

**ORDEN DE INICIO DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN  
CONSEJO NACIONAL DE CONCESIONES**

**Licitación Pública Internacional No 2009LI-000001-00200**

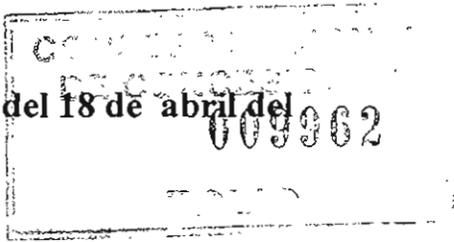
**“Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el  
Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de  
la Terminal de Contenedores de Moín”**

**Orden de Servicio N° 1: Inicio del período de transición para el  
cumplimiento de las condiciones precedentes a  
la emisión de la Orden de inicio de  
Construcción.**

**Adjudicado a: APM TERMINALS CENTRAL AMERICA  
B.V. y las empresas que lo conforman**

**Empresa o Sociedad  
Concesionaria: APM Terminals Moín y APM Terminals  
Central America BV**

**Plazo: Dieciocho meses. A partir del 18 de abril del  
2012.**



La presente orden de inicio se emite de conformidad con el contrato de concesión suscrito por el Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica entre la Administración Concedente JAPDEVA, MOPT, representada por el Consejo Nacional de Concesiones y la empresa concesionaria APM Terminal Moín S.A., constituida por el Adjudicatario, APM Terminal Central America B.V., esta orden de inicio tiene como finalidad que el Concesionario inicie en el plazo pactado el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el **Contrato de Concesión de Obra Pública con Servicio Público para el Diseño, Financiamiento, Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Terminal de Contenedores de Moín**”, refrendado mediante oficio DCA-0692 de fecha 21 de marzo del 2012 de la División de la Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República. Para efectos de esta orden de inicio, se incorporan algunas de las manifestaciones del órgano contralor por su importancia en el desarrollo del proyecto, a saber:

**IV. De los condicionamientos a los que queda sujeto el presente refrendo contratador.**

En este apartado, se procede indicar los siguientes condicionamientos a los cuales queda sujeto el refrendo del contrato, detalle que se realiza en forma puntual y para cada uno de los capítulos en que se ha dividido el documento contractual a efectos de un mejor entendimiento.

**CAPÍTULO I. Generalidades del contrato.**

- 1) Que en relación con la determinación del capital social suscrito y pagado por la Sociedad Concesionaria, regulado en la cláusula 1.4.1 del contrato, la Administración Concedente señala que la correspondiente valoración jurídica se sustenta en el oficio JASV-028-2011 del Lic. José Antonio Solera Viquez, consultor jurídico del Consejo Nacional de Concesiones<sup>1</sup>, en tanto que la validación financiera fue rendida mediante oficio JZ-015-2011 del Ing. José Humberto Zúñiga Jiménez, funcionario de ese Consejo. Asimismo, refiere al oficio DJCNC-OF-240-2011 suscrito por el Lic. Mario Granados Barzuna, Director Jurídico a.i del CNC. Mediante los citados documentos la Administración Concedente determina que el capital social de la Sociedad Concesionaria para todo el proyecto de concesión, debe ascender a la suma de US\$128.298.500,00 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares americanos) que constituye el 20% del gasto total proyectado para la construcción de la obra, estimado por el adjudicatario en US\$641.492.502,00 (seiscientos cuarenta y un millones cuatrocientos noventa y dos mil quinientos dos dólares americanos), de acuerdo con su oferta.

Aunado a lo anterior, indica la Administración Concedente que "analizó el gasto total proyectado para la etapa de explotación de acuerdo al modelo financiero presentado por APM Terminals, y determinó que en ningún año de esta etapa se reporta un gasto total proyectado superior a los \$641.492.502,00 monto sobre el cual se suscribió el capital social de la sociedad concesionaria", razón por la cual concluye que no se "requiere que el Adjudicatario realice ajustes en el capital social durante la etapa de explotación"<sup>2</sup>.

En consecuencia, el monto del capital social y los criterios rendidos al respecto, se dejan bajo la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente.

009961

**CAPÍTULO 2. De las disposiciones de carácter general.**

- 1) Que en relación con la cláusula 2.10 del contrato, denominada "Régimen de aplicación a las relaciones jurídicas del concesionario con terceros", deberán estarse las partes a lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos, en cuanto a que dicha norma dispone: "En lo referente a derechos y deberes con terceros, el concesionario se registrará por las normas del Derecho Privado. Será responsable ante la

<sup>1</sup> En lo conducente señala: "De acuerdo con la interpretación del cartel, en estricto apego al artículo 31, inciso 3) de la LG COP, si la firma adjudicataria desea aportar la totalidad del capital social para todo el proyecto, debe seguirse el criterio expuesto por el MBA José Humberto Zúñiga, Gerente Programa de Iniciativa Privada, en su oficio IP-015-2011 de fecha 26 de mayo del 2011, donde se establece que "el gasto total proyectado para la construcción de la obra de acuerdo a la oferta presentada por APM Terminals Central America durante el proceso de licitación, corresponde a un monto de \$641.492.502,00 (seiscientos cuarenta y un millones cuatrocientos noventa y dos mil quinientos dos dólares) y de acuerdo a lo establecido en el Cartel de licitación en la cláusula 7.5.1, el veinte por ciento de este monto corresponde a la suma de \$128.298.500 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares). / (...) En el criterio del suscrito, al constituir la sociedad concesionaria con un capital social de \$128.298.500 (ciento veintiocho millones doscientos noventa y ocho mil quinientos dólares), la firma APM Terminals Central America B.V. habrá cumplido con su obligación legal, por lo que ni los accionistas, ni el Concesionario, tendrán que hacer depósito adicional alguno posterior a la orden del Consejo Nacional de Concesiones."

<sup>2</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

Administración concedente por los daños y perjuicios que puedan derivarse de cualquier subcontratación”.

3

009960

### **CAPÍTULO 3. De los documentos que forman parte del contrato.**

- 1) *Que si bien en el último párrafo de la cláusula 3.1 se indica expresamente que “Los documentos citados obligan a las partes y serán interpretados de conformidad con los términos de este contrato de Concesión. El Contrato prevalecerá sobre el Cartel de Licitación y este sobre cualquier otro documento no citado en este párrafo”, se debe precisar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos y a mayor abundamiento en los artículos 10 de la Ley de Contratación Administrativa y 4<sup>3</sup> de su respectivo Reglamento, en tesis de principio el cartel prevalece sobre el contrato, al configurarse como el Reglamento específico de la contratación.*

*Lo anterior, sin detrimento de las mejoras de oferta que pueda presentar el contratista, que sean debidamente analizadas y justificadas por parte de la Administración, con relación a las condiciones dispuestas en el cartel o bien, de las potestades de modificación unilateral del contrato, como una de las prerrogativas con que cuenta la Administración Concedente.*

- 2) *Que siendo que en la cláusula 3.1 del contrato fue eliminado lo dispuesto por el cartel en el punto 19, en cuanto a que forman parte del contrato “Las instrucciones, indicaciones y demás oficios relacionados con la ejecución del Contrato, que en uso de las competencias y facultades legales puede emitir la Administración Concedente” y ante el hecho de que la Administración Concedente refiere en el oficio DST-OF-1888-2011 que lo señalado en dicho punto son actos de ejecución y que no se estima técnicamente procedente tenerlos como incorporados al contrato, el refrendo se condiciona a que los mismos se encuentren debidamente incorporados al expediente en el momento oportuno, tal y como lo enuncia la misma Administración.*
- 3) *Que en cuanto a los estudios técnicos de este concurso, la Administración Concedente en el oficio citado en el párrafo anterior, señala como antecedentes relevantes para la licitación que da origen al contrato de mérito, el Plan Nacional de Desarrollo Portuario elaborado en el año 1995 por la firma japonesa OCDI, y el Programa para la Modernización del Subsector Portuario de Costa Rica, elaborado por la firma HPC Hamburg Port Consulting GMBH. Asimismo, señala como estudio para fundamentar las bases de la licitación bajo examen, el Plan Maestro para el Complejo Portuario Limón-Moín elaborado por la empresa Royal Haskoning Nederland B.V., y la actualización realizada del estudio de demanda. Todo lo cual se deja bajo responsabilidad de la Administración Concedente.*

### **CAPÍTULO 4. De las obligaciones y derechos generales de la Administración.**

- 1) *Que en relación con la colaboración para los estudios básicos, regulado en la cláusula 4.1.1 Obligaciones generales, punto 4) y Anexo 3 del contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 2), la Administración Concedente señala que originalmente esta medida consistía en la suscripción de un contrato directo para efectos de realizar los estudios básicos, tal y como se consigna en el Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y en el Acuerdo de Adjudicación. Sin embargo, al momento de la suscripción del contrato de concesión, se planteó como alternativa la ampliación del plazo para la presentación de los diseños y planos definitivos, sin afectar el plazo de 18 meses establecido para el período de transición en pliego cartelario.*

<sup>3</sup> En el artículo 4 el Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, se establece el orden jerárquico de las normas a las que se encuentra sujeta la actividad de contratación administrativa, estableciéndose en orden de prioridad, el cartel o pliego de condiciones (inciso h) y luego el respectivo contrato administrativo (inciso i).

Así las cosas, indica esa Administración que posteriormente las partes acordaron que la vía más adecuada para dar cumplimiento al compromiso en comentario, es la ampliación del plazo de presentación de diseños y planos definitivos<sup>4</sup>, que pasa de 10 meses a 15 meses según se regula en la cláusula 5.3.1 del contrato, modificación que se deja bajo la responsabilidad de la Administración Concedente. En ese mismo sentido, deberá entenderse lo regulado en el primer párrafo de la cláusula 8.3.1<sup>5</sup>.

- 2) Que en cuanto al nombramiento del equipo técnico capacitado, regulado en la cláusula 4.1.1 Obligaciones generales, punto 5) y Anexo 3 del contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 3), la Administración Concedente señala que en un primer momento esta medida obedeció a la necesidad de que esa Administración contara con un equipo técnico especializado desde la adjudicación hasta el refrendo contralor, con el ánimo de colaborar de una mejor manera en la consecución del interés público perseguido con este contrato, tal y como se consigna en el Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y en el Acuerdo de Adjudicación. Sin embargo, con posterioridad las partes convinieron en que la vía más adecuada para dar cumplimiento al compromiso de comentario es mediante la aplicación del fideicomiso en la etapa posterior al refrendo contralor, etapa en la que la Administración Concedente requerirá de un equipo técnico especializado que trabaje durante el periodo de cumplimiento de condiciones precedentes, razón por la cual en el contrato suscrito se dispone la implementación de esta alternativa una vez emitido el refrendo contralor y hasta el cumplimiento del periodo de transición<sup>6</sup>, modificación que queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente.
- 3) Que con referencia al tema de que a la Sociedad Concesionaria se le estaría procurando un acceso a las Terminales de Limón y de Moín, según la cláusula contractual 4.1.1 Obligaciones generales, punto 7) y Anexo 3 al contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 5), la Administración Concedente ha señalado que dicho acceso está exclusivamente vinculado a garantizar el acceso a los funcionarios del Concesionario y de sus subcontratistas, para efectos de la ejecución de actividades "estrictamente necesarias para el desarrollo de las obras objeto de una concesión promovida por el Estado costarricense"<sup>7</sup>. Asimismo, de acuerdo con el citado Anexo 3, corresponde a JAPDEVA emitir un acuerdo escrito en el que se autorice de manera simplificada y eficiente el acceso del personal, equipo, vehículos, embarcaciones y materiales relacionados directamente con la ejecución del proyecto del Concesionario.

En atención de lo expuesto, debe advertirse que este órgano contralor entiende que en cuanto a la Terminal de Limón, el acceso que se procuraría lo es en cuanto al sitio de las obras y al área de la construcción, por lo que este refrendo se otorga condicionado a que la Administración Concedente detallará de manera específica las condiciones del acceso de previo a que éste se empiece a dar, teniendo presente siempre que el acceso de referencia no puede ir en detrimento de un adecuado uso y operación de la Terminal, y por ende debe darse en total ajuste y respeto al ordenamiento jurídico que regule la materia.

En otro orden de ideas, tal y como ha señalado la Administración Concedente<sup>8</sup>, se entiende que cuando el Concesionario traiga al país materiales, equipos o maquinaria por la vía marítima y que las embarcaciones que traigan esos insumos utilicen los servicios portuarios en la Terminal Moín/Limón, éste recibirá el servicio público como cualquier otro usuario y bajo el régimen tarifario vigente, sin diferencia de trato, aspecto cuyo cumplimiento será responsabilidad de esa Administración.

<sup>4</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>5</sup> "El Concesionario, o una Sociedad de su Grupo Empresarial o subcontratista, deberá realizar los estudios básicos de la cláusula 4.1.1 inciso 4, y de conformidad con lo establecido en el acto de adjudicación".

<sup>6</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>7</sup> Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>8</sup> Ibid.

- 4) *Que en cuanto a las obligaciones asumidas por la Administración Concedente relacionadas con la construcción de un nuevo acceso que comunique la Ruta Nacional N° 32 con la entrada al área de la concesión, que se establecen en las cláusulas contractuales 4.1.1 Obligaciones generales, punto 9) y 5.2.2 Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción, punto 11); así como en el Anexo 3 al contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 7) Ruta Nacional N° 32, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente, el cumplimiento oportuno de estos compromisos, dadas las consecuencias que tendría la no construcción a tiempo de esta obra con las características acordadas, tanto desde el punto de vista de la posible pérdida del descuento asociado a las medidas adicionales indicadas en el Anexo 3 del contrato, como de los posibles atrasos para el Concesionario en la ejecución de las obras.*

*Sobre el particular, se destacan los siguientes aspectos:*

- 009958
- a) *Que queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente contar con el contenido presupuestario suficiente y disponible para atender las erogaciones provenientes de la habilitación del nuevo acceso vial para comunicar la ruta nacional No. 32 con la entrada al área de la concesión según los términos establecidos en la contratación, para lo cual deberán adoptarse las medidas pertinentes (designación de responsables, asegurar la disponibilidad de los fondos, cumplimiento de cronogramas, entre otros), para garantizar el cabal cumplimiento de dicha obligación.*
- b) *Que la Administración Concedente se encuentra obligada a realizar las acciones oportunas y suficientes a efectos de cumplir con las actividades y los tiempos determinados en el cronograma de obras del acceso vehicular, según el documento que fue remitido por el Ing. Carlos Acosta Monge, Director Ejecutivo a.i. del Consejo Nacional de Vialidad, mediante el oficio DIE-08-11-4236 de fecha 11 de noviembre del año 2011, a la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, o bien con la eventual versión actualizada de ese cronograma, en caso que esta llegue a existir.*
- c) *Que en cuanto a las tres propiedades necesarias para llevar a cabo el proyecto del camino de acceso a la Terminal de Contenedores, debe indicarse que en el citado oficio DST-OF-1888-2011, la Administración Concedente manifestó que se aportaba el convenio suscrito con la Refinadora Costarricense de Petróleo (RECOPE), en el cual dicha Institución permite el paso de dicha carretera a través de un terreno de su propiedad. Sin embargo, debemos indicar que el documento remitido para estudio no se refiere en forma expresa a dicho aval. Sin detrimento de lo anterior, es factible advertir que queda bajo resorte exclusivo de la Administración Concedente garantizar el derecho de vía correspondiente para la consecución de la finalidad propuesta, así como los recursos presupuestarios para atender las indemnizaciones y expropiaciones que se requieran.*
- d) *Que será responsabilidad de la Administración Concedente tomar las provisiones para el cumplimiento de este compromiso considerando que los puestos de atraque de la fase 2 A podrían iniciar operaciones con antelación al plazo máximo de construcción de tres años establecido en el contrato<sup>9</sup>.*
- 5) *Que con referencia al tema del área de trabajo que se facilitará al Concesionario por parte de la Administración Concedente, deberá estarse a lo que de seguido se indica:*

<sup>9</sup> Según lo dispuesto en las cláusulas contractuales 4.1.1 Obligaciones generales, punto 13), 8.5.2 Recepción Definitiva y Orden de inicio de la etapa de Explotación y 5.7 Plazo de la concesión, así como en el Anexo 3 del contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 11).

- a) *Que siendo que la Administración Concedente acordará –por medio de un Convenio marco de cooperación–, con el Instituto Costarricense de Turismo (ICT), la facilitación de los terrenos que serán proporcionados por dicha Institución para el desarrollo del proyecto durante las fases de construcción, queda bajo responsabilidad de las partes en mención, especialmente del ICT, verificar la legalidad de las condiciones a través de las que se facilitarán los inmuebles respectivos.*
- b) *Que al tenor de lo regulado en las cláusulas 4.1.1 Obligaciones generales, punto 11) y 5.2.2 “Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción”, punto 12), el área de trabajo que se facilita al Concesionario, durante los periodos de construcción, es de un total de 10 hectáreas. Por ello debe destacarse que si bien en el punto 9) del anexo No. 3, denominado “Alcances de las medidas adicionales”, se establece que el área de trabajo que requiere el Concesionario deberá ser de “al menos” 10 hectáreas, este Despacho considera, con base en el clausulado de cita y la respuesta rendida en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, que la Administración Concedente únicamente se encuentra obligada a proporcionar a la concesionaria y durante las fases de la construcción, la cantidad de hectáreas en mención. Sobre el particular, es pertinente recordar que en el mencionado oficio la Administración Concedente indica que “Se debe aclarar que de la adquisición de aproximadamente 20.6 hectáreas en la franja costera, únicamente se le otorgarán al Concesionario 10 hectáreas de conformidad con lo indicado en las cláusulas mencionadas por ese órgano contralor en esta consulta puntual. (el subrayado es nuestro). A lo anterior, se le debe adicionar que la misma Administración en el oficio de cita refiere que el área que se adquiriera en exceso “pasará a formar parte de una primera adquisición de terrenos de la franja costera en el tramo comprendido entre el emplazamiento en donde se desarrollara la futura TCM y el Puerto Moín, de conformidad con las recomendaciones de Plan Maestro del Puerto Limón-Moín, donde se ubicarían futuros desarrollos de infraestructura portuaria que requiere el país”, aspecto cuyo cumplimiento será resorte exclusivo de la Administración Concedente; lo anterior sin perjuicio de la fiscalización posterior facultativa que compete a este órgano contralor.*
- c) *Que es responsabilidad de la Administración Concedente contar con el contenido presupuestario suficiente y disponible para atender las erogaciones provenientes de las eventuales expropiaciones e indemnizaciones que se deban llegar a tramitar, a efectos de procurarse los terrenos necesarios para la consecución de la finalidad propuesta, lo mismo que la realización eficiente de actividad que conduzca a su concreción.*
- 6) *Aunado a lo indicado en el punto anterior sobre el área de trabajo, toma nota este Despacho de lo manifestado por la Administración Concedente en cuanto a que “todos los costos asociados al uso efectivo del área bajo examen corresponden al Concesionario, lo que ocurre también con la obtención de los permisos y autorizaciones que sean requeridos para ese propósito. Debe aclararse sin embargo, que en la medida en que para la obtención de esos permisos y autorizaciones las entidades públicas encargadas de otorgarlos requieran la participación del propietario del bien inmueble, será necesario que la Administración colabore con el Concesionario en la obtención de los permisos según sea requerido por las citadas entidades”, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente.*
- 7) *Que en cuanto al inicio de operaciones del primer puesto de atraque, regulado en la cláusula 4.1.1-Obligaciones generales, punto 13) y Anexo 3 del contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 11), se tiene que al tenor de lo dispuesto en el capítulo 8 del contrato, cláusula 8.5.2, dicho inicio de operaciones será posible siempre y cuando se haya dado la recepción definitiva de ese primer puesto de atraque de la fase 2A, sea segura su operación y se brinden todos los servicios concesionados, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.*

Asimismo, se indica que si bien en el considerando décimo séptimo del Acuerdo de Adjudicación –mismo que refiere al Informe de Evaluación y Recomendación de Adjudicación y éste a su vez a la propuesta de las 15 medidas adicionales por parte del Concesionario–, se indica que la medida consiste en iniciar operaciones con el primer puesto de atraque de la fase 2A, una vez que la Administración Concedente haya realizado a satisfacción la recepción provisional del mismo, lo cierto es que dicha manifestación se entiende modificada y plasmada (cláusula 4.1.1 punto 13 en relación con la cláusula 8.5.2) en el contrato suscrito por las partes, en el cual se dispone que para el inicio de operaciones del primer puesto de atraque se requiere que la Administración Concedente haya realizado la recepción definitiva de dichas obras.

8) Siempre en relación con el inicio de operaciones del primer puesto de atraque, se tiene que en el Anexo 3 del contrato se establece que esta obligación es considerada por las partes como no preexistente. Al respecto, entiende este Despacho que si bien en relación con la fase 2 A, la cláusula 5.7 del contrato contempla la posibilidad de “que la explotación de la obra se podrá dar paulatinamente antes de los tres años indicados, conforme se vayan construyendo los puestos de atraque y existan las condiciones para que cada uno de ellos sea operado de manera anticipada”, lo cierto es que con ocasión de las medidas acogidas por la Administración Concedente dicha posibilidad se ha tornado en un compromiso cierto y de efectiva realización, variación a partir de la cual las partes manifiestan en el citado anexo que esta obligación será considerada como no era preexistente.

9) Que la Administración Concedente, en un afán de garantizar la seguridad de la navegación desde y hacia la Terminal de Contenedores, al tenor de lo señalado al atender la pregunta 4 del Capítulo 4 de nuestro oficio DCA-2836, será la responsable de velar porque el Convenio de Coordinación Interinstitucional suscrito entre JAPDEVA, RECOPE y el MOPT para la interacción y coordinación en el Complejo Portuario de Moín, se ejecute de conformidad con lo pactado.

En punto a este aspecto, debe recordarse que la cláusula 9.1 de la segunda parte del cartel definitivo indica que “En la eventualidad de que el inicio de la construcción de la TCM se demore por causas no imputables al concesionario y RECOPE se vea en la necesidad de instalar las ayudas a la navegación necesarias para la operación de la Ampliación de Terminal Portuaria Petrolera del Atlántico (ATPPA), al concesionario de la TCM se le ajustarán las inversiones que debía realizar por este rubro y deberá completar las necesarias para su operación”, lo que resulta consistente con lo dispuesto en la cláusula sexta del citado Convenio<sup>10</sup>, aspecto cuyo cumplimiento se deja librado a la responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

10) Que la Administración Concedente, también con relación al tema de planes de seguridad y vigilancia, cumpla con lo estipulado en el Convenio SOLAS, aprobado mediante Ley No. 8708 y el Código PBIP, aprobado mediante Decreto Ejecutivo No. 31845-MOPT.

11) Que en caso que la Administración Concedente no atienda la medida de bancabilidad y las 15 medidas adicionales a las que se comprometió y que sirven de base para el descuento ofrecido por el Concesionario, una vez que se agote el procedimiento destacado en la cláusula 11.8.2. del contrato, la consecuencia última sería la desaplicación de hasta la totalidad del descuento y por lo tanto el retorno a la tarifa original ofertada, sin que esa desaplicación del descuento tenga efectos retroactivos.

<sup>10</sup> Asimismo tómesese en consideración que la cláusula 12.8 del contrato, punto 2), dispone que la Administración Concedente tendrá derecho al reequilibrio económico financiero del contrato “En el caso de que RECOPE o alguna institución del Estado realicen parte de las inversiones que son responsabilidad del Concesionario”.

- 12) *Que en caso que la Administración Concedente incumpla el resto de sus compromisos contractuales no asociados al descuento de manera directa o bien aquellos asociados a los descuentos pero que ya eran preexistentes desde el cartel o bien eran deberes previstos en el marco normativo aplicable a la relación contractual, es decir, aquellos casos en los que los descuentos vienen a actuar como un estímulo adicional para la eficiencia y efectividad en el cumplimiento de obligaciones preexistentes, en estos casos, más allá de las consecuencias en el descuento que ya fueron descritas, tal y como es propio de cualquier relación contractual, los incumplimientos de las obligaciones de la Administración Concedente y que generen daños o perjuicios al contratista, están sujetos al deber de resarcimiento, determinación de incumplimiento que estará a su vez sujeta al procedimiento contractual y al ordenamiento jurídico. La Administración Concedente deberá establecer un plan de abordaje para el efectivo cumplimiento de esas 15 medidas, para que de esa forma se mantenga una menor tarifa en beneficio de los usuarios.*

### CAPÍTULO 5. De los plazos de la concesión.

- 1) *Que en relación con la cláusula 5.2.1 del contrato, denominada "Plazo del periodo de transición", este Despacho entiende que la modificación efectuada por la Administración Concedente en cuanto a la sustitución del término "acaecimiento" por el concepto de "conocimiento", se fundamenta en la explicación otorgada en el oficio DST-OF-1888-2011, en el cual expresamente se indicó: "Se sustituye en el párrafo tercero la palabra "acaecimiento" por "conocimiento", por cuanto el plazo debe correr a partir del momento en que se tiene conocimiento de los hechos, ya que estos son ajenos y no imputables al Concesionario. Sería sumamente gravoso y por lo tanto ajeno a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que se inicie el cómputo de un plazo sin que el concesionario tenga razones objetivas para percatarse de que ese plazo está corriendo, dado que no necesariamente está al tanto de la existencia de causales que no le son propias".*
- 2) *Que respecto de la citada cláusula 5.2.1 párrafo tercero y la cláusula 5.5 "Atraso en el cumplimiento de las condiciones precedentes a la orden de inicio", se deberá entender que el plazo con que cuenta la Concesionaria para solicitar la suspensión del periodo de transición es de 5 días hábiles posteriores al conocimiento del hecho que imposibilita el cumplimiento respectivo, debiendo realizarse la correspondiente solicitud en un momento anterior al vencimiento del periodo de transición.*
- 3) *Que en cuanto al punto 3) de la cláusula 5.2.2, denominada "Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción", referido a la aprobación del diseño, los planos constructivos, las especificaciones técnicas y el plan de ejecución, de conformidad con las explicaciones otorgadas por la Administración Concedente en el oficio DST-OF-1888-2011, y con el inciso 4) de ese mismo apartado<sup>11</sup> del contrato, esta Contraloría General entiende que la aprobación de los planos constructivos por parte del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos (CFLA), se contempla como una condición precedente a la orden de inicio de la fase de construcción, la cual deberá obtenerse dentro del periodo de transición por parte de la empresa concesionaria.*
- 4) *Que con referencia al punto 13) de la cláusula 5.2.2 y a la cláusula 5.3.3 denominada Licencia de Vialidad Ambiental, ambas del contrato, resulta de importancia reiterar las manifestaciones efectuadas por la firma concesionaria en el oficio sin número suscrito el día 21 de noviembre del año 2011, aportado como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, en el cual, entre otras cosas, indicó: "En cuanto a la pregunta No. 11 de la Contraloría General,*

<sup>11</sup> El inciso 4 de la cláusula 5.2.2 dispone como condición precedente la "Aprobación por parte de las autoridades competentes de los permisos que debe tramitar el Concesionario para el inicio de la construcción de las obras".

correspondiente al Capítulo 5 del Contrato, estamos de acuerdo con el enfoque de la respuesta prevista por el Consejo Nacional de Concesiones, en el sentido de que la obtención de la viabilidad ambiental definitiva está en la esfera de responsabilidad del concesionario por lo que si se produce una denegatoria firme y definitiva por parte de la autoridad competente, imposible de superar por medios administrativos o judiciales legítimos, el contrato de concesión no podría ejecutarse, con la consecuencia de que el concesionario no podrá formular reclamaciones patrimoniales en contra de la Administración concedente. Asimismo, en caso de que la no obtención de la citada viabilidad obedezca a causas imputables en exclusiva al concesionario, este podría enfrentar la ejecución de la garantía de construcción rendida para la fase de condiciones precedentes, previa aplicación del debido proceso" (el subrayado no es del original).

- 5) Que en relación con el plazo para la aprobación de los planos constructivos finales por parte de la Administración Concedente, que se regula en la cláusula 5.3.1 Estudios técnicos, planos y permisos definitivos, su razonabilidad queda librada a la responsabilidad exclusiva de esa Administración, la cual deberá tomar oportunamente las medidas necesarias para cumplir su obligación dentro del término establecido, sin detrimento del análisis cuidadoso que debe realizar.
- 6) Que en cuanto a la cláusula 5.7 denominada "Plazo de la concesión", se deberá entender que los plazos de construcción ahí dispuestos para las fases 2B.1 y 2B.2, complementan lo expresado en los apartes b) y c) de la cláusula 8.3 "Obras a realizar por el concesionario", en lo atinente al tiempo con que cuenta la Concesionaria para efectuar las labores constructivas correspondientes a dichas fases de construcción.

#### CAPÍTULO 6. Régimen de riesgos.

- 1) Que respecto de los riesgos ambientales, el cartel<sup>12</sup> contemplaba que el oferente debía considerar en su propuesta medidas de mitigación para la construcción de la obra, por una suma equivalente al 1% del valor de las obras a realizar en cada fase. Asimismo, si las medidas impuestas por SETENA superaban dicho monto, el Concesionario tendría derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato, siempre y cuando ese mayor costo no hubiera sido cubierto por las reservas de imprevistos y trabajos preliminares. Lo anterior implicaba que la Administración Concedente, compartía bajo determinadas condiciones, el riesgo de que las medidas de mitigación aprobadas por SETENA fuesen superiores al monto contemplado en la oferta para tales efectos.

No obstante lo anterior, según se aprecia en la cláusula 6.3.5 del contrato "el riesgo del costo del Estudio de Impacto Ambiental y de sus consecuentes medidas de mitigación, ha sido transferido al Concesionario"<sup>13</sup>, de forma tal que se entiende que diferencias en el costo de las medidas de mitigación aprobadas por SETENA en relación con el respectivo monto presupuestado por el Concesionario, no generan derecho al reequilibrio del contrato.

Ahora bien, según se regula en la citada cláusula, en caso de medidas de mitigación adicionales no contempladas en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por SETENA, es decir medidas sobrevinientes, el riesgo del Concesionario será hasta por la totalidad del monto consignado en el rubro de imprevistos del renglón 8.1 denominado "Viabilidad ambiental y costo de obras de mitigación" del formulario 12 de la oferta, según la fase constructiva correspondiente. De esta forma el riesgo que asume la Administración Concedente será

<sup>12</sup> En el borrador del contrato contenido en el cartel los riesgos ambientales se regulan en la cláusula 6.3.1.

<sup>13</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

únicamente en caso de medidas de mitigación adicionales que se requieran de manera sobreviniente y siempre y cuando el respectivo costo no pueda ser cubierto por el monto asignado al rubro de imprevistos de conformidad con los términos indicados en la supracitada cláusula 6.3.5.

En vista de lo expuesto, no se observa que el tratamiento de los riesgos ambientales acordado en el contrato suscrito por las partes, implique una desmejora para la Administración Concedente en relación con la distribución de riesgos contemplada en el pliego cartelario. Así las cosas, la presente aprobación se da en el entendido que los costos del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA) requerido para obtener la viabilidad ambiental definitiva, así como la ejecución y costos de las respectivas medidas de mitigación aprobadas por SETENA, corresponden a la esfera de riesgo del Concesionario.

Asimismo, queda bajo resorte exclusivo de la Administración Concedente implementar las acciones que resulten pertinentes para llevar el control de las medidas de mitigación sobrevinientes que sean cargadas al rubro de imprevistos ofertado para cada fase constructiva.

- 2) Que en cuanto a la posibilidad de reconocer incrementos en los costos de construcción de las obras de la fase 2A que no se concluyan dentro del plazo de seis años siguientes a la recepción de las ofertas, por situaciones no imputables al Concesionario, así como el eventual reconocimiento de los incrementos en los costos de construcción de las fases 2B y 3, en caso que éstos superen las previsiones que en materia de escalamiento de precios están contenidas en las proyecciones financieras contempladas en la oferta adjudicada, la Administración Concedente señala que "en la redacción final del contrato que se ha sometido a refrendo, se ha hecho una excepción al riesgo de los costos de construcción, para los casos de las etapas 2B y 3, cuya proyección en el tiempo, por disposición cartelaria, expone al concesionario a riesgos mayores a los normales para la etapa inmediata de construcción de la fase 2A (salvo que también esta etapa sufra desfases no imputables al concesionario). No es lo mismo ofrecer un precio para una etapa inmediata de construcción, que proyectar los costos de fases que se desarrollarán varios años después y ya durante la etapa de explotación. Se estima que este elemento constituye una variable que exige un tratamiento diferente en materia de riesgos de costos de construcción y que eso no solo es legítimo sino mandatorio desde la óptica del artículo 45 de la Constitución Política"<sup>14</sup>.

Aunado a lo anterior, agrega la Administración Concedente que no hay jurisprudencia constitucional que apunte en el sentido de que en contratos de concesión de obra pública exista una exclusión de principio de intangibilidad patrimonial derivado del artículo 45 de la Constitución Política, mismo que ha sido reconocido en el régimen de la contratación pública en diferentes resoluciones de la Sala Constitucional<sup>15</sup>.

Al respecto, este Despacho toma nota que la cláusula 4.10.2 del pliego cartelario, efectivamente dispone que para efectos del Plan de Construcción, el oferente tenía que considerar que la fase 2A, correspondiente a los dos primeros puestos de atraque, debería construirse en un plazo de 36 meses contados a partir de la emisión de la orden de inicio para la concesión, la fase 2B que corresponde al tercer puesto de atraque, debería construirse en un plazo de 120 meses contados a partir de la orden de inicio de explotación de los dos primeros puestos de atraque ya mencionados, en tanto que la Fase 3 debería estar concluida y en operación al menos seis meses antes de la terminación de la concesión, estructuración del negocio que considera la Administración Concedente genera un riesgo que debe ser compartido entre las partes.

En ese sentido, se observa que el cartel definitivo contempla un régimen de riesgos en el cual la Administración Concedente asume el riesgo por los incrementos de costos de la parte

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

proporcional de las obras de la fase 2A que no llegue a construirse en el plazo de cinco años a partir de la presentación de la oferta –nótese que para efectos del contrato las partes ampliaron este plazo a seis años–, así como los incrementos de costos de las fases 2B y 3 que superen la previsión del 3% por escalamiento de precios contenida en la oferta.

Por tanto, entiende este Despacho que el reconocimiento de incrementos en los costos de construcción en este caso en concreto, obedece a la forma en que fue estructurada la concesión, lo que conllevó a establecer una distribución de riesgos que respondiera a la obligación del Concesionario de construir las obras en un esquema de fases distribuidas a lo largo de los 33 años de concesión, todo lo cual se plasmó en el cartel definitivo, que representa las reglas bajo las cuales el adjudicatario presentó su oferta.

En atención de lo expuesto, la presente aprobación se da en el entendido que la estructuración del negocio y el régimen de riesgos que como resultado se incorporó en el cartel definitivo de esta contratación, es un aspecto que se deja librado a la exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente. Asimismo, se advierte que los eventuales reconocimientos regulados en la cláusula 6.3.1 del contrato, refieren a riesgos en el incremento de los costos de construcción (escalamiento de precios) y no al riesgo de variaciones en las cantidades de obra, por cuanto la estimación de éstas es un riesgo inherente al Concesionario al momento de ofertar.

Aunado a lo anterior, de acuerdo con la cláusula contractual de marras, para efecto de los eventuales reconocimientos de incrementos de costos de construcción es necesario que el Concesionario demuestre el desequilibrio alegado, según las reglas contractuales dispuestas en el capítulo 12 del contrato y que se realice el análisis integral en los términos dispuestos en el párrafo cuarto de la citada cláusula, aspecto cuyo cumplimiento es responsabilidad de la Administración Concedente y queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

- 3) Que este Despacho, considerando las cláusulas 6.3.1 y 6.4.3 que hacen referencia al término "costos de construcción", entiende que los mismos, al tenor de lo regulado en el Capítulo 2 del contrato que se encarga de definir dicho término, no incluyen el costo del equipamiento, sino únicamente los costos de infraestructura contemplados en la oferta.
- 4) Que en cuanto al reconocimiento de incrementos en los costos de construcción previsto en el contrato, si la construcción de la Fase 2 A se extiende más allá de los seis años por situaciones imputables al Concesionario, los posibles incrementos en los costos de construcción que se den en la parte proporcional de las obras que no se concluyan dentro de ese plazo, igualmente deberán ser asumidos por el Concesionario y no serán motivo para solicitud de reequilibrio económico financiero del Contrato.
- 5) Que con referencia a las previsiones en materia de escalamiento de precios contenidas en las proyecciones financieras contempladas en la oferta adjudicada, la Administración Concedente manifiesta que la previsión del oferente por ese concepto es de un 3%<sup>16</sup> aspecto que deberá tomar en consideración esa Administración para efectos de eventuales solicitudes de equilibrio financiero del contrato, amparadas en la cláusula 6.3.1 del contrato.
- 6) Que este Despacho requirió información en cuanto a lo que ocurriría con el eventual reconocimiento de incrementos en los costos de construcción, si el escalamiento de precios real

009952

<sup>16</sup> Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

es menor al proyectado de oferta. Al respecto, manifiesta la Administración Concedente que "en la redacción final propuesta de la cláusula 6.3.1, se remite al Capítulo 12 del Contrato, en el que de particular importancia para los efectos de esta inquietud de la Contraloría General, debe considerarse lo previsto en la cláusula 12.9"<sup>17</sup>. Así las cosas este refrendo se otorga en el entendido que la Administración Concedente implementará los mecanismos de control necesarios sobre el escalamiento de precios en este contrato; lo anterior para requerir, amparada en la cláusula 12.9 citada, cuando corresponda, el reequilibrio económico financiero del contrato a favor de la Administración Concedente. Este aspecto se deja librado bajo responsabilidad exclusiva de esa Administración, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

#### **CAPÍTULO 7. Régimen general de las garantías a cargo del Concesionario.**

- 1) Que respecto de la cláusula 7.11 del contrato, sea la garantía de construcción, específicamente la rendida en la actualidad (que abarca desde el momento de suscripción del contrato y hasta la emisión de la orden de inicio de la concesión) y en relación con lo indicado por la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, se entiende que el monto de la misma está vinculado a los costos de construcción y que los costos de reparación, conservación y ampliación, en la medida de su eventualidad, serán cubiertos por las pólizas de seguros, independientemente de la fase de ejecución contractual que se trate. En consecuencia, el monto de esta primera garantía de construcción y las valoraciones realizadas sobre el particular, se dejan bajo la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente. Adicionalmente, en razón del desarrollo por fases del presente contrato y en forma oportuna, igualmente la Administración Concedente deberá velar porque antes del inicio de construcción de cada una de las fases, estas se encuentren debidamente cubiertas por la garantía de construcción correspondiente.
- 2) En relación con la cláusula 7.13 del contrato, denominada Garantías ambientales y su relación con la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N° 7554 de 4 de octubre de 1995, se deberá estar a la fijación de esas garantías, según determinación oportuna que realice la SETENA para cada una de las etapas que conforman la concesión, con motivo del análisis del estudio de impacto ambiental.

009951

#### **CAPÍTULO 8. De las bases técnicas de la construcción de las obras.**

- 1) Que sobre las condiciones y responsabilidades que asumen las partes en relación con los trabajos de dragado estipulados para la presente concesión, la Administración Concedente realizó una serie de aclaraciones en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, manifestaciones a partir de las cuales debe entenderse lo siguiente para los efectos de este contrato:
  - a) Que el Concesionario determinó las profundidades del canal de acceso y dársenas en las diferentes etapas del proyecto, que garantizan la operación segura de los buques Panamax en un inicio y posteriormente a partir de la Fase 2B, buques Post-Panamax.
  - b) Que la Administración Concedente ha verificado el volumen de material de dragado y de relleno propuesto por el Concesionario en su oferta, lo cual queda bajo su entera responsabilidad, y concluye que las cantidades son razonablemente similares a las estimadas por esa Administración y por tanto aceptables para la correcta ejecución del proyecto de la TCM.

<sup>17</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

- c) *Que la Administración Concedente ha realizado varias verificaciones adicionales como las dimensiones en planta y alzado incorporados en la oferta con base en el barco de diseño tipo Panamá y el precio unitario ofrecido para la actividad de dragado por el Concesionario. También se verificó que dichas inversiones y el momento en que se realizarán, están contempladas en el modelo financiero propuesto y por tanto en la tarifa cotizada.*
- d) *Que en razón de las variables atmosféricas y el clima marítimo en general de la bahía de Moín, los resultados de los modelos hidráulicos y operativos que se apliquen por parte del Concesionario podrían arrojar la necesidad de realizar ajustes en el alineamiento y profundidades del canal de acceso y dársenas, que "podrían originar un aumento en el volumen de material a dragar, pero no una disminución en virtud de la necesidad y demanda del material de relleno que se requiere para la ejecución en cada una de las fases".*
- e) *Que los eventuales incrementos en el volumen de material a dragar, son parte de los riesgos de construcción que deberá asumir el Concesionario sin afectar la tarifa por estas razones.*

*Al respecto, considera la Administración Concedente, que de acuerdo con las valoraciones anteriores y teniendo que el Concesionario deberá realizar estudios adicionales para determinar las condiciones y detalle del suelo, es pertinente y favorable a los intereses del fin público que se persigue la presente concesión, que el riesgo del dragado y sus volúmenes sean asumidos enteramente por el Concesionario. De tal manera que se ha incorporado al régimen de riesgos del contrato, particularmente a la cláusula 6.3.1, el siguiente párrafo: "Finalmente, los riesgos relativos al dragado son del Concesionario y la tarifa adjudicada no se verá afectada por posibles variaciones menores o mayores en los volúmenes a dragar".*

*En consecuencia, entiende este Despacho que la Administración Concedente realizó las valoraciones técnicas pertinentes respecto de las condiciones de dragado y relleno contenidas en la oferta del Concesionario, a partir de los cuales determinó que los resultados del modelo hidráulico podrían generar el riesgo de mayores volúmenes de dragado, pero no así una disminución de éstos, de forma tal que esa Administración ha llegado a la conclusión de que el Concesionario es quien está en mejor posición de administrar ese riesgo correctamente y por ende, las partes han dispuesto en el contrato que los riesgos del dragado sean asumidos enteramente por el Concesionario. Todo lo cual se deja librado a la responsabilidad exclusiva de esa Administración Concedente, bajo el análisis efectuado y resumido en líneas supra.*

*En esa misma línea queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente el enunciar que, a partir de las valoraciones reseñadas, la lectura pertinente del punto cartelario 1.5 sería la que se indica en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, folio 40.*

- 2) *Que en relación con la fase 2B.2, la Administración Concedente señala que se trata de un adelanto de la fase 3 y que la razón para el adelanto de la citada fase 2B.2, "se debe a que el material dragado durante la construcción de las fases 2A y 2B.1 es el indicado para ser utilizado en la construcción de la fase 2B.2. Eso supone que las áreas de recuperación que utilizará la fase 2B.2 se logran aprovechando el despliegue de los equipos especializados en la construcción de los diques de confinamiento, dragado y relleno realizados en las fases 2A y 2B.1. Esta circunstancia hace que el concesionario en su oferta haya propuesto este adelanto parcial de la fase 3 que se ha denominado 2B.2, pues de esta manera se hace más eficiente el proceso constructivo, lo que sin duda está acorde con el principio constitucional de eficiencia que rige la contratación administrativa según lo dispuesto por la Sala Constitucional en la*

Resolución No. 14421-2004"<sup>18</sup>. Por lo tanto, entiende este Despacho que la Administración Concedente realizó las correspondientes valoraciones técnicas de la oferta del Concesionario, a partir de lo cual acepta el adelanto parcial de las obras de la fase 3, denominado fase 2B.2, con el propósito de lograr un mejor aprovechamiento de los equipos instalados y del material dragado, aspecto que se deja librado a la responsabilidad de la Administración Concedente.

- 3) Que en cuanto a las condiciones que se establecen para el Concesionario en la cláusula 8.3.1 del contrato, denominada Requisitos Técnicos Mínimos (RTM), referentes al diseño de las obras y los planes de mantenimiento, queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente la aprobación de las recomendaciones estándar internacionales para las obras marítimas y portuarias contenidas en la oferta del Concesionario. Asimismo, será responsabilidad de esa Administración exigir al Concesionario la utilización de esas recomendaciones estándar internacionales, entre otras, los códigos de diseño, referencias y estándares que se citan en el supracitado oficio No. DST-OF-1888-2011. Además, la Administración Concedente deberá asegurarse de que en el proceso de diseño y elaboración de los planes de mantenimiento, se utilicen las versiones más actualizadas de dicha normativa.
- 4) Que amado a lo anterior, será responsabilidad de la Administración Concedente verificar que las obras efectivamente se diseñen para una vida útil mínima de 60 años y que la probabilidad de falla durante la vida útil no sea superior al 10% tal como se establece en la cláusula 8.3.1 contractual, parámetros cuya determinación igualmente se deja bajo la responsabilidad de esa Administración.
- 5) Que en esa misma cláusula 8.3.1 se dispone que "En la eventualidad de que el inicio de la construcción de la TCM se demore por causas no imputables al concesionario y RECOPE se vea en la necesidad de realizar los trabajos de dragado capital del canal de acceso necesario para la operación de la Ampliación de Terminal Portuaria Petrolera del Atlántico (ATPPA), al concesionario de la TCM se le ajustarán las inversiones y los volúmenes a dragar, en el caso que sea procedente, y deberá realizar los trabajos de dragado adicionales y necesarios para su operación", lo que resulta consistente con lo dispuesto en la cláusula tercera del Convenio de Coordinación Interinstitucional suscrito entre JAPDEVA, RECOPE y el MOPT para la interacción y coordinación en el Complejo Portuario de Moín, aspecto cuyo cumplimiento se deja librado a la responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor<sup>19</sup>.
- 6) Que la recepción provisional del primer puesto de atraque de la fase 2A, regulada en la cláusula 8.5.1 del contrato, denominada Recepción Provisional, no generará derechos ni obligaciones para el Concesionario en términos de explotación de ese puesto de atraque, pues éstos surgen a partir de la recepción definitiva prevista en la cláusula 8.5.2, lo anterior según lo indica la Administración Concedente en el oficio No. DST-OF-1888-2011. En ese mismo sentido deberá estarse a lo indicado en el punto 7) del capítulo 4 del numeral IV del presente oficio.
- 7) Que en relación con la autorización para la puesta en servicio del primer puesto de atraque de la fase 2A, según se establece en la cláusula 8.5.2, denominada Recepción Definitiva y Orden de inicio de la etapa de Explotación, queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente verificar que las condiciones de operación sean razonables al momento de otorgar

009949

<sup>18</sup> Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>19</sup> Asimismo tómesese en consideración que la cláusula 12.8 punto 2) dispone que la Administración Concedente tendrá derecho al reequilibrio económico financiero del contrato "En el caso de que RECOPE o alguna institución del Estado realicen parte de las inversiones que son responsabilidad del Concesionario".

dicha autorización, lo cual se deberá hacer en concordancia con los planos y diseños finales aprobados para esta fase constructiva, en los cuales se deberá indicar el avance que deberán tener para entonces las actividades constructivas cruciales tales como el rompeolas, el dique de confinamiento, y el área de patios para las operaciones portuarias. En punto a este aspecto, se toma nota de lo indicado por la Administración Concedente en cuanto a que para la entrada en operación del primer puesto de atraque, "tanto el rompeolas y diques de confinamiento del relleno deberán estar concluido [sic] en la longitud establecida en la Fase 2A. Asimismo, el primer puesto de atraque en una longitud de 300 metros y el patio correspondiente para dichos puestos deberán estar concluido y operativo, todo de conformidad con los diseños finales que presente al Concesionario a la Administración Concedente para su aval"<sup>20</sup>, aspecto cuyo cumplimiento será resorte exclusivo de esa Administración.

- 8) *Que en relación con el párrafo final de la cláusula 8.5.2 de las explicaciones dadas por la Administración Concedente en el supracitado oficio No. DST-OF-1888-2011, se entiende que la Programación Semanal que realiza la Autoridad Portuaria, contempla tanto el uso del canal de acceso como de las terminales portuarias.*
- 9) *Que la razonabilidad de los plazos establecidos para efectuar la recepción provisional y recepción definitiva de las obras, así como la prórroga de los mismos, según lo establecido en las cláusulas 8.5.1 y 8.5.2, queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente. Asimismo, se indica que la prórroga es un recurso que deberá valorar la Administración si lo utiliza o no según sea la complejidad de los asuntos que deban ser verificados para la aprobación correspondiente. No obstante, se señala, adicionalmente, la obligación de la Administración Concedente de dar el seguimiento permanente a la ejecución de las obras, de tal manera que se garantice su correcta ejecución durante todo el proceso constructivo, y no quede para el final la revisión de éstas, en relación con la recepción provisional y definitiva.*
- 10) *Que se entiende que en relación con la cláusula 8.5.3 del contrato, denominada Inicio de operaciones de la Obra concesionada, al hacer referencia en el punto 2) a la cláusula 0 inciso 9), lo correcto es cláusula 4.1.1 mismo inciso, lo anterior con fundamento en el hecho de que se entiende que es un error material, por cuanto revisándose el contrato suscrito el 30 de agosto de 2011, lo señalado es justamente la cláusula 4.1.1 para la cual la Administración Concedente no ha indicado a esta Contraloría General modificación alguna.*
- 11) *Que con referencia al punto 1) de la citada cláusula 8.5.3, resulta de importancia reiterar las manifestaciones efectuadas por la firma concesionaria en el oficio sin número suscrito el día 21 de noviembre del año 2011, aportado como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, en el cual señala que "En cuanto a la pregunta No.13 de la Contraloría General, correspondiente al Capítulo 8 del Contrato, estamos de acuerdo con el enfoque de la respuesta prevista por el Consejo Nacional de Concesiones, en el sentido de que la obtención de la licencia ambiental señalada por el órgano contralor, está en la esfera de la responsabilidad del concesionario por lo que el deber de colaboración al que se hace mención en el texto citado por la Contraloría General no exime al concesionario del cumplimiento de sus obligaciones".*

## **CAPÍTULO 11. Del régimen económico, obligaciones y derechos financieros del Concesionario.**

<sup>20</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

- 1) *Que deberá entenderse que la administración temporal a la que se refiere el punto 1) de la cláusula 11.2.2.1 del contrato, denominada Procedimiento de Ejecución del Fideicomiso de Garantía, no releva al Concesionario de su responsabilidad de frente a la Administración Concedente, pues en el momento de implementar esa administración temporal no ha operado la cesión de los derechos y obligaciones del contratista.*
- 2) *Que en cuanto al tercero propuesto por el fiduciario para la mencionada administración temporal, de lo manifestado por la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, se entiende que aquella asegurará que independientemente que la sustitución del Concesionario sea parcial o total, en ningún caso podrá existir una desmejora en las condiciones técnicas requeridas originalmente al Concesionario.*
- 3) *Que será responsabilidad de la Administración Concedente verificar que el contrato de fideicomiso que llegue a constituir el Concesionario, regule el procedimiento de ejecución de la propiedad fideicometida en los casos de extinción del contrato por causas ajenas al Concesionario, por razones imputables a éste –incluyendo el incumplimiento de sus obligaciones con los acreedores del proyecto– y por eventos de fuerza mayor y caso fortuito. Aunado a lo anterior, igualmente será responsabilidad de esa Administración tomar las decisiones, implementar las medidas y realizar los análisis necesarios para vigilar que el esquema de fideicomiso que se llegue a constituir, se apegue estrictamente al contrato de concesión y al bloque de legalidad, aspectos que quedan sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General.*
- 4) *Que con relación al acuerdo directo que suscribirá la Administración Concedente con los acreedores del proyecto, cláusula 11.3 del contrato, esta Contraloría General entiende que el no suscribir dicho acuerdo no exime al Concesionario de sus obligaciones en materia de financiamiento y que la consecuencia para la Administración Concedente sería la desaplicación de un máximo de \$3 del total del descuento ofrecido por el Concesionario.*
- 5) *Que se entiende que en la página 64 del contrato suscrito el 13 de febrero de 2012, el título Metodología para la fijación de las tarifas corresponde a la cláusula 11.8.1; lo anterior se señala con fundamento en el hecho de que se entiende que la omisión del número de esta cláusula en la redacción de ese contrato es un error material, por cuanto revisando la versión firmada el 30 de agosto de 2011, sí tenía numeración para el tema señalado.*
- 6) *Que en referencia al párrafo cuarto de la cláusula 11.8.2 del contrato, denominada Sobre el cobro de tarifas máximas aprobadas por la ARESEP, se deberá tomar en cuenta que el alcance de las medidas adicionales ha sido detallado por las partes mediante el anexo 3 del contrato, asimismo deberá considerarse lo indicado por este Despacho en los puntos 1), 2) y 7) del capítulo 4, numeral IV del presente oficio.*
- 7) *Que en el numeral 1) del cuadro contenido en la citada cláusula 11.8.2 se deberá entender que el descuento de USD\$23 (veintitrés dólares americanos) por contenedor corresponde a USD\$3 (tres dólares americanos) por concepto de la medida de bancabilidad y USD\$20 (veinte dólares americanos) por las quince medidas adicionales.*
- 8) *Que en relación con la cláusula 11.8.3 del contrato, denominada Políticas Comerciales, se entiende que la participación de la Administración Concedente será en el sentido de ejecutar una verificación oportuna del comportamiento de los ingresos, así como de llevar a cabo las debidas labores de fiscalización a efecto de verificar que los descuentos y otras prácticas*

008847

comerciales implementadas implican una afectación positiva a los ingresos y que las tarifas fijadas como resultado no sean discriminatorias o no remunerativas.

- 9) *Que en lo que se refiere al término "tarifa máxima autorizada" indicado en la cláusula 11.8.4 del contrato, denominada Parámetros de medición de la calidad del servicio, se entiende que será la tarifa adjudicada de USD\$223 (doscientos veintitrés dólares americanos) por contenedor en el tanto opere la totalidad del descuento, o de hasta USD\$246 (doscientos cuarenta y seis dólares americanos) por contenedor en caso de desaplicarse el descuento<sup>21</sup>.*
- 10) *Que en cuanto a las medidas de remediación que se adopten en caso de incumplimiento reiterado de los parámetros de calidad, párrafo final de mencionada cláusula 11.8.4, según lo indicado por la Administración Concedente, se tiene que en caso de "no corregirse la situación por la vía del plan de remediación, el Concesionario seguirá expuesto a las multas y demás sanciones ya previstas en el Contrato por incumplir con los parámetros de calidad"<sup>22</sup>, así las cosas entiende este Despacho que aún con un plan de remediación implementado, la evaluación del cumplimiento de los parámetros de calidad se mantiene sin modificación, aspecto cuyo cumplimiento será responsabilidad de esa Administración.*
- 11) *Que en relación con el primer puesto de atraque de la fase 2A, en el período de tres meses que la Administración Concedente ha denominado periodo inicial de entrenamiento, el servicio suministrado por el Concesionario deberá guardar estándares mínimos de calidad, aspecto cuya verificación de cumplimiento será responsabilidad de la Administración Concedente.*
- 12) *Que en relación a la cláusula 11.14 denominada "Fideicomiso para los cánones de fiscalización de la concesión, seguros, reserva de inversión de fase 3 y contribución para el desarrollo socio-económico", los contratos de fideicomiso que lleguen a suscribirse no deberán someterse al trámite del refrendo contralor, en el tanto los recursos que les sean aportados provengan exclusivamente de fondos privados<sup>23</sup>. Aunado a lo anterior, será responsabilidad de la Administración Concedente realizar los análisis pertinentes para verificar que el esquema de fideicomiso que constituya el Concesionario, se apegue estrictamente al contrato de concesión y al bloque de legalidad, aspectos que quedan sujetos a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General.*
- 13) *Que en cuanto al canon de fiscalización para cada una de las fases de construcción, regulado en la cláusula 11.14.1.1 del contrato, su cobro se realizará de acuerdo con las reglas contractuales, a partir de la orden de inicio de construcción de la Fase 2A y así sucesivamente para cada una de las fases.*
- 14) *Que aunado a lo anterior, en lo que se refiere al canon de fiscalización para la fase de explotación, canon por la explotación de la concesión así como contribución para el desarrollo regional, regulados en las cláusulas 11.14.1.2, 11.14.2 y 11.14.3 del contrato, su*

009946

<sup>21</sup> En punto a este aspecto, mediante nota de fecha 21 de noviembre de 2011, aportada durante el trámite de refrendo, como parte del Anexo 1 del oficio DST-OF-1888-2011, el Concesionario manifiesta que "la "tarifa máxima actualizada" a la que se hace referencia, es la tarifa que se adjudicó, que incorpora el descuento ofertado, en el entendido de que los descuentos pueden desaplicarse por incumplimiento de la Administración, y por lo tanto la tarifa podrá retornar a los términos de la oferta original".

<sup>22</sup> Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>23</sup> Al respecto ver el oficio No. 01634 (DCA-0370), de fecha 20 de febrero de 2012, emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República.

*cobro empezará a realizarse de acuerdo con las reglas contractuales, a partir de la orden de inicio de operación del primer puesto de atraque de la fase 2A.*

- 15) *Que la Administración Concedente, a través de las personas responsables de la ejecución y fiscalización de este contrato, sean diligentes de manera que se dé especial énfasis y atención en lograr el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por ella para mantener la tarifa de USD\$223,00 (doscientos veintitrés dólares americanos) por contenedor estipulada en el contrato.*
- 16) *Que siendo que el cartel definitivo establece que el Plan de Construcción<sup>24</sup> contempla la obligación de realizar varias fases constructivas a lo largo del plazo de la concesión y que a su vez ese mismo pliego cartelario, señala que la estructura tarifaria aprobada por ARESEP considera el "Monto de las inversiones a realizar en el proyecto durante todo el periodo de la concesión"<sup>25</sup>, entiende este Despacho que tanto la estructura tarifaria elaborada por la Administración Concedente y que contó con criterio técnico positivo de la ARESEP, así como la oferta económica del concesionario, contemplan una estructura de tarifas para todo el plazo de la concesión –salvo la indexación regulada– que permite al Concesionario recuperar las inversiones de todas las fases constructivas. Así las cosas, esa Administración deberá determinar cuál es la porción de las tarifas destinada a la amortización de las inversiones de cada una de las fases que contempla el proyecto, así como implementar los controles necesarios que le permitan contar con información oportuna y suficiente para determinar el saldo amortizado y no amortizado de las inversiones según cada fase constructiva. Lo anterior deberá cumplirse de previo a emitir la orden de inicio de construcción de la fase 2 A.*

**CAPÍTULO 12. Del mantenimiento de equilibrio económico-financiero del contrato y su renegociación.**

- 1) *Que sobre los eventos onerosos que se definen en la cláusula 12.5 del contrato, la Administración Concedente señala que "dependiendo del tipo de evento oneroso de que se trate, puede ser que no solo incida negativamente en el equilibrio económico financiero, sino que a su vez constituya, tal y como la definición lo expone, una causa de imposibilidad de ejecución del contrato, ya sea temporal o permanente"<sup>26</sup>, regulándose la primera situación en la cláusula contractual 12.2 y la segunda en las cláusulas 18.2.1 y 18.3.1 del contrato. Asimismo, indica que la medida contractual que se adopte dependerá del tipo de evento del que se trate, razón por la cual se deja bajo responsabilidad exclusiva de la Administración Concedente, la valoración de cada caso en concreto, acreditando en el expediente administrativo la decisión debidamente motivada que se adopte, todo lo cual estará sujeto a las potestades de fiscalización posterior de este órgano contralor.*

*Aunado a lo anterior, la Administración Concedente señala que "corresponde al concesionario hacer la reclamación o aviso correspondiente, con la debida fundamentación"<sup>27</sup>, aspecto cuya verificación de cumplimiento igualmente se deja bajo responsabilidad de esa Administración Concedente.*

000045

<sup>24</sup> Cláusula 4.10.2 de la primera parte del cartel definitivo y cláusula 8.3 de la segunda parte de ese mismo cartel.

<sup>25</sup> Cláusula 11.7.1 de la segunda parte del cartel definitivo.

<sup>26</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

<sup>27</sup> Ibid.

- 2) *Que en cuanto a lo dispuesto en el inciso d)<sup>28</sup> de la citada cláusula 12.5 y su relación con las 15 medidas a las cuales se comprometió la Administración Concedente, se toma nota de lo indicado por ésta en cuanto a que la obligación que se adquiere es "colaborar en la obtención de los permisos, pero si de ella no depende otorgarlos, si la autoridad competente se atrasa arbitrariamente (más allá de los plazos previstos en el ordenamiento jurídico y sin justificación alguna) eso tampoco puede ser imputable a la Administración Concedente, siempre que ésta haya brindado la colaboración esperada"<sup>29</sup>, aspecto que deberá ser tomado en consideración por esa Administración Concedente durante la ejecución contractual.*
- 3) *Que respecto de la cláusula 12.8 del contrato, denominada Derecho de la Administración Concedente a restablecer el equilibrio económico del contrato, deberá tomarse en consideración lo indicado en el punto 9) del capítulo 4, punto 6) del capítulo 6 y punto 5) del capítulo 8 del numeral IV del presente oficio.*

### **CAPÍTULO 13. De las subcontrataciones.**

- 1) *Que en la cláusula 13.1 del contrato, denominada Subcontrataciones, con respecto al régimen de prohibiciones, además del artículo 22 de la Ley de Contratación Administrativa, se deberá considerar lo dispuesto en los artículos 22 bis y 23 de ese mismo instrumento normativo, lo mismo que la normativa reglamentaria atinente.*
- 2) *Que en cuanto a la cláusula 13.5 del contrato, denominada De la obligación de informar a la Administración Concedente, es preciso señalar que en caso que el Concesionario resolviese alguno de los contratos que sostiene con sus subcontratistas y decida asumir directamente la ejecución de las actividades subcontratadas inicialmente, para esos efectos deberá cumplir indispensablemente con la capacidad técnica necesaria para llevar a cabo dicha actividad, de conformidad con lo que dispone el presente contrato, así como los documentos que lo conforman.*

009944

### **CAPÍTULO 14. Régimen de control y régimen sancionador de la concesión.**

- 1) *Que en cuanto a la cláusula 14.2.8 del contrato, referida a los registros contables del Concesionario, será responsabilidad de la Administración Concedente establecer sus requerimientos de información en materia contable para el ejercicio de sus funciones de control, los cuales deberán ser comunicados oportunamente al Concesionario. Asimismo, corresponderá a esa Administración verificar que el Concesionario cumpla con sus obligaciones en esta materia.*
- 2) *Que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 14.3.2.1 del contrato, denominada "Incumplimiento", los incumplimientos de la Administración Concedente se configuran de conformidad con lo señalado en ese numeral; lo anterior sin perjuicio de adicionar que en el tema de la medida de bancabilidad y las quince medidas adicionales ya mencionadas, los dimensionamientos en cuanto al incumplimiento se complementan con lo explicado por esa Administración en el oficio DST-OF-1888-2011, folio 112 punto 5.*

<sup>28</sup> Que reconoce como evento oneroso las "Demoras o negación en la obtención o entrega de permisos, siempre y cuando el Concesionario haya actuado en forma diligente y la causa de tal demora o negación no sea imputable a la Sociedad Concesionaria".

<sup>29</sup> Oficio DST-OF-1888-2011, de fecha 30 de noviembre de 2011, suscrito por el Secretario Técnico ai del Consejo Nacional de Concesiones.

- 3) *Que la razonabilidad del plazo dispuesto en la cláusula 14.3.7 del contrato, para que la Administración Concedente notifique al Concesionario la forma y plazo en que remediará o curará los incumplimientos imputables a ella, se deja bajo resorte exclusivo de esa Administración Concedente.*
- 4) *Que la Administración Concedente se encuentra obligada a realizar las acciones oportunas y suficientes a efectos de constituir la Unidad Ejecutora y la Unidad de Fiscalización previstas como parte del régimen de control de la concesión, así como dotarla de los recursos materiales y humanos que resulten idóneos para la naturaleza de sus funciones, según corresponda a la etapa de construcción y/o explotación de que se trate. En igual sentido deberá procederse en lo que se refiere a la contratación de la Unidad de Soporte que según indica la Administración Concedente será contratada "a través de la Unidad Ejecutora como apoyo para la supervisión de los diseños y construcción de la fase 2 AC"<sup>30</sup>. Lo anterior, implica que durante la etapa de aprobación de diseños la Administración Concedente cuente con los profesionales necesarios para hacer las valoraciones pertinentes en materia ambiental.*

009943

### CAPÍTULO 15. De los informes.

- 1) *Que en lo referente a los distintos informes –mensuales, semestrales, anuales u otros–, que emita la Sociedad Concesionaria durante las fases de construcción o bien de explotación según corresponda, se advierte que dichos documentos deberán ser claros, precisos, detallados y completos, respecto de la situación o aspecto por el cual se emiten. Lo anterior, a efecto de que sean herramientas e insumos de calidad a partir de los cuales la Administración Concedente realice el seguimiento a la ejecución contractual desde la óptica de la supervisión, inspección y la fiscalización de las labores y servicios prestados por la Concesionaria.*
- 2) *Que en relación con la cláusula 15.6.2 del contrato, denominada "Informes Semestrales", este Despacho entiende que el plazo de 30 días naturales con que cuenta el Concesionario para rendir y presentar el primer informe al Gerente de Proyecto, comienza a contarse a partir de la finalización del semestre siguiente a la notificación de la orden de inicio de la etapa de explotación. Lo anterior, toda vez que en el mencionado oficio No. DST-OF-1888-2011 la Administración Concedente indicó: "... siendo que el texto de la cláusula 15.6.2 expresamente dice que el informe "deberá ser presentado dentro de los treinta (30) primeros días naturales del semestre siguiente al informado. De manera que consideramos que está absolutamente claro el informe debe presentarse dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento del primer semestre de la etapa de explotación".*
- 3) *Que en cuanto a la cláusula 15.6.4.5 del contrato, denominada "Plan de Seguridad portuaria de la Terminal de Contenedores de Moín y Plan de Atención de Emergencias", este Despacho entiende que los efectos o consecuencias de la no aceptación por parte de la Administración Concedente de los planes presentados por el Concesionario, dependerán de la causa en concreto que origina la improbación. Lo anterior, según fue manifestado por esa Administración en el oficio No. DST-OF-1888-2011, en el cual señaló: "En relación con esta inquietud, es difícil anticipar las razones por las cuáles la Administración puede no aprobar los citados planes o por las que el concesionario podría resistirse a implementar los ajustes que se le requieran. De la naturaleza de esas razones dependerá el paso a seguir. Puede decirse que en casos extremos, la Administración deberá evaluar si se está ante un incumplimiento contractual, determinar su gravedad y adoptar las medidas sancionadores [sic] según el contrato. Pero también el concesionario podría en un caso extremos [sic] disputar ese tipo de medidas por las vías contractualmente previstas para la resolución de*

<sup>30</sup> Informe adjunto al oficio DST-OF-179-2012, de fecha 13 de febrero de 2012, suscrito por el Secretario Técnico a.i del Consejo Nacional de Concesiones.

conflictos". En consecuencia, en una eventual improbación de los citados planes queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente determinar las consecuencias de tal situación, lo cual deberá quedar debidamente documentado en el expediente administrativo.

### CAPÍTULO 16. Aspectos Fiscales.

- 1) *Que con referencia a la cláusula 16.3.2 del contrato, denominada Aceptación de los bienes a ser exonerados y/o importados temporalmente, tratándose del listado de bienes a ser exonerados, se deberá entender que el Concesionario es quien determina la necesidad del equipo. La aprobación que realiza la Administración, tal y como se dispone en el punto 9 de la cláusula 5.2.2 es una recomendación que se emite cuando ésta compruebe que efectivamente los bienes están relacionados directamente con la Concesión, puesto que la autorización final le corresponde al Ministerio de Hacienda.*
- 2) *Que de conformidad con las medidas ofrecidas por el Concesionario mediante documento del 19 de enero de 2011 y aceptadas por parte de la Administración Concedente, según se observa en la cláusula 4.1.1 Obligaciones generales, punto 8), Anexo 3 del contrato, Alcances de las medidas adicionales, medida 6) y cláusula 5.2.2 Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción, punto 9), se deberá entender que en materia tributaria, propiamente en cuanto a la importación de bienes, se debe utilizar indispensablemente el trámite definido normativamente para esos efectos.*
- 3) *Que considerando lo dispuesto por este órgano contralor en el informe de fiscalización DFOE-OP-IF-1-2010, en cuanto al tema de exoneraciones resulta de importancia destacar que la Administración Concedente establezca procedimientos adecuados para el trámite de la importación temporal de maquinaria, así como para el control del uso y destino de los bienes que ingresen al país bajo dicho régimen aduanero.*

*Para ello, resulta imprescindible que se cuenten con sistemas de información que registren de manera adecuada el proceso de recomendación y ejecución del beneficio tributario otorgado mediante la importación temporal de maquinaria, así como las condiciones bajo las cuales se dio la aprobación. Lo cual debe ser complementado con un efectivo archivo documental de todas las acciones que se realicen dentro del trámite, con el fin de garantizar que se tenga conocimiento y control de las recomendaciones de importación temporal emitidas y las que finalmente se hicieron efectivas por parte del Concesionario.*

*En ese sentido, corresponde a la Administración Concedente tomar las medidas pertinentes para contar con un registro histórico que contemple la información relacionada con la cantidad y tipo de maquinaria que ingresa temporalmente al país para el proyecto, la fecha de ingreso al proyecto de cada maquinaria, los plazos de vigencia de las importaciones temporales aprobadas por la autoridad competente y demás datos relevantes, de manera tal que permitan tener certeza sobre el plazo de permanencia de la maquinaria en el país y que ésta fue utilizada en el proyecto de mallas por el tiempo autorizado por la instancia competente.*

### CAPÍTULO 17. De los seguros.

- 1) *Que en cuanto a la determinación del valor de reposición de la infraestructura existente que se observa en la cláusula 17.19 del contrato, será obligación de la Administración Concedente velar por el hecho de que los seguros que se suscriban cubran la prestación del servicio y que el Concesionario como tomador de la póliza mantenga ese monto actualizado.*

*En ese mismo orden de ideas queda bajo exclusiva responsabilidad de la Administración la manifestación hecha en el sentido de que: "...Además la determinación del valor no*

009942

corresponde establecerse en este contrato sino que lo establece la aseguradora en su contrato de adhesión, tal y como se desprende de las condiciones generales de la póliza aportada "Incendio Todo Riesgo" del INS, artículo 50 tasación que con la emisión de la nueva Ley No. 8956 se sustituiría por el artículo 73 de la misma ...".

- 2) *Que con relación al plazo regulado en la cláusula 17.21 del contrato, denominada Cobertura por Interrupción de Negocios, la Administración Concedente será responsable de que el plazo por el que finalmente se suscriba la póliza de interrupción de negocios sea el que mejor proteja sus intereses, a efecto de reducir la posibilidad de una solicitud de reequilibrio contractual de conformidad con las reglas previstas en el capítulo 12.*
- 3) *Que aunado a lo indicado en el punto anterior, en caso que la interrupción por eventos de fuerza mayor o caso fortuito persista más allá del plazo que fije la póliza, para efectos de eventuales reclamaciones de nivelación de la ecuación financiera del contrato, deberán aplicarse las reglas de equilibrio económico financiero estipuladas en la cláusula 6.4.2, denominada "Riesgos por eventos de caso fortuito y fuerza mayor" y en el capítulo 12 del contrato.*

**CAPÍTULO 18. De la cesión de derechos y obligaciones, suspensión y terminación del contrato.**

- 1) *Que en cuanto a la cláusula 18.3.1 punto 6) en relación con la cláusula 17.21, ambas del contrato, la Administración Concedente indica que "Debe quedar claro que al finalizar la cobertura de interrupción de negocios el Concesionario podría hacer dos cosas: la primera, es solicitar un reequilibrio contractual para lo que se debe acreditar la existencia de afectaciones no atendidas por la cobertura de interrupción de negocios; la segunda sería solicitar la terminación anticipada del contrato a la Administración Concedente, esto último en caso de que la continuidad del contrato no resulte posible en iguales o similares condiciones". En consecuencia, será responsabilidad de la Administración Concedente tomar la decisión que corresponda en función de las circunstancias que lleguen a presentarse en la ejecución del contrato, misma que deberá quedar debidamente motivada y acreditada en el expediente administrativo.*
- 2) *Que en cuanto a la frase "salvo pacto en contrario" contenida en la cláusula 18.3.3.1 del contrato, denominada Indemnización como efecto de la extinción por causas ajenas al Concesionario, se deberá entender que las partes podrían acordar una reducción en el alcance de la respectiva indemnización pero no sería factible incrementarla más allá de los extremos regulados en dicha cláusula, aspecto cuyo cumplimiento queda bajo responsabilidad de la Administración Concedente.*
- 3) *Que en lo que se refiere a la cláusula 18.3.3.3 del contrato, denominada Indemnización como efecto de la extinción del Contrato por Eventos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, se tiene que, según indica la Administración Concedente en el informe adjunto al oficio No. DST-OF-179-2012, los extremos indemnizables no incluyen el reconocimiento de lucro cesante, aspecto cuyo cumplimiento se deja bajo la responsabilidad de esa Administración Concedente.*
- 4) *Que con respecto a la cláusula 18.3.6 del contrato, denominada Extinción de la Concesión frente a los acreedores, párrafo tercero, se deberá entender la misma al tenor de lo establecido literalmente en el inciso cinco del artículo 68 de la Ley General de Concesión de Obras con Servicios Públicos.*

009941

De los plazos estipulados en el clausulado del contrato.

- 1) *Que se deja bajo exclusiva responsabilidad de la Administración Concedente las modificaciones contractuales efectuadas con respecto a los plazos de ciertas actuaciones que le corresponde realizar tanto a esa Administración como a la Sociedad Concesionaria, según se indica en las explicaciones que constan en la respuesta aportada a este órgano contralor mediante oficio DST-OF-1888-2011."*

Ahora bien, el Capítulo 5 del Contrato de Concesión establece que es a partir de la notificación al Concesionario por parte de la Administración Concedente que se inician los deberes y obligaciones regulados en el contrato de concesión como se indica a continuación:

### **5.1 VIGENCIA, INICIO Y PLAZO DE LA CONCESIÓN**

Los derechos y obligaciones regidos por el Contrato entrarán en vigencia a partir de la notificación al Concesionario por parte de la Administración Concedente del refrendo del Contrato de Concesión por parte de la Contraloría General de la República y el plazo de la Concesión empezará a contarse a partir de la fecha indicada en la Orden de Inicio de la Construcción de la fase 2 A, debidamente notificada al Concesionario por parte de la Administración Concedente.

### **5.2 PLAZO DEL PERIODO DE TRANSICIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PRECEDENTES A LA ORDEN DE INICIO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS**

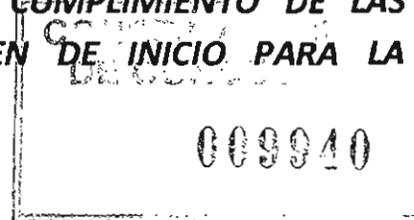
#### **5.2.1 Plazo del período de transición.**

El plazo máximo definido para este período será de dieciocho (18) meses a partir del día hábil siguiente de la notificación al Concesionario por parte de la Administración Concedente, del refrendo del Contrato por la Contraloría General de la República.

Las partes conservan la posibilidad de reducir este plazo, si con anterioridad a su vencimiento, se cumplen todas las Condiciones Previas a la Orden de Inicio.

En caso de darse una causal ajena y no imputable al concesionario que le impida cumplir con las condiciones previas para la emisión de la orden de inicio en el plazo de dieciocho meses, así deberá comunicarlo a la Administración Concedente dentro de los cinco (5) días hábiles posteriores al conocimiento del hecho que imposibilita el cumplimiento, justificando con las pruebas del caso, las razones por las cuales se solicita la suspensión al período de transición. En caso de darse la suspensión, será hasta que sea superada la causal que impidió el cumplimiento que originó la suspensión del período de transición.

A más tardar treinta (30) días naturales, contados a partir de la fecha en que inicia el período de transición, el Concesionario deberá presentarle a la Administración Concedente, para su correspondiente aprobación, dentro de un plazo de 10 días hábiles el cronograma de trabajo para el desarrollo de las actividades relacionadas con las condiciones precedentes, definidas en la cláusula siguiente.



### 5.2.2 Condiciones precedentes a la orden de inicio de construcción

La Administración Concedente dará la Orden de Inicio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que haya comprobado, a su satisfacción que tanto ella como el Concesionario, según corresponda, han cumplido con las siguientes Condiciones Precedentes:

- 1) Constitución de los fideicomisos para los ingresos de la Explotación de la concesión que le correspondan a la Administración por concepto de canon de explotación de la concesión, canon de fiscalización, seguros de la Concesión.
- 2) Aprobación por parte de la Administración Concedente de la lista de vehículos, maquinaria, equipos, materiales y otros bienes, que el Concesionario se proponga utilizar para la ejecución de este contrato.
- 3) Tener aprobación de la Administración Concedente, del diseño y los planos constructivos, así como de, las especificaciones técnicas y el plan de ejecución, los cuales aprobará conforme a los requerimientos técnicos de este Contrato según lo establecido en el apartado 5.3.1. Una vez que se cuente con esta aprobación de la Administración Concedente, los planos serán presentados para su aprobación ante el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos, órgano competente para ello.
- 4) Aprobación por parte de las autoridades competentes de los permisos que debe tramitar el Concesionario para el inicio de la construcción de las obras.
- 5) El Concesionario deberá contar con las pólizas de seguros de Todo Riesgo Construcción y Montaje y de Responsabilidad Civil por daños a Terceros, suscritos y vigentes, de conformidad con lo indicado en el Capítulo 17 de este Contrato, según las condiciones generales revisadas y no objetadas por la Administración Concedente. Cualquier modificación a los términos y condiciones de estas pólizas requerirán de la aprobación previa y por escrito de la Administración Concedente.
- 6) El Concesionario deberá acreditar su aporte patrimonial ante la Administración Concedente, mediante una certificación emitida por una institución financiera, que señale que existen recursos disponibles que respalden la inversión que ofreció en su oferta, sean de propiedad del Concesionario o de su Empresa Matriz o Controlante. En este segundo caso, la Matriz o Controlante deberá también ratificar ante Notario Público el compromiso de responsabilidad financiera.
- 7) Certificación de las condiciones principales del Contrato de Préstamo formalizado por el Concesionario con los acreedores que aportarán el financiamiento para la fase 2 A. Incluyendo el monto total financiado, los intereses, el plazo de gracia, los fondos de reserva, las garantías requeridas, así como cualquier condición a los desembolsos del proyecto. La certificación debe ser emitida directamente por el acreedor.
- 8) Garantía de Construcción correspondiente a la etapa posterior a la Orden de Inicio, de conformidad con la cláusula 7.11 de este Contrato.
- 9) La Administración Concedente deberá recomendar el otorgamiento de la Autorización de Importación Temporal para la maquinaria y equipo que pretenda ingresar al país el Concesionario para efectos de esta Concesión. No obstante, para ello esta maquinaria y/o equipo debió ser previamente aprobada por la Administración Concedente y será el Concesionario el responsable de remitir la

documentación requerida para este régimen, con al menos dos meses de antelación a la fecha en que el concesionario tenga previsto utilizar el equipo. La Administración deberá colaborar con el Concesionario en el trámite de exoneración de impuestos e importación temporal, para lo cual deberá coadyuvar en la coordinación con el Ministerio de Hacienda.

- 10) El Concesionario deberá contar con la aprobación, por parte del Ministerio de Hacienda, para la exención de impuestos y correspondiente permiso de importación temporal.
- 11) La Administración Concedente tiene la obligación de tener habilitado el nuevo acceso vial para comunicar la ruta nacional No. 32 con la entrada al área de la concesión.

De previo a la orden de inicio de la construcción de la fase 2 A dicho acceso vial deberá ser de dos carriles de base lastrada, con capacidad de soportar tránsito pesado.

De previo a la orden de inicio de la explotación del primer puesto de la fase 2 A, la Administración Concedente deberá haber terminado el acceso a la Terminal. Este acceso deberá ser al menos a dos vías, estar debidamente pavimentado y señalado.

La Administración Concedente de previo a la operación de los dos puestos de atraque de la fase 2 A, deberá haber terminado el acceso a la Terminal de Contenedores a cuatro carriles, que deberán estar debidamente pavimentados y señalizados.

- 12) La Administración Concedente se compromete a proporcionar durante el período de construcción de cada una de las fases, diez hectáreas para el área de trabajo, que cuente con acceso al mar y acceso vial adecuado.
- 13) Obtención de la Viabilidad ambiental definitiva, suscripción de la Garantía Ambiental requerida por SETENA, habilitación de la bitácora ambiental, declaración de compromisos ambientales, nombramiento de un regente ambiental, así como cualquier otro requerimiento de la autoridad ambiental de conformidad con la resolución que emita la SETENA.

### **5.3 REQUISITOS A CUMPLIR POR EL CONCESIONARIO PARA EL INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL PROYECTO**

El Concesionario iniciará la construcción de las obras del proyecto, conforme al programa de trabajo final aprobado por la Administración y que haya cumplido, a satisfacción de la Administración Concedente, con los requisitos que se describen en los puntos siguientes. Estas actividades las debe realizar el concesionario durante el período de transición.

El Concesionario deberá presentar a la Administración Concedente el Plan Definitivo de Ejecución de las Obras para su aprobación dentro de los treinta días naturales posteriores a la presentación de la totalidad de los Diseños y Planos definitivos y las especificaciones técnicas. El programa deberá cumplir con lo establecido en las bases técnicas del Contrato y sus anexos.

009938

#### **5.3.1 Estudios técnicos, planos y permisos definitivos**

El Concesionario deberá elaborar todos los estudios técnicos y planos de detalle para la construcción que se requieran, tanto de las obras principales, como de las conexas que forman parte del proyecto, tal y como se

solicita en las Bases Técnicas del Contrato y deben cumplir con las normas, especificaciones técnicas y demás disposiciones allí contenidas.

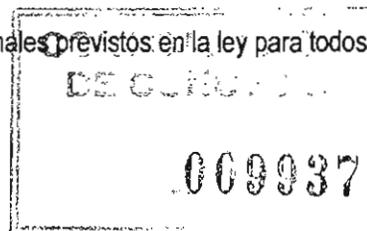
Todos los estudios técnicos y planos constructivos finales deberán ser presentados ante la Administración Concedente para su aprobación dentro de los quince primeros meses del plazo indicado en la Cláusula 5.2.1.

Una vez presentados los planos por parte del Concesionario, la Administración contará con un plazo de cuarenta y cinco (45) días naturales para su revisión, el cual podrá ser prorrogado en un plazo de diez (10) días naturales adicionales y por una única vez. En caso de que sea necesaria alguna modificación en los estudios técnicos y planos constructivos, la Administración le indicará al Concesionario el plazo dentro del cual deberá cumplir con los requerimientos de la Administración.

Los planos que cuenten con la aprobación de la Administración Concedente deberán obtener posteriormente los respectivos permisos de todas las instituciones competentes.

La Administración Concedente colaborará con el Concesionario, según se requiera, con el fin de lograr un ágil proceso de aprobación de los permisos y autorizaciones necesarios ante todas las instituciones competentes antes de darse la Orden de Inicio de Construcción.

El programa de trabajo del Concesionario deberá prever los plazos normales previstos en la ley para todos los trámites que serán necesarios.



### **5.3.2 Personal Clave del Concesionario**

El Concesionario deberá presentar para el conocimiento de la Administración Concedente un informe, donde se establezca el personal clave y su correspondiente perfil profesional para la ejecución de las obras y debe indicar, mediante una carta de compromiso, que dicho personal, se encuentra contratado y disponible, sea directamente o través de los subcontratistas, para iniciar labores a partir de la Orden de Inicio de la construcción de la fase 2 A. Esta información se presentará una vez presentado el diseño detallado.

### **5.3.1 Licencia de Viabilidad Ambiental**

Con base en la resolución que otorgó la viabilidad potencial ambiental al proyecto, el Concesionario se encuentra obligado a obtener de la SETENA la resolución que le otorgue la viabilidad ambiental definitiva para la nueva terminal de contenedores.

### **5.3.4 Plan de Autocontrol de Calidad de las Obras**

Con la finalidad de asegurar la calidad de la construcción de todas las obras que conforman la Concesión, el Concesionario deberá implementar un Plan de Autocontrol, el cual deberá ser presentado a la Administración Concedente antes de la conclusión del decimosexto mes del período de transición.

Deberán presentarse la descripción y definición de los procedimientos de controles y ensayos, indicando tipo y cantidad a realizar y las exigencias técnicas en relación con las obras.

Este plan de autocontrol como mínimo debe incluir: plan de provisión de materiales, productos y suministros, plan de recepción de compras, plan de acopio de materiales, plan de inspecciones y ensayos en el proceso constructivo, plan de controles, plan de seguridad laboral y plan de implementación de las medidas de

mitigación ambiental. El Plan de autocontrol deberá ser aprobado por parte de la Administración Concedente dentro de los cuarenta y cinco días naturales posteriores a su presentación, plazo que no podrá ser prorrogado.

#### **5.4 PLAZO PARA OTORGAR LA ORDEN DE INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2ª**

La Administración Concedente emitirá la Orden de Inicio de la Construcción dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que verifique que se han cumplido con todas las condiciones precedentes y con todos los requisitos establecidos para el Período de Transición.

Para estos efectos, el Concesionario deberá entregar prueba del cumplimiento de cada condición precedente diez (10) días hábiles después de que ésta se cumpla y no esperará hasta el final para entregar la prueba de que todas las Condiciones Precedentes se han cumplido.

#### **5.5 ATRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES PRECEDENTES A LA ORDEN DE INICIO**

El atraso imputable al Concesionario para cumplir con los requisitos previos y solicitar la Orden de Inicio a la Administración Concedente, dará lugar a las sanciones establecidas en el CAPÍTULO 14 del Contrato y la Administración Concedente podrá resolver el Contrato.

En caso que el Concesionario demuestre que, pese a su debida diligencia y satisfacción de los requisitos legales, el atraso no le es imputable, por razones de un Evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, o por causas o incumplimientos de la Administración Concedente, ésta, previa resolución razonada que así lo establezca, suspenderá el plazo establecido para cumplir con la condición precedente que se trate, por todo el tiempo en que se mantenga la causa que imposibilita el cumplimiento de las Condiciones Precedentes o que dificulta o atrasa el cierre financiero, salvo que las partes encuentren una solución alternativa que evite el atraso.

En caso de existir discrepancia entre el Concesionario y la Administración Concedente con respecto al efectivo cumplimiento de las condiciones precedentes a la Orden de Inicio, se seguirá un procedimiento administrativo sumario, de conformidad con el libro segundo de la LGAP. Si a juicio de la Administración Concedente la discrepancia pudiere ocasionar la resolución del Contrato, se seguirá un procedimiento administrativo ordinario, de conformidad con el libro segundo de la LGAP.

El Concesionario, por razones muy justificadas, podrá solicitar una suspensión del plazo del Período de Transición si considera que pese a su debida diligencia, por razones ajenas a su voluntad y actividad, alguna de las situaciones que se señalan a continuación le ha imposibilitado cumplir con alguna de las condiciones precedentes en el plazo máximo previsto en el Contrato. Para que proceda esta solicitud, la misma deberá realizarse antes de que venza el período de transición, presentando prueba contundente de que el atraso ha sido originado por causas fuera de su control. La Administración Concedente valorará las justificaciones del Concesionario y le dará respuesta dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

Las siguientes situaciones se considerarán causas que, por no ser imputables al Concesionario, suspenderán, de acuerdo con el procedimiento anterior, el plazo del Período de Transición:

- 1) El atraso o incumplimiento de la Administración Concedente en el otorgamiento en firme de permisos, autorizaciones, visados, licencias y aprobaciones que deba otorgar la Administración Concedente o cualquier otro órgano o entidad pública y que impidan al Concesionario cumplir con las condiciones precedentes, siempre y cuando el Concesionario haya cumplido con todos los requisitos legales y técnicos para tales propósitos.
- 2) El atraso o incumplimiento de la Administración Concedente para brindar la información que le sea requerida por las entidades financieras que financiarán el proyecto, directamente o a través del Concesionario, que obstaculice, dificulte o atrase la tramitación de los convenios de préstamo con tales entidades financieras.
- 3) El atraso en la obtención del cierre financiero, producido por causas no atribuibles al Concesionario. La entidad financiera con quien el Concesionario tramite el crédito, deberá certificar que el atraso en el cierre financiero no es atribuible al Concesionario. No obstante esta certificación, la Administración valorará en todos los casos que el atraso obedezca a una causa no atribuible al Concesionario.

En caso de que se presente o verifique alguna de las causas referidas anteriormente, el plazo del período de transición se suspenderá por todo el tiempo en que los permisos, aprobaciones, licencias o demás actos administrativos necesarios, no sean emitidos o se mantenga la causa que le imposibilita al Concesionario el cumplimiento de las condiciones precedentes y se reactivará, una vez que desaparezca esa causa. En este caso, la Administración Concedente postergará la emisión de la Orden de Inicio, hasta el momento en que haya verificado que el Concesionario ha cumplido con las condiciones precedentes que se encuentren pendientes de trámite o aprobación.

## **5.6 PLAZO MÁXIMO PARA INICIAR LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2 A**

Las obras de construcción de la fase 2 A deberán iniciarse, según los términos de este Contrato, una vez cumplidas las Condiciones Precedentes y obtenida la respectiva Orden de Inicio de Construcción por parte de la Administración Concedente, a más tardar en un plazo de treinta (30) días naturales.

009935

## **5.7 PLAZO DE LA CONCESIÓN**

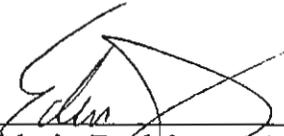
El plazo máximo de la Concesión es de treinta y tres años (33) años, contados a partir de la fecha indicada en la Orden de Inicio de la Construcción de la fase 2 A.

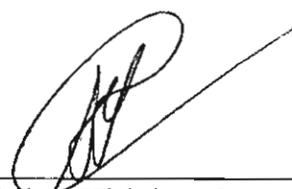
De ese plazo, tres años (3) como máximo, corresponden a la construcción de dos puestos de atraque de 300 metros de la Fase 2 A. Es entendido que la explotación de la obra se podrá dar paulatinamente antes de los tres años indicados, conforme se vayan construyendo los puestos de atraque, y existan las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

La construcción del tercer puesto de atraque (fase 2 B.1) será realizada dentro de un plazo de 24 meses calculado desde su inicio, y la fase 2 B.2 que corresponde a un adelanto de la fase 3 dentro de un plazo de 12 meses desde su inicio. Finalmente, el tiempo para iniciar y concluir la construcción

La presente Orden de Inicio tendrá validez, a partir del día siguiente a su notificación.

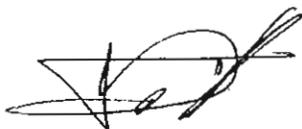
San José 17 de abril del 2012

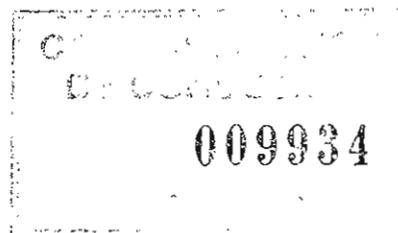
  
Edwin Rodríguez Aguilera  
**Secretario Técnico**  
**Consejo Nacional de Concesiones**

  
Allan Hidalgo Campos  
**Presidente Ejecutivo**  
**JAPDEVA**

**Recibido conforme:**

\_\_\_\_\_  
**Paul Jonathan Gallie**  
**Apoderado**  
**APM Terminals Moín S.A.**





La construcción del tercer puesto de atraque (fase 2 B.1) será realizada dentro de un plazo de 24 meses calculado desde su inicio, y la fase 2 B.2 que corresponde a un adelante de la fase 3 dentro de un plazo de 12 meses desde su inicio. Finalmente, el tiempo para iniciar y concluir la construcción

La presente Orden de Inicio tendrá validez, a partir del día siguiente a su notificación.

San José 17 de abril del 2012

  
Edwin Rodríguez Aguilera  
**Secretario Técnico**  
**Consejo Nacional de Concesiones**

  
Allan Hidalgo Campos  
**Presidente Ejecutivo**  
**JAPDEVA**

Recibido conforme: 17.04.2012 / 11 #45 am

  
Paul Jonathan Gallie  
Apoderado  
APM Terminals Moín S.A.

