

Concurso Público Internacional en la modalidad de Proyectos Integrales para otorgar en concesión el proyecto: Reforzamiento del Sistema de Transmisión de la Zona Centro: Línea de Transmisión Pomacocha – Carhuamayo 220 kV y Subestaciones Asociadas.

RESPUESTAS A LAS CONSULTAS DE LAS BASES

A. CONSULTAS GENERALES

- 1 Solicitamos se dé a conocer el valor máximo del Costo de Servicio Total del Concurso en el plazo más inmediato. Ello debido a que el conocimiento del mismo es indispensable para la preparación de la Oferta por parte de los Postores.

Respuesta: El valor máximo será comunicado mediante Circular el 07 de mayo de 2010

B. CONSULTAS ESPECÍFICAS

- 2 **Numeral 1.3 - Definiciones**

En el numeral 1.3.31 se señala lo siguiente:

"Participación Mínima: Es el 25% del capital social suscrito y pagado que corresponde al Operador en la Sociedad Concesionaria, en el caso que ésta sea un Consorcio. Esta participación debe tener todos sus derechos políticos y patrimoniales y debe mantenerse en el caso de aumentos de capital. El Operador no podrá ceder a terceros los derechos políticos y patrimoniales derivados de su participación ni limitar su ejercicio."

En el numeral 1.3.37 se señala lo siguiente:

"Sociedad Concesionaria: Es la persona jurídica pre-existente o una sociedad constituida al efecto, en la que el Operador es titular de la Participación Mínima. Suscribirá el Contrato con el Concedente."

Por lo antes indicado, vemos que existe claramente una discrepancia, debido a que el numeral 1.3.31 exige que el Operador debe tener la Participación Mínima solamente en el caso que se trate de formación de Consorcios; sin embargo lo establecido en el numeral 1.3.37 exige que dentro de la Sociedad Concesionaria el Operador debe ser titular de la Participación Mínima.

En tal sentido solicitamos se modifique el numeral 1.3.37 de las Bases de la siguiente manera:

"Sociedad Concesionaria: Es la persona jurídica pre-existente o una sociedad constituida al efecto. El Operador es titular de la Participación Mínima en caso se constituya una nueva Sociedad

Concesionaria o cuando se trate de formación de un Consorcio. Suscribirá el Contrato con el Concedente”.

Respuesta: Se modifica el Numeral 1.3.31, de acuerdo al texto siguiente:

“1.3.31 Participación Mínima: Es el 25% del capital social suscrito y pagado que corresponde al Operador en la Sociedad Concesionaria. Esta participación debe tener todos sus derechos políticos y patrimoniales y debe mantenerse en el caso de aumentos de capital. El Operador no podrá ceder a terceros los derechos políticos y patrimoniales derivados de su participación ni limitar su ejercicio.”

3 Numeral 1.4.2 - Facultades del Comité

Este numeral establece lo siguiente:

*“El Comité puede modificar los plazos señalados en las Bases o el Cronograma, **suspender y cancelar el Concurso, incluso después de la declaración de Adjudicación de la Buena Pro hasta antes de la Fecha de Cierre.** El Comité no incurrirá en responsabilidad alguna como consecuencia de estas decisiones”.*

(Resaltado agregado)

Sobre el particular, consideramos que la facultad discrecional del Comité de suspender o cancelar el Concurso hasta antes de la fecha de Cierre crea incertidumbre al proceso, por cuanto desde el momento de la convocatoria los postores invierten recursos en la preparación de las Ofertas.

En caso que, el Comité persista en tener la facultad de cancelar el proceso, ésta debe limitarse hasta el momento de declaración de Adjudicación de la Buena Pro, pues desde este momento, el Adjudicatario adquiere compromisos financieros y de otra índole para cumplir los requerimientos previstos en la fecha de Cierre y las demás obligaciones que se inician a partir de tal fecha, es decir, el cumplimiento de los plazos establecidos en el Anexo 5 del Contrato.

Si se suspendiera o cancelara el Concurso en el lapso de tiempo que transcurre entre la Adjudicación de la Buena Pro y la fecha de Cierre se ocasionaría al Adjudicatario graves perjuicios, sin que el Estado asuma responsabilidad alguna por ello.

Teniendo en consideración lo señalado en los párrafos anteriores, solicitamos que la facultad del Comité de suspender o cancelar el Concurso por lo menos quede limitada hasta la fecha en que se realice la Adjudicación de la Buena Pro. Y que en todo caso, si se produjera la cancelación, ésta obedezca únicamente a razones de fuerza mayor o caso fortuito y no se encuentre sujeta a una facultad absolutamente discrecional del Comité.

En tal sentido, se sugiere modificar el numeral 1.4.2 de las Bases de la siguiente manera:

“El Comité puede modificar los plazos señalados en las Bases o el Cronograma, suspender y cancelar el Concurso, hasta la declaración de Adjudicación de la Buena Pro. Después de la declaración de Adjudicación de

la Buena Pro y hasta antes de la fecha prevista para el Cierre el Comité solo podrá suspender o cancelar el Concurso por razones de fuerza mayor o caso fortuito. El Comité no incurrirá en responsabilidad alguna como consecuencia de estas decisiones”.

Respuesta: Se modifica el numeral 1.4.2, de acuerdo al siguiente texto:

“1.4.2 El Comité puede modificar los plazos señalados en las Bases o el Cronograma, suspender y cancelar el Concurso, hasta la declaración de Adjudicación de la Buena Pro. Después de la declaración de Adjudicación de la Buena Pro y hasta antes de la fecha prevista para el Cierre el Comité solo podrá suspender o cancelar el Concurso por razones de fuerza mayor o caso fortuito. El Comité no incurrirá en responsabilidad alguna como consecuencia de estas decisiones.”

4 Numerales 1.4.5, 1.5.5 y 6

El numeral 1.4.5 señala lo siguiente:

“Salvo lo expresamente estipulado en sentido contrario en las Bases, las decisiones del Comité, en relación con el Concurso, son definitivas, no darán lugar a indemnización de clase alguna y no son susceptibles de impugnación en el ámbito administrativo o judicial. En consecuencia, por la participación en el Concurso, las Personas que estén comprendidas bajo los alcances de las Bases renuncian a interponer cualquier recurso de impugnación contra tales decisiones”.
(Resaltado agregado).

Asimismo, el numeral 1.5.5 establece:

“La sola presentación de la solicitud de Precalificación o la Oferta, implicarán, sin necesidad de acto posterior alguno, el pleno conocimiento, aceptación y sometimiento incondicional del Adquirente, Postor o Adjudicatario, de todo lo dispuesto en las Bases, así como su renuncia irrevocable e incondicional, de la manera más amplia que permitan las Leyes Aplicables, a plantear cualquier acción, reconvención, excepción, reclamo, demanda o solicitud de indemnización contra el Estado Peruano o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, el Ministerio de Energía y Minas, el Viceministro de Energía, el Comité y sus asesores”.
(Resaltado agregado).

Por otro lado, el numeral 6 dispone lo siguiente:

“Los Adquirentes, los Postores, el Adjudicatario, la Sociedad Concesionaria y sus accionistas, se someten y aceptan irrevocablemente la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Lima, Perú, para resolver cualquiera de los conflictos que pudieran suscitarse con respecto a las Bases o el Concurso, (...)”.
(Resaltado agregado).

En tal sentido, solicitamos se sirvan confirmar que la aceptación de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de la ciudad de Lima es exclusivamente para aquellos actos sujetos a impugnación, de acuerdo a lo contemplado en el numeral 4.3.1 de las Bases, y siempre que los Adquirentes y/o Postores no encontrándose conformes con dicho acto agoten la vía administrativa.

En caso su respuesta sea en sentido contrario, solicitamos se indique qué circunstancias y/o que actos son pasibles de cuestionamiento en la vía judicial de acuerdo a lo contemplado en los numerales previamente citados.

Respuesta: Afirmativo.

5 Numerales 1.5.2, 1.5.3, 1.5.4, 3.3.4 y 5.2.1 – Veracidad de la Información

El numeral 1.5.2 dispone lo siguiente:

*"El Estado Peruano o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, el Ministerio de Energía y Minas, el Viceministro de Energía, el Comité, los asesores del Comité, **no garantizan, ni expresa ni implícitamente, la totalidad, integridad, fiabilidad, o veracidad de la información, verbal o escrita, que se suministre a los efectos del, o dentro del, Concurso.***

*En consecuencia, ninguna de las Personas que participen en el Concurso, directa o indirectamente, podrá atribuir responsabilidad alguna a cualquiera de las partes antes mencionadas o a sus representantes, agentes o dependientes por el uso que pueda darse a dicha información o **por su inexactitud, insuficiencia, defecto, falta de actualización o por cualquier otra causa**".*

(Resaltado agregado).

En ese mismo sentido el numeral 1.5.3, establece:

*"La limitación alcanza, de la manera más amplia posible, a toda la información relativa al Concurso (...), **incluyendo los posibles errores u omisiones en ella contenidos**, por el Estado Peruano o cualquier dependencia, organismo o funcionario de éste, o por el Ministerio de Energía y Minas, el Viceministro de Energía, el Comité o los asesores del Comité. (...)."*

(Resaltado agregado).

También en ese mismo sentido el numeral 1.5.4, establece:

*"La limitación de responsabilidad alcanza también a toda la información disponible en el website de Ministerio de Energía y Minas, **así como la que se proporcione a través de Circulares o de cualquier otra forma de comunicación, la que se adquiera durante las visitas relativas al Concurso y las que se mencionan en estas Bases.**"*

(Resaltado agregado).

Al respecto, debemos mencionar que el Concurso tiene por finalidad generar un mecanismo de competencia a través del cual distintos agentes del mercado participen con la finalidad de ser el Concesionario de la Línea Eléctrica. Con tal finalidad, las Bases contemplan una serie de condiciones, términos y especificaciones, en otras palabras, una serie de información que genera incentivos para que los distintos agentes participen en el Concurso.

Teniendo en cuenta que los Postores hacen sus proyecciones y decisiones de inversión en base a la información contenida en las Bases, consideramos que las Bases no deben contener exoneraciones de responsabilidad, como las establecidas en los numerales antes acotados, pues ello le resta seriedad a la información en base a la cual se hacen esas proyecciones y se adoptan decisiones de inversión, dado que la misma podría ser eventualmente no fidedigna sin que el Estado asuma responsabilidad alguna por ello.

Lo anterior va en contra del propio sentido de las Bases, creando desincentivos e incertidumbre a los Adquirentes y/o Postores; ello debido a que la información sobre la cual está modelando su Oferta podría no corresponder con la realidad, y en consecuencia, tendría que prever en su Oferta márgenes de error de la información proporcionada, con lo cual su Oferta no sería la más óptima.

Por otro lado, el numeral 3.3.4 de las Bases dispone que:

"Sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiera haberse generado, la falta de veracidad de los datos o la información presentada en el sobre de Precalificación podrá ocasionar que el Comité descalifique al Postor, en cualquier etapa del Concurso, incluso después de la declaración de Buena Pro, hasta la Fecha de Cierre".

Adicionalmente, el numeral 5.2.1 señala que:

"Si el Adjudicatario o la Sociedad Concesionaria, por razones que le sean imputables, incumpliera las obligaciones a su cargo para que se produzca el Cierre del Concurso, el Comité podrá ejecutar la Garantía de Validez, Vigencia y Seriedad de la Oferta en forma inmediata y sin necesidad de aviso previo al Adjudicatario. También podrá ejecutarla si el Comité, en cualquier estado del Concurso, comprobara que el Postor respectivo presentó información falsa en cualquier etapa del Concurso. (...).

(Resaltado agregado).

Sobre el particular, solicitamos se sirvan confirmar que la referencia a información falsa se refiere a información sustancial y no a errores materiales u otros que no tengan incidencia alguna en el Concurso.

Adicionalmente, solicitamos confirmen que en caso que la información falsa o incompleta proporcionada por el Adquirente y/o Postor se derive de información no fidedigna entregada por el Ministerio de Energía y Minas, el Comité, los asesores del Comité, etc., el Postor no tendrá responsabilidad alguna por dicha información y en consecuencia, no se afectará la garantía de seriedad de Oferta.

Finalmente, y teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes sugerimos adicionar en el numeral 5.2.1 el siguiente texto para exceptuar de los eventos de ejecución de la garantía de seriedad de la Oferta, la falsedad de la información entregada por el Estado Peruano:

"Salvo que dicha información falsa sea consecuencia de la información suministrada por el Concedente, el Ministerio de Energía y Minas, el Comité o cualquier Autoridad Gubernamental"

Respuesta: No aceptada

6 Numeral 2.3.1 - Fechas referenciales (Consultas sobre las bases y consultas y sugerencias al Contrato)

El segundo párrafo del numeral 2.3.1 señala lo siguiente:

"Queda expresamente establecido que las fechas establecidas en el Cronograma son referenciales y se detallan en el Anexo 1 de las Bases. El Comité podrá modificar cualquiera de tales fechas mediante Circular".

Dado que las fechas establecidas en el Cronograma pueden ser variadas por el Comité, solicitamos se sirvan confirmar que en caso las referidas modificaciones impliquen la postergación de la entrega de determinada información y/o documentación por parte del Comité también se procederá a prorrogar los plazos para que los adquirentes y/o postores puedan consultar sobre tal documentación o presentar la información que correspondiera. De este modo, tanto el Comité como los Adquirentes y/o Postores se encontrarán en iguales condiciones.

Respuesta: Confirmado

7 Numeral 4.2.3 – Procedimiento (Presentación y evaluación de Ofertas)

En el segundo párrafo del numeral 4.2.3 menciona lo siguiente:

"Se levantará un acta que será firmada por los miembros del Comité, el Notario Público y los Postores que deseen hacerlo. Éstos últimos podrán también, si lo desean, suscribir en la envoltura de los sobres N° 2 de los demás Postores".

Considerando que la suscripción del acta en referencia se prevé como potestativa de los Postores, solicitamos se sirvan precisar si la suscripción del acta tiene algún efecto legal para el Postor que opte por firmarla o si la no suscripción del acta limita alguno de los derechos del Postor.

En el segundo párrafo del numeral 4.2.6 se señala lo siguiente:

"De producirse un empate entre dos o más Postores, el Comité procederá a solicitar a los mismos, nuevas Ofertas que consistirán de los formularios 4, 4-A y 4-B, las cuales deberán entregarse en su respectivo sobre en el plazo que señale el Comité".

Se señala que en caso de empate el Comité procederá a solicitar a aquellos nuevas Ofertas las mismas que deberán entregarse en el plazo que el Comité señale. Sin embargo, en el Cronograma no se ha previsto una fecha para la nueva presentación de Ofertas; por lo tanto, solicitamos indique el plazo para la presentación de las nuevas Ofertas, el cual no debería ser menor de 5 días hábiles.

Respuesta: En relación a la primera parte de la consulta, confirmamos que la suscripción o no del acta, a que se refiere el numeral 4.2.3, no tiene efecto legal alguno ni limita los derechos del Postor.

En relación a la segunda parte de la consulta, se modifica el segundo párrafo del numeral 4.2.6, de acuerdo al texto siguiente:

"4.2.6 El Comité otorgará la Buena Pro al Postor que hubiese presentado la mejor Oferta, la cual será establecida de acuerdo al método señalado en el Anexo 2.

De producirse un empate entre dos o más Postores, el Comité procederá a solicitar a los mismos, nuevas Ofertas que consistirán de los formularios 4, 4-A y 4-B, las cuales deberán entregarse en su respectivo sobre en el plazo que señale el Comité, el cual no deberá ser menor de cinco (5) días hábiles.

Las nuevas Ofertas estarán sujetas a los mismos términos y condiciones señalados para la Oferta original. Las nuevas Ofertas deberá ser menores o iguales a la Oferta original del Postor respectivo, en caso contrario la nueva Oferta carecerá de efecto jurídico alguno y la Oferta original se mantendrá vigente para todos los efectos del Concurso.

De no presentarse una nueva Oferta, la Oferta original se mantendrá vigente para todos los efectos del Concurso. La Buena Pro se otorgará al Postor que haya presentado la mejor Oferta. De persistir el empate luego del acto de presentación de nuevas Ofertas, se determinará el Adjudicatario por sorteo con la asistencia del Notario Público, entendiéndose que la Oferta del que resulte ganador del sorteo será igual a su mejor Oferta."

8 Numeral 5.1.3 – Antes de la fecha de Cierre

En el numeral 5.1.3 se establece que la Sociedad Concesionaria deberá acreditar ante el Comité que el capital suscrito y pagado de la sociedad es como mínimo de un millón de dólares (USD 1'000,000) lo que se acreditará con copia simple de la escritura pública respectiva con la constancia de inscripción.

"La Sociedad Concesionaria deberá acreditar ante el Comité la inscripción de la Sociedad Concesionaria y de los poderes de sus Representantes Legales en el Registro de Personas Jurídicas de Lima o el de Mandatos y Poderes, según corresponda, y que:

- (...)*
- El capital social suscrito y pagado de la sociedad será como mínimo de Un millón y 00/100 Dólares (US\$ 1'000,000.00)."*

Sobre el particular, de la lectura del texto se deduce que el capital suscrito y pagado debe estar en Dólares, lo que si bien legalmente es posible de acuerdo a una Directiva de la SUNARP, en la práctica no se está dando por cuanto al parecer, quienes se encargan de estas inscripciones registrales no están ejecutando la propia Directiva de la SUNARP. En este sentido, efectuar una gestión registral de inscripción de capital social en dólares podría ser declarado improcedente o simplemente ser observado por Registros Públicos.

Por dichas razones, solicitamos se precise que el capital suscrito y pagado de la Sociedad Concesionaria es como mínimo de USD 1'000,000 o su equivalente en Nuevos Soles.

Respuesta: Afirmativo