

R-DCP-00023-2025

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. División de Contratación Pública.

San José, a las a las trece horas con cuarenta y siete minutos del veintitrés de mayo de dos mil veinticinco.

RECURSOS DE OBJECCIÓN interpuestos por **DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC.**, en contra de la enmienda No. 1 y enmienda No. 2 al pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR No. 2024LY-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 la empresa DP World CL Holding Americas Inc., el tres de abril del presente año, presentó recurso de objeción en contra de la enmienda No. 1 al pliego de condiciones del procedimiento de Licitación Mayor No. 2024LY-CAL-000001-INCOP para la concesión de obra pública con servicio público para la modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera.

II. Que mediante auto de las doce horas cincuenta y ocho minutos del cuatro de abril de dos mil veinticinco se otorgó audiencia especial a la Administración. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado al expediente.

III. Que la empresa DP World CL Holding Americas Inc., el veinticuatro de abril del presente año, presentó recurso de objeción en contra de la enmienda No. 2 al pliego de condiciones del procedimiento de Licitación Mayor No. 2024LY-CAL-000001-INCOP para la concesión de obra pública con servicio público para la modernización de infraestructura y equipamiento de Puerto Caldera.

IV. Que mediante auto de las ocho horas cincuenta y siete minutos del treinta de abril de dos mil veinticinco se otorgó audiencia especial a la Administración. Dicha audiencia fue atendida mediante escrito incorporado al expediente.

V. Que mediante resolución R-DCP-00018-2025 de las catorce horas con cincuenta y dos minutos del seis de mayo de dos mil veinticinco este órgano contralor acumuló los recursos de objeción interpuestos.

VI. Que la presente resolución se dicta dentro del plazo de Ley y en su trámite se han observado las disposiciones legales y reglamentarias respectivas.

CONSIDERANDO

I) SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES Y LAS CONSIDERACIONES DISPUESTAS EN LA RESOLUCIÓN R-DCP-00004-2025.

a) Sobre los desencadenantes de inversión. En el punto 4, apartado “II. SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES” de la resolución de primera ronda de objeción R-DCP-00004-2025, se abordaron entre otros temas, los desencadenantes de inversión. Al respecto, en el documento *FN-0285 Diferencia y detalle CAPEX* se indica que “(..) los momentos en que deben realizarse las inversiones, el Anexo 11 indica los requerimientos necesarios para la obtención de la orden de inicio de la etapa de explotación total, momento en el que se considera finalizada la etapa de construcción tras cumplir con los requerimientos técnicos de obligado cumplimiento”. Además, el documento *FN-0287- Sobre desencadenantes de inversión*, establece que: “(...) durante la redacción de los términos de referencia y del contrato, se incorporaron los Anexos 6, 11 y 18 que cumplen el mismo objetivo, pero dan mayor flexibilidad para incorporar las necesidades de infraestructura y equipamiento (...). Estos desencadenantes de inversión se aplicarán a determinados recursos del terminal, en concreto a las grúas STS, MHC, RTG, EHC, plataformas para contenedores refrigerados y a los TT, como una categoría de medición del desempeño operativo, en las condiciones descritas en el anexo 18.”

En virtud de que la Administración cuente con información atinente a la concesión que refleje los términos y condiciones de los derechos y obligaciones plasmados en el cartel de licitación y en el contrato de concesión, es responsabilidad del INCOP la verificación de la inclusión en las ofertas de todas las inversiones incluidas en el CAPEX del proyecto, así como forma parte de las responsabilidades de los oferentes considerar en sus ofertas

estos aspectos y que se reflejen en su Modelo Financiero según lo establecido en la cláusula 2.8.3 del contrato y los Anexos 6, 11 y 18.

b) Sobre los requisitos del programa de Construcción y principales plazos. En el punto 7, apartado “II. SOBRE EL PLIEGO DE CONDICIONES” de la resolución de primera ronda de objeción R-DCP-00004-2025, este órgano contralor solicitó la revisión del cuadro de hitos y plazos del Anexo 6 del borrador del contrato aspecto que fue atendido por la Administración. Ahora bien como parte de los ajustes realizados al anexo se observa que en la enmienda No. 1 el plazo de construcción fue ampliado en hasta 18 meses, por lo que pasa de un máximo de 30 meses contemplados en el pliego de condiciones inicial a 48 meses, lo que igualmente fue modificado en la cláusula 1.6 del pliego.

Sobre el particular, entiende este órgano contralor que la Administración valoró si este ajuste genera algún impacto en los documentos que fueron conocidos por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP) o en el criterio vinculante rendido, aspecto que se deja librado a la exclusiva responsabilidad del INCOP.

Por otra parte, se tiene que en el documento del expediente de la contratación identificado como *FN-0295 Sobre plazos máximos de construcción* se encuentra un cronograma de obras que resulta ilegible, aspecto que debe ser subsanado.

c) Sobre la cláusula 6 de experiencia del consultor (Anexos 16.1 y 16.2). En el punto 9, inciso b, de la sección relativa al análisis del pliego de condiciones de la resolución R-DCP-00004-2025, este órgano contralor requirió a la Administración especificar de manera precisa los criterios para verificar la experiencia general del consultor y los equipos de trabajo. Se solicitó detallar la metodología para determinar el cumplimiento de dicha experiencia, así como los documentos, certificaciones y atestados que cada profesional debería presentar para su valoración.

A partir de la revisión de los Anexos 16.1 y 16.2 del pliego de condiciones, así como del documento identificado como *FN-291 Sobre las disposiciones en material ambiental y*

social, esta División de Contratación advierte que la Administración no ha proporcionado la claridad y certeza necesarias en relación con la forma en que se determinará el cumplimiento de la experiencia exigida, ni ha especificado de manera exhaustiva los documentos probatorios que serán considerados para validar dicha experiencia.

En consecuencia, se reitera a la Administración la necesidad de clarificar este aspecto crucial de los Anexos 16.1 y 16.2, detallando los criterios y la documentación que se utilizarán para evaluar la experiencia general del consultor y los equipos de trabajo, a fin de garantizar la transparencia y objetividad en el proceso de selección.

d) Sobre la cláusula 6 y los conflictos de interés. En el punto 9, inciso d, de la sección concerniente al análisis del pliego de condiciones de la resolución R-DCP-00004-2025, este órgano contralor requirió a la Administración pronunciarse sobre la cláusula 6 de los Anexos 16.1 y 16.2, específicamente en lo referente a los supuestos de conflicto de interés. Entre otros aspectos, se solicitó aclarar si dichos supuestos abarcaban únicamente situaciones a nivel nacional o si también incluían escenarios internacionales. Sin embargo, se observa que la enmienda presentada no detalla este punto en particular.

Por lo tanto, se reitera a la Administración la necesidad de incorporar al pliego de condiciones la aclaración solicitada por la Contraloría General en relación con el alcance geográfico de los supuestos de conflicto de interés establecidos en la cláusula 6 de los Anexos 16.1 y 16.2 del pliego, especificando si estos comprenden tanto situaciones nacionales como internacionales.

e) Sobre el análisis de brechas entre la legislación de Costa Rica y ND5 del IFC. En la resolución R-DCP-00004-2025, específicamente en el punto 9, inciso e, del apartado relativo al análisis del pliego de condiciones, este órgano contralor solicitó a la Administración aclarar y definir si disponía de estudios sobre el posible impacto económico de las compensaciones establecidas, cuál sería su efecto en las ofertas económicas de los interesados y quién asumiría finalmente dichos costos.

Tras la revisión de las enmiendas No. 1 y No. 2 presentadas al pliego de condiciones, esta Contraloría no logra identificar que la Administración haya dado respuesta a la

solicitud formulada en el punto previamente citado. No se omite indicar que se ha tenido a la vista el documento *FN-0291 Sobre las disposiciones en materia ambiental y social* que fue incorporado al expediente, el cual remite tanto al Reporte de la Evaluación Ambiental y Social identificado como documento FN-0022 como al estudio de factibilidad sin precisar cómo estas remisiones resuelven los aspectos requeridos.

Por lo tanto, se reitera a la Administración la necesidad de atender lo solicitado en el punto 9, inciso e, de la resolución R-DCP-00004-2025. En caso de que la Administración considere que este requerimiento ya ha sido abordado en alguna parte del expediente, se solicita especificar la ubicación precisa dentro de la documentación donde se pueda encontrar la respuesta a la consulta planteada por este órgano contralor.

f) Sobre el plazo del análisis cualitativo de vulnerabilidad. En el punto 9, inciso f, de la sección del análisis del pliego de condiciones de la resolución R-DCP-00004-2025, este órgano contralor requirió a la Administración establecer un plazo específico para la entrega del análisis correspondiente. Sin embargo, tras la revisión de las enmiendas practicadas, no se ha identificado dicho plazo. Cabe señalar que si bien en la modificación realizada se indica que este análisis debe ser desarrollado en paralelo con el Proyecto Constructivo, no se precisa si el plazo para su entrega es el mismo que aplica al proyecto constructivo o si le aplica un plazo distinto.

Por consiguiente, se reitera a la Administración la obligación de señalar expresamente el plazo de entrega para el análisis en el pliego de condiciones. En caso de que este plazo ya se encuentre estipulado en otra sección de la cláusula pertinente, se solicita indicar su ubicación precisa a fin de asegurar la claridad y la certeza jurídica para todos los interesados en el proceso.

g) Sobre mecanismo de atención de quejas. En el punto 10 inciso f) de la sección del análisis del pliego de condiciones de la resolución R-DCP-00004-2025, se indica que en el Anexo 16.3, Términos de referencia para la elaboración del Plan de relacionamiento por partes interesadas (concesionario), se indica que este 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 e estatuye que como parte del PRPI, el

concesionario debe diseñar 3 mecanismos de quejas y reclamos diferenciados, uno para las partes interesadas externas, uno interno para trabajadores, contratistas proveedores y otros actores internos del proyecto y uno dedicado a atender las quejas por violencia de género. Además en el Anexo 16:4 Términos de referencia para la elaboración del Plan de Restablecimiento de medios de subsistencia (PRMS), en cuanto al punto 4.3.12, se determina que el manejo de quejas y reclamos será responsabilidad del INCOP, de manera que no puede ser delegada en el concesionario o un tercero.

Se señaló que no se indicaba si la instrucción y resolución final de reclamos y quejas recae en todos los supuestos en el concesionario, lo cual supondría que sería juez y parte en la resolución de ese tipo de reclamos o quejas. No obstante las cláusulas no sufrieron variación alguna por lo que se debe verificar y valorar nuevamente dicho aspecto.

Finalmente se advierte, tal y como se dijo en la resolución R-DCP-00004-2025, cualquier sanción que se encuentre en algún otro aparte del pliego que no sea el Anexo 21, por seguridad jurídica, debe constar en dicho anexo.

h) Sobre la normativa dispuesta en la cláusula 7.3 del cartel (Revisión de las ofertas). En el punto 2 del recurso interpuesto por APM Terminals B.V., en la primera ronda de objeción, según se observa en la resolución emitida por este órgano contralor en la etapa precedente, se dispuso la eliminación de cualquier referencia a la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, en virtud de su derogación y consecuente falta de vigencia. No obstante lo anterior, se constata que en la cláusula 7.3 del pliego de condiciones aún persiste una remisión a la normativa previamente señalada.

En tal sentido, se reitera la instrucción a la Administración Concedente para que proceda con la corrección de la cláusula 7.3 del pliego de condiciones, eliminando toda alusión a la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, a fin de garantizar la coherencia y la correcta aplicación del marco legal vigente al presente proceso de contratación.

i) Sobre el punto 2 incisos vi y vii del Anexo II. En el punto 4 del recurso presentado por APM Terminals B.V. durante la primera etapa de objeciones, según consta en la

resolución R-DCP-00004-2025, este órgano contralor analizó la cláusula 3.3.7 del borrador del contrato, relativa a los “Ingresos al INCOP”, así como el numeral 3.2 del Anexo 15, concerniente a los pagos extraordinarios al Estado.

Posteriormente, se advierte que la Administración, mediante la enmienda No. 1, modificó la cláusula 3.3.7 del pliego en lo referente a los ingresos destinados al INCOP y eliminó el punto 3.2 del Anexo 15. No obstante, esta Contraloría General observa que en el punto 2, denominado “Consideraciones Generales sobre la Oferta”, incisos vi y vii del Anexo II, referentes a la “Determinación de la Oferta Económica”, se establece que: *“vi. Los Pagos Ofrecidos por el Oferente a la Administración Concedente deberán consistir en una estructura que considere un monto anual fijo y un monto anual variable sobre los ingresos brutos del Concesionario, como se indica en la Tabla 2 de este anexo./ vii. La determinación de los montos por concepto de Pagos Ofrecidos por los Oferentes a la Administración Concedente no podrán resultar en cifras menores ni mayores que las que se indican en la Tabla 2 del presente documento. En caso de que las Ofertas Económicas no respeten las limitaciones de dicha tabla, tales ofertas quedarán eliminadas de forma automática.”* Aunado a lo anterior, se tiene que la referida Tabla No. 2, incorporada en la enmienda No. 1, establece montos máximos y mínimos para los pagos ofrecidos por los oferentes a la Administración Concedente, tanto para el componente fijo como para el variable.

En virtud de las modificaciones introducidas al pliego de condiciones, resulta necesario que la Administración tome en consideración lo expuesto ya por parte de este órgano contralor en la resolución R-DCP-00004-2025 de repetida cita, este órgano contralor manifestó lo siguiente: *“(...) 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 (...)".

De tal forma, que la Administración bien podría establecer los pagos extraordinarios al Estado como parte de los factores del sistema de evaluación, como efectivamente lo está haciendo. No obstante, del contenido del pliego (cláusula 6.9) se desprende que el pago está previsto como un requisito de admisibilidad, en el tanto se dispone como un imperativo la necesidad de ofrecer pagos por un monto que se encuentre dentro de las cifras menores y mayores definidas en la Tabla 2 del Anexo No. II "Determinación de Oferta Económica", bajo pena de exclusión automática del concurso. Lo que se estima improcedente según se expuso en la resolución de citas y sin que a la fecha se cuente con un criterio jurídico que se refiera a la viabilidad de incorporar los pagos extraordinarios como parte de los requisitos de admisibilidad.

Por lo tanto, se reitera lo expuesto por parte de este órgano contralor en la resolución R-DCP-00004-2025 para que la Administración proceda con la modificación del pliego,

dejando claro que no es una obligación del oferente proponer a la Administración Concedente. Es decir, que bien podría el oferente no incluir pago extraordinario alguno a favor de la Administración Concedente, sin que esto implique su exclusión, sino que la consecuencia estaría limitada a la pérdida del porcentaje respectivo en el sistema de evaluación.

Adicionalmente, se observa que el pago susceptible de ser premiado con puntuación en el sistema de evaluación, se encuentra limitado por un rango de cifras menores y mayores definido por parte de la Administración. Más allá de lo que la Administración debe ajustar en la cláusula, es preciso que la Administración revise y explique la determinación que se tome en relación con la consecuencia que tendría el hecho de ofrecer pagos extraordinarios por fuera de esos rangos, de tal modo que se establezca como una condición que genera la no obtención del porcentaje respectivo o la no consideración del pago ofrecido dentro de la valoración de la propuesta (caso en el cual deberá explicar las razones), siendo que como se indicó, no podría ser considerado como un requisito de admisibilidad cuyo incumplimiento genere la exclusión.

Esta explicación deberá estar incorporada al expediente de la contratación, puesto que es fundamental para asegurar la correcta comprensión de los requisitos de la oferta económica por parte de los interesados y para garantizar la transparencia del proceso de licitación.

j) Sobre las especies fiscales. En el punto 44 del recurso presentado por DP World CL Holding Americas INC., en la primera etapa de objeciones, la Administración accedió a suprimir, entre otras disposiciones, la cláusula 9.2 del cartel, reconociendo que dicha cláusula aludía a timbres fiscales cuya obligatoriedad fue derogada mediante la Ley 10586 del 5 de noviembre de 2024.

A pesar de la aceptación por parte de la Administración, se constata que si bien la licitante eliminó la referencia a los timbres derogados en otras secciones del cartel y borrador del contrato, mantuvo dicha mención específicamente en la cláusula 9.2.

Por lo tanto, se reitera a la Administración la necesidad de eliminar la referencia a los timbres también en la cláusula 9.2 del cartel, en congruencia con lo aceptado en la

resolución de la primera ronda de objeciones y con la normativa vigente. En caso de que la Administración considere pertinente mantener dicha referencia en la cláusula 9.2, deberá proporcionar una justificación clara y fundamentada de las razones que motivan dicha decisión.

k) Sobre los riesgos de la Administración concedente. En lo concerniente al punto 31 del recurso presentado por DP World CL Holding Americas INC., durante la primera fase de objeciones, esta División estableció que la Administración debía definir de manera más amplia y detallada la asignación de riesgos del proyecto, conforme a lo estipulado en el artículo 24, inciso j) de la Ley General de Contratación Pública y tomando como referencia lo expuesto por el recurrente. Sin embargo, se constata que la cláusula 1.15.4 del borrador del contrato, que se refiere a los Riesgos de la Administración Concedente, objeto de la discusión, no experimentó alteración alguna en las enmiendas No. 1 y No. 2.

Por consiguiente, se reitera la obligación previamente dictada por este órgano contralor en la resolución R-DCP-00004-2025. La Administración debe proporcionar el desglose exhaustivo de la distribución de riesgos del proyecto. En caso de que dicha información se encuentre consignada en alguna otra sección del expediente administrativo, se solicita indicar su ubicación específica para facilitar su revisión.

l) Sobre el Anexo 20 (apéndice del Anexo 27). En relación con el punto 57 del recurso interpuesto por DP World CL Holding Americas INC., en la primera ronda de objeciones, esta División determinó que la Administración debía definir e integrar la información concerniente al Anexo 20 o, en su defecto, proceder a su eliminación. Esto se debió a que el anexo presentaba únicamente la 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.”*

No obstante, de las enmiendas No. 1 y No. 2 al cartel no se observa que se realizara lo dispuesto por esta Contraloría General. En consecuencia, se reitera lo establecido en la resolución de la primera ronda de objeciones. La Administración deberá eliminar la indicación de vacío del Anexo 20 o incorporar la información pertinente relativa al alcance

de los servicios de consultores externos en apoyo a la función fiscalizadora de la Autoridad Concedente, a fin de proporcionar claridad y certeza jurídica a los oferentes.

m) Sobre suministro externo de energía. En expediente administrativo se ubica el documento identificado como *FN-0124- Adjunto de respuesta Soley Saborio y Consultas DP WORLD 10.12.2024*, en el cual se indica que *"Sobre la capacidad de soportar el crecimiento no se han identificado restricciones en el suministro externo de energía"*. Sin embargo, en el documento *FN-0314 GDRCH-1100-081-2025 Disponibilidad de Potencia Puerto Caldera ICE (20 marzo, 2025)* en respuesta a consultas formuladas por el INCOP sobre *"la disponibilidad eléctrica en Puerto Caldera por 14.91 MW demandados a partir del año 2029 y durante los siguientes 30 años"*, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) señala entre otras cosas que en *"razón de la demanda máxima solicitada y la capacidad de respaldo entre circuitos e incluso subestaciones, la disponibilidad de potencia solicitada no podría ser satisfecha por medio de los circuitos y subestaciones actuales"* e identifica cual es la dependencia institucional que atiende los estudios de clientes de demandas atípicas, los requisitos y la normativa que aplica cuando se requiere una expansión de sus redes.

Al respecto no fue posible para este órgano contralor ubicar en el expediente administrativo las solicitudes de información que fueron realizadas al ICE, el 9 de enero del 2025, mediante nota firmada por la señora Ana Ericka Araya Araya y correo electrónico de la ingeniera Melina Godoy, aspecto que deberá ser subsanado.

Aunado a lo anterior, tampoco se encontró documento que detalle las acciones tomadas por la administración licitante en relación con la respuesta recibida del ICE, en la cual se indica que existe una imposibilidad actual de satisfacer la demanda eléctrica para la expansión del puerto, aspecto que también deberá ser subsanado.

Cabe señalar que lo antes expuesto representa un riesgo crítico para la operación del proyecto, por lo que deviene necesario que el INCOP acredite el análisis realizado sobre el impacto que tal situación tiene sobre la ejecución del proyecto, máxime considerando que la necesidad, según fue planteado, es para el año 2029. Asimismo, debe quedar

clara la distribución de responsabilidades en cuanto a este riesgo del suministro externo de energía, incorporando al pliego lo que resulte pertinente.

En caso de que la Administración considere que este requerimiento ya ha sido abordado en alguna parte del expediente, se solicita especificar la ubicación precisa dentro de la documentación.

n) Sobre la sección 4, punto 10 del Anexo 12. Mediante la enmienda No. 1 al borrador del contrato, en la sección "4. SERVICIOS PRESTADOS POR LA AUTORIDAD CONCEDENTE", en el numeral de cita se indica: "10. **Acometida de coadyuvar** al Concesionario en el trámite y procesos para las obras necesarias para aumentar la capacidad de la prestación de servicio público, en caso de que sean necesarias, para soportar las previsiones de consumo, tales como subestaciones eléctricas o conducciones hidráulicas de la red de interés **genera** a través de las entidades públicas responsables" (destacado no es del original).

Esta modificación introducida al pliego de condiciones, resulta en una cláusula confusa, por lo que es necesario que se modifique para que indique con claridad a cuál servicio se está comprometiendo la administración concedente.

o) Sobre el mecanismo extraordinario de ajuste tarifario. En la cláusula 3.4.6.10 mediante la enmienda No. 1 se regula la fórmula que se utilizará como mecanismo extraordinario de ajuste para restablecer el equilibrio económico del contrato.

La fórmula presenta la siguiente equivalencia:

$$M_k = \sum_{t=k+1}^{N+S} \frac{Y_t - I_t - C_t}{(1+r)^{t-k}}$$

En el lado izquierdo de la equivalencia, el término M_k corresponde a la valoración económica del desequilibrio que se presentó (situación ocurrida) y que requiere ser

compensado para obtener el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

El lado derecho de la equivalencia refiere al ajuste en los flujos proyectados del proyecto (ajuste futuro) que resulta necesario para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, sea mediante un aumento en las tarifas, un pago directo del Estado al concesionario o la incorporación de un plazo adicional en la vigencia de la concesión.

Cabe señalar, que la fórmula antes indicada cuenta con criterio positivo rendido por la ARESEP mediante la Resolución RE-0113-RG-2025.

Ahora bien, en cuanto a las fuentes de información para el restablecimiento del equilibrio económico y la aplicación de la fórmula en cuestión, la cláusula 3.4.6.3 del borrador del contrato indica que se empleará el Modelo Financiero actualizado al momento en que se calcule el desequilibrio y la cláusula 3.4.6.4 indica que se efectuará sobre la base de los estados financieros auditados del periodo en el que se verifiquen las variaciones de los ingresos, costos de inversión o costos de operación y mantenimiento anteriormente referidas. En igual sentido la cláusula 3.3.5.6 *Procedimiento extraordinario para fijar tarifas* indica que la información para determinar los valores de cada una de las variables establecidas en la fórmula de ajuste extraordinario provendrá del modelo financiero actualizado del concesionario y de los estados financieros, sin distinguir el uso que se dará a cada una de esas fuentes. Aunado a lo anterior, se establece en la cláusula 3.4.6.10 en la definición del término M_k que la fuente a utilizar para su valoración y cálculo corresponde únicamente al numeral 3.4.6.3.

Al respecto, se tiene que el modelo financiero es actualizado anualmente (cláusulas 2.2.3.2 y 3.4.6.3) se entiende que utilizando como un insumo la información contenida en los estados financieros, que dicha actualización debe ser aprobada por la Administración Concedente (cláusulas 2.2.3.2 y 3.4.6.3), que para efectos de reequilibrio se dispone que la solicitud de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y la documentación de respaldo será conocida por una empresa consultora que emitirá una opinión técnico-económica (cláusulas 3.4.4.1 y 3.4.6.3) y por último, el borrador del

contrato prevé la realización de una auditoría del modelo financiero por parte de un tercero especializado (punto IV. del Anexo 19). En tanto que para los estados financieros, si bien se dispone que el concesionario debe presentarlos anualmente debidamente auditados, es cierto que los mismos podrían contener resultados contables que no necesariamente corresponda su traslado al modelo financiero actualizado. Así las cosas, resulta necesario que la Administración detalle con mayor amplitud el uso que dará a las fuentes de información indicadas en las cláusulas 3.4.6.3 y 3.4.6.4 de manera que existan reglas claras y que lo regulado contribuya a contar con información atinente a la concesión y que refleje los términos y condiciones de los derechos y obligaciones plasmados en el cartel de licitación y en el contrato de concesión. Lo anterior reviste especial importancia considerando que las regulaciones sobre el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato resulta ser un aspecto esencial en la bancabilidad de los proyectos de asociación pública-privada, que constituyen modelos de negocio de largo plazo sujetos a diferentes contingencias durante la vigencia del contrato.

p) Sobre las modificaciones a la estructura tarifaria, parámetros de ajuste y parámetros de evaluación de la calidad. La cláusula 3.3.5.4 del borrador del contrato indica que desde el inicio de la Etapa de Explotación Total de la concesión cualquier modificación a la estructura tarifaria, sus parámetros de ajuste o a los parámetros de evaluación de la calidad deberá ser consultada previamente a la ARESEP, para lo cual remite a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 7762. Asimismo, la cláusula 3.3.5.6 dispone que si para restablecer el equilibrio económico del contrato se debe modificar alguno de los tres aspectos antes señalados se requiere, previo a su aplicación, del criterio vinculante por parte de la ARESEP, misma regulación que se observa en la cláusula 3.4.6.5. Lo anterior, resulta de interés cuando se contrasta con el marco legal que desarrolla la propia Autoridad Reguladora en su Resolución RE-0113-RG-2025 incorporada al expediente con ocasión de la enmienda No. 1 al pliego de condiciones.

Nótese que en el artículo 21 que se encuentra dentro de la Sección Actuaciones Preparatorias referente al Capítulo IV “Licitación y adjudicación de la concesión” de la LGCOP, se establece la obligación de consultar ante la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, la estructura tarifaria y los parámetros de ajuste que se incorporarán

en el cartel de licitación. Lo anterior, como parte de los aspectos preparatorios necesarios e indispensables para efectos de la conformación del pliego y la tramitación de la licitación.

Normativamente, sólo en el caso de nuevas inversiones, el artículo 48 de la misma LGCOP señala que de requerirse una modificación de la estructura tarifaria, antes de que sea acordada deberá ser aprobada por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Aresep), de conformidad con el artículo 21.2 de esa misma Ley. Siendo éste, el único supuesto adicional en el que se debe acudir de nuevo a la ARESEP previsto en la normativa antes vista.

Y es la propia Autoridad Reguladora en su resolución RE-0113-RG-2025 la que menciona que a partir de los procedimientos ordenados por el legislador en la Ley No. 7782 le corresponde a esa autoridad emitir un criterio vinculante exclusivamente con respecto a la estructura tarifaria, los parámetros de ajuste que se incorporarán en el cartel de licitación y los parámetros que se utilizarán para evaluar la calidad del servicio. Esto viene dado, a partir del análisis que se realiza en el informe técnico IN-0053-IT-2025 del 24 de febrero de 2025, que es acogido en todos sus extremos y da sustento a la referida resolución de ARESEP.

No obstante, si bien la línea de criterio desarrollada por parte de ARESEP en el informe técnico mencionado es consistente con lo dispuesto a nivel normativo, se observa que se incluye el siguiente párrafo: *“(...) Adicionalmente, tal y como lo establece el Incop, si para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato se debe realizar una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, se requiere de previo a su aplicación la emisión del criterio vinculante por parte de la Aresep (...)”*. Tal y como se indicó esta determinación es incluida en las cláusulas 3.3.5.6 y 3.4.6.5 del borrador del contrato, con lo cual se incorpora a nivel del pliego, con carácter imperativo, el deber de obtener el criterio vinculante de ARESEP de previo a la aplicación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se deba modificar alguno de los tres aspectos previamente mencionados.

En tesis de principio, a partir de una lectura literal de lo dispuesto en los artículo 21, 48 y 64 de la LGCOP, el único momento previsto para acudir a obtener el criterio vinculante de ARESEP con respecto a la estructura tarifaria, sus parámetros de ajuste o a los parámetros de evaluación de la calidad es como parte de los aspectos preparativos previos a la conformación y consolidación del pliego. Y si bien se observa en el extracto citado de la resolución RE-0113-RG-2025 ARESEP visible en el párrafo anterior, una obligación categórica, que como se explicó está retomada en el pliego. Pareciera que en virtud de lo acontecido en la tramitación del criterio vinculante ante ARESEP, dicho párrafo guardaba sentido en el contexto de la resolución RE-0574-RG-2024 de las dieciséis horas con treinta y ocho minutos del veintiséis de setiembre del año anterior (que se dejó sin efecto), al existir un criterio técnico negativo respecto al procedimiento extraordinario para fijar tarifas para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato de concesión.

En razón de la concatenación de normas y actuaciones referidas, se estima necesario que la Administración aclare este tema directamente con ARESEP, siendo el competente para ello, con el objetivo de verificar si efectivamente a criterio de esa Autoridad, resulta necesario obtener su criterio vinculante siempre que para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato se debe realizar una modificación a la estructura tarifaria ordinaria o parámetros de ajuste aprobados o un mecanismo extraordinario de ajuste tarifario, o si por el contrario, resulta ser una manifestación que resultaba aplicable en el contexto anterior a la resolución RE-0113-RG-2025. Igualmente, para el caso de la cláusula 3.3.5.4 del borrador del contrato en la que se indica que desde el inicio de la Etapa de Explotación Total de la concesión cualquier modificación a la estructura tarifaria, sus parámetros de ajuste o a los parámetros de evaluación de la calidad deberá ser consultada previamente a la ARESEP.

Lo anterior, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica a las partes, ajustando el pliego en caso de ser necesario y procurar librar el procedimiento de eventuales trámites que no resulten procedentes y permitir darle la fluidez necesaria a la ejecución contractual.

q) Sobre las sanciones. Punto 5 Incumplimientos establecidos por ley. Inciso 4. Las enmiendas No. 1 y No. 2 modificaron el Anexo 21 referido a sanciones. Dentro de las modificaciones se observa que se estableció como incumplimiento establecido por ley, aquellos cobros irregulares de las tarifas autorizadas y calidad. Se agrega que la ARESEP podrá sancionar al concesionario por haber efectuado cobros irregulares de tarifas. Sobre el particular se hace necesario que tal infracción sea valorada por la Administración, a la luz de lo dispuesto en el artículo 38 inciso a) de la Ley 7593, Ley de la ARESEP y artículo 19 de la LGCOP.

II) SOBRE EL FONDO. A) RECURSO DE OBJECCIÓN INTERPUESTO EN CONTRA DE LA ENMIENDA No. 1 AL PLIEGO DE CONDICIONES.

1) Sobre las aclaraciones no incorporadas al cartel. Criterio de la División. El recurrente alega que el INCOP respondió una gran cantidad de solicitudes de aclaración al cartel planteadas por distintos oferentes, sin embargo, muchas de dichas respuestas versaban sobre aspectos relevantes o esenciales del cartel que no fueron incluidos en la enmienda 1, por lo que no fueron incorporadas al cartel. Afirman que en el abundante cúmulo de aclaraciones emitidas por el INCOP, se incluyen respuestas o interpretaciones que implican modificaciones relevantes a las reglas del concurso, pero que no constan en el cartel. Esto implica que se deba realizar un ejercicio complejo de parte de los potenciales oferentes que los lleva a revisar exhaustivamente todo lo dicho por el INCOP para tratar de comprender los requisitos del concurso.

Agregan que queda la incertidumbre de si se mantienen o no vigentes las cláusulas, o bien de si ahora los oferentes deben volver a presentar todas las solicitudes de aclaración anteriores. Considera el recurrente que se trata de aclaraciones de tal importancia y gravedad que, para el beneficio de todas las partes y la protección del interés público, necesariamente deben ser incorporadas en el cartel de licitación.

La Administración responde que de conformidad con la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, Ley No. 7762 (LGCOP) y su Reglamento el tratamiento para “modificaciones” y “aclaraciones” es diferente. Señalan que el

reglamento dispone que “(...) *En los casos en que se trate de simples aclaraciones pedidas o acordadas de oficio, que no impliquen modificación, es deber de la Administración concedente incorporarlas de inmediato al expediente y darles una adecuada difusión (...)*”; mientras que en el caso de las “modificaciones”, son estas las que deberán ser publicadas en “La Gaceta” (art. 14.2). Así, las aclaraciones se incorporan al expediente y se les da difusión, mientras que a las modificaciones del cartel deben publicarse. Ciertamente, el artículo 25 de la LGCOP y el artículo 14 de su reglamento, hacen referencia a las aclaraciones y modificaciones.

En los términos de los citados artículos citados, en especial del 14.2 las modificaciones que introduzcan una alteración importante en la concepción original del objeto de la concesión, implicarán por defecto una ampliación de al menos treinta días hábiles para la presentación de las ofertas. Pero esto no quiere decir, que solo exista un tipo de modificación, referido exclusivamente a aquellas que impliquen una alteración importante en la concepción original del objeto de la concesión, lo cual es aclarado por parte del mismo reglamento en la última línea del 14.3 al señalar que por modificación se entiende aquella que no cambian el objeto de la concesión ni constituyen una variación fundamental en la concepción original de ésta. Y de estas, se distinguen las simples aclaraciones que realice la Administración con respecto al contenido del pliego.

Con base en lo que viene dicho, toda modificación que se realice al contenido del pliego, debe ser incluida en este y únicamente están exentas de la inclusión, las aclaraciones que no impliquen una modificación. Partiendo de lo dicho, se procederán a analizar las cláusulas a las que se refiere el recurrente en su escrito.

a) Cláusula 2.3.3.2 del cartel. La cláusula señala: “(...) *Específicamente para el Grupo Económico, deberá remitir la documentación idónea para acreditar que cuenta con una unidad de decisión y dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o dependencia económica de las sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de las sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia (...)*”. Manifiesta **la recurrente** que en la aclaración el INCOP señaló que el requisito se debe acreditar de dos maneras: (i) certificación con base en los

libros de registro de accionistas que demuestran la cadena corporativa de propiedad accionaria en relación con la casa matriz y (ii) declaración jurada de la casa matriz que indique la relación de la sociedad subsidiaria. Ese aspecto no se contempló en la enmienda 1 al cartel.

La Administración señala que con la aclaración practicada no se da una variación. Se mantiene incólume la dinámica de admitir oferta de un Grupo de Interés Económico, mediante “documentación idónea” que permita acreditar su existencia, y con la aclaración tan solo se exponen medios para precisamente acreditar tal condición de Grupo de Interés, nada más. Indican que no se cambia el objeto del negocio ni es una variación fundamental en la concepción original de tal esquema.

En cuanto a este punto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto relevante que va más allá de una simple aclaración, considerando que se define específicamente cuál es la documentación idónea para acreditar la existencia de un grupo de interés económico. Siendo que se trata de un aspecto que pueden llegar a incidir incluso en la elegibilidad de una propuesta, cuyo incumplimiento podría generar incluso la exclusión, se estima necesario que se incorpore al pliego de condiciones la referencia a las dos manera de acreditación definidas por la Administración, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras.

Téngase en cuenta que con ocasión de la presente resolución, existen modificaciones que la Administración debe efectuar, de tal forma que como parte de ellas se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

b) Cláusula 1.5 del cartel y anexo 11. La cláusula dispone: “(...) *La nueva Terminal Portuaria de Caldera será un puerto multipropósito que deberá atender, obligatoriamente, los siguientes tipos de carga: (...) Otras que actualmente se reciban o que la infraestructura permita (...)*”.

Arguye **la recurrente** que por aclaración del 6 de diciembre de 2024 (ref: documento 36- Resumen de consultas del 21-11 al 06- 12 del sitio web del INCOP), el INCOP señaló que dicho supuesto debe entenderse como aquella carga o mercancía general siempre que pueda ser atendida por las estructuras previstas para el Puerto sin necesidad de realizar refuerzo de éstas, pero esto no fue incorporado en la enmienda 1 al cartel ni sus anexos.

La Administración señala que con la aclaración practicada no se da una variación. Dicen que sólo se aclara que bajo tal mención se entiende aquella carga que puede ser atendida con la estructura prevista y sin necesidad de refuerzos.

Con respecto a este punto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto que va más allá de una simple aclaración, considerando que se trata de información importante de frente a la elaboración de la oferta por parte del recurrente. De manera tal que considerando que se van a realizar modificaciones al pliego, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras, se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

c) Cláusulas 1.5, 3.2, 3.3.1, 3.3.4.1 y Anexo 12. Sobre la tarifa “All Inn” por aclaración del 31 de enero de 2025 (ref: documento 48- Resumen de consultas del 29-01-25 al 24-02-25) indica **la recurrente** que el INCOP realizó una serie de aclaraciones sobre la tarifa All In, en cuanto a que el concurso no contempla una división específica de la tarifa entre la naviera y el cargador, por lo que el concesionario debe asegurar de que la tarifa total, se aplique y se implemente de manera justa. Asimismo, que el concesionario debe determinar qué partes de la tarifa “All-In” se facturan a la naviera y cuáles al propietario de la carga. Ninguno de estos aspectos fue incluidos en la enmienda 1 al borrador de contrato.

La Administración expone que no se introdujo ningún cambio en los términos del cartel ni en el contenido del borrador de contrato de concesión. Menciona que el contenido de la aclaración es explicativo sobre la forma en que debe interpretarse la aplicación de la Tarifa All-In en el marco del modelo tarifario propuesto.

La aclaración precisó que el cartel no impone una distribución predeterminada entre los distintos actores del servicio portuario (por ejemplo, entre la naviera y el propietario de la carga), y que corresponde al Concesionario, dentro de su modelo de gestión, definir cómo desagrega internamente dicha tarifa y a quién se le factura cada componente, en el marco de las condiciones contractuales y la normativa regulatoria vigente.

Adicionalmente, se enfatizó que dicha aplicación debe realizarse de manera objetiva, razonable y no discriminatoria, conforme a los principios de servicio público y transparencia tarifaria que rigen este tipo de concesiones.

Con respecto a este punto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto que va más allá de una simple aclaración, considerando que se trata de información importante de frente a la elaboración de la oferta por parte del recurrente. De manera tal que considerando que se van a realizar modificaciones al pliego, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras, se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

d) Cláusula 4.2 del cartel. “(...) *CRITERIOS FINANCIEROS (...) Relación deuda-patrimonio máxima de 1.75 veces en promedio en los 3 últimos años. Para acreditar el cumplimiento de este requisito deberá aportar los Estados financieros auditados de los 3 últimos años fiscales anteriores a la fecha de la primera publicación del pliego (es decir, 2021, 2022 y 2023) (...)*”. En aclaración del 3 de febrero de 2025 (ref: 48-Resumen consultas del 29- 01-25 al 24-02-25) menciona **la recurrente** que el INCOP señaló lo siguiente: “*En la relación deuda-patrimonio se entiende por: (i) Deuda: obligaciones financieras con terceros, tanto a corto como largo plazo, que generen costes financieros. Se excluyen pasivos operativos (como proveedores); (iii) Patrimonio: Capital contable, fondos propios o patrimonio neto. Se compone de capital social, utilidades retenidas y reservas.*” Estos aspectos no se incluyeron en la enmienda 1 al cartel. **La Administración** considera que con la aclaración no se da una variación.

Al respecto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto que va más allá de una simple aclaración, considerando que se trata de información importante de frente a la elaboración de la oferta por parte del recurrente. Lo anterior, considerando que se están definiendo conceptos que no necesariamente, cuentan con una única definición en el plano internacional y estamos en presencia de un proyecto en el que los potenciales oferentes provienen de diferentes latitudes con regulación, tanto jurídica como técnica, diferente cuya falta de especificación podría afectar la elegibilidad de oferentes.

De manera tal que considerando que se van a realizar modificaciones al pliego, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras, se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

e) Cláusula 3.2.2 del borrador de contrato. La cláusula dispone: “(...) 3.2.2 *Ingresos Brutos: Los ingresos brutos del Concesionario están compuestos por los montos percibidos de los usuarios o terceros como contraprestación por los Servicios Concesionados y los Servicios Complementarios (...).*” Por aclaración del 31 de enero de 2025 (ref: documento 48-Resumen consultas del 29-01-25 al 24- 02-25”), el INCOP señaló lo siguiente: “*A efectos del cálculo del monto a pagar a la administración concedente, se entenderá como ingresos brutos la totalidad de ingresos devengados en el período correspondiente descontando descuentos y reembolsos a clientes. Se reitera que se trata de ingresos devengados y no de ingresos efectivamente cobrados, de modo que se desvincula de la política de cobros que implemente el concesionario.*”

Expone **la recurrente** que dicha aclaración no fue incorporada en la enmienda 1 al borrador de contrato. **La Administración** señala que se mantiene incólume la determinación sobre lo que son los ingresos brutos del Concesionario, aclarando que atiende a ingresos devengados en el período, descontando descuentos y reembolsos a clientes, nada más.

Con respecto a este punto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto que va más allá de una simple aclaración, considerando que se trata de información

importante de frente a la elaboración de la oferta por parte del recurrente. De manera tal que considerando que se van a realizar modificaciones al pliego, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras, se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

f) Cláusula 4.11 del borrador de contrato. La cláusula dispone: “(...) *Todas las pólizas de seguro indicadas deben apegarse estrictamente a lo dispuesto por la legislación de Costa Rica en materia de seguros. Además, las pólizas de seguros deberán estar suscritas con arreglo a las prácticas internacionales usuales en el campo de los seguros (...)*”. Por aclaración del 6 de diciembre de 2024 (ref: documento 36- Resumen de consultas del 21-11 al 06- 12 del sitio web del INCOP), el INCOP señaló que dicha cláusula debe ser entendida como que las pólizas de seguro deben ser emitidas por empresas que legalmente les sea permitido asegurar riesgos en Costa Rica, independientemente del lugar a de constitución de la empresa. Asimismo, que dicha disposición aplica en esos términos a las reaseguradoras. Señalando **la recurrente** que ninguno de estos aspectos se incluyó en la enmienda 1 al cartel ni sus anexos.

La Administración señala que lo único que se hace es reafirmar la aplicación de la Ley Reguladora del Mercado de Seguro. Al respecto, siendo que se hace alusión a la aplicación de una norma que forma parte del ordenamiento jurídico, sin que exista mayor motivación de parte de la recurrente en cuanto a las razones por las que estima que se está en presencia de una modificación, corresponde **rechazar de plano** este extremo.

g) Cláusulas 5.2, 5.3, 5.4 y 5.6 del borrador de Contrato. Garantías de cumplimiento, construcción, explotación y ambiental. **La recurrente** señala que en aclaración del 10 de diciembre de 2024 (ref: documento 39- Consultas del 6-12 al 5-01 del sitio web del INCOP), el INCOP señaló que las garantías debían rendirse según el artículo 111 de la RLGC y que se aclararía lo referente a los intereses, pero no se modificó dicho apartado en la enmienda 1 al cartel.

La Administración expone que sobre este tema, la entrega de títulos valores como medio de constitución de garantía no implica, per se, una renuncia a los intereses generados por tales instrumentos, por lo que estos seguirán siendo reconocidos al emisor del título conforme a lo pactado con la entidad emisora, en tanto no medie ejecución o retención de la garantía.

Al respecto, siendo que se hace alusión a la aplicación de una norma que forma parte del ordenamiento jurídico y a la forma en la que aplicaría lo concerniente a los intereses en el caso de las garantías, sin que exista mayor motivación de parte de la recurrente en cuanto a las razones por las que estima que se está en presencia de una modificación, corresponde **rechazar de plano** este extremo.

h) Anexo 11: anexo técnico (especificaciones técnicas). La cláusula dispone: “(...) 5.4. *EQUIPOS DE MANEJO Grúas de descarga (...) Capacidad: Las grúas deberán tener capacidad suficiente para sostener una capacidad descarga mínima efectiva de 455 ton/hr (...).*”

La recurrente indica que el 5 de enero de 2025 (ref: 39-Consultas 6-12 al 05-01” el INCOP señaló lo siguiente: “*En caso de que el concesionario disponga de un sistema diferente al propuesto (sic) consistente en grúas tipo MHC, este deberá cumplir con una tasa de descarga nominal mínima de 1,000 ton/hora por muelle.*”. En la aclaración se modificó la capacidad de descarga mínima sin que se incluyera en la enmienda 1 del cartel.

La Administración señala que la aclaración emitida no altera el contenido sustancial ni las condiciones técnicas originalmente establecidas en el cartel, sino que reitera y precisa el nivel de desempeño esperado en función del equipamiento alternativo que eventualmente proponga el oferente.

Al respecto, estima este órgano contralor que mediante la referida aclaración se está estableciendo un requisito adicional no contemplado en el pliego, referente a la “tasa de descarga nominal mínima de 1,000 toneladas por hora por muelle”.

De tal forma, que si es del interés de la Administración que los oferentes ofrezcan equipo que cumpla con ese mínimo (aunque resulte nominal y se cuenta con una condición cartelaria referente a la capacidad de descarga mínima efectiva), deberá incorporar dicha condición al pliego. Por consiguiente se declara **con lugar** este punto.

i) Anexo 11: anexo técnico (especificaciones técnicas). Operación de graneles sólidos. Alega **el recurrente** que en aclaración del 28 de febrero de 2025 (ref: documento 49- Resumen consultas del 24-02-2025 al 06-03-2025) el INCOP señaló que si el oferente en su oferta alternativa presenta un sistema de descarga de graneles alternativo a la descarga directa a camiones, debe proponer el sistema de pesaje que considere más oportuno (celdas de carga en las grúas o en las cintas transportadoras, pesaje dinámico mediante básculas encinta, software de gestión de carga, etc.); pero que los resultados de dichos pesajes se consideraran referenciales, siendo los pesos oficiales los obtenidos por diferencia entre las básculas de entrada y salida del terminal portuario. Dichos aspectos no se incluyeron en la enmienda 1 al anexo 11.

La Administración señala que la referida aclaración responde a una consulta puntual sobre la posibilidad de presentar sistemas de descarga alternativos a la descarga directa a camiones, y específicamente sobre los sistemas de pesaje aplicables a esas configuraciones.

Sobre este aspecto, este órgano contralor considera que debe ser **rechazado de plano**, toda vez que el recurrente si bien cita la aclaración efectuada, no ha explicado con la debida claridad la razón por la cual esta aclaración deviene en una condición esencial que afecte el objeto, sus características, plazo, metodología de comparación de ofertas entre otras, de manera que pueda suponerse la necesidad de trasladarlas a texto expreso al pliego en vista de su relevancia. Lo anterior, por cuanto solamente se limita a indicar de manera general la necesidad de su traslado al pliego sin un análisis particularizado y además, sin acompañarse de un criterio del recurrente en punto a la razón para su traslado al cartel.

j) **Anexo 11: anexo técnico (especificaciones técnicas). Puesto de atraque.** La **recurrente** señala que en aclaración del 4 de marzo de 2025 (ref: documento 49-Resumen consultas del 24-02-2025 al 06-03-2025) el INCOP fijó una serie de requerimientos mínimos en cuanto a la longitud y número de los puestos de atraque y confirmó que al finalizar la construcción estos deben estar operativos en los puestos de atraque señalados, con independencia de si son nuevos o preexistentes. Las medidas mínimas contempladas en dichas aclaración no fueron incorporadas en la enmienda 1 al anexo 11.

La Administración afirma que el alcance de la modificación es meramente explicativo y no afecta ni modifica las condiciones del procedimiento, ni introduce nuevas obligaciones o estándares técnicos. Con respecto a este punto, este órgano contralor estima que se trata de un aspecto que va más allá de una simple aclaración, considerando que se trata de información importante de frente a la elaboración de la oferta por parte del recurrente.

De manera tal que considerando que se van a realizar modificaciones al pliego, con el objetivo de dotar de seguridad jurídica al pliego de condiciones y librar de discusiones innecesarias la contratación en etapas futuras, se debe incorporar este aspecto. Por consiguiente, se declara **con lugar** este punto.

A partir de lo expuesto, en general el punto 1) de la presente objeción referente a las modificaciones tramitadas a través de aclaración y no incorporadas al pliego de condiciones, se declara **parcialmente con lugar**.

2) Sobre la descripción y estimación del presupuesto del proyecto (cláusula 1.5).

Criterio de la División. La **recurrente** aduce que la enmienda 1 intentó ajustar las reglas para presentar una oferta alternativa ante la Administración, sin embargo, la redacción es poco clara e imprecisa sobre cuáles aspectos pueden ser modificados en la oferta alternativa. Señala que la redacción actual de la cláusula objetada no establece disposiciones claras respecto a qué mejoras pueden realizar los oferentes en la oferta alternativa, ya que pareciera que deben sujetarse a la totalidad de requisitos técnicos del anexo IV.

Agregan que el plazo para la presentación de ofertas es realmente corto para preparar una oferta alternativa, ya que esto implica la preparación de estudios, estimaciones de costos y análisis de riesgos según lo exigido por el pliego. Por ende, considera que ese plazo es absolutamente desproporcionado y poco razonable a efectos de presentar una oferta alternativa por lo que debe ser ampliado.

La Administración responde que el recurrente puede plantear en la oferta alternativa todas las mejoras que considere, en tanto cumpla o supere los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el cartel y se adhiera a los lineamientos tarifarios. Aclara que no es cierto, que deba ajustarse a la totalidad de requisitos técnicos del anexo IV, pues esto se pide para la oferta base, siendo que lo que se pide es que *“la oferta alternativa deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico.”*

En cuanto a este tema, corresponde señalar que tal y como lo señala la Administración el deber de sujetarse a la totalidad de los requisitos técnicos, resulta ser aplicable exclusivamente a la oferta base y que las mejoras que se planteen en la oferta alternativa corresponden a todas aquellas que considere el oferente, mientras se supere o se cumpla con los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa establecidos en el pliego. De tal forma que no se explica en qué consiste la falta de claridad a la que hace referencia el recurrente.

Adicionalmente, si bien el recurrente cuestiona el plazo fijado para la apertura, no realiza ningún ejercicio en virtud del cual se pueda estimar cuánto considera que sería un plazo razonable para la presentación de una oferta alternativa, tampoco alega que esto limite su participación y se trata de un plazo que además ha sido prorrogado. Consecuentemente, se procede a declarar **sin lugar** este punto del recurso.

3) Sobre la Sala de Documentación (cláusula 1.). Criterio de la División. La recurrente señala que a la fecha es totalmente incierto cuál es la totalidad de documentos que integran el pliego de condiciones. Argumenta que no se sabe cuáles son

los documentos anexos al pliego y cuáles son meros insumos para referencia de los concesionarios.

Solicitan que la Contraloría ordene nuevamente al INCOP establecer un mecanismo efectivo para determinar los documentos definitivos que conforman el expediente de la licitación, así como los documentos que conforman el cartel.

La Administración señala que el propio recurrente afirma la existencia del sitio web denominado “Expediente Completo” y explican que esa fuente comprende todos los documentos vinculados con el proceso, incluyendo el Pliego y sus documentos anexos, de modo que así se cumple con lo dispuesto sobre este extremo en la Resolución R-DCP-00004-2025 del órgano contralor.

Al respecto, en la referida resolución R-DCP-00004-2025 de las quince horas con cuarenta y cuatro minutos del veinte de enero de dos mil veinticinco, este órgano contralor manifestó lo siguiente: “(...) *resulta especialmente importante definir claramente cuáles son los documentos que deben entenderse qué 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 (...)”.

Si bien, está claro que la Sala de datos resulta ser una fuente secundaria, como se denota de la cita, en la resolución anterior ya este órgano contralor determinó la necesidad imperante de definir claramente cuáles son los documentos que deben entenderse qué forman parte del pliego, requiriendo a la Administración indicar expresamente cuáles son estos documentos.

En ese sentido, debe partirse del hecho que se debe de mantener un expediente administrativo completo, con los documentos ordenados cronológicamente y si se trata de un expediente electrónico, resulta esencial que exista certeza con respecto a la fecha en la que se suben los documentos.

De ahí que entiende este órgano contralor que lleva razón el recurrente en cuanto a una ausencia de identificación de los documentos que conforman el pliego, lo que cual ya había sido objeto de análisis en la ronda anterior de objeción y existía una indicación expresa de parte de este órgano contralor en cuanto a este tema, por lo que se debe declarar **con lugar** este extremo del recurso.

Ahora bien, más allá de lo expuesto en cuanto a la necesidad de identificar los documentos que conforman el pliego, lo cierto es que estamos en presencia de un proyecto complejo, con una cantidad de documentos relevante, que además por la misma dinámica del procedimiento de contratación, conforme avanza el procedimiento de contratación de van sumando cada vez más documentos al expediente. Esto genera que para todos los interesados, pero con mucho más razón para los potenciales oferentes, se dificulte realizar un análisis integral que posibilite tener certeza absoluta con respecto a las últimas versiones de los documentos y en particular del pliego.

Al respecto, no debe perderse de vista que la conformación del pliego de condiciones resulta trascendental para el desarrollo adecuado del proyecto, en el tanto este posibilita

brindar seguridad jurídica a los potenciales oferentes y cumplir con los principios de transparencia y rendición de cuentas.

En el caso particular, se observa que existen multiplicidad de documentos, sobre los cuales no se tiene certeza con respecto a la fecha en la que fueron incorporados al expediente, existen documentos que sin haber sido declarados confidenciales, o al menos sobre los cuales no consta esa declaración, presentan algún tipo de restricción para su consulta (solo pueden ser visualizados a partir de una contraseña) y en definitiva todo esto coadyuva a generar una situación de incerteza en un proyecto en el que contar con absoluta certeza con respecto a las obligaciones que se deben asumir, el contenido del pliego y los requerimientos exigibles al potencial oferente resulta ser trascendental de frente de la presentación de una oferta. Generar ese tipo de certezas con respecto al expediente administrativo, la fecha en la que se suben los documentos al expediente y la identificación de las últimas versiones de los documentos relevantes, repercuten directamente en la posibilidad de contar con la mayor cantidad de oferentes posibles y se trata de aspectos básicos que no se pueden dejar de lado.

De manera tal, que la Administración deberá garantizar que los todos los documentos correspondientes forman parte del expediente disponible a las partes, es decir que este está completo, en orden cronológico identificando el momento (fecha y hora) en el que cada documento es incorporado al expediente administrativo e identificando la última versión del pliego de condiciones y de todos los documentos que lo conforman. Todo esto con el objetivo de generar seguridad jurídica y certeza a los potenciales oferentes y demás interesados, en relación con los documentos que deben ser considerados como parte de las distintas actuaciones que exige la tramitación de un procedimiento de contratación.

Es oportuno reiterar que la transparencia es un principio que debe estar presente en todas las etapas del procedimiento de contratación y que todo interesado debe tener libre acceso al expediente de contratación administrativa y a la información complementaria. La transparencia en sí, no solamente funge como un pilar que busca fomentar el desarrollo de una sana competencia, brindando seguridad jurídica a los oferentes, sino

que además en conjunto con la trazabilidad de las actuaciones, el acceso al expediente se consagra como un pilar de la rendición de cuentas, el desarrollo de procedimientos adecuados y la lucha contra la corrupción.

Conviene hacer hincapié en que la transparencia y por ende la completez del expediente y las posibilidades de acceso a este, no son una formalidad y exigen una implementación compatible con su finalidad, bajo una exigencia estricta de brindar una garantía de acceso y certeza en cuanto a su contenido, de tal suerte que la participación pueda ser efectiva a través de la claridad de las reglas aplicables y que se materialice el principio de igualdad, con el objetivo de evitar la existencia de actuaciones arbitrarias de parte de la Administración y que finalmente los interesados puedan hacer un ejercicio adecuado de los instrumentos de impugnación de decisiones, cuando corresponda.

No se debe perder de vista que el empleo de tecnologías de información en las compras públicas y en particular el establecimiento de plataformas o sitios en las que constan las actuaciones a modo de expediente administrativo en principio se visualizan como herramientas dirigidas a alcanzar y potenciar la eficiencia, el acceso a información y la transparencia. De ahí que resulte exigible poder dotar a los oferentes de certeza con respecto a su contenido y el momento específico en el que un documento es incorporado al expediente.

4) Sobre los criterios técnicos (experiencia) (cláusula 4.1). Criterio de la División.

La enmienda 1 modificó la cláusula 4.1 del cartel y dispuso dos alternativas para demostrar experiencia durante dos periodos temporales: (i) al menos 5 años calendario y (ii) periodos de 12 meses de manera continua e interrumpida.

La recurrente considera que la disposición mantiene imprecisiones respecto a cómo demostrar la experiencia operando puertos. Señalan que la cláusula no es clara sobre si los periodos de 12 meses deben sumar 5 años o sobre si deben ser consecutivos o continuos.

La Administración explica que la enmienda 1 exige experiencia de 5 años operando puertos, y estos 5 años se cuentan de dos posibles maneras, sea en años calendario, que van de enero a diciembre del año respectivo, por ejemplo de enero a diciembre del año 2024, o los mismos 5 años contados en periodos de 12 meses de manera continua e ininterrumpida, por ejemplo, que la experiencia no parta del mes de enero de cierto año para que entonces sea un año calendario, sino del mes de agosto, v.g de 2023, y por ende se cuentan 12 meses que van de agosto de 2023 a agosto de 2024.

Al respecto, estima este órgano contralor que no se observa imprecisión en la cláusula con respecto a la contabilización de la experiencia y lo que argumenta la recurrente, más bien corresponde a una solicitud de aclaración.

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 y no se desprende de lo expuesto la razón por la cual entiende la recurrente que el pliego no es claro en cuanto al tema, se **rechaza de plano** este extremo del recurso. Al respecto, se remite a lo expuesto por parte de la Administración.

5) Sobre la Declaración jurada (cláusula 4.4.1). Criterio de la División. La recurrente afirma que la cláusula exige que se presente una declaración jurada autenticada ante notario público en la que se indique como empresa, el grupo de interés económico o consorcio al cuál se pertenece. Consideran que el INCOP determinó que la declaración jurada debe ser presentada por cada uno de los miembros del consorcio o grupo de interés económico. Alegan que en el caso de grupos de interés económico, dicho requisito resulta absolutamente desproporcionado y poco razonable, ya que dicho grupo podría estar conformado por varias, decenas o cientos de empresas, lo que haría materialmente imposible obtener declaraciones juradas para cada uno de los integrantes.

Al respecto, **la Administración** señala que este punto no fue objeto de enmienda o modificación respecto a la versión original del pliego, y por lo tanto, ha acaecido la preclusión procesal. En todo caso aclaran que la declaración que se exige lo debe ser

respecto de las empresas que le permiten al oferente hacer valer para sí la experiencia, la capacidad técnica o financiera de otras sociedades del grupo; así, si tan solo son dos las sociedades del grupo bajo tal dinámica, éstas son las que rendirán la declaración, por lo que tal declaración no se requiere para sociedades fuera de tal situación.

Siendo que el recurrente plantea su disconformidad sobre aspectos que no sufrieron una modificación con respecto al pliego impugnado en la ocasión anterior, traer este alegato en este momento deviene en precluido, toda vez que la impugnación del recurrente no se encuentra asociada con variaciones efectuadas a la cláusula. Por lo que, tal y como se mencionó, su argumento se encuentra precluido y el recurso debe ser **rechazado de plano**.

6) Sobre la interpretación de documentos (cláusula 1.8.2). Criterio de la División.

Señala **el recurrente** que el órgano contralor ordenó al INCOP modificar la cláusula 1.8.2 del borrador de contrato a efectos de que, en caso de discrepancia entre las partes, prevalezca el fin público perseguido con la concesión. Esto se vincula directamente con la satisfacción del interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). Afirman que el INCOP enmendó la cláusula 1.8.2 de manera que, en caso de discrepancia de las Partes, prevalezca la disposición más beneficiosa para la Administración Concedente.

Aducen que la prevalencia de la disposición más beneficiosa para la Administración implica un riesgo gravísimo para el concesionario. Mencionan que siendo que los documentos que integran el pliego fueron preparados por el INCOP, por lo que no debería permitírsele beneficiarse, a partir de errores, discrepancias o incoherencias en la redacción del clausulado.

Manifiestan que esto coloca al concesionario en una situación de absoluta inseguridad jurídica respecto a la ejecución del contrato y no es razonable que se deba aceptar dicho riesgo. Consideran que lo correcto es que prevalezca el interés público, no el interés de la Administración en apego al inciso 2) del artículo 113 de la LGAP. Solicitan que se ordene al INCOP modificar la cláusula 1.8.2 del borrador de contrato para que se establezca que,

en caso de discrepancia, deberá prevalecer el interés público de la operación de Puerto Caldera.

Por su parte la **Administración** señala que la enmienda transcribe lo resuelto por la Contraloría General en relación con el tema. Al respecto, apuntan que la resolución R-DCP-00004-2025 indica que: *“prevalecerá la disposición que más beneficie a la Administración, para la operación del puerto, según el fin público a satisfacer”*. Mientras que la enmienda indica que: *“prevalezca la disposición más beneficiosa para la Administración Concedente para garantizar y satisfacer el fin público de la operación de Puerto Caldera”*.

En relación con este extremo del recurso, es preciso señalar que la enmienda se origina en lo resuelto en la ronda anterior de objeción, en la que se determinó la necesidad de modificar el pliego, con el objetivo de conseguir que este refleje lo dispuesto en el artículo 10 de la LGAP. Lo anterior, en el sentido de establecer que el pliego y el contrato deben interpretarse en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirigen, dentro del respeto a los derechos e intereses del particular. Esto para los efectos de cualquier discrepancia que se pueda presentar.

En ese orden, resulta oportuno señalar que en ningún momento lo que se busca es que ante la existencia de alguna discrepancia o conflicto entre distintos documentos, se permita que la Administración interprete el contenido de los documentos de forma arbitraria a su favor, sino que en caso de discrepancia debe prevalecer la disposición que más beneficie la realización del fin público a la cual se dirige. Ténganse en cuenta que dentro de ese análisis, la Administración necesariamente deberá tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 10 y 113 de la LGAP y la interpretación deberá efectuarse teniendo como objetivo el desarrollo y la ejecución del proyecto, como fin último perseguido.

De tal forma, que para la aplicación de lo incorporado por la Administración en este punto de la enmienda, además de considerar el contenido de la legislación nacional, se debe

considerar, indispensablemente, el fin público a satisfacer. Por consiguiente, se declara **sin lugar** este punto del recurso.

7) Sobre el finiquito de las concesiones previas. Cláusula 1.13.3.2.1 del borrador de contrato. Criterio de la División. El objetante indica que en la enmienda No. 1 a la cláusula 1.13.3.2.1, el INCOP incumplió expresamente lo ordenado por la CGR, ya que en la resolución previa se indicó que en el borrador de contrato debían detallarse los procedimientos de transición, los mecanismos de liberación de responsabilidad, el alcance de las indemnizaciones y las condiciones bajo las cuales éstas serán reconocidas respecto a los finiquitos de las concesiones previas. Sin embargo, el INCOP reformuló la cláusula y remitió la regulación de dichos aspectos a un protocolo que será emitido más adelante, es decir, se mantiene el vacío regulatorio en contravención a lo ordenado por este órgano contralor. Expresa que en la nueva redacción se mantiene la misma inseguridad de la original, pues por ejemplo se dispone que el nuevo concesionario será liberado de responsabilidad por los reclamos derivados de actos de los concesionarios previos, pero no se dispone las condiciones, alcances y mecanismos para ejecutar dicha liberación de responsabilidad. Asimismo, se sujetan los finiquitos a una condición suspensiva hasta la entrada en vigencia de la nueva concesión, lo que podría derivar en un vacío temporal sobre cómo se tramitarán los posibles reclamos o responsabilidades durante dicho período.

Asimismo, en cuanto a la responsabilidad de la Administración, la redacción actual de la cláusula podría implicar que ésta solo asume estrictamente una responsabilidad ante los actos y omisiones del concesionario anterior respecto a condiciones preexistentes. No obstante, frente al concesionario, la Administración debería tener una responsabilidad plena y ampliada, particularmente en materia de condiciones ambientales (y los riesgos del sitio). Es decir, la Administración debería ser responsable ante el nuevo concesionario por todo lo sucedido antes de su entrada, por lo que solicita declarar con lugar el recurso para que se brinde cumplimiento a lo ya ordenado por este órgano.

La Administración estima que el protocolo de salida no se debe regular directamente en el Pliego o borrador de contrato, pues refiere a temas vinculados con la salida del

concesionario actual, y no sobre el que se seleccionaría con ocasión de la presente licitación. Sin embargo, el protocolo consta en el expediente de la licitación así como se adjunta a este expediente, lo que confiere transparencia y certeza a los oferentes de este concurso.

Asimismo, el protocolo de salida muestra las subactividades a cumplir entre INCOP y los concesionarios actuales en aspectos de inventario de activos, contratos laborales, licencias y permisos, servicios públicos, ingresos de la autoridad concedente, modelo financiero, ambientales y sociales, garantía y seguros, entre otros que darán la base para suscribir los finiquitos de la Concesiones Previas. Esto con el objetivo de definir la liberación de responsabilidad al concesionario y la respectiva indemnización como la propia cláusula 1.13.3.2.1 lo establece. Por lo que en función de ello estima que la objeción debe ser rechazada.

Sobre el particular, conviene precisar que en la resolución R-DCP-00004-2025 del 20 de enero del 2025, correspondiente a la primera ronda de objeciones, este órgano indicó sobre la cláusula en cuestión, lo siguiente: *“(...) 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 (...)”. Con lo cual, se ordenó a la Administración incorporar en la cláusula entre otros aspectos, los procedimientos de transición y los mecanismos de liberación de responsabilidades, aspecto que la licitante da por atendido al modificar la cláusula cuestionada agregando en lo de interés: “...*Durante la Etapa de Transición Inicial el INCOP deberá obtener de los Concesionarios Previos el finiquito de la respectiva Concesión Previa según se establezca en el **Protocolo de Salida de las Concesiones Previas** donde se establecerá el procedimiento detallado que regule la suscripción de dichos finiquitos, así como incluirá plazos específicos, requisitos documentales, responsables de su ejecución y mecanismos de verificación...*”, aspecto que la recurrente cuestiona por no identificarse en la misma cláusula cada uno de esos aspectos requeridos y remitiendo la Administración solamente a un documento anexo.

Al respecto, si bien en la resolución inicial se indicó que estos elementos debían ser incorporados en la cláusula, no encuentra incumplida este órgano contralor dicha obligación por el hecho de remitir la cláusula a un Protocolo de Salida de las Concesiones Previas, el cual se identifica dentro del expediente bajo el número FN-0370-2025, fechado 14 de enero del 2025, en el cual se definen una serie de actividades asociadas entre otras a informes, relación con contratistas, subcontratistas, listado de licencias y permisos, servicios públicos, información financiera, y consideraciones ambientales y sociales, siendo que en la introducción del documento se indica en lo de interés: “(...) *El presente documento tiene como objetivo delinear la recomendación del equipo estructurador del IFC sobre el contenido del protocolo de salida que permitirá al Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico (INCOP) culminar en tiempo y forma los contratos vigentes relacionados a la prestación de servicios en Puerto Caldera, cuyo vencimiento está previsto para agosto de 2026, después de 20 años de vigencia. Este procedimiento se desarrolla en paralelo a la implementación por parte de INCOP de una nueva concesión orientada a la Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera. / Es importante señalar que INCOP encontrará en los siguientes numerales las recomendaciones para atender temas de diversa índole que se requieren cumplimentar en la salida del concesionario actual y que por sus características podrían interferir con el*

proceso de incorporación del nuevo concesionario a resultados del proceso licitatorio en marcha. Por ello, INCOP deberá desarrollar los elementos ejecutorios de los planteamientos aquí referidos, así como completar los temas contractuales de índole diversa no referidos aquí, debido a que sus características no presentan puntos de interferencia (...)

De manera tal que si bien todos estos detalles no han sido incorporados de manera literal en la cláusula de cita, no se considera contrario al fin perseguido con la declaratoria parcial en su momento, el que la Administración por remisión, refiera a un documento integrado al expediente del concurso por medio del cual se da cumplimiento a lo ordenado, sin que el recurrente haya demostrado en todo caso la afectación a los principios de contratación que tal conducta de la Administración pudiera en su criterio generar. Así las cosas, se declara **sin lugar** este extremo del recurso con fundamento en los artículos 34 de la Ley General de Concesión de Obra Pública y artículos 15 y 16 de su Reglamento. No obstante lo expuesto, se le recuerda a la Administración su deber de garantizar la incorporación adecuada de documentos al expediente conforme se vayan produciendo, a efecto que sean del conocimiento oportuno de los potenciales oferentes.

8) Sobre las actividades entre los concesionarios previos y el concesionario. Cláusula 1.13.3.2.4. del contrato. Criterio de la División. El objetante señala que la enmienda No. 1 a la cláusula citada incorporó una nueva potestad a la Administración respecto a la determinación de responsabilidades eventuales en caso de vicios ocultos, hechos, eventos o condiciones no declaradas por concesionarios previos. Para ello, se establece que el INCOP definirá los mecanismos de compensación, sin que se precise bajo qué procedimiento o reglas se determinará un resarcimiento, lo que deviene en un vacío legal en el borrador del contrato.

Expresa que ya el cartel regula un procedimiento para la resolución de disputas, por lo que, en caso de controversia, la cláusula 1.13.2.4 debería remitir a dichas disposiciones en aras de otorgar certeza al concesionario, o bien, a lo sumo disponer que lo regulado en dicha cláusula no elimina, reduce ni menoscaba el derecho del contratista de acudir a los mecanismos de resolución de disputas establecidos en el cartel y borrador de contrato.

Por lo que solicita se ordene al INCOP enmendar la cláusula 1.13.3.2.4 del borrador de contrato, para que disponga que en caso de vicios ocultos, hechos, eventos o condiciones no declaradas por concesionarios previos, el concesionario tendrá derecho a presentar el reclamo indemnizatorio respectivo a través de los mecanismos de resolución de disputas establecidos en el cartel y borrador de contrato.

La Administración expresa que la enmienda no niega al concesionario la opción de presentar un reclamo indemnizatorio ni impide que la discusión pueda derivar en la aplicación de los mecanismos de resolución de disputas establecidos en el cartel y borrador de contrato. La enmienda, por el contrario, define el procedimiento para que el concesionario cuando identifique vicios ocultos o hechos, eventos o condiciones no declaradas por los Concesionarios Previos, o que los efectos o consecuencias de estos, según sea el caso, surjan o se manifiesten con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la concesión, proceda a notificarlo a la Administración Concedente y ésta pase a realizar los análisis técnicos y jurídicos pertinentes para determinar las eventuales responsabilidades, así como el mecanismo de resarcimiento.

Señala que la recurrente indica que la enmienda establece que el INCOP definirá los mecanismos de compensación, *“sin que se precise bajo qué procedimiento o reglas se determinará un resarcimiento”*. Tal extremo no se ajusta a la realidad, ya que la enmienda define que en el caso de que tales reclamos generen costos, daños o perjuicios para el Concesionario, la Administración Concedente reconocerá su compensación a través del mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Por lo tanto estima que la objeción en este punto debe ser declarada sin lugar.

Sobre el particular, resulta de interés señalar que con ocasión de la enmienda No. 1 la cláusula en cuestión fue modificada, agregando la Administración lo siguiente: *“1.13.3.2.4 (...) En caso de que el Concesionario identifique vicios ocultos o hechos, eventos o condiciones no declaradas por los Concesionarios Previos, que puedan surgir con posterioridad a la Fecha de Entrada en Vigencia de la Concesión, o que puedan surgir por hechos, eventos o condiciones declaradas cuyos efectos o consecuencias se manifiesten*

posteriormente a la Fecha de Entrada en Vigencia de la Concesión siempre y cuando genere un impacto en la Concesión, el Concesionario deberá notificarlo por escrito a la Administración Concedente dentro de un plazo de cinco (5) Días Hábiles desde que tuvo conocimiento de la situación, incluyendo todos los documentos e información de respaldo. Una vez recibida la notificación, la Administración Concedente procederá a realizar los análisis técnicos y jurídicos pertinentes para determinar las eventuales responsabilidades, así como el mecanismo de resarcimiento. En caso de que tales reclamos generen costos, daños o perjuicios para el Concesionario, la Administración Concedente reconocerá su compensación a través del mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Estas situaciones son de carácter excepcional y, únicamente en aquellos casos en que se compruebe la existencia de un vicio oculto o un hecho, evento o condición no declarada, se declarará que existe una causal para alterar la responsabilidad del Concesionario en relación con el riesgo de operación y estado de los activos una vez que se haya dado la Orden de Inicio de la Concesión (...)."

Al respecto, una vez conocidos los alegatos de las partes, estima este órgano contralor que el recurrente realiza un planteamiento equivocado sobre el alcance de la modificación cartelaria. Ello por cuanto efectivamente lo que esta procura regular, es que si con posterioridad a la entrada en ejecución de la concesión por el nuevo concesionario, esta identifica situaciones, vicios ocultos o cualquier otra condición no declarada por el concesionario anterior que le pudiese generar al primero algún perjuicio, puede ser sujeto de reclamación de su parte con el respaldo probatorio respectivo para la Administración proceder a su análisis, para que en caso de corresponder, proceda a efectuar el reconocimiento respectivo a efecto de no colocar al concesionario entrante en una condición de desequilibrio.

De ahí que no se comprende el argumento del objetante, en el sentido que debe definirse un mecanismo de compensación, toda vez que la misma cláusula define que ello será por medio de un mecanismo de reequilibrio, sin que se estime nugatorio del derecho el que no detalle con precisión cada uno de los pasos a seguir dentro de ese procedimiento, máxime que la misma cláusula refiere que para dicho reclamo debe acompañarse la

información respectiva y la Administración realizar los estudios técnicos respectivos para su comprobación, por lo que este nivel de detalle o bien la remisión a otras disposiciones cartelarias a las que remite el recurrente, no se consideran necesarias para llevar a cabo la correcta aplicabilidad de la cláusula, si se toma en cuenta también, que el recurrente ha faltado a su deber de fundamentación explicando de qué forma resulta perjudicial para el futuro contratista esta disposición o bien, de qué forma lo allí regulado no permitiría efectivamente realizar un reequilibrio justo del contrato. Por lo que en razón de lo expuesto, con fundamento en el artículo 34 de la LGCOP y 15 y 16 de su Reglamento se debe **rechazar de plano** el recurso en este extremo.

9) Sobre los riesgos del concesionario. Cláusula 1.15.3. del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que la enmienda realizada por el INCOP resulta desproporcionada e irrazonable, y le impone una alta carga al nuevo concesionario por el estado de los activos que reciba. Dicha cláusula únicamente exime de responsabilidad al concesionario por aquellos defectos ocultos no detectables mediante una inspección, sin habilitarle de manera posterior presentar un reclamo. Pretender que mediante una simple inspección por más diligente que sea, el concesionario determine el estado de las cosas y asuma todo riesgo posterior considera es absurdo, gravísimo y desproporcionado en contra del concesionario.

Estima que al desconocer los potenciales oferentes el estado actual de los activos, correspondería al INCOP establecer bajo su responsabilidad su situación actual. Lo procedente es que en el marco de una correcta distribución de riesgos, el concesionario cuente con mecanismos para exigir compensaciones ante defectos en los activos recibidos, considerando de que previo no estaban bajo su responsabilidad y cuidado. Incluso, puede establecerse un periodo temporal para presentar reclamos sobre dichos activos. Por lo que solicita se elimine la enmienda en cuestión y se defina un mecanismo para presentar reclamos sobre los activos que le han sido entregados.

La Administración expresa que si se aprecia la enmienda, podrá observarse que sí cabe reclamo, pero este se sujeta a “defectos ocultos no detectables mediante una inspección diligente previa a la recepción.” Es decir, el Concesionario en efecto tendrá vía de

reclamo, sobre todo defecto que no haya podido detectarse en la fase de inspección de activos existentes recibidos, de manera que es en el marco de la inspección que se llegará a evaluar los activos, y se admite que un activo recibido luego sea objeto de reclamación y reconocimiento si se llega a constatar un defecto oculto, de manera que no se hace recaer sobre el Concesionario una carga injustificada, su obligación será ejercer una inspección diligente, y podrá reclamar si por razones ajenas a esa obligación se le genera una afectación, lo cual tiene pleno sentido si no se pierde de vista que el Concesionario percibirá ingresos sobre los activos existentes por lo que debe tener la obligación aparejada a ese beneficio. Por lo expuesto, la objeción en los términos planteados se estima infundada y debe declararse sin lugar.

Sobre el particular, el recurrente cuestiona la cláusula 1.15.3.(1) en cuestión en el extremo que fue agregado mediante enmienda No. 1, al disponerse en lo de interés que: “(...) *Asimismo, una vez recibidos los Activos Existentes en los términos del Contrato de Concesión, el Concesionario asumirá plena responsabilidad sobre su estado, mantenimiento, operación y cualquier riesgo asociado a su uso, funcionamiento y conservación, salvo que se identifiquen defectos ocultos no detectables mediante una inspección diligente previa a la recepción (...)*”, por considerar que la cláusula resulta lesiva y desproporcionada al tener que asumir el estado de los activos con todo lo que ello implica, a partir de una simple revisión preliminar.

Al respecto, conviene precisar dos aspectos de interés: el primero de ellos es que el recurrente no ha demostrado por qué razón el alcance de esa revisión o inspección le impediría a priori poder determinar el estado actual de los bienes de manera razonable y objetiva, pues únicamente da a entender que esta no permitiría conocer con profundidad el estado de los activos, pero no ahonda en las razones por las cuales esta carece por su propia naturaleza de un nivel de rigurosidad suficiente para esa valoración previa. En segundo lugar, tal y como lo indica la Administración, los defectos ocultos no observados de esa revisión no quedan incluidos dentro de esa responsabilidad y sí podrían ser objeto de reclamo, por lo que tampoco lleva razón el recurrente en este extremo en el sentido de suponer una eventual desprotección ante un evento que haya podido quedar fuera de esa revisión de activos ocasionada por vicios ocultos.

No obstante, considerando que la cláusula no prevé expresamente la posibilidad de un reclamo para los eventos que quedan fuera del acto de inspección o revisión ocasionados por vicios o hechos ocultos en los términos reconocidos por la Administración, sí se considera oportuno que se regule expresamente esa posibilidad en el pliego, motivo por el cual se declara **parcialmente con lugar** el recurso en este extremo, a efecto que se realice la respectiva modificación cartelaria.

10) Sobre las sociedades matrices y del mismo grupo empresarial. Cláusula 1.19.2 del contrato. Criterio de la División. El objetante señala que la cláusula en cuestión establece una obligación de las sociedades matrices o sociedades del mismo grupo de interés económico de respaldar la oferta del oferente, lo que impone una obligación gravosa, extendida e indefinida en el tiempo para la sociedad matriz. Por ende, esta cláusula debe ser modificada para limitar los compromisos de las empresas matrices o de grupos económicos en cuanto a su duración y alcance, con la posibilidad de revisión o liberación tras modificaciones sustanciales del contrato de concesión.

Asimismo, debería habilitarse la posibilidad de sustituir dichos compromisos por garantías o sociedades equivalentes, así como la inclusión de mecanismos de salida razonables en caso de que el concesionario demuestre que cumple de forma independiente con las calificaciones requeridas en una etapa posterior. Por lo tanto solicita que se modifique esta cláusula para limitar los compromisos de las empresas matrices o de grupos económicos en cuanto a duración y alcance, con la posibilidad de liberación ante modificaciones al contrato.

La Administración indica sobre este extremo, que este punto no fue objeto de enmienda o modificación respecto a la versión original del pliego, y por lo tanto, ha acaecido la preclusión procesal, la cual -según la LGCP y su Reglamento, de aplicación supletoria a la LGCOP- opera en todos los tipos de recursos e implica la extinción de la facultad para impugnar el contenido del pliego de condiciones cuando ya se tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de recurrir los temas impugnados y no se ejerció en el momento que correspondía (arts. 90 y 250 respectivamente).

Sin perjuicio de lo expuesto, indica que el deber de respaldo que impone el pliego respecto de las sociedades matrices o sociedades del mismo grupo de interés económico, es una intervención que se estima necesaria para los intereses públicos a los que se debe la Administración, a efecto de contar con una especie de garantía más expedita y facilitar el control de la permanencia e interés de las casas matrices en el proyecto. Señala además la Administración, en cuanto al tema de la liberación y la sustitución del compromiso de las sociedades matrices según las circunstancias de ejecución del contrato, que no es un aspecto expresamente prohibido por el cartel del concurso, pero que su aplicación dependerá en mucho de los ajustes que durante su ciclo de vida deban operar, por lo que estima que la objeción debe ser rechazada.

Sobre el particular se aprecia que efectivamente durante la primera ronda de objeciones esta cláusula no fue objeto de impugnación ni tampoco de modificación oficiosa por parte de la Administración durante la enmienda No. 1, por lo que al no haber sido cuestionada en el momento procesal oportuno su contenido ha sido consolidado, no siendo procedente venir ahora a impugnarla, en vista de haber operado la preclusión procesal, por lo que este extremo del recurso debe ser **rechazado de plano**.

11) Sobre las modificaciones durante la vigencia del contrato de concesión.

Cláusula 1.22.1 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que de conformidad con el artículo 48 de LGCOP, las modificaciones no deben superar el 25% del monto total de la licitación y que el cartel debe establecer dos aspectos fundamentales: (i) el monto máximo que el concesionario estará obligado a invertir y (ii) el plazo máximo en el cual la Administración podrá ordenar dichas modificaciones. La cláusula objetada incorporó la referencia a que la Administración podrá ordenar modificaciones durante todo el plazo de la concesión, pero no dispuso el monto máximo que el concesionario estará obligado a invertir. A pesar de la enmienda, la redacción de la cláusula se mantiene imprecisa y poco clara, y en consecuencia no se ajusta a plenitud a lo dispuesto en el artículo 48 de la LGCOP. La adición de que durante todo el plazo de vigencia de la contratación, INCOP puede solicitar las nuevas inversiones, desnaturaliza

por completo el artículo 48 de la LGCOP. Por lo que solicita se modifique la cláusula para que se ajuste a lo dispuesto en el citado artículo 48.

La Administración señaló que como puede notarse, la única adición que existe en la enmienda respecto al pliego original es la inclusión de la expresión “todo el plazo”, cuando en la primera línea de la enmienda se indica: “1.22.1 Durante todo el plazo y vigencia del Contrato de Concesión”; de manera que el resto de los puntos se conserva tal cual figuraban en la versión original del cartel. Expresa que desde la versión original se indicó, contrario a lo que afirma el objetante, que las modificaciones no podrán superar el veinticinco por ciento (25%) del monto total de la inversión inicial de conformidad con el Plan de Inversión del Concesionario en infraestructura de conformidad con su Oferta. Es decir, bien se dispuso el límite para las modificaciones, y se hizo conforme al mismo art. 48 de la LGCOP, que establece que en ningún caso, las modificaciones podrán exceder del veinticinco por ciento del monto total de la inversión inicial del concesionario, según el contrato de concesión. De ahí que en lo que acá refiere tal extremo es conforme a la Ley. Por su parte, en lo que refiere al plazo máximo en el cual la Administración podrá ordenar dichas modificaciones, eso también se contempla desde la versión original del pliego, y tan solo se acentúa con la enmienda, pues dicho plazo se ha definido en el que abarca “todo el plazo y vigencia del Contrato de Concesión”. Por lo tanto, la determinación también se hizo conforme al mismo art. 48 de la LGCOP, de modo que ese será el plazo máximo en el cual la Administración podrá ordenar modificaciones. Señala la Administración además, que en este caso también operó la preclusión procesal, por cuanto los aspectos cuestionados por el recurrente no fueron objetados en la primera versión del pliego, dado que la enmienda sólo refiere a incorporar la frase “durante toda la vigencia del contrato”, por lo que este extremo debe ser rechazado.

En este orden de ideas, este órgano contralor tiene por acreditado que el objetante cuestiona de dicha cláusula, el hecho que la Administración no ha indicado el monto máximo que el concesionario se encuentra obligado a invertir y el plazo máximo en que la Administración puede ordenar las modificaciones, lo cual de no regularse estima, se estaría en contra de lo dispuesto en el artículo 48 de la LGCOP.

Sobre el particular, debe tomar en cuenta el recurrente que estos dos aspectos que cuestiona, bien pudieron ser objeto de impugnación durante la primera ronda de objeción, toda vez que en la enmienda No. 1 la única variación a la cláusula de cita se encuentra al inicio de su texto en el cual se varía la frase “Durante la vigencia del contrato de concesión” por “Durante todo el plazo y vigencia del Contrato de Concesión” manteniéndose el resto de esta invariable, siendo que ahora el recurrente solicita se detalle la cláusula con elementos que no cuestionó en su momento, por lo que traer este alegato en este momento deviene en precluido, toda vez que la impugnación del recurrente no se encuentra asociada con las variaciones efectuada a la cláusula, sin que tampoco haya efectuado algún desarrollo para tratar de justificar el porqué la sola indicación en la cláusula de la frase “durante todo el plazo y vigencia del contrato” provoca una afectación natural al resto de la cláusula, por lo que su argumento se encuentra precluido.

En todo caso, lo que alega el recurrente contrario al artículo 48 de la LGCOP se encuentra regulado en la cláusula, al indicarse que el 25% es sobre el monto total de la inversión inicial a realizar por el concesionario de conformidad con su propio plan de inversión y el tiempo para realizarla será precisamente durante la vigencia del contrato, que ya desde antes, se encontraba regulado en la cláusula, y que se precisa con el señalamiento adicional del plazo, dimensionando los efectos pero no afectando la regulación propia del artículo 48 de cita. Motivo por el cual el recurso en este extremo, debe ser **rechazado de plano**, conforme los artículos 34 de la LGCOP y artículos 15 y 16 de su Reglamento.

12) Sobre el cierre financiero. Cláusula 2.2.3.2 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que la cláusula objetada estipula que la Administración Concedente cuenta con un plazo de 10 días hábiles para revisar y aprobar el Modelo Financiero que debe presentar el Concesionario. Sin embargo, no se establece que sucederá si la Administración no aprueba el modelo financiero en el plazo de 10 días hábiles lo cual podría suceder. Lo procedente es que se incorpore la aplicación del silencio positivo, en caso de que la Administración no brinde respuesta al Concesionario, a efectos de que la gestión del contratista se entienda como aprobada, según lo dispuesto en los artículos 330 y 331 de la LGAP. Indica que no es posible dejar al Concesionario en un estado de

incerteza sobre si se aprobará o rechazará el modelo financiero propuesto. Por lo que solicita enmendar la cláusula de manera que se indique que en caso que la Administración no apruebe el modelo financiero en dicho plazo, se entienda la gestión como aprobada bajo las reglas del silencio positivo.

La Administración indica que la cláusula en cuestión no requiere modificación ni aclaración adicional, ya que la omisión de una manifestación expresa de la Administración en dicho plazo no deja al Concesionario en un estado de indefinición jurídica. Muy por el contrario, en caso de que transcurra el plazo sin respuesta, debe estarse a las reglas previstas en el RLGCOP que en su art. 51.2 establece que, si transcurrido el plazo la Administración concedente no se hubiere pronunciado, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que corresponda al funcionario respectivo.

En consecuencia, se considera improcedente incorporar una cláusula adicional sobre la aplicación automática del silencio positivo, dado que la normativa aplicable ya regula de forma supletoria lo que debe ocurrir en caso de ausencia de respuesta dentro del plazo establecido, por lo que la objeción debe ser rechazada.

Sobre el particular, el recurrente cuestiona la inexistencia de regulación en el evento que la Administración no se pronuncie sobre el modelo de cierre financiero en el plazo de diez días hábiles. Para este efecto, la cláusula en cuestión modificada con la enmienda No. 1 dispone: *“2.2.3.2 El Concesionario deberá obtener el Cierre Financiero dentro de los quince (15) meses siguientes al otorgamiento de la Orden de Inicio de la Concesión de conformidad con lo establecido en la cláusula 3.1.1.4, para lo cual deberá aportar la documentación necesaria donde se acredite la estructuración financiera del financiamiento, condiciones de tasa, plazo y requerimientos especiales, así como el nombre de los Acreedores, tipo de operación, monto, moneda, vencimiento, intereses, plazo de gracia. Como parte de esta Condición Precedente el Concesionario deberá aportar la información contable de la realización de la existencia y disponibilidad de los recursos constituidos como aportes de capital para la consecución del Proyecto. Adicionalmente, el Concesionario deberá presentar el Modelo Financiero de acuerdo con*

el Anexo No. 19 “Modelo Financiero” y el cual deberá ser actualizado de forma anual dentro del primer trimestre de cada año. La Administración Concedente tendrá diez (10) días hábiles para revisar y aprobar o no el Modelo Financiero”.

En este sentido, debe hacerse ver al recurrente, que el artículo 51 del RLG COP establece con respecto al tema lo siguiente: “**Artículo 51.—Obligación de tramitación.** 51.1 *Las gestiones que formule el concesionario a la Administración concedente, cuando sean necesarias y conducentes para ejecutar el contrato de concesión, deberán ser tramitadas y debidamente resueltas por ésta dentro de un plazo de quince días hábiles.* 51.2 *Si transcurrido el plazo la Administración concedente no se hubiere pronunciado, operará el silencio positivo y la gestión se tendrá por acogida, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que corresponda al funcionario respectivo.”*

De donde se infiere con claridad, que la misma norma regula la existencia de silencio positivo en el evento que la Administración no se pronuncie dentro del plazo regulado respecto de una gestión que se considere relevante para la debida ejecución del contrato de concesión, por lo que resulta innecesario reproducir dicha disposición en el pliego del concurso, al encontrarse ya previsto el supuesto en la normativa aplicable y sobre esta base no lleva razón el recurrente en su alegato.

No obstante lo expuesto, no debe perder de vista la Administración que el artículo 51 citado, refiere a un plazo de 15 días hábiles para atender la gestión y no uno de 10 como regula la cláusula, por lo que a efecto de guardar consistencia entre la norma y el pliego, se declara **parcialmente con lugar** el recurso, con la única intención que la Administración uniforme el plazo del artículo 51 con el establecido en el pliego.

13) Sobre el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Cláusula 3.4.4.1 del contrato. Criterio de la División. El objetante señala que la enmienda No. 1 a la cláusula 3.4.4.1, puntualmente en el inciso 4), tiene como efecto inmediato una alteración sustancial al perfil de riesgo que debe asumir el concesionario, más allá de las reglas razonables esperables en una inversión de las magnitudes del presente proyecto. Lo anterior, ya que se excluye cualquier tipo de reclamo en relación

con riesgos que corresponden al concesionario, así como aquellos daños y perjuicios referidos de manera genérica a cualquier tipo de incumplimiento a normas aplicables con indiferencia de la magnitud o naturaleza del incumplimiento.

Expresa que ya la contratación implica que no puede el concesionario presentar reclamos por variaciones en los costos, a lo que debe sumarse lo indicado en dicha cláusula en punto a reclamos por eventos determinados, lo cual hace muy gravoso el contrato para el concesionario. De esta forma, la cláusula impugnada no establece una correcta distribución de riesgos y, en su lugar, sirve de fundamento para que la Administración rechace cualquier reclamo basado en la supuesta asunción de riesgos de parte del concesionario, por lo que solicita la eliminación de la cláusula.

La Administración indica que para este punto, la objetante hace una lectura diseccionada del pliego, ya que lo relativo a la distribución de riesgos es algo que se extrae de la integralidad del mismo, y sumado a ello incluso el propio borrador de contrato contempla la cláusula 1.15.1 Distribución de Riesgos, y en concreto la 1.15.3 define los Riesgos del Concesionario, mientras que la 1.15.4 define los Riesgos de la Administración Concedente. Por lo que el inciso 4) busca únicamente enfatizar que hay riesgos transferidos por la propia naturaleza del contrato y estos no llevarían a un proceso de reequilibrio económico, por lo que la objeción debe ser rechazada.

Al respecto, debe precisarse que la cláusula en discusión regula los supuestos bajo los cuales procede atender reclamos del concesionario para efectos de reequilibrio económico, adicionando la enmienda No. 1 un nivel de detalle en punto al procedimiento para atender estas reclamaciones.

En el punto 4) cuestionado puntualmente por el recurrente se indica: “(...) 4) *Tras ello, la Administración Concedente deberá cuantificar el impacto producido sobre el equilibrio económico – financiero por los eventos alegados; para lo cual seguirá los siguientes parámetros: a) Los eventos alegados pueden generar, además de los daños y perjuicios, beneficios al Concesionario; de modo tal que en la determinación de su impacto final (y una eventual compensación) también deberá considerarse dichos beneficios. b) No se*

considerarán reclamos fundados en eventos cuyo riesgo es de cargo del Concesionario, de conformidad con este Contrato. Asimismo, no serán tomados en cuenta en el cálculo de una eventual compensación, aquellos daños y perjuicios ocasionados al equilibrio contractual como resultado un incumplimiento de normas legales, reglamentarias o contractuales aplicables (...)”.

Como se observa, este apartado lo que hace es establecer situaciones específicas en donde no podría reconocerse a priori alguna solicitud de reequilibrio planteada por el concesionario, sin que se observe de qué forma ello atenta contra el derecho mismo al mantenimiento del equilibrio del contrato y además a la distribución de riesgos establecida en la contratación.

El recurrente argumenta una negación al derecho a reclamar sobre riesgos que recaen sobre su propia esfera de acción por haberle sido trasladados, sin que demuestre las razones que desde el plano jurídico le harían poseer la facultad de reclamar sobre riesgos que le son inherentes. Véase que el objetante en modo alguno detalla o fundamenta, de qué manera el apartado 4) materializa una afectación del derecho al equilibrio económico, pues simplemente se limita a señalarlo pero sin demostrar a partir de acciones concretas lo que dicha regulación pudiera provocar en perjuicio del futuro contratista.

Por otra parte, debe tomar en cuenta el recurrente, que no es posible regular con absolutez las diferentes situaciones que pudieran generar la necesidad de un reequilibrio, sino que ello obedece a un análisis individual de cada situación cuando se presente, así como con la prueba que lo justifique. La cláusula lo que establece es un procedimiento para atender esas reclamaciones y el apartado 4), una definición general de los supuestos en que no sería factible este reequilibrio, sin que ello pueda verse como se indicó, en una negación al derecho mismo del concesionario. Por este motivo, el argumento en cuestión debe ser **rechazado de plano**.

14) Sobre el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Cláusula 3.4.6.1 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que en la resolución de la primera ronda de objeciones, se ordenó a la Administración incorporar en el expediente

las razones técnicas que justifican la redacción de la cláusula en punto a la distribución de riesgos, aspecto que la Administración no cumplió por cuanto en el expediente no se observa ningún documento adicional sobre el tema y además, la cláusula no fue objeto de modificación, motivo por el cual solicita se ordene a la Administración cumplir con lo solicitado por el órgano contralor.

La Administración señala que DP WORLD indica que este órgano contralor ordenó al INCOP realizar dos acciones respecto a las cláusulas 3.4.6.1 y 3.4.6.2: (i) incluir en el expediente administrativo las respectivas justificaciones técnicas y legales y (ii) dejar constancia de las valoraciones realizadas por la Administración para la distribución de riesgos de la cláusula 3.4.6.1. Al respecto, indica en su respuesta a la audiencia especial, que ya ambos puntos constan en el expediente.

Por lo expuesto, la objeción en los términos planteados se estima infundada y debe declararse sin lugar. Sobre este orden, en nuestra resolución R-DCP-00004-2025 del 20 de enero del 2025, este órgano contralor dispuso sobre el tema, lo siguiente: *“(...) 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. (...)”*

En este orden, se observa integrado al expediente del concurso, el documento *FN-0368-C.22 Sobre el equilibrio financiero de las cláusulas 3.4.2 / 3.4.6.1 / 3.4.6.2 / 6.8.*, con el cual la Administración da por atendido el punto en cuestión, razón por la cual el reclamo debe ser declarado **sin lugar**. No obstante lo expuesto, se le recuerda a la Administración su deber de garantizar la incorporación adecuada de documentos al expediente conforme se vayan produciendo, a efecto que sean del conocimiento oportuno de los potenciales oferentes.

Consideración de oficio: No obstante lo expuesto en el punto anterior, las cláusulas en cuestión establecen: **“3.4.6.1 El equilibrio económico-financiero será restablecido, como**

consecuencia de lo señalado de un desequilibrio debidamente comprobado y en comparación con lo que habría pasado en el mismo período si no hubiesen ocurrido los cambios a que se refiere dicho numeral cuando: -Varíe los costos de inversión realizados por el Concesionario desde la Orden de Inicio de Construcción hasta el Inicio de la Etapa de Explotación Total en un equivalente al diez por ciento (10%) o más del Monto de Inversión, luego de los eventuales ajustes señalados en la cláusula 3.4, debiendo considerarse para el restablecimiento del equilibrio económico financiero, la totalidad de la variación; o, -Se afecte los ingresos o los costos de operación y mantenimiento de los Servicios de manera tal que la diferencia entre los ingresos menos los costos de operación y mantenimiento del Concesionario en la Etapa de Explotación Total de la Concesión durante un período de doce (12) meses consecutivos o más, varíe en el equivalente al diez por ciento (10%) o más de los ingresos anuales percibidos por el Concesionario durante los doce (12) meses anteriores a la invocación de la cláusula de equilibrio económico. 3.4.6.2 Si el equilibrio económico – financiero del presente Contrato se ve afectado, tal como se define en el numeral anterior, el Concesionario o la Administración Concedente, podrá proponer por escrito a la otra parte y con la necesaria sustentación, las soluciones y procedimientos a seguir para restablecer el equilibrio económico afectado". Como se puede observar, las cláusulas en cuestión establecen el reconocimiento del equilibrio económico a partir de una variación del 10% o más en las inversiones iniciales del concesionario, sin embargo la Administración deberá justificar en el expediente mediante un criterio debidamente desarrollado, las razones que la llevan a definir ese 10% como punto de partida para el reconocimiento de ese desequilibrio, descartando cualquier afectación inferior a ese porcentaje.

15) Sobre la utilización de una metodología diferente para el reajuste de precios.

Cláusula 3.4.6.9 y 3.4.6.10 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que vía cartel se impone una nueva obligación a la Contraloría General que es aprobar una nueva metodología de reajuste que se integre al contrato distinta a la establecida originalmente, lo cual en su criterio resulta incorrecto, toda vez que cualquier modificación contractual incluyendo ajustes en las metodologías y fórmulas del contrato no requieren refrendo de la CGR, sino que deben ser aprobadas internamente, es decir por el INCOP. Siendo así, considera que las cláusulas objetadas no tienen fundamento jurídico e

imponen una nueva obligación a esta Contraloría, sin ningún asidero legal, por lo que deben eliminarse.

La Administración expresa que las cláusulas en cuestión no pretenden establecer nuevas competencias para la CGR, ni imponerle obligaciones que no se deriven del marco normativo vigente. Por el contrario, dichas disposiciones se limitan a reconocer y respetar el marco de control externo existente en relación con los actos de gestión contractual de la Administración, en particular, aquellos que podrían implicar modificaciones relevantes al contrato originalmente refrendado. En ese contexto, las cláusulas objetadas se limitan a señalar que, cuando se proponga una metodología distinta para el cálculo del reequilibrio económico-financiero o una modificación a la fórmula originalmente prevista en el contrato, será necesaria su aprobación conforme al ordenamiento jurídico aplicable. Esto implica, en efecto, que el INCOP deberá verificar internamente la legalidad de tales modificaciones, y en los casos en que dichas modificaciones revistan relevancia jurídica o económica sustantiva, la Administración podrá estar sujeta, conforme al criterio técnico y legal vigente, al control previo externo de la CGR.

Por lo tanto, no se configura una vulneración de competencias constitucionales ni una desviación normativa. Las cláusulas 3.4.6.9 y 3.4.6.10 no imponen cargas nuevas a la CGR, ni condicionan indebidamente la actuación del INCOP, sino que aseguran la coherencia del contrato con el marco jurídico nacional, incluyendo las eventuales actuaciones de control que puedan derivarse del contenido contractual, por lo que la objeción debe ser rechazada.

Sobre el particular, este órgano contralor debe aclarar un aspecto importante, y es que en la primera versión del cartel, la cláusula 3.4.6.8 disponía: *“3.4.6.8 Utilización de una metodología diferente para el reajuste financiero del Contrato En caso de que se llegue a proponer una metodología diferente para el ajuste del equilibrio financiero del contrato a las establecidas en el presente Contrato, se requerirá de la aprobación previa de la Contraloría General de la República para que el acuerdo de modificación tenga validez y eficacia jurídica.”*

Ahora bien, mediante la enmienda No. 1 se corrige dicha cláusula y se corre la numeración, quedando ahora las cláusulas 3.4.6.9 y 3.4.6.10 de la siguiente manera:

“3.4.6.9 Utilización de una metodología diferente para el reajuste financiero del Contrato. En caso de que se llegue a proponer una metodología diferente para el ajuste del equilibrio financiero del contrato a las establecidas en el presente Contrato, se requerirá de la aprobación previa de la Contraloría General de la República y la Autoridad Reguladora para que el acuerdo de modificación tenga validez y eficacia jurídica. 3.4.6.10 Para determinar el monto y momento de las indemnizaciones que pudieran ser necesarias para restablecer el equilibrio económico financiero del Contrato, se utilizará la fórmula que se presenta seguidamente. En caso de que se llegue a proponer en el futuro una fórmula diferente a la aquí establecida, se requerirá de la aprobación previa de la Contraloría General de la República y un nuevo criterio técnico positivo de ARESEP para que el acuerdo de modificación a la metodología allí expuesta tenga validez y eficacia jurídica (...).”

Como puede observarse, la imposición a la Contraloría General de la República de una obligación vía contractual de aprobar cualquier modificación a la metodología para el ajuste del equilibrio financiero, se encontraba ya dispuesta desde la primera versión del pliego, aspecto no objetado en su momento por el recurrente. Siendo que en la modificación por enmienda No. 1 dicho requisito se mantiene y la variación se refiere a la incorporación de ARESEP en el trámite.

De lo anterior puede colegirse que traer dicho argumento a este momento, deviene en precluído, en vista de no cuestionarse durante la primera ronda de objeción, y por ese motivo, el argumento en este extremo debe ser **rechazado de plano**.

Consideración de oficio: No obstante lo expuesto, y sin perjuicio del rechazo expresado, sí considera este órgano contralor que en las citadas cláusulas se le impone un requisito que no es propio de la naturaleza de este órgano contralor además de venir definido vía contractual. Decimos lo anterior, porque a pesar que la Administración indica en su respuesta, que esta aprobación debe verse de carácter genérico para cuando

corresponda a la competencia de este órgano en conformidad con el ordenamiento jurídico, lo cierto del caso es que resulta evidente de la literalidad del texto de ambas cláusulas, que se ha impuesto sin lugar dudas una competencia a este órgano de aprobar cualquier modificación a la metodología para el equilibrio económico, aspecto que como se indicó no viene impuesto por ninguna norma de rango legal, y sobre esa base, no puede ser exigido.

Así las cosas, debe esa Administración eliminar del texto de dichas cláusulas la competencia en cuestión que le ha sido atribuida a la CGR, por no provenir de ninguna norma legal.

16) Sobre el monto de las indemnizaciones. Cláusula 3.4.6.10 del contrato. Criterio de la División. El objetante indica que la cláusula objetada corresponde a una nueva disposición incorporada por el INCOP que hace referencia al uso de una fórmula para determinar el monto y momentos de las indemnizaciones para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, la cual se ha agregado sin ninguna valoración técnica, al menos que conste en el expediente. Sin embargo indica que tal fórmula presenta varios problemas: es una fórmula cerrada que limita el reconocimiento únicamente a los supuestos que ella utiliza, dejando de lado otros que podrían presentarse y no reconocerse, lo cual deviene en un desincentivo de conformidad con el artículo 84 del RLGCOP.

En segundo lugar, la fórmula proporciona de manera poco razonable un tratamiento restrictivo a la depreciación, reduciendo la recuperación del costo de capital. Lo anterior, ya que la fórmula dispone que las reglas de depreciación son solo aplicables a la causa que generó el desequilibrio financiero, mientras que, en la mayoría de los casos, las inversiones son necesarias como respuesta para atender el desequilibrio financiero.

En tercer lugar, la fórmula incluye un mecanismo de ajuste tarifario poco realista, ya que supone que se pueden imponer aumentos tarifarios sin problema, sin embargo, esto está sujeto a las aprobaciones regulatorias respectivas, particularmente la aprobación de ARESEP, así como la elasticidad de la demanda. Por lo que solicita se ordene al INCOP

incorporar al expediente los estudios técnicos que justifican dicha cláusula en los términos dichos.

La Administración dispuso en su respuesta que la fórmula fue incorporada en el Criterio Técnico Vinculante Sobre la Estructura Tarifaria, Parámetros de Ajuste y Evaluación de la Calidad del Proyecto de Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera conforme al Artículo 21 de la Ley N°7762 y Artículo 7 del Decreto Ejecutivo N°27098-MOPT aprobado por la ARESEP bajo Resolución RE-0113-RG-2025 del 25 de febrero del 2025 y cuenta con el visto bueno del Ministerio de Hacienda bajo MH-DM-OF-0318-2025 del 11 de marzo del 2025, por lo que no restringe o afecta al concesionario, no resulta poco razonable o en su caso un tratamiento restrictivo a la depreciación, y no puede dejar de estar sujeta a las aprobaciones regulatorias de ARESEP. Por lo que la objeción en este extremo debe ser rechazada.

Sobre este punto, este órgano contralor considera que el argumento del recurrente debe ser rechazado de plano al carecer de una debida fundamentación. Lo anterior, por cuanto el recurrente se limita a realizar cuestionamientos generales sobre la fórmula incorporada en la cláusula, pero no existe una explicación de cuáles son esos otros supuestos que en su criterio no están regulados en la fórmula y que podrían colocar en situación gravosa al oferente al tener que asumir algún desequilibrio.

Tampoco desarrolla ni demuestra por qué la fórmula genera un tratamiento restrictivo a la depreciación, dado que se solo se limita a señalar el cuestionamiento pero sin argumentos amplios para concluir su afirmación. Consecuente con ello, tampoco existe desarrollo mínimo en el sentido del por qué el ajuste tarifario deviene en poco realista, el que en todo caso se aclara, siempre debe ser sometido al filtro de ARESEP.

Sobre este tema, constan además en el expediente las resoluciones de ARESEP 0574-RG-2024 de setiembre del 2024 y 0113-RG-2025 de febrero del 2025 esta última que deja sin efecto la primera y por medio de las cuales consta se brindó cumplimiento al proceso de aprobación del modelo tarifario, sin que el recurrente haya hecho mención a ellas en su argumento. Por estas razones el reclamo debe ser **rechazado de plano**.

17) Sobre la información de la sociedad concesionaria. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda al borrador del contrato, en la cláusula 3.5.5 establece: *“3.5.5 Facultad de la Administración Concedente en cuanto información de la Sociedad Concesionaria. / Sin perjuicio de las normas generales de contabilidad aplicables a las sociedades anónimas, la Administración Concedente queda facultada para exigir en cualquier momento que lo requiera, los registros de información contable y cualquier otra información relacionada con la Sociedad Concesionaria, que sea necesaria para supervisar el contrato de Concesión y a la Sociedad Concesionaria de conformidad con este contrato, el Cartel y el ordenamiento jurídico costarricense. Asimismo, el Concesionario deberá comunicar a la Administración Concedente, cualquier modificación del capital social y tendrá a disposición permanente de ella y de la Contraloría General de la República, el libro de Registro de Accionistas al día. / La Sociedad Concesionaria será la titular de los datos e información que sean recopilados por ésta durante la ejecución de la Concesión y que resulten necesarios para las funciones de control por parte de la Administración Concedente, sin embargo, la Administración Concedente tendrá acceso irrestricto a dicha información en el ejercicio de sus funciones bajo la Concesión durante todo el plazo.”*

Al respecto **la objetante** impugna la cláusula que impone una obligación irrestricta al concesionario de entregar todo tipo de documentación a la Administración, argumentando que esto contraviene la Ley de Información No Divulgada (Ley 7975). Señala que dicha ley protege los secretos comerciales e información confidencial, estableciendo sólo tres excepciones para su divulgación, las cuales no incluyen un acceso libre e incondicionado por parte de la Administración en el contexto de un cartel de licitación.

Además, destaca que la ley protege la información confidencial entregada a autoridades para obtener permisos o licencias, supuesto no contemplado en el borrador de contrato. Por lo tanto, el objetante considera que la cláusula carece de fundamento jurídico al desaplicar las protecciones de la Ley de Información No Divulgada. Solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP enmendar la cláusula para exceptuar de la obligación de entrega la información referente a secretos comerciales o de naturaleza confidencial.

Adicionalmente, pide que se ordene al INCOP detallar específicamente en el pliego de condiciones la información requerida, su formato y periodicidad de entrega.

La Administración manifiesta que discrepa con la objeción de DP WORLD. Señala que en la Ley General de Concesión de Obra Pública, se establece la obligación de la Administración de fiscalizar permanentemente la ejecución de las obras y servicios concesionados, y la obligación del concesionario de acatar las disposiciones de la Administración. Además, cita el Reglamento a la LGCOP, que reafirma las amplias facultades de fiscalización y control de la Administración y la obligación del concesionario de ofrecer las facilidades necesarias para ello. Finalmente, la Administración señala que la enmienda en cuestión sí especifica que la información requerida es aquella necesaria para sus funciones de control durante la concesión. Por lo tanto, la información que no sea necesaria para estas funciones no puede ser exigida. Solicita rechazar el recurso.

A partir de lo dispuesto por las partes, es consideración de este órgano contralor que la recurrente incurre en falta de fundamentación a efecto de demostrar lo que alega. Lo anterior, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, el recurrente señala que la enmienda No. 1 al cartel impone la obligación a la Concesionaria de otorgar acceso irrestricto de la información recopilada a la Administración concedente, lo cual estima es contrario a la Ley de Información No Divulgada (Ley N° 7975).

Sobre esto, resulta relevante señalar que la Administración Concedente, tiene amplias facultades de fiscalización y control sobre la ejecución del contrato de concesión, tal como lo establece la LGCOP y su Reglamento. Esta facultad es esencial para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y la adecuada prestación del servicio público.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico costarricense existen una serie de normas, dentro de las cuales se encuentra la Ley de Información No Divulgada (Ley N° 7975), la

cual establece un régimen de protección para los secretos comerciales e industriales, impidiendo su divulgación, adquisición o uso sin consentimiento, siempre que cumplan con los requisitos de ser secreta, estar bajo control legítimo y tener valor comercial por su carácter secreto. Esta ley debe ser considerada en la interpretación de las cláusulas contractuales. Por lo tanto, aún si el cartel lo señala expresamente o no, ciertamente prevalece sobre el pliego la atención de la normativa.

Ahora, si bien la enmienda número 1 establece que la Administración tendrá “acceso irrestricto” a la información recopilada por el concesionario que sea necesaria para las funciones de control, esta disposición debe interpretarse en armonía con otras leyes, incluyendo la Ley de Información No Divulgada y la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales. Un acceso irrestricto, sin considerar las protecciones legales existentes, podría generar inseguridad jurídica y vulnerar derechos del concesionario y de terceros aunado al hecho de que sería contraria a la jerarquía de normas.

En adición a lo que viene dicho, debe considerarse que si bien se introdujeron modificaciones en la cláusula, lo cierto es que desde la redacción primigenia del pliego de condiciones, este punto establecía la facultad de la Administración para requerir información necesaria en la supervisión del contrato de concesión y de la sociedad concesionaria, siempre en observancia del cartel de licitación y del ordenamiento jurídico costarricense. Esta mención explícita al ordenamiento jurídico implica, sin lugar a dudas, la obligación de la Administración de actuar dentro de los límites que le impone la normativa vigente.

Como bien señala el objetante, las leyes de la República, incluyendo la Ley de Información No Divulgada y la Ley de Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, no se encuentran subordinadas al cartel de licitación, sino que ostentan una jerarquía normativa superior. Por consiguiente, resulta evidente que la Administración Concedente no podría válidamente solicitar información cuya divulgación o acceso esté expresamente prohibido o restringido por dichas leyes.

Ahora bien, también es cierto que la cláusula original, al referirse al respeto del “ordenamiento jurídico costarricense”, ya incorporaba implícitamente esta limitación a la facultad de la Administración. Por lo tanto, la interpretación de que la Administración tendría un acceso irrestricto a cualquier información, sin consideración de las protecciones legales existentes, resulta inconsistente con la propia redacción original del pliego. En ese sentido, es importante señalar que el recurrente no ha aportado pruebas fehacientes que demuestren que el cartel de licitación exija la revelación de información que ostente la calificación de confidencial o que esté protegida por la Ley de Información No Divulgada.

Tal como se ha indicado previamente, la redacción del pliego de condiciones siempre remitió al respeto del ordenamiento jurídico costarricense en su totalidad. Esta referencia normativa incluye, ineludiblemente, las disposiciones relativas a la protección de secretos comerciales e información confidencial.

Por lo tanto, la alegación del recurrente sobre una supuesta exigencia de revelar información protegida carece de sustento probatorio concreto que contradiga la clara mención al acatamiento del ordenamiento jurídico costarricense presente desde la versión inicial del cartel y por ello, lo procedente es **rechazar de plano** este aspecto del recurso interpuesto.

Consideración de oficio. Sin perjuicio de lo señalado, se recuerda a la Administración concedente que si bien tiene la facultad de supervisar la ejecución del contrato y la actividad de la Sociedad Concesionaria, esta facultad no puede ser irrestricta al punto de desconocer la protección que el ordenamiento jurídico costarricense otorga a la información confidencial y a los secretos comerciales. La Ley No. 7975 establece claramente los supuestos bajo los cuales cierta información goza de protección y las limitadas excepciones a dicha protección, los cuales deben ser acatados por la licitante.

Por otra parte, como otro alegato de este punto del recurso, se tiene que si bien el recurrente solicita que expresamente se indique cuál es la información que se necesita que sea compilada y entregada, en qué formato y con qué periodicidad, lo cierto es que no ha demostrado -de frente a lo antes señalado, es decir, en cuanto a la prevalencia de la normativa sobre el pliego- que dicha especificidad sea necesaria. Tampoco ha

acreditado que la falta de ella impida la preparación de la oferta o que violente principios que rigen la materia. Es en virtud de lo expuesto, que se **rechaza de plano** este aspecto del recurso.

18) Sobre el evaluador independiente. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda al borrador del contrato, punto 7.4.4.3, indica: *“7.4.4.3 De existir compensaciones por Fuerza Mayor no cubiertas por seguros, el concesionario podrá solicitar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero de la siguiente manera: (i) La determinación del valor por daño, pérdida o destrucción de infraestructura, maquinaria y equipo y bienes del Concesionario que afecten la ejecución y continuidad del Proyecto se hará mediante un informe preparado por un Evaluador Independiente buscando cubrir exclusivamente el costo de reparación o reposición a valores de mercado, este informe se deberá rendir en un plazo de un mes después de seleccionado el Evaluador Independiente y (ii) La definición del valor por mayor permanencia en obra se hará buscando cubrir exclusivamente los costos fijos asociados a la infraestructura, maquinaria y equipo y bienes del Proyecto que afecten la ejecución y continuidad del Proyecto del Concesionario, siempre que: (a) El Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito impida o afecte sustancialmente la ejecución de una o varias obras que, de acuerdo con el Proyecto Constructivo, deban estarse ejecutando en ese momento, o el mantenimiento de una sección o todo el Puerto; (b) Esa parálisis o retraso implique, de manera forzosa, que ciertos recursos del Concesionario queden ociosos por no poder ser utilizados para ninguna actividad relacionada o no con este Contrato. (c) En caso de daño, pérdida o destrucción de Obras de la Concesión diferentes de la maquinaria y equipo del Concesionario, las Partes pactarán el correspondiente ajuste al Proyecto Constructivo o un nuevo Proyecto Constructivo, siempre que el INCOP opte por efectuar tales reparaciones como parte del Contrato, dentro de los límites previstos en la Ley Aplicable y en este Contrato. El Concesionario será responsable de todos los costos asociados con la selección y contratación del Evaluador Independiente.”*

Al respecto, **la objetante** impugna la modificación introducida en la enmienda No. 1 a la cláusula 7.4.4.3, la cual impone al concesionario la obligación de asumir la totalidad de los costos asociados a la selección y contratación del Evaluador Independiente. Señala que

este evaluador es el encargado de emitir un informe para determinar los daños y pérdidas derivados de eventos de fuerza mayor no cubiertos por seguros, con el fin de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato.

El recurrente cuestiona la razón por la cual estos costos no son asumidos por la Administración o compartidos entre las partes, considerando que el informe del evaluador busca precisamente restablecer dicho equilibrio. Además, el objetante alega que la imposición exclusiva de estos gastos al concesionario resulta desproporcionada y representa un costo adicional sin justificación aparente por parte del INCOP en el pliego de condiciones.

Por ello, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP modificar la cláusula para que la Administración asuma la totalidad de los costos del Evaluador Independiente. En caso de que el INCOP considere que el concesionario debe sufragar parcial o totalmente estos gastos, se exige una justificación técnica que respalde dicha decisión.

La Administración responde que esta enmienda subsana una observación previa de la Contraloría General de la República en la resolución R-DCP-00004-2025, la cual señaló la falta de precisión sobre la elección, perfil y costos del Evaluador Independiente. Explica que la CGR exigió regular este aspecto en el contrato, así como los bienes susceptibles de reconocimiento en casos de extinción por fuerza mayor. Manifiesta que la enmienda ahora define que, en compensaciones por fuerza mayor no cubiertas por seguros, el concesionario podrá solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero mediante un informe de un Evaluador Independiente, cubriendo solo el costo de reparación o reposición a valores de mercado.

Finalmente, la Administración defiende que sea el concesionario quien asuma los costos del Evaluador como un costo del proyecto. Considera esta dinámica razonable y proporcional, ya que el concesionario es quien puede solicitar el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en casos de fuerza mayor no asegurados, y este costo no

representa una carga excesiva. Por lo tanto, solicita que se declare sin lugar el recurso presentado.

Tras analizar los argumentos presentados por el objetante y la respuesta de la Administración, es criterio de este órgano contralor que este aspecto del recurso de objeción no puede prosperar por las razones que se desarrollan a continuación.

En primer lugar, la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, específicamente en sus artículos referentes a la ejecución y modificación del contrato, y su Reglamento de desarrollo, delinean el procedimiento mediante el cual las partes pueden solicitar ajustes a los términos originalmente pactados. En particular, cuando se presentan eventos de fuerza mayor o caso fortuito que alteren significativamente las condiciones económicas del contrato y no estén cubiertos por pólizas de seguro, la legislación concede al concesionario la facultad de activar los mecanismos contractuales previstos para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero. Esta prerrogativa implica la puesta en marcha de un proceso formal en el que el concesionario debe motivar y sustentar su solicitud de ajuste.

En este contexto, la exigencia de que el concesionario asuma los costos de la evaluación independiente se alinea con el principio general de que quien impulsa una gestión o requiere una valoración técnica específica para su propio beneficio, como lo es la demostración de la afectación económica sufrida para obtener una compensación, debe incurrir en los gastos directamente asociados a dicha gestión. La contratación de un evaluador independiente constituye una diligencia probatoria esencial para cuantificar los daños y pérdidas, cuyo resultado favorecerá directamente al concesionario al permitirle fundamentar su petición de reequilibrio financiero ante la Administración.

Por otra parte, de lo dispuesto por el objetante se tiene que si bien éste alega desproporcionalidad en la imposición de la totalidad de los costos del Evaluador Independiente, no aporta ningún elemento probatorio que respalde esta afirmación. Esto es, no presenta un análisis técnico ni una cuantificación de la supuesta afectación económica que esta nueva obligación representaría para el concesionario. La mera

alegación de desproporción, sin sustento probatorio, resulta insuficiente para acoger el recurso.

En línea con lo anterior, debe tomarse en consideración que es el concesionario quien tiene el interés primordial en que se restablezca el equilibrio económico-financiero del contrato ante la ocurrencia de eventos de fuerza mayor no cubiertos por seguros. La labor del Evaluador Independiente, si bien busca determinar los daños y pérdidas, tiene como objetivo final permitir al concesionario solicitar la compensación correspondiente para mantener la viabilidad económica del proyecto. En este contexto, resulta entendible que asuma los costos asociados a la obtención de la información necesaria para sustentar su solicitud.

Aunado a ello, resulta relevante señalar que dado su conocimiento del negocio, el objetante debió explicar suficientemente si considera que existe desproporción al tener que pagar al Evaluador independiente. No obstante, como se indicó, de su impugnación no se desprende que realizara tal análisis y tampoco justificó adecuadamente por qué no debería asumir ese riesgo en un procedimiento de concesión de obra pública.

En adición a lo expuesto, el objetante no ha demostrado que la cláusula impugnada genere una limitación a la participación en el proceso de contratación, sea contraria al ordenamiento jurídico vigente o violente algún otro principio fundamental de la contratación pública. En ese línea, la asignación de un costo específico al concesionario, dentro del marco de un contrato de concesión, no constituye por sí mismo una infracción normativa, aspecto, que en todo caso, no ha demostrado el recurrente.

Es por lo expuesto que esta Contraloría General estima que el punto en discusión debe **rechazarse de plano**. En ese sentido, no resulta necesario que el INCOP modifique la cláusula 7.4.4.3 tal cual lo solicita el recurrente ni tampoco que justifique técnicamente sus razones para el establecimiento de la cláusula ya que no sólo lo alegado carece del sustento probatorio necesario sino que además la normativa dispone que le corresponde al concesionario probar y asumir los gastos a efecto de demostrar que se requiere el mantenimiento económico del contrato.

19) Sobre el procedimiento de cura en caso de incumplimiento del concesionario.

Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, el borrador del contrato, cláusula 8.4.5.2 dispone: *“8.4.5.2 Procedimiento de cura en caso de incumplimiento del Concesionario En caso de incumplimiento que pudiera resultar en una causal para la resolución del Contrato, la Administración advertirá de esta circunstancia al Concesionario y le dará un periodo de cura de un (1) mes para remediar la situación o el incumplimiento, o proponer una solución que a juicio de la Administración beneficie el interés público pretendido por el proyecto y sea legalmente posible. / Vencido el periodo de cura sin que el incumplimiento se haya remediado, la Administración haya aceptado la solución propuesta o el Concesionario haya mostrado su disconformidad con respecto a la apreciación de la Administración Concedente, ésta podrá iniciar los trámites para declarar la resolución del Contrato. / El periodo de cura no interrumpirá las multas que conforme a los términos de este Contrato correspondan al Concesionario. / En caso de que el Concesionario no cumpla con lo propuesto o no lo haga dentro del tiempo estipulado, la Administración Concedente estará plenamente facultada para valorar los motivos y proceder, actuando en el marco del debido proceso, con la resolución contractual.”*

Al respecto, **la recurrente** objeta el período rígido de cura de un mes establecido en la cláusula 8.4.5.2, argumentando que no distingue entre la naturaleza y severidad de los distintos tipos de incumplimientos. Señala que esta inflexibilidad podría llevar a la terminación prematura del contrato por problemas subsanables que requieran un plazo mayor para su corrección, afectando la estabilidad del proyecto y el interés público. Además, alega que este esquema genera un riesgo de terminación anticipada sin agotar soluciones progresivas, lo que podría disuadir la participación de futuros oferentes.

El objetante indica que la complejidad del proyecto implica la posibilidad de incumplimientos operacionales que no necesariamente reflejan una falta de voluntad o capacidad del concesionario para remediarlos. La ausencia de un mecanismo de subsanación proporcional impide diferenciar entre incumplimientos menores y aquellos que justifican la resolución contractual. Por ello, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP modificar la cláusula para incluir un período de cura

proporcional y razonable para todo tipo de incumplimientos, o bien, establecer diferentes plazos de cura según la gravedad de la falta.

La Administración responde que este punto no fue modificado respecto a la versión original del pliego, por lo que considera que ha operado la preclusión procesal. Cita la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento, de aplicación supletoria, que establecen la extinción del derecho a impugnar aspectos del pliego si no se hizo en el momento oportuno. Agrega que sin perjuicio de lo anterior, la Administración considera razonable el plazo de un mes para subsanar un incumplimiento ya detectado, pues busca incentivar una pronta solución. Argumenta que admitir plazos diversos o más amplios iría en contra del propósito del período de cura.

Además, destaca que la cláusula permite al concesionario proponer una solución dentro de ese mes, la cual debe ser valorada por la Administración. Por lo tanto, la cláusula admitiría tratamientos diferenciados según las circunstancias, exigiendo que la solución se encamine en un plazo de un mes. En consecuencia, la Administración solicita que se declare sin lugar la objeción.

A partir de lo indicado por las partes, se tiene, en primer lugar, que la revisión de los documentos cartelarios confirma que la cláusula 8.4.5.2 es idéntica en ambos casos, lo que refuerza el argumento de la Administración de la preclusión procesal, ya que la misma no fue impugnada en la etapa correspondiente. Al respecto, de conformidad con los artículos 90 y 250 de la Ley General de Contratación Pública, de aplicación supletoria a la Ley de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, la facultad para impugnar el contenido del pliego de condiciones se extingue si no se ejerce el derecho de recurrir en el momento procesal oportuno.

En el presente caso, la cláusula 8.4.5.2 se mantuvo sin modificaciones desde la versión original del pliego, por lo que, la oportunidad para objetar su contenido ya ha fenecido y en ese escenario, lo pertinente es **rechazar de plano** este aspecto del recurso por encontrarse precluido.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente señalar que si bien un plazo fijo de un mes podría considerarse breve para algunos incumplimientos, la cláusula introduce flexibilidad al permitir al concesionario proponer una solución dentro de ese plazo, la cual debe ser valorada por la Administración. Esta disposición faculta a la Administración para considerar soluciones alternativas propuestas por el concesionario que, aunque excedan el plazo de un mes para su implementación completa, demuestren un compromiso real y una hoja de ruta clara para la resolución del incumplimiento de una manera que salvaguarde el interés público.

Además, la cláusula establece que la Administración, una vez vencido el período de cura, podrá iniciar los trámites para la resolución del contrato, pero siempre “actuando en el marco del debido proceso”. Esto implica que la Administración deberá valorar las circunstancias específicas del incumplimiento, la diligencia demostrada por el concesionario durante el período de cura, y la viabilidad de la solución propuesta, antes de tomar una decisión definitiva sobre la resolución contractual.

Finalmente, se estima que la objetante no ha presentado argumentos contundentes que demuestren que el plazo de un mes, en todas las posibles circunstancias de incumplimiento, carecería de razonabilidad o conduciría inevitablemente a resultados desproporcionados, sin considerar la posibilidad de proponer y valorar soluciones alternativas, por lo que también, por esta falta de fundamentación, su argumento debe **rechazarse de plano**.

20) Sobre la indemnización como efecto de extinción. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda No. 1 al borrador del contrato dispuso: *“8.4.7.3 Indemnización como efecto de la extinción por causas atribuibles a la Administración Concedente / En los casos en que la causa de extinción de la Concesión sea ajena a la conducta del Concesionario y sean causas atribuibles a la Administración Concedente, incluyendo los eventos descritos en la cláusula 8.4.1, y no obedezca a causa de un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, el Concesionario tendrá derecho de percibir como indemnización, y salvo pacto en contrario de las partes, debidamente aprobado previamente por la Contraloría General de la República un monto calculado por un*

Evaluador Independiente a partir de la Fecha de Transferencia Anticipada con base en los Estados Financieros auditados más recientes, que incluya: / (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, este Contrato o según se establece en el Artículo 63 de la Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos, 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. Para efectos de este cálculo los activos no estarán sujetos a apreciaciones o revaluaciones de ningún tipo, así como a la forma de depreciación descrita en la presente cláusula y no incluirán IVA. Este monto estará sujeto al estado actual de los bienes, que implica un peritaje técnico que realice un ajuste al valor de los activos en caso de que estos no hubiesen sido mantenidos adecuadamente según el Plan de Explotación y Mantenimiento. / (ii) una utilidad hasta del cincuenta por ciento (50%) del lucro cesante, que se calculará como el cincuenta por ciento (50%) del flujo de caja económico descontado del Modelo Financiero actualizado con los estados financieros históricos y las proyecciones vigentes a la Fecha de Transferencia Anticipada por causas ajenas al Concesionario que refleje lo que el Concesionario hubiera recibido si el Estado no hubiera incurrido en la causal de extinción. / (iii) así como una indemnización por las pérdidas directas que puedan habersele ocasionado y que no estén contempladas en los anteriores rubros, que incluya los costos razonables de cancelación de los contratos de crédito vigentes y costo de cancelación de los subcontratos. Esta indemnización incluirá costos de contratos con Sociedades del Mismo Grupo Empresarial o empresas vinculadas al Concesionario o a sus accionistas, siempre y cuando se demuestre que los ingresos que se generen a favor del Concesionario son utilizados exclusivamente en el Proyecto, se encuentren debidamente formalizados y así se acrediten a la Administración Concedente, y que los mismos reflejen condiciones de mercado estándares en sus términos y condiciones. A este monto se le debe descontar los montos adeudados por parte del Concesionario a la Administración Concedente y los montos que recupere el Concesionario por indemnizaciones de seguro.”

Al respecto, **la objetante** señala que a pesar de la indicación de la Contraloría General de adecuar la cláusula de indemnización por extinción al artículo 63 de la LGCOP, la enmienda No. 1 mantiene vicios que atentan contra la legalidad, la seguridad jurídica y el principio de propiedad privada. La cláusula reformada limita la compensación por inversiones efectivamente realizadas a aquellas contempladas originalmente en el cartel, el contrato o el citado artículo, lo que el objetante considera una restricción indebida.

Argumenta que esta redacción no garantiza la inclusión de inversiones adicionales aprobadas por el INCOP, necesarias en la dinámica de los proyectos de concesión, vulnerando el equilibrio económico-financiero del contrato al no proteger al concesionario ante eventos ajenos a su control que requieran dichas inversiones. Adicionalmente, el objetante cuestiona la limitación de la utilidad indemnizable al 50% del lucro cesante, calculado sobre el 50% del flujo de caja económico.

Alega que este tope no refleja el perjuicio económico total, afectando el principio de plena reparación y el equilibrio contractual, ya que la inversión busca generar ganancias más allá de la recuperación de costos.

Por lo tanto, solicita a la Contraloría ordenar al INCOP ajustar la cláusula para incluir expresamente las inversiones adicionales aprobadas por el INCOP dentro de la indemnización y modificar los parámetros de utilidad con sustento técnico para garantizar el equilibrio del contrato.

La Administración discrepa, señalando que la enmienda precisamente busca atender la resolución R-DCP-00004-2025 de la CGR, que exigía adecuar la cláusula al artículo 63 de la Ley de Concesiones. Argumenta que la inclusión de esta referencia amplía claramente los escenarios de indemnización al acoger lo dispuesto en dicho numeral sin reservas. Considera erróneo el argumento de la recurrente de que la referencia no necesariamente amplía la premisa original.

Agrega que por otro lado, la recurrente también objeta el supuesto (ii) de la cláusula, que limita la utilidad al 50% del lucro cesante. Sobre este punto, argumenta que, al no haber

sido objeto de enmienda respecto a la versión original del pliego, ha operado la preclusión procesal. Cita la LGCP y su Reglamento, indicando que la facultad para impugnar este contenido se extinguió al no ejercerse el derecho de recurso en el momento oportuno. En consecuencia, la Administración solicita que la objeción sea declarada sin lugar en ambos puntos.

Una vez revisados los alegatos de las partes, resulta pertinente señalar varios puntos de interés. En primer lugar, se observa que el argumento del recurrente se centra en una interpretación potencial de la cláusula, sin aportar prueba o evidencia concreta de que la redacción actual excluya inequívocamente las inversiones adicionales aprobadas por el INCOP. Su afirmación de que la referencia al artículo 63 de la LGCOP *“no necesariamente amplió la premisa original”* denota una duda interpretativa más que una certeza sobre la limitación de la indemnización a las inversiones iniciales.

En adición a lo señalado, si bien el recurrente aboga por una mención expresa de la indemnización por obras o inversiones adicionales en aras de la seguridad jurídica, no desarrolla ni acredita la imperiosa necesidad de dicha inclusión, ni demuestra que la redacción actual genere una inseguridad jurídica real y tangible tal, que imposibilite formular su oferta o indefectiblemente genere una afectación en la etapa de ejecución. Su alegato se fundamenta en una posibilidad interpretativa y una petición de mayor claridad, sin demostrar fehacientemente la existencia de una limitación indebida en la cláusula vigente. Tampoco ha demostrado la impugnante que tal como está redactada la cláusula, se limite la participación o se violente algún otro principio de contratación, aspectos, que resultan necesarios dentro del ejercicio de fundamentación de un recurso de objeción.

Ahora bien, la modificación introducida por la Administración en la cláusula 8.4.7.3 responde directamente a la solicitud de la misma recurrente en la ronda de objeción previa, donde se planteó la necesidad de incorporar las inversiones adicionales dentro de los supuestos de indemnización y particularmente que se incorporar el artículo 63 de la Ley de Concesiones.

Así las cosas, siendo que con su alegato, la recurrente no ha acreditado que no se encuentre incluidas las indemnizaciones por inversiones adicionales, es que se **rechaza de plano** este aspecto del recurso.

Consideración de oficio. Sin perjuicio de lo anterior, conviene realizar una precisión adicional. Si bien la Administración enmendó el pliego incorporando la referencia al artículo 63 de la Ley de Concesiones y aún cuando así fue solicitado por el recurrente en la ronda de objeciones anterior, estima este órgano contralor que resulta necesario clarificar su alcance. La solicitud original buscaba asegurar que la indemnización cubriera no solo las inversiones iniciales, sino también aquellas inversiones adicionales aprobadas por el INCOP que resultaran necesarias durante la ejecución del contrato.

En esa línea, el artículo 63 de la Ley de Concesiones establece los rubros indemnizables por extinción imputable a la Administración, incluyendo las inversiones efectivamente realizadas, sin distinguir explícitamente entre las originales y las adicionales aprobadas. Por lo tanto, la mención en la enmienda a las inversiones “originalmente contempladas” junto con la referencia al artículo 63 podría interpretarse de forma restrictiva, limitando la indemnización a las inversiones iniciales y las específicamente detalladas en dicho artículo, sin considerar la dinámica de los proyectos de concesión que pueden requerir inversiones adicionales justificadas.

En consecuencia, y para asegurar la seguridad jurídica y el equilibrio económico del contrato, se requiere a la Administración Concedente aclarar, en el pliego de condiciones, que la referencia al artículo 63 de la Ley de Concesiones en la cláusula de indemnización implica la cobertura tanto de las inversiones originalmente previstas como de aquellas inversiones adicionales que, siendo esenciales para la explotación de la concesión, hayan sido debidamente aprobadas por el INCOP. Esta aclaración es fundamental para evitar una interpretación que limite indebidamente el derecho del concesionario a una plena indemnización por causas ajenas a su responsabilidad.

Por otra parte, como otra petición de la recurrente en este mismo punto, se tiene que solicita: *“b) se ajusten los parámetros de utilidad a partir del flujo de caja, con sustento*

técnico, garantizando el equilibrio del contrato.” No obstante, se observa que la parte de la cláusula que se refiere a este aspecto, no fue modificada por la Administración licitante, con lo cual, siendo que no sufrió ningún cambio, se encuentra precluido el plazo para objetar este aspecto y en consecuencia, debe **rechazarse de plano** este punto del recurso.

21) Sobre el arbitraje internacional. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda No. 1 al borrador del contrato dispone: *“10.4 ARBITRAJE NACIONAL / De conformidad con la cláusula 10.3, las Partes aceptan y entienden que la vía de arbitraje internacional es la obligatoria después de transcurrido el plazo de conciliación. No obstante lo anterior, las Partes podrán establecer de mutuo acuerdo, como una opción alternativa al arbitraje internacional, 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** considera que, a pesar de la modificación realizada en la enmienda No. 1 a las cláusulas de arbitraje (10.3 y 10.4), persiste una falta de claridad que afecta los principios de legalidad y seguridad jurídica. Considera que si bien la enmienda establece la obligatoriedad del arbitraje internacional tras la conciliación, dejando el arbitraje nacional como una alternativa de mutuo acuerdo, persiste la ausencia de reglas claras sobre el funcionamiento de ambos mecanismos.

Específicamente, critica la omisión de la sede, la *Lex Arbitri* (ley procesal aplicable) y la ley de fondo aplicable al arbitraje internacional. Estima que la falta de definición de estos elementos genera incertidumbre jurídica para los concesionarios respecto al proceso de resolución de disputas. Enfatiza la importancia de especificar la sede del arbitraje internacional, proponiendo Londres por su reputación, neutralidad y experiencia. Por lo tanto, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP revisar y aclarar las cláusulas 10.3 y 10.4, estableciendo de manera precisa las reglas aplicables tanto al arbitraje nacional como al internacional, incluyendo la sede, la *Lex Arbitri* y la ley de fondo correspondiente.

La Administración discrepa con la objeción de DP WORLD. Afirma que la enmienda cumple con lo señalado por la CGR en la resolución R-DCP-00004-2025, que solicitaba claridad sobre la procedencia de la cláusula y su relación con el punto 10.3. Destaca que la enmienda establece que el arbitraje nacional es obligatorio tras la conciliación, pero permite acordar el arbitraje internacional como alternativa.

Además, la Administración señala que, contrariamente a lo afirmado por DP WORLD, la versión original del pliego ya estipulaba que el arbitraje internacional se regiría por las normas de derecho internacional y el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, con tres árbitros designados según dicho reglamento. Por lo tanto, considera que se han satisfecho los aspectos que la recurrente alega que faltan y que la enmienda cubre los puntos indicados por la CGR, solicitando que la objeción sea declarada sin lugar.

Visto lo dispuesto por las partes, resulta necesario realizar varias precisiones. En primer lugar, estima este órgano contralor que, si bien la cláusula 10.4 (arbitraje nacional) fue modificada y con ello, expuso de una manera más clara el funcionamiento no sólo del arbitraje nacional sino el internacional, lo cierto es que respecto a este último, la cláusula 10.3 desde su redacción primigenia señaló que el arbitraje internacional se resolverá de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. De esta forma, todo alegato respecto a esta normativa y lo correspondiente a la sede y disposiciones relacionadas, debió realizarse en el momento procedimental oportuno, sea

con la interposición del recurso en la primera ronda de objeciones. Por lo tanto, siendo que precluyó el momento para presentar alegatos respecto a estos aspectos del arbitraje internacional, se **rechaza de plano** este aspecto.

Sin perjuicio de lo anterior, del análisis del alegato se tiene que no lleva razón el objetante en cuanto a la necesidad de especificar la sede del arbitraje internacional para brindar mayor seguridad jurídica. Lo anterior por cuanto la impugnante no ha acreditado cómo la omisión de este elemento invalida la cláusula sino que además tampoco ha demostrado que se puedan generar interpretaciones divergentes en el futuro o una afectación en las partes del procedimiento. Aunado a ello, se observa que la cláusula señala que se tomará en cuenta el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por lo que se entiende que la sede se determinará conforme a dicha normativa. De igual manera, la *lex arbitri* se determinará según lo dispuesto en dicho reglamento y las normas de derecho internacional aplicables, aspecto que no ha sido desvirtuado el objetante.

Tampoco ha sido demostrado por el objetante que exista falta de claridad sobre el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional, máxime que como se indicó, respecto al arbitraje internacional dispuesto en la cláusula 10.3, cualquier alegato debió realizarlo en la primera ronda de objeciones. En la misma línea, cualquier duda o alegato respecto al arbitraje nacional, a excepción de la explicación que brindó ahora la Administración sobre la prevalencia de un arbitraje frente a otro, también se encontraría precluido, siendo que las reglas aplicables, incluyendo la sede y leyes correspondientes debieron haberse alegado en la anterior ronda de objeciones.

Por otra parte, si bien la propuesta del objetante de establecer Londres como sede del arbitraje internacional es una opción válida considerando su reputación, neutralidad y experiencia, la decisión final sobre este punto recae en la Administración Concedente, dentro del marco de su potestad para definir los términos contractuales, siempre y cuando estos se ajusten a la normativa aplicable y a los principios de la contratación administrativa.

En virtud de lo expuesto, este órgano contralor **rechaza de plano** los alegatos del objetante en este punto del recurso.

22) Sobre los tipos de carga. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda No. 1 incluyó la siguiente cláusula *“2. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS MÍNIMAS OBLIGATORIAS / “Tipos de Carga (...) 10. Para el suministro de electricidad, se deberá definir la necesidad de instalación de una subestación eléctrica y transformadores dependiendo de las características de potencia de las líneas de alimentación desde la red exterior. Además, se deberá considerar la instalación de una planta de emergencia o suministro alternativo para garantizar la continuidad operativa en caso de fallas en el suministro eléctrico principal que además de cubrir las necesidades de los contenedores refrigerados (reefers) también deben cubrir las necesidades de los equipos esenciales de carga y descarga, sistemas de seguridad y comunicaciones. / El diseño de la red eléctrica deberá incluir, a lo menos, los siguientes ítems: / • Iluminación exterior / • Alimentación para reefers / • Alimentación eléctrica de los edificios / • Distribución de alta, media y baja tensión / • Redes de comunicación y CCTV / • Definición de suministro eléctrico para las naves / • Sistema adecuado que permita la alimentación de las grúas RTG para su correcta operación.”*

Al respecto, **la objetante** impugna la nueva cláusula sobre especificaciones técnicas mínimas obligatorias para el suministro de electricidad, al considerar que vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como el artículo 88 del Reglamento a la Ley General de Contratación Pública. Argumenta que la cláusula es ambigua al no definir claramente la parte responsable de cumplir con las obligaciones relativas al diseño, instalación, suministro, operación y mantenimiento de la infraestructura eléctrica requerida, incluyendo la subestación, transformadores y planta de emergencia.

Agrega que esta falta de claridad contraviene el artículo 88 del RLGCP, que exige que el pliego de condiciones contenga especificaciones técnicas claras, suficientes y concretas. Considera que la omisión de la responsabilidad en la cláusula genera incertidumbre jurídica para los potenciales oferentes. Por lo tanto, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP enmendar la cláusula para especificar de manera inequívoca quién asumirá las obligaciones relacionadas con el suministro de energía en todas sus fases.

La Administración rechaza la objeción de DP WORLD, argumentando que la responsabilidad sí está definida en el pliego. Remite al Anexo 11, Anexo Técnico (Especificaciones Técnicas), cuyo punto introductorio establece claramente que el concesionario deberá cumplir con las especificaciones técnicas mínimas obligatorias relacionadas con el diseño, construcción, implementación y desarrollo de los mecanismos operacionales para la nueva concesión de Puerto Caldera.

En consecuencia, sostiene que la responsabilidad del suministro de electricidad, al estar comprendida dentro de las especificaciones técnicas detalladas en el Anexo 11, recae en el concesionario. Considera que la objeción de DP WORLD carece de fundamento debido a una falta de lectura y estudio del pliego, y solicita que se declare sin lugar.

A partir de lo dispuesto por las partes y analizada la cláusula impugnada en conjunto con el Anexo 11 del pliego de condiciones, esta instancia considera que los argumentos de la recurrente no son suficientes para declarar con lugar el recurso, por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, se constata que el Anexo 11, al establecer las especificaciones técnicas mínimas obligatorias que debe cumplir el concesionario para la operación de la concesión, incluye de manera inequívoca el suministro de electricidad como una de sus responsabilidades. La lectura integral del pliego permite inferir que todas las obligaciones detalladas en dicho anexo recaen sobre el concesionario, en tanto son necesarias para la correcta ejecución y operación de la obra pública con servicios públicos objeto de la concesión.

Por otra parte, si bien la cláusula impugnada no detalla explícitamente las fases de diseño, instalación, suministro, operación y mantenimiento, es inherente a la obligación de “suministro de electricidad” la responsabilidad de garantizar su continuidad y correcto funcionamiento en todas sus etapas. Una vez que el concesionario asume la responsabilidad del suministro, se entiende implícitamente su obligación de realizar las

acciones necesarias para asegurar dicho suministro de manera integral, incluyendo su mantenimiento.

Ahora bien, también resulta relevante señalar que la recurrente no ha logrado demostrar de manera fehaciente cómo la redacción de la cláusula impugnada vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, ni ha aportado elementos probatorios que sustenten una limitación a la participación o la violación de otros principios de la contratación pública. La alegada ambigüedad no se configura como un impedimento insuperable para que los potenciales oferentes comprendan sus obligaciones. En esa misma línea, la impugnante no ha acreditado que la redacción de la cláusula impida o limite la formulación de ofertas por parte de los interesados o que se desencadene un problema en la etapa de ejecución. La presunta falta de claridad alegada por la recurrente no se traduce en una imposibilidad real para comprender el alcance de las obligaciones relacionadas con el suministro eléctrico.

Finalmente, es importante señalar que, de la integralidad de la normativa costarricense en materia de concesión de obra pública con servicios públicos, la provisión y gestión de la electricidad dentro del ámbito de la obra concesionada se entiende que forma parte de las responsabilidades inherentes al concesionario, necesarias para la adecuada prestación de los servicios públicos asociados.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la cláusula impugnada, interpretada en conjunto con el Anexo 11 del pliego de condiciones, establece de manera suficiente la responsabilidad del concesionario en relación con el suministro de electricidad. Los argumentos presentados por la recurrente no desvirtúan esta conclusión ni demuestran una vulneración a los principios de la contratación pública y por ello es que este aspecto se **rechaza de plano**.

23) Sobre los servicios de escáner. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión la enmienda a la cláusula 4 del anexo 12 dispone: *“4. SERVICIOS DE ESCÁNER/ El Concesionario será responsable de la adquisición de los equipos y de mantener las condiciones e instalaciones adecuadas en la terminal para permitir el tránsito de la carga desde y hacia el escáner, así como del mantenimiento de los escáneres. La*

responsabilidad de la operación, y por tanto, la responsabilidad de que el equipo de escaneo se encuentre operativo en todo momento, recaen sobre las autoridades públicas. (...)”

Al respecto, **la objetante** impugna la redacción de la cláusula 4 del Anexo 12, referente a los servicios de escáner, alegando falta de claridad y contradicciones por parte del INCOP respecto a las obligaciones de la Administración y el concesionario. Agrega que si bien la enmienda No. 1 asigna al concesionario la responsabilidad del mantenimiento de los escáneres, la operación y la garantía de que el equipo esté operativo recaen en las autoridades públicas.

Señala que no se define qué implica que el servicio esté operativo ni el alcance del mantenimiento de equipos no adquiridos por el concesionario, lo que dificulta la estimación de costos. Además, estima que se mencionan respuestas contradictorias del INCOP en solicitudes de aclaración, donde se indica que el concesionario aportaría escáneres adicionales y suministros, pero el personal de operación sería responsabilidad de la Administración.

También indica la falta de definición de los niveles de servicio que brindará la Administración, pendientes de aprobación ministerial del Ministerio de Seguridad y considera que esta incertidumbre impide a los oferentes calcular los costos asociados al servicio de escáneres. Por lo tanto, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP enmendar la cláusula para establecer de manera clara y taxativa las obligaciones de la Administración y del concesionario en el servicio de escaneo.

La Administración responde que sus aclaraciones sobre los servicios de escáner han sido consistentes con el marco legal y funcional, donde la seguridad pública y el control aduanero son responsabilidad de las autoridades estatales. El cartel y sus aclaraciones establecen claramente que la operación del servicio de escaneo es una obligación del Estado como servicio público, a cargo de las autoridades competentes.

La cláusula objetada no traslada la responsabilidad de la operación al concesionario, sino que le exige brindar apoyo logístico, mantenimiento básico y coordinación operativa como operador del puerto y responsable de la infraestructura física. Esta obligación es considerada compatible con la naturaleza de la concesión y previsible para un operador portuario experimentado.

Aclara que el mantenimiento exigido no implica reparaciones estructurales ni sustitución mayor, sino tareas preventivas, limpieza, conexión energética y coordinación básica. Además, señala que el concesionario tendrá derecho a documentar y justificar los costos incurridos para su consideración dentro del régimen económico-financiero. La tarifa “all in” por tipo de carga se presenta sin incluir el servicio de escáner, y antes de prestarlo, el concesionario deberá notificar al INCOP su inicio y tarifa propuesta, incluyendo estudios técnicos de razonabilidad y margen de ganancia, separada de la tarifa “all in” para su fiscalización.

Finalmente, considera que el cartel, con sus aclaraciones y enmiendas, ofrece suficiente certeza jurídica y técnica para preparar las ofertas, rechazando la objeción por basarse en una interpretación incorrecta y desestimar la experiencia técnica esperada de los oferentes.

A partir de lo dispuesto por las partes, conviene resaltar varios aspectos de interés. En primer lugar, si bien de la lectura de la cláusula enmendada, se desprende que la responsabilidad principal de la operación del servicio de escaneo, incluyendo la operatividad del equipo en todo momento, recae en las autoridades públicas, lo cierto es que también impone la obligación al Concesionario de dar el mantenimiento de los escáneres.

Ahora, si bien la obligación del Concesionario de dar “mantenimiento de los escáneres”, debe interpretarse en el contexto de la distribución general de responsabilidades, lo cierto es que de la cláusula cartelaria no se desprende qué comprende el “mantenimiento de los escáneres” que debe hacer el concesionario.

En su respuesta a la audiencia, la Administración indica que el mantenimiento debe entenderse como aquel de carácter preventivo, básico y de conservación de los equipos -incluyendo tareas de apoyo logístico, coordinación operativa básica, limpieza y conexión energética-, necesario para asegurar su correcto funcionamiento dentro de las instalaciones portuarias cuya administración y mantenimiento general sí corresponden al Concesionario. No obstante, esta descripción del significado de mantenimiento, no es clara en el pliego de condiciones, aún cuando se puede entender que la responsabilidad última de que el servicio esté disponible para su uso recae en la Administración.

Por otra parte, la falta de claridad en cuanto a qué comprende el mantenimiento repercute en la dificultad de estimar los costos de mantenimiento de equipos. Y es que aún cuando un oferente con la experiencia requerida en la gestión de infraestructura portuaria debe estar en capacidad de prever los tipos de mantenimiento preventivo y básico necesarios para equipos de escaneo, incluso sin conocer los detalles específicos de todos los modelos, lo cierto es que debe tener claridad en cuanto a qué implica este mantenimiento. Lo anterior, máxime que la cláusula es clara en señalar que el mantener “operativo” los escáneres, le corresponde a la Administración, por lo que de la lectura del punto en discusión no se dilucida qué implica el mantenimiento que corresponde realizar al concesionario y cuál mantenimiento a la Administración.

En línea con lo que viene dicho y en cuanto a las supuestas contradicciones en las respuestas del INCOP sobre el suministro de escáneres y personal operativo, es preciso reiterar la necesidad de que exista plena transparencia y claridad en cuánto al tipo de mantenimiento que espera la Administración Concedente que realice el Concesionario y que esto esté dispuesto en el pliego de condiciones y no por aclaraciones.

En adición a lo señalado, la importancia de una definición clara desde el pliego de condiciones, también se ve reflejada en el hecho de que los oferentes deben calcular sus costos de manera precisa. Es decir, se requiere claridad para que todos los participantes comprendan el alcance de las actividades requeridas y puedan estimar los gastos asociados de forma adecuada en sus propuestas económicas. Sin una definición precisa,

existiría el riesgo de interpretaciones divergentes que dificulten la comparación de ofertas y la correcta ejecución del contrato.

También resulta indispensable que la Administración sea clara y brinde una definición en cuanto a establecer qué implica que el servicio de escaneo se encuentre operativo, su función y los costos que ésta asumirá. Ello, tomando en consideración la adición a las obligaciones del concesionario respecto al mantenimiento de los escáneres.

En virtud de lo expuesto, se declara **parcialmente con lugar** este extremo del recurso a fin de que la Administración establezca de forma amplia y clara, qué tipo de mantenimiento debe dar el concesionario a los escáneres, la periodicidad de dicho mantenimiento, todos los aspectos que están involucrados respecto al mantenimiento así como la función y costos que asumirá la Administración para que el servicio se encuentre “operativo”.

24) Sobre el borrador del EIAS. Criterio de la División. Sobre el punto en discusión, la enmienda No. 1 de la cláusula 5.14.3.4 del Anexo 16.2 dispone: *“5.14.3.4 Versión Final del EIAS El Informe Final de EIAS acorde a los requerimientos establecidos en estos TdR se preparará con base en los comentarios recibidos del Concesionario e INCOP. Se entregará en versión final en un plazo de quince (15) meses después de la comunicación de la Orden de Inicio de la Concesión. / El Consultor atenderá las rondas de revisión con el Concesionario que hayan sido acordados en la reunión de arranque. Se deberá incluir un Resumen Ejecutivo no técnico del EIAS, donde se expongan en forma concisa los hallazgos significativos y medidas recomendadas en un lenguaje no profesional.”*

Al respecto **la objetante** considera que el plazo de quince meses establecido en la enmienda 1 para la entrega de la versión final del Estudio de Impacto Ambiental y Social (EIAS) es irrazonable y poco proporcional dada la complejidad y el alcance de los estudios y planes requeridos en el Anexo 16.2. Detalla que el EIAS implica la gestión, planificación y desarrollo de análisis técnicos exhaustivos, incluyendo la determinación de líneas de base ambientales y sociales, análisis de alternativas, evaluación de impactos (directos, indirectos, acumulativos y sobre grupos vulnerables), identificación de medidas de mitigación, elaboración de programas de gestión y seguimiento, procesos de consulta

pública inclusivos, y la creación de un Sistema de Gestión Ambiental y Social (SGAS) conforme a normativas nacionales e internacionales.

La recurrente argumenta que el plazo fijado no considera factores críticos como el proceso de revisión y aprobación por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), que suele ser complejo y puede requerir estudios adicionales; el proceso de consulta y participación pública, que puede generar revisiones y ampliaciones; la posible necesidad de recopilación de datos estacionales, que podría implicar esperas; y las posibles modificaciones solicitadas por el INCOP. Estima que un plazo de al menos 18 meses sería más realista para asegurar el cumplimiento efectivo de todos los requisitos del EIAS. Por lo tanto, solicita a la Contraloría declarar con lugar el recurso y ordenar al INCOP extender el plazo para la entrega de la versión final del EIAS a un mínimo de 18 meses.

La Administración rechaza la objeción, señalando que la recurrente no aporta evidencia técnica o experiencia concreta que demuestre la inalcanzabilidad del plazo de 15 meses o que este afecte la posibilidad de participar o formular una oferta seria. Por el contrario, considera que el plazo es plenamente ejecutable para un oferente con la capacidad técnica requerida. Argumenta que la elaboración del EIAS, aunque compleja, se desarrolla bajo una metodología definida por la normativa ambiental nacional.

Además, menciona que en concesiones comparables a nivel nacional e internacional, los plazos para el borrador del EIAS han oscilado entre 12 y 18 meses, lo que respalda la razonabilidad y coherencia del plazo de 15 meses. Finalmente, explica que el plazo de 15 meses se definió considerando tanto aspectos técnicos como la necesidad de cumplir con el cronograma general del proyecto y evitar retrasos en la construcción. Señala que la definición de plazos contractuales busca equilibrar la planificación adecuada con la ejecución eficiente de la concesión y la utilidad pública.

Por lo tanto, considera que la objeción carece de sustento técnico y no representa una condición irrazonable, desproporcionada o discriminatoria en el proceso licitatorio, por lo que la rechaza.

A partir de lo dispuesto por las partes, se tiene, en primer lugar que en los procedimientos de contratación pública, quien alega un vicio o una condición que considera lesiva a sus derechos o a los principios de la contratación, tiene la carga de probar sus afirmaciones.

En el caso particular, le correspondía a la recurrente aportar evidencia técnica que respalde su afirmación de que el plazo de quince (15) meses es irrazonable e imposible de cumplir para un oferente diligente y con la capacidad técnica requerida. Y es que si bien los plazos establecidos en los documentos contractuales deben ser razonables y proporcionales a la complejidad de las prestaciones requeridas, la mera alegación de complejidad no es suficiente para demostrar la irrazonabilidad del plazo.

En el caso en estudio, la recurrente no presenta un análisis técnico detallado que cuantifique el tiempo adicional requerido para cada una de las etapas del EIAS, ni compara el plazo establecido con los plazos usuales en proyectos de similar envergadura y complejidad. Por otra parte, la Administración señala que el plazo de quince (15) meses se considera plenamente ejecutable para un oferente con la capacidad técnica necesaria. En ese sentido, se presume que los oferentes que participan en un proceso de concesión de esta naturaleza cuentan con la experiencia y los recursos para cumplir con los plazos establecidos, dentro de los márgenes razonables.

Aunado a ello, la Administración justifica el plazo de quince (15) meses en la necesidad de cumplir con el cronograma general del proyecto y evitar retrasos en la construcción, lo cual es un objetivo legítimo en la contratación pública, buscando la eficiencia y la utilidad pública.

Es por las razones esbozadas que se estima que el punto debe ser **rechazado de plano** por falta de fundamentación ya que como se indicó, la argumentación de la impugnante se basa en apreciaciones subjetivas sobre la complejidad del estudio y posibles eventualidades sin ofrecer un análisis técnico que respalde su solicitud de ampliación del plazo, siendo además que la Administración ha justificado de manera razonable la definición del plazo, buscando un equilibrio entre la adecuada planificación y la eficiente ejecución del proyecto de concesión, en aras del interés público.

25) Sobre el Anexo 21. Sanciones. Criterio de la División. La objetante señala que se incorporó en la Enmienda No. 1 a dicho anexo un conjunto de nuevas disposiciones en materia sancionatoria. Menciona que las nuevas multas versan sobre montos de \$5.000 diarios, \$20.000, \$50.000 y hasta \$100.000 por evento, pero no explican el modo de cálculo de dichos montos. Tampoco se justifica técnicamente su proporcionalidad y razonabilidad. Agrega, que se establece un procedimiento para imposición de dichas multas, que restringe las posibilidades del concesionario de ejercer su derecho de defensa, además que la tipificación de faltas es imprecisa y genérica.

Menciona que el INCOP incorpora un procedimiento administrativo sancionador que conforme con la Sala Constitucional debe respetar las garantías mínimas del debido proceso. Agrega que la CGR ordenó al INCOP contar con los estudios técnicos para sustentar la imposición de multas y sanciones, pero estima que dichos estudios no están.

Al respecto y si bien **la Administración** en este punto no se refiere puntualmente a lo indicado por el objetante, ya que se limita a efectuar un resumen de lo cuestionado, lo cierto es que los alegatos carecen de la debida fundamentación. No debe perderse de vista que el recurso de objeción debe estar debidamente motivado. En este caso el objetante señala que la Administración no justifica la proporcionalidad y razonabilidad de las multas. Sin embargo, la objetante no demuestra ni justifica que no lo sean. No se evidencia por parte del disconforme por qué y cuáles multas las considera irracionales o desproporcionadas.

Por otro lado señala que el procedimiento para la imposición de multas restringe las posibilidades de ejercer su derecho de defensa, pero no demuestra ni justifica cómo o por qué se restringe el derecho de defensa. Agrega que la tipificación de faltas es imprecisa y genérica, sin que se establezca o detalle el por qué de lo anterior, sumado a que no se indica expresamente qué faltas son las que presentan tal condición. Por lo anterior y respecto de todos estos puntos debe **rechazarse de plano** por falta de fundamentación.

En cuanto al modo de cálculo de dichos montos, resulta importante tener presente que este órgano contralor en la resolución R-DCP-00004-2025 señaló que la Administración debía incorporar los estudios técnicos que sustenten la aplicación de las multas y cláusulas penales. No obstante, sobre este punto, la **Administración** tampoco se pronunció de forma expresa, sino que únicamente hace un resumen de los alegatos del recurrente.

Ahora visto el expediente administrativo, consta el documento llamado “Proyecto de Modernización de Infraestructura y Equipamiento de Puerto Caldera”. Sobre el Anexo 21. Criterio de la División” de marzo de este año. En este se incluyen las razones legales, técnicas y financieras sobre la necesidad de establecer las sanciones. No obstante se echa de menos el análisis mediante el cual se determina el quantum de cada una de estas. Es decir debe constar el estudio mediante el cual la Administración demuestre y justifique el monto de cada multa. Siendo ello así, se declara **parcialmente con lugar** el punto, a efectos que la entidad pública incorpore en el expediente el respectivo estudio.

26) Anexo 21. Punto 5. No pago en tiempo de los ingresos. Criterio de la División.

La **objetante** señala que en el punto 2) (numeración corregida en la enmienda No. 2) se impone una multa del 15% mensual sobre el monto de los ingresos a la Autoridad Concedente o pago adeudado por el no pago en tiempo de los ingresos por parte del concesionario. Menciona que la base de cálculo es poco clara si la multa se calculará sobre los ingresos o sobre el pago adeudado no cancelado a tiempo, porque regula 2 supuestos diferentes. Por otro lado y en cuanto al porcentaje señala que el 15% es desproporcionada y poco razonable considerando la falta regulada. Se desconoce el sustento utilizado para determinar la multa.

Por lo anterior, solicita eliminar la multa del 15% por el no pago a tiempo. Subsidiariamente: a) aclarar si la multa del 15% por el no pago a tiempo en los ingresos a la Administración Concedente o pagos establecidos a cargo del concesionario será calculada a partir de los montos de los ingresos o bien, del pago adeudado; b) indicar el sustento técnico para imponer una multa de un 15%.

Por su parte la **Administración** indica que la cláusula establece que se impondrá multa del quince por ciento (15%) mensual sobre el monto de los ingresos a la Autoridad Concedente o pago adeudado, y es que ello depende el escenario específico, y por eso se deja ambas opciones.

En relación con el cuestionamiento del porcentaje, se tiene que el recurrente se limita a indicar que es desproporcionado y poco razonable. Sin embargo, no presenta la prueba o justificación mediante la cual demuestre o motive lo anterior. Sumado a ello, tampoco justifica cómo tal aspecto limita su participación. Por lo anterior se **rechaza de plano** la solicitud de eliminación de la cláusula. Pese a lo anterior, se hace necesario, tal y como ya se indicó, que la Administración incorpore los estudios que justifican cada una de las multas y cláusulas penales, aspecto sobre el que se **declara parcialmente** con lugar para que se incorpore al expediente.

Ahora en cuanto a la solicitud de aclaración respecto a la base de cálculo, se **rechaza de plano**, ya que debía interponerse ante la propia entidad, y no en un recurso de objeción. Sin embargo, siendo que la Administración aclaró el punto en la audiencia especial, se debe estar a lo allí indicado.

En cuanto al inciso 4) (numeración corregida en enmienda No. 2) la **objetante** señala que se regula una multa por cobros irregulares de tarifas autorizadas y de calidad. En ningún apartado de dicho anexo se define qué se entiende por cobro irregular, los supuestos y causales aplicables y cómo la Administración podrá determinar que efectivamente se ejecutó un cobro irregular. Existe un vicio de tipicidad ante la ausencia de conceptualización de la falta por supuesto cobro irregular. Solicita incluir una definición y causales para determinar la existencia de un cobro irregular de tarifas.

La **Administración** al atender la audiencia especial señala qué debe entenderse por cobro irregular. Se indica que el cobro irregular es cualquier evento fuera de lo establecido por ARESEP y el contrato.

En relación con este punto, no debe olvidarse que el pliego debe ser un elenco de normas claras. Por lo que tal definición deberá incluirse en el pliego, y darse la debida publicidad, por lo que este aspecto se declara **con lugar**.

No obstante en cuanto a la solicitud de indicar de forma taxativa las causales de cobro irregular, se tiene que ello depende del caso particular, de allí que no resulta posible establecerla. Sin embargo será a partir de la definición dada, que la entidad deberá definir en cada caso particular si se está ante un cobro irregular. Por lo que este punto se **rechaza de plano**.

27) Anexo 21. Punto 5. Tipología de faltas. Faltas graves. Criterio de la División. La **objetante** señala que en relación con la tipificación de faltas graves, el INCOP determinó que se entenderá por falta grave toda aquella que no esté calificada como leve o muy grave. Estima que no se realiza una verdadera tipificación de supuestos para faltas de esa naturaleza. No existe ningún tipo de regulación sobre las faltas graves, lo que deriva en un vacío de los principios de tipicidad y legalidad. Solicita incorporar una tipificación de las faltas graves.

En cuanto a este punto, la **Administración** señala que no se delega de manera arbitraria en la Administración la calificación de faltas, sino que establece un sistema lógico, progresivo y coherente con el principio de tipicidad, permitiendo llenar eventuales vacíos sin dejar de respetar el principio de legalidad contractual. En este caso, la categoría residual para faltas graves no sustituye la tipificación expresa, sino que actúa de forma supletoria para hechos que, sin ser leves ni extremadamente graves, puedan comprometer de manera significativa la correcta ejecución del contrato. Esta técnica de clasificación es usual en contratos de concesión complejos, en los que la pluralidad de obligaciones y la diversidad de conductas no permiten prever taxativamente cada situación en abstracto.

Al respecto, debe aclararse en primer lugar que si bien el objetante en su recurso hace alusión a la cláusula 5.2, las faltas graves se encuentran en el 5.3. Ahora, en cuanto al cuestionamiento propiamente dicho, este órgano contralor en la resolución

R-DCP-00004-2025 se había pronunciado en el punto 10.e) sobre el no efectuar una tipificación por descarte, que podría generar tipos sancionatorios abiertos y ambiguos. Si bien podría entenderse que se está ante un contrato complejo, se hace necesario, la tipificación para las faltas graves. Así las cosas se declara **parcialmente con lugar** este punto, siendo que la Administración deberá establecer qué debe entenderse por falta grave.

Ahora, el **objeto** también cuestiona la primera causal de faltas muy graves. Señala que es poco claro qué se entiende por suministrar datos falsos ya que podría abarcar muchas situaciones. Se debe analizar la trascendencia de tales hechos y delimitar la redacción de la cláusula. Cita el ejemplo de poner mal una fecha en un oficio, lo cual no es trascendente, pero podría generar una multa por la falta grave. Por lo anterior solicita que debe establecerse con absoluta precisión qué se entiende por suministrar datos falsos, en qué supuestos aplicaría la sanción y la relevancia de dicha falta.

Por su parte, la **Administración** indica que dicha conducta tiene un grado suficiente de determinación jurídica, y su interpretación no se deja al arbitrio de la Administración, sino que puede ser verificada objetivamente mediante la comparación entre la información suministrada y la realidad de los hechos. El suministro de información falsa puede tener consecuencias materiales serias para el interés público, la supervisión del contrato o el equilibrio económico-financiero de la concesión. La multa establecida para faltas muy graves (\$100.000 por evento) se encuentra debidamente establecida en el cartel, es conocida ex ante por los oferentes, y responde a la necesidad de asegurar un régimen disuasorio y eficaz en el marco de un contrato de gran escala e importancia estratégica para el país. El contrato también establece procedimientos de debido proceso, verificación y defensa, con lo cual se garantiza que las sanciones no sean impuestas de manera arbitraria, sino en estricto apego al principio de razonabilidad.

En relación con este punto se reitera que el pliego debe ser un elenco de normas claras, de allí que se hace necesario que se indique qué debe entenderse por datos falsos aspecto que se declara **con lugar**. Sin embargo, establecer una lista taxativa, no resultaría posible, ya que depende del caso en particular, y más bien será a partir de la

definición dada, que se determine en cada caso si se está ante esta situación. De esta forma se **rechaza de plano** este punto.

Finalmente en cuanto a la trascendencia, la entidad ha justificado la importancia de la veracidad de la información, aspecto que se considera razonable, por lo que este punto se **rechaza de plano**.

28) Anexo 21. Punto 8. Aplicación de multas. Criterio de la División. La **objetante** señala que las multas contempladas en el anexo 21 corresponden a multas porcentuales, es decir, no se trata de montos económicos fijos, sino que varían según la base de cálculo. Es por ello que resulta desproporcionado y poco razonable que las multas establecidas en dólares sean ajustadas de forma anual. Solicita enmendar la cláusula 8 del anexo para que las multas establecidas en dólares no se ajusten anualmente.

Por su parte, la **Administración** señala que las multas no son porcentuales sino que son fijas y es por eso que se ajustan por inflación.

Al respecto y tal y como se ha indicado, el recurso de objeción debe estar debidamente justificado. En este caso el objetante se limita a señalar que actualizar las multas resulta desproporcionado, sin demostrar técnicamente el cómo y el por qué. En ese sentido el punto se encuentra ayuno de fundamentación. Además y conforme con el punto 13 del pliego, sobre el valor de las sanciones leves, graves y muy graves, se puede constatar, tal y como lo señala la Administración, los montos que se establece no son porcentuales, sino que se indican sumas determinadas. De allí que el cuestionamiento del objetante parte de un supuesto diferente. Así las cosas se **rechaza de plano** este punto.

Por otro lado, el **objetante** sostiene que según el pliego el no pago de la multa constituye una falta grave, lo que corresponde a una doble imposición de multa: se impone una nueva multa por el no pago de la multa original. Si el concesionario no paga una sanción que está en firme, lo que debe hacer la Administración es cobrar por las vías administrativas o judiciales correspondientes. Estima que carece de cualquier tipo de

sustento jurídico y debe ser enmendado por el INCOP, por lo que solicita eliminar la falta grave por no pago de multa.

Por su parte, la **Administración** indica que no se está ante una doble imposición, pues se trata de dos conductas originadas en causas distintas, uno el incumplimiento propiamente, y el otro el no pago de la sanción.

Efectivamente, tal y como lo señala la Administración no se trata de una doble imposición a una misma causal, si no que son 2 sanciones que se originan de hechos generadores diferentes, por lo que no se está castigando la misma falta dos veces. De esta forma se **rechaza de plano** este punto.

29) Anexo 21. Punto 9. Procedimiento de imposición de sanciones y multas.

Criterio de la División. La **objetante** señala que se dispone un proceso expedito de verificación de oficio por parte de la Administración, sin debate, defensas ni pruebas. Lo único regulado es una breve audiencia de conclusiones. Señala que no resultan aplicables las reglas del procedimiento sumario dispuestas en la LGAP, y por el contrario debe aplicarse el procedimiento ordinario de dicha Ley, otorgándole la posibilidad de presentar alegatos y prueba y participar de una audiencia oral y privada, con el respeto de las garantías mínimas del debido proceso y derecho de defensa. Agrega que no es claro cuáles son los recursos administrativos procedentes contra la decisión de multa o sanción aplicada por la Administración, contra quién se interpone, quién los resuelve y cuál es el plazo para resolver.

La cláusula objetada hace una referencia general a que el concesionario puede recurrir la aplicación de la multa o sanción ante la Junta Directiva del INCOP, pero no se dispone si dicho órgano es el encargado de tramitar el recurso por el fondo, quién ostenta la potestad sancionadora ni cuál es el plazo para resolver el recurso. Solicita que: a) el procedimiento para la imposición de sanciones y multas debe cumplir las reglas y fases de un procedimiento ordinario administrativo según lo dispone la LGAP o establecer un procedimiento similar y b) debe contemplarse taxativamente los recursos disponibles

contra el acto que impone una sanción y multa, ante quién se interpone, quién resuelve y cuál es el plazo legal para que se emita una resolución.

La **Administración** señala que se procedió a modificar la cláusula en la versión del 9 de abril, donde se aclara lo anterior.

En vista que este punto fue modificado en la enmienda No. 2, los argumentos en el primer recurso crecen de interés. Así las cosas deberá estarse a lo resuelto para este punto en el segundo recurso.

30) Anexo 21. Punto 11. Mora. Criterio de la División. La **objetante** señala que la fijación de un recargo por mora de un 15% mensual sobre el monto de la multa carece de cualquier sustento técnico, ya que es claramente desproporcionada y poco razonable. La aplicación de una mora mensual de 15%, podría derivar en un cobro anual por ese concepto de un 180% sobre el monto de la multa, lo que evidencia la gravedad de dicha fijación. Ese porcentaje está incluso muy por encima de los montos máximos fijados en la llamada Ley de Usura, Ley N° 9859 del 16 de junio de 2020, que reformó la Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor. Solicita establecer un porcentaje de mora mensual con sustento técnico y en apego a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La **Administración** indica que se trata de recargo por incumplimiento de una obligación contractual derivada de un régimen sancionatorio administrativo. El recargo del 15% mensual no tiene naturaleza remuneratoria ni lucrativa, sino una función compensatoria, compatible con el objeto y naturaleza del contrato, así como con los fines de protección del interés público involucrado. La mora en el cumplimiento de sanciones puede generar afectaciones operativas, jurídicas y financieras graves para la Administración, por lo que el mecanismo previsto busca incentivar el cumplimiento en plazos razonables y reducir el riesgo de incumplimientos persistentes. Si bien el monto anual derivado del recargo podría alcanzar un 180% del monto base en caso de una mora sostenida durante doce meses, este escenario es perfectamente evitable por parte del concesionario mediante el pago oportuno de la multa. Además, dicho efecto progresivo está alineado con la finalidad

sancionatoria del régimen contractual y con la necesidad de prevenir conductas de incumplimiento recurrente o estratégica dilación de los pagos.

Al respecto debe aclararse en primer lugar que el punto cuestionado corresponde al 11 y no al 9 como lo señala en el recurso. Hecha tal aclaración, se tiene que una vez más el objetante se limita a establecer su alegato sin una fundamentación técnica y legal. Señala que dicha multa es desproporcionada sin justificarlo técnicamente. Además no se establece el procedimiento de cómo se alcanza el 180% señalado. Y es que si bien cita la Ley de Usura, se echa de menos el ejercicio mediante el cual a partir de dicha ley, se concluya que los montos son irracionales. La carga de la prueba le corresponde al objetante, y en esta caso se limita a citar la Ley sin siquiera señalar los artículos relacionados y el por qué debe considerarse la norma como tal. Siendo ello así se **rechaza de plano** por falta de fundamentación.

31) Anexo 21. Punto 13. Valor de las sanciones y multas. Criterio de la División. La objetante señala que el pliego incorpora una doble imposición de faltas: no pago de la multa se convierte en una nueva multa (falta grave), lo que carece de cualquier tipo de sustento jurídico. Lo procedente es que, si el concesionario no paga la multa, la Administración acuda a las vías administrativas o civiles para realizar el cobro. Solicita que se elimina como causal de falta grave.

La Administración Indica que la objetante parte de una interpretación incorrecta del contenido y alcance de la cláusula impugnada. El incumplimiento en el pago de una multa impuesta en el marco del contrato constituye, por sí mismo, una nueva y autónoma violación de las obligaciones contractuales, que puede y debe ser sancionada de manera independiente, sin que ello implique una "doble imposición" por el mismo hecho. El carácter de contrato administrativo y de interés público de la concesión justifica la existencia de un régimen sancionatorio robusto y articulado, que permita desincentivar incumplimientos deliberados o estratégicos por parte del operador. La inclusión de esta cláusula es una práctica válida y justificada en contratos de concesión complejos, y no vulnera el principio de legalidad ni el de razonabilidad.

Al respecto y tal y como se indicó en el punto 26, cada sanción tiene un hecho generador diferente y en modo alguno es una doble imposición al mismo hecho. Siendo ello así se **rechaza de plano** este punto.

32) Anexo 21. Punto 13. Faltas graves. Criterio de la División. La objetante indica que en el borrador de contrato no existe una cláusula “XX”. Solicita que se corrija el error e incluya la cláusula del borrador de contrato relativa al contrato de fideicomiso de garantía.

Por su parte la **Administración** señala que la cláusula impugnada responde a la necesidad de asegurar que la Administración Concedente, en su condición de parte interesada y garante del interés público, tenga pleno conocimiento y control previo de los actos jurídicos que puedan implicar el gravamen o disposición de los derechos del concesionario sobre los bienes, flujos o derechos derivados del contrato de concesión. La obligación de notificar con antelación la suscripción del fideicomiso es clara, objetiva y perfectamente ejecutable por parte del concesionario, sin representar una carga desproporcionada ni un obstáculo al uso legítimo de mecanismos financieros o garantías.

Además, dicha notificación no implica una autorización previa, sino un deber de información oportuno, que forma parte del marco mínimo de colaboración y supervisión entre la Administración y el concesionario.

Sobre este punto véase que lo objetado por el disconforme es la referencia errónea a la cláusula del borrador del contrato, no la obligación de notificar, aspecto que es al que se refiere la Administración. En el borrador del contrato en la cláusula 3.1.2.3.1 se establece la obligación de notificar a la Administración y en la cláusula 6.2 se indica como falta grave en el punto 6 el incumplimiento de notificar de previo a la suscripción del contrato de fideicomiso en garantía que regula la cláusula 3.1.2.3.1. Se advierte que, a pesar de que en la enmienda No. 2 se corrige la indicación de la cláusula, siendo que al momento de interposición del recurso, tal modificación no constaba se declara **con lugar** el punto y deberá darse la debida publicidad.

33). Documento “Puerto Caldera-ASTM Environmental Site Assessment-ESA Fase 1”. Criterio de la División. La objetante indica que el esquema de la concesión propuesto por el INCOP impone una serie de obligaciones y riesgos a cargo del concesionario en cuanto a las medidas ambientales. Sin embargo, en el documento objetado ya se establecen una serie de riesgos en materia ambiental derivados de los activos y terrenos del Puerto. Esto puede derivar en que el concesionario tenga que asumir un impacto por riesgos ambientales por condiciones preexistentes, que a la fecha son indeterminados. A este momento, no es claro el nivel de contaminación de suelo y aguas subterráneas del Puerto, lo que podría desencadenar en un conjunto de riesgos ambientales, sin que sea claro si la Administración asumirá la responsabilidad por dichas condiciones preexistentes. Asimismo, es muy difícil establecer un plan de acción para mitigar dichos riesgos, ya que son inciertos y no existe documentación idónea para disminuir el nivel de incertidumbre sobre las responsabilidades ambientales que podría ser necesario asumir.

Solicita: (i) publicar la documentación técnica idónea para la identificación de la totalidad de riesgos ambientales asociados al proyecto y (ii) revisar el régimen de distribución de riesgos a partir de condiciones preexistentes en materia ambiental, de manera que se garantice el cumplimiento del principio de distribución de riesgos entre las partes.

La Administración indica que el informe cumple con su finalidad como instrumento preliminar, y proporciona información suficiente sobre el estado actual del sitio, incluyendo observaciones sobre posibles focos de contaminación, presencia de hidrocarburos, residuos industriales, condiciones de manejo de sustancias peligrosas y potenciales impactos al suelo y aguas subterráneas. EL ESA Fase I no constituye una caracterización exhaustiva ni un estudio de remediación, sino una evaluación preliminar que proporciona una visión de los posibles riesgos ambientales permitiendo a los oferentes tener una noción de los esfuerzos necesarios para remediarlos. Su función es precisamente detectar incertidumbres técnicas que, en caso de ser relevantes, podrán ser objeto de estudios específicos en una etapa posterior, como parte de los compromisos ambientales que el Concesionario debe asumir ante la autoridad competente, en cumplimiento del ordenamiento nacional.

Se espera que un estudio ESA Fase I se realice bajo responsabilidad del Concesionario, como parte de la línea de base del EIAS una vez adjudicada la licitación. En ese sentido, el ESA Fase I no sustituye ni interfiere con el Estudio de Impacto Ambiental (EIAS) que el concesionario deberá presentar ante SETENA, conforme lo establece el cartel. El ESA Fase I entrega información útil y suficiente para que los oferentes, mediante sus equipos técnicos y consultores, puedan valorar con razonable certeza los riesgos identificados y prever, de manera preventiva, mecanismos de gestión en sus ofertas. El cartel también ofrece amplios espacios para realizar inspecciones y aclaraciones adicionales, conforme al principio de publicidad y transparencia del procedimiento.

Por lo tanto, rechaza la solicitud de publicación de nuevos estudios técnicos, así como la modificación del régimen de distribución de riesgos, al no acreditarse omisiones o vacíos que comprometan la legalidad, la transparencia o la posibilidad real de participar en condiciones de igualdad y razonabilidad.

En relación con este punto no debe perderse de vista que por la naturaleza propia de la concesión, los riesgos y ventura son del concesionario. Además tal y como lo señala la Administración dichos estudios son previos y referenciales, para dar una orientación al oferente, por lo que no se debe tener la totalidad de los estudios, tal y como se indicó en la Resolución R-DCP-0004-2025. Ahora, el objetante indica que se establecen una serie de riesgos en materia ambiental derivados de los activos y terrenos del Puerto y esto puede derivar en que el concesionario tenga que asumir un impacto por riesgos ambientales por condiciones preexistentes, que a la fecha son indeterminados, pero no lo demuestra ni fundamenta técnicamente.

Tampoco justifica por qué es difícil establecer un plan de acción para mitigar dichos riesgos, o por qué la documentación no es idónea para la etapa procesal en que se está. No corresponde en esta fase del procedimiento, tener todos los estudios. Y tampoco revisar el régimen de distribución de riesgos a partir de condiciones preexistentes en materia ambiental, que en todo caso no demuestra cómo se ve afectado con la

información establecida en dicho documento y en la etapa en que se encuentra el concurso. Así las cosas se **rechaza de plano** por falta de fundamentación.

B) RECURSO DE OBJECCIÓN EN CONTRA DE LA ENMIENDA No. 2 AL PLIEGO DE CONDICIONES.

1) Sobre las reglas aplicables a la oferta alternativa. Cláusula 1.5 del cartel. El **objete** indica que la Enmienda No. 2 modificó las reglas para la presentación de una oferta alternativa ante la Administración, al establecer, entre otros temas, que no puede aportarse una oferta económica diferente a la que soporta la oferta base. Es decir, la oferta alternativa únicamente debe consistir en una oferta técnica. Lo anterior impide que los oferentes presenten propuestas diferenciadas que incluyan aspectos de mejora para la Administración, pero que no satisfacen algunos de los requisitos del cartel. No obstante, a pesar de dichas restricciones, en la Enmienda No. 1 se permitía la presentación de propuestas técnicas y económicas alternativas.

Señala que desconoce los motivos por los cuales el INCOP eliminó la posibilidad de presentar una solución económica alternativa, a pesar de que expresamente se encontraba contemplada en el cartel original y en la Enmienda No. 1. Dicho cambio altera gravemente la dinámica competitiva de la licitación, a pocas semanas de la apertura de ofertas.

Se trata de una alteración sustancial a los términos y reglas aplicables a la oferta económica, que debió como mínimo conllevar a una ampliación del plazo de presentación de las ofertas, de conformidad con el artículo 14.2 del RLGOP. En esos términos, es poco claro si los oferentes pueden presentar una oferta alternativa que suponga una mejora sustancial al servicio que se pretenda brindar y que podría ser más eficiente para la Administración y el interés público, pero que no cumpla con alguno de los requisitos de la oferta base, por ejemplo en materia de infraestructura o equipos. Esto se agrava ante el impedimento de proponer una oferta económica alternativa.

Solicita declarar con lugar este motivo de recurso de objeción y ordenar al INCOP: (i) modificar la cláusula 1.5 del cartel para que se establezca que la oferta alternativa puede establecer mejoras o modificaciones con respecto a la oferta base, sin estar sujeta al cumplimiento de la totalidad de requerimientos del Anexo IV: Requerimientos de la Oferta Técnico, (ii) que la oferta alternativa puede comprender una oferta económica diferente a la oferta económica de la oferta base, y (iii) que la apertura de la oferta alternativa deba realizarse al momento de apertura de la oferta base.

La **Administración** señala que en cuanto a la enmienda No. 2, lo acusado por el recurrente demuestra una falta de rigor en la lectura de los documentos del pliego. Primero que todo, reitera que en su criterio la redacción de la cláusula es poco clara e imprecisa sobre cuáles aspectos pueden ser modificados en la oferta alternativa; sin embargo, no media tal imprecisión, ya que en el pliego en curso -y en sus versiones previas- se indican las condiciones que debe contemplar la oferta alternativa que sea sometida por el interesado, entre ellas el que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente 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; lo mismo que fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico.

El Pliego en vigor (derivado de la nueva enmienda) establece en cuanto a que la oferta alternativa deberá cumplir con una serie de condiciones, claras y precisas, relativas a: (a) que el oferente que presente una oferta alternativa cumpla con presentar una oferta base que acate plenamente 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. Por ende, de nuevo es claro que no es cierto que el pliego no establece disposiciones claras respecto a qué mejoras pueden realizar los oferentes en la oferta alternativa, pues claramente puede plantear todas las que considere, en tanto cumpla o supere los estándares mínimos de calidad, eficiencia y capacidad operativa requeridos en el cartel y se adhiera a los lineamientos tarifarios.

En esta línea indica que no es cierto, que la oferta alternativa deba ajustarse a la totalidad de requisitos técnicos del anexo IV, pues esto se pide para la oferta base, siendo que lo que se pide es que “la oferta alternativa deberá estar debidamente fundamentada desde los puntos de vista técnico y jurídico.”

Por lo dicho, tampoco es cierto que la propuesta u oferta alternativa pierda total sentido y la redacción se convierta en una desmotivación para presentar ofertas alternativas. Indica que en todo caso, para el presente punto ha operado la preclusión procesal, dado que esta cláusula no fue objeto de modificación producto de la primera ronda de objeción. Expresa que el pliego no impide la adjudicación de una oferta alternativa en el tanto la base cumpla con los aspectos esenciales de las especificaciones y así se determine para el interés público. Por lo que la objeción debe ser rechazada.

Sobre el particular, este órgano contralor debe iniciar este punto indicando que con la enmienda No. 2 se incorpora a la cláusula 1.5 del cartel, un párrafo que establece: “1.5 (...) *Por esa razón, cuando un Oferente decida proponer ofertas alternativas, deberá presentar los anteproyectos, estimaciones de costos y cualquier otro análisis preliminar que se considere pertinente para demostrar las ventajas de la solución propuesta. Las ofertas alternativas de un Oferente deberán presentarse en sobre separado respecto de la oferta base, en conjunto con la información requerida en este Cartel. Tal oferta deberá ser una oferta técnica y no debe comprender una oferta económica diferente a la que soporta la oferta base. La oferta alternativa que se abrirá será la del Oferente que haya sido adjudicado, siendo que la oferta alternativa se abrirá después de que se haya adjudicado (...)*” (subrayado agregado).

El objetante cuestiona el hecho que con la enmienda No. 2 la Administración no permita la presentación de ofertas alternativas que impliquen además de lo técnico, una mejora económica, aspecto que la Administración no atiende frontalmente y se decanta por subrayar que la oferta alternativa debe tener un soporte desde el plano técnico y jurídico, pero no es clara en explicar si efectivamente no podría del todo presentarse una mejor propuesta económica con la alternativa. Por esta razón estima este órgano contralor que el recurso en este extremo debe ser declarado **parcialmente con lugar**, para que la Administración defina con claridad en el pliego si es posible o no modificar la oferta económica de la base en una oferta alternativa, y de ser así, bajo qué condiciones ello podría ser posible, modificando en lo conducente la cláusula en cuestión. Caso contrario, deberá motivar debidamente en el expediente las razones que impedirían modificar la oferta económica en una oferta alternativa. En este mismo orden, la Administración tampoco ha explicado por qué la propuesta alternativa debe abrirse hasta la adjudicación, y no desde la apertura, motivo por el cual debe igualmente integrar en el expediente la motivación respectiva que así lo justifique, caso contrario, deberá efectuar la modificación que corresponda.

2) Sobre las aclaraciones relevantes no incorporadas al cartel. Criterio de la División: El objetante indica que interpuso un recurso de objeción contra la Enmienda No. 1 al cartel, ya que el INCOP respondió una gran cantidad de solicitudes de aclaración al cartel planteadas por distintos oferentes, variando aspectos relevantes o esenciales del cartel. Sin embargo, dichas variaciones no fueron incluidas en la Enmienda No. 1. Si bien la CGR no ha resuelto el recurso de objeción interpuesto contra dicha Enmienda No. 1, el INCOP publicó la Enmienda No. 2 al cartel el 8 de abril de los corrientes, reiterando el mismo vicio: se emitieron nuevas aclaraciones que no constan en la versión vigente del cartel, a pesar de que modificaron las reglas del concurso. Señala que en su página oficial el INCOP presentó un documento donde se consolidan una serie de aclaraciones presentadas por potenciales oferentes, las cuales muchas de ellas por ser elementos esenciales debieron ser integrados al pliego, sin embargo ello no se hizo, y en su recurso procede a enumerarlas.

En las respuestas del INCOP se disponen aspectos muy relevantes en cuanto a las reglas de admisibilidad que expresamente modifican el cartel. Incluso, expresamente el INCOP señaló en algunos casos que realizará modificaciones a las reglas del concurso, pero esto no se materializó en la Enmienda No. 2.

Solicita en consecuencia ordenar al INCOP que debe enmendar el cartel, a efectos de contemplar todas aquellas aclaraciones relevantes que suponen modificaciones a las reglas del concurso, a efectos de otorgar seguridad jurídica a los oferentes respecto a la totalidad de disposiciones del cartel.

La Administración indica que en el presente asunto, y para el cuadro que destaca el objetante en su recurso, no ha mediado modificación alguna, sino que se trata de meras aclaraciones, que por ende no varían cláusulas del pliego, y en todo caso las mismas, cumpliendo con el deber impuesto a la Administración en el art. 14.3 del RLGCOP, han sido incorporadas al expediente y se les ha dado adecuada difusión (ejemplo de ello es que el recurrente las conoce). Aporta en su respuesta un cuadro comparativo en el cual indica las aclaraciones que a manera de ejemplo fueron citadas por la recurrente, y por qué considera que no obedecen a modificaciones sustanciales.

Sobre este aspecto, este órgano contralor considera que el argumento con respecto a las nuevas aclaraciones que indica, debe ser **rechazado de plano**, toda vez que el recurrente si bien cita algunas de las aclaraciones efectuadas, no ha explicado con la debida claridad la razón por la cual estas aclaraciones devienen cada una en una condición esencial que afecte el objeto, sus características, plazo, metodología de comparación de ofertas entre otras, de manera que pueda suponerse la necesidad de trasladarlas a texto expreso al pliego en vista de su relevancia. Lo anterior, por cuanto solamente se limita a indicar de manera general la importancia de su traslado al pliego sin un análisis particularizado de cada una y además, en el cuadro que aporta en su recurso, se observa la consulta presentada y la respectiva aclaración, sin acompañarse de un criterio del recurrente en punto a la razón para su traslado al cartel.

No obstante lo expuesto, debe hacer la observación este órgano, que dentro de las aclaraciones realizadas, existen dos manifestaciones de la Administración que supone una voluntad unilateral de efectuar algún ajuste al pliego, concretamente en los puntos asociados a desencadenante de inversión respecto a la utilización promedio de los muelles, en donde parece evidenciar un error material en la identificación, y en la Sección 5 del Anexo II y la Tabla 4 del Apéndice i, con respecto a una supuesta contradicción sobre el pago anual fijo y pago anual variable, por lo que deberá prestar atención a estos elementos para su corrección en el pliego.

3) Sobre la dispersión de la documentación del expediente. Criterio de la División. El **objete** alega que, a pesar de la resolución R-DCP-0004-2025 de la Contraloría General de la República que ordenaba al INCOP establecer con claridad los documentos del pliego y evitar la dispersión, persiste la publicación de documentos en múltiples sitios web sin una definición clara de cuáles integran formalmente el pliego. Menciona tres sitios web con documentación aparentemente relacionada con la licitación, generando incertidumbre jurídica sobre cuáles son los documentos vigentes y vinculantes del concurso.

El objetante señala que la respuesta del INCOP, indicando que el "Expediente Completo" contiene todos los documentos, es insuficiente y no aclara la función de los otros sitios web ni la relación entre los documentos resumen y las aclaraciones completas. Solicita se ordene al INCOP definir con absoluta claridad los documentos que conforman el expediente administrativo y el Cartel.

Por su parte, el **INCOP** reitera que el sitio web denominado "Expediente Completo" contiene todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo el Pliego y sus anexos, cumpliendo así con lo dispuesto por la CGR. Considera, por lo tanto, que la objeción carece de fundamento y debe ser rechazada.

En virtud de lo dispuesto por las partes, este órgano contralor estima que a pesar de la orden expresa de la CGR de establecer con absoluta claridad los documentos del pliego y evitar la dispersión, la información proporcionada por el objetante evidencia que el INCOP continúa publicando documentación en múltiples sitios web sin una clara delimitación de

cuáles constituyen formalmente el expediente administrativo y el pliego de condiciones. La mera indicación de que el “Expediente Completo” contiene todos los documentos, no subsana la confusión generada por la existencia de otros sitios con documentación relacionada.

Al respecto, el INCOP parece no haber implementado completamente las directrices de la CGR contenidas en el Oficio 06255-2023, en cuanto a la necesidad de indicar expresamente en el pliego la dirección web del expediente administrativo y señalar la naturaleza complementaria y no prioritaria de la Sala de Documentación. La persistencia de múltiples sitios web con información no claramente diferenciada incumple la directriz de evitar la dispersión documental.

Tal como lo señaló la Contraloría en su resolución de objeción previa (transcrita por el INCOP), la falta de claridad sobre cuáles documentos conforman el pliego de condiciones genera incertidumbre jurídica para los potenciales oferentes, dificultando la correcta formulación de sus propuestas y vulnerando los principios de transparencia y libre acceso a la información. La coexistencia de documentos resumen y documentos completos de aclaraciones en diferentes sitios web agrava esta situación.

Es por lo indicado que resulta imperativo que el INCOP tome medidas inmediatas para cumplir cabalmente con las resoluciones de la CGR y garantizar a los oferentes un acceso claro y unificado a la documentación del proceso licitatorio. Esto implica identificar de manera precisa y en un único sitio web el expediente administrativo y el pliego de condiciones, aclarando la función de cualquier otra plataforma de información.

En virtud de lo dispuesto y tomando en consideración lo dispuesto en el punto 3 del apartado “A) Recurso interpuesto en contra de la enmienda No. 1”, se declara **con lugar** este aspecto del recurso.

4) Sobre el Anexo 21: Aplicación de la LGAP. Anexo 21. Punto 5. Criterio de la División. La objetante señala que se incorpora un nuevo párrafo referido a la aplicación supletoria de la LGAP. Sin embargo, no es claro cómo se aplicará la Ley General, ya que

los términos complementario y supletorio son diferentes entre sí. Estima que es necesario que se diga de forma expresa la remisión a la Ley General y bajo qué supuestos. Agrega, que el anexo contempla plazos del procedimiento para imposición de sanciones y multas que son contrarios a lo dispuesto en la LGAP. Solicita que se disponga con exactitud la aplicación de las reglas dispuestas en la LGAP para el procedimiento sancionatorio.

La Administración señala que la LGAP, se aplicará de manera supletoria y complementaria. En cuanto al tema de los plazos del procedimiento para la imposición de sanciones y multas, aplicará los documentos de la licitación, ya que no requieren ser suplidos por la LGAP, ya que se bastan por sí mismos, y serán los que se apliquen.

En relación con este tema recuérdese que, conforme con el numeral 49 de la Ley General de Concesión de Obra Pública, se habilita establecer un procedimiento sancionatorio a la Ley General de Administración Pública, aspecto que también regula la Ley General de Contratación Pública. Desde esa perspectiva, véase entonces que el procedimiento establecido en el punto 9, responde a dicha habilitación, en donde corresponde a la Administración establecer los diferentes plazos.

En ese orden de ideas, por ende, los plazos establecidos en dicho procedimiento no deben coincidir o ser iguales a los dispuesto en la LGAP. De allí que la solicitud de que procede la aplicación de la Ley General no lleva razón y por ende este punto se rechaza de plano, sumado a que no demuestra cómo los plazos establecidos afectan su participación.

Por otra parte, el hecho que el pliego señala que se aplica de forma complementaria o supletoria la LGAP tampoco limita su participación ni es contraria a derecho. Es claro que el procedimiento será el dispuesto en el pliego, sin embargo de encontrar vacíos, se acudiría a dicha normativa, ya sea para complementar o suplir lo que corresponda. Por lo anterior, tal aspecto también se rechaza de plano.

5) Sobre el Anexo 21. Punto 9. Procedimiento para la imposición de sanciones y multas. Criterio de la División. La objetante señala que el procedimiento incorporado en la enmienda No. 2 contiene contradicciones y vacíos que general una violación a las reglas

del debido proceso. De esta forma señala que las reglas, plazos y recursos establecidos son confusos y se oponen entre sí. En primer lugar, se establece que, una vez emitido el traslado de cargos, aplicarán dos tipos de plazos: (i) un plazo de 8 días hábiles para que el concesionario presente sus alegatos y prueba de descargo y (ii) un plazo de 8 días hábiles para convocar a la audiencia oral y privada con el fin de evacuar la prueba. Menciona que no queda claro si esos plazos son simultáneos o uno aplica posterior al otro. Agrega que el plazo de 8 días hábiles para la realización de la audiencia oral y privada, a partir de la citación, es contrario a lo establecido en el artículo 311 de la Ley General de la Administración Pública.

Por su parte la **Administración** indica que el concesionario tiene 8 días una vez comunicado el traslado para ejercer su defensa. Por otro lado, entre la convocatoria a la audiencia y la fecha de audiencia deben mediar al menos 8 días hábiles, por lo que el tema es claro. En relación con el otro punto, referido a que el plazo no se ajusta a lo indicado en el numeral 311 de la LGAP, la Administración señala que la LGAP aplicará de manera supletoria, en ausencia de norma, y complementaria cuando sea necesario perfeccionar el contenido de lo ya dispuesto en los documentos de la licitación y el contrato. Así, con relación al tema del plazo mencionado (el tiempo entre la convocatoria y la realización de la audiencia), como no puede ser de otra forma, aplicará el ya dispuesto en los documentos de la licitación, pues no requieren ser suplidos o complementados por la LGAP, ya que se bastan por sí mismos y serán estos los que apliquen.

Al respecto, se tiene que la Administración con la enmienda No. 2, reformuló el procedimiento para la imposición de sanciones y multas. De esta manera, en primer término se señala que la Secretaría de Fiscalización intimará los cargos. Una vez comunicado el traslado otorga 8 días hábiles al concesionario para que presente sus alegatos y pruebas de descargo y convocará al concesionario a una audiencia oral y privada, la cual debe celebrarse al menos 8 días hábiles después de la citación. Y es que si bien se tiene claro que para ambos supuestos, sea presentación de alegatos, y celebración de la audiencia privada tienen un plazo de 8 días hábiles, lleva razón la recurrente, que no queda claro si la comunicación del traslado de cargos así como la

convocatoria a la audiencia se hacen de forma simultánea o una posterior de la otra, por lo que ese punto se declara **con lugar**.

En ese sentido se debe establecer lo anterior de forma expresa, a efectos que queda claramente indicado si la citación se hará en el mismo momento del comunicado de los cargos o de forma posterior, en cuyo caso deberá indicarse cuándo se debe dar. Ahora en cuanto a que el plazo para la realización de la audiencia oral y privada, a partir de la citación, es contrario a lo establecido en el artículo 311 de la Ley General de la Administración Pública, no debe olvidarse que la Administración se encuentra habilitada por ley (artículo 49 de la LGCOP), para establecer el procedimiento, y por lo tanto los plazos, siendo la LGAP de aplicación supletoria. Por lo anterior este punto se **rechaza** de plano.

En cuanto a las acciones recursivas, el **objetante** indica que se contempla la posibilidad de interposición de recursos de revocatoria y apelación. Sin embargo, no es claro en qué momento procesal debe presentarse el recurso de apelación. Menciona que se regulan varias posibilidades, sin que quede claro cuál de todas es la correcta para que el recurso de apelación sea admisible, ya sea que el recurso de apelación sea interpuesto en conjunto con el recurso de revocatoria o bien, de manera posterior. Solicita enmendar el procedimiento para la imposición de sanciones y multas para que taxativamente se establezcan las reglas de interposición de recursos administrativos.

La **Administración** señala que en el pliego se indica que *“en caso de rechazarse el recurso de revocatoria, y de haberse presentado recurso de apelación en subsidio, la Secretaría de Fiscalización lo elevará en alzada ante la Junta Directiva del INCOP para su conocimiento”*. Conforme lo dicho, se sigue una regla procesal idéntica a la prevista en la LGAP, en el sentido de que contra lo resuelto caben los recursos ordinarios (revocatoria y apelación), pudiendo la Concesionaria determinar si recurre por vía de revocatoria o de apelación o ambas, siendo que de interponerse con la revocatoria el de apelación de manera subsidiaria, al resolverse la revocatoria se elevará la apelación para su conocimiento y resolución.

En relación con lo anterior, véase que el pliego de condiciones indica que la resolución emitida por la Secretaría de Fiscalización tiene los recursos de revocatoria y apelación. En cuanto a este último, dispone que se puede interponer en subsidio con el de revocatoria o presentado sin dicha condición, es decir se apela directo la sanción sin que sea conocido previamente el de revocatoria. Se estima que el pliego en claro en establecer ambas posibilidades, de allí que no se comprende el cuestionamiento de la recurrente. De esta forma se presentan las 2 opciones y será el concesionario el que determine cuál escoger. De esta forma se **rechaza de plano** este punto.

CONSIDERACIÓN DE OFICIO: Pese a que el pliego indica que practicadas las diligencias la Secretaría de Fiscalización emitirá la resolución, no se indica el plazo que tiene la Secretaría para emitirla. El pliego tampoco señala el plazo que tiene dicha Secretaría para resolver el plazo de revocatoria o la Junta Directiva para resolver el plazo de apelación. Por lo anterior la Administración deberá analizar lo anterior, y determinar si se establecen plazos específicos o aplicará de forma supletoria la LGAP.

6) Sobre la fecha de recepción de cierre de oferta. Criterio de la División. La firma objetante solicita que se suspenda provisionalmente la fecha de cierre de recepción de las ofertas, mientras se tramita y resuelve los recursos de objeción.

En relación con este punto, debe advertirse que en las audiencias especiales que se otorgaron a la Administración para que atendiera los recursos de objeción, se advirtió que en caso de ser necesario se debía prorrogar el plazo para recibir ofertas. De esta forma en el Alcance 59 de fecha 13 de mayo de 2025, el INCOP publicó un aviso mediante el cual comunica que se amplía el plazo de apertura para el 6 de junio de 2025.

Ahora la **objetante** solicita que se suspenda el plazo de recepción de ofertas por lo menos por 2 meses a partir de la fecha de cierre que se tenía al momento de interposición del recurso, sea el 19 de mayo del presente año.

No obstante lo anterior, no fundamenta ni motiva tal solicitud, por lo que se **rechaza de plano**. Además solicita ordenar al INCOP otorgar un plazo de al menos de 8 semanas

entre la fecha de la última respuesta a las aclaraciones al cartel y hasta la fecha de apertura de las ofertas, a efectos de que los potenciales oferentes puedan tener certeza de la versión definitiva del cartel y sus anexos. Sin embargo, tampoco se demuestra o fundamenta el por qué se requieren esas 8 semanas, por lo que también se **rechaza de plano**.

CONSIDERACIÓN DE OFICIO: Si bien se está rechazando por falta de fundamentación el alegato en cuanto a la fecha del cierre de recepción de ofertas, a raíz de lo resuelto por parte de este órgano contralor al conocer los presentes recursos de objeción, se advierte a la Administración la necesidad de establecer plazos razonables para la recepción de ofertas, tomando en cuenta las modificaciones que por esta resolución se ordena, así como de las acciones que requiera para mitigar los riesgos que afecten la continuidad, eficiencia y eficacia del servicio portuario de cara al cierre de los contratos vigentes, de la ejecución de la estrategia de mantenimiento de los activos concesionados y al proceso de estructuración de la modernización del Puerto Caldera.

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 **DP WORLD CL HOLDING AMERICAS INC.**, en contra de la enmienda No. 1 y enmienda No. 2 al pliego de condiciones de la **LICITACIÓN MAYOR No. 2024LY-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

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

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

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

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

LGB/AAA/EHL/SZF/LCHA/PJG/FHB/DSQ/LJC/MRM/MMR/abb
NI: 7812, 7965, 8707, 8708, 9135, 9399, 9537, 9926.
NN: 9994 (DCP-0119)
G: 2024005591-5
Expediente electrónico: CGR-ROC-2025003044