

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

**ACTA DE LA AUDIENCIA DE ACLARACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO Y LA
MATRIZ DE RIESGOS**

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-011-2013

“Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice a su cuenta y riesgo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta de Contrato”.

En Bogotá D.C., siendo las 3:13 P.M. del veintisiete (27) de noviembre de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 220 del Decreto 019 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, se permite dar inicio a la presente audiencia de aclaración al pliego de condiciones definitivo y a la matriz de riesgos.

En primera instancia, el Gerente de Contratación de la Vicepresidencia Jurídica ilustra a los asistentes respecto del orden como se llevará a cabo el desarrollo de la audiencia.

En la primera ronda se dará el uso de la palabra por un término de diez (10) minutos a cada uno de los precalificados para que presenten sus observaciones sobre el pliego de condiciones y demás Anexos y Apéndices. Culminada la primera ronda, se dará inicio a una segunda ronda en la que se dará la posibilidad a los precalificados para que se pronuncien sobre la matriz de riesgos, publicada en el curso del presente proceso de licitación. Finalizada esta segunda ronda se llevará a cabo una tercera ronda para que los ciudadanos diferentes de los precalificados hagan sus intervenciones.

Podrá intervenir el apoderado o la persona debidamente facultada por cada uno de los diez precalificados

Terminada la intervención de los manifestantes de interés en cada una de las rondas, tendrán los terceros interesados en participar en la Audiencia la oportunidad para presentar sus observaciones. Solamente se permitirá la presentación de observaciones directamente relacionadas con temas referentes al pliego de condiciones definitivo, sus anexos y apéndices, y sobre la matriz de riesgos. El orden de intervención se establecerá de acuerdo al orden de inscripción en la lista de asistencia.

PRIMERA RONDA. OBSERVACIONES AL PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO, SUS ANEXOS Y APÉNDICES.

1. ESTRUCTURA PLURAL RUTA DEL CARIBE.

El apoderado común de la Estructura Plural señor JUAN PEREZ TORRES otorga poder especial al señor JAVIER ENRIQUE DELGADO CAMPUZANO para que intervenga en su representación en esta audiencia.

En este proceso hemos venido revisando los documentos del Pliego de Condiciones y demás documentos integrantes del mismo. También tuvimos la oportunidad ya de hacer una reunión con los estructuradores del proyecto dentro de las reuniones que están previstas con todos y cada uno de los 10 precalificados y en este momento, sobre Pliegos, queremos pronunciarnos específicamente frente a la parte del Anexo Técnico y el alcance específicamente de lo que es la Unidad Funcional No. 2, con una duda que nos asalta y es sobre la responsabilidad que le asiste al nuevo concesionario que asuma la operación, construcción y mantenimiento de esta carretera, específicamente con los viaductos existentes en la zona de La Boquilla, toda vez que en la medida en que esos viaductos hacen parte de la actual concesión - son unos viaductos que están contruidos hace mucho tiempo - son unos viaductos que exceden tal vez los 600, 700 metros contruidos sobre la Ciénaga de la Virgen, y, pues en el momento en el que el concesionario construya los segundos viaductos o los viaductos de la segunda calzada no hemos encontrado claridad de qué ocurre con la responsabilidad del nuevo concesionario frente a los anteriores viaductos: si esos viaductos deben ser repotenciados, si entran o no a hacer parte de la responsabilidad de la concesión nueva, si esos viaductos requieren únicamente un mantenimiento rutinario, qué ocurriría frente a algún colapso o daño estructural de estos viaductos, entendiend además que el Pliego de Condiciones establece que el concesionario, obviamente a partir de los recorridos requeridos y previstos por el Pliego, pero recibirá en el estado en que se encuentra el corredor vial concesionado.

Dentro del tema de faja y corredor requerido para compra de predios, encontramos que todavía existe digamos, alguna duda, sobretodo en estas concesiones, de pronto ya no tanto en las otras en los que por lo menos el grupo que estoy asesorando trabajamos que es Autopistas para la Prosperidad, en donde ya se ha hecho alguna diferencia frente a los requerimientos prediales para el concesionario; donde se había dicho que efectivamente debería requerirse la compra de predios del corredor requerido para la obra, más sin embargo, todavía nos surge una duda sobre la interpretación que debe darse respecto del ancho de la faja requerida, amén de lo establecido por la Ley 1228, pero también frente al tema del corredor requerido para la construcción, toda vez que no es claro en el Pliego de Condiciones cuál va a ser el alcance requerido por el concesionario para la adquisición de estos predios.

Vemos que, al igual que en otros proyectos, se mantiene y se reafirma el esquema de propuesta técnica que está establecida para los contratos, o para las propuestas en este proceso de licitación, todavía manifestándose que la propuesta técnica va a consistir en una manifestación que haga el concesionario de que el personal calificado y no calificado debe ser un personal procedente de la zona, siendo esto acreditado con una certificación de la Junta de Acción Comunal del municipio respectivo, o de los municipios que están directamente relacionados con el proyecto, con lo cual hemos evidenciado que, pues,

desde el punto de vista técnico realmente no comporta una propuesta técnica propiamente dicha, y desde el punto de vista legal podría llegar a encontrarse incluso una situación relacionada con alguna vulneración al mismo derecho de igualdad en participación teniendo en cuenta que bajo la estructura sociopolítica de Colombia, pues una restricción, y lo menciono desde el punto de vista restricción en la medida en que la propuesta técnica da puntaje como factor de selección, para exigir que un personal de la zona vaya a determinar, a través de una manifestación, que va a dar unos puntos que van a ser un factor claro de diferenciación en la selección. Cosa distinta, y no nos oponemos obviamente, a que haya personal vinculado de la zona. Claramente estos proyectos deben impulsar no solamente la infraestructura nacional sino también obviamente la economía local a través del desarrollo de empleo, y proponemos que sea identificada realmente un esquema de propuesta técnica que de la seguridad a la ANI y al país de que efectivamente desde el punto de vista técnico se cumplen con unos requisitos técnicos establecidos, pero que el tema de personal de la zona sea un requisito que sea llevado a nivel de obligación más no como presupuesto de ponderación para efecto de adjudicar la licitación, lo cual entre otras, en el momento de ver su cumplimiento dentro del desarrollo de un contrato, podría verse un cumplimiento afectado por falta de ese mismo personal en la zona para un proponente adjudicatario que resulte concesionario en este proyecto.

Los otros puntos específicos que veníamos hablando desde el momento del Proyecto de Pliego de Condiciones, pues encontramos ya con un mayor nivel de agrado que el acuerdo de garantía se haya morigerado un poco en cuanto a la responsabilidad de los garantes, en cuanto a la valoración que se hace o el límite en los valores, por lo menos ya establece el acuerdo que si bien no es determinado va a llegar a ser determinable a partir de las responsabilidades generadas por el contrato de concesión.

Y el último punto en esta ronda sobre este tema del Pliego de Condiciones está relacionado con el aspecto obligacional en materia de gestión social, específicamente, y gestión ambiental en la medida en que es responsabilidad del concesionario adelantar todas estas actividades y recoger o encontrar a partir de las entidades públicas competentes, las autorizaciones respectivas. Sin embargo, entendiendo que es un punto que está reglamentado o regulado en la Matriz de Riesgos, y que la segunda ronda se referirá a este punto, pues en ese punto trataremos este punto específico, y adicionalmente un riesgo que si bien creo todos creo que lo tenemos como latente no se ha identificado tampoco desde el punto de vista de los riesgos de construcción, de los riesgos de diseño y del mismo riesgo de operación, y es esa convivencia necesaria por el lado del contrato, que necesariamente va a haber entre el actual concesionario, hasta el año 2019, y el concesionario que resulte adjudicatario, o proponente que resulte adjudicatario, en la medida que necesariamente se va a ver afectada cierto tipo de relación a efectos de generar ejecución de obra. Por ejemplo: desvíos, señalizaciones, pagos de peaje de los vehículos de la concesión, permisos y autorizaciones de intervención en la vía concesionada. Entonces, sobre ese punto nos vamos a referir.

Ahora, estas intervenciones se hacen aquí en la audiencia sin perjuicio, también obviamente de acuerdo al Pliego, de las manifestaciones que a lo largo del proceso podamos hacer verbalmente o por escrito.

2. INFRAESTRUCTURA VIAL DE COLOMBIA.

El apoderado común CARLOS ALBERTO SOLARTE otorga poder para que intervenga en audiencia a la señora ALICIA NARANJO URIBE.

Teniendo en cuenta que la interviniente no estaba presente en el momento en que se explicó el procedimiento de la presente audiencia, se le aclara en este momento a la interviniente que en la presente ronda sólo se están tramitando las observaciones sobre el Pliego y Anexos, y que en la segunda ronda se

tramitarán las observaciones respecto de la Matriz de Riesgos, a lo cual la interviniente manifiesta que sobre el tema de Pliego las presentarán por escrito.

Se aclara, entonces, que en esta primera ronda no va a intervenir, sin perjuicio de las que pueda dejar por escrito.

No obstante lo anterior, al final de la primera ronda la apoderada de la Estructura Plural manifiesta que había entendido mal, pero que sí tiene preguntas sobre la parte especial del Pliego, por lo cual se le concede el uso de la palabra.

Sin perjuicio de lo que nosotros podamos dejar por escrito, tengo una serie de observaciones a esta estructuración, una de esas sería la siguiente:

En primer lugar respecto de la parte especial de este contrato la primera observación sería la siguiente: a nosotros nos dicen que la Unidad Funcional 3 se entrega a finales del 2019. Esa Unidad Funcional que se entrega a finales del 2019, no importa el estado o índice de estado en que esté la Unidad Funcional, nosotros la debemos recibir como esté. Yo no creo que sea usual ni factible que un concesionario entregue la parte de su concesión en cualquier estado, no importa el índice, y eso lo asumiría el nuevo concesionario, previo acuerdo entre la ANI y el concesionario, del valor que tendría que invertir de más en la operación y mantenimiento de este sector. Y hablo de operación y mantenimiento porque ése sector específicamente no trae que haya habilitación a fondo o un mejoramiento de la estructura de pavimento. Entonces, yo sí quisiera que no se tomara esto como: voy a recibirlo sin que me cumpla los índices de estado y que además ustedes lo van a recibir y nos vamos a sentar los dos a negociar a ver cómo va a ser el costo de la nueva intervención que tengamos que hacer sobre esos 70 kilómetros. Eso es importante.

El segundo punto es que una vez se tiene que entregar esta Unidad Funcional hacen claridad de que hay entrega anticipada de este corredor. Entonces nos dicen: si a finales del 2019 no ha habido el ingreso esperado nosotros ANI aplicaríamos la terminación anticipada del contrato. Y claramente le hacen el protocolo cuando esta Unidad Funcional no llega a su ingreso esperado que son doscientos y pico mil de millones, o a la entrega anticipada, pero tampoco nos dejan el protocolo de lo que pasaría. Claramente está el protocolo de finales de 2019 hacia atrás, pero no está el protocolo qué pasa si la entrega anticipada se demora 2 meses. Todo el mundo entiende en la relación con la ANI o con cualquier entidad estatal, que una terminación anticipada no se hace de un día para otro, no se hace en 15 días; se puede durar 2 o 3 meses. ¿Qué pasa en ese evento? Está claramente protocolizado qué se hace antes, pero ¿qué pasa si la entrega anticipada no es a finales de 2019 sino es a mediados del 2020? Se demoraron 4 meses más en hacer la entrega anticipada de ese tramo.

La otra es una observación referente a la explotación comercial. La explotación comercial es parte de los aportes que la ANI hace, o sea de la retribución por las unidades funcionales. Esta retribución está por los aportes de las vigencias en su proporción, por los peajes de acuerdo al perfil que uno escogió, está por la explotación comercial. Ahora, esta explotación comercial, no entiendo qué es lo que quisieron hacer con esa explotación comercial. Esta explotación comercial no le beneficia para nada al concesionario. Entonces yo digo ¿cuál es el incentivo para que nosotros como concesionarios pensemos un negocio de un supermercado, una bomba, y hagamos la inversión. Esa inversión nosotros la hacemos, es la plata que tiene un costo financiero, y qué pasa: una vez hecha la explotación comercial el 2.2 van a la cuenta de excedentes de la ANI y el 97.8 van a la cuenta de la retribución comercial y eso es parte de los aportes estatales. O sea, yo le trabajo a la ANI para que la ANI me pague con eso parte de la retribución entonces uno dice bueno, ¿en dónde está la bolita? Porque yo no me voy a poner a hacer la inversión y a hacer todo para que todo quede como aportes de la ANI. Yo sugeriría aquí que si se ha tenido una mala experiencia

en el tema de explotación comercial pues entonces legislen pero dejen también alguna ganancia para el concesionario. Los negocios, como dicen, son buenos cuando ambas partes ganan. Entonces, como está actualmente la explotación comercial no va a ser una explotación comercial que el concesionario haga. Entonces pido que revisen eso porque uno no va a hacer esas inversiones para que a uno le paguen con lo que eso produce los aportes del Estado.

3. ESTRUCTURA PLURAL IRIDIUM BESALCO – VT -011.

Se difiere esta intervención para el final en la medida en que el apoderado común no ha llegado aún para conferir el poder.

Habiéndose hecho presente tras la intervención del último Precalificado, el señor JUAN PABLO MATUTE TEJERINA, apoderado común de esta Estructura Plural otorga poder en audiencia para que intervenga el señor CARLOS EDUARDO PADILLA VILLA.

Lo primero es reiterar, y acoger las observaciones que ya han sido realizadas por los anteriores intervinientes. Especialmente queremos, o le pedimos el favor a la Entidad que publique el documento con control de cambios sobre la versión definitiva de los documentos que estamos viendo. Esa solicitud se hizo en el primer documento de observaciones que se presentó y la respuesta fue que las modificaciones se realizaban mediante adenda. Nadie está discutiendo eso. Sin embargo, sí queremos que por claridad de todos publiquen el documento definitivo sobre el cual estamos trabajando. Especialmente porque el Pliego de Condiciones hace referencia a información que se encuentra en el documento de Invitación. El documento de Invitación fue modificado mediante 6 Avisos Modificatorios, cada uno de los cuales se le incluyeron nuevos cambios al documento de Invitación a precalificar y en la medida que el Pliego de Condiciones refiere a ese documento anterior quisiéramos que por lo menos se publicara la versión definitiva del documento de Invitación con base en el cual se va a regir, o se va a aplicar para el proceso de licitación.

El segundo es un tema puntual de la minuta del contrato de concesión. Se refiere al numeral 3.15. a), que es el numeral que regula el tema del contrato de fiducia. Ese numeral establece que el contrato de concesión se entiende incorporado dentro del contrato de fiducia y que la fiduciaria con la firma del contrato de fiducia asume las obligaciones que le son propias que están dentro del contrato de concesión. Renglón seguido establece que la fiduciaria y el concesionario responderán por los perjuicios que el incumplimiento de esas obligaciones acarree a la ANI. Es decir, en últimas están trasladando al concesionario el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, tema que creeríamos que es un error de la precisión de la redacción de la cláusula. Entenderíamos que no espera la Entidad que el concesionario asuma las obligaciones o la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, por cuanto no tiene ningún control sobre la misma. Precisamente, se trata de un tercero ajeno a las partes y que debe ser independiente de las mismas. Le pediríamos entonces a la Entidad que aclare que no se pretende que el concesionario asuma esa responsabilidad y que precise la redacción de ese numeral 3.15 a).

El segundo punto que quisiera comentarse es en relación con el gobierno corporativo de la sociedad concesionaria, y respecto del numeral 4.2 a.a). Establece ese numeral que los accionistas minoritarios o con el código de buen gobierno que debe ser presentado tiene que establecer que los accionistas minoritarios, aquellos que sumen menos del 25%, tienen el derecho a designar el 25%, como mínimo, de la junta directiva. Eso qué quiere decir: eso quiere decir que quien tenga el 5% puede poner el 25% de la junta directiva. Creemos que la intención es correcta, lo que está detrás de ese articulado es correcto, sin embargo creo que no funciona; y no funciona por una cosa: acá quienes están participando como

accionistas minoritarios ya tienen acuerdos de accionistas. Acá quienes están participando como accionistas minoritarios no son accionistas minoritarios que estén actuando en condiciones de desmejora o de indefensión respecto de los accionistas mayoritarios. Si esa regulación quedara hoy escrita como una obligación del concesionario eso lo que me va a condicionar es la composición de la estructura plural porque si hoy yo iba a tener dos accionistas con el 10%, o dos miembros de mi estructura plural con el 10%, pues al tener esa obligación de que esos 2 nombren el 25% de la junta directiva, pues me estoy obligando a subirles la participación a esos minoritarios para que no queden con ese poder que no tendrían en unas condiciones normales. La administración de estas sociedades pues no estamos hablando de inversionistas que están invirtiendo simplemente algún recurso pequeño en estas sociedades sino de acuerdos que ya están regulados.

El tercer punto que quisiera traer a colación es la retención de la retribución en un evento eximente de responsabilidad, es decir, la cláusula 14.1. Esta observación la hemos hecho varias veces en el sentido que no tiene por qué la Entidad retenerme el 10% de mi retribución por un evento que me exime de responsabilidad a mí. La respuesta de la Entidad ha sido que ella considera que el concesionario debe tener un incentivo para superar un evento eximente de responsabilidad. Esto trae una contradicción evidente. Lo primero porque si es un evento eximente de responsabilidad, y lo dice el contrato mismo, pues quiere decir que el concesionario ya no puede hacer nada para superarlo. Luego el incentivo por grande que fuera, si es un evento eximente de responsabilidad, quiere decir que yo no puedo superarlo. Lo segundo, porque es un incentivo que afecta la liquidez y el flujo de caja del proyecto. Si quieren establecer un incentivo, ¿por qué no hacerlo positivo? ¿Por qué no, ante el evento eximente de responsabilidad, poner un incentivo positivo? Es decir, no creo que una ni la otra sea la solución en la medida en que se supone que si se trata de un evento eximente de responsabilidad ni la ANI ni el concesionario están en capacidad de superarlo en ese momento. Además este evento de retención de la retribución también aplica para los eventos en que la unidad funcional no haya podido ser terminada por eventos atribuibles a la ANI y no solamente al concesionario.

Lo segundo es en materia de compensaciones por eventos eximentes de responsabilidad, el tema de la cláusula 14.2. Definitivamente creemos que la fórmula debe no solo compensar mis costos ociosos, no solamente mis costos directos, como lo son los costos ociosos de equipos y maquinaria, sino también mis costos financieros y en general todos los sobrecostos que me impliquen una mayor permanencia en obra.

En materia de cálculo del valor presente del ingreso por peajes, hoy como está la fórmula calcula ese valor presente a partir del momento en que el vehículo pasa por la caseta. Digamos que en un modelo financiero uno esperaría que al finalizar la etapa de construcción uno reciba esos recursos que se calcularon como valor presente. Sin embargo, ante una suspensión de la etapa constructiva, que se puede demorar hasta 18 meses, ese valor presente o esos recursos que están en la subcuenta de recaudo se pueden llegar a demorar un año o año y medio en trasladarse a la subcuenta del proyecto, con lo cual el cálculo del valor presente del ingreso por peajes debería darse a partir del momento en el que se da el traslado de los recursos de la subcuenta de recaudo a la subcuenta de proyecto.

Finalmente, en cuanto a cambio de ley y en cuanto a la disposición del contrato que dice que el concesionario asume los efectos favorables y desfavorables del cambio de las leyes. Se le ha reiterado a la Entidad la necesidad de modificar esa regulación y la respuesta ha sido, o hasta ahora ha sido: eso se va a regular en la ley de infraestructura. La realidad es que uno va hoy a la ley de infraestructura, que ya está sancionada, y nada dice al respecto, con lo cual quisiéramos que la Entidad nos aclarara cómo se va a asignar ese riesgo y en qué medida, pero sobre todo, si se le pretende asignar al concesionario ¿cómo se hizo la valoración? Porque para poder valorar un riesgo necesito saber qué es lo que tengo previsto para

valorarlo, cuál es la previsibilidad de cambio de ley y cuáles son los proyectos que se espera que cursen en el Congreso con base en los cuales se estimó y valoró ese riesgo.

4. ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS – CONSTRUCTORA MECO S.A.

El Precalificado manifiesta que las observaciones se presentarán por escrito.

5. ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES.

El apoderado común SANTIAGO JARAMILLO CARO otorga poder especial para que intervenga en esta audiencia al señor MIGUEL IGNACIO CASTRO MUÑOZ.

Las observaciones que vamos a hacer acá las hemos hecho ya a lo largo de varias audiencias. De hecho ayer tuvimos una reunión bastante efectiva con el IFC, de otro grupo distinto pero quiero decir que las observaciones aplican de igual manera a este proceso.

Queremos reiterar nuestra preocupación en el tema del cambio de ley. Lo hemos dicho en varios foros, no es un riesgo que se le pueda radicar en cabeza del particular y quisiéramos, relacionado con el cambio de ley, hacer tres comentarios relacionados con el tema de recaudo de peaje. Cuando se habla de la fórmula de recaudo del peaje se incluye o se dice que la retribución del concesionario no estará, o estará exento, del tema del valor del IVA. Sin embargo, a nosotros nos preocupa también los impuestos locales, distritales, territoriales, que puedan llegar a afectar la retribución del concesionario. Entonces, queremos que quede claro que se debe hacer extensiva esta excepción también para impuestos de carácter local.

Siguiendo otro punto relacionado con el evento eximente de responsabilidad, a nosotros también nos preocupa que para que opere la compensación tenga que darse la inversión mínima del 80%. Entonces, se pone el ejemplo y es que si uno ha hecho la inversión del 79% entonces no tiene derecho a que se haga la compensación de la unidad parcial. También encontramos que la aplicación del descuento, la retención del 10% por este evento eximente también nos parece que es exagerado; si uno ya ha hecho la inversión pues ¿por qué se debe hacer la retención?

En el tema de la terminación anticipada del contrato, en la fórmula creemos que es necesario que se incluyan no solo los incumplimientos del contratista sino también por incumplimientos de la ANI, y también por el evento de terminación anticipada estipulado en la Ley 80. También consideramos que en esta fórmula no solo se deben reconocer los costos que genera ociosos del proceso, sino también los costos financieros, también los costos que haya, pues, derivados de la inversión, también los financieros, y que también se reconozca en esta compensación de esta unidad parcial un valor justo de mercado, incluyendo el tema del repago de la deuda y el tema de los ingresos que se general por explotación comercial que no estén incluidos dentro de esta fórmula.

Queríamos también preguntarle a la ANI en este proceso específico cómo va el tema de la declaratoria de utilidad pública del proyecto. Sabemos que ya para el proceso 01 ya se hizo y la resolución ya salió, sin embargo pues todavía no la conocemos, pero nos gustaría conocer si en este proceso se va a hacer, y en qué estado está esta declaratoria.

Y también que se nos explique por ejemplo cómo se va a hacer la interacción de la reciente expedida ley de infraestructura, sobre todo por ejemplo en el tema de las licencias ambientales y en todo lo que aplique realmente. Sobre todo, aunque este es un comentario que tiene que ver también con el tema de la Matriz

de Riesgos, cómo se van a ver reflejadas las nuevas disposiciones de la ley de infraestructura y cómo se va a ver modificada la Matriz de Riesgos, porque evidentemente se tiene que hacer.

Por último, nos gustaría hacer énfasis en que consideramos que la reducción de aportes ANI que se puede hacer en dólares en 15% es muy bajo. Se nos dijo también en la reunión de ayer que obedece a razones macroeconómicas pero consideramos se deben encontrar alternativas que le permitan al mercado financiar el proyecto en dólares.

6. ESTRUCTURA PLURAL IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS – GAICO INGENIEROS.

El apoderado común FREDDY CAMACHO CACERES otorga poder en audiencia para que intervenga la Dra. ELENA GONZALEZ PUCHE.

En relación con el Anexo 1, Parte General, Sección 4.17 literal (c), se indica que en caso de que ni el interventor ni la ANI manifiesten aprobación o rechazo frente a las intervenciones de los plazos previstos en el contrato, se entenderá que aquellos han respondido negativamente, lo cual resulta desfavorable para el contratista, toda vez que para que éste corrija las inconformidades en cuanto a las especificaciones técnicas, debe conocer de forma precisa y detallada cuales son las correcciones y ajustes que a juicio de la entidad o del interventor tiene lugar.

En relación con el Anexo 1, Parte General, Sección 4.17 literal (d), numeral romano (i), en relación con la sección 12.6. Se indica que en cualquier momento la entidad podrá requerir al contratista por el supuesto no cumplimiento de las especificaciones técnicas de unidad funcional incluso cuando el acta de terminación de unidad funcional fue suscrita. Lo anterior genera una dificultad relacionada con la garantía de estabilidad y calidad de las obras cuyo amparo, de conformidad con la sección 12.6, tiene una vigencia de 5 años contados a partir de la suscripción de cada acta de terminación de unidad funcional, de manera que si la interventoría o la ANI presentan requerimiento al concesionario en cuando a especificaciones técnicas de una unidad funcional respecto de la cual ya se venció la garantía establecida, o está cerca a la fecha de vencimiento, no queda claro cómo será la cobertura de estabilidad y calidad de las obras que se efectúen en virtud de aquel requerimiento.

Frente al pliego de condiciones, numeral 1.10.4. Bajo el supuesto de que el proponente antes de presentar su oferta, haya analizado cabalmente y de manera diligente y eficiente las condiciones del sitio en el cual se ejecutará el proyecto y de los respectivos riesgos previsibles resultantes de dichos estudios, y ante el acaecimiento de un riesgo imprevisible durante la ejecución del contrato, consecuencia de un aspecto que no se haya evaluado antes de presentar la oferta, porque razonablemente haya sido imposible tenerlo en cuenta al momento de efectuar las citadas evaluaciones, y que genere impacto económico tal que traiga como consecuencia la ruptura en el equilibrio financiero del contrato perjudicando gravemente al concesionario, es excesivo que la ANI pretenda despojar al Concesionario de las acciones a las que legalmente tiene derecho para el restablecimiento de la ecuación contractual o equilibrio financiero del contrato.

Frente al Anexo 1 parte general; sección 14.2; literal (h) (iii) No se precisa quién o cómo se determinará si los recursos del concesionario quedan ociosos o no.

Frente al Anexo 1 parte general; sección 13.2, literal (a) (xxi). Señala “Los efectos desfavorables de la invasión del Corredor del Proyecto por parte de terceros, en tanto es obligación del Concesionario tomar las medidas necesarias para impedir dichas afectaciones.”, así como la asignación al contratista en la matriz de riesgo del denominado “invasión de derecho de vía”, toda vez que este es un riesgo que no puede

contener el particular, pues está directamente relacionado con el crecimiento de los municipios conforme a los POT's; en este sentido, si la administración es quién permite esos crecimientos y asentamientos desordenados, es ésta quien debe asumir el riesgo. En otras palabras, si ni siquiera la administración puede contener o mitigar este riesgo, que de ninguna manera es bajo, mucho menos puede pretenderse su traslado al particular.

Por último, el Anexo 1 parte general, sección 7.2, literal (a). Indica que el concesionario aportará los recursos para la adquisición de los predios y las compensaciones socioeconómicas, se considera que el riesgo de no retorno de esta inversión que debe hacer el concesionario, teniendo en cuenta el precio promedio de peajes, es muy alto, más aun teniendo en cuenta que el Concesionario está sumiendo la gestión predial, los costos asociados a esta actividad, e inclusive – parece ser- los costos jurídicos para la presentación y adelantamiento del trámite judicial de expropiación. Este riesgo se aumenta si se tiene en cuenta lo considerado en la misma sección, literal (c), numerales (i) y (ii) exigen al contratista que asuma los costos cuando los saldos para adquisición de predios y las compensaciones socioeconómicas, son insuficientes, aun cuando esa falta de recursos no son imputables a causas suyas.

7. ESTRUCTURA PLURAL P.S.F. CONCESION DEL CARIBE.

El interviniente deja constancia que las observaciones se harán por escrito.

8. ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI – GRODCO.

Se deja constancia de que no hay nadie en esta audiencia en representación de este manifestante.

9. ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS DEL MAR CARIBE SPV.

El interviniente manifiesta que las observaciones se presentarán por escrito.

10. ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAL DEL MAR.

El apoderado común AMILTON HIDEAKI SENDAI otorga poder escrito para que intervenga en esta audiencia a la Dra. ADRIANA MARIA ESPINOSA PIÑEROS.

La primera observación, que ya incluso se ha mencionado en este auditorio, es el tema de ley de infraestructura. En otra audiencia, específicamente en las de la prosperidad, cuando todavía aún no contábamos con una ley sancionada, se le solicitó a la Entidad le comentara a los interesados cómo iba a ser el ejercicio una vez se contara con la ley, o por qué no estaba dando aplicación a algunos de los procesos. Pues la Entidad con buen juicio contestó que no podía aplicar una normatividad que no estaba vigente y que los procesos estaban siendo estructurados de conformidad con la normatividad vigente. Ya hoy tenemos una ley de infraestructura y en la mayoría de las disposiciones de la ley se establece que aplica para procesos en curso o procesos que estaban con procesos, pues con los procedimientos de redes, de predios, ambientales, que ya estuvieran adelante. Luego, la pregunta que nos surge en este momento es ¿cómo va a acometer la Entidad el proceso para que los proyectos de 4G, como es este en particular, converse con la ley de infraestructura en tema de riesgos, en tema de procesos, en tema de procedimientos? Creemos que es fundamental que la Entidad nos aclare cómo se va a llevar a cabo este ejercicio.

Otra de las solicitudes que también las hemos hecho ya en otros procesos es el tema de solicitarle a la Entidad y a los estructuradores que nos colabore utilizando la herramienta de control de cambios. Ha sido

bastante difícil y dispendioso revisar los documentos que se nos han puesto a disposición, pues porque no resulta posible con tranquilidad y facilidad identificar los cambios. Adicionalmente, la Entidad ha hablado que está manejando una minuta estándar en todos los procesos. Pero pues como lo comentaba esta mañana, creo que nadie sabe hoy cuál es la minuta más adelantada y entonces uno habla de cuál es la minuta de última generación y uno no sabe si es la de perimetral o la de este proceso, o es la de Cali, o tal vez la de Honda-Puerto Salgar. Entonces, pues realmente es una solicitud para una unificación para tener un poco más de organización.

En el tema del equilibrio económico del contrato. Si bien para este proceso ya fue incluido un literal que creo que deja bastante tranquilos a los participantes porque ya se da cierta participación al tema de alea normal consideramos, y lo hemos solicitado ya en varias oportunidades, que hace falta la inclusión de esos mecanismos para el restablecimiento. Eso ya está inventado y está en los contratos de Ruta del Sol y ha funcionado de forma impecable, luego no sería razonable no considerarlos para estos procesos en particular.

En el tema de cupo de crédito pues es simple nuestra observación. Estamos de acuerdo con que la Entidad lo exija. Nos parece que es una buena oportunidad para saber quiénes son los que les están presentando oferta. Pero consideramos con todo el respeto de la Entidad que es dispendioso y tal vez poco práctico solicitar un cupo de crédito general y uno específico. Realmente aquí lo que se quiere ver es la capacidad de los oferentes, y esa se refleja de forma perfecta con el cupo de crédito específico.

El tema de la oferta técnica. Estamos de acuerdo con una intervención que ya se hizo sobre el particular. Si bien ya se le dijo a la Entidad que considerábamos que esa oferta técnica no era en realidad una oferta técnica, y que era una declaración que tal vez cualquiera estaba en capacidad de obtener, la Entidad contestó que lo consideraba suficiente como oferta técnica. Insistimos. Es una oportunidad valiosa que tiene aún la Entidad para considerar algo un poco más robusto como oferta técnica y no una simple declaración.

En el tema del SPV. Cuando uno revisaba los pliegos pues se daba cuenta que no había mucha referencia al tema del SPV. Tal vez sí como el plazo dentro del cual se tenía que constituir, y uno preguntó a la Entidad ¿dónde está la regulación del SPV? Y la Entidad ya contestó: está en el contrato en unas declaraciones. Y en las declaraciones se establece que la sociedad que yo constituí es legal, y tiene capacidad y tiene más de cierto término de duración, y en otro lado habla de gobierno corporativo. Consideramos con todo respeto que no es suficiente. Un contrato de promesa de sociedad es un contrato complejo. Un contrato que puede estar lleno de errores involuntarios o de condicionamientos que tal vez las partes no caen en cuenta en el momento de suscribir, y el día que la Entidad tenga un adjudicatario esa persona tal vez no le puede constituir la sociedad y estaríamos en uno de los peores escenarios. Tal vez hoy la Entidad puede hacer hoy una revisión de ese documento, estar un poco más tranquila con lo que tiene, y saber que quien resulte adjudicatario puede constituir la sociedad que la Entidad quiere ver constituida, y que adicionalmente se exija algo de capital, que no se ve en los documentos que nos han sido puestos a disposición.

Otro tema relacionado con el valor del contrato. Y ya lo hemos reiterado y la Entidad ya contestó pero queremos insistir. Según lo que establece el artículo 14 del Decreto 1467 por valor del contrato se entiende al de construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto. En esa oportunidad nosotros preguntábamos que si dentro de ese valor estaba el tema de soporte contractual, el tema de amigable composición, el tema de la comisión de éxito del estructurador, y la Entidad contestó: nosotros estamos actuando conforme a la ley. Pues, precisamente la pregunta realmente era si nuestro

entendimiento era correcto conforme a nuestra interpretación de la ley, luego reiteramos nuestra solicitud para que la Entidad nos aclare este punto en particular.

En el tema del perfeccionamiento del contrato. Para perfeccionar el contrato hay una exigencia y es que se cancele el valor de los estudios y diseños que hayan realizado los precalificados. Nosotros le solicitamos ya a la Entidad que lo eliminara y la Entidad nos contestó que lo que manejaban era una minuta estándar, entonces que no se iba a modificar pero que entendíamos que como no se había cumplido ese requisito pues no se iba a aplicar. Pues a veces es estándar y a veces no, pero si es estándar y no aplica pues creemos que debe retirarse.

Y en el tema de condición para la suscripción del acta de inicio del contrato de interventoría consideramos que el plazo de 180 que se está dando la Entidad es muy amplio. La Entidad ha contestado: señores es el plazo máximo. Ojalá la Entidad lo pueda suscribir con anterioridad. Pero pensar uno en el peor de los escenarios con un máximo son 180 días esperando el acta de inicio creo que no sería óptimo para el proyecto.

En el tema de los intereses. En Presidencia la Entidad hizo una presentación que era bastante interesante porque sin hacer diferenciación entre si era o los aportes o cualquier otro pago a cargo de la Entidad habló: entre 30 y 90 remuneratorios, por encima de 90 moratorios, y ya después hablaba de incumplimiento contractual. En estas minutas sí se hizo un ajuste. Y para aportes ya los plazos son más cortos porque dice que entre 45 y 120 son remuneratorios y más de 120 moratorios. Está un poco mejor. No sigue siendo óptimo pero está un poco mejor. Pero no se dijo nada en relación con el tema de los otros pagos que siguen estando castigados 540 días después. Si uno dijera que el único pago que uno a recibir de la Entidad son aportes pues uno está tranquilo. Pero es que aquí la Entidad, por ejemplo en tema de redes, en tema de predios, en tema ambiental, está manejando unas bandas. Entonces, esos son otros pagos que la Entidad eventualmente tendrá que asumir y tendrá que reconocerle al concesionario. Y todos sabemos que las probabilidades de que los costos se superen son altas. Entonces, pues la solicitud es que la Entidad unifique el tratamiento en materia de intereses, que ya está regulado para el caso de aportes.

Hay otro tema y es el tema del DR18. Por las condiciones propias de este proyecto, estas condiciones financieras, tal vez se ha visto que el año 18 es muy lejano. Y por eso la solicitud que se hace es que esa revisión que con tan buen juicio se contempló en el contrato se pueda realizar a los 3 años de finalizada la etapa de construcción, y que se piense en la idea de que se implemente como una figura periódica cada 3 años. Con eso estamos seguros que se va a mejorar bastante las condiciones del proyecto.

Y finalmente, y creo que ya lo mencionaron, el tema de las fórmulas de terminación sería ideal que la Entidad contemple una fórmula de terminación un poco más equilibrada cuando no es por causas imputables al concesionario y es por causas imputables a la Entidad, incluso contemplando temas de deuda, temas de las obligaciones que adquiere el concesionario para que no se vea más afectado de lo que se vería por una terminación por causas que no le son imputables.

SEGUNDA RONDA. OBSERVACIONES RESPECTO DE LA MATRIZ DE RIESGOS.

1. ESTRUCTURA PLURAL RUTA DEL CARIBE.

Específicamente sobre el tema de la declaratoria de interés público, que esa declaratoria ya se ve reflejada en otros procesos y que de alguna manera se ha anunciado que va a ser transversal a todos los procesos va a funcionar positivamente para estos proyectos entendiendo que eso va a evitar desde ya la especulación de alguna manera en el mercado, no desde el punto de vista de precios porque a partir del avalúo ese es el precio de la enajenación voluntaria, pero sí a partir de los desarrollos que se pueda tener y las expectativas que se puedan generar en los ciudadanos que son dueños de unos predios que se puedan ver afectados. Entonces creo que este riesgo, asignado al concesionario, se ve mucho más morigerado a partir de esa declaratoria de utilidad pública, la cual, al igual que lo mencionaba alguien, es importante que en este proyecto se vea reflejado mediante el acto administrativo correspondiente.

En materia de redes se ha determinado que efectivamente los sobrecostos por interferencia de redes tienen una distribución entre el público y el privado. Es importante que ya se ha creado una bolsa específica para el manejo de redes, pero sin embargo también hemos tenido siempre la expectativa de que el tema de redes lo va a solucionar la ley de infraestructura. Y efectivamente la ley está saliendo del horno el viernes pasado, creo que incluso ya tiene número, más sin embargo estamos jugando este proceso en materia de redes a una ley que va a tener algunos controles de constitucionalidad que, eventualmente, en la medida en que así como se defiende la infraestructura de transporte, también existen gremios y existen intereses económicos en materia de redes de servicios públicos, máxime entendiendo que la infraestructura de redes de servicios públicos está montada sobre la base para sus intervenciones de un esquema tarifario que necesariamente no es fácilmente movable para efectos de generar inversiones por parte de las empresas de servicios públicos.

En materia, un poco lo mencionaba en la parte inicial de la intervención, en materia de la construcción y un poco como lo mencionaba también Alicia en su intervención anterior, esa Unidad Funcional 2, específicamente la Unidad Funcional 3 donde tiene que haber una cohabitación o convivencia con el concesionario actual, es importante de pronto, y se llama la atención que desde el punto de vista de la estructuración técnica y legal, y también desde el punto de vista de las responsabilidades legales por el mismo corredor vial, se establezca cómo va a funcionar, qué protocolo va a tenerse para el manejo de la vía porque finalmente va a haber 2 concesionarios “al tiempo”, aunque hay algunas diferencias, administrando el mismo corredor vial, va a haber unas intervenciones de un nuevo concesionario sobre una vía que tiene unas garantías ya establecidas, hay unos temas de seguros, hay también unos temas de intervenciones y de afectación de la misma estructura de la vía. Preguntábamos esta mañana en la reunión si eventualmente a ése concesionario nuevo que llega a intervenir sobre la estructura existente se le va a dar el tratamiento de un tercero, como cuando alguien va a intervenir una vía de concesión por ejemplo para hacer unos accesos, para hacer un intercambio vial, si se va a regir por la resolución, creo que era la 063 que tenía el INCO hace unos años, no sé si todavía esté vigente bajo ése mismo número, si va a haber autorizaciones de ése otro interventor de ése otro proyecto, cómo se van a manejar los diseños de las intervenciones. Yo creo que hay unos protocolos que hay que desarrollarse que la parte de la estructuración esta mañana nos decía que es un tema que se ha venido hablando y hay que trabajarlo, pero es importante mirar sobre todo cuáles son las responsabilidades que de ahí van a surgir. Porque de ahí se va a generar necesariamente un riesgo para el concesionario nuevo que también va a traer unas dificultades en la ejecución de los proyectos, y en sus tiempos, y en los costos operacionales, y en el manejo de tráfico, señalización y desvíos, y seguramente también en la obtención del ingreso esperado del concesionario actual para llegar al año 19 con o sin la obtención del ingreso esperado dependiendo del manejo que se le vaya a dar en su momento. Entonces, eso es un punto que es importante, no está incluido dentro de la Matriz de Riesgos y nos parece importante que haga la ANI y el equipo estructurador con FONADE un trabajo de revisión de aspectos técnicos de esas intervenciones, de impactos financieros que tengan esas intervenciones, de consecuencias jurídicas que se tengan desde el punto de vista de responsabilidad. El concesionario es responsable de la operación de la vía, incluso por ahí hay un aspecto

que, debo confesarlo, en este momento no lo tengo tan claro, si el índice de mortalidad sigue vigente para efecto de determinar el nivel de cumplimiento del concesionario, y esos aspectos van a estar compartidos en una primera etapa bajo dos responsables contractuales sobre el mismo proyecto vial. Entonces llamamos la atención sobre ese punto.

Vemos en materia de fuerza mayor, específicamente está mencionándose aquel riesgo en materia de expedición de licencias ambientales, todavía seguimos hablando del 150% del término legalmente previsto para que la ANI tome la decisión de declarar la fuerza mayor por estos eventos, tiempos que necesariamente van a generar unos tiempos adicionales que van en contra del proyecto, unos costos adicionales encima de unos proyectos que van a estar ociosos casi por entrega de los mismos desde el comienzo. Entonces es un punto que hay que revisar al igual que el tema de las consultas previas con las comunidades. Si bien es cierto que estos aspectos van a ser, en el momento en que se declare una fuerza mayor, pues un riesgo público, hay que esperar 360 días cuando hay causa no imputable al concesionario, donde no se logró, digamos, la consulta previa por situaciones digamos por ejemplo de demoras que normalmente ocurren y han venido ocurriendo, y seguramente seguirán ocurriendo, desde el Ministerio del Interior como ente público responsable por estos aspectos.

Creo que en materia de riesgos tal vez el cambio de legislación que estamos de acuerdo con las intervenciones anteriores, hay que revisarlo.

En materia general, esas son las intervenciones sobre riesgos. Obviamente y como en la intervención anterior, cualquier otra observación o pregunta al respecto nos reservamos el derecho de hacerla por escrito.

2. INFRAESTRUCTURA VIAL DE COLOMBIA.

Hacemos uso de las mismas observaciones sobre la Matriz de Riesgos que se han venido trabajando en todos estos procesos licitatorios.

Primero quiero pedir el favor que cada proceso tenga su matriz especial. Yo creo que cada proceso tiene su propia matriz de riesgos. Yo no puedo decir que todos los riesgos prediales sean iguales en todos los procesos, ni que todos los riesgos ambientales sean iguales en todos los procesos. Entonces yo sí les pediría el favor que la Matriz de Riesgos sea la que le corresponde al proceso que nosotros estamos analizando.

En cuanto al tema, por ejemplo, porque en esta Matriz especialmente hay un riesgo constructivo que no le pertenece al concesionario porque claramente dentro de la parte especial nos dicen que sin perjuicio de lo dispuesto en todo lo que es entrega con índices a la fecha de suscripción de esa unidad funcional, nos dicen que según la calificación no se va a recibir, e inclusive se recibe como si fueran todos los índices inferiores a los establecidos en la calificación de la que se trata la Sección 3.8 c) (iii) en la cual nos dicen los índices de estado en que debemos recibir, y además nos dicen que nos reconocerán el mantenimiento y/o la rehabilitación. Nosotros tenemos un riesgo de que no sea y/o la rehabilitación sino de que sea un mejoramiento. Entonces yo sí pediría que en este proceso específico se tenga un poquito en cuenta el tema de esta unidad funcional porque en esta unidad funcional sí hay un riesgo constructivo que no le pertenece al concesionario porque a nosotros nos dicen: ustedes la van a recibir en índices inferiores a los que nosotros recibimos en todos los manuales de operación y mantenimiento. Entonces, esa sería la primera observación de acuerdo a la Matriz de Riesgos, que los riesgos constructivos aquí sí hay una unidad funcional que tiene que tenerse en cuenta en esta Matriz de Riesgos.

Igualmente, los riesgos normativos son los riesgos que hemos estado mirando durante todo el proceso.

Y hay otros riesgos que son los riesgos de fuerza mayor en donde tanto lo de licencia ambiental como la consulta previa nos dice que la consulta previa con comunidades en un plazo mayor de 360 días, desde 360 días en adelante, es una fuerza mayor. Y en este proceso llamo la atención porque el tema de comunidades en este proceso es un tema difícil. Entonces, la Matriz de Riesgos en cuanto al tema de consulta previa, en este proceso yo quisiera que miráramos porque nosotros tenemos dentro de nuestra investigación social y ambiental, tenemos 9 comunidades entre Cartagena y Barranquilla. Entonces quisiéramos que esta parte del riesgo en esta Matriz sea diferente obviamente a una comunidad entre Girardot y Puerto Salgar. Los riesgos de la Matriz de comunidades es totalmente distinta en una y otra.

En cuanto tema predial se dice que la asignación, por ejemplo en su primera parte dice: demoras en la disponibilidad de predios derivadas de la gestión predial ése es privado. Lógico. Ese es privado porque depende de una gestión que le corresponde al concesionario. Sin embargo cuando pasamos a la misma en la ambiental dice demoras en la obtención de la licencia ambiental y/o permisos. Pero no dice que es por parte de la gestión ambiental. Esta demora en permisos que no la ponen imputable a nosotros puede ser por el Ministerio o puede ser por la autoridad ambiental. Entonces quisiera que le dieran el remate igual que en la primera y es en las demoras en licencias o permisos referentes a la gestión ambiental del concesionario.

3. ESTRUCTURA PLURAL IRIDIUM - BESALCO – VT -011.

En el contrato se reguló específicamente el cambio en la normatividad técnica como un riesgo que no asume el concesionario y que solamente le sería exigible ése cambio en la normatividad en la medida en que llegue a un acuerdo con la ANI. Sin embargo en la Matriz de Riesgos nada se dice al respecto, por lo cual solicitaríamos que en el mismo sentido en que se encuentra regulado en el contrato se incluya en la Matriz de Riesgos ese riesgo de cambio en la normatividad técnica como un riesgo que asume la entidad pública.

Por otra parte, desde que se iniciaron estos procesos viene discutiéndose o poniéndose de presente que la asignación del riesgo de cambio de ley al privado es contraria a los principios y a lo que establece el ordenamiento jurídico. La Ley 1150 en el artículo 4 dice que se estiman, tipifican y asignan los riesgos previsible involucrados en la contratación. En igual sentido, el Decreto 734 dice que como parte del proceso se tiene que incluir el soporte que permita la estimación del riesgo que sea previsible y que pueda afectar el equilibrio económico del contrato. Igualmente establece el artículo 4 de la ley de APPs que estos instrumentos o esquemas de asociación público privada deben contar con una eficiente asignación de riesgos atribuyendo a cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos. A quien pueda mitigar su impacto. En idéntico sentido otra regulación, que es la nueva regulación de contratación pública que es el Decreto 1510, establece que en todos los documentos del proceso debe establecer a los riesgos que se establecen como previsible cuál es la forma de mitigarlos. Entonces, tenemos 4 referencias normativas específicas que establecen que no puedo transferirle al privado un riesgo imprevisible. Que el riesgo previsible que le estoy transfiriendo debe ser un riesgo para el cual yo tenga un soporte de valoración. Entonces, cuando uno se encuentra con la Matriz de Riesgos, con la distribución de riesgos de estos proyectos y me dicen que me están transfiriendo el riesgo de cambio de ley yo sí quisiera preguntarle a la ANI nuevamente cuáles son las leyes que tiene previstas que salgan dentro de los próximos 28 años. Y cómo se valoró el impacto que pueda tener esa ley en mi flujo de caja o en mi proyecto que se estimó en el 30% o mayor al 30%. Porque es que el 30% de un proyecto de estos es alto, es bien alto, y esa estimación tiene que tener un fundamento. No puede ser simplemente que se diga que fue superior al 30%. Y ¿por qué no puede haber un fundamento? Porque es que no es previsible. Entonces, yo sí quisiera que la

Entidad revaluara porque es que la consecuencia de incluir una cláusula en un contrato de estos, que es contraria al ordenamiento jurídico, es que no va a poder ser exigible el día que tengamos que ir a una resolución de un conflicto respecto de esta cláusula. En materia de Project finance transferirle un riesgo al concesionario que el concesionario no está en capacidad de controlar y administrar es un riesgo que el financiador del proyecto va a asumir como un riesgo propio. Entonces, acá al transferirle ese riesgo, que es un riesgo grande, a quien no está en capacidad ni de mitigarlo ni de administrarlo, le están transfiriendo un riesgo a los financiadores del proyecto. Eso no es compatible con estándares y esto pone en riesgo la viabilidad de estos procesos. Ese punto quisiera que la Entidad revisara nuevamente, atendiera todas las observaciones que alrededor de este punto le han hecho todos los interesados en este proceso, porque esto no es que yo esté acá parado diciéndolo sino que se los han dicho en todas las formas y sigue haciéndose caso omiso al respecto.

4. ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTURA MECO S.A.

El apoderado común MARIO ALBERTO HUERTAS otorga poder para que intervenga en esta audiencia a ISABEL CRISTINA BURBANO.

Las siguientes observaciones las presentan sin perjuicio de las observaciones que sean radicadas por escrito.

En primer lugar, referente a las demoras en la disponibilidad de predios y a su vez en las demoras en la obtención de las licencias ambientales. Este riesgo pues que a su vez va de la mano con la cláusula de fuerza mayor predial y ambiental que por un lado me habla de 180 días a partir de la admisión de la demanda y que por otro lado me habla del 150% del tiempo que normalmente se puede uno tardar en la obtención de la licencia, consideramos que sigue siendo bastante, bastante alto porque si bien es un riesgo y un evento eximente de responsabilidad en muchas ocasiones para el concesionario pues debe ser reconocida esa fuerza mayor a partir del día 1, no a partir de 180 días después, ni a partir del 150%, porque normalmente uno se puede tardar 6 meses entonces uno se tiene que esperar, no sé, 3 meses más, 9 meses más. Consideramos que es un tema que lo hemos reiterado muchas veces a la Entidad y no hemos recibido una respuesta satisfactoria sobre el tema sino que simplemente lo ratifican sin entrar a hacer un análisis juicioso.

Hay un riesgo que se llama sobrecostos por compensaciones socio ambientales. Este riesgo está en la Matriz de Riesgos como un riesgo compartido. Cuando me voy al capítulo 13 se encuentra igualmente como un riesgo compartido. Entonces cuando uno entra a analizar el de compensaciones socio ambientales, uno dice ¿será que a través de este riesgo “compartido” nos estamos distribuyendo las 2 partes el famosísimo tema del pago de las consultas previas, yo sé que ahí está incluido lo de los reasentamientos, pero hay un punto súper importante que no sé si la mayoría de ustedes tengan conocimiento, la ANI sí lo conoce, que es lo que está ocurriendo con Ruta del Sol tramo 3. Ruta del Sol Tramo 3 comenzó, me sé perfectamente la historia, comenzó con cero, cero comunidades. Cuando comienzan a ejecutar el proyecto se encuentran con 9, con 10, con 11, con 12 con 13, y resulta que al concesionario le toca asumir un riesgo que en ningún momento de la vida había estructurado e incluido en su modelo financiero. Claramente afecta la ejecución del contrato y la respuesta de la Entidad es: no, eso no es un riesgo nuestro. Entonces nosotros le hemos solicitado a la Entidad, de hecho le hemos recomendado que regule esto en qué sentido: que si bien yo presento mi propuesta en Enero, en Febrero del próximo año, la ANI a través del Ministerio del Interior es el que me tiene a mí que informar cuáles son las comunidades que en el momento en que yo cierre mi propuesta económica y técnica hay: 10, 20, 30, ninguna, como ocurrió en el proceso de Honda – Puerto Salgar. Honda – Puerto Salgar aparecía cero comunidades, nulo. Yo dije ¿será cierto? Bueno, habrá que creer. Pero como decía la Dra. Naranjo: para

este proyecto específicamente Cartagena Barranquilla hay comunidades, el sector es bastante complejo. Entonces lo que nosotros queremos, yo creo que la Entidad ya tiene un antecedente bastante grande con Ruta del Sol Tramo 3, y lo que queremos evitar es eso, evitar este tipo de controversias que más allá de iniciar un proceso y dirimir esta controversia es la afectación que realmente tiene el concesionario, a su vez el proyecto que es lo que realmente le interesa a la Entidad.

Referente al tema de las compensaciones. En otro proyecto le hicimos la pregunta a la Entidad donde le decíamos: si usted me dice que es compartido entonces doy por entendido que la distribución que se hace en el capítulo octavo de compensaciones de 1 a 120 el concesionario, de 120 a 200 compartido, de 200 en adelante la Entidad, doy por entendido que entonces todo lo que me pidan las comunidades, porque es que no estamos solamente hablando de reasentamientos, estamos es también hablando de lo que estas comunidades le piden. Estas comunidades te piden “es que me estas quitando un terreno que es sagrado, págame diez mil millones”. Lo que fuere. Y esas situaciones son de un costo bastante alto que yo creo que la Entidad no los está incluyendo dentro de la estructuración. Cuando le preguntamos esto la respuesta que nos da la Entidad es que efectivamente hay un valor de reasentamientos que usted lo puede observar en el capítulo tal, pero el tema de compensaciones sobre comunidades lo miraremos, lo revisaremos y de ser el caso modificaremos el contrato. Eso pasó en el 01. Hasta el sol de hoy no se ha modificado el 01 y por tal razón tendría también que reflejarse en el proceso actual.

Invasión del derecho de vía es un riesgo que también lo hemos reiterado varias veces y qué pena ser tan insistentes con el tema de las comunidades pero, pero el manejo de las comunidades hasta cuando uno va a la zona y las maneja es que uno se da cuenta. De pronto acá uno no se da cuenta cómo es específicamente el manejo con ellos. Pero cuando a mí me entregan una infraestructura, de hecho en el acta de entrega de infraestructura que siempre hemos dicho que debería incluirse el estado del derecho de vía, o sea 10 comunidades, 20, en 10 kilómetros, del PR tal al PR tal, como sea, pero especifíquelo en esa acta de entrega de infraestructura. Porque cuando yo voy a tener un riesgo del cuidado del derecho de vía me voy a encontrar con “n” cantidad de comunidades que yo no voy a saber cómo sacar, cómo mitigar el riesgo como decía el Dr. Padilla porque es que yo no estoy a cargo de eso. Yo no tengo la facultad para administrarlo, para mitigarlo porque yo no soy ni policía, ni soy la Entidad, ni soy la Nación, entonces consideramos que en esta distribución del riesgo se están yendo mucho más allá de lo que en realidad el concesionario tiene la capacidad para mitigarlo.

Y finalmente, el riesgo normativo. Pues es un riesgo que para qué repetirlo pero igual apoyamos totalmente la causa que es por parte de todos los concesionarios y es porque un riesgo que es imposible preverlo por parte del concesionario pues es imposible asumirlo por parte del concesionario.

5. ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES.

Se deja constancia de que no hay más observaciones frente a Matriz de Riesgos.

6. ESTRUCTURA PLURAL IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS – GAICO INGENIEROS

Sólo se va a hacer una observación frente a la Matriz de Riesgo y es frente a la fuerza mayor ambiental por demoras en más de un 150% del Tiempo Máximo Establecido por la Ley Aplicable para la expedición de la Licencia Ambiental, por causas no imputables al concesionario. Solicitamos aclaración acerca de si ese 150% se refiere al término en que la entidad ambiental debe – según la ley- expedir el correspondiente permiso o licencia (100%) más la mitad de dicho término (50%); o si por el contrario, el riesgo sólo se traslada a la entidad contratante, cuando una vencido el término establecido para expedir el permiso o licencia, existe una demora no imputable al contratista igual a dicho término más la mitad. Si de lo que se

trata es de que la fuerza mayor ambiental sólo se traslada en el segundo caso mencionado (es decir, además del tiempo máximo establecido por la ley para la expedición del permiso o licencia, uno igual al mismo plazo más la mitad), consideramos que es desproporcional, pues tal situación, no siendo imputable al contratista, le resulta perjudicial en la ejecución del contrato, que se puede traducir en multas y/o deducciones.

7. ESTRUCTURA PLURAL PSF CONCESION DEL CARIBE.

El precalificado no interviene.

8. ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI / GRODCO.

Se deja constancia que en esta ronda no se hace presente ninguna persona en representación del Precalificado.

9. ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS DEL MAR CARIBE SPV.

El precalificado deja constancia que van a intervenir por escrito.

10. ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VIAL DEL MAR.

Primero tenemos que manifestar que estamos total y sentidamente de acuerdo con las intervenciones que sobre el tema de riesgos hemos estado oyendo en esta tarde aquí en el auditorio.

El Dr. Padilla hacía una referencia normativa y muchas veces pareciera que esa normatividad como que ya no aplica. Y eso es lo que le genera a uno bastante preocupación. El artículo 4 de la 1150 sigue estando vigente. Incluso que es lo que hemos reiterado en varias oportunidades, hay un documento CONPES para los proyectos de 4G. Y en ese documento hablan del tema de que sólo se le asigna el riesgo previsible a quien está en mejor condición de manejarlo controlarlo y mitigarlo. Y como hemos anotado en otras intervenciones, incorpora la palabra de retribución del riesgo. Entonces eso no es menor, el término no es menor, eso qué quiere decir: ¿usted quiere Estado transferirle al particular todos los riesgos? Eso tiene un valor. Y si el concesionario los va a asumir los tiene que cobrar. No tiene ninguna otra alternativa. Pero no se puede pretender que en un valor que se cierra, porque si la oferta supera los valores establecidos no la consideran entonces si uno realmente es un oferente responsable está fuera del juego desde el día 0. Entonces creemos nosotros que ese tema no tiene sentido.

En el tema en general predial, de redes y ambiental, si bien estamos de acuerdo que ahora contamos con una ley que ahora se va a someter a ciertos controles, y que tiene disposiciones que tal vez no van a ser muy favorables para unos sectores, que posiblemente va a ser atacada, pues es una ley que está vigente y se tiene que aplicar. Y por eso solicitamos que se haga la revisión correspondiente y se incorporen las modificaciones a que haya lugar. Uno se preguntaba es: si esta ley la emitieron para superar ciertos graves problemas de infraestructura y la mayor inversión en infraestructura se va a hacer con los proyectos de 4G, pues para qué entonces está la ley si no es para incorporar sus disposiciones en estos proyectos que hasta ahora comienzan. Específicamente en el tema predial, nuevamente solicitamos que la Entidad reconsidere los plazos. Vuelvo y lo repito como ya lo hemos dicho, estos contratos son nuevos. No tenemos que pensar más en los anteriores de primera, segunda y tercera generación. ¿Por qué? En esos si bien en Ruta del Sol la remuneración dependía de unos hitos, 10 kilómetros continuos, el concesionario tenía derecho al recaudo de peaje. Aquí el concesionario no recibe un centavo, un centavo, hasta que no entrega la unidad

funcional. Entonces, si yo me pongo a pensar que 180 días después de la demanda de expropiación, hagamos cálculos. Incluso en el mejor de los escenarios hagamos cálculos. El concesionario ya está seriamente comprometido con una fuerza mayor y adicionalmente la fuerza mayor sólo le compensa los costos ociosos. Entonces qué pasa con el financiamiento, qué pasa con la desmovilización, qué pasa con muchos otros eventos que la Entidad no está teniendo en cuenta y que le causa perjuicios. Además es que aquí no se está debatiendo si es por causas imputables al concesionario. Porque es que si es un evento de fuerza mayor es porque el concesionario fue diligente y no pudo resistir el evento. Entonces, pues este plazo es muy extremo.

El otro tema es el tema de declaratoria de utilidad pública que creo que lo habían dicho ya aquí en repetidas ocasiones. La Entidad ya anunció que lo va a evaluar y vemos con agrado que ya en uno de los procesos se pronunció. Creo que esta es una oportunidad valiosa para se pueda hacer.

En el tema ambiental y social si bien sabemos el tema del 150% que ya se ha mencionado aquí es muy amplio, nosotros consideramos y estamos absolutamente de acuerdo con la Dra. Naranjo en que calificar como bajo la probabilidad de ocurrencia de demoras en el licenciamiento ambiental en este proyecto es incluso un acto irresponsable. Ese riesgo está mal valorado. Si ustedes analizan la región en la que estamos sí, hay como 9 o 10 comunidades, pero yo sólo con la comunidad de La Boquilla me quedo. Ya con esa el problema es infinito. Infinito. Entonces, si desde hoy ya sabemos que nos estamos enfrentando a realmente un tema que va a implicar muchísimo tiempo, muchísimo esfuerzo y que adicionalmente, como ya lo decían acá, ojalá las comunidades pidieran temas razonables. Las comunidades hoy en día están organizadas. Y organizadas y aprovechan la llegada del concesionario como un recurso para llenar ciertos requerimientos pues que no es el concesionario el llamado a llenar, pero ocurre, y esa es la realidad y creo que la ANI lo padece más que el concesionario porque tiene varios proyectos embolados con fuerzas mayores declaradas y, pues, con una problemática presente. Entonces, en este tema solicitamos que la Entidad tenga en cuenta. Y además ahora, si bien estamos conformes con que se haya incluido el tema de fuerza mayor para el tema de comunidades vuelvo y repito: 360 días es un impacto imposible de soportar para los concesionarios.

Y por último me voy a pronunciar sobre el tema del cambio en ley y no por último porque creo que es el más importante como lo señalaba esta mañana en otra audiencia. Yo creo que la ANI tiene que darse cuenta que si fuera solamente uno de los interesados que lo propone pues dice probablemente es la perspectiva de ése interesado y no tendría eco. Pero yo estoy convencida que aquí hay muchos participantes nacionales como extranjeros, ha sido parte del éxito de la ANI en este proyecto contar con 10 precalificados por proceso. Pero quién va a presentar una oferta con un riesgo imprevisible que se asigna. La Entidad si bien en Presidencia habló que iba a tratar de hacer algún tipo de regulación para no comprometer los aportes y el recaudo de peaje, y si bien incorpora algo en las nuevas minutas no resulta suficiente. El concesionario no puede asumir ése riesgo. Es imposible. Incluso, tristemente resultaría preferible que se elimine y eso en caso de ocurrencia es un alea extraordinario. O incluso, de una vez estimémoslo: el concesionario va hasta tanto, de ahí en adelante va la Entidad. Hagamos algún ejercicio, así sea un ejercicio prudente para que haya ofertas coherentes. Pero como el tema está hoy tratado no es de utilidad. Incluso, preocupa más que ya en otras audiencias como en las de Autopistas de la Prosperidad se le hizo la solicitud a la Entidad y nuevamente fueron casi todos los interesados, por no decirlos todos, y la respuesta de la ANI es que ese es un riesgo que mejor puede administrar el privado. Entonces, es una solicitud sentida, una solicitud preocupante y desesperada a la Entidad de que revise la Matriz porque el riesgo como está asumido no puede ser asignado. Hay toda una normatividad que establece lo contrario. Luego la Entidad no puede ser la única que lo está viendo de ésa manera.

TERCERA RONDA. INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES NO PRECALIFICADOS QUE DESEEN HACERLO.

Se deja constancia de que no hay ningún particular que quiera intervenir.

En este estado de la audiencia, se informa que las respuestas a las observaciones presentadas en esta audiencia se van a publicar en el SECOP y en la página web de la Entidad.

Siendo las 4:42 P.M. del 27 de Noviembre de 2013, se da por terminada la Audiencia de Aclaración de Pliego de Condiciones Definitivo y Matriz de Riesgos, correspondiente a la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013. Se deja constancia que a la presente Audiencia asistieron a la mesa principal el Dr. WILMAR DARÍO GONZÁLEZ, al igual que los funcionarios y contratistas responsables del proceso, así como los representantes de los precalificados que se relacionan en el listado de asistencia a la Audiencia, la cual se adjunta y hace parte integral de la misma. Así mismo, se deja constancia que la Audiencia consta en registro fílmico.

Para constancia, se firma en Bogotá a los dos (2) días del mes de diciembre de 2013.

(ORIGINAL FIRMADO POR)

WILMAR DARÍO GONZÁLEZ BURITICÁ

Gerente de Contratación – Vicepresidencia Jurídica

Proyectó: Gabriel Vélez Calderón – Abogado/Gerencia de Contratación/Vicepresidencia Jurídica