

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio No. **07025**

29 de julio, 2011
DCA-1953

Licenciado
Luis Fernando Araya Montero
Coordinador de Licitaciones
Dirección de Proveduría
Instituto Costarricense de Electricidad
Fax: 2220-8163

Estimado señor:

Asunto: Se concede refrendo condicionado a contrato y adendas 1 y 2 suscritos entre el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) y P. H. Chucás S.A., compra de energía de bloques de potencia hidroeléctricos hasta de 50 MW, según Licitación Pública Internacional 2006LI-000043-PROV.

Nos referimos a sus oficios número 5221-264-2011, 5221-578-2011, y 5221-836-2011, del 1 de marzo, 12 de mayo, y 1 de julio del presente año, y sus respectivos anexos, respectivamente, mediante los cuales requiere el refrendo del contrato y adendas 1 y 2 referidos en el asunto.

De acuerdo con el contrato remitido, con motivo de este proyecto, la empresa contratada se compromete a diseñar, financiar, construir, mantener, operar y transferir los bienes inmuebles y muebles bajo los cuales pondrá a disposición del ICE la energía proveniente de la planta, y le suministrará a esa Institución en forma exclusiva la energía eléctrica que genere la Planta que se construirá.

Sobre el particular, una vez efectuado el estudio respectivo, en donde se tuvo la colaboración de la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, y del Equipo Gestión y Asesoría Interdisciplinaria, luego de analizar el contrato y las adendas 1 y 2, se devuelven los documentos remitidos con el refrendo de esta Contraloría General, en estricto apego a lo dispuesto en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública.

Como antecedentes, tenemos que esta División mediante oficio DCA-0769 del 21 de marzo de 2011, convocó a una reunión para el pasado 28 de marzo, producto de tal reunión mediante el oficio DCA-0895 del 1 de abril se solicitó informacional adicional, la cual se remitió con el oficio 5221-578-2011 del 12 de mayo de 2011 y la adenda 1. Posteriormente, mediante oficio DCA-1485 del 9 de junio de 2011, de esa respuesta remitida en el oficio 5221-578-2011 fue necesario requerir información nuevamente, programándose mediante el oficio DCA-1517 del 17 de junio de 2011 una reunión para el 22 de junio de 2011, información y adenda 2 remitida con el oficio 5221-836-2011 del 1 de julio de 2011.

Sin perjuicio de la anterior aprobación, le corresponde a esa Administración atender las siguientes observaciones:

1) Este refrendo se otorga con vista en la certificación de contenido presupuestario 0810-39-2011 emitida por el ingeniero Salvador López Alfaro, Director General del Centro Nacional de Control de Energía, razón por la cual es de su exclusiva responsabilidad o de quien ocupe ese cargo, el tomar las previsiones necesarias para que a partir del año 2014 hasta el año 2030, se incluya en la formulación de los presupuestos una reserva presupuestaria en la partida de materiales y suministros, subpartida compra de energía una suma anual de US\$28.938.687.48, para un gran total de US\$491.957.687.20 (ver folio 5152 del expediente administrativo). En ese sentido se recuerda que es de exclusiva responsabilidad de la Administración no solo la acreditación del presupuesto, sino además la factibilidad técnica y jurídica de aplicar los recursos certificados en el objeto de esta contratación.

2) En la nota del 14 de marzo de 2011, suscrita por el señor José Benavides Sancho, Apoderado de P.H. Chucás S.A., se señala que el ICE adjudicó la Licitación Pública Internacional LI-000043-PROV al Consorcio ENEL-IELESA, conformado por Enel de Costa Rica S.A., e Inversiones Eólicas La Esperanza S.A., en donde la primera es la líder del Consorcio, y la que está haciendo el desarrollo del proyecto con su propio personal, la cual se encuentra inscrita como patrono y al día en el pago de sus obligaciones ante la CCSS. Para cumplir un requisito cartelario el consorcio formó la empresa Proyecto P.H. Chucás S.A., la cual será la propietaria de la planta hidroeléctrica Chucás hasta su eventual transferencia al ICE, por lo que en su condición de empresa proyecto no tiene ni tendrá personal, y por ende no está inscrita como patrono ante la CCSS. Por su parte Inversiones Eólicas La Esperanza S.A., tampoco está inscrita como patrono por ser una empresa de inversión.

La referida cláusula 3.2.3 del Capítulo II del cartel estipula: *“Aquellos Oferentes que resulten adjudicatarios, deberán constituirse legalmente en Costa Rica en un plazo máximo de sesenta (60) días naturales contados a partir de la adjudicación en firme, llenando las formalidades establecidas en el Código de Comercio. Dicha empresa deberá contar con al menos un treinta y cinco por ciento (35%) de su capital social perteneciente a personas físicas costarricenses de acuerdo a lo que se establece en el Artículo 3° de la Ley N° 7200. El porcentaje restante podrá pertenecer a otros inversionistas. En caso de no cumplirse este requisito en el plazo previsto, el ICE podrá revocar la adjudicación de la licitación.”*

En virtud de lo cual, tenemos que la empresa P.H. Chucás S.A. al suscribir el presente contrato y sus adendas, es la que asume para todos los efectos las obligaciones contractuales (incluidas las laborales) en representación del consorcio adjudicatario, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social debe encontrarse inscrita como patrono y al día en el pago de sus obligaciones, razón por la cual no obstante lo manifestado por esa empresa en la nota del 14 de marzo de 2011, deberán cumplir con ese requisito al inicio de la ejecución contractual, en consecuencia no será posible el inicio de la ejecución contractual si no se cumple el presente condicionamiento.

Además, debe velar la CCSS de que las tres referidas empresas Enel de Costa Rica S.A., Inversiones Eólicas La Esperanza S.A. y P.H. Chucás S.A., se mantengan al día en el pago de esas

obligaciones con la CCSS (ver folios 18 al 23, y 189, 190 de la oferta del Consorcio adjudicatario, 1117 del expediente administrativo, consulta realizada al SICERE por parte de esta División el 2 de marzo de 2011, y nota del contratista del 14 de marzo de 2011).

3) Será obligación del ICE velar en todo momento por que la garantía de cumplimiento que le corresponde otorgar al contratista, se encuentre vigente y acorde con el monto pactado bajo riesgo de ejecución preventiva, de conformidad con lo indicado en los artículos 40 y 41 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa (ver folio 4478 del expediente administrativo).

4) De conformidad con lo establecido en el artículo 2, se tiene que el objeto del contrato se refiere al diseño, al financiamiento, a la construcción, a la operación, a la inspección, al mantenimiento, y a la transferencia de la Planta, en virtud de que estamos en presencia de una contratación bajo la modalidad BOT.

5) El artículo 3.7 sobre la obtención del financiamiento para la construcción de la Planta, señala que el contratista dispone de un plazo de 6 meses para la obtención del mismo, y el artículo 3.7.2 señala que ese plazo puede ser prorrogado por una única vez, y por igual cantidad de meses. El ICE explica que ese plazo y su posible prórroga aplica únicamente para obtener el cierre financiero con las financistas señalados en la oferta, en caso de que el contratista no obtenga el cierre financiero debido a cambios requeridos por él y no aceptados por el ICE. El artículo 3.7.4 le permite al contratista buscar un nuevo financiamiento en el plazo de 6 meses. En virtud de lo cual, es entendido que el plazo establecido en el 3.7.4 no es adicional al del 3.7.2, por tratarse de dos situaciones diferentes.

6) En el artículo 3.7.3 el fundamento para realizar un cobro por daños y perjuicios por incumplimientos imputables al contratista, lo constituyen las disposiciones de los artículos 182 y 183 del Reglamento al Título II de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones.

7) Con respecto al artículo 3.8.1, de conformidad con lo explicado por el ICE y lo contemplado en la adenda 1, para la regulación de los atrasos en la obtención de la concesión para la explotación de la Planta, el ICE solicitará al contratista que le mantenga informado mensualmente sobre el avance del trámite ante la ARESEP, y tal obtención de la concesión para la explotación es responsabilidad y riesgo del contratista, en consecuencia, si la concesión no se obtiene por causas atribuibles al contratista antes de la fecha garantizada, se resolverá el contrato y se ejecutará la garantía de cumplimiento, y por causas no atribuibles al contratista se rescindirá por mutuo acuerdo el contrato. Bajo ese panorama, el artículo 3.8.1 se incluye como una de las causas de resolución del contrato.

8) En el artículo 3.8.2 relacionado con la compra de inmuebles y constitución de servidumbres, la adquisición de los terrenos y las servidumbres es total responsabilidad del contratista; ambos aspectos deben estar contemplados en la oferta y no implican reducción de costos de inversión.

9) En relación al artículo 3.8.3, el ICE explica que dado que el contrato de compra de energía es una especie de contrato llave en mano, y no un contrato de precios unitarios, no se solicitó en el cartel ni fueron puestos en la oferta, los elementos necesarios para determinar la cantidad de metros

cuadrados de terreno y servidumbres ofrecidos, por lo que solamente se tiene el monto global que se pretende invertir. De haberse solicitado en el cartel el precio unitario de los terrenos, se corría el riesgo de que finalmente fueran adquiridos a un mayor precio por el aumento en la plusvalía y como estamos en un contrato BOT todos los riesgos son del contratista. En virtud de lo anterior, el contratista queda obligado a transferirle al ICE solamente los terrenos y servidumbres en los que se ubican todas las obras de la Planta y que permiten al ICE la operación y mantenimiento, por lo que la cantidad de terreno a traspasar puede ser menor a la cantidad de metros cuadrados adquirida para la construcción del Proyecto. Además, al momento de transferirse las propiedades donde se encuentran ubicadas cada una de las obras que conforman la planta, sitios de acceso, servidumbres, entre otros, dicho traspaso deberá realizarse libre de gravámenes y anotaciones, sin perjuicio de las que se constituyan para el funcionamiento y operación de la planta. Finalmente, las escrituras de servidumbres deberán establecerse a favor de un fundo dominante, derechos que al vencimiento del contrato deberán ser traspasadas al ICE. Aunado a lo anterior, deberá observarse que su constitución se realice por un plazo indefinido.

10) El artículo 4.1.2 establece que, un año antes de la fecha garantizada de inicio de operación comercial indicada en el programa de trabajo oficial, el Contratista por única vez podrá modificar la fecha garantizada de inicio de operación comercial. Este refrendo se otorga en el entendido que esta posibilidad de modificar la fecha de inicio en operación comercial se encuentra limitada al plazo máximo de tres años establecidos en la cláusula 4.1.1; lo anterior según fuera indicado por esa Administración en el oficio 5221-578-2011, de fecha 12 de mayo del 2011, suscrito por el licenciado Luis Fernando Araya Montero, Coordinador de Licitaciones, aspecto que se deja bajo responsabilidad del ICE y sujeto al control interno y a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

11) En el artículo 4.1.4 si el contratista no presenta las especificaciones técnicas del proyecto en el plazo establecido, deberá suspenderse la construcción del Proyecto hasta por un plazo máximo de 3 meses, sin incurrir el ICE en ningún tipo de responsabilidad civil, administrativa, laboral o de cualquier otra índole, y si no se presentan en el plazo de suspensión se podrá resolver el contrato.

12) El artículo 4.2.7.2 en relación con el 4.1.5, señala que si el ICE detecta variaciones de las especificaciones técnicas por parte del contratista, lo notificará para que en un plazo de 72 horas presente las explicaciones pertinentes. Explica el ICE que si no son satisfactorias tales variaciones de esas especificaciones, es entendido que deben necesariamente ser corregidas por el contratista, razón por lo cual así se entenderá.

13) En el artículo 4.9.1 se señala que previo a la fecha de inicio de la operación comercial, las partes acordarán el listado de los aspectos pendientes del proyecto y un programa para su solución. Si no se corrigen en el plazo convenido y ya se ha iniciado la operación comercial, el ICE procederá a retener temporalmente de la próxima factura de compra de energía un monto correspondiente al doble de lo estimado; una vez corregidos los pendientes el ICE procederá a devolver el monto retenido. De conformidad con lo anterior y con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 34 del Reglamento a la ley de Contratación Administrativa, no procederá pago alguno, sino hasta la verificación del cumplimiento a satisfacción del objeto, bien o servicio contratado.

14) En el artículo 5.4.2 si por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, el encargado del ICE para presenciar las pruebas no pueda asistir, será sustituido por algún funcionario de la Unidad Supervisora. Es entendido, que el sustituto deberá contar con la debida experiencia y capacitación, a efectos de garantizar el cumplimiento de lo especificado en el cartel, la oferta, el contrato, adenda y sus respectivos anexos.

15) En el artículo 6.4.1, si la fecha acordada por el Comité Coordinador para el inicio de la operación comercial es posterior a la fecha garantizada de inicio de operación comercial, el ICE cobrará la multa establecida en el artículo 4.8.1.

16) Artículos 7.5.1., 7.5.1.1., 7.5.1.2, y 7.5.2.5. En primer término con respecto al reajuste de precios, se advierte que fue publicada en La Gaceta del 10 de febrero del 2009, la reforma al artículo 10 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, por lo que será de entera responsabilidad de la Administración la legalidad del mecanismo pactado en relación. No obstante lo anterior, de oficio se hacen las siguientes observaciones: **a)** En relación con el ajuste semestral del precio de la energía, la cláusula 7.5.1.1 establece que el componente de operación y mantenimiento será ajustado utilizando el índice “Producer Price Index” para “Electric Power”, Code WPU054 del Bureau of Labor Statistics del US Department of Labor. Al respecto, en el oficio 5221-578-2011 mencionado, esa Administración manifiesta que dicho índice fue establecido en el cartel y el contratista elaboró su oferta considerando las variaciones de éste. Asimismo, agrega que el índice Code WPU054 tiene cerca de 50 años de registro y que consideran que su comportamiento es estable y su estructura adecuada para el ajuste previsto en el contrato, por cuanto este índice contiene las variaciones de precios de la industria eléctrica. Así las cosas, la selección del índice de precios Code WPU054 que se utilizará para ajustar semestralmente el precio de la energía en este contrato, es un aspecto que se deja librado a la exclusiva responsabilidad del ICE.

No obstante lo anterior, siendo que según dispone la cláusula 7.5.1.1 las partes han acordado la posibilidad de que dicho índice pueda ser sustituido por otro similar, será responsabilidad del ICE mantener una actitud proactiva dando seguimiento a los índices disponibles en el mercado a efecto de que el índice que se utilice para estos efectos resulte ser el más estrechamente vinculado con las variaciones que se pretenden medir, acreditando en el expediente las valoraciones que sobre el particular realice. Lo anterior considerando que se está ante un relación comercial de largo plazo.

b) La cláusula 7.5.1.2 regula el derecho del contratista de presentar semestralmente la solicitud de revisión del precio de la energía, asimismo en esta cláusula se dispone que en caso de no presentación oportuna de la solicitud del contratista, igualmente la Administración, si conviene a sus intereses, revisará y establecerá un nuevo precio. En razón de lo anterior, es responsabilidad del ICE implementar los procedimientos y controles respecto del índice acordado con el propósito de que se ajuste el precio de la energía cuando esto convenga a sus intereses, en el caso eventual de una caída en el índice de referencia.

c) En relación con la cláusula 7.5.2.5, inciso ii), modificada mediante cláusula séptima en la adenda 1, la cual establece la fórmula para el reconocimiento de impactos económicos que se presenten de manera recurrente durante todo el periodo remanente de la operación comercial, se observa un ajuste con respecto a lo establecido en el Capítulo II, punto 16.6.2.4, inciso ii), visto a folio 6350 del expediente administrativo. Como justificación de este ajuste, la Administración

mediante el oficio 5221-578-2011 ya indicado señala que *“Lo establecido en el Contrato pretende reconocerle al Contratista el impacto económico entre el momento en que se produjo dicho impacto y el siguiente año, lo cual va en línea con la jurisprudencia administrativa sobre reajuste de precios; ya que en el Cartel solamente se reconocía el impacto a partir del año siguiente a la ocurrencia del evento”*, aspecto que se deja bajo responsabilidad de esa Administración.

17) En relación con la cláusula 11.4.1, literal a), modificada mediante adenda 2, en caso de una terminación anticipada las partes acuerdan que el monto a indemnizar corresponde a los costos y gastos incurridos por el contratista durante la ejecución del contrato, debidamente registrados y documentados en su contabilidad, los cuales no podrán superar el monto acumulado en el plan inversiones, correspondiente al avance físico del proyecto, en el momento de la liquidación, incluyendo cualquier ajuste de conformidad con la cláusula 7.5.2.3. Para efectos de esta liquidación establece dicha cláusula que el contratista deberá entregar al ICE un nuevo plan mensual de inversiones elaborado con base en el Formulario III-4-1 de su Oferta. Sobre este particular, se indica en página 4 del oficio 5221-836-2011 ya mencionado, que en caso que se tuviera que realizar una liquidación económica el ICE procedería primero verificando el porcentaje de avance real y luego se identificaría en el programa de inversiones el monto correspondiente a ese porcentaje de avance. Por lo anterior, será responsabilidad de esa Administración que el programa mensual de inversiones disponible cuente con el detalle suficiente para deducir de éste, en forma razonable y proporcional, el porcentaje de avance real correspondiente.

Con respecto al literal c) de la misma cláusula 11.4.1 se establece que el monto a pagar por indemnización en terminación anticipada no podrá ser menor al monto de la deuda de la planta. Sobre este particular manifiesta el Coordinador de Licitaciones en el oficio 5221-836-2011 de repetida cita que, el cumplimiento con la deuda de la planta tiene por objeto garantizar a las entidades que otorguen el financiamiento, que se respetarán las obligaciones que este tenga con ellos al momento de la terminación, requisito indispensable para obtener el financiamiento requerido. Asimismo agrega que *“en una eventual resolución del Contrato por incumplimiento del Contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 11.2.3, en forma simultánea con la toma del control de la Planta, el ICE notificará al representante de los acreedores para que estime y le comuniqué el monto de la deuda, la cual será reconocida en el momento de la liquidación del contrato”*. En virtud de lo cual, ante una eventual liquidación contractual por este concepto, queda bajo responsabilidad de la Administración que la liquidación económica que se determine, así como el monto de la deuda que se reconozca responda a la distribución de riesgos en este contrato, en la cual el presupuesto presentado por el contratista, según Formulario III-3 asciende a la suma de US\$107.595.929, monto que según lo dispuesto en la cláusula 3.1.1 se entiende bajo la responsabilidad y riesgo del contratista, excepto por los ajustes regulados en el contrato.

18) Señala el ICE con respecto al artículo 14.6 del contrato (estimación contractual), que la disposición del artículo 273 del Código Fiscal enuncia la manera de hacer el cálculo del impuesto de timbre en una serie de diferentes contratos, pero no lo hace en específico a los contratos modalidad BOT, por lo que han procedido a valorar el contrato con base en el valor de la planta, en este caso US\$107.595.929, por ser la transferencia de la planta al ICE el objeto principal, razón por la cual el contratista canceló la suma de ¢137.676.800 por concepto de especies fiscales (ver folio 5126 del expediente administrativo).

Agregan, que tal disposición establece que los contratos de cuantía inestimable pagarán un mínimo de ¢50, y que la determinación del contrato a 20 años sobre las ventas de energía resulta indeterminable de manera cierta, ya que a pesar de que se pueden hacer estimaciones para presupuesto, las ventas de energía dependen de la hidrología.

Bajo ese panorama, teniendo presente que la cantidad de energía que comprará el ICE no es una cantidad determinada fija, es decir, la compra de energía se configuraría como una modalidad de entrega según demanda, por lo que de conformidad con el oficio DGT-190-2011 del 6 de abril de 2011, suscrito por el señor Francisco Villalobos Brenes, Director General de Tributación, es responsabilidad de esa Administración verificar que el contratista cancele con cada orden de compra o pedido, lo correspondiente a especies fiscales, durante la etapa de ejecución contractual.

19) Las energías indicadas en el Anexo 14 corresponden a MWh y no a kWh.

20) En cuanto el precio, con fundamento en el artículo 9 del Reglamento del Refrendo, queda bajo la responsabilidad de la Administración la razonabilidad del precio que se vaya a cancelar, ya que conforme lo sostenido por la División de Contratación Administrativa: *“...la verificación de la razonabilidad del precio es un aspecto que es responsabilidad exclusiva de la Administración Pública, por lo que este órgano contralor presume que se ha revisado y valorado conforme las metodologías que se hayan valorado como convenientes u oportunas según el objeto de la contratación y las posibilidades de cada Administración.”*(Oficio 3352 del 15 de abril del 2008).

21) Queda bajo responsabilidad de la Administración el desplegar las medidas de verificación necesarias para comprobar que no existen violaciones al régimen de prohibiciones, conforme lo establecido en los artículos 22, 22 bis, 36 y 62 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley 7494 del 2 de mayo de 1995 (ver también los artículos 20, 69, 117 y 209 del Reglamento a dicha Ley, Decreto Ejecutivo 33411-H del 27 de setiembre de 2006). Esta División ha tenido a la vista las declaraciones juradas de Enel de Costa Rica S.A., Inversiones Eólicas La Esperanza S.A., y P.H. Chucás S.A., en donde señalan que no se encuentran inhabilitadas para contratar con la Administración y que no les alcanzan las prohibiciones de los referidos artículos (ver folios 182 al 187 de la oferta del contratista y oficio 0690-64-2011 del 15 de marzo de 2011, suscrito por Ulises Zúñiga Blanco, Coordinador Gestión de Contratos del ICE).

22) Se ha consultado el registro oficial sobre inhabilitaciones a particulares que de conformidad con el artículo 215 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa lleva la Dirección General de Administración de Bienes y Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, por medio del Sistema de Compras Gubernamentales CompraRed, del cual se registra que Enel de Costa Rica S.A., Inversiones Eólicas La Esperanza S.A., y P.H. Chucás S.A., no se encuentran sancionadas.

23) Los alcances del acuerdo de confidencialidad CON-032-11 del 8 de febrero de 2011 (visible a los folios 5321 al 5333 del expediente administrativo y que se encuentran en expediente separado), quedan bajo la exclusiva y absoluta responsabilidad de esa institución licitante.

24) Se advierte que el análisis del expediente administrativo, se circunscribió a los aspectos detallados en los alcances del artículo 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de

la Administración Pública. Razón por la cual, bajo exclusiva responsabilidad de la Asociación, se presume la legalidad de los demás aspectos no abordados en el análisis descrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de ese Reglamento, los cuales están sujetos a la fiscalización posterior de este órgano contralor.

Atentamente

Lic. Marco Vinicio Alvarado Quesada
Gerente Asociado

Lic. Oscar Castro Ulloa
Abogado Fiscalizador

Licda. Laura Chinchilla Araya
Asistente Técnica

Master Félix Hidalgo Badilla
Fiscalizador

OCU/yhg
Anexo: 13 expedientes administrativos, 6 expedientes oferta contratista, 1 expediente confidencial y 1 file documentos originales
NI: 3724-4644-4682-7014-8093-11303
Ci: Archivo central
G: 2008001088-3-4-5