



Cartagena de Indias, D. T. y C., **08** abril de 2014.

TC-DJ- 07.01-~~0~~ **0298** -2014

Señor:
ANDRES VELASCO
Socio BANICOL
Calle 100 # 8A - 49 / Torre B Of. 603-604
Edificio World Trade Center
Bogotá, Colombia
Tel: 571.747.0240
Fax: 571.691.4515
e-mail: avelasco@banicol.com.co
Bogotá, D.C.

Referencia. Respuesta derecho de petición. Proceso de Contratación TC-LPN-004-2013.

Respetado Señor Velasco:

Antes de dar respuesta a su correo electrónico de fecha 2 de abril de 2014, recibido en el correo del proceso a las 3:36 p.m., nos permitimos hacer la siguiente introducción:

El numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 dispone que en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable, y para ello se señalaran términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

Sobre el particular el Consejo de Estado, sección tercera, en sentencia del 20 de octubre de 2005, expediente 14.579, señaló que "... artículo 25 de la ley 80 enseña que los términos de las diferentes etapas de selección son preclusivos y perentorios. Transcurrido el tiempo indicado en los pliegos o en la ley para realizar determinada actividad sin que esta se hubiere cumplido, se habrá perdido la oportunidad para efectuarla, por cuanto el termino una vez vencido no puede revivirse".

La entidad al momento de publicar el pliego de condiciones y sus anexos, estableció en el numeral 2.1 el cronograma del proceso de contratación, señalando claramente la fecha límite de recibo de observaciones a los pliegos, esto es, el 14 de marzo del año que discurre.

Verificada la fecha de presentación de su escrito se observa que la misma esta por fuera del plazo establecido en el cronograma que regula el proceso de contratación al que Usted se refiere.

Ahora bien, el pliego de condiciones establece en la página 2, NOTA IMPORTANTE, que "... las peticiones se resolverán según los términos consagrados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el Derecho de Petición.", dando

aplicación a lo dispuesto en el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

En atención a lo anterior, a su solicitud se le imprimirá el trámite establecido en la norma antes citada, esto es, como un derecho de petición.

A continuación procedemos a dar respuesta a cada una de sus observaciones, en el mismo orden en que fueron presentadas:

OBSERVACION: De acuerdo a lo establecido en el numeral 2.4 del Pliego de condiciones del proceso en referencia, adjuntamos las siguientes observaciones como asesores financieros de SOTRAMAC SAS, compañía interesada en el Proyecto:

Contrato de Concesión:

1. **Contrato de Concesión, Cláusula 24 - Tarifa al Usuario:** Volvemos a insistir con la necesidad de modificar la cláusula 24 de la minuta del Contrato de Concesión en el sentido de incluir un párrafo o un parágrafo donde quede claro y sin lugar a interpretaciones que en caso de no ajustarse la Tarifa al Usuario de acuerdo a la fórmula contractual, el Operador tendrá derecho a recibir un ingreso por parte de Transcaribe o del Distrito (de acuerdo con el Acuerdo de Respaldo suscrito) que compense la reducción de sus ingresos generada por no haberse realizado el ajuste de la Tarifa al Usuario de acuerdo a las fórmulas contractuales.

Transcaribe como ente gestor y sus estructuradores financieros y jurídicos saben que este es el espíritu de la cláusula y que a pesar de ello este es un riesgo que se ha materializado en los otros sistemas de transporte masivo del país sin ningún efecto compensatorio para los operadores llevándolos a situaciones financieras muy críticas. Este riesgo debe quedar corregido en el Sistema Transcaribe de lo contrario tanto los operadores como los financiadores del proyecto no van a tener ninguna garantía frente al esquema tarifario del Sistema y el Alcalde no tendrá ningún incentivo para ajustar la tarifa al usuario de acuerdo a las fórmulas contractuales.

La propuesta en concreto es incluir un Párrafo o un Parágrafo en la cláusula 24 del Contrato de Concesión que diga:

“En caso de NO realizarse el ajuste a la Tarifa al Usuario de acuerdo a lo establecido en la presente cláusula, el Concesionario de Operación tendrá derecho a una compensación equivalente a la diferencia positiva entre (i) lo que hubieran sido sus ingresos teóricos calculados de acuerdo a los kilómetros recorridos para cada tipología multiplicados por las tarifas por kilómetro vigentes para cada tipología en el período de cálculo (KAI+KPI+KBi) y (ii) los ingresos efectivamente pagados al Concesionario. Este compensación se calculará de manera mensual por el tiempo que dure el incumplimiento en el ajuste a la Tarifa al Usuario y deberá ser pagada al operador en un plazo máximo de seis meses después de iniciado el incumplimiento”

Respuesta: En cuanto al ajuste de la minuta del contrato, debe precisarse que la obligación de la Alcaldía de ajustar la tarifa al usuario en los términos señalados por Transcaribe en el contrato de concesión, no se puede incluir en la minuta por cuenta del principio de relatividad de los contratos, considerando que no es una competencia de Transcaribe fijar la tarifa al usuario.

R



Como mecanismo de mitigación se encuentra el acuerdo de respaldo, mediante el cual existe compromiso del Distrito frente a la fijación de la tarifa con fundamento en la revisión técnica que hace Transcaribe, de conformidad con lo previsto contractualmente.

En ese sentido fue modificado el Anexo No. 5 – Matriz de Riesgos incluyendo el siguiente texto: "(*) Para el cálculo de los posibles perjuicios, se debe utilizar la diferencia positiva entre la Tarifa Técnica y la Tarifa al Usuario".

Ahora bien, para efectos de mayor claridad, y como única medida viable, se incluirá un párrafo adicional a la CLÁUSULA 24 de la minuta del contrato, del siguiente tenor:

"PARÁGRAFO. Para efectos de cubrir el riesgo previsible asumido por Transcaribe relacionado con el incumplimiento del Distrito en el ajuste de la tarifa en los términos previstos en esta cláusula, de acuerdo con lo señalado en el Anexo No. 5 – Matriz de Riesgos, el Ente Gestor una vez se materialice el riesgo de variación de las tarifas, dará aplicación al Acuerdo de Respaldo contenido en el Anexo No. 8 del pliego de condiciones, relacionado con el compromiso asumido por el Distrito, según el cual:

"El Distrito declara su compromiso institucional en el logro de los resultados y desarrollo del Sistema. En tal sentido, el Distrito, dentro de los límites permitidos por la normatividad constitucional y legal vigente sobre la materia, se compromete a:

(...)

c) Respetar la estructura tarifaria de carácter técnico convencionalmente establecida para el Sistema en los contratos de concesión que van a ser suscritos, y abstenerse de establecer para el Sistema tarifas que se encuentren por debajo del valor que corresponda a la determinación técnica de tarifa al usuario.

d) En el caso en que el Distrito llegare a establecer una tarifa al usuario, que modifique la estructura tarifaria de carácter técnico contractualmente convenida con los concesionarios, en detrimento de los ingresos del Sistema, debidamente demostrado y justificado, compensará a Transcaribe mediante la apropiación presupuestal de la suma necesaria para mantener el nivel de ingresos que se hubiere obtenido por la aplicación de la tarifa técnica contractualmente convenida para el Sistema. En ese evento realizará la transferencia al patrimonio autónomo que administre los recursos del Sistema a título de compensación, para su distribución conforme a los mecanismos y asignaciones contractualmente establecidas"

Esta modificación se incluirá en la Adenda No. 2

OBSERVACION:

- 2. Contrato de Concesión, Cláusula 16 - Valor del Contrato:** Solicitamos se revalúe el porcentaje del Ingreso Esperado de Operación (IEDO) que aplicaría en caso de que no se active la Fase 3 de operación. Con el valor del 60% propuesto actualmente, este

me

R

escenario financiero no sería viable y pondría en riesgo la viabilidad financiera del Proyecto y por ende su financiación ya que seguramente los bancos analizarán este escenario y querrán estar seguros que inclusive en este escenario el proyecto sería financiable. En este escenario, el total de las inversiones corresponde a un 71% de lo estimado en un escenario con la implementación completa. Este valor es superior al 62% que corresponde la disminución de la inversión en flota, debido a que los desembolsos que se deben realizar al Fondo Unificado corresponden al 80,8% (Desembolsos 1-4 Chatarrización y Fondo de Operadores) y existen inversiones fijas que no se podrán reducir en el evento que no se active la fase 3 de operación. Así mismo, el operador deberá incurrir en unos gastos y costos fijos que debe mantener así no se active la fase 3 de operación. Por lo tanto, la reducción del Ingreso Esperado al 60% del valor licitado, debería ajustarse con el fin de compensar las ineficiencias que se generarían por la no implementación de la fase 3 de operación. Proponemos que este valor se ajuste por lo menos a un 75%.

Respuesta: La cláusula 16 del Contrato de Concesión define que en el caso en que durante la etapa de implementación no se logren las condiciones que activen la vinculación de la totalidad de los vehículos de la Fase 3, el IEDO que se utilizará para determinar el plazo del contrato será el 60% del IEDO ofertado por el concesionario.

En este sentido, el 60% corresponde al ingreso que el concesionario ofertó por el componente de operación pero no modifica el Ingreso Esperado del Fondo Unificado (IEFU), el cual cuenta con un plazo y un valor diferente, según lo consignado en la Cláusula 10 del Contrato de Concesión, así como en el numeral 1.5.22 del Pliego de Condiciones.

Por lo tanto, el proponente no está en lo correcto al vincular los desembolsos requeridos por el Fondo Unificado con el porcentaje de disminución del IEDO, en caso de no vincularse la totalidad de la flota correspondiente a la Fase 3.

Sin embargo, tomando en cuenta que una vez se haya alcanzado el ingreso esperado del Fondo Unificado el concesionario continuará recibiendo el pago por éste concepto acumulando para el cálculo del IEDO, y observando el diseño operacional y vida útil de los vehículos, se acepta la solicitud del proponente y se incrementará vía adenda el porcentaje del IEDO, en caso que no se cumpla con la totalidad de la Fase 3, a un **65%**.

OBSERVACION:

Matriz de Riesgos:

- 3. Riesgo de Variación de las Tarifas:** Luego de revisar la Matriz de Riesgos ajustada incluida en la Adenda 1, vemos que seguramente por error involuntario se olvidó incluir dentro de la descripción y los eventos asociados al Riesgo de Variación de las Tarifas, que este riesgo es asumido 100% por Transcaribe. En todos los riesgos se deja claro a quien está atribuido el riesgo excepto en el de Variación de las Tarifas. Solicitamos amablemente hacer el ajuste necesario.

Respuesta: Como se indicó en el documento de respuestas número 2, en el Anexo 5 se incluyó la precisión sobre la asignación del riesgo, identificando en el encabezado del literal F. Riesgos de Variación de las Tarifas – Asignación a Transcaribe. Por lo anterior, no hay lugar a incluir modificación adicional.

R



OBSERVACION:

1. **4.2.1.3 Experiencia en Consecución de Recursos:** Amablemente les solicitamos que las certificaciones que se requieren para acreditar la experiencia en consecución de recursos pueda ser un documento emanado por la entidad financiadora o un documento emanado por el beneficiario del crédito. Actualmente, se deben presentar ambos documentos lo cual genera un trámite doble que no genera ningún valor agregado dentro de la documentación requerida para acreditar este requisito.

Respuesta: No se acepta la solicitud dado que la Entidad considera que es necesario que tanto la entidad financiera como el beneficiario del crédito, acrediten la experiencia en consecución de recursos. Lo anterior partiendo del hecho que un crédito requiere de las dos partes y por tanto no habrá dificultad en conseguir dichas certificaciones.

OBSERVACION:

Anexo No. 4 de la Adenda No. 1 – Proforma 4A:

1. Amablemente les solicitamos que en el Anexo mencionado, se rectifique que el proyecto de Licitación Pública es el **No. TC-LPN-004 de 2013**, dado que en el anexo hace referencia a los diferentes procesos anteriores en los encabezados de las páginas, títulos y en el formato de cupo de crédito.

Respuesta: Su observación será tomada en cuenta y las modificaciones correspondientes serán realizadas vía Adenda.

Cordialmente,

**TANIA DIAZ SABBAGH
SECRETARIA GENERAL TRANSCARIBE S.A**

La presente comunicación es suscrita por la Secretaria General de Transcaribe S.A. con fundamento en las facultades otorgadas por la Gerencia de esta entidad mediante Resolución No. 022 de 2006.

Reviso: EBF. Jefe Oficina Asesora Jurídica.