



División de Contratación Administrativa

Al contestar refiérase
al oficio No. **06255**

17 de mayo de 2023
DCA-0319

Señores

Widman Cruz Méndez
Presidente Ejecutivo
INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO

Alberto Morales Argüello
Gerente General
INSTITUTO COSTARRICENSE DE PUERTOS DEL PACÍFICO

Estimados señores:

Asunto: Se refrenda contrato denominado “Contrato de Servicios de Asesoría Transaccional para la Debida Diligencia, Elaboración de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad, Proceso de Precalificación y Licitación, y Gestión de Contratación y Adjudicación para la Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos (“COPSP”) al Sector Privado del Proyecto Modernización y Expansión del Puerto Caldera” contrato con número SICOP 0432022101200068-00 suscrito entre el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y la Corporación Financiera Internacional, producto del procedimiento de Contratación Directa No. 2022CD-000157-0019200001.

Nos referimos a su oficio CR-INCOP-GG-2023-0150 del 08 de febrero de 2023 y recibido en esta Contraloría General el 09 de febrero de 2023, mediante el cual remite para refrendo contralor el contrato referido en el asunto. Solicitud refrendo No. CGR2023100400001, que se tramita en el Sistema Integrado de Compras Públicas (SICOP).

Mediante requerimientos de información número 8052023000000243 del 08 de marzo de 2023 y 8052023000000419 del 02 de mayo de 2023, esta División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, solicitó información adicional a esa Administración, para continuar con el trámite de refrendo solicitado. Requerimientos que fueron atendidos mediante los documentos con número 8062023000000825 presentado el 11 de abril de 2023 y 8062023000001044 presentado el 09 de mayo de 2023.

Mediante documento con número 8062023000000701 del 20 de marzo de 2023, la Administración solicitó una prórroga del plazo para contestar la solicitud de información

adicional realizada mediante documento 8052023000000243. La prórroga solicitada, fue otorgada por este órgano contralor mediante documento 8052023000000281 del 20 de marzo de 2023. Asimismo, mediante documentos 8052023000000182 del 20 de febrero de 2023 y 8052023000000243 del 08 de marzo de 2023 se convocó a reunión a la Administración gestionante.

Cabe destacar que con la respuesta de solicitud de información adicional, documento 8062023000000825 presentado el 11 de abril se aportó una nueva versión del contrato. Asimismo, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023-0348 del 31 de marzo de 2023, se presentó de manera física ante este órgano contralor, contrato físico suscrito por las partes, el día 31 de marzo de 2023; dicha documentación consta en el expediente electrónico de este órgano contralor CGR-REF-2023001480, identificada con el número de ingreso 7650.

I. Antecedentes

Por disposición del artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de la Contrataciones de la Administración Pública (resolución R-CO-44-2007 de las nueve horas del once de octubre del dos mil siete) se tiene por acreditado lo siguiente:

1. Certificación de contenido presupuestario. Mediante certificación No. CR-INCOP-UPRE-00006-2023 de las trece horas del veinticuatro de enero de 2023, el señor Christian Rojas Rivera de la Unidad de Presupuesto del INCOP, indica: “(...) *En el Presupuesto Ordinario 2023 del Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico en el Programa 1 “Gestión Administrativa Financiera”, específicamente en la Gerencia General en la meta 10-04-3.1 y en la subpartida 1-04-03 Servicios de Ingeniería, cuenta con 657,433,200.00 colones (seiscientos cincuenta y siete millones cuatrocientos treinta y tres mil doscientos colones con 00/100) para hacer frente al compromiso de la orden de compra N°31363, por un monto de \$1,060,000.00 (un millón sesenta mil dólares con 00/000) con un tipo de cambio de 620,22 colones (según SICOP a la fecha de recepción de la oferta) con la empresa INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION para la realización de los estudios previos (estudios de pre y factibilidad técnica, legal, ambiental, financiera y económica social del Proyecto Modernización de Infraestructura y Maquinaria de Puerto Caldera), asesoría y acompañamiento en el proceso de licitación pública internacional hasta la adjudicación para la nueva concesión de Puerto Caldera. (...)” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección “Expediente Electrónico”, bajo el “Número de procedimiento “2022CD-000157-0019200001.”, ingresar en el link “Descripción”, ver en la nueva ventana la sección denominada “[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo “FN-0024 CR-INCOP-UPRE-0006-2023 Certificación IFC”).*
2. La Administración realizó los siguientes estudios que sustentan el acto final:
 - i) **Informe técnico.** Documento sin número de oficio, suscrito por Viviana Moscoso Porras, subgerente del INCOP, suscrito el 28 de octubre de 2022 y en el cual se indica

entre otras cosas, lo siguiente: “(...) *Por lo anterior se considera que la oferta presentada por el CFI cumple técnicamente con todos los requisitos solicitados por el INCOP en el pliego cartelario brindando seguridad, transparencia y mayor certeza de que el proceso de contratación culmine exitosamente con la adjudicación para desarrollar el proyecto de Modernización del Puerto de Caldera y la finalización de las actuales concesiones. (...)*” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento " 2022CD-000157-0019200001.", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada “[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo “FN-0011 Criterio técnico”).

ii) Informe de razonabilidad de precio. Documento sin número de oficio, suscrito por Ólger Pérez analista financiero del INCOP, de fecha octubre 2022, en el que se indica: “(...) *De los análisis se pudo evidenciar que el precio de la estructuración del IFC es razonable; asimismo por la prioridad estratégica del proyecto para el país y el rezago actual de la infraestructura se hace imperativo apearse estrictamente a los principios de eficiencia y eficacia que permitirán culminar el proceso licitatorio con éxito, mediante la utilización de las mejores prácticas internacionales que en materia de proyectos enfatizan fundamentalmente en la importancia de invertir fuertemente en planificación y diseño inicial para minimizar los excesos de costos, tiempo y el profundo impacto socioeconómico de retrasar el proyecto; se es del criterio que estructurando el proyecto con el IFC se puede alcanzar la meta, porque el acompañamiento en todo el proceso genera sinergias y ahorros en tiempo y costos, las mejores prácticas, objetividad, transparencia, el conocimiento y la experiencia serán fundamentales para el éxito. (...)*” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento " 2022CD-000157-0019200001.", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada “[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo “FN-0012-Análisis de razonabilidad de precio reestructuración IFC”).

- 3. Acuerdo de Adjudicación.** Acuerdo No. 2 FIRME tomado por la Junta Directiva en Sesión No. 4360 celebrada el 01 de noviembre del 2022, contenido en el oficio CR-INCOP-JD-2022-180 del 02 de noviembre de 2022, en el que se indica entre otras cosas, lo siguiente: “(...) *Con fundamento en el artículo 2, inciso b), de la Ley de Contratación Administrativa, y en el artículo 137 del Reglamento de Contratación Administrativa, se aprueba el inicio del proceso de Contratación de servicios profesionales para la realización de los estudios previos (estudios de pre y factibilidad técnica, legal, ambiental, financiera y económica social del Proyecto Modernización de Infraestructura y Maquinaria de Puerto Caldera), asesoría y acompañamiento en el proceso de licitación pública internacional hasta la adjudicación para la nueva concesión de Puerto Caldera, con el CFI (corporación Financiera Internacional) para que se proceda con la formalización del contrato respectivo y su posterior envío al refrendo de la Contraloría General de la República. ACUERDO FIRME APROBADO POR UNANIMIDAD (...)*” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada “[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo “FN-0022-CR-INCOP-JD-2022-180”).

- 4. Publicación del acto final.** Que el acto final fue publicado mediante la plataforma del Sistema Electrónico de Compras Públicas SICOP, el día 09 de noviembre de 2022 (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "4. Información de Adjudicación", consultar en "Acto de adjudicación" / "Información de publicación").
- 5. Declaración jurada por parte del contratista.** Consta la declaración jurada de fecha 08 de febrero de 2023, sobre el régimen de prohibiciones e impedimentos para contratar con la Administración Pública, sobre la exención del pago de todo tipo de impuestos nacionales, así como también sobre sanciones por incumplimientos contractuales, documento suscrito por el señor Christopher Ian Twinn, representante de la Corporación Financiera Internacional. (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo III / Consultar / Archivo "FN-0032-Declaración Jurada.pdf").
- 6. Garantía de cumplimiento y especies fiscales.** Al respecto de la garantía de cumplimiento y el pago de las especies fiscales por parte de la CFI, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023-0150 del 08 de febrero de 2023, mediante el cual requiere el refrendo contralor, la Administración indicó: *"(...) En cuanto al tema de la garantía de cumplimiento, debe indicarse que la adjudicación de este contrato se produjo bajo la vigencia de la Ley de Contratación Administrativa y de su Reglamento. Según el párrafo segundo del artículo 40 del Reglamento, no existe una exigencia para que se requiera garantía de cumplimiento en el caso de una contratación directa. En este sentido, se ha considerado que en el caso concreto la relación se ha materializado con un organismo multilateral al cual está adherido el Estado costarricense, según la Ley No. 1960 del 21 de octubre de 1955 que aprueba el Convenio para la Fundación de la Corporación Financiera Internacional. De manera que no se está ante un contratista comercial ordinario, sino ante un organismo multilateral del cual es miembro nuestro país, lo que plantea una relación jurídica especial. En cuanto al tema de las especies fiscales, precisamente con fundamento en el referido Convenio para la Fundación de la Corporación Financiera Internacional y en su Ley de aprobación (Ley No. 1960) no resulta procedente el cobro de las mismas a la CFI (...)"* (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo/ sección denominada "2. Detalle solicitud refrendo" No. CGR2023100400001 consultar en "Detalle", ver en la nueva ventana la sección "Historial de solicitud de Refrendo" / Archivo adjunto / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0150 RESPUESTA CGR SOBRE CONTRATO IFC.pdf").

Ahora bien, en relación con el pago de especies fiscales por parte de la Administración se tiene que mediante entero de gobierno N° 197067 con fecha del 23 de enero de 2023 el INCOP canceló por concepto de especies fiscales de la Contratación

2022CD-000157-0019200001, un monto de $\text{¢}1.643.583,00$ (un millón seiscientos cuarenta y tres mil quinientos ochenta y tres colones exactos) (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento" "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo "FN-0023-Pago especies fiscales.pdf").

- 7. Capacidad legal de los suscribientes.** En relación con la capacidad de las partes que suscriben el contrato en mención, se tiene en primer lugar, en cuanto al Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico -en adelante INCOP- se aportó certificación de poder del Registro Nacional con número de certificación *-6615114-2023*- en la que se indica que el señor Frank Widman Cruz Méndez cédula de identidad 108620440 desde el 08 de mayo de 2022, ostenta la representación judicial y extrajudicial con facultades de apoderado generalísimo sin límite de suma del INCOP (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento" "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo III / Consultar / Archivo "FN-0027 Personería y poder presidente E..pdf"). Esta certificación se complementa con el oficio CR-INCOP-AL-2023-021. del 03 de enero de 2023, firmado por Marco Aurelio Zúñiga Angulo, asesor legal del INCOP quien indica que "(...)" *No encuentra esta Asesoría inconveniente o roce legal en que tanto el Presidente Ejecutivo y/o el Gerente General puedan suscribir contratos, documentos, convenios y cualquier requerimiento en procura de la buena marcha del instituto y prosecución del interés público, puesto que, ambos de conformidad con la normativa vigente cuentan con facultades suficientes, cada uno dentro del marco de sus funciones para tales actos (...)*". (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento" "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo III / Consultar / Archivo "FN-031-CR-INCOP-AL-2023-021.pdf").

En cuanto a la Corporación Financiera Internacional, se tiene que se aportó certificación notarial número doscientos cuarenta y seis - dos mil veintitrés, del día treinta de enero de dos mil veintitrés, emitida por el notario público Guillermo José Sanabria Leiva en la que se indica entre otras cosas lo siguiente: "(...) *se ha designado al señor CHRISTOPHER IAN TWINN, ciudadano del Reino Unido con Laissez Passer de las Naciones Unidas número AUNB uno nueve siete cuatro ocho emitido el dos de noviembre de dos mil veintiuno y válido (sic) hasta el dos de noviembre de dos mil veintiséis, Gerente Regional de Servicios de Asesoría Transaccional en Asociaciones Público Privadas para Latinoamérica y el Caribe, como Firmante Autorizado para los Instrumentos relativos a las Operaciones de Inversión, Asistencia Técnica y Servicios de Asesoramiento, autoridad otorgada por la resolución número IFC dos mil veintiuno-cero cero uno seis, debidamente adoptada por el Consejo de Administración de la Corporación Financiera Internacional el quince de septiembre de dos mil veintiuno. TERCERO: Sobre la base de lo anterior certificamos la existencia legal al día de hoy*

de la Corporación Financiera Internacional como un organismos multilateral del Derecho Internacional Público y la capacidad de Christopher Ian Twinn de actuar en nombre de la Corporación Financiera Internacional (...)” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el “Número de procedimiento “2022CD-000157-0019200001”, ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada “[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo III / Consultar / Archivo “FN-0025-Certificación de Personería IFC.pdf”).

II. Criterio de la División

Conforme a las competencias constitucionales y legales otorgadas a este órgano contralor que se encuentran establecidas en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se procede al estudio de la solicitud de refrendo remitida.

Sobre el particular, se tiene que el artículo 3 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, dispone: “(...) Se requerirá el refrendo contralor en los siguientes casos (...) Todo contrato o convenio específico celebrado con sujetos de derecho público internacional para la realización de proyectos en el tanto impliquen actividad contractual y medie disposición total o parcial de fondos públicos y que se sustenten en tratados internacionales o convenios, estos últimos aprobados o no por la Asamblea Legislativa. (...)”. Adicionalmente, en el artículo 8 del reglamento de cita, se establecen los aspectos que este órgano contralor analizará en cada caso, a fin de determinar la procedencia del refrendo de los contratos referidos en el artículo 3 precitado.

Por lo expuesto, se procede a realizar el análisis del presente contrato y de conformidad con el estudio efectuado se tiene lo que de seguido será indicado.

1) Sobre los antecedentes del presente caso.

Mediante oficio No. CR-INCOP-GG-2022-01044 del diecisiete de noviembre de dos mil veintidós y presentado ese mismo día, el INCOP solicitó el refrendo del contrato en cuestión.

No obstante lo anterior, mediante oficio 23230 (DCA-3249) del 23 de diciembre de 2022, este órgano contralor devolvió sin refrendo el contrato en cuestión, al considerar que existían dudas al respecto de elementos esenciales del contrato, así como carencias relacionadas con otros aspectos del negocio jurídico, que hacían imposible el otorgamiento del refrendo contralor.

2) Sobre la naturaleza del refrendo.

El refrendo contralor se encuentra regulado en el artículo 184 de nuestra Constitución Política, y constituye un acto de aprobación, mediante el cual se verifica que el documento contractual se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico. Conforme al numeral 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública: “(...) El refrendo no es un medio por el cual la Contraloría General de la República ejerce las potestades de

realizar auditorías y de investigación, reguladas en los artículos 21 y 22 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. En consecuencia el análisis de legalidad se basa en una revisión del expediente administrativo aportado por la Administración, por lo que se presume la veracidad de la documentación en él incorporada, según el principio de buena fe que rige la actividad contractual pública, todo bajo la responsabilidad de los funcionarios de la Administración encargados de la conformación y remisión del expediente (...)”.

En ese sentido, el alcance y estudios técnicos, legales y financieros efectuados por las autoridades competentes para el contrato y sus respectivas adendas son de su entera responsabilidad, sin que sea competencia del órgano contralor cuestionar el resultado al que cada uno de ellos arribó.

Bajo ese orden de ideas, los análisis, estudios y consideraciones efectuadas durante dicho procedimiento, son de entera responsabilidad de la entidad competente, es decir el INCOP. Acorde con lo anterior, y tal y como lo señala el numeral 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones Públicas, el análisis que se efectúa por parte del órgano contralor es de legalidad y no de oportunidad o conveniencia. Además el análisis no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino de los aspectos indicados en dicho artículo. De allí que, tal y como lo estipula el artículo 9 de ese mismo cuerpo reglamentario, el análisis se circunscribe a los aspectos detallados en el numeral 8, siendo de exclusiva responsabilidad de la Administración la legalidad de los demás aspectos no abordados, los cuales están sujetos a la fiscalización posterior.

3) Sobre la excepción para contratar.

En el oficio de solicitud de refrendo, la Administración indica que el contrato en cuestión, encuentra fundamento jurídico en la posibilidad de contratar de manera directa con sujetos de derecho público internacional, de frente a la normativa vigente al momento.

Ahora bien, al respecto del tema en cuestión, se tiene que los entonces vigentes artículos 2 de la Ley de Contratación Administrativa (LCA) y 137 del Reglamento a dicha Ley (RLCA) regulaban las contrataciones entre la Administración Pública y un sujeto de Derecho Público Internacional.

En ese sentido, el artículo 2 LCA indicaba: “(...) **Artículo 2°.-Excepciones** Se excluyen de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley las siguientes actividades: (...) b) Los acuerdos celebrados con otros Estados o con sujetos de derecho público internacional (...)”. Mientras que el artículo 137 RLCA señalaba: “(...) **Artículo 137.-Acuerdos celebrados con sujetos de Derecho Internacional Público.** Los acuerdos y contratos con sujetos de Derecho Internacional Público, incluyendo otros Estados estarán excluidos de los procedimientos de contratación administrativa. Sin embargo, para su validez y eficacia, deberán documentarse por escrito siguiendo los trámites correspondientes y suscribirse por los funcionarios competentes. Para celebrar la contratación en forma directa, la Administración tomará en cuenta que el precio o estimación de la contraprestación, no exceda los límites razonables según los precios que rijan operaciones similares, ya sea en el mercado nacional o internacional. (...)”

En relación con tales disposiciones normativas, procede citar lo indicado por este órgano contralor en el oficio No. 13654-2013 (DCA-3168) del 10 de diciembre del 2013, en el cual se expuso:

“(...) Esa disposición legal, encuentra su desarrollo reglamentario en el numeral 129 del RLCA (sic), el cual establece que:[...] La disposición de una norma de este tipo encuentra su fundamento en el hecho que no es procedente que se disponga mediante la legislación interna, las formas a través de las cuales los Estados o lo sujetos de derecho público internacional realizan los trámites para llegar a acuerdos de distintos niveles, ya que eso escapa de la jurisdicción y eficacia territorial de nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, no resultaría acorde con el espíritu de nuestra Constitución Política, ni con los instrumentos de derecho internacional, que en la legislación ordinaria se dispusieran los trámites específicos que se deben seguir para contratar con ese tipo de sujetos./ Con base en la norma reglamentaria de cita, se determina que como requisito de validez y eficacia de las contrataciones o los acuerdos, resulta indispensable que los mismos sean debidamente documentados, que se sigan las gestiones respectivas y sean suscritos por los sujetos competentes para obligarse./ Al respecto, en cuanto al tema de la tramitología a seguir en este supuesto específico, es de importancia resaltar lo indicado por este órgano contralor en el oficio No. 107 (DGCA-21-98) del 07 de enero de 1998, mediante el cual se realizó un breve desarrollo del tema señalando en lo que interesa:/ “De este punto, debe tomarse en cuenta que la excepción cubre las contrataciones con otros Estados o con sujetos de derecho internacional (El Vaticano, la ONU, la OEA, la OTAN, la OPEP, la Orden de Malta y organismos financieros internacionales, como FMI, BCIE, BM, etc.). Por lo anterior, en esta clase de contratos, el único requisito fundamental es que se respeten en todo momento los canales diplomáticos por medio de los cuales las naciones y esta clase de entidades se interrelacionan entre sí. La razón de lo anterior radica en que los Estados y entidades internacionales solamente reconocen de manera oficial las obligaciones que se pactan de acuerdo a esos medios o canales previamente establecidos. En caso de que este punto no sea tomado en cuenta, y luego exista un incumplimiento contractual por esa misma circunstancia, huelga señalar que el funcionario encargado de la contratación será el responsable de las consecuencias económicas negativas que ello pueda implicar para la Administración.”/ [...] Así entonces, en lo que interesa a efectos de celebrar el contrato correspondiente, resulta esencial que se sigan los mecanismos diplomáticos a través de los cuales los Estados y organismos internacionales llegan a convenios –en sentido amplio- entre sí, en el tanto, las naciones y los organismos de Derecho Internacional Público, únicamente reconocen en forma oficial los acuerdos que se alcancen por medio de esos canales diplomáticos./ En el numeral 129 (sic) de cita, también se establece que para efectuar la contratación en forma directa, la Administración debe analizar si el precio o estimación de la contraprestación es razonable de frente a la cuantía de contrataciones y operaciones de carácter similar, aspecto que debe verificarse de previo a la suscripción de la contratación específica./ Aunado a lo anterior, es criterio de este órgano contralor que las actuaciones emitidas por parte de la Administración deben encontrarse debidamente motivadas y fundamentadas, por lo que de acudir a la causal de excepción y a la contratación directa de una determinada empresa pública estatal –como se pretende en este caso-, debe justificarse necesariamente las razones por las que se estima procedente acudir a dicha vía./ Complementario a lo indicado, es dable señalar que este órgano contralor, también ha sido del criterio que para aplicar la causal de excepción en estudio se requiere que exista sustento normativo que permita a la contraparte nacional obligarse a la contratación. Así, en el oficio No. 05120 (DCA-947) del 19 de abril del 2006, se estableció:/ “De lo que viene, y como criterio general, esta División advierte la necesaria presencia de tres elementos objetivos para proceder con la aplicación del supuesto de contratación directa regulado en el artículo 2, inciso b) de la Ley de contratación administrativa: 1) sujeto legitimado:

en el tanto la contraparte nacional solo puede ser un estado —relación de estado con estado por las vías diplomáticas y de derecho público internacional preestablecidas— o un sujeto de derecho público internacional; 2) objeto prestacional con sustento normativo: es decir, la contraparte nacional que pretende brindar o convenir un bien o servicio debe tener respaldo normativo; normativa que debe hallar asidero dentro del derecho público internacional en aras de que se pueda actuar válidamente en punto al ofrecimiento del bien o servicio en sí mismo -es decir, debe haber fuente de derecho público internacional: convenio, tratado, etc., que así lo permita-; 3) precio o costo razonable: aunque se cumplan los dos requisitos anteriores, necesariamente debe darse suficiente motivación de que el costo del bien o servicio que se adquiriría es razonable; sea que no es excesivo ni ruinoso (...)”.

En el caso concreto, el contrato en cuestión se basa en relaciones con un sujeto de derecho público internacional, conforme lo anteriormente citado, pero además, tal y como indica la Administración también, guarda relación con la Ley 1960 y 1960 A del 12 de octubre de 1955 en las cuáles se aprueba el Convenio para la Fundación de la Corporación Financiera Internacional (en adelante CFI).

4) Justificación y conveniencia para la contratación con la CFI.

En relación a la justificación y conveniencia de contratar con la CFI, se tiene en primer lugar que consta en el expediente administrativo Informe Técnico realizado por la señora Viviana Moscoso Porras subgerente del INCOP en el que entre otras cosas indica:

“(...) El INCOP, y en general el gobierno de Costa Rica, no cuenta con departamentos con el grado de especialización necesarios para la realización de los puntos indicados en el apartado anterior (Objeto de la contratación).

Un proyecto de modernización de una terminal como Puerto Caldera es algo atípico en el país debido a que se pueden dar muy pocos proyectos similares en el transcurso de décadas, por tanto, cuando ocurren, se requiere contar con empresas asesoras especializadas con amplia y demostrada experiencia en la ejecución correcta de proyectos de esta magnitud y especialización. En la ejecución de este tipo de proyectos los oferentes deben de poseer amplia experiencia y un alto grado de especialización por lo que en caso de controversias el estado debe contar con un asesor del mismo nivel que asegure los intereses del estado en las negociaciones.

El procedimiento administrativo por excelencia, para la contratación en nuestro régimen jurídico es la licitación pública, mecanismo mediante el cual se da la publicidad necesaria y apertura para garantizar la libre participación y el respeto a los demás principios constitucionales que rigen la materia.

Por otra parte, la ley de Contratación Administrativa también establece una serie de excepciones a la aplicación de los procedimientos de concursos de contratación, como la definida en el artículo 2 inciso b) de la ley de Contratación que excluye de los procedimientos de concursos establecidos en esta ley, la contratación con sujetos de Derecho Público internacional.

Al realizar una contratación directa con CFI, utilizando la figura de excepción de contratación permitida en la ley de contratación administrativa, garantiza una contratación de alta calidad, con

estándares internacionales que vienen a fortalecer el proceso de estructuración de la modernización del Puerto Caldera, integrándolo con la transparencia y respaldo del Banco Mundial en el proceso, así como la garantía de contar con la asesoría de una entidad con amplia experiencia en la materia permitiendo la maximización de los recursos

Análisis de oferta de CFI El CFI cuenta con una amplia experiencia y conocimiento en el desarrollo de infraestructura mediante la asociación público privada, esta experiencia internacional brinda un valor agregado especial y muy significativo para el proyecto, al haber desarrollado al menos 135 proyectos exitosos; además de su experiencia en la estructuración de proyectos similares al de la modernización del Puerto de Caldera. De contratarse como el estructurador del proyecto aporta como un valor agregado la credibilidad internacional con que cuenta el CFI y al ser reconocida internacionalmente nos garantiza tener un proceso de licitación competitiva brindando la confianza a los potenciales inversionistas sobre la seriedad de la estructuración y de los estudios que le sirvan de fundamento a este proyecto, valor que se considera fundamental para el proyecto y que no se podría conseguir con otra firma consultora.

Al ser el CFI es una institución internacional de desarrollo dedicada al sector privado en los mercados emergentes, es parte del Grupo Banco Mundial (GBM). Constituido en 1956, ofrece inversiones, asesoría, movilización de recursos, más de 100 oficinas regionales en 94 países de todo el mundo, cerca de 4,000 empleados, donde se resalta la integridad, la conducta ética y la adhesión a los valores corporativos que serán fundamentales para el éxito de la estructuración.

Además, el CFI cuenta con el Grupo CTA: Que es el asesor líder en estructuración de proyectos de infraestructura con participación Público-Privada (APP) Creado en 1989, CTA es el mayor grupo de asesoría de IFC la experiencia y conocimiento los posiciona de manera única para apoyar el desarrollo de infraestructura a través de APPs.

Al brindar un acompañamiento en el desarrollo del proceso licitatorio, se materializa un compromiso relativo al éxito del proyecto y respalda aún más y da mayor credibilidad al proceso, a los estudios realizados y a la licitación futura. En la Formulación de proyectos de concesión, la figura del estructurador es un tema relevante debido que se debe salir al mercado internacional a buscar inversionistas para un proyecto local, por lo que una empresa objetiva con experiencia exitosa en formulación de proyectos da la certeza a los posibles inversionistas de que el proyecto fue bien estudiado y bien formulado y además al ser una multilateral aporta respaldo credibilidad y seguridad como valor agregado especial que justifica el uso de la causal de contratación directa.

En su oferta el CFI nos propone una asesoría integral con personal propio experimentado que ejecuta la transacción, estándares de integridad del Banco Mundial en todas las etapas de la asesoría, objetividad y transparencia del Banco Mundial reconocida por los inversionistas, aplicación de mejores prácticas internacionales al estructurar los proyectos, introducción de temas de vanguardia en las transacciones (cambio climático; estándares), parámetro mundial de mejores prácticas en materia socioambiental, la maximización de los recursos entre otros. (...)

Basado en el análisis realizado a la oferta se indica que cubre razonablemente lo indicado en el apartado "Objeto de la contratación", y en específico lo correspondiente a la preinversión del ciclo de vida del proyecto definido por el MIDEPLAN y todos los estudios que, en cumplimiento de todos sus requisitos y reglamentos técnicos y orientaciones, permitirá la certificación técnica por parte de la Secretaría de Planificación Sectorial y del MOPT.

En lo que se refiere al cronograma de cumplimiento ofertado por el CFI, se considera razonable y responde a la realidad de los procesos de contratación administrativa de nuestro país, contemplando inclusive plazos por algunos de los imprevistos en el desarrollo del proceso y proyectando de forma adecuada el fin de los contratos de concesión vigentes en el Puerto de Caldera. El cronograma se muestra a continuación (...)" (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento " 2022CD-000157-0019200001.", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo "FN-0011 Criterio técnico").

Aunado a lo anterior, el informe de razonabilidad antes citado se tiene que la Administración analizó los alcances, el valor asociado y experiencia del Grupo Banco Mundial -al que pertenece la CFI- así como los costos asociados del proyecto, concluyendo que el precio era razonable (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento " 2022CD-000157-0019200001.", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "[9. Información relacionada] / Documentación de respaldo II / Consultar / Archivo "FN-0012-Análisis de razonabilidad de precio reestructuración IFC").

Asimismo, al aportar nuevamente para refrendo contralor, el contrato en cuestión, la Administración gestionante, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023 del 08 de febrero de 2023, aportó una serie de explicaciones adicionales, que justificaban la contratación realizada con la CFI indicando entre otras cosas lo siguiente:

"(...) Es decir, precisamente la CFI tiene como parte de su giro de actividad el colaborar con los Gobiernos para estructurar asociaciones público privadas que permitan ampliar el acceso de la población a infraestructura y servicios básicos de calidad. Por lo tanto, es absolutamente claro que se está ante un asesor idóneo en materia de estructuración de proyectos de APP. (...) Es decir, está claro que más allá de su perfil general, la CFI ha tenido experiencia concreta y específica en proyectos como el que aquí nos ocupa. En consecuencia, es absolutamente claro que el contratista cuenta con experiencia calificada

Hasta este punto, debemos reiterar entonces que con los informes que constan en el expediente, se muestra que la CFI es un sujeto de derecho público internacional al que se ha adherido Costa Rica, con comprobada capacidad instalada, con un perfil claro en materia de estructuración de proyectos de APP y con experiencia específica y reciente en proyectos como el que nos ocupa en esta contratación. Pero, además, se ha demostrado que el precio del contrato es razonable, en los términos exigidos por la normativa vigente al momento de la adjudicación de este contrato. Por lo tanto, el INCOP está recurriendo a un contratista idóneo y a un precio razonable, que son los aspectos requeridos en la literalidad de la normativa aplicable.

Ahora bien, en el plano de motivos que muestran la oportunidad y conveniencia de la contratación, debe indicarse lo siguiente en atención a lo requerido por ese órgano contralor:

-Es absolutamente claro que la CFI no es el único proveedor posible para servicios de asesoría como los que nos ocupa. De serlo, es claro que habría resultado de aplicación la excepción de proveedor único. Pero la CFI no es proveedor único ni la normativa exige que lo sea en el marco de la causal de contratación directa con sujetos de derecho público internacional. Lo que hemos valorado son aspectos diferenciadores que precisamente aporta valor agregado.

-Por una parte, la reputación o lo que se denominada comercialmente la “marca” de quien realiza la tarea de estudios y de estructuración, tiene una importancia que va más allá de los estudios como tales, sino que incide en el plano de la confianza y de la credibilidad. Puntualizamos:

o Es un tema ampliamente conocido que la asociación público-privada es un medio para la atracción de inversión fundamentalmente internacional para el financiamiento de infraestructuras públicas.

o En este sentido, Costa Rica no está solo en el mercado de atracción de dichas inversiones, sino que compite por ellas en el contexto internacional.

o Por lo tanto, un aspecto central para competir por esa inversión es generar confianza y credibilidad en los proyectos, de manera que los potenciales inversionistas decidan participar en procesos licitatorios locales.

o Es aquí donde el perfil de la CFI, por las características ya explicadas y que se desarrollan en el informe de la señora Moscoso Porras, tiene una marca o una reputación de enorme peso en el mercado internacional.

o La participación de la CFI juega un papel fundamental en la atracción de inversionistas, lo que se traduce en mejores perspectivas de participación efectiva de inversionistas en la futura licitación.

o Pero además, no es solo que se compita por inversionistas, sino que el país requiere idealmente la participación de inversionistas serios y de niveles competitivos, pues eso revierte en proyectos con mayores posibilidades de éxito. Para ese tipo de inversionistas, una estructuración realizada por la CFI genera confianza de que se trata de un proyecto serio y de verdadero interés.

o Por lo tanto, la marca CFI aporta indudable valor agregado en términos de confianza, transparencia y credibilidad.

- El perfil estructurador de la CFI y su conocimiento efectivo en desarrollo de proyectos concretos del sector portuario, aporta valor agregado. No se trata solamente de que tiene experiencia en estructuración, sino que la tiene en el ámbito portuario y se trata de una experiencia reciente y relevante en distintos mercados. Esto permite tener una mayor expectativa de calidad y de celeridad en el desarrollo de los productos, pues se trata de un contratista que indudablemente conoce de estructuración en materia portuaria.

Por otra parte, con el debido respeto para ese órgano contralor, el hecho de que competa a INCOP los actos formales de la futura licitación de la concesión no implica en modo alguno que

no sea pertinente y necesario contar con una asesoría de alto nivel en un procedimiento de licitación pública internacional de asociación público privada, que no es cualquier tipo de licitación. Puntualizamos:

o Esa asesoría especializada y experimentada no desplaza el ejercicio de las competencias del INCOP, sino que las complementa.

o Es indudable que esa asesoría incrementa sensiblemente las capacidades institucionales en el trámite de un proceso complejo (la Contraloría General ha sido reiterativa en cuanto a que eso no solo no es un problema sino una necesidad), a lo que se agrega que esa asesoría tiene mayor valor agregado cuando precisamente proviene de quien ha desarrollado los estudios y estructurado el proyecto.

o De nuevo esto incide en la confianza, en este caso de los potenciales oferentes, porque tienen la tranquilidad de que la licitación también estará siendo acompañada por expertos de primer orden, lo que refuerza la transparencia del proceso.

o Es bien sabido que la preparación de ofertas en una licitación de concesión, implica que los potenciales oferentes generen inquietudes, dudas y consultas de alta complejidad. Esto debe ser abordado de manera efectiva, eficiente y transparente, y sin lugar a dudas la experiencia de la CFI en estos procesos y el conocimiento específico del caso y de otros casos a nivel mundial, permite reforzar la interlocución de la Administración en el proceso. o Además, es claro que un licitación de una concesión plantea un complejo proceso de revisión de ofertas, especialmente en los componentes técnicos, entre otros, pues de nuevo, no se trata de una licitación ordinaria. En esto la CFI aporta indudable valor agregado, por su experiencia general y por su conocimiento específico del proyecto que para ese momento habrá estudiado y estructurado. Lo anterior, dejando claro que siempre será el INCOP quien asesorado por la CFI tome las decisiones que le corresponden en un proceso licitatorio como este y siempre bajo la legislación nacional aplicable.

- Pero además, debe tomarse en cuenta que no solo las empresas inversionistas evalúan estos proyectos, sino que también lo hacen otras entidades, especialmente del sector financiero internacional, que son trascendentales en los procesos de cierre financiero de los proyectos. Para este tipo de actores, el tener la certeza de que la estructuración fue realizada por una entidad de alto nivel y con conocimiento efectivo y sensibilidad probada en materia de financiamiento de proyectos, resulta de altísimo valor agregado, cosa que indudablemente aporta la CFI precisamente por su perfil integral como parte del Grupo Banco Mundial.

- Finalmente, la CFI ha hecho una propuesta seria para que la asesoría pueda llevarse a cabo en el horizonte temporal que resta para el vencimiento del plazo de las contratación(sic) actuales. Este elemento es también de altísimo valor agregado, pues como la propia señora Contralora General lo ha externado en la Asamblea Legislativa, el elemento temporal es de vital importancia en el caso concreto del Puerto de Caldera. En este sentido, aún en un escenario en el que otro proveedor eventual pudiera reunir las condiciones tan particulares de la CFI y el altísimo valor agregado que dicho organismo brinda a este proyecto, e incluso aún si ese proveedor pudiera ejecutar dentro de los plazos que muestra la CFI en este caso, a eso habría que sumar el plazo de una licitación mayor para poder formular la contratación del citado proveedor, que según las estimaciones usuales, puede consumir hasta un año considerando las fases de formulación de la licitación, de inicio de concurso, de recepción de

ofertas, de recurso de objeción, de evaluación y adjudicación, así como de recursos de apelación. En vista de la necesidad imperiosa de lograr una ejecución expedita de las acciones que permitan atender el mandato de la propia Contraloría General de licitar la concesión del Puerto para el año 2026, la contratación directa con la CFI resulta de altísimo valor agregado.

Según todo lo expuesto, en nuestro criterio la contratación directa con la CFI no solo es legal por cuanto es un contratista idóneo y con precio razonable, sino que también es conveniente y oportuna por el valor agregado que ofrece la marca, el perfil, la experiencia y la celeridad de la CFI como medio para generar confianza y credibilidad en el proyecto y por lo tanto en el proceso licitatorio de la concesión, todo dentro de un plazo que permite además atender la clara necesidad pública de tener una solución efectiva para el desarrollo de infraestructura portuaria y para la prestación de los vitales servicios públicos derivados al vencimiento del plazo de las concesiones actuales. (...)" (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo/ sección denominada "2. Detalle solicitud refrendo" No. CGR2023100400001 consultar en "Detalle", ver en la nueva ventana la sección "Historial de solicitud de Refrendo" / Archivo adjunto / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0150 RESPUESTA CGR SOBRE CONTRATO IFC.pdf").

Así las cosas y por las razones indicadas, encuentra este órgano contralor justificada la contratación con la CFI bajo la utilización de la excepción antes citada, considerando que el INCOP ha explicado la idoneidad de dicho organismo, lo cual corre bajo su exclusiva responsabilidad.

5) Sobre el documento contractual.

Antes de entrar a analizar elementos propios del negocio jurídico en cuestión, resulta necesario resaltar lo dicho por la Administración contratante en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0348 del 31 de marzo de 2023 que fuera presentado de manera física en las instalaciones de este órgano contralor, documento identificado con el número de ingreso 7650-2023 dentro del expediente de refrendo 2022004384-3; siendo que en conjunto con el mismo se presentó también una nueva versión del documento contractual. Dicho sea de paso, este documento fue también presentado a través del Sistema Integrado de Compras Públicas, como parte de los adjuntos del documento número 8062023000000825.

En el oficio en cuestión, la Administración explica una serie de imposibilidades para presentar el contrato firmado por medio de un certificado de firma electrónica válido en el país, al respecto indicó:

"(...) Por otra parte, el contrato se presenta por este medio y no directamente en el SICOP con firma digital por las siguientes razones excepcionales que solicitamos que sean valoradas por la Contraloría General:

• Este contrato corresponde al procedimiento de Contratación Directa No. 2022CD-000157-0019200001. Por lo tanto, el presente trámite se formula bajo las reglas del marco normativo vigente con anterioridad al 1 de diciembre de 2022, de conformidad con los términos expresos del Transitorio I de la Ley General de Contratación Pública. De esta manera, no es nuestra intención en modo alguno la desaplicación del SICOP, pues claramente hemos recurrido a dicho sistema en la medida de lo posible. Tampoco es nuestra intención desatender lo estipulado en el artículo 16 de la Ley General de Contratación Pública, pues claramente se está ante un procedimiento cubierto por el Transitorio I ya mencionado, aunque de nuevo, hemos procurado el uso del SICOP. • En cuanto a la firma de texto contractual, que es la única dificultad que hemos enfrentado en cuanto al SICOP, debemos indicar que el representante de la CFI enfrenta imposibilidades jurídicas y materiales para el uso de la modalidad de firma digital del SICOP:

- El domicilio social de la CFI es en Washington Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, específicamente en 2121 Pennsylvania Avenue, NW Washington, DC 20433 USA. Es en dicho lugar donde reside y tiene la ubicación laboral el señor Ian Twinn, Gerente Regional de Servicios de Asesoría Transaccional en Asociaciones Público Privadas para Latinoamérica y el Caribe y quien de acuerdo a los reglamentaciones internas de la CFI cuenta con las facultades corporativas para representar a la CFI en la firma del contrato que nos ocupa.

- En este sentido, al residir y encontrarse el señor Ian Twinn fuera de Costa Rica y no contar con una categoría migratoria costarricense, se le imposibilita llevar a cabo la firma electrónica del contrato ya que no cumple con los requerimientos mínimos para que el Banco Central de Costa Rica le otorgue una firma digital legalmente válida en Costa Rica.

- La CFI actualmente no cuenta con funcionarios ubicados en Costa Rica que ostenten la capacidad legal para firmar el contrato en nombre y representación de la CFI.

- Pero el impedimento más relevante es de orden jurídico en cuanto al régimen interno de la CFI. Las regulaciones internas de la CFI no autorizan actualmente el uso de sistemas de firmas digitales de los países miembros, sino que solo se cuenta con autorización para el uso de la firma electrónica a través de DocuSign (como único proveedor de estos servicios) y para ciertos documentos específicos que incluso no incluyen este tipo de contratos. La generación de estas autorizaciones no se logra en el corto plazo y para casos concretos, sino que los representantes de la CFI nos han explicado que por ejemplo la aprobación de DocuSign fue producto de un proceso interno en el que se determinaron varios aspectos como las inmunidades a las que tiene derecho la CFI y como consecuencia se permitió para unos documentos específicos y muy restrictivos. Esta dificultad de política interna de la CFI impide lograr la firma digital costarricense.

• Por los motivos expuestos, presentamos el contrato en modo físico. Se trata como ya lo hemos indicado de una contratación altamente estratégica y de suma urgencia. En vista de que el modo de formalización es válido, por principios de eficiencia y eficacia solicitamos que el refrendo sea tramitado de esta manera, pues de lo contrario no sería posible proseguir con el trascendental objeto contractual por aspectos que si bien son importantes, son de índole formal. (...)

De nuevo, en este caso no se está ante un interés de desaplicar el SICOP, pues precisamente se ha utilizado, sino que se está ante un acto puntual en el que la imposibilidad material y jurídica para el uso de la firma digital costarricense por parte de la CFI, obliga a buscar un medio alternativo de formalización que permita proseguir con la trascendental fase de ejecución contractual, en los términos descritos por la Sala Constitucional. No puede perderse de vista que

este tipo de dificultad se produce en virtud de las reglas de funcionamiento de un organismo multilateral del que Costa Rica forma parte, pues según ya lo hemos indicado, nuestro país se adhirió a la CFI mediante la aprobación de Convenio de su fundación según la Ley No. 1960 del 21 de octubre de 1955. De manera que no se trata de permitir un trato diferenciado a un simple contratista comercial, sino que se está ante un organismo internacional del cual nuestro país es miembro y que tiene determinadas reglas y políticas que no podemos soslayar y a las que nos hemos adherido. (...) (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281." / 4- Documentos adjuntos y pruebas / CR-IN COP-GG-2023-0348 CONTRALORIA-IFC.pdf").

De frente a lo explicado por la Administración gestionante, puede concluir este órgano contralor que existe una imposibilidad material comprobada para que la Administración presente un documento electrónico firmado mediante un certificado de firma digital reconocido en el país, en tanto, tal y como explicó, no hay un representante de la CFI en Costa Rica -siendo que sus oficinas se encuentran en Washington D.C., Estados Unidos de América- y además la CFI por sus propias disposiciones normativas internas tiene imposibilidad para usar un esquema de firma distinto a las definidas por su propia organización.

Todo lo anterior, considera este órgano contralor, son razones que justifican la imposibilidad material en el presente caso, para que la Administración haya presentado un documento suscrito de manera digital. No obstante, esta situación particular de la CFI no debe entenderse como una excepción general para la utilización del Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP, siendo que como se indicó, corresponde a una situación excepcional y particular de la CFI.

En ese mismo sentido, se tiene que tanto la contratación realizada, como el trámite de refrendo en cuestión, fueron tramitados por el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP constando la documentación que justifica la situación particular en dicho sistema. Asimismo, se evidencia que la Administración gestionante aportó el contrato suscrito de manera física, pero acompañado de la apostilla correspondiente, suscrita por Kimberly A. Bassett Secretary of the District of Columbia con número 671027, que certifica que el documento contractual fue firmado por Tenzim Norzom notario público del Distrito de Columbia, siendo a su vez certificadas las firmas de los suscribientes justamente por Tenzim Norzom.

Aunado a lo anterior, la documentación contractual y las justificaciones antes explicadas constan en el Sistema Integrado de Compras Públicas, tanto como parte de los adjuntos del documento número 8062023000000825, pero también en el apartado de 4. Documentos adjuntos del expediente de refrendo.

6) Sobre el objeto contractual al respecto del que se otorga refrendo contralor.

Al respecto de los servicios que serán prestados por la CFI al INCOP, resulta necesario realizar una serie de precisiones. En primer lugar, se entiende que los servicios a contratar por parte del INCOP, son los definidos en el anexo 2 del presente contrato y que en segundo lugar, estos servicios son los que fueran definidos en el pliego de condiciones del concurso realizado; es decir, se entiende a partir de lo dicho por la Administración, que existe absoluta coherencia entre los servicios que fueron requeridos en el cartel del procedimiento de compra, con los que fueron posteriormente incluidos en el contrato como anexo 2.

Sobre este tema, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023-0365 el 11 de abril de 2023, la Administración gestionante indicó:

“(...) En cuanto a este requerimiento, de la manera más respetuosa debemos indicar que en nuestro criterio el contrato en conjunto con todos los anexos se ve reflejada la absoluta relación entre ambas. En especial en el Anexo 2 (Servicios) se puede observar la descripción de los 9 entregables que el INCOP solicita en los términos de referencia. Esto se hará a través de la debida diligencia en los diferentes ámbitos, lo que resultará en los informes de la debida diligencia técnica, mitigación y adaptación al cambio climático, legal, socioambiental, financiera. Asimismo, se elaborarán el Informe de Prefactibilidad e Informe de Factibilidad para cumplir con las guías de MIDEPLAN y la Secretaría (sic) de Planeación Sectorial del MOPT. Asimismo, se elaborarán y entregarán a INCOP los requerimientos de precalificación y versiones iniciales y final del cartel de licitación y contrato de concesión, así como todos los informes finales. De manera que existe un alineamiento claro entre los aspectos referidos por el órgano contralor. (...)” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).

Así las cosas, se concluye que los servicios a prestar por parte de la CFI corresponden exclusivamente a los contenidos en el anexo 2 del contrato y que a su vez, estos encuentran concordancia con lo estipulado en el pliego de condiciones, es decir con lo requerido por la Administración, según las explicaciones vertidas por la propia Administración.

En tercer lugar, y específicamente en cuanto a lo regulado en la "Introducción" inciso E, este órgano contralor expresamente indica, que el refrendo que se otorga, lo es en cuanto a los servicios contratados en el anexo 2 y en consecuencia, cualquier renegociación que sea llevada a cabo por la Administración, relacionada con las concesiones actualmente en vigencia, no forman parte del refrendo que se otorga.

Así pues, el refrendo contralor otorgado se refiere exclusivamente al "Contrato de Servicios de Asesoría Transaccional para la Debida Diligencia, Elaboración de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad, Proceso de Precalificación y Licitación, y Gestión de Contratación y Adjudicación para la Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos ("COPSP") al Sector Privado del Proyecto Modernización y Expansión del Puerto Caldera" contrato con número

SICOP 0432022101200068-00 suscrito entre el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y la Corporación Financiera Internacional, producto del procedimiento de Contratación Directa No. 2022CD-000157-0019200001. Por lo que, los acuerdos que sean necesarios para la implementación del presente contrato, con los concesionarios vigentes, escapan del objeto contractual refrendado, siendo que se trata de actuaciones que no corresponden a actividad contractual desplegada entre los aquí contratantes, y en consecuencia, corren bajo su exclusiva responsabilidad.

Asimismo, esta Contraloría General de la República, no se encuentra validando en forma alguna los acuerdos -ni el proceso relacionado a estos- a los que eventualmente llegue la Administración con los concesionarios relacionados con el Muelle de Caldera, siendo que como se indicó, estos acuerdos no forman parte del contrato actual, siendo los mismos parte del actuar propio de la Administración.

En ese mismo sentido, cualquier referencia contractual realizada al respecto de dichos acuerdos a los que deberá llegar la Administración eventual -tal y como la contenida en el inciso E de la introducción-, se debe entender como parte de los antecedentes propios del negocio contractual, sin que, como se indicó, en forma alguna este órgano contralor avale dichos acuerdos.

7) Sobre el plazo de la contratación.

Debe resaltar este órgano contralor, que como parte de las decisiones que forman parte de la responsabilidad exclusiva de la Administración, se encuentra la definición de los plazos del presente contrato.

Así pues, y tal y como se explicó en el apartado sobre la naturaleza del refrendo, este acto no implica la validación por el fondo de la conveniencia del negocio como tal, sino que, se limita a un control de legalidad y posterior eficacia del contrato.

En ese sentido, la decisión de la Administración de establecer 19 meses para la fase I y 24 meses para la fase II -sección 2 del contrato-, es claramente una decisión exclusiva de la propia Administración, plazos que a su vez, deberán ser administrados de forma tal que puedan ser compatibles con plazos de otros contratos necesarios para la ejecución del acá refrendado.

Sobre este tema, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023-0365 del 11 de abril de 2023, la Administración indicó:

“(…) En cuanto a la conveniencia del plazo de ejecución, lleva razón la Contraloría General al apreciar que se está ante un escenario ajustado. Pero esa es ya una condición ineludible para esta Administración, que desde el inicio en mayo de 2022 hemos hecho esfuerzos y avances relevantes para concretar esta contratación en un plazo razonable, pues no podemos responder por las acciones u omisiones previas a esa fecha. A partir de ahí, se ha trabajado con la CFI para conformar un cronograma realista y responsable, que permita sincronizar la entrada del nuevo contrato con el vencimiento de los contratos actuales. El

escenario que está bajo análisis del órgano contralor refleja ese esfuerzo. De hecho, según ya lo hemos expresado, el hecho de que la CFI haya dado una solución agresiva pero responsable en términos de plazo, es uno de los motivos para adoptar esta vía de la contratación directa. De igual manera, es de vital importancia terminar de concretar esta contratación y entrar en fase de ejecución, pues cada mes que pasa el escenario adquiere una complejidad mayor. Somos absolutamente respetuosos del trámite de refrendo y de todos y cada uno de los requerimientos que hace el órgano contralor y desde ya se agradece el esfuerzo de la División de Contratación Administrativa por avanzar con este importante trámite que desde luego resulta de suma urgencia. (...)(www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).

De frente a lo anterior, este órgano contralor no se encuentra validando el plazo como tal de ejecución, ni la conveniencia del mismo, sino que, estas decisiones recaen sobre el ámbito de responsabilidad de la Administración, limitándose este órgano contralor a determinar la existencia de un plazo claro y preciso para las partes, dentro del contrato refrendado.

8) Sobre el acceso público a la información y documentación del presente contrato.

En diferentes notas, este órgano contralor consultó a la Administración al respecto del acceso a la información producto del presente contrato, siendo que tanto el documento contractual, como la información originada a partir del mismo -como por ejemplo, la información sobre el concurso público a realizarse para escoger un concesionario- debería ser considerada como pública, salvo los casos en que exista justificación al respecto, tal y como ha considerado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en los votos 2018-8398 y 2018-8397.

Sobre el tema, entre otras cosas, mediante oficio CR-INCOP-GG-2023-0365 del 11 de abril de 2023, la Administración indicó:

"(...)En cuanto a este aspecto, debemos señalar que compartimos lo indicado por el órgano contralor en cuanto a la publicidad de la información. Los términos y condiciones de contrato no limitan el cumplimiento de la obligación de INCOP de otorgar libre acceso a la información pública, con las excepciones de confidencialidad que correspondan según el ordenamiento jurídico legal. Esto ha sido subrayado en el texto del contrato. (...)"(www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).

De frente a lo anterior, se entiende que toda la información del presente contrato y que se produzca con ocasión de él, deberá ser considerada como pública, salvo las excepciones correspondientes, debiendo fundamentarse en ellas, la decisión de considerar algún elemento como confidencial.

9) Sobre la Sala de Datos.

Según lo regulado en la sección 1 párrafo (g), se tiene definida la creación de una Sala de Datos para el proyecto. Al respecto de esta Sala, este órgano contralor procedió a realizar una serie de consultas, siendo que el pliego de condiciones y el contrato, se referían a la Sala pero con responsables al parecer, diferentes.

Como respuesta a estos cuestionamientos, la Administración gestionante indica -en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365- que la Sala de Datos será creada por el INCOP con ayuda de la CFI, que los costos de creación se encuentran dentro de los honorarios previstos, que se espera que sea creada siguiendo una modalidad virtual, que la existencia/creación de esta Sala y el SICOP no son excluyentes y que no se espera contradicción entre ambos.

Ahora bien, al respecto de lo dicho por la Administración resulta necesario realizar una serie de comentarios. En primer lugar, se otorga el refrendo en cuestión, bajo el entendido de que tal y como indica la Administración, los costos asociados a la creación de esta Sala de Datos se encuentran dentro del costo de los honorarios y que además, será responsabilidad de la CFI participar en el desarrollo de la misma.

En segundo lugar, se entiende que, de frente a la normativa nacional, la información que contenga el Sistema Integrado de Compras Públicas SICOP, será prioritaria, considerándose la Sala de Datos como accesorio y en consecuencia, al existir contradicción entre ambas, deberá prevalecer la información contenida en el SICOP. Asimismo, la Administración deberá garantizar que la información que conste en el SICOP se encuentre completa y sea de acceso público de acuerdo a las consideraciones del punto 8 anterior (o sea que la confidencialidad es excepcional).

10) Sobre las observaciones para el presente refrendo.

Una vez efectuado el estudio de rigor, y de conformidad con el artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se refrenda el contrato de cita, con las siguientes observaciones:

- i. Se otorga refrendo al contrato denominado “Redocumentación Total Número Dos del Contrato de Servicios de Asesoría Transaccional para la Debida Diligencia, Elaboración de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad, Proceso de Precalificación y Licitación, y Gestión de Contratación y Adjudicación para la Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos ("COPSP") al Sector Privado del Proyecto Modernización y Expansión del Puerto Caldera” contrato con número SICOP 0432022101200068-00 suscrito entre el Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico y la Corporación Financiera

Internacional, producto del procedimiento de Contratación Directa No. 2022CD-000157-0019200001; por un monto para la fase I de \$1.060.000,00 (un millón sesenta mil dólares) y para la fase II un monto de \$2.800.000,00 (dos millones ochocientos mil dólares). (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 4. Documentos adjuntos / Documento "NI 7650-2023 ADJUNTOS PERSONAL 1.pdf").

- ii. Los servicios a contratar por parte de la CFI serán los indicados en el anexo 2 del contrato y además, se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración la decisión de contratar con la CFI, aún y cuando conoce que la CFI realizará subcontrataciones que dicho sea de paso, no generarán costos adicionales para la Administración, según lo dicho en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365:

"(...) En cuanto a este requerimiento, en las sesiones de trabajo con la CFI en ocasión de los requerimientos de órgano contralor, se nos ha indicado que la CFI usualmente recurre a la contratación de consultores externos en algunas áreas específicas y de alta especialización, por lo que en este caso la CFI deja abierta esa posibilidad. Sin embargo, la CFI nos ha reportado que la participación de consultores externos (subcontratistas en los términos referidos por el órgano contralor) no será superior al 50% del contrato, pues el porcentaje previsto a lo sumo alcanzará el 46%. En vista de que se está dentro de un porcentaje inferior al 50%, se está ante subcontratación que no requiere la autorización de la Administración, pues el contrato será ejecutado mayoritariamente con recursos propios de la CFI. En cuanto a motivos de interés público, de nuestra parte debemos indicar que el contrato está bajo la responsabilidad única y exclusiva de la CFI, que es el único contratista ante la Administración. Asimismo, es la CFI la que conduce sustancialmente el proceso de ejecución bajo sus estándares y requerimientos de calidad. De igual manera, tal y como lo explicamos ampliamente en el oficio de remisión, es la experiencia y el conocimiento propios y directos la CFI, lo que motiva esta contratación. Dicho lo anterior, comprendemos que es perfectamente posible que en consultorías complejas como la que nos ocupa, el contratista recurra a firmas o personas externas para actividades altamente especializadas, como por ejemplo el caso de consultores locales que tienen un conocimiento específico sobre particularidades de nuestro medio en aspectos regulatorios y otros. Pasa también con consultores externos especializados en áreas técnicas cuyo conocimiento específico aporta valor en algunos estudios (...)". (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf").

Así las cosas la decisión y conveniencia de contratar a la CFI, recae sobre la absoluta responsabilidad de la Administración. Asimismo, deberá la Administración realizar una valoración y aprobación de cada uno de los entregables por parte de la CFI, siendo

responsabilidad absoluta de la Administración la fiscalización del contrato y en consecuencia la correcta ejecución del objeto contractual.

- iii. De conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la LGAP, las competencias intransmisibles del INCOP no pueden ser delegadas a la CFI a través del contrato bajo análisis. En ese sentido, el INCOP tiene la responsabilidad de velar por el adecuado uso de los fondos públicos y tener un papel de control en la toma de decisiones.
- iv. Más allá de las precisiones realizadas en el presente oficio, con respecto al tipo de contratación de la que se trata y la excepción utilizada para la selección de la CFI; esto no va en detrimento de las competencias en materia de fiscalización posterior que ostenta este órgano contralor, respecto del cumplimiento de obligaciones y en general la administración que se haga de los fondos públicos en las contrataciones referidas, particularmente en lo que respecta a la fase de ejecución contractual, todo lo cual la Contraloría General, podrá ejecutar con las amplias funciones establecidas constitucional y legalmente y el INCOP debe garantizar en todo momento.
- v. En cuanto a la sección 4 remuneración, se otorga el refrendo en el entendido que tal y como lo indica la Administración el pago por parte del INCOP de la fase II, es considerado una cuestión excepcional, y que de esta forma se guarda absoluta relación con el informe técnico y el estudio de razonabilidad, siendo que estos informes explican los beneficios que tiene el INCOP al cancelar solamente el monto por la fase I.

Al respecto en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0446 del 09 de mayo de 2023, se indicó por parte de la Administración lo siguiente:

“(...) En especial se ha explicado es que se trata de una obligación de INCOP como administración concedente, pero que existen supuestos en los cuales el pago de honorario de la fase II no aplica, así como que al incluir este rubro en los pliegos cartelarios de la concesión del Proyecto, así como en el clausulado del contrato de concesión según ya se ha mencionado, será el concesionario (adjudicatario) el responsable del pago efectivo, lo que es conforme las prácticas internacionales. Por su parte, la CFI acepta que el pago de esta obligación sea asumido por un tercero (el concesionario). Según se puede apreciar, en consecuencia el escenario en el que el INCOP tendría que pagar, se limita a aquel de decisiones unilaterales excepcionales, porque incluso se contempla como escenario de no pago la declaratoria de desierto por razones de interés público. De manera que el estudio de razonabilidad considera favorable como beneficio agregado del esquema de pago, que prácticamente en ningún escenario el INCOP tendría que pagar directamente con sus recursos, pues eso solo ocurriría ante una decisión unilateral muy excepcional, en la que, en consecuencia, es razonable el reintegro de costos, costos que el informe ha determinado que son razonables. De forma tal que el análisis es consistente con las disposiciones contractuales. (...)” (www.sicp.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar

“Contrato” / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número “8052023000000419” / Archivo “CR-INCOP-GG-2023-0446 CGR mayo 2023 version final.pdf”).

En ese sentido, deberá la Administración orientar sus esfuerzos para que el pago de la fase II sea realizado por el adjudicatario y que solamente en una situación excepcional, tenga que ser asumido por el INCOP.

- vi. Asimismo, se entiende, según la Administración expresamente lo indica que cualquier consultor adicional que sea necesario contratar por parte de la CFI se encuentra cubierto por el costo de los honorarios, sin que además sea necesario para el INCOP contratar personal adicional y en ese sentido, es que se otorga el refrendo. Lo anterior, según lo dicho en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365: “(...) Sobre este aspectos, debemos afirmar que los costos de los consultores son parte de los definidos en los honorarios del contrato y no resultan adicionales. (...)” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección “Expediente Electrónico”, bajo el “Número de procedimiento “2022CD-000157-0019200001”, ingresar en el link “Descripción”, ver en la nueva ventana la sección denominada “5. Información de contrato” / Consultar “Contrato” / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número “8052023000000281” / Archivo “CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf.) y en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0150: “(...) En cuanto a esta inquietud, se aclara que el alcance contractual con la CFI es completo en los términos ya expuestos y según se aclaran en la nueva versión integral del contrato, por lo que, con el grado de información con que se cuenta al momento, no está previsto que el INCOP deba realizar contrataciones ulteriores de trabajos externos en el sentido indicado por el órgano contralor, por lo que, en este sentido, tampoco se prevé la existencia de costos adicionales para el INCOP.(...)” (www.sicop.go.cr, consultar en la sección “Expediente Electrónico”, bajo el “Número de procedimiento “2022CD-000157-0019200001”, ingresar en el link “Descripción”, ver en la nueva ventana la sección denominada “5. Información de contrato” / Consultar “Contrato” / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo/ sección denominada “2. Detalle solicitud refrendo” No. CGR2023100400001 consultar en “Detalle”, ver en la nueva ventana la sección “Historial de solicitud de Refrendo” / Archivo adjunto / Archivo “CR-INCOP-GG-2023-0150 RESPUESTA CGR SOBRE CONTRATO IFC.pdf”).
- vii. Sobre la Sección 4 (d) (i), se le hace ver a la Administración que la contratación de servicios adicionales por parte de la CFI, no deberá ser usada como una forma de cambiar la naturaleza de los servicios requeridos en el anexo 2 y que además, tampoco debe ser utilizada la presente cláusula para evitar la realización de los procedimientos ordinarios que correspondan.
- viii. Sobre la Sección 5. Reembolso de Gastos. Si bien entiende este órgano contralor que no se trata de una obligación por parte de la contratista, la Administración deberá intentar en la medida de lo posible, que la contratista logre el cometido de la sección en cuestión.

- ix. Sobre la Sección 8 Terminación. Punto (b)(ii). Se entiende según lo dicho por la Administración en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365, que esta decisión no corresponde a una decisión unilateral del contratista y que además, requiere del visto bueno de la Junta Directiva del INCOP
- x. Sobre la Sección 8 Terminación. Punto (e)(ii). Se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración la decisión de pagar por montos de la fase II en caso de suspensión durante la fase I, debiendo acreditarse en el expediente administrativo la justificación de los gastos incurridos, pagos que además deberán contar la debida aprobación del INCOP, una vez justificados los gastos correspondientes.
- xi. Sobre la Sección 8 Terminación. Punto (e)(ii)(9). Se entiende según lo dicho por la Administración en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365 que transacción materialmente similar al proyecto “(...) Se refiere a una transacción similar en sus términos y condiciones, estructura de la concesión y distribución de riesgos (...)”. (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).
- xii. Sobre la Sección 9 Evaluación de Impacto. Se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración la decisión y las justificaciones correspondientes para mantenerse otorgando información a la CFI por espacio de diez años, según lo dicho en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365.
- xiii. Sobre la Sección 14. Exención de responsabilidad e indemnización. Se otorga el refrendo bajo el entendido que en caso de existir incumplimientos comprobados por parte de la CFI, no existirá la obligación de indemnizar a la contratista, según lo dicho por la Administración en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365.
- xiv. Sobre la Sección 17. Solución de Controversias. Se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración la decisión de utilizar el mecanismo de solución de controversias definido en el contrato, así como la razonabilidad de los costos que esto implique, todo según las razones expuestas en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0150.
- xv. Será responsabilidad de la Administración decidir sobre el cumplimiento o no de la fase I y en consecuencia, sobre si resulta posible no solamente el pago por la fase I, sino también si se está ante un proyecto adjudicable, para la fase II, según lo dicho en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0446: “(...) Por otro lado, debemos indicar que la CFI no asume el papel ni ninguna competencia de la Administración Concedente, pues es el INCOP quien decide sobre el cumplimiento o no de la factibilidad. La Fase 1 está sujeta a aprobaciones de la Administración, según ya ha sido explicado en anteriores requerimientos de la Contraloría

General. Ahora bien, en el plano de los incentivos nuevamente debemos señalar que la CFI no es un contratista comercial, sino un organismo multilateral orientado en esta materia que nos ocupa, a colaborar con los Gobiernos para estructurar asociaciones público privadas que permitan ampliar el acceso de la población a infraestructura y servicios básicos de calidad, por lo que los aspectos reputacionales cuando aborda proyectos de primer orden para los países, son centrales y motivan la aplicación de los más altos estándares de cumplimiento, lo que implica la ejecución de estudios y estructuraciones serias que precisamente van a ser examinadas de manera rigurosa por el mercado de inversionistas y acreedores potenciales. (...). (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000419" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0446 CGR mayo 2023 version final.pdf").

- xvi. Queda bajo la exclusiva responsabilidad de la Administración contar con el disponible presupuestario necesario para hacer frente a las obligaciones que se deriven de este negocio jurídico, de igual forma deberá verificar que los recursos económicos puedan utilizarse válidamente para el fin propuesto en el contrato.
- xvii. Según lo dicho por la Administración deberá entenderse ASAT como "(...)ASAT Significa Contrato de Servicios de Asesoría Transaccional para la Debida Diligencia, Elaboración de Estudios de Prefactibilidad y Factibilidad, Proceso de Precalificación y Licitación, y Gestión de Contratación y Adjudicación para la Concesión de Obra Pública con Servicios Públicos ("COPSP") al Sector Privado del Proyecto Modernización y Expansión del Puerto Caldera. Por lo tanto, es aplicable para las dos fases del contrato.(...)". (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).
- xviii. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones del presente contrato por parte del contratista, se refrenda el mismo bajo el entendido de que la Administración de manera diligente y conforme a una correcta utilización de los fondos públicos deberá siempre velar por el efectivo cumplimiento de los servicios que serán prestados por la contratista y en consecuencia, en caso de considerar que ha existido incumplimiento por parte de la misma, deberá aplicarse lo definido en el contrato para tales efectos; obligación que recae exclusivamente sobre la Administración, al igual que las manifestaciones realizadas en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0365:

"(...) En cuanto a esta consulta, lo que debemos indicar es que el contrato está construido en términos que están orientados a su cumplimiento, incluyendo la valoración de un cronograma agresivo pero realista según ya lo expusimos en una respuesta anterior. Igualmente, según ya lo hemos expresado, se ha escogido a la CFI precisamente por su

experiencia específica y capacidad demostrada en estructuración de proyectos bajo modalidad de asociación público privada en materia portuaria. Los mecanismos para la ejecución contractual y para la penalización por incumplimientos del contratista, son los que están contenidos en su texto, incluyendo la sección de terminación contractual anticipada con los supuestos ahí regulados. Se está ante un contrato estándar y usual para este tipo de relaciones con un organismo multilateral como la CFI. (...) (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000281" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0365 CONTRATO IFC-CONTRALORIA.pdf).

Al respecto de este mismo tema, la Administración en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0446 indicó:

"(...) En cuanto a esta consulta, estimamos necesario abordar la respuesta desde dos perspectivas. La primera perspectiva está en el plano de la legalidad. Desde nuestra óptica -salvo mejor criterio de ese órgano contralor- el contrato resulta conforme con el ordenamiento jurídico por cuanto su contenido no contraviene ninguna norma concreta en cuanto a este aspecto consultado, ni tampoco omite mecanismos prescritos de manera vinculante por la legislación y reglamentación aplicables. Dado que ya el contrato se refiere a la terminación anticipada y desde luego a la sujeción del pago del precio contractual al cumplimiento del objeto en los términos regulados en el contrato, que son los mecanismos usuales para incentivar el cumplimiento por parte del contratista, el único aspecto remanente sería el relativo a las multas o cláusulas penales, al que suponemos que se refiere la consulta del órgano contralor dado que hace mención a la "penalización de incumplimientos". Sin embargo, respetuosamente debemos señalar que ni la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento -normas aplicables al caso- ordenan en modo alguno la inclusión de ese tipo de sanciones o penalizaciones en los contratos administrativos, pues el texto del artículo 47 del Reglamento a la Ley de Contratación claramente estipula en su párrafo primero que la Administración "podrá establecer en el cartel, el pago de multas por defectos en la ejecución del contrato", es decir, se trata de una posibilidad que se ejerce en el marco de la discrecionalidad administrativa, sin que se trate de una obligación relativa al diseño y contenido de un contrato público.

Lo anterior nos lleva a la segunda perspectiva de la respuesta a lo consultado. En este caso se ha establecido una relación contractual con un organismo multilateral de primer orden mundial. Aunque sea reiterativo, debemos señalar además que nuestro país se ha adherido al Convenio para la fundación de la Corporación Financiera Internacional, por lo que claramente la CFI no es un contratista comercial ordinario, sino un organismo multilateral del cual el Estado costarricense es miembro, adhesión que precisamente se produce porque resulta de interés para el Estado costarricense la relación con la CFI. La CFI tiene como parte de su giro de actividad el colaborar con los Gobiernos para estructurar asociaciones público privadas que permitan ampliar el acceso de la población a infraestructura y servicios básicos de calidad. En este contexto, es claro que para la CFI los aspectos reputacionales cuando aborda proyectos de primer orden para los países, son centrales y motivan la aplicación de los más altos estándares de cumplimiento. La CFI ha asumido un compromiso relevante con el país por medio

del INCOP y la importancia del cumplimiento se refleja en la seriedad con la que hemos abordado la configuración de un cronograma agresivo pero viable para atender una urgencia pública que la CFI tiene claramente identificada. (...) (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000419" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0446 CGR mayo 2023 version final.pdf").

Así las cosas, aún y cuando este órgano contralor entiende que se está ante un contrato estándar y que a su vez, el contrato por su propia naturaleza, está orientado hacia el cumplimiento -asociado además con una "comisión de éxito" para el contratista en la fase II-, será responsabilidad de la Administración velar diligentemente por el cumplimiento del mismo y en caso de que se considere que ha existido incumplimiento por parte del contratista, deberá aplicar los mecanismos contractuales y legales correspondientes para sancionar al contratista y exigir el debido cumplimiento del contrato.

- xix. En relación a la inscripción y obligaciones de frente a la Caja Costarricense de Seguro Social, en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0150 del 08 de febrero de 2023, la Administración indicó que: *"(...) En cuanto al tema de la Caja Costarricense de Seguro Social, consideramos en primer término aclarar lo señalado por el órgano contralor en el sentido de que la CFI "se ha sometido a la legislación nacional". Esta sujeción a la legislación se refiere a la relación contractual. Es importante tener claro que la CFI es un organismo multilateral según el ya referido Convenio para la Fundación de la Corporación Financiera Internacional, que por su parte fue aprobado mediante Ley No. 1960. El hecho de firmar un contrato administrativo no cambia el régimen jurídico de un organismo multilateral ratificado mediante una ley de la República. Precisamente, es con fundamento en esos instrumentos normativos que la CFI no se encuentra registrada ante la Caja Costarricense de Seguro Social, a lo que se agrega que la CFI no ejercerá actuaciones patronales de carácter público o privada en Costa Rica.(...)*". (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo/ sección denominada "2. Detalle solicitud refrendo" No. CGR2023100400001 consultar en "Detalle", ver en la nueva ventana la sección "Historial de solicitud de Refrendo" / Archivo adjunto / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0150 RESPUESTA CGR SOBRE CONTRATO IFC.pdf"). Si bien entiende este órgano contralor el régimen jurídico particular de la CFI, se advierte a la Administración que en el supuesto que la CFI se configure como patrono en el país, deberá verificar que se mantenga al día en el pago de las obligaciones con la seguridad social.

- xx. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa entidad la razonabilidad del monto de la contratación, en el entendido de que la Administración ha insistido en que el precio es razonable, ya sea en el supuesto del pago único por la fase I, o bien también, en el caso de que sea necesario que la Administración cancele el costo por ambas fases. Tal y como se indicó en el oficio CR-INCOP-GG-2023-0446 del 09 de mayo de 2023: *“(...)Sobre este aspecto, en primer término, es importante recordar que el estudio financiero al que hace mención la consulta, encontró razonable el honorario de la fase II en cuanto tal, como parte del honorario integral, más allá de quien lo paga. (...) De manera que el estudio de razonabilidad considera favorable como beneficio agregado del esquema de pago, que prácticamente en ningún escenario el INCOP tendría que pagar directamente con sus recursos, pues eso solo ocurría ante una decisión unilateral muy excepcional, en la que, en consecuencia, es razonable el reintegro de costos, costos que el informe ha determinado que son razonables. De forma tal que el análisis es consistente con las disposiciones contractuales. (...)”* De igual forma resulta de aplicación lo indicado en el citado artículo cuando dispone: (www.sicop.go.cr, consultar en la sección "Expediente Electrónico", bajo el "Número de procedimiento "2022CD-000157-0019200001", ingresar en el link "Descripción", ver en la nueva ventana la sección denominada "5. Información de contrato" / Consultar "Contrato" / Final de la ventana / Consulta de expediente de refrendo / 3. Listado de solicitudes de información / número "8052023000000419" / Archivo "CR-INCOP-GG-2023-0446 CGR mayo 2023 version final.pdf"). *“Corresponde a la Administración y al contratista garantizar, según sea el caso, el cumplimiento de los permisos, licencias, estudios y en general cualesquiera otros requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la ejecución del objeto contractual, sin que tales aspectos sean verificados durante el trámite de refrendo. Por lo tanto, el otorgamiento del refrendo sin que la Contraloría General de la República incluya condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento.”*
- xxi. Las modificaciones contractuales deberán ser acordes con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley General de Contratación Pública y 276 del Reglamento a dicha ley.
- xxii. Será responsabilidad exclusiva de la Administración, verificar y fiscalizar que el contratista cumpla con los plazos establecidos en el contrato, de conformidad con la Sección 2 Programa de trabajo y cronograma indicativo.
- xxiii. Corresponde a la Administración verificar que el contratista no se encuentre inhabilitado y cumplan con el régimen de prohibiciones previsto en el artículo 28 de la Ley General de Contratación Pública. Además deberá acreditar en el expediente que el contratista se encuentra al día en el pago de los impuestos correspondientes y normativa tributaria vigente, en lo que corresponda a la CFI.
- xxiv. Se entiende que con la suscripción del contrato, las partes han entendido y aceptado el contenido allí dispuesto, así como el alcance de las cláusulas contractuales a lo cual están obligadas al haber efectuado su manifestación de voluntad materializada en los documentos contractuales suscritos.

- xxv. En relación con el Informe de Auditoría de Carácter Especial sobre el cumplimiento del INCOP en el control de las concesiones de Puerto Caldera, realizado por el Área de Fiscalización para el Desarrollo de las Ciudades de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de esta Contraloría General de la República, Nro. DFOE-CIU-IF-00008-2021 del 26 de noviembre de 2021, se deja bajo absoluta responsabilidad de la Administración que la totalidad de derechos y bienes actualmente concesionados, deben ser entregados a la Administración Concedente al término de los contratos correspondientes en buenas condiciones de uso y explotación, tomando en consideración el desgaste y deterioro normal por un uso racional de dichos bienes.
- xxvi. De conformidad con el artículo 14 de la Ley General Contratación Pública, la contratista está obligada a *“... Cumplir con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”*.
- xxvii. Corre bajo entera responsabilidad de la Administración que el objeto contractual pueda ejecutarse y satisfacer a plenitud la necesidad que se persigue con la contratación efectuada, así como también, garantizar el ejercicio del control tanto interno como externo.
- xxviii. En relación al personal indicado en el anexo 3, se entiende que este personal tiene un perfil mínimo que siempre deberá ser respetado, aún y cuando sea necesario sustituir a alguno de los profesionales ahí indicados.
- xxix. Se advierte que se otorga el presente refrendo en el entendido de que cualquier gestión relacionada con la resolución contractual de este contrato, deberá ajustarse a las disposiciones de la Ley General de Contratación Pública y su Reglamento. En ese sentido, para efectos de la ejecución, considerando la entrada en vigencia de la Ley General de Contratación Pública e inicio de la ejecución de este contrato, deberá considerarse lo dispuesto en la referida ley, sin perjuicio de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas que se puedan ver afectadas.
- xxx. La Administración deberá adoptar las medidas de control interno necesarias, para verificar durante su ejecución que el monto de la contratación no generará un exceso en el límite de regla fiscal que ha sido previsto para el ejercicio económico del año 2023, derivado del artículo 11, Capítulo IV, Título IV de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas No. 9635 del 3 de diciembre de 2018 y lo establecido en el Decreto Ejecutivo N°41641-H, Reglamento al Título IV de la Ley N°9635, Responsabilidad Fiscal de la República, ello en el tanto le resulte aplicable. Además queda entendido que en caso de que el contrato tenga un plazo de ejecución superior a un año, la Administración ha considerado el marco de presupuestación plurianual, tal como lo indica el artículo 176 de la Constitución Política, cuando así corresponda. La inobservancia del límite de regla fiscal durante la ejecución contractual, podrá constituir falta grave contra la Hacienda

Pública y generar responsabilidad administrativa del funcionario respectivo, en los términos del artículo 26 de la misma norma legal referida.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas será responsabilidad de los señores Widman Cruz Méndez y Alberto Morales Argüello, en su condición de Presidente Ejecutivo y Gerente General respectivamente, o de quién ocupe ese cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de sus competencias, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División

Alfredo Aguilar Arguedas
Gerente Asociado



Marco Antonio Loáiciga Vargas
Fiscalizador

MALV/arb
NI: 7650
G: 2022004384-3-4