



División de Contratación Administrativa

Al contestar refiérase
al oficio No. **05262**

26 de abril de 2016
DCA-1062

Ingeniero
German Vaiverde González
Director Ejecutivo
Consejo Nacional de Vialidad
Fax: 2281-3314

Estimado señor:

Asunto: Se otorga refrendo al Acuerdo de Contrato y a las Adendas 1, 2, 3 y 4 del "Proyecto de Diseño, Rehabilitación y Ampliación de la Ruta Nacional N° 32 Carretera Braulio Carrillo, Sección Intersección Ruta Nacional N° 4 (Cruce a Sarapiquí) - Limón", suscritos entre el Consejo Nacional de Vialidad y las empresas China Harbour Engineering Company Limited y China Harbour Engineering Company de Costa Rica, S.A, por un monto de \$465.593.362,06, bajo la modalidad de suma alzada.

Nos referimos a su oficio No. DIE-07-15-2850 del 08 de octubre de 2015, recibido en fecha 09 de octubre de 2015 en esta Contraloría General de la República, ampliado por medio de los oficios No. DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015, DIE-01-16-0653 del 14 de marzo, DIE-07-16-0965 del 21 de abril y UE-DRA-RN32-001-2016-005 del 19 de abril estos últimos todos del año en curso, mediante los cuales solicita el refrendo del Acuerdo de Contrato y sus cuatro adendas descritas en el asunto.

Esta División de Contratación Administrativa requirió información adicional a la Administración mediante los oficios No. 16373 (DCA-2894) del 09 de noviembre de 2015, 01266 (DCA-0215) del 26 de enero de 2016 y 04836 (DCA-0985) del 18 de abril de 2016.

I. Criterio de la División.

1. Sobre la naturaleza del refrendo y la competencia de este órgano contralor para otorgar el refrendo

Es preciso señalar que el refrendo contralor representa un requisito de eficacia jurídica de los contratos, lo que implica que hasta que no se cumplan dicho trámite, los contratos suscritos por la Administración Pública, para los que se requiere dicho requisito de eficacia, se ven imposibilitados jurídicamente, de surtir efectos y por lo tanto, no pueden ejecutarse. En ese sentido, al ser un acto de aprobación, el refrendo no es un medio, por el cual el órgano de fiscalización superior, se encuentre facultado para anular el contrato administrativo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, Reglamento FCC-14 (en adelante Reglamento de Refrendo), la labor del órgano contralor dentro del trámite de refrendo,



División de Contratación Administrativa

2

concebido como un análisis de legalidad, se circunscribe a examinar y verificar que el clausulado del contrato administrativo se ajuste sustancialmente al ordenamiento jurídico, según los términos previstos en el artículo 8 del mismo texto normativo. Esto es, que exista una concordancia entre el cartel como reglamento específico de la contratación, la oferta formulada y el ordenamiento jurídico en su plenitud.

Asimismo, dentro del esquema de refrendo previsto en nuestra legislación, la Contraloría General de la República, no valida los criterios técnicos contenidos dentro del expediente administrativo, que fungen finalmente como sustento de la contratación. Este órgano de control superior, únicamente verifica la existencia de dichos criterios y el apego de la tramitación del procedimiento de contratación al bloque de legalidad, entendiendo que bajo dichos criterios pesa la valoración técnica de la Administración sobre el objeto del contrato, la idoneidad del contratista para atenderlo y en general, las reglas para garantizar una adecuada ejecución técnica. Lo anterior, en la medida que le corresponde a los propios funcionarios de la respectiva Administración -en razón de su idoneidad técnica- asumir dichos análisis, por lo que a esta Contraloría General le corresponde en el análisis de legalidad, la verificación de que se haya realizado dicha labor pero no el fondo de esas valoraciones¹.

Por lo tanto, tal y como lo dispone el artículo 9 del supracitado reglamento, el análisis de legalidad efectuado por este órgano se limita a los aspectos detallados en el mencionado artículo 8 de la misma normativa. Consecuentemente, se presume la legalidad de los demás aspectos no contemplados dentro del análisis referido, los cuales son de exclusiva responsabilidad de la Administración. Lo anterior, sin detrimento de una revisión futura, que en el ejercicio de las potestades de fiscalización posterior sea posible articular.

Al tenor de lo que viene dicho, es claro que este órgano contralor al momento de analizar cada solicitud de refrendo no entra a valorar ni la oportunidad ni la conveniencia de la contratación incoada, considerando que son aspectos que le corresponden exclusivamente a la Administración dentro del ámbito de su discrecionalidad y no se enmarcan dentro del estudio de legalidad que implica el refrendo.

¹ Sobre la naturaleza del refrendo, puede consultarse la sentencia 2004-14421 del 17 de diciembre del 2004 de la Sala Constitucional, que en lo que interesa señaló: "Para el caso de los contratos administrativos, el refrendo se produce después de dictado el acto de adjudicación o de la etapa de perfección del contrato, esto es, cuando el mismo resulta válido por ser sustancialmente conforme con el ordenamiento jurídico, de modo que la Contraloría General de la República a través de esa figura examina y verifica que el clausulado del contrato debidamente formalizado se ajuste al bloque de legalidad, esto es, al cartel de la licitación que es la regulación o normativa específica del contrato respectivo, la oferta formulada, la Ley de la Contratación Administrativa y su reglamento y, en general, con el resto del ordenamiento jurídico administrativo. El propósito o fin esencial del refrendo es evitar que las obligaciones contraídas por las administraciones públicas en los contratos administrativos, debidamente asentadas o formalizadas, se contrapongan al ordenamiento jurídico administrativo y que, por consiguiente, se produzca una incursión o ilegalidad en la disposición de los fondos públicos. De modo que a través de la improbación del contrato la Contraloría General de la República debe señalarle a la Administración activa los defectos que deben ser subsanados, enmendados o corregidos para obtener el respectivo refrendo. A través de esta herramienta de tutela administrativa la Contraloría General de la República no puede anular de forma directa o indirecta el acto de adjudicación y un contrato administrativo, primero por cuanto tales potestades de anulación, rescisión o resolución debe ejercerlas, naturalmente, la propia administración activa y no la de control, puesto que, es la primera la que dicta el acto de adjudicación y formalizó el contrato con el co-contratante".



Ahora bien, se debe aclarar además, que en este caso particular la competencia que ostenta este órgano contralor para refrendar el Acuerdo de Contrato y sus Adendas procede del mandato legal regulado en el artículo 9.- "Eficacia del contrato comercial" de la Ley que "Aprueba financiamiento al proyecto rehabilitación y extensión de la ruta nacional N° 32 sección cruce ruta 4-Limón", n° 9293, el cual estipula lo siguiente: "El contrato comercial a suscribir con el contratista, con ocasión del proyecto aquí aprobado, será eficaz una vez emitido el respectivo refrendo por la Contraloría General de la República y sujeto a la aprobación del financiamiento para el proyecto. A partir de la eficacia de dicho contrato, el contratante estará facultado para emitir la orden de insumos para el proyecto. Si en el plazo máximo de seis meses, contado desde la publicación de la presente ley, no se logra la suscripción de dicho contrato comercial con la empresa nacional y en absoluto apego a esta ley, las partes podrán dar por concluida la negociación sin reclamo alguno para la contraparte y sin que se requiera la aceptación de esa contraparte."

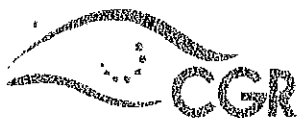
Así las cosas, ante lo ordenado por la normativa legal esta Contraloría General realizó el estudio de rigor para determinar la procedencia del refrendo contralor. Respecto del cual, se debe indicar que de conformidad con lo regulado en el numeral 8 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, el análisis que realiza este órgano contralor es de legalidad, tal y como se explicó anteriormente, y no de oportunidad o conveniencia, considerando que no implica una revisión integral del expediente de la contratación, sino que debe circunscribirse a la verificación de los aspectos señalados por ese mismo artículo en los incisos del 1 al 8.

2. Sobre el Memorándum de Acuerdo remitido para refrendo

Como parte de los documentos remitidos por parte de la Administración para refrendo, se encuentra el documento denominado "Memorándum de Acuerdo para el Proyecto de Diseño, Rehabilitación y Ampliación de la Ruta Nacional No.32 Carretera Braulio Carrillo Sección Intersección Ruta Nacional No.4 (Cruce Sarapiquí) - Limón, suscrito al ser las once horas del dieciocho de febrero del dos mil trece, por el señor Pedro Castro, como Ministro de Obras Públicas y Transportes de ese momento, el señor Edgar Ayales Esna, como Ministro de Hacienda en esa fecha, y señora Wu Hong en representación de la empresa Harbour Engineering Company Limited.

Particularmente, en este caso el Memorándum de Acuerdo que se remite se suscribió el 18 de febrero del año 2013, es decir, que se presentó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley No. 9293 (vigente desde el 04 de mayo del 2015) en una fecha en la que tan siquiera se había presentado ante la Asamblea Legislativa el proyecto de ley en mención. Este documento, denominado Memorándum de Acuerdo deriva de un memorándum anterior suscrito el 10 de agosto del 2011, según se expone en la cláusula novena del propio Memorándum del 2013 objeto de análisis.

En su contenido el Memorándum, las partes demostrando su voluntad en cuanto a la futura suscripción de un contrato, establecen en la parte final del encabezado lo siguiente: "Hemos convenido en suscribir el presente Memorándum de Acuerdo con miras a que las Partes representadas, una vez aprobado el proyecto de ley que autorice el



División de Contratación Administrativa

4

financiamiento y ejecución de la obra con LA EMPRESA, puedan firmar en el futuro un contrato mediante el cual LA EMPRESA será contratada por LA ADMINISTRACIÓN" (el subrayado y el resaltado no corresponde al original).

Adicionalmente, en el segundo párrafo del documento, las partes dejan evidenciada la existencia de una condición a la que quedan supeditados los acuerdos establecidos en el Memorándum, dejando evidenciado su carácter accesorio y la ausencia de carácter vinculante, al señalar que: "(...) las partes manifiestan en este acto su aceptación a que los aspectos tratados en este Memorándum y sus respectivos anexos, quedarán supeditados en todo su alcance a las condiciones que se definan en el respectivo contrato (...)" (el resaltado no corresponde al original).

Del mismo modo, dentro del clausulado del Memorándum se hacen reiteradas referencias al carácter de dicho documento, señalando que existen varios aspectos que serían definidos por el contrato a pactarse entre las partes. Tal es el caso de la cláusula segunda en la que no solo se indica que el costo del diseño y la construcción del proyecto se han definido como estimados, sino que además se agrega, sobre el monto de las expropiaciones y reubicación de servicios, que: "(...) valga indicar que esta suma adicional actualmente no forma parte del contrato que se le quiera pactar con la EMPRESA (...)" (el subrayado no corresponde al original).

En el mismo sentido, la cláusula octava dispone que el contrato a suscribir se regirá por las normas aplicables en Costa Rica y menciona que: "(...) Se adjunta al presente Memorándum de Acuerdo un Anexo 1, mediante el cual se establecen las condiciones mínimas y esenciales del contrato a suscribir (...)" (el subrayado no corresponde al original).

Igualmente, el Anexo No.1 al Memorándum es categórico al indicar que no se trata de un documento que genere derechos y obligaciones entre las partes, cuando aclara que: "(...) Este documento, por tanto, no constituye un instrumento definitivo y que otorgue derechos a las partes, sino que fija las bases del instrumento contractual que deberá pactarse y suscribirse una vez cumplidos los requisitos legales, financieros, técnicos, ambientales y de cualquier otra índole que establezca la legislación de la República de Costa Rica como previos para el inicio de la etapa de ejecución de EL PROYECTO (...)" (el subrayado y el resaltado no corresponde al original).

Por otra parte, la Ley No. 9293 mediante la cual se "Aprueba financiamiento al proyecto rehabilitación y extensión de la ruta nacional N° 32 sección cruce ruta 4-Limón" menciona, en el artículo nueve referente a la efectividad del contrato comercial, que: "(...) El contrato comercial a suscribir con el contratista, con ocasión del proyecto aquí aprobado, será eficaz una vez emitido el respectivo refrendo por la Contraloría General de la República (...)".

Y en cuanto a la definición de lo que se entiende por "Contrato Comercial" para los efectos de la ley, el punto 1.7 del artículo referente a las definiciones reguló lo siguiente: "(...) 1.7 "Contrato Comercial" significa el Contrato del Proyecto de Diseño, Rehabilitación y Extensión de la Ruta Nacional no. 32 con el número CONAVI-CHEC-001 con el propósito de implementar el Proyecto entre el CONAVI y CHEC y su

Contraloría General de la República

T: (506) 2501-6000, F: (506) 2501-5100 C: contraloria.general@cgr.go.cr<http://www.cgr.go.cr/> / Avda. 1179-1000, San José, Costa Rica



División de Contratación Administrativa

5

subsidiaria en Costa Rica, acordado el día 3 de junio, 2013, por una cantidad total de cuatrocientos sesenta y cinco millones quinientos noventa y tres mil trescientos ochenta y siete dólares y seis centavos solamente (US\$465,593,387.06) (el resultado no corresponde al original) (...). De manera que no hace alusión al Memorándum de Acuerdo.

Al respecto, corresponde analizar la naturaleza del documento de marras, con el fin de determinar si se trata de un documento que genera obligaciones a la Administración y que implica el compromiso de fondos públicos. De esa forma, debe iniciarse por señalarse que a nivel doctrinario se ha establecido que existen figuras precontractuales que por lo general se denominan: "Memorando de Entendimiento"², "Memorando de Acuerdo", "Acuerdo de Intenciones" o cualquier otra denominación similar, que básicamente se trata de documentos que establecen acuerdos parciales entre las partes sobre un contrato que se tiene previsto alcanzar.

En relación con este tema, sostiene el jurista Alonso Pérez que: *(...) el documento en el que se expresa el curso y circunstancias de las negociaciones solo vale como prueba de que existieron, y puede servir de orientación para la interpretación del contrato. En ningún caso revelan un contenido negocial (...)*³.

Dentro de esa misma línea de pensamiento, se ha establecido que este tipo de documentos precontractuales: *(...) contiene acuerdos sobre determinados aspectos del contrato que las partes pretenden celebrar. Este documento no refleja una intención de contratar, sino de tratar o negociar. Por consiguiente, los memorandos of understanding se encontrarían dentro de los tratos preliminares (...)*⁴.

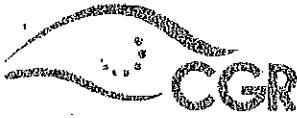
En sentido estricto, se trata de acuerdos parciales que se alcanzan dentro de una negociación y lo que reflejan es la intención de negociar. En razón de lo anterior, es común encontrar esta figura en contrataciones complejas que implican un proceso prolongado de negociación. Por lo que el memorando de acuerdo funciona como un respaldo para las partes con respecto a los acuerdos que se han ido obteniendo a lo largo del proceso de negociación, de tal forma que la negociación se desarrolle de una forma eficiente sin que se lleguen a discutir nuevamente aquellos temas en los que ya existe una posición coincidente y adoptada por las partes. Además sirve como prueba ante terceros del estado en el que se encuentran las negociaciones, como es el caso de las entidades financieras que participarán dentro del financiamiento del proyecto.

Este tipo de documentos, normalmente se encuentran sujetos a una condición. Se trata de un documento accesorio que depende del contrato principal que se tiene proyectado suscribir. Por lo que en caso de no llegarse a suscribir el contrato proyectado, las partes no estarían obligadas a cumplir con los acuerdos parciales contenidos en el memorando de acuerdo. Es decir, que si el contrato proyectado o acuerdo global que se

² En el derecho anglosajón se conoce como MoU por sus siglas en inglés que significan *Memorandum of understanding*.

³ MARÍN NAVARROS, Héctor Daniel, Estudios de los principales acuerdos precontractuales con modelos en inglés y español, Bosch Editor 2012, p.268.

⁴ Idem. pp.269, 270.



División de Contratación Administrativa

6

pretende suscribir entre las partes, no se llega a consolidar, por consentimiento y la voluntad de las partes carecan de valor y de fuerza vinculante con respecto a las obligaciones pactadas, puesto que esos acuerdos parciales alcanzados se encuentran supeditados a que efectivamente se alcance el acuerdo mayor.

A manera de resumen, podríamos señalar que los memorandos de entendimiento, se caracterizan por: ser utilizados en negociaciones largas y complejas, reflejan el estado de las negociaciones frente a terceros, muestran no solo los aspectos en los cuales se ha llegado a acuerdos dentro de la negociación pero también aquellos en los que no lo ha habido, se constituye como parte de las bases en las que se cimentará el futuro contrato, son un instrumento que puede ser utilizado con fines interpretativos para ver la voluntad negocial de las partes, en su contenido se desarrollan algunos elementos del contrato (como su objeto, precio y otros elementos) pero no de forma completa y por lo general contienen expresamente cláusulas que excluyen su carácter vinculante.

Ahora bien, en cuanto a las implicaciones de los memorandos de entendimiento, se debe decir en primer lugar que de conformidad con lo expuesto, no constituyen un contrato en sí mismos y no producen efectos jurídicos⁵. En realidad, la obligación que generan entre las partes es la de negociar de buena fe al tenor de los acuerdos a los que se van llegando y su propósito es la de fungir como elemento probatorio frente a terceros, ya que las partes no están vinculadas por los acuerdos parciales alcanzados. La falta de carácter vinculante apuntado, llega a tal punto, que incluso las partes no están obligadas a incluir en el contrato definitivo los acuerdos estipulados en los memorandos de entendimiento, si llegan a pactar algo distinto posteriormente.

A partir de lo que viene dicho, es criterio de esta Órgano Contralor que el Memorandum de Acuerdo remitido por la Administración como parte de los documentos para los que se requiere la aprobación de esta Contraloría General, no califica como un documento contractual susceptible de ser refrendado, en el tanto no genera derechos y obligaciones entre las partes y queda supeditado en todos sus alcances a la suscripción del contrato. De esa forma, siendo que se trata de un documento que no genera efectos jurídicos vinculantes entre quienes lo suscriben, no representa ningún compromiso de fondos públicos y encuadra con la figura doctrinal que ha sido expuesto en los primeros párrafos de este apartado.

Lo anterior, queda evidenciado, tanto en la voluntad manifiesta de las partes en el propio documento, la voluntad del legislador que se observa en el texto de la Ley No.9293. Por lo que se entiende que se trata de un documento que se elabora en una etapa preliminar, con el fin de acreditar ante terceros (la Asamblea Legislativa, el banco encargado de financiar el proyecto, entre otros) la anuencia de la Administración y de la

⁵ Claro está que para poder determinar si se trata de un acuerdo precontractual, que no genera efectos jurídicos entre las partes, no basta simplemente con analizar la denominación o nomenclatura elegida por las partes para referenciar el documento en el que plasmarán sus acuerdos. Esto es que pueden existir documentos denominados por las partes como memorando de acuerdo, o algún nombre similar, que en su contenido sí llegan a establecerse obligaciones entre las partes y sí se configuran como un documento contractual que produce efectos jurídicos. De tal forma, que más allá de la denominación que las partes le dan al documento en el que estipulan sus acuerdos, lo realmente importante es analizar el contenido del documento, para poder definir si se trata o no de un documento que produce por sí mismo efectos jurídicos.



empresa china para suscribir un contrato para este proyecto. En concordancia con lo anterior, es que al no ser un documento que se pueda refrendar de manera independiente, por las razones expuestas, es que posteriormente se incorpora el Memorándum de Acuerdo al contrato, de conformidad con el punto 2 del Contrato Comercial.

II. Temas relevantes considerados en el presente refrendo

1. Del objeto contractual

De acuerdo con el Anexo 1 del "Memorándum de Acuerdo para el Proyecto de Diseño, Rehabilitación y Ampliación de la Ruta Nacional No.32 Carretera Braulio Carrillo, Sección Intersección Ruta Nacional No.4 (Cruce Sarapiquí) - Limón", en el que se establecen las condiciones esenciales para el contrato en cuestión, se estipula que el objeto del contrato será la realización de los estudios básicos de Ingeniería, el diseño final geométrico, geotécnico, de estructura de pavimento, hidráulico, hidrológico, arquitectónico y estructural, incluyendo la elaboración de planos constructivos y la ejecución de la rehabilitación y ampliación de la Ruta Nacional No.32, con la recepción definitiva de las obras de la Sección Cruce de la Ruta 4-Limón, mediante la modalidad de suma alzada.

Al respecto, se entiende que la Administración ha elaborado los análisis adecuados y suficientes, para asegurarse la correcta ejecución del contrato, siendo de su entera responsabilidad que durante la fase de la ejecución contractual, se tomen todas las previsiones necesarias desde el punto de vista técnico para una sana administración de los fondos públicos que se están comprometiendo en el proyecto.

2. Idoneidad de la empresa contratista

Particularmente, en relación con la selección del contratista, China Harbour Engineering Company Limited, es preciso apuntar que su designación como empresa encargada de la ejecución del presente proyecto, viene dada por el propio legislador, mediante la Ley No. 9293 con la que se "Aprueba financiamiento al proyecto rehabilitación y extensión de la ruta nacional N° 32 sección cruce ruta 4-Limón".

Al respecto, se tiene que como parte de las condiciones establecidas por el Banco de Exportación e Importación de China para otorgar el financiamiento, se dispuso que la empresa encargada de la ejecución del proyecto debía ser una empresa china, lo anterior queda constando en el documento DCI-406-13 del 04 de setiembre del 2013, en la que se muestra que dentro de la negociación fue el propio Gobierno de la República Popular de China quien propone inicialmente a la empresa China Harbour Engineering Company Limited para la ejecución del proyecto.

Como parte de la negociación, nuestro país aceptó tal designación, lo que se materializó en un Acuerdo Comercial y luego se validó por parte del legislador, mediante la promulgación de la Ley No.9293.



División de Contratación Administrativa

8

En ese sentido, el artículo 1, inciso No. 7) del "Convenio de Préstamo para el Crédito de Comprados de Exportación", señala que: "1.7 "Contrato Comercial" significa el Contrato del Proyecto de Diseño, Rehabilitación y Extensión de la Ruta Nacional No. 32 con el número de contrato CONAVI-CHEC-001 con el propósito de implementar el Proyecto acordado por y entre el CONAVI y CHEC y su Subsidiaria en Costa Rica el 3 de junio del 2013 con el monto total de USD".

Del mismo modo, el punto No. 1) del "Contrato Suplementario para Aumentar la Cobertura", menciona que: "(...) 1) El 3 de junio del 2013, Consejo Nacional de Vialidad (CONAVI) y China Harbour Engineering Company Ltd. (CHEC) formalizaron el Contrato Comercial (CC) sobre la implementación del Proyecto para el Diseño, Rehabilitación y Extensión de la Ruta Nacional No.32 (en adelante el "Proyecto") con un monto total de 465,593,387.06 dólares de EE.UU. (US\$ Cuatrocientos sesenta y cinco mil millones quinientos noventa y tres mil trescientos ochenta y siete con seis centavos). El Gobierno de la República de Costa Rica (GRCR) representado por el Ministerio de Hacienda (el Prestatario) solicita un Préstamo del Gobierno de la República Popular de China (GPRC) para financiar en parte el Proyecto (...)".

Y el considerando C del "Convenio de Préstamo Concesional al Gobierno" indica expresamente que: "(...) El CONAVI (al que de aquí en adelante nos referiremos como el "Usuario Final") y CHEC y su subsidiaria en Costa Rica (al que de aquí en adelante nos referiremos como el "Proveedor Chino"), el día 3 de junio, 2013, establecieron un contrato para el proyecto denominado Diseño, Rehabilitación y Extensión de la Ruta Nacional No. 32 (al que de aquí en adelante nos referiremos como el "Contrato Comercial") con el número CONAVI-CHEC-001 con el propósito de implementar el Proyecto (según lo define el Artículo No. 1)".

En razón de lo anterior, entiende este órgano contralor que el legislador tomó la decisión de avalar el hecho que el proyecto sea ejecutado por parte de la empresa China Harbour Engineering Company Limited, considerando que dicha empresa cuenta los atestados y la idoneidad suficiente desde el punto de vista técnico para la realización del proyecto en cuestión.

Al respecto, tenemos que el legislador no solo aprobó el financiamiento con las condiciones referidas sobre la contratación de la empresa China Harbour Engineering Company Limited; sino que perfiló en el articulado la estructura organizativa que debería operar la ejecución contractual y requirió la conformación de una sociedad nacional para esos efectos, así como reguló lo concerniente a las prerrogativas del Consejo Nacional de Vialidad en la ejecución y coordinación. De igual forma, el legislador reconociendo los riesgos del proyecto procuró generar un esquema específico para el tratamiento de las expropiaciones y la reubicación de servicios públicos, regulando también lo concerniente a la viabilidad ambiental para el caso específico. En virtud de este especial interés del legislador en que se perfilara desde la norma el proyecto mismo, se llegó inclusive a regular la subcontratación de empresas, la contratación de empresas para obras adicionales y se perfiló un esquema de transparencia del contrato que recayó sobre el Consejo Nacional de Vialidad.



División de Contratación Administrativa

9

De esa forma, estima este órgano contralor que la idoneidad de la empresa China Harbour Engineering Company Limited se definió por la Administración y el propio legislador desde el momento mismo de la promulgación de la ley que aprobó el financiamiento; entendiéndose que formaba parte de las condiciones fijadas al país. De ahí entonces, que se entiende que la labor realizada por el Consejo con respecto a la determinación de la idoneidad, representa un análisis complementario de los aspectos ya definidos por el legislador.

3. Representación de las partes

En cuanto a la representación de la empresa China Harbour Engineering Company Limited, por medio de la cual se suscribe el Acuerdo de Contrato de fecha 03 de junio de 2013, se tiene que la señora Wu Hong (válido desde el 15 de julio de 2012 al 15 de julio de 2013) y el señor Wang Jiayin (válido desde el 1 de junio al 1 de diciembre de 2013) ostentaban facultades legales para representar a la cita compañía (Folios 59 al 63 expediente administrativo del proyecto).

Con respecto a la empresa nacional, el artículo 8 de la Ley No. 9293 dispone que el contratista designado para la ejecución de la obra, tiene como parte de sus obligaciones, la de crear o utilizar una sociedad anónima domiciliada en Costa Rica, cuyo capital social le pertenezca en un 100%. Dicha empresa, tiene el deber de suscribir el contrato comercial, momento a partir del cual se considerará como contratista, más allá que la empresa nacional y la empresa china se consideren responsables solidariamente en el proyecto.

Para ello, en lo que respecta a las facultades Legales de quien suscribe el Acuerdo de Contrato (03 de junio de 2013) y la Adenda 1 (27 de noviembre de 2013), Adenda 2 (25 de setiembre de 2015), Adenda 3 (15 de diciembre de 2015) y Adenda 4 (2 de marzo de 2016), por medio del oficio No. DIE-07-15-0965 del 21 de abril de 2016 se presentó la personería jurídica de la empresa China Harbour Engineering Company de Costa Rica, S.A. de fecha 19 de abril de 2016, mediante la cual se acredita que desde el 16 de enero de 2013 hasta la fecha la señora Wu Hong ostentaba poder para representar a dicha empresa.

En todo caso, se debe considerar que la señora Wu Hong, suscribe la Adenda No.4 como representante de la empresa nacional, documento en el que se refleja la voluntad de las partes en relación con el Acuerdo de Contrato y sus adendas, al establecer que: *"(...) Con la presente Adenda No.4 del Contrato procedemos a ajustar en lo que se dirá el CONTRATO; en lo que no se modifique expresamente en esta Adenda N°4, el CONTRATO y la Adenda 1, la Adenda 2 y la Adenda 3, se mantienen inalterados y vigentes, con la salvedad de las condiciones establecidas en la Ley No.9293 "Aprobación del Financiamiento al proyecto Rehabilitación y extensión de la Ruta Nacional N° 32 sección Cruce Ruta 4-Limón"(...)"*.

Con lo cual se entiende que la empresa nacional, a través de su apoderada la señora Wu Hong, forma parte de la suscripción del contrato comercial, tal y como lo requería el artículo 8 de la Ley No.9293, y sus respectivas adendas.



División de Contratación Administrativa

10

En relación con lo que viene dicho, será responsabilidad de la Administración la verificación de que el poder de representación concedido a la señora Wu Hong se encuentre vigente en actos posteriores en los cuales la empresa contratista asuma obligaciones.

4. Nivel de Servicio del Proyecto

Respecto al nivel de servicio de la Ruta Nacional No. 32, la Administración ante una consulta de este órgano contralor explica que: "[...] para el presente proyecto no se ha definido un nivel de servicio para su ejecución, si no que al Contratista se le han establecido los requerimientos y especificaciones geométricas y estructurales que debe cumplir. [...] El documento denominado "Análisis funcional sobre el tramo de la Ruta Nacional N° 32, comprendido entre la Intersección a Río Frío y Limón, realizado por la Dirección General de Ingeniería de Tránsito refleja que la ejecución del proyecto, representará una mejora sustancial en el nivel de servicio actual de la vía, mostrando niveles de servicio entre A, B y C en una proyección de 25 años." (Oficio DIE-07-16-0653 del 14 de marzo de 2016).

En relación con el tema en cuestión, extrae este órgano contralor de las explicaciones vertidas por la Administración que se le han entregado a la empresa contratista las especificaciones y requerimientos técnicos esenciales para el cumplimiento de las obligaciones asignadas en el presente proyecto, tanto en la etapa de diseño como en la etapa de construcción. Lo anterior, con el fin de que la empresa contratista se encuentre completamente informada de las exigencias técnicas que son requeridas por la Administración y que resultan vitales para llevar a buen término el proyecto de obras.

Es por ello que, entiende esta Contraloría General que la Administración ha tomado todas las previsiones necesarias en el contexto del presente proyecto para garantizar que efectivamente se han establecido los requerimientos y especificaciones geométricas y estructurales que debe cumplir la Contratista. Todo ello en aras de llevar a cabo una sana inversión de los fondos públicos, de forma que se garantice el cumplimiento de los objetivos para los cuales se optó por realizar la contratación y negociar el financiamiento, tal y como afirma el Consejo: "al efectuar la ampliación del tramo entre la intersección a Río Frío y Limón, bajo las condiciones de diseño propuestas mejorará el nivel de servicio, disminuyendo la densidad vehicular, los tiempos de recorrido y por ende los costos de operación. Además, aumentará la seguridad vial⁶. De ahí entonces que, es responsabilidad del Consejo que fiscalice la ejecución contractual adecuadamente, de forma que garantice el cumplimiento de esos objetivos al momento de realizar los estudios y diseños para definir el nivel de servicio real.

5. Parámetros de diseño y construcción

En cuanto a la recepción de los diseños y la ejecución de las obras, en especial en lo relacionado con los puentes peatonales, estaciones de pasaje y ciclo vía, además de la verificación del cumplimiento de las Normas Técnicas que resulten aplicables a cada uno de los objetos que conforman el proyecto, le corresponde al COMAVI la implementación

⁶ Oficio No. DIE-07-16-0653 del 14 de marzo de 2016.



División de Contratación Administrativa

11

de la estrategia de supervisión o fiscalización pertinente para que efectivamente garantice que el diseño que se reciba atenderá los parámetros de mejor desempeño, durabilidad y seguridad, tal y como se encuentra definido en el punto tres del Acuerdo Comercial.

Por otro lado, se entiende que el listado de normas técnicas definidas en el oficio No. DIE-07-16-0853 del 14 de marzo de 2016, son complementarias a las definidas contractualmente. De ahí entonces que el Consejo velará efectivamente porque sean respetadas en lo que la pertinencia técnica recomiende durante la respectiva fase de diseño.

6. Expropiaciones y Reubicación de Servicios Públicos

a) Expropiaciones

En relación con las expropiaciones que resultan indispensables para efectos de la ejecución del proyecto, tanto en el caso de las servidumbres de paso provisionales como las expropiaciones definitivas, la Administración explica lo siguiente:

"En virtud de tratarse de un proyecto Diseño y Construcción, la definición de las necesidades de derecho de vía final se determinará con el respectivo diseño final y según lo modificado en las cláusulas 4.1.28 y 4.22 en la Adenda No.2. Al momento de disponer de esta información se iniciarán los procesos expropiatorios necesarios." (Oficio DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015).

En este sentido, como parte de los riesgos inherentes a proyectos de infraestructura de esta magnitud, además de los riesgos constructivos, los riesgos ambientales, entre otros riesgos que se enfrentan, este órgano contralor ha identificado como un aspecto de trascendental importancia el manejo de las expropiaciones como parte de los riesgos críticos que pueden impactar la buena marcha del proyecto, tanto a nivel del costo de las obras como a nivel de las fechas y plazos previstos para la finalización.⁷

Por consiguiente, el Consejo estructurará oportunamente una estrategia para el abordaje del riesgo asociado a las expropiaciones, en las funciones que le correspondan a cada parte. Lo anterior por ser un tema extremadamente sensible para el éxito del proyecto, de forma que impactaría no solo tiempos de la construcción sino también podría afectar las obligaciones del financiamiento. Es por ello que se le reitera al Consejo que es de su exclusiva responsabilidad que las diferentes actividades atinentes a este tema sean desarrolladas de forma oportuna y eficiente, definiendo para ello los encargados de administrar el riesgo señalado y potenciar la posibilidad de cumplir con las fechas fijadas.

Para ello, en función de la relevancia que representa este tema en el proyecto en cuestión, el CONAVI deberá definir los lineamientos generales para el manejo de los riesgos inherentes a la tramitación de las expropiaciones, todo en aras de que no se presenten atrasos en la ejecución del programa de trabajo, particularmente de su ruta

⁷ Sobre el impacto de las expropiaciones en los proyectos de infraestructura, se puede observar el apartado correspondiente en el oficio 13654 (DCA-3166) del 10 de diciembre de 2013.



División de Contratación Administrativa

12

crítica, y se cumpla el plazo de ejecución definido por las partes, a saber un total de 42 meses (etapa de diseño 8 meses contados a partir de la fecha de inicio del diseño y etapa de construcción 34 meses contados a partir de la fecha de inicio de construcción y que se disponga de viabilidad ambiental otorgada por Setena), y que se atiendan oportunamente los predios que resultan necesarios para la ejecución de las obras, así como que se eviten posibles reclamos que podrían ocasionarse por parte de la contratista al considerarse que podrían tratarse de eventos compensables.

b) Reubicación de Servicios Públicos

En cuanto a este punto de especial relevancia para el proyecto, la Administración indicó que:

"Con relación a la relocalización de los servicios públicos, ya se han realizado coordinaciones con el ICE, AyA y RECOPE, para hacer valoraciones preliminares de los servicios que deben ser reubicados y el costo de los mismos. Sin embargo, estos datos deben ser ratificados por los diseños finales." (Oficio DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015).

Ahora bien, ante una consulta de este órgano contralor específicamente en cuanto al poliducto de Recope, la Administración remitió el oficio número GD-0053-2016 del 06 de febrero de 2016, suscrito por el Ing. Leonel Altamirano Taylor, Gerente, Gerencia de Desarrollo, por medio del cual se señala que:

"Se han hecho recorridos por la Ruta 32 por parte del Departamento de Ingeniería de Recope llegándose a las siguientes conclusiones: A. Los puntos 1,3 y 6, identificados como Cambio de Hombro, fueron pasos de la tubería de 304,8 que, por problemas de geotecnia en el lado izquierdo, se tuvieron que ubicar en el lado derecho de la carretera actual. En caso de construirse la ampliación de la Ruta Nacional No. 32 y de acuerdo a lo conversado con el diseñador en la reunión en el MOPT, en cuanto a que dicha ampliación se va a realizar al lado derecho de la ruta existente, se requerirá reubicar 1.610,00 m (mil seiscientos diez metros de tubería de 304,8). Tomando en consideración el costo de US\$184,00/km de tubería instalada (precio de instalación en contrato de RECOPE para la construcción) más 30% tomando en consideración la escala de los trabajos, el costo por kilómetro US\$630/km de tubería instalada. El costo total de traslado de la tubería de 304,8 mm sería de US\$ 1.014.000,00 (Un millón catorce mil dólares norteamericanos). Considerando un 35% de imprevistos, se puede llegar a tener un costo de US\$1.369.309,00 (Un millón trescientos sesenta y nueve mil trescientos nueve dólares norteamericanos). B. Los puntos 4, 5 y 7 de la tabla, identificados como (Cerro lado izquierdo) según conversación con el diseñador, no se requerirá hacer el movimiento dado que ellos aprovecharán el corte para equilibrar el corte y relleno de la construcción de la carretera. Todo lo anterior es con base a los planos preliminares entregados por MOPT y de acuerdo a la reunión realizada con personeros de las instituciones involucradas y uno de los diseñadores. En caso de requerirse el traslado de las tuberías se estima que la afectación del servicio será mínima pues éste se podrá hacer en forma coordinada y planificada permitiendo tomar las medidas necesarias para



División de Contratación Administrativa

13

garantizar el suficiente almacenamiento de productos en el área metropolitana y Barranca..."

En este orden de ideas, esta Contraloría General estima que el Consejo ha iniciado las labores de coordinación con las instituciones involucradas y ha diseñado estrategias para la oportuna y correcta reubicación de los servicios públicos en el contexto del presente proyecto. De esa forma, se entiende que en el caso del RECOPE existe un alto nivel de avance; así como resulta factible suponer que de igual forma se encuentra trabajando el mismo tema con otras instituciones como es el caso del ICAA, ICE, entre otras que pueda corresponder. Lo anterior, con el fin de que este aspecto en particular no vaya a ocasionar distorsiones que provoquen un retraso en el plazo de ejecución definido por las partes contratantes y ello materialice riesgos de potenciales reclamaciones por parte de la Contratista y la posibilidad de abrir discusiones innecesarias por eventos compensables. Estas circunstancias en todo caso también resultan la responsabilidad de los funcionarios a cargo de las labores de coordinación.

En cuanto a este tema, estima este órgano contralor que la gestión exitosa de las expropiaciones y la relocalización de servicios públicos requiere de la construcción de una estrategia por la Administración y la respectiva coordinación; así como de la disponibilidad oportuna de los recursos financieros para sufragarlas, lo que significa no solo contar con esos recursos sino también con su giro oportuno por las instancias competentes. Por tal motivo deberá el CONAVI definir la estrategia antes de dictar el orden de inicio para coordinar la relocalización de servicios oportunamente y tramitar de forma expedita las expropiaciones, en el momento que se le suministren los documentos del diseño de las obras a realizar.

7. Estructura Organizativa del Proyecto

Como se desprende de los temas que se ha venido señalando, la adecuada coordinación de las instancias definidas en la estructura organizativa para la ejecución de la contratación, representa un elemento crítico para el éxito de la contratación. Ciertamente esta coordinación debe ser clave en cualquier proyecto de obra, pero con mayor razón en esta contratación, en donde la coordinación institucional y la fiscalización oportuna de la Contratista representan una complejidad sustancial en relación con el promedio de contratos de obra pública.

Para el caso de esta contratación, la Administración ha definido que le corresponde al Gerente del Proyecto la responsabilidad de la gestión del Acuerdo de Contrato y la dirección de la Unidad Ejecutora; mientras que la supervisión del Contrato le corresponde al Gestor del Proyecto.

A su vez, la fiscalización del Contratista y del Gestor le corresponde a la Unidad Ejecutora, la cual fue creada precisamente para la fiscalización, coordinación y administración técnica, legal y financiera de los contratos de préstamo y de la ejecución del proyecto aprobados (artículo 3 Ley No. 9293); la cual depende jerárquicamente de la Dirección Ejecutiva del Consejo.

En aras de precisar con mayor claridad el funcionamiento de estas instancias, mediante el oficio No. DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2016 (Anexo 13), se detalló

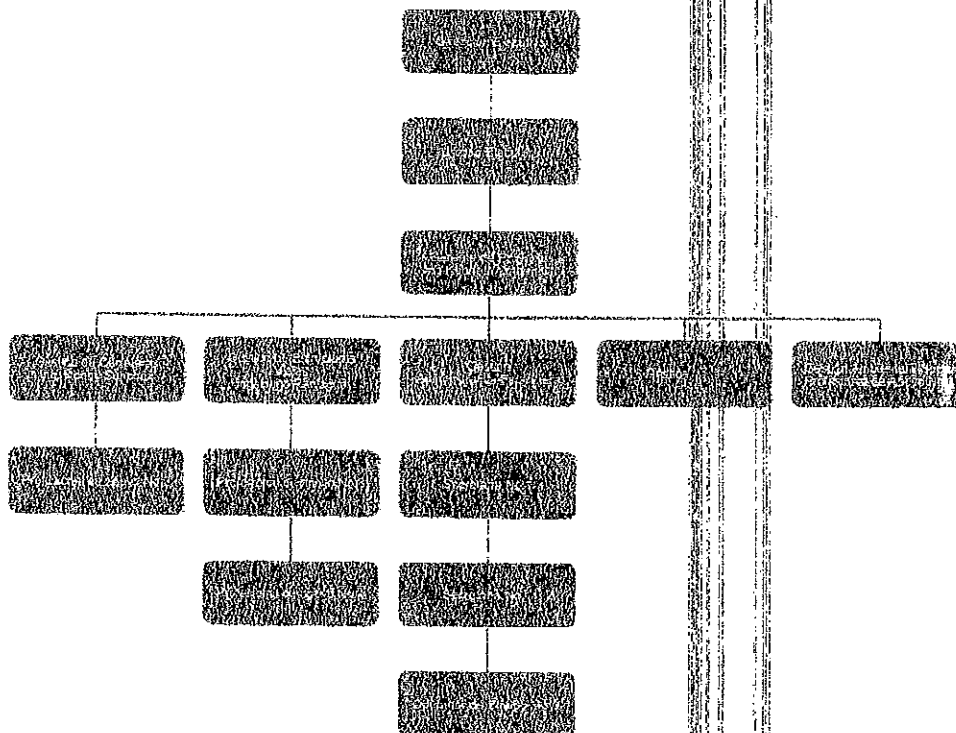


División de Contratación Administrativa

por la Administración las funciones de los miembros de dicha Unidad. Agrega, que en caso de que no se concrete la contratación de un Gestor de Proyecto, la supervisión la realizaría la Administración a través de una empresa nacional.

Para explicar lo anterior, se remitió el siguiente organigrama mediante el cual se detalla la estructura administrativa de la Unidad Ejecutora.

Figura No.1
Estructura Administrativa de la Unidad Ejecutora Ruta Nacional No. 32



Como puede verse, de lo expuesto por la Administración se tiene que al Gerente del Proyecto le corresponde la gestión y supervisión del Acuerdo de Contrato y la dirección de la Unidad Ejecutora y a ésta última la fiscalización de la empresa Contratista y del Gestor del Proyecto.

En este sentido, estima esta Contraloría General que la estructura organizativa establecida para efectos de llevar a cabo la gestión, fiscalización y supervisión reviste especial relevancia en un proyecto como este, siendo que la misma se crea para desempeñar funciones que son trascendentales para encauzar el proyecto hacia una eficaz y exitosa ejecución.



División de Contratación Administrativa

15

En este orden de ideas, deberá la Administración como garante directo del desarrollo y ejecución del proyecto en cuestión llevar a cabo las acciones que resulten necesarias para una adecuada y oportuna coordinación entre los diferentes sujetos - Gerente del Proyecto, Unidad Ejecutora, MOPT, CONAVI - que ostentan responsabilidades respecto la gestión, supervisión y fiscalización del Acuerdo de Contrato y sus adendas. Lo anterior, para garantizar que cada una de las partes contratantes cumpla con las obligaciones asumidas contractual y legalmente.

Ahora bien, en relación con las plazas para el nombramiento de los miembros de la Unidad Ejecutora⁵ y el nombramiento del Gestor del Proyecto⁶, los cuales, tal y como se indicó, son sujetos que desempeñan funciones de significativa relevancia en la vigilancia de la correcta ejecución del proyecto, deberá la Administración tomar las decisiones y adoptar las medidas a tiempo para el nombramiento de estos puestos. Esto, con la finalidad de que la ejecución del proyecto no se vea afectada, se origine algún retraso o se ocasione algún tipo de reclamo por parte de la empresa contratista por este motivo. Por lo cual, en el caso de la Unidad Ejecutora la Administración se encuentra obligada antes de dictar la orden de inicio a realizar las acciones oportunas y suficientes a efectos de dotar de los recursos materiales y humanos que resulten idóneos para la naturaleza de sus funciones, según corresponda en las etapas de diseño y construcción. A su vez, en el caso del Gestor debe tomarse las acciones pertinentes para asegurar su funcionamiento para las etapas previstas contractualmente.

B. Subcontratación

Con respecto al apartado 5 del Acuerdo Comercial, y en específico de la cláusula 5.1 en relación con la subcontratación, es responsabilidad de la Administración que al momento de pronunciarse sobre la incorporación de subcontratistas al proyecto, su decisión deberá ser el resultado de un ejercicio motivado de tal forma que prevalezca el mejor interés para la correcta ejecución del proyecto. Por lo que durante de la ejecución contractual, la Administración deberá establecer los requisitos, reglas o parámetros objetivos, que considere necesarios, a partir de los cuales procederá a aceptar o rechazar los subcontratistas. De tal forma que realice un ejercicio razonable y motivado de la prerrogativa contractual con la que cuenta en relación con los subcontratistas, verificando al menos que los subcontratistas cuenten con la idoneidad que un proyecto de esta envergadura requiere para ser desarrollado de una forma adecuada. Desde luego, de todo lo actuado deberá quedar la respectiva constancia en el expediente

⁵ Al respecto, indicó la Administración que: "La inclusión de la Unidad Ejecutora dentro de la estructura organizativa del CONAVI ya fue aprobada por MIDEPLAN, mediante Oficio DM-579-15 (Ver Anexo No. 12). Actualmente se está en el proceso de la aprobación de las plazas respectivas, en concordancia con el procedimiento administrativo correspondiente, ante la Autoridad Presupuestaria una vez que se disponga de esta aprobación, se incorporarán en el presupuesto de CONAVI, mediante el mecanismo correspondiente." (Oficio No. DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015).

⁶ De igual forma se indicó por el Consejo: "El proceso de contratación del Gestor del Contrato, está supeditado a la obtención del referendo contralor. Para el precitado proceso se dispone de un cronograma con actividades y periodos para su ejecución. Las fechas y plazos específicos se determinarán a partir del referendo." (Oficio No. DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015).



administrativo, así como debe publicitarse en los términos previstos por el artículo 22 inciso d) de la Ley No. 9293.

Asimismo, en relación con la subcontratación se recuerda a la Administración que se debe respetar lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Ley, en cuanto a que para efectos de la subcontratación deberá contratarse a empresas nacionales.

9. Garantías de Cumplimiento y de Anticipo

De conformidad con la cláusula 4.2 del Acuerdo de Contrato modificada por medio de la Adenda No.4, el contratista debe rendir una Garantía de Cumplimiento por un valor del 5% del Precio del Contrato, con un plazo de vigencia igual al plazo del Contrato más seis meses adicionales. En cumplimiento de esta obligación, se aporta la Garantía de Cumplimiento No.380000011427, por un monto de \$23.279.869,35 (veintitres millones doscientos setenta y nueve mil seiscientos sesenta y nueve dólares 35/100), vigente hasta el 10 de marzo del año 2020.

Por otra parte, en el caso de la Garantía de Anticipo, el Acuerdo de Contrato establece en la cláusula 6.1 modifica por medio de la Adenda No.4 que el Contratista debe brindar una garantía del 15% del monto total del anticipo, que es del 20% del monto del contrato.

Para cumplir con esta obligación contractual, se aporta la Garantía de Cumplimiento por Anticipo No.380000011426 cuya vigencia se extiende hasta el 19 de octubre del 2019, por un monto de \$13.967.801,61 (trece millones novecientos sesenta y siete mil ochocientos un dólares 61/100).

Al respecto, es preciso que señalar que resulta ser responsabilidad de la Administración, la definición que se ha efectuado de los porcentajes para cada una de las garantías, de tal forma que estos resulten ser proporcionales a las obligaciones que respaldan. Igualmente, le corresponde a la Administración verificar que ambas garantías se mantengan vigentes por todo el plazo y por el monto definido en el Acuerdo de Contrato.

Por otra parte, en relación con la garantía de anticipo es necesario que la Administración realice los ajustes pertinentes según se vaya girando el anticipo en los términos de la adenda referida.

10. Forma de Pago

Con ocasión de una solicitud de información requerida por este órgano contralor al Consejo para que aclarara la forma mediante la cual se le realizarán los pagos a la empresa contratista, considerando lo establecido en la cláusula 14.5 y lo definido en el artículo 10 de la Ley No. 9293, se remitió el oficio número DIH-0265-2016 del 12 de febrero de 2016, suscrito por el señor Helio Fallas Venegas en su condición de Ministro de Hacienda. Conforme a lo explicado en ese oficio, deberá el COVA y el Ministerio de Hacienda verificar en todo momento que el esquema de pagos establecido en la cláusula 14.5 del Acuerdo de Contrato se encuentre conforme a lo regulado en el numeral 10 de la



División de Contratación Administrativa

17

Ley No. 9293, con el fin de que se cumplan los requisitos y las estipulaciones ahí señaladas y se realicen los pagos a la contratista de acuerdo con la regulación legal dispuesta para ello.

Adicionalmente, deberá la Administración corroborar que al momento de realizar los pagos a la empresa contratista se cumpla de igual manera con cualquier otra regulación normativa que resulte pertinente en estos casos.

11. Razonabilidad del Plazo y del Precio Contractual

a) Razonabilidad del Plazo de Ejecución

En relación con este apartado, la Administración al contestar una solicitud de información requerida por este órgano contralor en cuanto a la razonabilidad de los plazos dispuestos para la etapa de diseño como para la etapa de construcción, regulado en la cláusula 8.2 del Acuerdo de Contrato, indicó lo siguiente:

"Los plazos de ejecución regulados en la cláusula 8.2 del Acuerdo de Contrato, quedaron establecidos previamente en el MOA y fueron propuestos por la empresa CHEC, ya que dependen de la capacidad que tenga la empresa que realizará el Proyecto, tanto en la etapa de diseño como en la etapa de construcción. La administración certifica que los plazos son razonables al compararlos de forma paramétrica con proyectos de índole similar." (Oficio DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2016. El subrayado no es del original).

En este sentido, se hace ver que es responsabilidad exclusiva de la Administración la determinación de la razonabilidad de los plazos establecidos para la ejecución del presente proyecto, un total de 42 meses (etapa de diseño 8 meses contados a partir de la fecha de inicio del diseño y etapa de construcción 34 meses contados a partir de la fecha de inicio de construcción y que se disponga de viabilidad ambiental otorgada por Setena), tal y como ella misma lo indica expresamente en el oficio antes citado.

En este orden de ideas, se le indica a la Administración que deberá verificar el cumplimiento de los plazos propuestos por la empresa contratista y que las etapas del proyecto se lieven a cabo de acuerdo con la programación de actividades establecidas para estos fines. En particular, debe recordarse a la Administración la importancia de que se atienda la programación de la ejecución contractual, de forma que la fase de ejecución resulte ajustada con los desembolsos, sin que se presente situaciones en donde se esté cubriendo obligaciones del financiamiento sin que se hayan cubierto las etapas o actividades previstas.

b) Razonabilidad del precio del contrato

En primer término, se debe señalar que según consta en el expediente legislativo, respecto de la razonabilidad del precio se señala que *"La Administración, con base en el diseño funcional y en el sumario de cantidades establecido como producto de la contratación de la Asociación de Caminos, Carreteras y Puentes de Costa Rica (ACCP),*

Contraloría General de la República

T. (506) 2501-8000, F. (506) 2501-8100 C: contraloria.general@cgr.go.cr

<http://www.cgr.go.cr/> Apdo. 1179-1000, San José, Costa Rica



División de Contratación Administrativa

18

inició los estudios de razonabilidad de ese monto", mismos que fueron realizados, en su orden, por la empresa Cal y Mayor y Asociados, el MOPT y el Instituto Tecnológico de Costa Rica, arribando a cifras similares entre ellos y que llevaron a la Administración a valorar como razonable el precio de \$465.593.387,06 ofertado por CHEC, según se aprecia en la siguiente tabla:

Estudio	Resultado
Cal & Mayor Asociados	US\$ 492.004.782,51
MOPT-CONAVI	US\$ 492.004.782,51
Instituto Tecnológico de Costa Rica (ITCR)	US\$ 487.573.927,61

De esa forma, tal y como consta en el expediente legislativo, el Dr. Pedro Castro Fernández en su condición de Ministro de Obras Públicas y Transportes, explicó ante la Asamblea Legislativa precisamente que existían estudios de razonabilidad que acreditaban el monto del contrato¹⁰. De esa forma, para este caso en virtud de las particularidades de la contratación, se tiene que la valoración del proyecto referencial y su completéz para efectos de la oferta realizada por la Contratista, así como de la razonabilidad del monto pactado, fue valorado inclusive en una etapa previa al refrendo del contrato.

En cuanto a este punto, el Consejo al atender una consulta realizada por este órgano contralor para que se refiriera a los estudios técnicos que fueron realizados con el fin de sustentar la razonabilidad del precio bajo la modalidad de suma alzada cobrado por parte de la empresa China Harbour Engineering Company Limited de \$465.593.387,08 (Diseño \$13.967.801,81 y Construcción \$451.625. 585,45), remitió nuevamente a esos estudios¹¹.

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública, se indica que queda bajo la exclusiva responsabilidad de esa entidad la razonabilidad del monto cobrado por la empresa contratista en el presente proyecto. Por tal motivo, debe el CONAVI garantizar que la empresa contratada cumpla a cabalidad con las obligaciones contraídas en este contrato por el precio y la modalidad pactada.

12. Contenido Presupuestario

Mediante el oficio No. DIE-07-15-0965 del 21 de abril de 2016 se presentó el oficio No. UE-DRA-RN32-002-2016, mediante el cual se adjuntaron las certificaciones originales de contenido presupuestario emitidas por la Dirección Financiera del CONAVI:

- 16-230 (282) "Expropiaciones y Servicios Profesionales en Consultoría y planos catastros relacionados con las Expropiaciones para el Proyecto ampliación de la Ruta No.32".

¹⁰ Oficio No. 20136441 del 3 de diciembre de 2013 dirigido a la Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios.

¹¹ Oficio DIE-07-15-3543 del 15 de diciembre de 2015



División de Contratación Administrativa

19

- 16-231 (282) "Cancelación al Contratista del anticipo por Precio del Contrato, para el Proyecto ampliación de la Ruta No. 32".
- 16-232 (282) Relocalización de Servicios Públicos para el Proyecto ampliación de la Ruta No. 32"
- 16-233 (282) "Contratación del Gestor para el Proyecto ampliación de la Ruta No. 32".
- 16-318 (282) "Contratación de la Unidad Ejecutora para el Proyecto: Ampliación de la Ruta Nacional No. 32"

En este orden de ideas, se indica que 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 proyecto - I) Cancelación al Contratista del Anticipo del Precio del Contrato, II) Expropiaciones y reubicación de servicios públicos y III) Cancelación de los gastos relacionados con el funcionamiento de la Unidad Ejecutora y Gestor del Contrato, entre otros -, y de igual forma deberá verificar que los recursos económicos puedan utilizarse válidamente para el fin propuesto en el contrato. Para lo anterior, deberá realizar las coordinaciones oportunas con el Ministerio de Hacienda.

13. Certificado de Cumplimiento

Para efectos de la emisión del Certificado de Cumplimiento, corresponde a la Administración corroborar que efectivamente se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en el Acuerdo de Contrato y sus Adendas, en virtud de lo dispuesto en la cláusula 11.8.

Es responsabilidad de la Administración, tomar las medidas de previsión necesarias para que aquellas obligaciones que queden pendientes a que se refiere la cláusula 11.9, luego de la emisión del Certificado de Cumplimiento, sean cumplidas antes de la emisión del finiquito del contrato, todo conforme las reglas contractuales.

14. Permisos, Aprobaciones y Licencias

En la cláusula I.A.2 de la Adenda 4. en las Condiciones Generales del Contrato se incluye un cuadro con el detalle de los permisos, aprobaciones y licencias que son responsabilidad de la contratista y de la contratante.

En este sentido, deberá la Administración verificar que se cumplan las obligaciones asumidas por las partes contratantes respecto a este punto en particular, tomando en especial consideración lo regulado en la cláusula 20.1 del Acuerdo de Contrato, respecto a las posibles implicaciones derivadas de los eventos compensables.

De igual forma resulta de aplicación lo indicado en el artículo 9 del Reglamento sobre el Refrendo de las Contrataciones de la Administración Pública cuando dispone: *"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*

Contraloría General de la República

T: (506) 2501-6000, F: (506) 2501-6100 C: contraloria.general@cgr.gn.cr
<http://www.cgr.gn.cr/> Anexo. 1179-1000. San José, Costa Rica



División de Contratación Administrativa

20

condicionamientos o recordatorios relativos al tipo de requisitos de ejecución antes señalados, en modo alguno exime a las partes de su cumplimiento.

15. Sobre las sanciones pecuniarias

En relación con la imposición de sanciones pecuniarias, se entiende el contrato bajo el entendido de que si durante la ejecución contractual se amerita la aplicación de esas sanciones pecuniarias, deberá respetarse lo señalado por la Sala Constitucional en la resolución No. 6639-2013 del 15 de mayo del 2013. Es por ello que se entiende que, los supuestos que requieran su aplicación no suponen un simple ejercicio automático.

16. Sobre la procedencia del refrendo del contrato

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, devolvemos debidamente refrendado el contrato de cita, con las siguientes observaciones para la ejecución contractual:

- a. Es deber de la Administración verificar además, durante la fase de ejecución, que la empresa contratista se encuentre al día en la cancelación de las contribuciones sociales derivadas del artículo 74 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, de forma tal que previo a cualquier pago, deberá corroborarse dicha situación.
- b. De igual forma se deja bajo responsabilidad de la Administración la verificación del cumplimiento de las obligaciones previstas por el artículo 22 de la Ley No. 5662, en cuanto encontrarse al día con el pago de lo correspondiente al FODESAF.
- c. Como parte de las acciones de implementación para la coordinación efectiva y la consecución de los objetivos en los tiempos propuestos, se entiende que el Consejo elaborará antes de la orden de inicio un plan de acción sobre la forma en que la Administración del CONAVI verificará la ejecución del contrato, incluyendo los responsables de las actividades que se delimiten. Dicho plan no solo debe mantenerlo actualizado, sino disponible para la fiscalización posterior que se pueda llegar a realizar y para atender la obligación prevista en el artículo 22 de la Ley No. 9283.
- d. De igual forma, le corresponde al Consejo definir un plan para atender el aseguramiento del cumplimiento del plan de control de calidad que le presente por la empresa contratista, todo conforme las mejores prácticas y la normativa vigente.
- e. Se entiende que al finalizar el proyecto, la Administración deberá realizar de manera oportuna el finiquito del contrato, dejando debidamente documentadas todas las condiciones y circunstancias bajo las cuáles ha de tener por cumplidas las obligaciones de las partes.

Contraloría General de la República

T: (504) 2501-8000, F: (504) 2501-8100 C: contraloria.general@cgr.go.cr<http://www.cgr.go.cr/> Apdo. 1179-1000, San José, Costa Rica



División de Contratación Administrativa

f. Para efectos de la ejecución contractual le corresponde a la Administración considerar lo dispuesto en los artículos 5 y 25 de la Ley No. 9293, en lo que corresponde a las funciones de fiscalización que ejercen tanto el Laboratorio Nacional de Materiales y Modelos Estructurales como en lo que corresponde el Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos.

Se advierte que la verificación del cumplimiento de las condiciones antes indicadas será responsabilidad del Ing. German Valverde González, en su condición de Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Vialidad, o quien ocupe su cargo. En el caso de que tal verificación no recaiga dentro del ámbito de su competencia, será su responsabilidad instruir a la dependencia que corresponda ejercer el control sobre los condicionamientos señalados anteriormente.

Atentamente,

[Signature]
Allan Ugalde Rojas
Gerente de División

[Signature]
Laura María Chinchilla Araya
Asistente Técnico

[Signature]
Elard Gonzalo Ortega Pérez
Gerente Asociado

[Signature]
Alfredo Aguilar Arguedas
Fiscalizador

[Signature]
Karen Castro Montero
Fiscalizadora

[Signature]
Carlos Gutiérrez Schwarhäuser
Fiscalizador

[Signature]
Félix Hidaigo Batista
Fiscalizador

AAA/KMCM/PJG/CGS/FHB/chc
NI: 27366, 32735, 32799, 35237, 35239, 1539, 6447, 7804, 10598
Of: Archivo Central
CC: Ministro de Obras Públicas y transporte
Ministro de Hacienda
G: 2015003421-12
Anexos: 1 Total.

