

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio No. **07361**

18 de julio, 2012
DCA-1684

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 al contrato 2012000023 y adenda 1, suscritos entre el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) e Hidrotárcoles S.A., compra de energía de bloques de potencia hidroeléctricos hasta de 50 MW, según Licitación Pública Internacional 2006LI-000043-PROV.

Nos referimos a los oficios 5221-491-2012, y 5221-611-2012 del 10 de mayo y 22 de junio del presente año, mediante los cuales requiere el refrendo del contrato y adenda 1 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 hidroeléctrica Capulín San Pablo, 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 de la unidad de Asesoría Interdisciplinaria Equipo Gestión y Asesoría Interdisciplinaria (EGAI) de esta División, luego de analizar el contrato y la adenda 1, se devuelven dichos documentos contractuales 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-1334 del 5 de junio de 2012, solicitó informacional adicional, la cual se remitió con el oficio 5221-611-2012 del 22 de junio de 2012 y la adenda 1.

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 0810-266-2012 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 en los presupuestos para los años futuros (2013 en adelante), se incluya una reserva presupuestaria en la partida de materiales y suministros, subpartida compra de energía, por la suma anual de US\$24.200.000.00 (ver folio 7480 del expediente administrativo), cantidad que es referida en dicha certificación. 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) De conformidad con certificaciones emitidas por la CCSS, la contratista no aparece inscrita como patrono ante tal entidad (ver folios 7492 y 7655 del expediente administrativo). La contratista mediante nota del 18 de junio de 2012 (ver folios 152-153 del expediente de refrendo), señala que la empresa está en la fase preoperativa del proyecto, en la cual se han subcontratado o han sido asumidas por los socios las tareas propias de esta etapa, siendo la socia Constructora Sánchez Carvajal S.A., la que ha asumido la mayor parte del trabajo de esa etapa preoperativa y tal empresa se encuentra al día con la CCSS (ver folio 158 expediente de refrendo). A partir del refrendo del contrato por parte de la CGR, se dará inicio a la fase operativa, para lo cual se contratará personal técnico y profesional, y es allí cuando Hidrotárcoles S.A. se inscribirá como patrono.

En virtud de lo cual, esta División se permite indicar que en el momento en que Hidrotárcoles S.A. llegue a alcanzar características de actuación que la obliguen a cumplir con obligaciones propias de la seguridad social, debe en ese momento acreditar esa condición y mantenerse al día en el pago de las obligaciones obrero-patronales, aspecto que queda bajo la exclusiva y absoluta responsabilidad de la Administración.

3) Será obligación del ICE velar en todo momento porque la garantía de cumplimiento que le corresponde otorgar al contratista, en este caso de US\$5.351.000.00 (5%), se encuentre vigente y acorde con el monto pactado bajo riesgo de ejecución preventiva (ver folios 7078 al 7080 del expediente administrativo).

4) El cumplimiento de las condiciones técnicas requeridas (ver folios 3900 al 4090 del expediente administrativo).

5) En el artículo 1 definiciones, considera esta División que existe un error material específicamente en la denominada "*requisitos de aceptación*", ya que en ella se hace alusión al artículo 4.9.1.1, cuando lo correcto es al artículo 4.8.1.1.

6) El artículo 2.1 señala 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 Hidroeléctrica Capulín San Pablo de una potencia nominal de 50.000 KW que corresponde a dos unidades de 25.000 KW cada una, en virtud de cual entiende esta División que estamos en presencia de una contratación bajo la modalidad BOT.

7) El artículo 3.7.3 sobre la obtención del financiamiento para la construcción de la Planta, señala que si al vencimiento del plazo de 6 meses, o al vencimiento de su prórroga por una única

vez señalado en la cláusula 3.7.2, el contratista no ha logrado formalizar los contratos de financiamiento requeridos para la construcción de la Planta, si el ICE considera que el contratista no ha sido lo suficientemente diligente en la consecución de dicho cierre, resolverá el contrato.

El ICE explica que en el caso de que el contratista demuestre que ha sido suficientemente diligente, se estudiará el caso y se evaluará la posibilidad de otorgar una prórroga definitiva, en consecuencia, en la adenda 1 se modifica el artículo 3.7.2 eliminando la restricción de la prórroga por una única vez, y en el artículo 3.7.3 se agrega la posibilidad de otorgar una prórroga definitiva.

8) En relación con el 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 por ese concepto (Formulario III-3). Se indica que 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, lo cual no resultaría consistente con la tesis de que en un contrato BOT todos los riesgos son del contratista. Además, considera ese Instituto que un terreno mayor de lo necesario para operar la Planta se podría convertir en un problema de precarismo o de limpieza y mantenimiento para el ICE cuando se le transfiera la Planta.

Así las cosas, en virtud de las manifestaciones del ICE, en el sentido de que admiten como muy razonable que lo que se incluye en el renglón “Terrenos y derechos” del Formulario III-3 de la oferta, son únicamente los terrenos que estrictamente pasarán a ser parte de la Planta, esta División deja bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad esa valoración y decisión del ICE, en el entendido de que efectivamente de conformidad con la funcionalidad del proyecto la cantidad de terreno que se transfiera sea la que realmente se requiera al efecto.

Además, estima esta División que 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. Por otra parte, las escrituras de servidumbres que se establezcan para la ejecución contractual, al vencimiento del contrato deberán ser traspasadas al ICE.

Aunado a lo anterior, considera esta División que deberá observarse que su constitución se realice por un plazo indefinido o suficiente para cubrir la normal ejecución contractual.

9) En el artículo 4.1.2 se establece que un año antes de la fecha garantizada de inicio de operación comercial indicada en el programa de trabajo oficial, el contratista por una única vez podrá modificar la fecha garantizada de inicio de operación comercial.

Este refrendo se otorga en el entendido que, tal y como lo acredita el ICE en el supracitado oficio 5221-611-2012, esta posibilidad de modificar la fecha de inicio en operación comercial se encuentra limitada al plazo máximo de tres años para la construcción de la Planta establecido en el

artículo 4.1.1, aspecto que se deja bajo exclusiva y absoluta responsabilidad del ICE y sujeto al control interno y a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

Adicionalmente, cabe señalar, si que si el contratista no cumple con esa fecha deberá pagar multas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4.8.1.

10) 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. Por su parte en el artículo 4.9.2, modificado mediante adenda 1, se establece un plazo de solución no mayor a 3 meses contados a partir de la fecha de inicio de operación comercial, plazo que se podrá prorrogar por una única vez, por 3 meses adicionales, cuando por razones técnicas, de seguridad y operación no sea posible completarlos dentro del plazo original, dejando la posibilidad de que aquellos aspectos del listado que no puedan ser resueltos en dicho plazo por ser necesaria una parada prolongada de las unidades y/o de la Planta, el plazo aplicable corresponderá con la siguiente parada anual de mantenimiento de la Planta, en la que los mismos deberán ser resueltos.

Tal y como lo acordaron las partes en la adenda, si el contratista no resuelve dichos aspectos en el plazo establecido, las partes estimarán el monto de los aspectos pendientes y procederá a retener temporalmente de la próxima factura de compra de energía el doble del monto estimado. Una vez corregidos los aspectos pendientes, el ICE procederá a devolver el monto retenido.

Entiende esta División que en caso de que se haya retenido alguna suma por ese concepto, el ICE devolverá el monto retenido, siempre y cuando hayan verificado previa y satisfactoriamente su cumplimiento.

11) En el artículo 5.4.2 relacionado con las pruebas de aceptación y puesta en marcha de la Planta, es entendido tal y como lo acordaron las partes en la adenda, que si el personal especializado del ICE, por causas de fuerza mayor o caso fortuito, no está disponible para presenciar las pruebas en las fechas programadas, el contratista podrá proceder a realizarlas en presencia del personal de la Unidad Supervisora del ICE. Los protocolos de dichas pruebas quedarán a disposición del ICE para su verificación por parte del representante original que debía presenciar las pruebas.

12) En el artículo 6.7.3.i, considera esta División que existe un error material, específicamente en la referencia al Anexo en el cual está incluido el Formato 1 por medio del cual el contratista entregará al Centro Nacional de Control de Energía del ICE su Programa Semanal de Despacho, toda vez que se hace alusión al Anexo 11, cuando lo correcto es al Anexo 10.

13) El artículo 7.5.1.1 en relación con el ajuste semestral del precio de la energía, 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.

Siendo que 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 una relación comercial de largo plazo.

14) El artículo 7.5.1.2 regula el derecho del contratista de presentar semestralmente la solicitud de revisión del precio de la energía; asimismo 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, sea el caso eventual de una caída en el índice de referencia.

15) El artículo 7.5.2.3 establece que el contratista podrá solicitar al ICE, al finalizar la construcción, un ajuste en el precio de energía para compensar el impacto de variaciones en precios de los principales insumos del Proyecto, ocurridas desde el momento en que se presentó la oferta y la fecha en que finalmente fueron adquiridos, acordando para el acero de refuerzo, acero estructural y el cemento una revisión con base en la variación del precio de estos insumos, debiendo el contratista aportar al ICE la documentación pertinente para verificar las variaciones en los precios, en particular copias certificadas de las facturas canceladas por la compra de los materiales señalados.

Al respecto señala esa Administración que: *“Los precios de los insumos de acero estructural, acero de refuerzo y del cemento son “commodities” o insumos genéricos que se pueden adquirir en el mercado, por lo que en caso de duda el ICE podrá solicitar cotizaciones para asegurarse que los precios presentados por el Contratista obedecen a los precios reales que se manejan en el mercado. De comprobarse por parte del ICE que los precios no son los de mercado, procederá a rechazar dicho ajuste”*.

Estima esta División, que para la aplicación de un ajuste en el precio de la energía por variación en el precio de estos insumos, es responsabilidad de esa Administración realizar la valoración correspondiente de las facturas presentadas e indicar el razonamiento que le permite concluir que los valores que estas representan obedecen a precios reales que se manejan en el mercado.

El análisis anterior y la aprobación por parte de la unidad encargada del mismo son aspectos que deberán quedar acreditados en el expediente administrativo sujeto a la fiscalización posterior facultativa de este órgano contralor.

16) El artículo 7.5.2.5, inciso ii), establece la fórmula para el reconocimiento de impactos económicos que se presenten de manera recurrente durante todo el periodo remanente de la operación comercial, al respecto se observa un ajuste con respecto a lo establecido en el Capítulo II, punto 16.6.2.4, inciso ii), del cartel, visto a folio 6350 del expediente administrativo.

Como justificación de este ajuste, la Administración mediante el oficio 5221-611-2012, 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”.

En virtud de lo cual, esta División deja tal aspecto se deja bajo la absoluta y exclusiva responsabilidad de esa Administración.

17) El artículo 11.4.1.a, modificado mediante adenda 1, señala que 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 el artículo 7.5.2.3. Para efectos de esta liquidación establece dicho artículo 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 6 del oficio 5221-611-2012, 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.

Al respecto el ICE señala 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 el contratista tenga con ellos al momento de la terminación, requisito indispensable para obtener el financiamiento requerido.

Asimismo se 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 comunique 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\$107.016.366.00, monto que según lo dispuesto en el artículo 3.1.1 se entiende bajo la responsabilidad y riesgo del contratista, excepto por los ajustes regulados en el contrato en el artículo 7.5 ajustes precio de energía.

18) Los artículos 14.6 y 14.7 del contrato señalan que las especies fiscales que le corresponden pagar al contratista (50% de la totalidad, ICE exonerado) ascienden a la suma de ¢136.097.563.95, según la estimación del presente contrato en US\$107.016.366.00.

Como podemos apreciar el ICE como en anteriores oportunidades en contratos de igual naturaleza al presente, sea contratos modalidad BOT, para hacer el cálculo del impuesto de timbre, ha procedido a valorar el contrato con base en el valor de la planta, en este caso US\$107.016.366.00, por ser la transferencia de la planta al ICE el objeto principal, razón por la cual el contratista canceló la suma de ¢136.097.563.95, por concepto de especies fiscales (ver folios 7481 al 7484 del expediente administrativo).

Por otra parte, 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, y 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, estableciendo que los contratos de cuantía inestimable pagarán un mínimo de ¢50. Esta División reconoce que tal disposición no hace alusión a los contratos modalidad BOT, no obstante esa circunstancia mientras no exista un pronunciamiento en específico sobre ese punto emitido por la Dirección General de Tributación Directa, se deberá seguir aplicando en todos sus alcances el oficio DGT-190-2011 del 6 de abril de 2011, suscrito por el señor Francisco Villalobos Brenes, Director General de Tributación, por lo que 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.

Finalmente, para evitar un doble pago por concepto de especies fiscales por parte del contratista, deberá el ICE determinar y verificar que los pagos futuros por parte del contratista por este rubro correspondan exclusivamente a los componentes del precio por venta de energía diferentes al costo de la construcción de la Planta, toda vez que las especies fiscales correspondientes al monto de construcción ya fueron canceladas por el contratista al momento de la suscripción del contrato.

19) 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).

20) 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 la declaración jurada de la contratista, en donde señala que no se encuentra inhabilitada para contratar

con la Administración y que no les alcanzan las prohibiciones de los referidos artículos (ver folio 7488 del expediente administrativo).

21) 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 la contratista no se encuentra sancionada (ver folio 140 del expediente de refrendo).

22) 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 del ICE, 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 María Chinchilla Araya
Asistente Técnico

OCU//LCA/FHB/yhg

Anexo: 15 expedientes administrativos, 1 expediente oferta contratista, y 1 file documentos originales

NI: 8346-11514

Ci: Archivo central

Lic. Allan Ugalde Rojas. Gerente Área Fiscalización Servicios de Infraestructura

G: 2008001088-11-12