

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio No. **09938**

20 de setiembre del 2013
DCA-2280

Señor
Gonzalo Gómez Álvarez, MBA
Coordinador de Contrataciones Directas
Instituto Costarricense de Electricidad
Fax: 2220-62-25 / 2296-45-69

Estimado señor:

Asunto: Se deniega refrendo por no requerirse, al contrato suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad y la empresa Inversiones Eólicas de Orosi Dos S.A., para la adquisición de servicios de energía eléctrica, Bloque de Potencia Eólico bajo un esquema BOT, derivado de la Contratación Directa Especial N°2011CD-3636-PROV, y por un monto de \$123.000.000,00 (ciento veintitrés millones de dólares exactos).

Nos referimos a su oficio 5210-498-2013, recibido en este órgano contralor en fecha 23 de agosto del 2013, por medio del cual solicita el refrendo legal del contrato suscrito entre el Instituto Costarricense de Electricidad –en adelante ICE- y la empresa Inversiones Eólicas de Orosi Dos S.A, correspondiente a la adquisición de servicios de energía eléctrica, Bloque de Potencia Eólico bajo un esquema BOT, derivado de la Contratación Directa Especial N°2011CD-3636-PROV, y por un monto de \$123.000.000,00 (ciento veintitrés millones de dólares exactos).

Sobre el particular, una vez realizado el estudio de rigor, devolvemos el contrato de mérito sin el refrendo legal solicitado, por las razones que de seguido se indican.

I.-Antecedentes de la gestión.

1. Mediante oficio 08029 (DCA-1830) del 7 de agosto del 2012, este Despacho en respuesta a solicitud presentada por el ICE mediante oficio 0610-132-2012 del 5 de julio del 2012, procedió al archivo de documentación presentada por esa empresa pública, en vista que la gestión remitida no correspondía a una de refrendo, sino de carácter informativo, como bien lo indicó esa Administración en el oficio 258-918-12/SACI-2222 del 31 de julio de ese año.

-
2. Por medio del oficio 08491 (DCA-1926) del 20 de agosto del 2012, este órgano contralor atendió solicitud de aclaración presentada por el representante legal de la empresa Inversiones Eólicas de Orosi Dos S.A., en punto a la necesidad de contar el contrato derivado del procedimiento de contratación directa efectuado por el ICE para dicho objeto, con el refrendo contralor para su eficacia jurídica.

Señalando este Despacho en lo de interés que: *“(...) Así las cosas y sobre la primera de ellas, es importante señalar que el régimen de las contrataciones sujetas a refrendo, encuentra su regulación en el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el cual en su artículo tercero, establece una lista taxativa de contrataciones que por su cuantía o naturaleza se encuentran sometidas al cumplimiento de dicho requisito. / Esta lista que como se indicó es de carácter taxativo, no permite la incorporación por vía de interpretación, de otro tipo de contratos diferentes a los señalados expresamente en su contenido. Por lo que si la contratación directa realizada por el ICE, no se encuentra establecida dentro de los supuestos que comprende la referida norma, no requerirá el cumplimiento de dicho requisito ante el órgano contralor (...)”*

II.-Sobre la tramitación de la Contratación Directa Especial N°2011CD-3636-PROV.

De la información contenida en el expediente administrativo de la contratación de cita se observa, que la Administración en el año 2010, promovió la Licitación Pública Internacional N°2010LI-000020-PROV, para la adquisición de un bloque de energía eólica al amparo de lo establecido en el Capítulo II de la Ley N°7200, reformada mediante la Ley N°7508.

En este proceso licitatorio se presentaron tres ofertas de las cuales dos resultaron elegibles, sea la del Consorcio Acciona-Ecoenergía Chiripa y la de Inversiones Eólicas Orosi Dos S.A., resultando adjudicataria de dicho proceso la primera de ellas.¹

Ahora bien, siendo que dentro de este proceso ambos oferentes ofrecieron descuentos a la Administración, que se inspiraron en una condición de bajo costo de los equipos de generación eólica por saturación del mercado, y que además estos precios, implicarían un ahorro importante en millones de dólares a la institución, se consideró altamente oportuno aprovechar las condiciones ofrecidas por la oferta resultante no adjudicada del proceso de licitación pública seguido, es decir, la de Inversiones Eólicas de Orosi Dos S.A.

Ello con el fin de beneficiarse de la coyuntura del mercado en ese momento, que por medio de un nuevo proceso licitatorio no se podría garantizar, y además, que esta oferta en las condiciones dichas, representa para el ICE poder continuar con el desarrollo de la estrategia institucional y de política energética, permitiendo incorporar además un elemento que contribuiría a la reducción del costo de la energía eléctrica.

¹ Esta información consta precisada en el oficio 0610-132-2012 del 5 de julio del 2012, visible a folios 2411 a 2418 del Tomo V del expediente administrativo.

Es por lo anterior, que considerando que entre ambas ofertas, existió apenas una diferencia de cuatro diezmilésimas de dólar por KWH, el ICE aprovechando el descuento ofrecido por Inversiones Eólicas Orosi Dos S.A en el proceso licitatorio, las condiciones de mercado imperantes, así como la contribución que un segundo bloque de energía efectuaría a la política energética, especialmente por el uso de energías renovables, decide contratarla en forma directa para la adquisición de un nuevo bloque de energía.

Para este propósito utilizó como fundamento, lo dispuesto en el artículo 23 inciso c) de la Ley 8660 Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, que establece la posibilidad para el ICE y sus empresas de recurrir a la contratación directa para aquellas actividades que por “...razones de seguridad,, urgencia, emergencia u oportunidad, sea necesaria para garantizar la continuidad de los servicios o para introducir mejoras o nuevas tecnologías a sus productos o servicios...”²

En este orden de ideas, consta a folios 002 a 004 del Tomo I del expediente administrativo de la contratación, el acuerdo emitido por el Consejo Directivo del ICE en la sesión 5969 del 16 de noviembre del 2011, el cual indicó:

“...Aprobar el desarrollo del proyecto para adquirir un bloque de potencia eólico bajo un esquema BOT, al amparo del Capítulo II de la Ley 7200 y sus reformas, la Ley 8660 y su Reglamento, respetando los topes del 15% de la capacidad instalada en el SEN en el momento en que se firme el contrato; así como el tope técnico que la Administración determinará (...)”

En concordancia con lo anterior, la División Jurídica Institucional mediante oficio 272-1265-2011 /SACI-3023 del 4 de octubre del 2011, había rendido criterio en punto a la procedencia de aplicar los artículos 23 inciso c) de la Ley 8660 y 112 inciso q) de su Reglamento, para la contratación de dicha empresa de manera directa³, estableciendo que las razones de oportunidad demostrable identificada en dichas normas, claramente se reflejaría en el impacto positivo que tendría la contratación de un nuevo bloque de energía, aprovechando la situación actual de los bajos costos de mercado de equipos para generación eólica, uso de energías limpias y renovables, así como una disminución en el costo de la energía eléctrica.

Razón por la cual, mediante acuerdo de la Junta de Adquisiciones Corporativa de la sesión 241 del 10 de abril del 2012, se acordó adjudicar dicho proyecto de energía a la empresa Inversiones Eólicas Orosi Dos S.A., bajo un esquema BOT, siendo esta contratación una vez formalizada, la que se somete a conocimiento de este órgano contralor para su refrendo, y sobre lo cual nos referiremos en el apartado siguiente.

² Norma que además se desarrolla en el artículo 112 inciso q) del Reglamento al Título II de la Ley 8660, en punto habilita también al ICE a contratar en forma directa, cuando existan razones de emergencia, seguridad u oportunidad demostrable, y sea necesario para garantizar la continuidad de los servicios que brinda el ICE.

³ El cual se encuentra visible a folios 165 a 170 del Tomo I del expediente administrativo.

III.-Criterio de la División.

1) Sobre el procedimiento utilizado para la contratación.

En la especie, lo que el Instituto Costarricense de Electricidad realizó, fue utilizar la oferta no adjudicada del trámite de Licitación Pública Internacional N°2010LI-000020-PROV, para generar una segunda contratación –esta vez en forma directa- con la empresa no seleccionada, bajo el argumento de oportunidad demostrada que establece la normativa especial del ICE, aspecto sobre lo que conviene efectuar por este órgano contralor, algunas consideraciones importantes.

Como punto de partida no debe perderse de vista, que la Ley que Autoriza la Generación Eléctrica Autónoma o Paralela (Ley 7200 y sus reformas), dispone la utilización del mecanismo de Licitación Pública o concursado, cuando estemos en presencia de la adquisición de energía eléctrica en un porcentaje superior al 15% al límite también de 15% establecido en el artículo 7 de dicha Ley, y además, que sea para bloques que tengan una capacidad de 50.000 kw de potencia máxima.

Es por ello que con esa intención, la Administración promovió la Licitación Pública Internacional N°2010LI-000020-PROV antes citada, debiendo entonces determinarse, si para la contratación de un segundo bloque de energía de similares características, debía recurrirse a un nuevo procedimiento licitatorio o bien, podrían ser de aplicación vía excepcional, supuestos previstos en la Ley N°8660.

Sobre este tema, si bien este Despacho no desconoce la exigencia normativa de la Ley N°7200, en el sentido de requerirse la promoción de una licitación pública para estos casos, no debe perderse de vista que el caso en estudio presenta algunos rasgos particulares que veremos de seguido.

Al respecto, si bien estamos en presencia de una oferta que fue seleccionada mediante un mecanismo de excepción, debe tomarse en cuenta que esta oferta no fue presentada como consecuencia de un requerimiento ex profeso de la Administración para utilizarla en un procedimiento de esa naturaleza. Sino que más bien, su presentación operó dentro de un procedimiento licitatorio amparado en las mismas regulaciones de la Ley N°7200, por lo que esta oferta fue evaluada y analizada conforme las reglas propias de esa normativa.

Este elemento es importante, por cuanto no deja desconocido el hecho de la especialidad que para compra de energía reviste la Ley N°7200, visto que la Administración recurre originalmente a un procedimiento licitatorio inspirado en esa normativa, para llevar a cabo la adquisición de estos servicios. De ahí que las disposiciones de dicha Ley no pueden a juicio de este Despacho entenderse desatendidas o inaplicadas, por recurrirse a los mecanismos de excepción previstos en la Ley N°8660 y su Reglamento, pues para este momento, ya la oferta en cuestión había sido objeto de análisis en dicho proceso licitatorio.⁴

⁴ Al respecto, en el oficio 0610-132-2012 del 5 de julio del 2012 se indicó refiriéndose al proceso licitatorio en el que participó la empresa Inversiones Eólicas Orosi Dos S.A lo siguiente: "(...) La apertura de ofertas se llevó a cabo el 9 de junio del 2011 y se recibieron tres ofertas por proyectos cuyo costo variaba entre los US\$100.2 millones y los US\$132,9

Bajo este orden de ideas entonces, nada impediría que tratándose de la compra de energía eléctrica –bajo cualquiera de los esquemas posibles-, el ICE utilice supuestos de excepción a los procedimientos ordinarios de concurso previstos en su propia normativa (Ley 8660), siempre que se trate de la selección de otros oferentes no seleccionados y elegibles producto de procesos inicialmente seguidos conforme las reglas de la Ley N°7200. Lo anterior, por cuanto pensar en una aplicación aislada y única de la primera Ley, podría provocar una habilitación no deseada por el legislador de adquirir estos servicios de energía solo por medio de un régimen de excepción, y no conforme la ley especial que los rige.

De donde se sigue, que este órgano fiscalizador en modo alguno prohija la inaplicación de las reglas de la Ley 7200 para estos casos; sino que desarrollado un proceso bajo dichas reglas, podría ser posible para el ICE recurrir a los mecanismos de excepción previstos en la Ley posterior, sea la Ley 8660 para otras adquisiciones, visto que las disposiciones de esta última son extensivas a la materia energética en virtud de lo señalado en los artículos 2 y 6 de su texto.⁵

Lo anterior –y en esto debe ser enfático este Despacho-, siempre y cuando se demuestre y acredite en el expediente respectivo, la oportunidad conforme lo dispuesto en el artículo 23 inciso c) de la Ley N°8660 o bien, bajo cualquiera de las causales previstas en dicha normativa, que hacen posible la utilización de la excepción. Tomando en cuenta para ello también, lo dispuesto en el último párrafo del citado artículo 23 en tanto deja a responsabilidad del ICE, sin perjuicio del control posterior de este órgano, la aplicación de las causales de excepción a los procedimientos ordinarios.⁶

*millones y precios de la energía entre los US\$0,125 /Kwh y los US\$0,146/kWh. Luego de completar la revisión de las ofertas recibidas se determinó que la oferta de menor precio no cumplía con los términos del cartel, por lo cual no podía ser considerada elegible. Basado en lo anterior, según se estipulaba en el cartel de la licitación, se procedió a solicitarles a las dos ofertas restantes la presentación de su oferta con descuento sobre los precios ofertados. / Una vez analizados los descuentos ofertados se determinó que ambos oferentes otorgaron descuentos importantes, del 11.6% y 16.8% dando como resultado que, al aplicarse el descuento, los precios son prácticamente iguales: es decir que la diferencia en los precios entre ambas ofertas es de únicamente **cuatro diezmilésimas de dólar por kWh**. (...)*

⁵ Que por su orden indican: “...**Artículo 2.-Objetivos de la Ley. Son objetivos de esta Ley:** a) Fortalecer, modernizar y dotar al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a sus empresas y a sus órganos adscritos, de la legislación que le permita adaptarse a todos los cambios en el régimen legal de generación y prestación de los servicios de electricidad, así como de las telecomunicaciones, infocomunicaciones, productos y servicios de información y demás servicios en convergencia (subrayado agregado)

“...**Artículo 6. Competencias del Instituto Costarricense de Electricidad y sus empresas:** El ICE y sus empresas, dentro del territorio nacional y fuera de él, serán competentes para lo siguiente: a) Generar, instalar y operar redes, prestar, adquirir y comercializar productos y servicios de electricidad, telecomunicaciones e infocomunicaciones, así como otros productos y servicios de información y otros en convergencia, de manera directa o mediante acuerdos, convenios de cooperación, asociaciones, alianzas estratégicas o cualquier otra forma de asociación con otros entes nacionales o extranjeros, públicos o privados. (subrayado agregado).

⁶ En dicha norma se indica que “(...) *la aplicación de las causales anteriores será de responsabilidad exclusiva de la administración, sin que se requiera autorización de órganos o entes externos. La administración deberá dejar constancia, en el expediente de cada caso concreto, de las razones que sustentan la aplicación de la causal de exclusión de los*

Ahora bien, siendo así las cosas, no encuentra este órgano contralor ilegítimo que el Instituto Costarricense de Electricidad, habiendo tramitado y adjudicado un procedimiento de licitación pública para la adquisición de un bloque de energía eólica según las reglas de la Ley 7200 y sus reformas, aproveche la oportunidad que representa utilizar la oferta no adjudicada en ese mismo proceso, en vista de las particulares condiciones económicas ofrecidas por esta producto de la situación de mercado, en el tanto también, su selección contribuya o resulte necesaria para el desarrollo de la política energética de la institución. Es claro que en la aplicación de la excepción no se desconoce los mecanismos de selección previstos en la Ley N°7200, ni tampoco los límites del porcentaje superior al 15% al límite tde 15% establecido en el artículo 7 de dicha Ley, así como que sea para bloques que tengan una capacidad de 50.000 kw de potencia máxima.

Estas razones de oportunidad en todo caso se advierte, quedan bajo responsabilidad de la Administración haberlas valorado adecuadamente, visto que el criterio expuesto en el presente oficio, no abarca el análisis de los motivos expresados por esta para la aplicación de la causal correspondiente, centrándose únicamente como fue indicado, en la utilización del procedimiento seguido para ese propósito.

b) Sobre la procedencia del refrendo en el caso concreto.

De conformidad con el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el refrendo que otorga esta Contraloría General, procede para los casos expresamente previstos en su artículo tercero, el cual corresponde a una lista taxativa y sin que pueda asumirse la incorporación de otros supuestos no previstos expresamente en sus disposiciones.

Ahora bien bajo este escenario tenemos, que el contrato sometido a refrendo por esa empresa pública, tiene su origen en un procedimiento de contratación directa especial, inspirado en la normativa que regula al ICE y sus empresas, aspecto ya abordado para el presente caso en el apartado anterior.

En este orden de ideas, siendo que por un lado el Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, no prevé dentro de su régimen la necesidad del refrendo de este tipo de contrataciones para efectos de su eficacia, es claro entonces que el contrato resultante de la Contratación Directa 2011CD.003636-PROV, al no ubicarse dentro de los supuestos por los que conforme la normativa vigente se exige el requisito de refrendo contralor, no debe en consecuencia de ser remitido.

Lo anterior justamente –como fue indicado-, por el hecho de consistir los supuestos que exigen el cumplimiento del refrendo en una contratación, una lista cerrada que salvo los casos expresamente incorporados en ella, no debe ser cumplida para el resto de contrataciones.

procedimientos ordinarios de concurso, lo cual queda sujeto a la fiscalización posterior facultativa de la Contraloría General de la República.”

En virtud de lo anterior, procedemos a la devolución del contrato de mérito sin el trámite solicitado, debiendo observar en su caso esa empresa pública, las regulaciones propias del trámite de aprobación interna previsto también reglamentariamente para el ICE y sus empresas, con la finalidad de brindar eficacia jurídica a la citada relación contractual.

Atentamente,

Lic. Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

Lic. Edgar Herrera Loaiza
Fiscalizador

Anexo: Contrato original y Tomos I al VIII que conforman el expediente administrativo original.

EHL/chc
NI: 19980
G: 2012001847-3