

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

RESPUESTA A OBSERVACIONES PRESENTADAS AL PROYECTO DE PLIEGO DE CONDICIONES DE LA SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA CON PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-SA-008-2016

En Bogotá D.C., al 1° día del mes de septiembre de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura, por medio del presente documento se permite dar respuesta a la observación allegada hasta la fecha, al Proyecto de Pliego de Condiciones de la selección abreviada de menor cuantía con precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-SA-008-2016, en los siguientes términos:

N°	NOMBRE DE QUIÉN OBSERVA	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA DE LA AGENCIA
1	PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ACCESOS NORTE DE BOGOTÁ - ACCENORTE	<p>Proyecto de Pliego de Condiciones. Sección 6.13 numeral tercero. Sección 6.10.12 literales (a) y (b).</p> <p>Visto el Proyecto de Pliego de Condiciones, en específico el tercer párrafo del subnumeral 3 del numeral 6.13 “MEJORAMIENTO DE LA OFERTA POR PARTE DEL ORIGINADOR”, se solicita amablemente a la ANI se sirva corregir la referencia allí vertida en relación con la fórmula mediante la cual la Entidad procederá a reasignar los puntajes, vale decir, deberá indicarse que el numeral bajo el cual se encuentra la mencionada es 6.10.12. (b) y no el 6.9.13 (b) que erradamente se consignó. Así mismo, amablemente se solicita corregir la referencia que a los numerales 6.9.6, 6.9.8 y 6.9.10 se hace en los literales (a) y (b) del numeral 6.10.12 indicando que la referencia correcta corresponde a los numeral es 6.10.6, 6.10.8 y 6.10.10</p>	<p>La ANI ha analizado su solicitud y en los Pliegos de Condiciones Definitivos del Contrato se realizará los ajustes que considere necesarios al respecto.</p>
2	COPASA	<p>Proyecto de Pliego de Condiciones - Cláusula 6.10 - Evaluación del Sobre No. 2.</p> <p>En términos generales, el mecanismo de evaluación de la oferta económica descrito en la Cláusula 6.10 del Proyecto, limita notablemente el ejercicio de la libertad de fijación del precio a COPASA, y le impide la presentación de su mejor oferta, considerando ésta como aquella que le permitiera quedar en el primer</p>	

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

		<p>orden de elegibilidad dentro del proceso de selección, y otorgándole al Originador una puntuación tal que le impidiera a este mejorar su oferta. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> De conformidad con los literales a) y c) del numeral 6.10.6 del Proyecto, si existieran dos ofertas hábiles (asumiendo que tanto la oferta del Originador como la de COPASA son hábiles), la forma de establecer el límite inferior para determinar si la oferta debe ser rechazada o no, corresponderá a multiplicar 90% por el valor que resulte de aplicar la metodología correspondiente a la "Media Geométrica Ajustada" de acuerdo con la fórmula que se indica en el referido numeral. Una vez hecho el ejercicio aritmético, y teniendo en cuenta el "VPIP" correspondiente al ofrecimiento hecho por el Originador y aceptado por la ANI en la oferta en Etapa de Factibilidad¹, así como el número de posibles ofertas hábiles, el resultado de dicho límite inferior corresponde al 86.9% del VPIP. <p>En ese orden, la presentación de una oferta, por debajo de dicho valor, llevaría a su inmediato rechazo. Consideramos que para este caso en particular dicho límite inferior resulta demasiado alto y desproporcionado en sí mismo. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente proceso solo participan 2 oferentes, contrario a lo ocurrido en el otro proceso de iniciativa</p>	<p>La justificación para que se haya llegado a establecer como límite inferior el valor del noventa por ciento (90%) de la media, se encuentra basada en la experiencia de procesos anteriores, como también del resultado del proceso de planeación para la estructuración de estos proyectos de infraestructura de gran envergadura, en donde como en cualquier otro tipo de proceso de selección objetiva, debe evitarse a toda costa la posibilidad de contratar precios no ajustados con la realidad del mercado y de la naturaleza del negocio contractual a desarrollar, ya sean precios demasiado elevados o demasiado bajos, que en cualquiera de los dos casos, repercuten de manera negativa en la buena ejecución del contrato, pudiendo llegar a afectar gravemente su éxito y como consecuencia generar la inviabilidad del proyecto.</p> <p>Por todo lo anterior, se puede ver que el límite del noventa por ciento (90%) de la media, no va en contravía de los derechos de igualdad y de libre competencia, ni pone al originador en una posición de ventaja desproporcionada con respecto a los demás</p>
--	--	---	---

¹ De conformidad con la el numeral 1.174 del Proyecto de Contrato de Concesión Parte General, desarrollado en el Proyecto de Contrato de Concesión Parte Especial, "El VPIP equivale a Ochocientos Cincuenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Dos Millones Seiscientos Noventa y Seis Mil Seiscientos Ochenta y Ocho Pesos del Mes de Referencia (\$854.402.696.688)".

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

		<p>privada sin recursos públicos que adelantó la ANI, y en el que participaron 5 oferentes distintos.²</p> <p>2. Igualmente, también consideramos que la media empleada (la media geométrica ajustada) penaliza de modo artificial la realización de descuentos en la oferta económica ya que sobre pondera injustificadamente la oferta del extremo superior, es decir la oferta del Originador. En ese orden, la media usada no debe consistir en una “media geométrica ajustada” sino en una “media geométrica simple”.</p> <p>3. En relación con la fórmula empleada para la asignación del puntaje a la Oferta Económica establecida en el numeral 6.10.12 del Proyecto, a nuestro juicio la misma es inconsistente con las circunstancias particulares de este proceso, ya que, teniendo en consideración el límite inferior comentado anteriormente, se impide desde ya que COPASA realice una oferta que le permita quedar en el primer orden de elegibilidad dentro del proceso de selección, y que no le permita al Originador mejorar su oferta.</p> <p>En ese orden, consideramos que por las características de este proceso de Selección debería procederse a modificar la fórmula de asignación de puntaje económico señalada en la cláusula 6.10.12 con el fin de compensar la menor pendiente que implica la existencia de un valor de oferta económica que no puede ser mejorado sin ya ex ante verse abocado al rechazo.</p>	<p>participantes en el proceso de selección objetiva, como tampoco indica que la ventaja otorgada en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 determine que el seguro ganador y adjudicatario del contrato sea el originador, por el contrario, esta medida obedece a los principios de transparencia, planeación, moralidad administrativa y libre competencia, entre otros, para evitar contratar precios demasiado altos o bajos, llegando así a escoger de manera objetiva la mejor oferta presentada por los participantes en el proceso de selección.</p> <p>En esa medida, como la entidad lo expuso en todos los procesos de contratación de la cuarta generación de concesiones, la entidad busca que la oferta no ponga en riesgo el proyecto y exista una alta probabilidad de default del mismo en perjuicio de la Nación y en detrimento del desarrollo de la infraestructura que requiere el país. Así las cosas, la entidad fijo un valor del presupuesto que garantice que se pueda ejecutar y se cuente con los recursos que permitan hacer las obras del proyecto.</p> <p style="text-align: center;">Establecido lo anterior, la entidad se permite concluir lo siguiente:</p> <p>1. Es importante mencionar que todas las reglas establecidas en el desarrollo de este proceso y</p>
--	--	--	---

² Hacemos referencia a lo ocurrido en el proceso de selección del proyecto Tercer carril Bogotá – Girardot. Entendemos que en los demás procesos de iniciativa privada sin recursos públicos que ha adelantado la ANI, sólo ha participado el Originador sin que haya existido un número plural de oferentes.

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

		<p>Teniendo en cuenta los anteriores argumentos y de conformidad con las condiciones actuales del Proyecto, observamos que en el presente proceso de Selección COPASA no tiene posibilidad de realizar una oferta económica que le permita quedar en el primer orden de elegibilidad dentro del proceso de Selección, y que situé la oferta del Originador por debajo del umbral del 80% de la propuesta presentada por COPASA, ya que de hacerlo, la oferta que presente COPASA sería rechazada.</p> <p>Dicha situación constituye una ventaja para el Originador y una falta de incentivo para el Manifestante de realizar su mejor oferta. A nuestro juicio el límite inferior comentado, fija desde ya el valor de la oferta más baja que puede hacerse, sin que la misma resulte rechazada, y sobre la cual el Originado podría usar su opción de mejorar la oferta. Claramente entendemos y respetamos la posibilidad legal que debe tener el Originador para mejorar su Oferta y de ninguna forma queremos desconocer la misma³. Lo que no consideramos conveniente es que dicha posibilidad constituya desde ya una desventaja para COPASA tal y como se desprende del texto del Proyecto, el cual debe ajustarse a los principios de transparencia y a los mandatos de buena fe, igualdad y equilibrio que establece la Ley, para que en el fondo la participación del Originador y de COPASA se adelante en igualdad de condiciones.⁴</p>	<p>en especial aquellas consagradas en el pliego de condiciones en lo que tiene que ver con la evaluación de las propuestas económicas, han sido estandarizadas y utilizadas en todos los procesos de 4G que hasta la fecha han sido adjudicados por la Agencia, entre otros, Tercer Carril Bogotá – Girardot.</p> <p>2. Aunado lo anterior, las reglas establecidas en el pliego de condiciones, específicamente en lo relacionado con la evaluación de las propuestas económicas, fueron publicadas en tiempo y atendiendo los plazos establecidos en la ley por lo que las mismas, debe concluirse, fueron puestas en conocimiento del público en general y específicamente de los interesados en participar en el correspondiente proceso de selección.</p> <p>Con esto se deja ver cómo, desde la publicación de la Invitación a presentar manifestaciones de interés, ya se encontraba</p>
--	--	---	--

³ Decreto 1082 de 2015, Artículo 2.2.2.1.5.12. Manifestación de interés por terceros.

⁴ **Ley 80 de 1993, Artículo 24, Del Principio de Transparencia:** “En virtud de este principio: (...)”

5°. En los pliegos de condiciones:

a) Se indicarán los **requisitos objetivos** necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán **reglas objetivas, justas, claras y completas** que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, **aseguren una escogencia objetiva** y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

		<p>En ese orden, en virtud de la libre y sana competencia que caracteriza a este tipo de procesos y la garantía de generar igualdad de oportunidades para los dos posibles oferentes, respetuosamente le solicitamos a la ANI que ajuste el texto del Proyecto de tal suerte que se evite la situación de desventaja arriba señalada.</p> <p>No obstante la decisión y modificaciones que decida implementar la ANI para corregir tal situación, consideramos oportuno sugerir las siguientes medidas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Rebajar el límite inferior que motiva el rechazo de la oferta económica hasta niveles que superen el 20% del VPIP, reduciendo el factor del 90% y/o eliminando la sobre ponderación injustificada de la media geométrica ajustada, debiéndose calcular como una media geométrica simple, o media geométrica no ajustada. 	<p>establecida y por ende, ya era conocida por los terceros la regla hoy objeto de observación.</p> <p>Por lo anterior, debe entenderse que los interesados en el proceso conocían las condiciones en que el eventual proceso de selección se llevaría a cabo y las implicaciones de las reglas establecidas en el pliego de condiciones y demás documentos del proceso.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Por otro lado, según el numeral 3 del artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015 en donde se establece: <u>“Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento 80% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la</u>
--	--	---	--

d) **No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento**, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o **que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad**.

f) Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados” (Resaltado fuera del texto original).

Ley 80 de 1993, Artículo 28, De la Interpretación de las Reglas Contractuales: “En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, **se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio** entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (Resaltado fuera del texto original).

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

		<p>2. Modificar la fórmula de asignación de puntaje económico de la cláusula 6.10.12 con el fin de compensar la menor pendiente que implica la existencia de un valor de oferta económica que no puede ser mejorado (sin ya ex ante verse abocado al rechazo), modificando la variable independiente de la fórmula, por ejemplo ajustándolo de “-60” a “-110” -o más-, según considere la ANI.</p> <p>En este punto es importante precisar, que si bien como lo ha dicho la ANI, el límite del 90% obedece a “<i>que este ha sido el criterio de evaluación en todos los procesos ya adjudicados de 4G⁵</i>”, debemos aclarar que (i) dicho límite del 90% ha sido utilizado en los proyectos de Iniciativa Pública cuyo contenido y alcance difiere del proyecto de Iniciativa Privada que nos ocupa, y (ii) en el único evento en que se ha aplicado este mismo límite a un proyecto de Iniciativa Privada con participación plural, participaban 5 oferentes distintos, a diferencia de los 2 que participan en el presente proceso de selección. Evidentemente, las circunstancias que rodean este proceso difieren absolutamente de cualquier otro proceso que haya adelantado la ANI con anterioridad, y en ese orden debe la ANI considerar la solicitud arriba formulada.</p>	<p><i>oportunidad establecida en el pliego de condiciones...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).</i></p> <p>En criterio de esta entidad, debe entenderse que para hacer uso de la facultad de mejora de la oferta antes señalada, el Originador debe alcanzar un puntaje por lo menos igual al 80% del puntaje TOTAL obtenido por la propuesta que se encuentre en primer lugar en el orden de elegibilidad. Nótese que, en el aparte transcrito, no se hace referencia alguna al 80% del valor de la propuesta económica como equivocadamente lo señala el observante en su escrito, ya que ésta, es un criterio de calificación (equivalente al 70% del total de la puntuación) más dentro de los establecidos en el pliego de condiciones y por ende no debe ser entendido como el único criterio de calificación para efectos de la hipótesis planteada en el numeral .2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015.</p> <p>4. Por último, se resalta que con las reglas establecidas en los pliegos de condiciones y en los demás documentos del proceso de selección, en ningún momento se ha pretendido favorecer al Originador del Proyecto, simplemente esta Agencia ha dado</p>
--	--	--	--

⁵ Proyecto Tercer carril Bogotá – Girardot, Documento de Respuestas a las Observaciones Presentadas al Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada Menor Cuantía con Precalificación N° VJ-VE-APP-IPV-SA-004-2016 publicado el 13 de mayo de 2016 en la página del SECOP, pág. 8.

			estricto y pleno cumplimiento a las normas que resultan aplicables a este tipo de procesos y que resultan de obligatorio cumplimiento para esta Entidad.
3	COPASA	<p>Proyecto de Contrato Parte Especial - Cláusula 4.4 - Giros de Equity.</p> <p>La cláusula 4.4 del Proyecto de Contrato – Parte Especial (en adelante el “Contrato”), establece en cabeza del futuro concesionario la realización de unos giros de <i>equity</i> por valor de \$256.581.035.984 pesos, fijando la posibilidad de quedar reducido dicho valor a un mínimo de \$179.606.725.189 pesos, en el evento en que dicho cambio sea autorizado expresamente por los prestamistas, y se acredite tal autorización expresa en los documentos del cierre financiero.</p> <p>Dicha cantidad representa casi un 40% del total de la inversión estimada (\$457.896 millones de pesos) y resulta notablemente superior a la cantidad de <i>equity</i> que generalmente requieren estos proyectos, que se sitúa usualmente entre el 20 y el 25%. Con el fin de no limitar un posible mayor apalancamiento, y por tanto no perjudicar una mayor rentabilidad del <i>equity</i> aportado, COPASA considera que no debería quedar fijada la cantidad mínima de <i>equity</i> más allá de lo que los prestamistas consideren necesario, lo cual pudiera resultar menor a lo fijado en el Contrato.</p> <p>En razón a lo anterior, respetuosamente le solicitamos a la ANI eliminar el numeral iii) del último párrafo de la cláusula 4.4 del Contrato, correspondiente a los giros de <i>equity</i>.</p>	<p>Esta Entidad aclara que los montos establecidos en el numeral 4.4 del Contrato Parte Especial, obedecen a las condiciones financieras aprobadas, y por lo tanto son de obligatorio cumplimiento para el Concesionario.</p> <p>Adicionalmente, en el numeral 1.80 del Contrato Parte General, establece que “<i>El Giro de Equity podrá ser deuda subordinada de socios al Proyecto, sin embargo, en ningún caso esta deuda podrá estar al mismo nivel de la deuda de los Prestamistas y por lo tanto, el pago de la deuda subordinada de socios estará subordinado al pago de la deuda del Proyecto, excepto si media acuerdo escrito en contrario de los Prestamistas.</i>”. Con base en lo anterior, el Concesionario mantiene la potestad de manejar la rentabilidad del Equity aportado, cumpliendo con las condiciones mínimas establecidas en el Contrato. Adicionalmente, se reitera que el riesgo de financiación del proyecto está a cargo del Concesionario.</p> <p>Teniendo en cuenta lo anterior, no se acepta la solicitud del Interesado.</p>

	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GCOP-F-006
	PROCESO	GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	Versión: 001
	FORMATO	MATRIZ RESPUESTA A OBSERVACIONES	Fecha: 31/07/2015

Proyectó Aspectos Financieros: Paola Echeverría / Leila Durán – Gerencia Financiera – Vicepresidencia de Estructuración
 Revisó Aspectos Financieros: Andrés Hernández – Gerente Financiero - Vicepresidencia de Estructuración
 Proyectó Aspectos Jurídico: Gina Rodríguez – Gerencia Estructuración Jurídica Estructuración – Vicepresidencia Jurídica
 Revisó Aspectos Jurídico: Diego Beltrán – Gerente de Estructuración Jurídica – Vicepresidencia Jurídica