos concretos de cómo la actual redacción del pliego podría dar lugar a tales interpretaciones o conflictos. Además, no se evidencia que la cláusula propuesta limite indebidamente la participación de algún oferente ni que viole principios fundamentales de la contratación pública, como la transparencia o la igualdad de trato. Por otro lado, la Administración Concedente responde señalando que el pliego de condiciones y los documentos de la licitación están ya sometidos al ordenamiento jurídico vigente, lo que incluye las regulaciones derivadas del inciso b) del artículo 15 de la Ley No. 7762 y el artículo 49 de su Reglamento. Dado que la ley ya establece los parámetros legales aplicables al rescate administrativo de la concesión, la solicitud de modificación del pliego carece de fundamento, pues ya se encuentra claramente regulado dentro de las disposiciones legales correspondientes que indistintamente de que se encuentren establecidas expresamente o no en el pliego, deben ser cumplidas. En ese sentido, no demuestra la recurrente que la redacción actual infrinja los derechos del concesionario ni que cree inseguridad jurídica, ya que las normativas legales ya aplicables protegen adecuadamente ambas partes. En virtud de lo dispuesto, se **rechaza de plano** este aspecto del recurso. Se remite al Considerando I de la presente resolución.

42) Sobre la resolución de la concesión. Criterio de la División. Al respecto, la objetante señala que la cláusula 8.4.5 del borrador del Contrato de Concesión regula las causas para la resolución de la concesión por incumplimientos atribuibles al Concesionario, pero presenta inconsistencias y falta de claridad. Agrega que aunque menciona que la resolución puede ocurrir por cualquier causal definida en el Anexo 21, que clasifica las faltas de leves a graves, no establece límites claros sobre las consecuencias de cada tipo de falta y esto podría generar que faltas menores se utilicen para resolver el contrato, lo que sería desproporcionado y en contra de los principios de equidad y razonabilidad, ya que la resolución sólo debería aplicarse en casos de incumplimientos graves. Estima que además, la redacción de la cláusula incluye contradicciones, como en los incisos 2) y 3). El inciso 2) sugiere que cualquier falta definida en el Anexo 21 podría justificar la resolución del contrato, pero no detalla cuáles falta tienen esa consecuencia; mientras que el inciso 3) indica que solo ciertas reincidencias de faltas muy graves o alcanzar el límite máximo de

sanciones justificarían la resolución. Esta falta de claridad y gradación puede llevar a decisiones arbitrarias que afecten al Concesionario de manera desproporcionada, particularmente cuando este ha invertido recursos significativos en el proyecto. Estima que la cláusula debería especificar de manera más precisa los criterios y consecuencias aplicables a cada tipo de falta. La Administración manifiesta que el recurso debe ser rechazado ya que la cláusula establece en el inciso 3 las causales de resolución contractual por aplicación de las sanciones conforme el Anexo 21, según se trate de la primera reincidencia de la sanción muy grave que no le aplique plazo de subsanación o la tercera reincidencia de la una sanción muy grave después de haber culminado el plazo de subsanación sin haber sido subsanado, siendo ahí en donde se podrá dar la resolución del Contrato. Visto lo indicado por las partes, se estima que lleva razón la recurrente en el tanto de la lectura del pliego de condiciones no se desprende con absoluta claridad la diferencia entre el punto 2 y punto 3 de la cláusula 8.4.5 y en ese sentido, no es claro el tratamiento en cuanto a las sanciones que den lugar a la resolución del contrato. En ese sentido, coincide este órgano contralor con el objetante en cuanto a que la falta de claridad entre los tipos de faltas y sus consecuencias puede llevar a decisiones desproporcionadas, con lo cual resulta necesario que se defina claramente en el pliego de condiciones y se elimine esta disparidad entre los incisos 2 y 3. Así las cosas, este aspecto se declara **parcialmente con lugar** a efecto de que la Administración analice la cláusula y realice las modificaciones pertinentes a efecto de que quede claramente establecido cuáles causales dan lugar a la resolución de la concesión. Aunado a ello, lo resuelto debe concordarse con lo dispuesto en el Anexo 21 a fin de evitar contradicciones.

43) Sobre la indemnización para extinción del contrato. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el pliego de condiciones establece, entre otros aspectos, lo siguiente: *“8.4.7.3. Indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración Concedente (...) “(i) el monto de las inversiones efectivamente realizadas netos de depreciación acumulada (utilizando una depreciación lineal durante el plazo de la Etapa de Explotación) a la Fecha de Transferencia anticipada por causas ajenas al Concesionario, únicamente sobre las inversiones originalmente contempladas en el Cartel de la Licitación o este Contrato esenciales para la explotación de la Concesión según el Anexo No. 11. “Anexo Técnico” y el Anexo No. 18 “Estándares de Servicio” y gastos preoperativos en tanto no estén incluidos en los activos”.* Al respecto, la objetante señala que la cláusula propuesta establece que, en caso de extinción de la concesión por causas ajenas al Concesionario, la compensación por las inversiones realizadas se limita a aquellas

contempladas en el cartel de licitación, el Contrato de Concesión y sus anexos, excluyendo de manera injustificada otras inversiones adicionales que hayan sido aprobadas por el INCOP. Esta limitación vulnera principios fundamentales de equidad y el reconocimiento del esfuerzo inversor, al no considerar las inversiones adicionales necesarias que puedan surgir durante la ejecución del proyecto y que, aunque no estaban previstas inicialmente, son esenciales para cumplir con los requisitos establecidos. Agrega que según el artículo 63 de la Ley General de Concesiones, las indemnizaciones deben incluir no solo los gastos efectivamente realizados, sino también una utilidad del lucro cesante, el estado de los bienes y las pérdidas ocasionadas. La cláusula propuesta no toma en cuenta estos aspectos y restringe de manera inapropiada la compensación de inversiones no previstas, pero aprobadas por el INCOP. Adiciona que esto contraviene el principio de equilibrio económico-financiero del contrato y la buena fe contractual, que exigen reconocer y compensar adecuadamente todas las inversiones necesarias, incluso las no contempladas inicialmente, para proteger al Concesionario en situaciones imprevistas. Por lo tanto, solicita revisar la cláusula para que se incluya la compensación por esas inversiones adicionales aprobadas por el INCOP. La Administración señala que en efecto debe variarse el clausulado, y ajustar lo propio a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Concesiones. En virtud de la respuesta que la Administración brinda al atender a la audiencia especial se estima que ésta se ha allanado a la pretensión de la recurrente por cuanto acepta que la cláusula debe adecuarse a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley de Concesiones. Por ende, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la procedencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva.

44) Sobre los timbres. Criterio de la División. El cartel en las cláusulas 1.15.2. párrafo final, cláusula 9.2 del cartel y 11.18 del Borrador de Contrato hace referencia al pago tanto de los timbres de la Ciudad de las Niñas (¢ 20) como de los timbres fiscales. Al respecto la objetante señala que ambos timbres fueron derogados por la Ley 10586 del 5 de noviembre del 2024, bajo el título Ley Simple I: Simplificación de impuestos para levantar la eficiencia y la competitividad (Fase I), publicada en el diario oficial La Gaceta 227 del 3 de diciembre del 2024, en su Alcance 195, por lo que las referidas cláusulas del pliego deben ser eliminadas habida cuenta su disconformidad con el ordenamiento vigente. La Administración manifiesta que se allana a lo indicado por la objetante y por ende, eliminará las cláusulas del pliego. En virtud de la respuesta que la Administración brinda al atender a la audiencia especial se

estima que ésta se ha allanado a la pretensión de la recurrente por cuanto acepta eliminar las cláusulas del pliego. Por ende, se declara **con lugar** el recurso en el presente extremo. Para aceptar el allanamiento se asume que la Administración valoró detenidamente la conveniencia de la modificación y estimó que de ese modo se satisfacen apropiadamente sus necesidades. Así las cosas, la Administración debe proceder con la modificación respectiva. **Consideración de oficio.** En adición a lo indicado, se observa que la cláusula 3.1.12 del pliego indica en lo pertinente: *“Toda Oferta deberá incluir un timbre de veinte (¢20) colones de la Asociación Ciudad de Las Niñas y un timbre de doscientos (¢ 200) colones del Colegio de Profesionales en Ciencias Económicas de Costa Rica.”* Así las cosas, deberá analizarse la cláusula y en caso de corresponder, realizar las modificaciones pertinentes a efecto de que el cartel sea claro.

45) Sobre la gestión ambiental y social. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión el borrador del contrato establece: *“9.2 GESTIÓN AMBIENTAL Y SOCIAL (...) 9.2.4 El Concesionario asumirá por su cuenta y riesgo las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental”.* Al respecto, la objetante señala que el alcance de esta disposición resulta excesivamente amplio e impreciso, ya que no distingue entre sanciones o medidas preventivas derivadas de actos u omisiones atribuibles directamente al concesionario y aquellas originadas por factores externos o por terceros ajenos a su control, lo que puede generar consecuencias desproporcionadas para el concesionario, atribuyéndole responsabilidades por hechos en los que no ha tenido intervención ni culpa. Propone la siguiente redacción: *“El Concesionario asumirá por su cuenta y riesgo las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental, únicamente en la medida en que correspondan a actos, omisiones o incumplimientos atribuibles al propio Concesionario en el marco del presente Contrato. No se considerarán imputables al Concesionario aquellas sanciones o medidas derivadas de hechos atribuibles a terceros, actos de fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causa externa que escape a su control razonable.”* Lo anterior, para garantizar que las responsabilidades asumidas por el concesionario sean proporcionales y justas, respetando los principios de equidad y equilibrio en la relación contractual y para evitar exponer al concesionario a riesgos desmedidos derivados de situaciones que exceden su capacidad de gestión y control. La Administración estima que el recurso debe ser rechazado. En la distribución de riesgos, los documentos de la licitación son claros (1.15.3.1) en que los ambientales son del Concesionario, de ahí que las sanciones y medidas preventivas que le sean impuestas por la autoridad ambiental son de su responsabilidad; siendo que en caso

de estimar que al respecto habrían mediado factores externos o terceros ajenos a su control, esos son extremos que deberá discutir por su cuenta con la respectiva autoridad ambiental. Visto lo dispuesto por las partes, conviene señalar que el artículo 24 inciso j) de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos establece que en el cartel debe quedar establecida la forma en que las partes se distribuirán los riesgos del proyecto. En esa línea, la cláusula 1.15.3.1 establece los riesgos del concesionario dentro de los cuales se encuentran los riesgos ambientales y sociales. Ahora bien, la objeción presentada carece de fundamentación suficiente, ya que la parte objetante no demuestra con hechos o pruebas que la redacción de la cláusula en el borrador del contrato sea desproporcionada o injusta en cuanto a la responsabilidad del concesionario sobre las sanciones y medidas preventivas impuestas por la autoridad ambiental. La objetante argumenta que la disposición es demasiado amplia y podría atribuirle responsabilidades por hechos fuera de su control, pero no aporta ejemplos específicos ni evidencia de cómo situaciones fuera de su control podrían ser afectadas de manera injusta por esta cláusula. Tampoco demuestra que la redacción actual limite su participación en el proceso de contratación o violente algún principio fundamental de la contratación pública, como la equidad o la transparencia. Así las cosas, lo procedente es **rechazar de plano** por falta de fundamentación el punto en discusión. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

46) Sobre el plazo de presentación de la documentación ante SETENA. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión el borrador del contrato establece: *“9.3 VIABILIDAD AMBIENTAL / 9.3.1 El Concesionario será responsable de presentar ante SETENA toda la documentación requerida para tramitar la Licencia de Viabilidad Ambiental del Proyecto incluyendo la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental (“EIA”) conforme el Anexo No. 16 “Ambiental y Social” conforme a la resolución número 0924- 2024-SETENA del 21 de mayo de 2024 antes del vencimiento del doceavo mes (12) desde la Orden de Inicio de la Concesión como Condición Precedente para la Orden de Inicio de Construcción”*. Al respecto la objetante estima que la cláusula es omisa en indicar que la obtención de la documentación por parte del Concesionario depende a su vez de la entrega de información de parte de terceros sobre los cuales el Concesionario no tiene control, razón por la cual el plazo deviene irrazonable y desproporcionado. Considera que lo correcto es que dicho plazo para el Concesionario sea revisable si acredita que ha procedido con la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia y no obstante, su diligente esfuerzo ha sido materialmente imposible entregar los documentos en el plazo referido. La Administración

manifiesta que el recurso debe ser rechazado ya que en la distribución de riesgos los documentos de la licitación son claros (1.15.3.1) en que los ambientales son del Concesionario. Agrega que sumado a ello para la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), la SETENA otorgó un plazo máximo de un año para su presentación según la RESOLUCIÓN N° 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024. Adiciona que el artículo 12 del Decreto 43898 establece que la SETENA tiene un plazo máximo de 28 días naturales para realizar la verificación técnica del expediente con D1+EsIA, y al final de este plazo debe emitir un informe técnico o solicitar información faltante. Si no se cumplen las condiciones, se emite un oficio de prevención, otorgando un plazo mínimo de 20 días hábiles para subsanar la información, con posibilidad de prórroga. Este oficio suspende el plazo de revisión, que será retomado por la SETENA en un máximo de 7 días naturales tras la respuesta al oficio, para luego emitir el informe técnico y la resolución final que será notificada al concesionario. Señala que además, el recurso presentado carece de fundamentación adecuada según lo establecido en los artículos del Reglamento de Concesiones y la Ley General de la Administración Pública. Lo anterior ya que el recurrente no justificó el plazo considerado insuficiente ni aportó pruebas o razones claras sobre el tiempo necesario para el trámite, lo que infringe el principio de carga de la prueba. Visto lo dispuesto por las partes se estima que la objeción presentada por la parte recurrente carece de fundamentación adecuada, ya que no se han aportado pruebas ni razones claras que sustenten la alegación de que el plazo establecido para la presentación de la documentación requerida ante SETENA sea irrazonable o desproporcionado. La objetante menciona que la obtención de la documentación depende de la información de terceros sobre los cuales el concesionario no tiene control, pero no aporta evidencia concreta de cómo esta circunstancia impediría cumplir con el plazo establecido o de qué manera afectaría el desarrollo del proyecto. Además, no se presenta una justificación clara de por qué el plazo debería ser revisado o ajustado, lo que infringe el principio de carga de la prueba, ya que no se demuestra con hechos o pruebas la imposibilidad material de cumplir con los plazos. Tampoco ha demostrado que el plazo de un año otorgado resulte insuficiente. Por otro lado, la Administración refuerza su postura al indicar que, según los documentos de la licitación, la responsabilidad de obtener la viabilidad ambiental recae sobre el concesionario y que el plazo de un año otorgado por SETENA para la presentación del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) es adecuado y está estipulado en la resolución correspondiente. Además, se explica que el proceso de verificación por parte de SETENA incluye plazos específicos y procedimientos establecidos, lo que asegura que el concesionario pueda cumplir con los requisitos en un plazo razonable. Así, se estima que la

objetante no ha justificado de manera adecuada el tiempo necesario para el trámite ni ha presentado pruebas que respalden su solicitud de revisión del plazo, lo que refuerza la falta de fundamento en su alegato, por lo que lo procedente es **rechazar de plano** por falta de fundamentación este extremo. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

47) Sobre el relacionamiento con partes interesadas y mecanismo de quejas. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el pliego de condiciones establece: “9.5 RELACIONAMIENTO CON PARTES INTERESADAS Y MECANISMO DE QUEJAS / 9.5.1 *El Concesionario debe implementar siguiendo los requerimientos de la ND de la IFC, un mecanismo de manejo de quejas y reclamos de las comunidades y actores sociales del Proyecto*”. Al respecto, la objetante señala que esta disposición está errada debido a la falta de reconocimiento explícito de la participación y colaboración de la Administración Concedente en dicho mecanismo. En esa línea manifiesta que el manejo de quejas, reclamos, consultas y solicitudes relacionadas con un proyecto de esta magnitud y alcance no puede ser asumido exclusivamente por el Concesionario, ya que muchas de estas cuestiones involucran competencias, decisiones o autorizaciones que recaen en la Administración Concedente o inclusive otras instituciones públicas. Estima que sin su participación activa, sería imposible atender o resolver de manera integral ciertas problemáticas que exceden las capacidades y responsabilidades del Concesionario. Solicita que la cláusula sea ajustada para reflejar una corresponsabilidad entre el Concesionario y la Administración Concedente en la implementación y operación del mecanismo, garantizando que los temas que requieran la intervención de la Concedente sean tratados de forma adecuada y efectiva. Propone la siguiente redacción: “*El Concesionario debe implementar, siguiendo los requerimientos de la ND de la IFC, un mecanismo de manejo de quejas y reclamos de las comunidades y actores sociales del Proyecto, con la colaboración y participación activa de la Administración Concedente en aquellos temas que, por su naturaleza, requieran su intervención. Dicho mecanismo también gestionará las consultas y solicitudes de los actores locales. El mecanismo deberá ser implementado por el Concesionario desde el momento que hace ingreso al área de influencia, durante la fase de elaboración de los estudios ambientales y sociales, y extenderse por las Etapas de construcción, explotación y cierre del Proyecto. El Mecanismo de Quejas estará dirigido tanto a la población vecina al proyecto como a los usuarios del puerto.*” La Administración manifiesta que la objeción debe ser rechazada en este extremo, ya que el concesionario no sólo desarrolla o construye obra, sino que realiza un servicio público bajo el marco de una

concesión, por lo que tiene vínculos y relaciones con usuarios, comunidades y actores sociales, y debe contar con un sistema en esta línea. Agrega que asimismo, dentro de las obligaciones estipuladas en la cláusula 1.20.2 de la de la Autoridad Concedente se tiene el coadyuvar en conjunto con el Concesionario en el Plan de Relacionamiento de Partes Interesadas del Puerto Caldera. Manifiesta que sobre la participación de la Administración, la misma Ley de Concesiones contempla (art. 19) como derecho de los usuarios el presentar denuncias, peticiones o quejas ante la Administración concedente o las instancias administrativas correspondientes, con el objeto de que sus derechos e intereses sean tutelados con motivo de la concesión o prestación del servicio, de ahí que la Administración ya legalmente cumple un rol en la materia. A partir de lo dispuesto por las partes, en primer lugar, se estima que la objeción carece de fundamentación adecuada, ya que la parte objetante no aporta evidencia ni razones suficientes para demostrar que la disposición del pliego de condiciones resulta inapropiada o insuficiente en cuanto a la responsabilidad del concesionario en el manejo de quejas y reclamos. En esa línea, se tiene que la objetante argumenta que la Administración Concedente debería tener una participación activa en el mecanismo propuesto, pero no presenta pruebas que justifiquen la necesidad de una corresponsabilidad explícita en la implementación del mecanismo de manejo de quejas. Además, no demuestra con hechos o ejemplos concretos que la exclusión de la Administración Concedente en este proceso genere problemas de efectividad en la gestión de quejas o en la resolución de cuestiones que exceden las capacidades del concesionario. Por otro lado, la Administración Concedente refuerza su posición indicando que, según lo establecido en el pliego de condiciones, el concesionario tiene la responsabilidad de gestionar el mecanismo de quejas y reclamos debido a su relación directa con los usuarios, comunidades y actores sociales del proyecto, ya que no solo realiza obras, sino que presta un servicio público. Además, la cláusula 1.20.2 establece que la Administración Concedente colaborará con el concesionario en el Plan de Relacionamiento de Partes Interesadas del Puerto Caldera, lo que asegura su participación en los procesos de gestión de quejas y reclamos. También en la Ley de Concesiones, en su artículo 19, se otorga a los usuarios el derecho de presentar quejas ante la Administración Concedente, lo que implica que la Administración ya cumple un rol activo y legalmente definido en la supervisión de este aspecto. Así las cosas, se criterio de esta Contraloría General que el argumento de la recurrente no lleva razón, por lo que se **rechaza de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

48) Sobre el patrimonio cultural. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el pliego de condiciones establece: *“9.13 PATRIMONIO CULTURAL / 9.13.1 Se evaluará la probabilidad de hallazgos de patrimonio cultural en tierra y mar. Si se confirma la presencia de patrimonio cultural, se desarrollarán medidas de acuerdo con la Ley Aplicable y con la ND 8, incluido un plan de gestión del patrimonio cultural y seguimiento”*. Al respecto, la objetante señala que esta disposición requiere ajustes a efecto de evitar interpretaciones. En primer lugar, señala que se debe precisar si el concepto de “patrimonio cultural” incluye también elementos de carácter arqueológico. La inclusión o exclusión de este tipo de hallazgos puede tener implicaciones significativas en términos de procedimientos, responsabilidades y normativas aplicables. Dado que los requisitos y medidas a adoptar pueden variar sustancialmente dependiendo del tipo de patrimonio identificado, la falta de claridad en esta definición podría generar incertidumbre tanto para el Concesionario como para la Administración Concedente. Además, estima que es imprescindible que se defina con mayor precisión las responsabilidades de cada parte en caso de hallazgos. Ello porque la cláusula actual no delimita quién será el responsable de evaluar, desarrollar, implementar y monitorear el plan de gestión del patrimonio cultural, lo que podría generar confusión y conflictos durante la ejecución del proyecto. Concluye que se debe especificar claramente cuál es la “Ley Aplicable” mencionada en la cláusula, dado que en muchos casos podrían coexistir normativas nacionales, regionales e internacionales. La Administración manifiesta que el recurso debe ser rechazado porque el pliego establece claramente que se debe atender a la Ley Aplicable y los requerimientos de la ND 8 y el IFC, lo que incluye el patrimonio cultural y arqueológico. Agrega que la Ley aplicable comprende cualquier normativa vigente aplicable al proyecto, lo que permite que normativas nacionales, regionales e internacionales coexistan, siempre que sean parte integral del ordenamiento jurídico costarricense. Señala que en este contexto, la ND 8 establece que el patrimonio cultural abarca tanto bienes tangibles como intangibles, incluyendo elementos arqueológicos, lo que es coherente con las normativas de protección cultural vigentes. Los hallazgos fortuitos, que suelen ocurrir durante las excavaciones y movimientos de tierra en la etapa de construcción, deben ser gestionados por el Concesionario, quien es responsable de la evaluación, desarrollo y monitoreo del plan de gestión del patrimonio cultural. Se recomienda modificar “ley aplicable” por “normativa nacional”, dado que la ND 8 ya incorpora la normativa internacional. Asimismo, la ND 6 exige cumplir con la legislación sobre protección del patrimonio cultural, conforme a los compromisos internacionales del país y las prácticas internacionales reconocidas. Concluye que la legislación aplicable en este caso es la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico. Visto lo dispuesto por las

partes, se tiene, en primer lugar, que la recurrente solicita que se precise el concepto de “patrimonio cultural” a efecto de determinar si incluye elementos de carácter arqueológicos. Sobre este aspecto, se estima que más que una objeción al cartel, lo pretendido es una aclaración. Ante esto, lo procedente es el **rechazo de plano**, siendo además que el cartel se refiere a la norma ND8, lo cual explica qué incluye. Además, el recurrente no indica por qué lo establecido en la citada norma ND8 le limita la participación, resulta insuficiente a efectos de preparar su oferta o por qué estima que limita la participación. Por otra parte, la recurrente solicita que se defina con mayor claridad las responsabilidades de cada parte en caso de hallazgos ya que la cláusula no delimita quién será el responsable de las diferentes etapas. En este caso, también considera esta Contraloría General que lo solicitado por la recurrente corresponde a una aclaración ya que solicita que se precisen los responsables y ante esto la Administración explica que la gestión de desarrollo, implementación y monitoreo del plan de gestión es el Concesionario. Ante esto, lo procedente es el **rechazo de plano** por tratarse de una aclaración y no una objeción propiamente. No obstante, sí resulta pertinente que en el pliego de condiciones queden establecidas las responsabilidades de cada una de las partes. Finalmente, la recurrente solicita: *“Finalmente, se debe especificar claramente cuál es la “Ley Aplicable” mencionada en la cláusula, dado que en muchos casos podrían coexistir normativas nacionales, regionales e internacionales. Sin esta precisión, la referencia a la Ley Aplicable resulta insuficiente y puede dar lugar a interpretaciones subjetivas o erróneas”*. Ante esto, la Administración señala que recomienda cambiar “ley aplicable” por “normativa nacional” ya que la cláusula ya nombra la ND8 y ésta incorpora normativa internacional y señala que la normativa es la Ley sobre Patrimonio Nacional Arqueológico N°6703. Así las cosas, ese aspecto se declara **parcialmente con lugar**.

49) Sobre la solución de disputas. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el borrador del contrato dispone: *“10.1 (...) En sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos regulados por el Contrato de Concesión o por la Ley General de la Administración Pública (LGAP), según se indique en el Contrato de Concesión o la Ley Aplicable, salvo que se autorice acudir a arbitraje sin haber agotado la vía administrativa”*. Al respecto, la objetante estima que la cláusula establece que los procedimientos administrativos se regirán por el Contrato de Concesión o por la Ley General de la Administración Pública (LGAP), pero no especifica cuáles son esos procedimientos ni cómo se determinará cuál normativa prevalecerá en cada caso. Señala que esta falta de claridad puede dar lugar a interpretaciones contradictorias, generando inseguridad jurídica y

complicando la resolución de conflictos. Además, la referencia genérica a la LGAP no señala qué disposiciones específicas de esta ley se aplicarán, lo que resulta problemático dado que la LGAP cubre diversos procedimientos administrativos con características particulares. Adiciona que aunque se menciona la posibilidad de recurrir al arbitraje sin haber agotado la vía administrativa, no se detallan los criterios o situaciones en las que esto sería permitido, lo que puede generar disputas adicionales. Considera que la referencia a la conciliación y el arbitraje bajo la Ley No. 7727 es insuficiente, ya que no explica cómo se integrará con los procedimientos administrativos ni define claramente las potestades de las partes en cada etapa. La Administración manifiesta que este extremo del recurso debe rechazarse. Lo anterior porque la cláusula sí define bien que las controversias en sede administrativa se resolverán mediante los procedimientos administrativos regulados por el Contrato de Concesión o por la Ley General de la Administración Pública, según se indique en el Contrato de Concesión o la Ley Aplicable”, y esto aplica *“salvo en los casos en que el Contrato de Concesión o la Ley de Concesión de Obra Pública, expresamente autoricen a las Partes para someter el asunto a un arbitraje sin haber agotado la vía administrativa.”* Indica que por ello, el procedimiento será el que para cada caso remita la cláusula o clausulado específico, o en su caso la Ley Aplicable. Concluye que no puede enlistarse en una cláusula todos los supuestos como quiere el recurrente que se haga. Visto lo indicado por las partes, se tiene en primer lugar que la recurrente señala que la cláusula no detalla cuáles son los procedimientos ni cómo se determinará la normativa que prevalezca en cada caso. No obstante, tal como señala la Administración la cláusula es clara en indicar que el procedimiento es el regulado por el Contrato de Concesión o por la Ley General de Administración Pública (LGAP) según lo indique el Contrato. En virtud de ello y siendo que la recurrente no explica por qué estima que existen serias deficiencias en claridad y precisión, lo procedente es el **rechazo de plano**. Agrega la recurrente que la cláusula no aclara cuáles disposiciones de la LGAP son aplicables siendo que esta normativa regula múltiples procedimientos administrativos. No obstante, este aspecto más que objeción parece una aclaración, siendo que el recurrente no explica por qué de frente a la cláusula del cartel, puedan generarse interpretaciones diversas. Además, la Administración explicó que en el Contrato de Concesión quedará expresamente establecido por lo que este aspecto se **rechaza de plano**. Finalmente la recurrente estima que existe ambigüedad en la cláusula por cuanto no establece claramente los criterios o supuestos en los que está permitido acudir a un arbitraje ni cómo se integrará esta disposición con los procedimientos administrativos. Sobre este aspecto, una vez más, se estima que la recurrente lo que busca es aclaración de lo establecido en el pliego y no una objeción como tal, siendo además que

tal como señala la Administración, en cada caso específico el procedimiento se establecerá según la Ley Aplicable. En virtud de lo dispuesto, se **rechaza de plano** este aspecto. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

50) Sobre la conciliación. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la cláusula 10.2 del pliego de condiciones dispone: *“10.2 CONCILIACIÓN / Para las cuestiones que no puedan resolverse en sede administrativa de conformidad con los términos del Contrato de Concesión, las partes, de previo a acudir a un proceso arbitral, podrán facultativamente acudir a la vía de conciliación para remediar cualquier controversia del Contrato de Concesión que no pueda ser resuelta de conformidad con sus reglas y procedimientos, o en aquellos casos en que las Partes mantengan una interpretación diferente. Para estos efectos las Partes podrán acordar la constitución de un conciliador o Comisión Técnica de Conciliación, la que intentará conciliar a las Partes para que lleguen a un acuerdo que sea válido dentro del ordenamiento jurídico administrativo costarricense. El conciliador o la Comisión Técnica de Conciliación estará integrada por uno o varios profesionales, especialistas en la materia, que designen de mutuo acuerdo las Partes, y podrá contar con los asesores que se requieran, en cuyo caso serán pagados por la Parte que los necesita. La Comisión Técnica Conciliadora se reunirá cuantas veces considere necesarias, con el fin de adquirir la información pertinente acerca del asunto en cuestión, discutir el problema e intentar conciliar a las Partes, sin la necesidad de un procedimiento formal de arbitraje. El formato específico de las discusiones será dejado al criterio del conciliador o de la Comisión Técnica Conciliadora. Durante el curso de la conciliación, todas las solicitudes hechas por la Comisión Técnica Conciliadora a una de las Partes, sobre información no privilegiada que esté razonablemente relacionada con el Contrato, deberán ser satisfechas. Esta cláusula no se aplicará de manera que evite que una parte entable un proceso formal de arbitraje o para evitar el vencimiento de cualquier período de prescripción que sea aplicable o para atrasar el pago de las multas a que hace referencia el Contrato, cuando se han seguido los procedimientos establecidos en el Contrato. Por otra parte, la Conciliación no operará para efectos del Contrato cuando el mismo haya previsto otros procedimientos administrativos que garanticen el debido proceso y la defensa de las Partes.”* Al respecto, la objetante señala que la cláusula no especifica claramente si la Comisión Técnica de Conciliación tiene como propósito ser un mecanismo alternativo de resolución de conflictos cuando no se ha resuelto la controversia por otros medios, como la vía administrativa, o si se asemeja más a una figura pre-adjudicativa similar al DAAB del modelo FIDIC o las juntas técnicas de la LGCOP, cuya función es resolver disputas durante la ejecución del contrato. Manifiesta que

esta falta de precisión puede generar interpretaciones contradictorias y dificultar la implementación efectiva del mecanismo, además de crear confusión sobre su relación con otros procedimientos contractuales. Agrega que la cláusula también es ambigua en cuanto a si las decisiones de la Comisión Técnica de Conciliación serán vinculantes o simplemente recomendaciones no obligatorias, lo que afecta su efectividad como herramienta de resolución de disputas. Además, estima que no se aclara cómo se evitarán duplicidades o superposiciones con otros procedimientos administrativos ya establecidos en el contrato ni cuál tendrá prioridad. Finalmente, aunque se establece que los costos de los asesores serán asumidos por la parte que los requiera, no se detallan los costos asociados al funcionamiento de la Comisión, lo que podría generar conflictos adicionales. Estos vacíos deben ser definidos por la licitante para asegurar la correcta aplicación de este mecanismo. La Administración manifiesta que en este extremo el recurso debe ser rechazado. Explica en primer lugar, que la Conciliación, como medio de resolución de controversias que es, tiene autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata, porque así lo dispone en Costa Rica el artículo 9 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, N° 7727, norma que es parte expresa dentro del Concepto o definición de Ley Aplicable en los documentos de la licitación. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo. A partir de lo indicado por las partes, se tiene en primer lugar que la recurrente señala que la cláusula no aclara si la Comisión Técnica busca ser un mecanismo alternativo de resolución de conflictos cuando no se ha podido solventar por otros medios o si se asemeja a otra figura. Sobre este acto, se estima que la cláusula explica que se puede acudir facultativamente a la vía de conciliación para remediar cualquier controversia del Contrato o en los casos en que las Partes tengan una interpretación diferente. En esa línea, se entiende que la cláusula es clara en cuanto al fin de la conciliación. Por otra parte, la recurrente indica que no especifica si las decisiones o acuerdos alcanzados tienen carácter vinculante o si serán recomendaciones. Ante esto, la cláusula señala que la conciliación busca llegar a un acuerdo que sea válido dentro del ordenamiento jurídico costarricense, con lo cual, se entiende autoridad de cosa juzgada material según el artículo 9 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, N° 7727. Adicionalmente, la recurrente señala que la cláusula indica que no aplicará la conciliación cuando el contrato haya previsto otros procedimientos administrativos que garanticen el debido proceso pero que este aspecto no queda claro en cuánto a cómo se evitará la superposición o duplicidad entre conciliación y otros procedimientos. Ante esto, se estima que la recurrente tampoco lleva razón con este aspecto ya que la cláusula dispone: “Por

otra parte, la Conciliación no operará para efectos del Contrato cuando el mismo haya previsto otros procedimientos administrativos que garanticen el debido proceso y la defensa de las Partes.” Por lo tanto, se estima que lo que echa de menos la recurrente está regulado en la cláusula y en su argumentación no ha explicado por qué esto es insuficiente. Finalmente, la recurrente señala que la cláusula no detalla cómo se distribuirán otros costos asociados al funcionamiento de la Comisión Técnica de Conciliación, lo que podría generar conflictos adicionales entre las partes. Sin embargo, más allá de su alegato, no explica por qué esto le limita la participación, es contrario al ordenamiento o violenta algún principio de contratación por lo que su argumento carece de la fundamentación debida y en ese sentido, lo procedente es **rechazar de plano** estos puntos del recurso. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

51) Sobre el arbitraje nacional. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la cláusula 10.4 del Borrador del contrato establece: *“10.4 ARBITRAJE NACIONAL/ Alternativamente, las Partes por mutuo acuerdo podrán acordar que todas las controversias, diferencias, disputas o reclamos que pudieran derivarse del presente Contrato, o el negocio y la materia a la que este se refiere, su ejecución, incumplimiento, liquidación, interpretación o validez, se resolverán por medio de arbitraje de derecho de conformidad con los reglamentos del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, a cuyas normas las Partes se someten en forma voluntaria e incondicional. El conflicto se dilucidará de acuerdo con la ley sustantiva de Costa Rica. El lugar del arbitraje será el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica en San José, República de Costa Rica. El arbitraje será resuelto por un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros. Los árbitros serán designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. El laudo arbitral se dictará por escrito, será secreto, definitivo vinculante para las Partes e inapelable, salvo el recurso de revisión o de nulidad. Una vez que el laudo se haya dictado y se encuentre firme, producirá los efectos de cosa juzgada material y las Partes deberán cumplirlo sin demora.”* Al respecto, la objetante señala que el pliego, en la cláusula 10.3 del pliego, es comprensivo de una cláusula compromisoria de arbitraje internacional, de ahí que no se entiende bajo cuáles supuestos las Partes acudirían al arbitraje nacional. Agrega que previsiblemente como consecuencia de los efectos de la cláusula 10.3, la cláusula 10.4 no compromete a las Partes a acudir al arbitraje para resolver sus controversias y en esa condición la cláusula compromisoria es patológica en la inteligencia que no obliga a acudir al arbitraje, es decir, se constata la infracción al artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz

Social, motivo por el cual el recurso planteado contra la cláusula 10.4 del borrador del Contrato debe ser acogido para prevenir la inútil e inconducente aplicación de cláusulas arbitrales patológicas. La Administración manifiesta que el contrato establece las diferentes instancias de resolución de conflictos entre el concesionario y la Administración Concedente siendo la vía arbitral internacional la inicialmente obligatoria después de haber realizado la etapa de conciliación. Esto es, las partes se encuentran facultadas a poder acudir a un arbitraje local de mutuo acuerdo como opción al arbitraje internacional. En razón de lo anterior lo procedente es el rechazo de plano por improcedencia manifiesta ante la falta de fundamentación por violación al principio de la carga de la prueba. A partir de lo dispuesto por las partes, se tiene que la recurrente indica: “(...) *se advierte que el pliego, en la cláusula 10.3 que antecede, es comprensivo de una cláusula compromisoria de arbitraje internacional, de ahí que no se entiende bajo cuales (sic) supuestos las Partes acudirían al arbitraje nacional.*” Ante esto, se observa que la cláusula 10.4 expresamente señala que el arbitraje nacional es para uso alternativo y cuando las parte por mutuo acuerdo así lo decidan. Por lo tanto, no lleva razón el objetante con que no se entiende bajo cuáles supuestos las Partes pueden acudir al arbitraje nacional. Por lo tanto, su argumento se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución. Sin perjuicio de lo anterior, es criterio de este órgano contralor que resulta pertinente que en el pliego quede claramente establecido lo indicado por la Administración en respuesta a la audiencia, específicamente en cuanto a la procedencia de la cláusula y cómo opera respecto al punto 10.3.

52) Sobre el anexo 3 del borrador del contrato. Activos aportados. Criterio de la División. La objetante manifiesta que la cláusula al considerar un inventario sujeto a variaciones hasta la orden de inicio, sin garantizar el estado ni la vida útil genera incertidumbre. Se pone en riesgo el principio de intangibilidad patrimonial. Si los bienes no cumplen con las condiciones indicadas, el concesionario enfrentará costos imprevistos, lo que afecta el equilibrio financiero que tendrá que ser reconocido por la Administración. Si no se tiene una garantía de su estado y vida útil, o sin que la Administración asuma responsabilidad por posibles inconsistencias en la información suministrada, resulta contrario a los principios de transparencia e integridad. Se solicita modificar el anexo 3 para incluir: una evaluación formal de los activos que garantice el estado, condiciones de operación, vida útil remanente y cualquier garantía aplicable a los equipos, planta y maquinaria entregados por la Administración concedente. Además que la Administración reconozca y asuma el impacto financiero que pueda surgir en caso de que los activos

entregados no cumplan con las condiciones garantizadas. Esto incluye la obligación de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato si el concesionario debe asumir costos extraordinarios derivados de la inexactitud en el estado o la vida útil de los bienes. Por su parte la Administración señala que el inventario está sujeto a variaciones. Agrega que dentro de la cláusula 1.14.2 se contempla que como parte del inicio de la concesión se debe actualizar el ANEXO 3. Efectivamente la cláusula 1.14.2 establece que el acta de inicio de la concesión debe contener la entrega de los activos iniciales en que se debe actualizar el el Anexo No. 3 Activos aportados por la Autoridad Concedente. Véase entonces que el propio pliego de condiciones reconoce la necesidad de actualizar los activos, cláusula respecto de la cual la objetante no mencionó y analizó en su recurso. Lo cual es de vital importancia porque la entidad pública es clara que se pueden presentar variaciones en el anexo. En ese sentido al presentar un anexo actualizado se tomará en cuenta las condiciones de los activos. Pero sumado a ello, véase que en dicha acta el concesionario participa, por lo que al elaborar el acta puede constatar el estado de los activos. Por otro lado y a pesar que la objetante señala que la omisión podría impactar el equilibrio del contrato, no demuestra el por qué de lo anterior, y cómo le afectaría no contar con la información. Así las cosas y de lo que viene dicho entonces, se **rechaza de plano** este punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución. Véase lo indicado en el punto 65 de este recurso.

53) Sobre el anexo 12. Criterio de la División. La recurrente considera que la facultad de que el INCOP puede analizar la naturaleza monopolística de un servicio complementario y reclasificarlo como parte de los servicios concesionados genera incertidumbre, afectando el núcleo esencial de la propuesta. Además considera que conceder al INCOP la autoridad para determinar la razonabilidad de las tarifas y márgenes de ganancia de los Servicios Complementarios desalienta la inversión y eficiencia al generar un control excesivo sobre servicios que, por su naturaleza especializada y no esencial, no son utilizados por todos los usuarios y cuya gestión y precios deberían permanecer bajo la discreción comercial del concesionario y que restringir esta flexibilidad no solo afecta el desarrollo competitivo del concesionario, sino que también vulnera el principio de igualdad y el incentivo para la innovación en la prestación de servicios. Por ende pide que se limite la facultad del INCOP limitando cualquier posibilidad de reclasificación, además pide que se preserve la autonomía del concesionario permitiendo que los precios y condiciones de los servicios queden bajo discreción del concesionario y además pide que se garantice la estabilidad jurídica y económica evitando cambios posteriores que afecten la oferta económica. La

Administración indica que tiene referencia el criterio vinculante de ARESEP en el que se distingue los servicios dentro de la tarifa “all-in” así como los servicios complementarios regulados como no regulados. Por ende considera que el tema es bastante claro, lo que hace, insiste, que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo. Al respecto de lo dicho por la recurrente se tiene que si bien esta considera que existen vicios en el anexo del pliego, lo cierto es que no demuestra en forma alguna lo susodicho, siendo que no se aporta prueba de su dicho, quedando su argumentación en una explicación de su propia interpretación del anexo, pero sin que en forma alguna se demuestren los vicios alegados. Es decir, si bien la recurrente menciona que por ejemplo se afectan elementos esenciales de la eventual propuesta, no se detalla de ninguna manera por qué esto es así, más allá de sus meras aseveraciones. Así las cosas, el punto debe ser **rechazado** de plano por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

54) Sobre el anexo 16.1. Sección 5.11.3. Planes de gestión ambiental y social. Criterio de la División:

la firma objetante señala que la sección 5.11.3 Planes de Gestión Ambiental y Social del Anexo 16.1 Términos de Referencia para la realización del Estudio de Impacto Ambiental (SETENA), refiere al Plan de indemnización o compensación por daños. Menciona que ambas actividades, tanto la indemnización o compensación por daños como las expropiaciones, requieren de la participación activa y permanente de la Administración Concedente, pero no se indica en el referido Anexo. Sin la participación de la Administración concedente, poco o nada podrá ejecutar el concesionario en materia de expropiaciones. Considera que dicha omisión es una infracción al principio de seguridad jurídica. Los planes de compensación por daños podrían ser inútiles sin la intervención del Estado en particular si fuere necesario hacer reubicación de poblaciones u ejecutar otras medidas que requieran de la participación de otras autoridades, por ejemplo para la provisión de servicios básicos, como agua, electricidad, salud o educación. La Administración al atender la audiencia especial indica que el concesionario debe presentar ante SETENA una evaluación de impacto ambiental (EIA), conforme con los términos de referencia de la Resolución 0924-2024-SETENA del 21 de mayo de 2024, de allí que el Anexo 16.1 refleja lo indicado en la resolución. De esta forma se solicita enlistar las organizaciones sociales presente en el AI identificando y analizando grupos de interés alrededor del proyecto, analizar las fuerzas impulsoras y obstructoras, analizar posibles fenómenos de migración en el AI que puedan generar conflicto social, categorizar por zona urbano y rural y si aplica subdivide en costeras, transfronterizas idógenas. Los términos de referencia para EsIA generales (Decreto 43898) y los específicos para el proyecto de

ampliación del Puerto (Resolución N°0924-2024-SETENA) no hacen referencia a un Plan de Indemnización o compensación por daños o un Plan para manejo de expropiaciones. Estos requisitos se mencionan en el Cartel como parte del Anexo 16.2. Términos de Referencia para cumplir con estándares internacionales para la Gestión Ambiental y Social. Sin embargo, estos planes son herramientas útiles para el desarrollo del proyecto, por lo que pueden definirse como medidas de mitigación socioambientales para incluirlas como parte del Cuadro de Medidas Ambientales que exige la SETENA en el Anexo 6 del Decreto N°43898 y en los términos de referencia para el Capítulo 6. Plan de Gestión Ambiental solicitado en la Resolución N°0924-2024-SETENA. Al respecto resulta importante advertir en primer lugar que la referencia de cláusulas que efectúa el objetante no es correcta. De esta forma el anexo 16.1 no tiene la sección 5.11.3., sino que es el anexo 16.2. Hecha la anterior aclaración y partiendo de lo regulado en el anexo 16.2, véase que el pliego pretende que el consultor establezca planes y/o programas de gestión que en síntesis describen las medidas y acciones de mitigación mejora del desempeño, destinadas a abordar los riesgos e impacto ambientales. Se enlistan una serie de planes que el consultor debe elaborar, dentro de los cuales se incluye un plan de indemnización o compensación por daños en caso que corresponda. A pesar que el objetante manifiesta una preocupación porque no se indica la participación del Estado en dichos planes, no demuestra o justifica cómo impide o limita su participación el hecho que no se diga. La norma del pliego es informativa respecto a los planes que se requieren, pero no solicita el detalle de de cada uno de ellos, el cual en todo caso corresponde y responsabilidad del consultor elaborar. Además tampoco demuestra que el hecho que no se indique implica per se que no habrá participación estatal, ya que es claro que si se requiere de la participación de una entidad, por disposición legal, no es necesario que tal aspecto deba indicarse en el pliego. La obligación no vendría por el pliego de condiciones, sino por una ley, de allí que no es necesaria la indicación expresa. Así las cosas se **rechaza de plano** el punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

55) Sobre el anexo 16.2. Criterio de la División. Sobre la mención que hace el punto 3.2.1 del anexo 16.2 sobre las Normas de Desempeño, Ambiental y Social del IFC y Notas de Orientación la recurrente indica que estas normas no forman parte del ordenamiento jurídico costarricense y en esa condición los oferentes no sólo no están obligados a conocerlas y en consecuencia, a aplicarlas, de ahí que su incorporación al cartel introduce un elemento de inseguridad jurídica para todos los potenciales oferentes que va más allá del riesgo implícito en el eventual contrato de concesión, lo que, en condiciones

de razonable responsabilidad y administración del riesgo, se erige como una limitante desproporcionada que impide la libre competencia. Considera que la circunstancia se agrava si se toma en cuenta que la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) no está financiando el proyecto, escenario o supuesto en el cual sería comprensible la sujeción del eventual concesionario a las normativas de dicha entidad supranacional, no obstante, ese no es el presente caso, razón por la cual es razonable y desproporcionado. En un sentido similar indica que el punto 3.2.4 refiere a la aplicación del Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques en relación con la gestión de aguas residuales portuarias, aguas pluviales y aguas residuales de barcos. Lo cierto es que nuestro país no se ha adherido al referido Convenio (tal y como expresamente lo menciona el punto 3.2.4), motivo por el cual no se debe exigir el cumplimiento de esa regulación como consecuencia de la aplicación de las normas de desempeño de la IFC, las cuales, por las razones antes apuntadas, no deben ser exigibles a los oferentes y al futuro concesionario. La Administración indica que el cartel de licitación cumple con los requerimientos establecidos por SETENA, pero también busca alinearse con estándares internacionales de sostenibilidad ambiental y social, utilizando las Normas de Desempeño del IFC como guía para identificar, mitigar y gestionar riesgos. Considera que un informe sobre las diferencias entre la normativa local y estas normas proporciona mayor claridad a los oferentes y que los costos de mitigación ambiental y social fueron considerados en los estudios de factibilidad, análisis económicos y de costo-beneficio, lo que permite a los oferentes incluir estos costos sin afectar su viabilidad financiera. El enfoque garantiza beneficios económicos para la sociedad costarricense. Estima que la selección de estándares internacionales es discrecional y razonable, permitiendo a la Administración establecer requisitos que promuevan la sostenibilidad sin imponer cargas desproporcionadas. Considera que estos estándares se alinean con las metas ambientales de Costa Rica, como el Plan Nacional de Descarbonización, y los Principios de Ecuador, garantizando una gestión responsable de los impactos ambientales y sociales. Su implementación fortalece la relación con las comunidades, reduce riesgos legales, y mejora la competitividad del proyecto, atrayendo oferentes con experiencia en sostenibilidad. En conclusión estima que la inclusión de estándares internacionales es legal, estratégica y beneficiosa para el proyecto, las comunidades y el país. Contrario a lo argumentado en el recurso, considera que estas medidas no generan perjuicios financieros, sino que aseguran la sostenibilidad a largo plazo. Ahora bien, de lo dicho por las partes se concluye que no se ha logrado demostrar que los estándares ambientales y sociales incorporados en el cartel sean perjudiciales o desproporcionados. Por el contrario, la Administración ha demostrado

que estos estándares están diseñados con un enfoque costo-beneficio, lo que permite su implementación sin causar un impacto financiero significativo en los oferentes. Además según lo explicado por la Administración los estándares seleccionados generan múltiples beneficios para el proyecto y la sociedad en general, promoviendo prácticas sostenibles, encontrándose alineados con normativa nacional y compromisos internacionales. Así las cosas no se ha demostrado un perjuicio económico ni una carga desproporcionada y por ende el recurso debe ser **rechazado de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

56) Sobre el anexo 16.3. Criterio de la División. El objetante indica que dicho Anexo en sus secciones Anexo 5.b. Partes Interesadas Internas y Anexo 5.c. Partes Interesadas Externas, enumera los interesados en el proyecto. Indica que el pliego de condiciones es omiso en cuanto a los estudios que se realizaron con dichos interesados, lo cual no consta en el expediente, lo que hace presumir que no se ha dado acercamiento alguno con estos, lo que incide en la propuesta económica que se realice, afectando la correcta dimensión del servicio, por lo que solicita se anulen las cláusulas referidas o en su defecto se incorpore la documentación oficial que permita a los oferentes conocer el estado y contenido de los estudios realizados con los interesados. La Administración indica que dentro del estudio de factibilidad se tiene un apartado de análisis social (ver anexo G) que está disponible de manera referencial en la sala de documentación, y sobre estos se definieron los anexos que refiere el recurrente en los cuales se presentan la identificación y mapeo preliminar de las partes interesadas internas y externas relevantes para el proyecto, que deberá ser actualizado con nuevos aportes recabados durante los espacios de información y diálogo dentro del proceso participativo. Los términos de referencia dan un marco con mejores prácticas internacionales para establecer un enfoque sistemático de relacionamiento, comunicación, participación y consulta con las partes interesadas, y una estrategia y cronograma de actividades. Por ende, el tema es bastante claro, lo que hace que el recurso deba ser rechazado sobre este extremo. Sobre este punto, el recurrente indica que al no tener identificado en el expediente y en el cartel del concurso, los estudios realizados con las partes interesadas del proyecto, afecta eventualmente la propuesta económica que se realice, sin embargo este aspecto no es demostrado en punto a de qué forma la ausencia de esta información incide en la estructuración de la oferta, toda vez que solo hace la indicación pero sin ningún tipo de ejercicio adicional que permita evidenciar la consecuencia de esa omisión. Por otra parte, se tiene que no obstante el argumento del recurrente, se observa en el expediente del concurso certificado por la Administración el documento

Formulación de Proyecto a Nivel de Factibilidad FN0002 de agosto del 2024 en en el cual a partir del punto 2.8.9 en adelante, se efectúa un análisis de partes interesadas sobre el cual el recurrente ha sido omiso en referirse, especialmente en cuanto a si dicha información resulta suficiente, motivo por el cual el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

57) Sobre el anexo 20 del contrato. Criterio de la División. La objetante señala que en el Anexo 20 del Borrador del Contrato “Apéndice al Anexo 27 -Alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente -en su caso.”, se observa la siguiente leyenda: “VACIO, EN TANTO SE RECIBE DOCUMENTO DE INCOP A Incluirse, en su caso, el “Alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente”. Expresa que la ausencia de esta información causa incerteza jurídica a los oferentes, pues se desconoce cuándo la Administración va a incorporar esta información que dependiendo de su alcance, podría generar afectaciones al equilibrio del contrato, por lo que se solicita se complemente la información conforme corresponda. La Administración sobre este tema indica que se allana, por cuanto el anexo 27 del contrato de concesión establece dos niveles de intervención para el control y cumplimiento de las obligaciones contractuales, sea, funciones de control, supervisión e inspección y funciones de fiscalización. La función de control, supervisión e inspección, la ejerce la Unidad Técnica de Supervisión y Control durante todo el plazo de la concesión, en los términos que se establece en el contrato, la LGCOP y su Reglamento y las mejores prácticas internacionales reconocidas y aplicables en la materia. En el ejercicio de las funciones de control, supervisión e inspección el INCOP ajustará sus actuaciones a la legislación vigente aplicable a este Contrato. Por otra parte, la función fiscalizadora será ejercida por la Secretaría de Fiscalización, facultada para ejercer labores de regulación y fiscalización según la Ley de INCOP y financiada con recursos provenientes del fideicomiso del canon de fiscalización del contrato de concesión. Asimismo, será potestad de la Administración Concedente los controles que ejercerá y que abarcará los aspectos técnicos, operativos, legales, ambientales, económicos, financieros, y contables, sin perjuicio de otros que le correspondan conforme a lo previsto en el contrato de concesión. Por lo expuesto, el alcance de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente también es bajo su potestad por lo que no se requiere que sea parte de los anexos del contrato de concesión. Sobre este punto se observa que efectivamente el documento que se identifica como Anexo 27 del borrador de contrato, corresponde a un documento vacío que solo señala alcance de los servicios de consultores externos sin

mayor indicación, por lo que la Administración deberá determinar e incorporar la información correspondiente a dicho Anexo o en su caso proceder a su eliminación si así lo determina, por lo que el recurso en este extremo se debe declarar **parcialmente con lugar** a efecto que la Administración considerando lo manifestado en la respuesta de la audiencia especial determine lo correspondiente.

58) Sobre el Anexo 21. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión la objetante indica que en este apartado se imponen sanciones pecuniarias por incumplimientos de la concesionaria pero carece de un debido proceso para su aplicación, lo que contraviene lo establecido en el artículo 49 de la Ley General de la Contratación Pública (LGCOP), que exige seguir el procedimiento ordinario de la Ley General de la Administración Pública. Añade que aunque la Administración tiene la facultad de aplicar multas y cláusulas penales, ésta debe ser ejercida bajo los principios de proporcionalidad y razonabilidad para asegurar la transparencia y la seguridad jurídica, siendo además que los oferentes deben tener acceso a información clara sobre los supuestos y montos de las sanciones antes de su inclusión en el contrato, lo que preserva la predictibilidad en la relación contractual. Indica que en este caso, no se han presentado estudios técnicos que respalden la imposición de sanciones, lo que genera un margen de discrecionalidad excesivo y pone en riesgo la validez jurídica de las mismas. La Contraloría General de la República y la Corte Suprema de Justicia han establecido que las sanciones deben basarse en estudios previos que justifiquen su cuantificación y adecuación al contrato, considerando factores como el monto del contrato, el impacto de un incumplimiento y el interés público. La falta de estos estudios y la ausencia de un límite a las multas crea incertidumbre para los oferentes, dificultando la construcción de ofertas competitivas y eficientes. Solicita que se subsane esta omisión, ya que la falta de respaldo técnico compromete la validez de las sanciones. La Administración estima que el recurso debe ser rechazado dado que tanto el Capítulo VI como el Anexo 21 describen el proceso para aplicar las sanciones en cuanto exista un incumplimiento del Concesionario. Indica que se estipulan los pasos a seguir para su aplicación describiendo el periodo, el plazo de subsanación, el tipo de falta, la etapa que se pueden presentar, el valor de la sanción y los escenarios de reincidencia. Adiciona que las sanciones se basan en las obligaciones que tiene el concesionario estipuladas dentro del contrato por lo que todas ellas son posibles de ser comprobadas en caso de incumplimiento. Agrega que se contempla un esquema de fiscalización y supervisión comprensivo que llevará a cabo la autoridad concedente para asegurar la aplicación correcta de sanciones. A partir de lo dispuesto por las partes se tiene que la recurrente en primer lugar indica que en el Anexo 21

se no se establece un debido proceso para aplicar las sanciones. No obstante, si bien en el Anexo 21 no se indica lo que echa de menos la recurrente, lo cierto es que en el punto 6.4 se establece el procedimiento para imposición de multas y expresamente dicha cláusula señala: *“La resolución de la Administración Concedente dará por agotada la vía administrativa. De conformidad con el artículo 49 de la LGCOP, el anterior será el procedimiento que se seguirá para el establecimiento de sanciones pecuniarias y multas, aplicándose al efecto los principios, pero no los procedimientos del Libro Segundo de la LGAP”*, con lo cual, no lleva razón lo señalado por la objetante y en ese sentido, se **rechaza de plano** su alegato. Por otra parte, la impugnante manifiesta que la Administración no ha presentado estudios técnicos que fundamenten la imposición de multas y la cláusula penal establecida en el pliego. Ante esto, es criterio de este órgano contralor que resulta necesario que la Administración incluya los estudios técnicos que sustenten la aplicación de las multas y cláusulas penales para efecto de conocimiento de los interesados. En virtud de lo dispuesto, se declara **parcialmente con lugar** este aspecto. Finalmente la recurrente señala que existe omisión de incluir un límite a las multas. No obstante, el Anexo 21 apartado de “Causales de resolución contractual por aplicación de las Sanciones”, establece, entre otros aspectos, lo siguiente: *“a. El límite máximo total del valor de las Sanciones que pueden ser impuestas al Concesionario es del quince por ciento (15%) de los ingresos brutos anuales según sus estados financieros auditados. Llegado a dicho límite máximo, el INCOP podrá dar aplicación de resolución contractual conforme la Cláusula 8.4”*, con lo cual, parece responder lo que echa de menos el recurrente y por ello, siendo que no lleva razón su alegato, se impone su **rechazo de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

59) Sobre el Anexo 23. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión la recurrente estima que el cartel exige planes requeridos por el IFC, a pesar de que esta entidad no financia el contrato, lo que resulta en un enfoque rígido que limita la capacidad de los oferentes y del futuro concesionario para implementar sus propias metodologías y mejores prácticas en la operación del puerto. Agrega que en lugar de permitir que el concesionario defina sus propios procedimientos, el cartel impone una estructura que convierte al concesionario en un simple ejecutor de las directrices de la Administración Concedente, restringiendo su capacidad de adaptarse a las necesidades operativas del puerto. Indica que en el caso específico de la empresa representada, siendo un operador portuario global, la empresa ya sigue sus propios procedimientos de mantenimiento, alineados con las mejores prácticas internacionales del sector. El Anexo 23 del cartel es considerado

excesivamente prescriptivo, especialmente en las fórmulas establecidas, que no coinciden con las prácticas de mantenimiento más efectivas y reconocidas mundialmente. Solicita que se modifique esta cláusula, otorgando al concesionario mayor flexibilidad para definir sus propios planes de explotación y mantenimiento, con el objetivo de mejorar la eficiencia operativa y cumplir mejor con los principios de eficiencia, eficacia y valor por el dinero. La Administración estima que el recurso debe rechazarse dado que en el Anexo 23 únicamente se establecen los Términos de Referencia para el Plan de Explotación y Mantenimiento que deberá presentar el postor que resulte adjudicatario, dentro de la documentación que debe aprobarse previamente a la explotación de las obras, por lo que no es una imposición de planes requerido por el IFC. Agrega que el Anexo 23 hace mención a los requerimientos mínimos del Plan de Explotación y Mantenimiento en temas de infraestructura y equipamiento así como mantenimiento rutinario, mantenimiento periódico, reparación de emergencia que son prácticas comunes de cualquier proyecto de infraestructura. Asimismo, plantea los indicadores de ejecución del plan de explotación y mantenimiento para dar visibilidad a la autoridad concedente del cumplimiento del mismo. Concluye que el Plan de Explotación y Mantenimiento no forma parte de la documentación que debe presentarse para la oferta. A partir de lo dispuesto se estima que la recurrente no lleva razón en su alegato. Lo anterior, por cuanto la cláusula señala que el Plan es para dar cumplimiento a los Estándares de Servicio mínimos establecidos en el contrato de concesión con lo cual, no se limita al oferente para que presente mejoras en el tanto se cumpla con los aspectos mínimos. Por otra parte, la recurrente señala que en su caso se adhiere a las mejores normas y prácticas de procedimientos y estima que el Anexo 23 es excesivamente prescriptivo pero no presenta pruebas suficientes de que estas limitaciones sean desproporcionadas o inadecuadas para el contexto del contrato. Además, la impugnante no demuestra cómo los requerimientos del Anexo 23 impedirían el uso de las mejores prácticas o la flexibilidad que la recurrente sugiere. Aunado a lo dicho, la objetante no explica con suficiente detalle cuáles son esas prácticas o por qué las estipuladas en el cartel son inapropiadas y no fundamenta adecuadamente por qué las fórmulas establecidas son excesivamente prescriptivas en comparación con lo que sería adecuado en el contexto del contrato. Finalmente, aunque la recurrente solicita una modificación para dar mayor flexibilidad al concesionario, no proporciona detalles claros sobre cómo debería estructurarse dicha flexibilidad ni de qué manera impactaría positivamente en la eficiencia operativa. La solicitud de cambio carece de una justificación técnica o económica que fundamente la necesidad de flexibilizar los requisitos establecidos. En virtud de lo dispuesto,

se **rechaza de plano** este aspecto. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

60) Sobre el anexo 28 beneficios tributarios. Criterio de la División. La recurrente indica que el Anexo 28 regula los beneficios tributarios para el Concesionario y sus subcontratistas según los artículos 44 y 45 de la Ley General de Concesión de Obra Pública (LGCOP), pero presenta ambigüedades que comprometen la seguridad jurídica. Un aspecto crítico según considera es la falta de especificación sobre la exención del IVA en las adquisiciones necesarias para el proyecto, lo que puede afectar significativamente los costos. Estima que la falta de claridad podría generar interpretaciones contradictorias y desbalancear el contrato económica y financieramente y que aunque se reconoce el derecho a una nivelación económica-financiera por nuevos tributos, no se contempla adecuadamente el impacto de rechazos de exenciones tributarias por cambios legislativos o interpretativos de Hacienda, lo que debería permitir al Concesionario reclamar ajustes en costos y plazos, ya que estas situaciones no son imputables a su gestión. Finalmente indica que, aunque se menciona la nivelación económica-financiera en caso de supresión o reducción de tributos, no se detalla el procedimiento para aplicar estos ajustes, lo que podría ocasionar conflictos o retrasos en su implementación. La Administración indica que el recurso debe ser rechazado por fundamentación y que además el recurrente dejó de lado el punto 3.4 del borrador del contrato donde se regula el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato de concesión por cuanto el mismo incluye el cambio de ley como una causal de dicho restablecimiento. Para el apartado en cuestión se tiene que la recurrente se limita a indicar que existen ambigüedades pero sin demostrar en forma alguna su dicho, explicando y demostrando por qué es que existen falencias en el pliego, de lo que se denota una clara falta de fundamentación en su plica y por ende el mismo debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

61) Sobre la Matriz RACI. Criterio de la División. La objetante menciona que resulta indispensable contar con una herramienta que permita gestionar de manera clara y efectiva las responsabilidades, actividades, entregables y plazos establecidos. Sin embargo, el contrato no contempla la implementación de una matriz RACI (Responsible, Accountable, Consulted, Informed) o un sistema similar que asegure esta claridad y facilite la coordinación entre las partes. Sin una herramienta estructurada como una matriz RACI, existe un riesgo elevado de duplicidad de esfuerzos, omisiones, conflictos de interpretación y demoras en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En su recurso cita algunos

beneficios de una matriz RACI. Menciona que la ausencia de una sistema formal para asignar y comunicar responsabilidades puede llevar a que se desconozca quién es el responsable. Considera que la inclusión de una matriz RACI o sistema equivalente es una garantía que las actividades se llevarán de manera ordenada conforme lo pactado. No obstante, véase que la objetante no ha demostrado cómo la no indicación de forma expresa del uso de la matriz RACI u otra similar, limita su participación o es contrario a derecho. Y si bien en su recurso menciona las bondades que la matriz en cuestión implica, no fundamenta ni justifica la necesidad del requerimiento. Tampoco demuestra ni fundamenta por qué no tener dicha matriz conlleva un riesgo elevado de duplicidad de esfuerzos. Sumado a ellos recuérdese que la Administración es quien mejor conoce sus necesidades y cómo deben ser satisfechas. Al atender la audiencia especial indica que el contrato dentro de los lineamientos del Anexo 11 considera que el concesionario debe permitir y brindar las facilidades para la debida conexión y flujo de información. Permite proveer una forma eficiente de mejores prácticas por lo que no se exime la posibilidad de usar una matriz RACI, pero no se visualiza hacer mandatorio ya que se pueden tener otro tipo de soluciones. En ese sentido, en el punto 7 del Anexo 11, se establece que el concesionario debe facilitar la debida conexión para generar un flujo correcto de información y datos. Por otro lado el hecho que no se haga referencia al uso de la matriz RACI no implica ni demuestra que no se pueda utilizar, ya que podría ser una herramienta más, pero sin limitarla a esta. Así las cosas, se **rechaza de plano** el punto por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

62) Sobre el formato 4. Criterio de la División. La objetante señala que la cláusula es ambigua al indicar *“otras certificaciones reconocidas internacionalmente que acrediten el cumplimiento de criterios similares a los evaluados por las aquí indicadas”* ya que permite subjetividad a favor de la Administración y en contra de los potenciales oferentes respecto al entendimiento de dicha frase. Por ello solicita que la cláusula sea eliminada. Por su parte la Administración al atender la audiencia especial señala que se debe dar mayor claridad a este tipo de certificaciones para evitar subjetividades. Se establece que debe ser una certificación bajo una norma internacional y certificada por auditor independiente que permita demostrar el compromiso asumido con la protección al medio ambiente y medidas de seguridad y salud en el trabajo. No debe olvidarse que el pliego debe ser un elenco de normas claras. En este caso se reitera lo indicado en el punto 19 de este recurso. Al respecto, y si bien la entidad pública indica que se solicitará una certificación bajo una norma internacional, no debe perderse de vista, que el pliego de condiciones, debe ser un

elenco de normas claras. En ese sentido, se hace necesario que se establezca de forma clara y en aras del principio de igualdad, los parámetros objetivos que determinen cuándo se está ante criterios similares. De esta forma, siendo que la Administración es quien más conoce sus necesidades, corresponde determinar tales parámetros a efectos de evitar interpretaciones y confusiones. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** el punto, debiendo darse la debida fundamentación y publicidad.

63) Sobre el anexo II. Criterio de la División. La recurrente considera que la Administración Licitante fija su retribución con base en los ingresos brutos, lo que constituye una disposición excesiva y desvinculada de la realidad operativa del puerto, y que en general es una disposición que promueve un ingreso inmerecido para la Administración Concedente, siendo lo procedente que la retribución se fije en función de los ingresos reales, los cuales pueden y deben ser comprobados por una entidad auditora independiente del concesionario y de la Administración Concedente. Porque considera que se trata de una cláusula abusiva y desproporcionada, solicita se modifique para que la retribución se fije en función de los ingresos del concesionario. La Administración indica que rechaza modificar la base de cálculo de los pagos al INCOP, en tanto que la redacción actual “ingresos brutos” del cartel de licitación busca la contribución al INCOP mediante los pagos a la autoridad concedente por la totalidad de ingresos originados por el hecho del otorgamiento de la concesión a la sociedad concesionaria, bien estén directamente relacionados con la actividad principal de la concesión, esto es, la actividad puramente portuaria, o bien relacionados con otro tipo de actividad económica no portuaria pero que el concesionario no podría realizar si no fuese por el hecho de la concesión, como, por ejemplo y entre otras actividades posibles, el alquiler de espacios en el área de concesión. Asimismo, la redacción “ingresos brutos” sigue la ya establecida en los contratos de concesión actualmente en vigor. Ahora bien, en el presente punto la recurrente no demuestra con prueba pertinente que la disposición de calcular la retribución en función de los ingresos brutos sea irracional o desproporcionada. La Administración ha justificado que esta redacción garantiza que los pagos al INCOP reflejen la totalidad de los ingresos generados gracias al otorgamiento de la concesión, incluyendo tanto los ingresos derivados de la actividad portuaria principal como aquellos vinculados a actividades complementarias permitidas únicamente por la existencia de la concesión. Esta lógica asegura una contribución equitativa al ente concedente, alineada con los principios generales de los contratos de concesión vigentes, lo cual no ha sido refutado con argumentos que prueben la falta de razonabilidad o la imposición de una carga excesiva para el concesionario. Por

tanto, no se ha evidenciado que la disposición cuestionada implique una afectación desproporcionada o contraria a la normativa aplicable. Ante la ausencia de pruebas concretas que demuestren perjuicios específicos o un desequilibrio injustificado, no procede la modificación solicitada, y por ende se **rechaza de plano** el punto. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

64) Sobre el anexo IV requerimientos de la oferta técnica. Criterio de la División. El objetante indica que en dicho Anexo la Administración por medio de la Comisión Evaluadora se reserva el derecho de solicitar las aclaraciones y explicaciones que considere necesarias respecto a una oferta, pero expresamente indica que estas no pasarán a forma parte de la oferta técnica ni servirán para mejorar la calificación del oferente, lo cual considera contrario al ordenamiento, porque dependiendo del contenido de una solicitud de esta naturaleza, la información podría ser necesaria para una adecuada evaluación, pues a priori se desconoce el peso y la trascendencia de una subsanación. Así las cosas estima, no existe una norma que disponga lo expuesto en dicho Anexo y en consecuencia, en sujeción al principio de legalidad que vincula a la Administración Concedente, la referida cláusula cartelaria debe ser suprimida y en su lugar indicar que las informaciones aportadas por los oferentes integrarán su oferta y serán incorporados en la evaluación de las ofertas. La Administración sobre este tema indica que se allana, siendo que la referida cláusula cartelaria deberá ser suprimida y en su lugar indicar que las informaciones aportadas por los oferentes integrarán su oferta y serán incorporados en la evaluación de las ofertas. Sobre el particular se observa que la Administración se ha allanado a la pretensión del recurrente, por lo que el recurso en este extremo debe ser declarado **con lugar** a efecto que la Administración lleve a cabo la modificación correspondiente al pliego, coincidiendo este Despacho con el criterio del recurrente y la misma Administración, en el sentido que toda información acercada al procedimiento ya sea por medio de aclaraciones o subsanación de oficio o por petición de la Administración, deben ser tomadas en cuenta para el proceso de evaluación, obligando a quien las presente.

65) Sobre el anexo 3 del contrato, activos aportados por la autoridad concedente. Criterio de la División. El objetante indica que el anexo es omiso respecto el derecho de los oferentes de levantar un inventario de los activos existentes en el sitio, a efecto de documentar en forma independiente el estado del inventario y los requerimientos de mantenimiento; esa información es absolutamente indispensable para presentar una oferta seria y optimizada, en beneficio de la Administración Concedente y de los usuarios del

puerto. La omisión es contraria al principio de buena fe, de eficiencia y de valor por el dinero y en esa circunstancia el Anexo 3 constituye una infracción al ordenamiento jurídico, por omisión. La Administración para este extremo indica que el recurso debe ser rechazado, pues el inventario oficial no puede ser otro más que el de la Administración, lo contrario haría abrir el espacio para que cada oferente haga una valoración en atención a sus condiciones y consideraciones particulares. En el presente punto, efectivamente el Anexo 3 del borrador del contrato refiere a los activos levantados por el INCOP y que serán puestos a disposición del concesionario de las instalaciones. En dicho Anexo se hace una indicación de la infraestructura y equipos que serán entregados y que se encuentran actualmente bajo dominio del INCOP, sin que el recurrente haya fundamentado en su recurso las razones por las cuales resulta necesario que el contrato permita realizar inventarios independientes, pareciendo el argumento del recurrente meramente especulativo, toda vez que de su planteamiento no ha evidenciado alguna inconsistencia en el inventario ofrecido por el INCOP, ni ha demostrado por qué razón la omisión de esta posibilidad le impide la participación o bien, de qué forma se lesionan los principios de buena fe, eficiencia y valor por el dinero que menciona, pues únicamente se limita a realizar su señalamiento pero sin desarrollo alguno. En todo caso tome en cuenta el recurrente, que conforme la cláusula 1.14.2 del borrador de contrato, el acta de inicio de la concesión deberá contener entre otros aspectos, la entrega de los activos iniciales de la concesión, en el que se deberá actualizar el Anexo 3 Activos aportados por la Autoridad Concedente, siendo este el momento en que el concesionario podrá efectuar cualquier observación sobre estos activos de previo a la firma de la citada acta. Razón por la cual el recurso en este extremo debe ser **rechazado de plano**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

D) RECURSO INTERPUESTO POR INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC. 1) Sobre las limitaciones al reconocimiento del equilibrio económico. Cláusulas 3.4.2 y 4.6 del borrador del contrato. Criterio de la División. La objetante señala que se presentan una serie de limitaciones y restricciones para que el concesionario ejerza su derecho al mantenimiento de la ecuación económico-financiera. Manifiesta que conforme con la cláusula 3.4.2, la revisión del equilibrio financiero del contrato será aplicable sólo si la Concesión se ve afectada debido a 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. Pero además, en caso que la premisa se cumpla, el evento debe provocar determinados efectos económicos. Agrega, que la imposición de restricciones al procedimiento de equilibrio

económico relacionadas con hitos como porcentajes, plazos u otras condiciones, no solo encarece el servicio futuro y limita la amplitud y la seguridad jurídica del proyecto, sino que además vulnera el derecho al justiprecio y genera riesgos financieros, legales y operativos para todas las partes involucradas. Por otro lado 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 de explotación. Además carecen de una justificación afectando la eficiencia y seguridad jurídica del proyecto. 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. Solicita eliminar las restricciones de las cláusulas 3.4.2 y 3.4.6.1 e insta a que la cláusula sea replanteada y permita la implementación de mecanismos claros, ágiles y eficaces para la revisión del desequilibrio financiero del contrato. Por su parte, la Administración señala que no se menoscaba el reconocimiento al equilibrio económico. Agrega que conforme con la Ley de Concesiones se tiene el derecho de solicitar la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones, se afecte el equilibrio económico. Además pueden ser sometidas a arbitraje disputas referidas al equilibrio económico. Agrega, que la cláusula cuestionada indica que las menciones son referencias, al indicar que el mecanismo procede cuando la concesión se vea afectada por la adopción de medidas o políticas u omisiones estatales, *“incluyendo pero no limitando ...”*, por lo que se deja abierto el espectro. Adicionalmente, el modelo de concesión contempla parámetros ordinarios de ajuste tarifario que reflejan aumentos en los costos operativos del concesionario, lo que garantiza una compensación dentro de la estructura financiera del proyecto. No se puede considerar los incrementos en costos operativos como sujetos al establecimiento económico ya que contraviene la asignación de riesgos y desnaturaliza los principios que rigen la concesión. Al respecto y tal como se indicó en el punto 22 de del recurso de la empresa DP World CL Holding Americas Inc. en cuanto a la cláusula 3.4.2 véase que si bien el objetante menciona que sólo si la Concesión se ve afectada debido la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales. No obstante, tal y como se indica en la propia cláusula no es taxativa, ya que se establece la frase *“incluyendo pero no limitando”*, por lo que pueden darse otros supuestos. Así las cosas y respecto de este punto se **rechaza de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución. Ahora en torno a las cláusulas 3.4.6.1 el objetante indica en su recurso que la cláusula carece de una debida justificación. Y es que pese al

cuestionamiento efectuado por la objetante la Administración al atender la audiencia especial no se refirió de forma puntual y se limitó a indicar que rechazaba el punto, pero no indicó la justificación que la recurrente indicó que era omisa. Por lo anterior, se declara **parcialmente con lugar** este punto a efectos que la Administración incorpore en el expediente administrativo las justificaciones técnicas y legales de las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2., como parte de ese documento deberán quedar claras las valoraciones realizadas por la Administración para la distribución de riesgos que se observa en la cláusula 3.4.6.1.

2) Sobre la falta de regulación a la integración vertical - competencia desleal. Criterio de la División. La recurrente se refiere a la integración vertical, en tanto considera que a pesar de su importancia, el pliego y el contrato no contemplan de manera específica ni exhaustiva los riesgos asociados a la misma, así como tampoco los estudios que los sustentan, no abordan dichos riesgos. Considera que la ausencia de un análisis detallado sobre cómo esta estructura puede afectar la libre competencia y la igualdad de condiciones genera una omisión significativa en el diseño del proceso de adjudicación. Estima que la estructura de tarifa máxima planteada, crea un escenario que podría ser aprovechado por grupos verticalizados para implementar prácticas desleales. Asimismo considera que la falta de estudios detallados sobre el impacto real de estas dinámicas en las tarifas finales, es importante, siendo que el análisis es esencial para comprender si la competitividad del puerto está resguardada y si se están ofreciendo las mejores condiciones posibles. Señala que de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, puede realizar estudios de mercado y emitir recomendaciones que promuevan una mayor competencia y que la Administración tiene la obligación conforme a dicha ley y a la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica de velar porque se realicen estudios de mercado orientados a identificar distorsiones o barreras en el proceso de competencia y libre concurrencia. Estima que estos vacíos transgreden los principios de igualdad, libre concurrencia, eficacia, eficiencia e intangibilidad patrimonial. Considera que el diseño del cartel no incluye disposiciones claras ni mecanismos de control para prevenir o corregir prácticas desleales derivadas de la integración vertical, que la cláusula 13.1 del contrato establece que el concesionario se compromete a no implementar prácticas desleales, pero que no se incluyen medidas específicas para garantizar el cumplimiento del principio y que no se incluye en el pliego estudios detallados que analicen el impacto real de las dinámicas de la competencia desleal en las tarifas finales pagadas por los usuarios. Por ende pide que la Administración realice estudios de mercado, ya sea mediante la Comisión para Promover la Competencia, o través

del mecanismo que mejor estime y que deben estar orientados a identificar y analizar los riesgos de competencia asociados a la participación de grupos verticalizados en la licitación. Además solicita que con base en estos estudios se adopten medidas preventivas y correctivas. La Administración considera que el punto está mal fundamentado y que no se aportó prueba idónea, además indica que la recurrente ha aportado un ejercicio discursivo sin prueba. Ahora bien, de lo dicho por las partes puede concluirse que el punto carece de una adecuada fundamentación, en tanto no se ha aportado prueba técnica o evidencia objetiva que sustente sus afirmaciones. Así pues, se tiene que los argumentos presentados se basan en suposiciones y escenarios hipotéticos sobre la posibilidad de que grupos verticalizados implementen prácticas desleales bajo la estructura de tarifas máximas propuesta, pero no se demuestra de manera concreta y fehaciente cómo tales riesgos se materializarían o cuál sería su impacto real en la competencia y en las tarifas finales para los usuarios. Asimismo, la recurrente no señala con precisión cuáles son las deficiencias técnicas o faltantes específicos en los estudios ya realizados, ni aporta una evaluación técnica independiente que permita concluir que dichos estudios son insuficientes o inadecuados. Debe tener presente la recurrente, que el simple señalamiento de la ausencia de medidas detalladas no constituye una prueba idónea para desvirtuar la validez de los estudios existentes. Asimismo, en cuanto a la normativa citada, aunque el artículo 9 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor faculta a la Administración para realizar estudios de mercado y emitir recomendaciones, la misma no impone una obligación directa de realizar nuevos estudios como requisito previo a la adjudicación o a la elaboración de un cartel de licitación. Del mismo modo, la citada Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica no establece una imposición específica para repetir estudios en cada caso particular, salvo que se acredite la necesidad técnica o legal con pruebas suficientes, lo que no ha sido demostrado en este recurso. En consecuencia, el punto debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

3) Sobre el riesgo geológico. Cláusula 2.8.2.1 del estudio de factibilidad. Criterio de la División. La objetante señala que el nivel de detalle de los estudios geotécnicos es insuficiente para calcular un presupuesto ajustado a las obras requeridas. Indica que incluso el estudio de factibilidad elaborado en la sección 2.8.1.2.1 reconoce esa insuficiencia. Considera que los estudios actuales no brindan información suficiente. La falta de estudios traslada riesgos injustificados al concesionario, pero además dificulta la preparación de una oferta económicas. Señala que hay perforaciones de entre 5-10m, pero los datos no aportan

información geotécnica relevante. Existen sondeos realizados por Royal Haskoning en 2012 para la redacción del proyecto de construcción del Atraque No. 4, correspondiente al actual muelle de graneles. Estos sondeos se concentran principalmente en la zona ocupada por el Atraque No. 4. Pero no se ha identificado algún sondeo no cuenta con datos geotécnicos específicos de la zona destinada para la construcción del nuevo muelle. Señala que de los estudio que se encuentran, se evidencia una marcada heterogeneidad en las características del suelo, lo que imposibilita la extrapolación de la información, hace el área de implementación del futuro muelle principal de la terminal de contenedores. Señala que por las características y complejidad del proyecto, se clasifica como una obra categoría A según las Recomendaciones para Obras Marítimas. 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. 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. El pliego 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. Solicita 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. Además, 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 Esmerald Book desarrollados por la FIDIC, la ITA y dragadores de primer nivel, los cuales distribuyen los riesgos de manera equitativa entre las partes. Por su parte, la Administración señala que el objetante olvida que para la oferta técnica no se solicita un proyecto constructivo sino únicamente ingeniería a nivel de factibilidad. Es el adjudicatario el que debe presentar un estudio geotécnico detallado.

Agrega que en el tema de los sondeos, y dado que los postores tienen libertad de ubicar la planta, no tendría sentido realizar los sondeos en factibilidad sin conocer las ubicaciones que se puedan proponer. En cuanto al contrato Turquesa se refiere a obras de dragado, y los dragados se realizarán sobre áreas dragadas previamente, por lo que únicamente se puede haber depositado sedimentos y para mayor seguridad se ha realizado un estudio geofísico reciente que descarta la presencia de fondos rocosos en las áreas que deben dragarse. En cuanto al libro Esmeralda diseñado para obras subterráneas (túneles ferroviarios o de carreteras, minas, etc), es adecuado comparar directrices para este tipo de obras con obras submarinas. Agrega que conforme con la cláusula 1.15.2 del borrador del contrato, los estudios previos tienen carácter informativo y orientativo. Son estudios técnicos con carácter referencial. Cada oferente debe desarrollar sus propios estudios. Agrega que el proyecto es "brownfield", por lo que el riesgo geológico ya se mitigó con las obras originales, por lo que es un riesgo habitual en todas las construcciones de puertos. En relación con este punto, debe partirse que se está ante una concesión, de allí que por su propia naturaleza, tal y como lo indica la Administración los estudios previos tienen carácter referencial, ya que corresponde a cada interesado efectuar los análisis y estudios que correspondan. Sumado a ello, y pese a que el recurrente indica que la información es insuficiente, no demuestra técnicamente por qué lo es, no indica qué requiere a efectos de presentar su propuesta. Señala que la Administración debe realizar los estudios necesarios para proporcionar la información geotécnica mínima, sin que justifique ni razones técnicamente qué información es la que extraña y por qué la indicada en el pliego no le es suficiente a la luz de la naturaleza de un contrato de concesión. Además hace alusión a que se podrían adoptar modelos internacionales reconocidos por el contrato Turquesa o el Esmerald Book, sin que tampoco justifique técnicamente el por qué de su uso. Así las cosas y por carecer de una debida fundamentación, se **rechaza de plano** el punto. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

4) Sobre la necesidad de construir un rompeolas. Criterio de la División. La recurrente considera que la construcción de un rompeolas es una necesidad técnica imprescindible para el futuro Muelle de Carga General, ya que los estudios de oleaje y agitación señalan que las condiciones actuales limitan severamente su operatividad. Estima que los análisis contenidos en el Estudio de Factibilidad, junto con estudios especializados como los de Moffatt & Nichol (2024) y Berenguer Ingenieros (2019), demuestran que el nivel de agitación en la dársena excede los umbrales aceptables más del 25 % del tiempo, restringiendo significativamente las operaciones del muelle y que en comparación con el muelle

granelero, las condiciones del futuro atraque serían aún más críticas, comprometiendo la funcionalidad y la viabilidad del proyecto sin las medidas de protección adecuadas. Considera que la evidencia técnica muestra que las terminales de carga general, especialmente aquellas que operan con carga rodada (Ro-Ro), requieren umbrales de agitación más bajos que las terminales graneleras para funcionar de manera eficiente. Sin un rompeolas adicional, la energía del oleaje seguiría afectando la dársena, elevando los costos de mantenimiento y reduciendo la seguridad operativa. Los estudios de propagación del oleaje también sugieren la necesidad de reforzar la protección hacia el norte para disminuir la concentración de energía en el interior del puerto. Las simulaciones demuestran que la inclusión de un nuevo rompeolas no solo mejora drásticamente la operatividad del muelle, sino que también reduce la entrada de arena, optimizando así las condiciones de maniobra y atracado. Por tanto, propone que la construcción del rompeolas sea un requerimiento mínimo del proyecto y que su costo se integre en el presupuesto de referencia. Además, es necesario ajustar las tarifas "all-in" para reflejar este cambio, asegurando la sostenibilidad financiera del puerto. La incorporación de estas mejoras garantiza que el Muelle de Carga General cumpla con los estándares de mercado, aumente su productividad y reduzca los riesgos de inactividad, consolidando la inversión como técnica y económicamente viable a largo plazo. Por ende pide 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 y que 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. La Administración indica que el estudio de oleaje realizado por Moffatt & Nichol señala que, aunque hay oleaje con períodos mayores a 15 segundos en el 25% del tiempo, solo el 10% de ese período presenta olas que superan los 0.35 m de altura, lo que sugiere un impacto operativo menor al planteado inicialmente. Considera que si bien la construcción de un rompeolas adicional podría reducir el downtime y mejorar la operatividad, el análisis costo-beneficio basado en el volumen anual de carga y las condiciones de agitación concluye que no es necesaria la extensión del rompeolas existente ni la construcción de uno nuevo y que este criterio está respaldado por el Estudio de Factibilidad, que no considera imprescindible el rompeolas y no lo incluye como requerimiento en la propuesta de contrato. Además indica que el recurso presentado para argumentar la necesidad de un rompeolas carece de la fundamentación y prueba técnica

adecuada para respaldar su solicitud. Indica que el análisis contenido en el Anexo H del Estudio de Factibilidad aborda alternativas de expansión del terminal de graneles y no concluye que el rompeolas sea una condición indispensable. Conforme al marco legal aplicable, incluyendo el Reglamento de Concesiones y la Ley General de Contratación Pública, un recurso debe estar acompañado de pruebas idóneas que refuten los criterios técnicos existentes. Al no cumplir con esta carga de prueba, el recurso resulta improcedente. Ahora bien, de todo lo dicho por las partes considera esta Contraloría General de la República que el recurso presentado carece de fundamentación adecuada, ya que se basa en una recomendación para la construcción de un rompeolas sin demostrar técnicamente su necesidad ni que la actuación de la Administración sea incorrecta o contraria a los estudios de factibilidad realizados. Los análisis citados, incluidos los estudios de oleaje y agitación de Moffatt & Nichol, concluyen que, aunque un rompeolas adicional podría mejorar las condiciones operativas, no es indispensable para garantizar la funcionalidad del muelle. Tampoco existe una obligación contractual que exija su construcción, siendo esta una decisión opcional y bajo riesgo del oferente. Así pues de acuerdo con la normativa aplicable, en particular los artículos 87 y 88 de la Ley General de Contratación Pública y el Reglamento de Concesiones, exige que los recursos se presenten con prueba idónea que respalde la impugnación, siendo que en este caso, no se aportaron estudios técnicos concluyentes que desvirtúen las decisiones adoptadas por la Administración. Por tanto, conforme a la legislación vigente, procede el **rechazo de plano** del recurso por falta de fundamentación. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución. No obstante, lo anterior y sin perjuicio del rechazo antes indicado, la Administración deberá dejar constancia en el expediente del proyecto de la explicación técnica que sustenta la no necesidad de un rompeolas, garantizando así la transparencia y la documentación adecuada de las decisiones tomadas.

5) Sobre la saturación del muelle a granel. Construcción de obras adicionales. Criterio de la División. El objetante indica que de acuerdo con los Informes de Fiscalización disponibles, la tasa de ocupación del puesto 4 supera el 90%, reflejando un uso crítico del muelle. 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, para lo cual aporta un detalle porcentual de ocupación de los últimos 4 años, concluyendo un

porcentaje de 97.2%, lo que refleja un estado de saturación total, considerando que este porcentaje no puede llegar a un rango de 100%. Explica que 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). Por lo que sin cambios relevantes en la infraestructura (segundo muelle de granel) o en el equipamiento (sistema de descarga de alto rendimiento y galpones), no será posible que el nuevo concesionario pueda conseguir una ocupación por debajo del 75% incluso aumentando de forma sensible el nivel de productividad t/h actual. A partir de lo anterior, estima que el cartel debe incorporar como requerimiento, la construcción de un segundo muelle de granel y un sistema de descarga de alto rendimiento y galpones como mínimo, caso contrario se estaría comprometiendo la funcionalidad y operatividad a corto y largo plazo, siendo que esa falta de previsión podría llegar a afectar la capacidad del puerto a futuro. Con lo cual se ven afectados los principios de eficiencia, igualdad y libre competencia, interés público, sostenibilidad, y evidencia falta de planificación y previsión. Por lo anterior, solicita se incorporen al cartel las obras adicionales necesarias para garantizar una operación eficiente y sostenible del segmento de granel, y que estas obras sean valoradas en los estudios financieros, los plazos constructivos y en la definición de tarifas. La Administración indica que efectivamente el muelle 4 presenta una tasa de ocupación excesivamente elevada, por ese motivo se plantea cambiar la metodología de descarga actual, con una grúa móvil apoyada por las grúas del buque, por descarga mediante dos grúas MHC sin intervención de las grúas del buque, y la construcción de un segundo amarradero y una tercera grúa MHC para poder descargar dos buques simultáneamente, complementadas en caso de ser necesarios con galpones de almacenamiento en tierra, con lo que se consigue reducir las tasas de ocupación a niveles aceptables, tal como puede verse en el Anexo I a esta respuesta, en el que se incluye un extracto de los cálculos de la capacidad del muelle granelero, tanto en la actualidad como después de la actuación. No obstante indica, el oferente podrá proponer cualquier otro sistema que considere adecuado: descargadoras continuas apoyadas con fajas transportadoras, otro Layout diferente, etc. Asimismo, en el Anexo 11 es evidente la inclusión del requerimiento mínimo de construir un segundo muelle de granel. Por esta razón estima, que el argumento debe ser rechazado, en vista que el propio pliego ha considerado el requerimiento del recurrente. En el presente caso, el recurrente manifiesta que la capacidad actual del puesto 4 del muelle se encuentra muy cercano al 100%, lo cual resulta técnicamente insostenible, por lo que propone la necesidad de incorporar desde el

pliego, la necesidad de obras adicionales que descongestione el exceso de carga sobre ese puesto, no obstante, el recurrente no explica por qué razón esta omisión efectivamente le impide participar o bien estructurar una oferta bajo parámetros técnicos suficiente para ofrecer el servicio, pareciendo su planteamiento una preocupación de un posible evento a futuro pero no de una condición real que imposibilite presentar una oferta técnica y económica satisfactoria para la Administración Concedente. En todo caso en el Anexo 11 del borrador del contrato, en el punto 5 se observa un detalle para la operación de graneles en donde se observa que tanto el segundo puesto de atraque como la utilización de galpones se encuentra prevista. En este orden en dicho Anexo 11 se indica en lo de interés: *“(...) 5. OPERACIÓN DE GRANELES Esta sección presenta los requerimientos operacionales para la operación de graneles sólidos alimentario y no alimentario, en lo relativo a los equipos de manejo e infraestructura de apoyo. 5.1. ESTRUCTURAS MARÍTIMAS: ATRAQUE Y AMARRE Y PASARELA DE ACCESO - Para la operación de graneles sólidos se prevén las siguientes obras de desarrollo. - Se continuará utilizando el actual puesto N° 4 ampliando su longitud en toda la anchura actual, o suplementado con dos postes de amarre para el atraque de buques de hasta 230m LOA, con una profundidad de -13.6 metros referida a la MLWS. - Se construirá un segundo puesto de atraque para buques tipo Handymax de 200m de eslora y con la misma profundidad de 13.6 metros referida a la MLWS, que contará con los accesorios de muelle necesarios: bolardos, defensas, escalas, etc. - La orientación del nuevo muelle se definirá en función del resultado de los estudios de agitación y estudios dinámicos de buque atracado, pudiendo el concesionario proponer prolongar la alineación actual del puesto N° 4, o plantear un muelle exento, en cuyo caso, se requerirá la construcción de un puente de acceso, bien desde tierra o conectando con el puesto N° 4, que, en cualquier caso, deberá tener suficiente anchura para permitir la maniobrabilidad de camiones (...)” “...Galpones para almacenamiento de graneles (alimentario y no alimentario). El Concesionario podrá elegir construir galpones de almacenamiento para los graneles sólidos desde el principio de la concesión u operar sin ellos, en cualquier caso, estará obligado a construirlos cuando el downtime de operaciones debido a la no disponibilidad de camiones para ejecutar la descarga de graneles supere el 15% por un periodo sostenido de 6 meses. El galpón o galpones de almacenamiento deberán tener una capacidad mínima de almacenamiento de 20,000 toneladas, calculada para almacenar el volumen descargado por el barco promedio, justificándose el espaciamiento y procesos considerados para las operaciones dentro del galpón (cargadores, camiones, chutes, etc.). En el caso que se construyan los galpones deberá implementarse una flota interna de camiones para el transporte de los graneles*

desde el muelle hasta los galpones u otro mecanismo que se justifique...” En función de lo expuesto y dado que en todo caso lo requerido por el recurrente se encuentra previsto dentro de los alcances de la contratación, se **rechaza de plano** el recurso en este extremo.

6) Sobre el período de construcción de 30 meses. Cláusula 2.4.2. Criterio de la

División. El objetante señala que el proyecto implica una serie de actividades constructivas, que incluyen construcción de línea de puerto y dragado, sin embargo no existe un cronograma que refleje desde el plano técnico este plazo, el cual 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. Estima que el plazo de 30 meses coloca al concesionario en una posición de desventaja y de incumplimiento inminente, siendo que además no existe una adecuada evidencia de la forma en que la Administración ha definido dicho plazo, por lo que este debe ampliarse. Expresa que no debe perderse de vista que para este proyecto, el concesionario debe mantener la operatividad normal del puerto utilizando la misma infraestructura que debe ser modificada durante el desarrollo del proyecto, siendo esta el 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 lo que se debe sumar la limitada área física para su desarrollo. Indica como ejemplo 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, por lo que las obras marinas requerirían 41 meses adicionales. Señala que el documento utilizado por INCOP denominado "Formulación del Proyecto a Nivel de Factibilidad" tampoco permite evidenciar este proyecto en un plazo de 30 meses. 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. Solicita que el plazo se amplíe en al menos 24 meses adicionales. La Administración indicó que la ejecución de las obras se ha estimado teniendo en cuenta las distintas unidades y volúmenes de obra y los rendimientos de la maquinaria que deberá utilizarse, así como los periodos de fabricación, montaje y pruebas de los equipamientos, pero también se ha considerado la situación de congestión actual del puerto, por lo que se ha priorizado la urgencia en contar con las nuevas instalaciones operativas, acortándose los plazos lo máximo posible, para lo que se ha considerado la utilización simultánea de dos equipos en unidades críticas de la obra como son la hinca de pilotes y la construcción de la superestructura de los muelles. Para esto explica que durante el período de 30 meses, se deberá tener en operación 300 m del nuevo muelle de contenedores, para tener un puesto operativo mientras se construye el resto del nuevo muelle de contenedores, un nuevo muelle para mercancía general y tráfico rodado, reparaciones y mejoramiento del muelle, y el nuevo muelle de graneles. Al respecto indica, que la segunda parte del nuevo muelle de contenedores y el resto de obras generales tendrán un plazo adicional de 18 meses, para un plazo total de 48 meses desde la orden de inicio de las obras. Sin embargo aclara que si el oferente propone una alternativa con un volumen de obra mayor que el definido en el estudio de factibilidad, se mantendrá el plazo de 30 meses, y para la totalidad de las obras, el proponente deberá ofrecer un plazo justificado en función de la tipología y volumen de las obras. Finalmente indica que para mayor claridad, sobre este extremo se harán las modificaciones correspondientes en el cartel para que no exista ambigüedad a lo que se debe cumplir dentro del plazo de 30 meses. El objetante considera insuficiente el plazo de 30 meses previsto en la cláusula 2.4.2 para llevar a cabo las actividades que el proyecto comprende, no obstante resulta omiso en su fundamentación por cuanto ha de considerarse como lo indica la Administración, que existen una serie de obras que efectivamente deben estar terminadas durante ese plazo inicial de 30 meses, y otras de alcance general deben concluirse en 18 meses adicionales, sin que el recurrente haya efectuado distinción alguna entre ambos plazos en su planteamiento. Por otra parte, no debe perderse de vista que el recurrente parte de un ejemplo constructivo como lo es la tipología de plataforma sobre pilotes para concluir que para esta actividad se requiere solo de 29 de meses para su realización, sin efectuar los cálculos que lo hacen llegar a esa determinación, lo que en todo caso obedece a un escenario modelado que no necesariamente va a corresponder con la

logística para este proyecto, que la Administración en la respuesta a la audiencia especial ha señalado se procurará la utilización simultánea de dos equipos en las áreas críticas para el hincado de pilotes. Si bien el recurrente trata de efectuar algún ejercicio para demostrar la insuficiencia del plazo de 30 meses, no efectúa un análisis técnico suficiente para demostrar su dicho, por ejemplo haciendo un recuento de las actividades principales que involucra el proyecto y sus tiempos de duración estimada por hito o avance de obra, debiendo señalar además este órgano que tampoco existe una fundamentación adecuada que justifique los 24 meses adicionales que solicita. Por otra parte, si bien en el pliego no se observa el señalamiento de los 18 meses adicionales que refiere la Administración, esta reconoce y manifiesta que precisará de mejor manera en el pliego dicho plazo, motivo por el cual, a pesar de la débil fundamentación del recurrente, a partir de esta precisión señalada por la licitante, se declara **parcialmente con lugar** el recurso en este extremo, a efecto que la Administración delimite con claridad las obras que deben cumplirse en el plazo de 30 meses y las que deben cumplirse en el plazo adicional de 18 meses.

7) Sobre las soluciones alternativas de infraestructura. Criterio de la División. Sobre el particular, la objetante señala que es indispensable que la 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. Estima que 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. Solicita que el pliego se modifique a efecto de 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. En esa línea estima que se deben adecuar los requerimientos técnicos mínimos del puerto a las necesidades futuras. Agrega que 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. Indica que en el pliego 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. Solicita que se permita a los oferentes tener flexibilidad de presentar propuestas que no sólo

cumplan sino que superen los requerimientos técnicos mínimos establecidos fomentando la adopción de soluciones sostenibles, competitivas y preparadas para los retos del comercio internacional y 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. La Administración manifiesta que más que una objeción, el recurrente “recomienda” que el pliego de condiciones sea modificado para que los oferentes puedan presentar soluciones alternativas de infraestructura. Señala que la cláusula 1.5 del pliego ya sugiere que los oferentes podrán incluir en sus propuestas técnicas y económicas las soluciones alternativas que consideren pertinentes para mejorar la calidad de la obra o el nivel de servicio a los usuarios. A partir de lo indicado por las partes, se observa que la cláusula 1.5 del pliego, citada por la Administración, expresamente señala: “(...) *el Gobierno invita a las empresas interesadas a presentar sus ofertas para el diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación de Puerto Caldera, de acuerdo con las especificaciones técnicas, financieras y legales del presente Cartel. Los Oferentes podrán incluir en sus propuestas técnicas y económicas las soluciones alternativas que consideren pertinentes para mejorar la calidad de la obra o el nivel de servicio a los usuarios.*” Es por ello que se estima que no lleva razón la firma objetante, ya que el pliego permite la presentación de soluciones alternativas respecto al diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento, operación y explotación de Puerto Caldera. En virtud de lo dispuesto, se **rechaza de plano** este aspecto. Por otra parte, el recurrente señala: “*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*”. No obstante, más allá de su recomendación o propuesta, no prueba que el cartel, tal como está actualmente, le limite la participación o violente algún otro principio de contratación con lo cual requiera ser modificado. Así las cosas, se **rechaza de plano** este aspecto. Sin perjuicio de lo anterior y, en lo que resulte pertinente, se remite a lo resuelto por este órgano contralor en el punto 3 del recurso de DP World CL Holding Americas Inc.

8) Sobre la falta de exclusividad. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la cláusula 1.15.4.3 del borrador del contrato dispone: “*1.15.4.3 Riesgos por nuevos proyectos y servicio de remolcadores. 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.” Al respecto, la objetante señala que la cláusula presenta serias deficiencias al no garantizar la exclusividad territorial para el concesionario y no proteger adecuadamente la viabilidad financiera del proyecto, lo cual afecta los principios fundamentales de la contratación pública y la seguridad jurídica del concesionario. Indica que en un proyecto de gran envergadura que implica una significativa inversión, la existencia de otro puerto en la misma región podría afectar gravemente el volumen de carga manejado por el concesionario, lo que impactaría negativamente sus ingresos y la viabilidad económica del proyecto. Estima que este riesgo no puede resolverse simplemente con una fórmula de reajuste tarifario, ya que la pérdida de mercado representa un perjuicio estructural que no se soluciona con aumentos en tarifas, especialmente cuando estas ya están reguladas. Adiciona que la cláusula genera incertidumbre al vincular la asunción de riesgos a que se demuestre que el proyecto portuario fue solicitado por la Administración Concedente. En esa línea estima que este enfoque no contempla escenarios en los que un nuevo puerto sea promovido por terceros con permisos de otras entidades, lo que podría generar competencia directa sin ninguna garantía de compensación para el concesionario. Consideración que la ambigüedad de los términos "asume los riesgos" y "alteración o afectación al Contrato de Concesión" deja espacio a interpretaciones arbitrarias, sin criterios claros ni mecanismos definidos para determinar cuándo un nuevo proyecto portuario afectaría negativamente al contrato vigente. Explica que la ausencia de exclusividad territorial explícita dentro de un radio razonable, genera un riesgo que compromete la rentabilidad del concesionario. Además, considera que condicionar la asunción de riesgos a que los nuevos proyectos hayan sido "solicitados" por la Administración Concedente introduce una incertidumbre jurídica y tampoco se establece un mecanismo claro para determinar qué constituye una afectación, lo que deja al concesionario en una posición vulnerable y sin garantías. Solicita que se modifique el pliego de forma que se incluya una cláusula que garantice la 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. La Administración manifiesta que el recurso en este extremo debe ser rechazado, toda vez que las necesidades que puedan darse en materia de puertos, en resguardo del interés público, no pueden estar condicionadas a una exclusividad requerida, respecto de un bien de dominio público. Agrega que dentro de la cláusula 3.4.2 se estipula que el mecanismo de restablecimiento

del equilibrio económico financiero, al que tendrá derecho el Concesionario, se da en caso de que la Concesión se vea afectada debido a la adopción de medidas o políticas u omisiones de obligaciones estatales, incluyendo pero no limitando, a promulgación de nuevas leyes o regulaciones que impongan costos, tarifas o impuestos adicionales, que afecten negativa o positivamente la rentabilidad de las operaciones del Concesionario o como consecuencia directa y particular de cambio en leyes aplicables o en la interpretación de las mismas. Visto lo dispuesto por las partes, se estima que la solicitud presentada por la objetante carece de una fundamentación suficiente para justificar la modificación de la cláusula 1.15.4.3 del contrato de concesión. Lo anterior, ya que aunque la objetante argumenta que la falta de exclusividad territorial compromete la viabilidad financiera del proyecto, no presenta pruebas concretas que demuestren el impacto económico real que tendría la competencia de nuevos puertos en la región. Las afirmaciones sobre la pérdida de mercado y el impacto en los ingresos del concesionario no están respaldadas por datos específicos ni análisis financieros que respalden que la creación de otro puerto afectaría de manera significativa su rentabilidad. En ese sentido, sin evidencia sólida que sustente estos riesgos, la solicitud no tiene una base sólida para ser aceptada. Por otro lado, la objeción también menciona la ambigüedad de los términos "asume los riesgos" y "alteración o afectación al Contrato de Concesión", pero no proporciona un análisis profundo que demuestre cómo estos términos generan incertidumbre o inseguridad jurídica. No se presentan ejemplos concretos ni precedentes que evidencien que tales términos hayan causado interpretaciones arbitrarias en situaciones previas. La falta de un análisis comparativo o jurisprudencial que respalde esta afirmación debilita el argumento de que la cláusula podría dar lugar a interpretaciones imprecisas, lo que hace que la objeción carezca de fundamento suficiente para justificar una modificación en el contrato. Finalmente, la solicitud de incluir una cláusula de exclusividad territorial dentro de un radio de 300 km también está mal fundamentada, ya que la objetante no demuestra la necesidad de esta medida para la viabilidad del proyecto. Aunado a ello, la Administración, por su parte, ya ha previsto mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero en caso de que nuevas medidas afecten al concesionario, lo que refuerza la posición de que la exclusividad territorial no es indispensable. Es por ello que se estima que la objeción no aclara de manera convincente por qué el mecanismo ya establecido no sería suficiente para mitigar los riesgos económicos, lo que hace que la solicitud de modificación de la cláusula 1.15.4.3 carezca de una justificación adecuada y en virtud de ello se **rechace de plano por falta de fundamentación**. Al respecto, se remite al Considerando I de la presente resolución.

POR TANTO

De conformidad con lo expuesto y con fundamento en los artículos 24, 34 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y 14, 15 y 16 del Reglamento General Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, se resuelve: **1) DECLARAR PARCIALMENTE CON LUGAR** los recursos de objeción interpuestos por **APM TERMINALS B.V, SAAM PUERTOS S.A., DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC., INTERNATIONAL CONTAINER TERMINAL SERVICES, INC.**, en contra del pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR No. 2024-LY-CAL-000001-INCOP** promovida por el **INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO (INCOP)** para la “Concesión de obra pública con servicio público para la modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera”. **2) PREVENIR** a la Administración para que proceda a realizar las modificaciones indicadas al pliego de condiciones, dentro del término y condiciones previstas en el artículo 25 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y 14 y 16.3 del Reglamento a la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. Se da por agotada la vía administrativa. **NOTIFÍQUESE.**

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Edgar Herrera Loaiza
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Suraye Zaglul Fiatt
Fiscalizadora
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnico
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

Lucía Gólcher Beirute
Fiscalizadora
División de Contratación Pública
Contraloría General de la República

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

LGB/MALV/EHL/AAA/SZF/FHB/MRM/MMR/DQS/PJG/LCHA/LJC//KQC/DVR/FMM
NI: 26395, 26399, 26404, 26421, 26450, 26451, 26477, 26861, 27411, 27588, 27815, 27888
NN: 00604 (DCP-0018)
G: 2024005591-1
Expediente electrónico: CGR-ROC-2024008917