



SUBASTA DE FRECUENCIAS

FERROCARRIL TRANSANDINO S.A.

CIRCULAR Nº 5

ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS A LAS BASES

1. Consulta 1: Numeral 10 de las Bases

En nuestra calidad de Postor no vinculado a FTSA, solicitamos precisar en las Bases integradas cuál será el mecanismo que será empleado por FTSA para asegurar la transparencia e igualdad de condiciones entre los Postores, en caso el acto de presentación de Ofertas no pueda ser realizado de manera presencial, y cuál es el plazo mínimo en el que dichas condiciones serán puestas en conocimiento de los Postores. Ello, toda vez que la mención (contemplada en el numeral 10.1) sobre un aviso y/o puesta en conocimiento que será realizado “*oportunamente*” no confiere seguridad alguna sobre los parámetros que están siendo considerados para permitir a todos los Postores las mismas condiciones para la presentación de una Oferta válida.

De disponer FTSA que la presentación y/o lectura de las Ofertas se llevará a cabo de manera virtual, solicitamos se establezca que las Ofertas de los Postores Acreditados sean presentadas exclusivamente ante un Notario Público en un sobre cerrado con carácter confidencial a efectos de garantizar que PERURAIL, como postor vinculado a FTSA, así como el propio FTSA, no tendrán conocimiento (ni oportunidad de tenerlo) de la TUV que sea ofertada por Inca Rail de manera previa a la presentación de la Oferta del Postor vinculado a FTSA. La presentación de la Garantía de Seriedad, Validez y Vigencia de la Oferta y el Permiso de Operación correspondiente serían incluidos por los Postores Acreditados en sus respectivos sobres junto con sus Ofertas.

Una vez que el Notario Público haya recibido las Ofertas de todos los Postores Acreditados sugerimos que el acto de lectura de las Ofertas se lleve a cabo en una conferencia virtual contando con la participación de OSITRAN, el Comité, PERURAIL e INCARAIL, así como del Notario Público, procediendo dicho Notario, en presencia de todos los participantes, a abrir los referidos sobres y dar lectura a la TUV ofertada por los Postores Acreditados.

En caso FTSA no opte por el mecanismo antes descrito o acredite un mecanismo similar en el que se garantice que, bajo ningún motivo, FTSA ni su operador vinculado PERURAIL tendrán conocimiento (o posibilidad de tenerlo) del contenido de la Oferta de INCA RAIL hasta que se dé apertura de los sobres de todos los Postores Acreditados que hayan presentado una Oferta, no será posible garantizar la igualdad de condiciones entre los

participantes de la Subasta ni su transparencia. Dicha situación configuraría una vulneración de los principios de Neutralidad y de No Discriminación previstos en el artículo 8 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA.

Respuesta a la Consulta 1:

Tal y como se indica en el numeral 10.1 de las Bases Integradas, el Acto Público de Subasta se efectuará de manera presencial salvo que, por razón de la Pandemia del COVID -19 la celebración del acto público no pueda realizarse presencialmente, en cuyo caso se comunicará ello a los postores de manera oportuna mediante circular, incluyendo el procedimiento a seguir para llevar a cabo la Subasta y asegurar la transparencia de la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, según lo establece el numeral 10.2 de las Bases Integradas, en caso el Acto Público pueda ser llevado a cabo según lo previsto, éste se realizará ante el Comité y un Notario Público quién certificará que la presentación de los Sobres se realice de acuerdo con lo previsto en las Bases y levantará las actas correspondientes. Asimismo, OSITRAN podrá participar en el referido acto a su sola consideración.

En vista de lo anterior, salvo disposición legal que lo impida, el Acto Público de Subasta se realizará de manera presencial. Para ello, se hará llegar a los postores el protocolo a seguir para el referido acto, de modo que se respeten las reglas de aforo, distancia social y salud dictadas por el Ministerio de Salud. Esta información, así como el lugar y la hora de la subasta serán comunicados mediante circular a los postores, a más tardar 7 días calendario antes de la fecha prevista para el acto de presentación de sobres.

2. Consulta 2: Numeral 14 de las Bases

Respecto al procedimiento antes descrito solicitamos se confirme que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN procederá a verificar que PERURAIL haya cumplido con incluir en el sobre presentado ante el Regulador, como mínimo, la información listada en el Anexo XIII de las Bases Integradas y que la misma haya sido reproducida adecuadamente con el detalle debido, y que el resultado de dicha evaluación será puesto en conocimiento de FTSA o del Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN, según corresponda. No se detalla dicho procedimiento en las Bases Integradas.

Asimismo, solicitamos se confirme que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización realizará una copia de la información presentada por PERURAIL en cumplimiento de lo señalado en el numeral 10.7 de las Bases Integradas para a FTSA en caso el Postor Acreditado no favorecido con la buena pro impugne la misma, al considerar la existencia de un subsidio cruzado vertical en la TUV ofertada por PERURAIL.

A efectos de dotar de mayor seguridad y transparencia al proceso de la Subasta, solicitamos que la información original a ser presentada por PERURAIL ante OSITRAN quede en resguardo del Regulador y sea una copia de la misma la que se entregue a FTSA para realizar la evaluación correspondiente en el marco de la impugnación. De esta manera se mitiga la posibilidad de posteriores cuestionamientos con relación al alcance de dicha información.

Una copia sería igualmente remitida al Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN en caso de presente un recurso de apelación para realizar la evaluación respectiva. Caso contrario, la misma información pasaría a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN a FTSA y luego de FTSA al Tribunal siendo ello ineficiente.

Finalmente solicitamos confirmar que, en el marco de la Subasta, PERURAIL acreditará ante el Comité que ha cumplido con presentar el sobre con la información requerida en las Bases Integradas ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN y que ello será puesto en conocimiento de los demás Postores Acreditados antes de la presentación de la Oferta de PERURAIL. Sugerimos que se incluya como exigencia para la presentación de la Oferta de PERURAIL, que el operador vinculado presente ante el Comité el cargo de recepción del sobre por parte de OSITRAN a efectos de considerar como válida su Oferta.

Respuesta a la Consulta 2:

Conforme se indica en el numeral 10.7 de las Bases Integradas, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN recibirá el sobre cerrado presentado por PERURAIL y lo remitirá, cuando corresponda, a quien estará a cargo de resolver el recurso impugnativo que se pudiera haber presentado.

Lo previsto en las Bases Integradas se sujeta a lo recomendado por el OSITRAN en el marco de la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 021-2021-GG-OSITRAN. En este sentido, solicitamos remitirse a lo establecido en el Informe Conjunto N° 00032-2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) el mismo que constituye parte integrante de la Resolución de Gerencia General N° 021-2021-GG-OSITRAN, el cual a su vez ha sido citado en el Informe N° 00113-2021-JCFM-GSF-OSITRAN que forma parte integrante del pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN contenida en el Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN.

3. Consulta 3: Numeral 14 de las Bases

Las Bases Integradas deben ser modificadas y regular adecuadamente el procedimiento de impugnación a la adjudicación de la Subasta conforme a lo señalado en el REMA.

Tal y como se encuentra actualmente redactadas, no cabría la posibilidad de que los Postores presenten un recurso de apelación contra la buena pro si previamente no interponen ante FTSA un recurso de reconsideración. Ello contraviene a todas luces las disposiciones del REMA, así como lo dispuesto con carácter general por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General, debiendo las Bases Integradas de la Subasta Sujetarse a las mismas.

Respuesta a la Consulta 3:

Se ajustarán las Bases Integradas a efectos de aclarar que los Postores pueden presentar, según su criterio, un recurso de reconsideración y/o un recurso de apelación, no siendo requisito la presentación de un recurso de reconsideración para poder tener habilitado el derecho de apelar la adjudicación de la buena pro, la cual será resuelta por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN.

4. Consulta 4: Numerales 10.7 y 14.3

En nuestra calidad de Postor no vinculado a FTSA solicitamos incluir en las Bases Integradas del procedimiento para la entrega oportuna, a los Postores Acreditados que no hayan sido favorecidos con la adjudicación de la Subasta, la información presentada por PERURAIL a OSITRAN conforme a lo señalado en el numeral 10.7 de las Bases Integradas así como el resultado de la evaluación que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN haya realizado sobre dicha información, a efectos de determinar si impugnan la buena pro.

Esta información debe ser trasladada a los Postores Acreditados a efectos de que oportunamente puedan determinar o replicar el cálculo de la Oferta de PERURAIL en la subasta y verificar si la TUV ofertada refleja o no un subsidio cruzado, para así poder sustentar su recurso de reconsideración o apelación. Caso contrario, se estaría facultando a los Postores no vinculados a que presente impugnaciones “a ciegas” sin tener cómo fundamentarlas, limitando el ejercicio de su derecho de defensa, pues dichas impugnaciones serían presentadas sin sustento alguno.

Por lo tanto, debe regularse en las Bases Integradas la regla que permite acceder oportunamente a los Postores Acreditados a la información presentada por PERURAIL y el resultado de la evaluación de la misma realizada por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, solo en caso esta última resulte adjudicaría de la buena pro en la primera instancia.

Respuesta a la Consulta 4:

Solicitamos remitirse a la respuesta correspondiente a la Consulta N° 2 respecto al tratamiento de la información a ser presentada por PERURAIL.

Complementariamente, solicitamos remitirse a lo establecido en el Informe Conjunto N° 00032- 2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE) el mismo que constituye parte integrante de la Resolución de Gerencia General N° 021-2021-GG-OSITRAN, y que a su vez ha sido citado en el Informe N° 00113-2021-JCFM-GSF-OSITRAN que forma parte integrante del pronunciamiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN contenida en el Oficio N° 03082-2021-GSF-OSITRAN. En concreto nos referimos a los numerales 176 al 179 del Informe Conjunto N° 00032- 2021-IC-OSITRAN (GAJ-GRE), que señalan lo siguiente:

174. De otro lado, el argumento de INCA RAIL en el sentido de que se deberían incorporar reglas a la Subasta que le permitan contar con acceso a la información presentada por el operador vinculado no solamente en la etapa de adjudicación, sino que también en las diferentes etapas de la Subasta, debe ser desestimado por las razones anteriormente indicadas, pues el acceso a la referida información dependerá de si la misma tienen la calidad de información pública o confidencial, calificación que solo podrá realizarse una vez que la información sea presentada y se solicite su confidencialidad.

175. Por lo demás, no debe perderse de vista que el requerimiento de información económico-financiera al operador vinculado tiene por finalidad contar con información que permita evaluar adecuadamente, por ejemplo, cualquier recurso de apelación que pudiera ser presentado contra el otorgamiento de la Buena Pro (a fin de analizar la existencia de subsidios cruzados), por lo que no resulta razonable que dicha información sea presentada por el operador

*vinculado antes de realizar su oferta económica. En tal sentido, se recomienda que la información económico-financiera sea remitida por el operador vinculado al Ositrán el mismo día que decida presentar su oferta, de ser el caso, **salvaguardado su derecho de poder solicitar la declaración de la confidencialidad de la información presentada.***

*176. Lo anterior, permite que una entidad pública como es el caso del Ositrán, desde un enfoque imparcial, pueda evaluar la información presentada por el operador vinculado y determinar si corresponde o no que sea calificada como confidencial, en caso este último lo solicite. Nótese que dicha posibilidad se podrá realizar cuando el proceso de Subasta se encuentre en trámite, de tal manera que en un escenario hipotético que la adjudicación de la Buena Pro sea otorgada al operador vinculado, **el postor que no esté de acuerdo y considere pertinente presentar impugnación, éste, a su vez, podría requerir la información presentada por el operador vinculado que no cuente con la calificación de confidencial para los fines que correspondan.***

*177. De manera concordante con lo anterior y debido a que, según lo previsto en el artículo 93 del REMA, **la apelación respecto de la Buena Pro de la subasta deberá ser resuelta por el Ositrán a través del Tribunal de Solución de Controversias, se considera razonable y eficiente que la información económico- financiera sea presentada por el operador vinculado directamente al Ositrán, quien la mantendrá en custodia a través de la GSF, la cual a su vez procederá a entregarla al Tribunal de Solución de Controversias en caso sea presentada una apelación a la Buena Pro. (énfasis agregado)***

5. Consulta 5: Numeral 14.3

En nuestra calidad de Postor no vinculado a FTSA y a efectos de garantizar en la Subasta el cumplimiento de los principios de Neutralidad y de No Discriminación previstos en el artículo 8 del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA, solicitamos que cualquier impugnación que realice un postor no vinculado al concesionario con relación a PERURAIL sea conocida y resuelta directamente por OSITRAN.

En esta circunstancia especial, en la cual un Postor no vinculado al concesionario realiza una impugnación respecto al Postor vinculado PERURAIL, teniendo en cuenta que el artículo 93 del REMA otorga al recurso de reconsideración un carácter opcional, a fin de garantizar la imparcialidad en la decisión a emitir por quien resuelva la impugnación, es que solicitamos que se elimine la figura de la reconsideración ante FTSA y que cualquier impugnación en este escenario se realice directamente mediante un recurso a ser resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN.

De otro lado, solicitamos que se precise en las Bases Integradas que el supuesto regulado en el numeral 14.3 se aplica sin perjuicio de lo previsto en el numeral 14.1. Es decir, no se está limitando el alcance general de impugnación en caso se otorgue la buena pro a favor del Postor vinculado a FTSA.

Respuesta a la Consulta 5:

Solicitamos remitirse a la Respuesta a la Consulta 3.

Respecto a la precisión solicitada, consideramos que las Bases Integradas son claras respecto a lo que puede ser materia de impugnación y al procedimiento aplicable.

6. Consulta 6: Numerales 14.6 y 14.7

Solicitamos se elimine la exigencia de que los Postores Acreditados que hubieran presentado una Oferta válida en la Subasta presenten una Fianza Bancaria como requisito de impugnación, en caso dicha impugnación se sustente en que consideran que la oferta ganadora incorpora un subsidio cruzado vertical.

De acuerdo con el texto actual de las Bases Integradas, la impugnación se realizaría sin sustento alguno y sin haber podido el Postor, de manera previa a la impugnación, realizar su propia validación de la información presentada por PERURAIL aplicando la metodología para determinar la existencia o no de subsidio cruzado vertical prevista en el Anexo XIV de las Bases Integradas. Con lo cual, exigir a dichos postores la presentación de una Fianza Bancaria para impugnar resulta desproporcionado e irrazonable, limitado aún más su ejercicio legítimo del derecho de defensa.

Es inconcebible que no se permita a los Postores Acreditados tener conocimiento de la información que permitiría determinar la existencia de subsidios cruzados en la Oferta del Postor vinculado PERURAIL así como el resultado de la evaluación que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN haya realizado sobre dicha información, quedando limitado a impugnar la adjudicación sin conocimiento alguno, sino que, además, se les exige que presenten una garantía la cual será ejecutada por el propio FTSA si no es amparada la impugnación.

Evidentemente ello resultado arbitrario, irracional y contrario a los principios previstos en el Reglamento Marco de Acceso de Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA bajo el cual se debe brindar el acceso a la facilidad esencial materia de la Subasta.

Respuesta a la Consulta 6:

Solicitamos remitirse a la Respuesta a la Consulta 4 y estarse a lo dispuesto en las Bases Integradas.

7. Consulta 7: Numeral 16

En nuestra calidad de Postores, solicitamos a FTSA eliminar de las Bases Integradas la inhabilitación automática de los Postores para presentarse en los procesos de subasta convocados por dicho concesionario en caso se produzca algún incumplimiento al deber de confidencialidad. Ello no tiene sustento normativo y por lo tanto debe ser eliminado. Caso contrario, se estaría incluyendo en las Bases Integradas una barrera de acceso contravenido en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público – REMA.

Respuesta a la Consulta 7:

No se acepta la sugerencia. Estarse a lo dispuesto en las Bases Integradas.

8. Consulta 8: Numeral 5.1.2. del Anexo 5 correspondiente al Anexo VII

En nuestra calidad de Postores Acreditados, solicitamos al Comité eliminar de las Bases Integradas y del Proyecto de Contrato de Acceso a la Vía, la prohibición del Adjudicatario de prestar el Servicio de Transporte Ferroviario en las Frecuencias adjudicadas, con material tractivo y/o rodante que exceda una longitud de 148 metros lineales. Esta restricción carece de sustento normativo y técnico debidamente acreditado por FTSA en el marco de la subasta, constituyendo por lo tanto una barrera de acceso.

En ese sentido, en el proyecto de Contrato de Acceso a la Vía que forma parte de las Bases Integradas, se debe eliminar la referida prohibición y, en su lugar, mantener los términos y condiciones par a la prestación del Servicio de Transporte Ferroviario previstas en los contratos de acceso a la vía que a la fecha mantiene suscrito FTSA con PERURAIL e INCA RAIL, respectivamente. En dichos contratos no se prevé dicha restricción.

A la fecha, tanto PERURAIL como INCA RAIL vienen operando trenes de mayor longitud, incluso con hasta 11 autovagones, dependiendo del espacio de la infraestructura y del modelo operativo de cada Operador, que va sujeto a la demanda del mercado. FTSA no ha acreditado razón alguna que justifique su decisión de prohibir que, en las Frecuencias materia de la subasta, se presente el Servicio de Transporte Ferroviario con material tractivo y/o rodante que no exceda en su conjunto con la longitud de 148 metros lineales.

Respuesta a la Consulta 8:

Como sabemos la vía entre Cusco a Hidroeléctrica es catalogada como vía única, por lo cual, la longitud de los desvíos y su separación determinan la capacidad de la operación. Como se indica, actualmente en la operación se operan trenes con longitudes mayores a los 148 m. pero esta condición no es ilimitada. Debido al tráfico en este horario, FTSA considera necesario limitar la longitud de trenes como medida preventiva de manera que la operación tenga la posibilidad de resolver los problemas que pudieran surgir en los cruzamientos y mantener una operación segura, por lo que no constituye una barrera de acceso como se indica.

9. Consulta 9: Anexo 10 correspondiente al Anexo VII

Solicitamos al Comité modificar el proyecto de Contrato de Acceso a la Vía incluido en las Bases Integradas eliminando la exigencia de que las modificaciones a la relación del Equipo Especificado deben ser acordadas mediante una modificación al contrato, manteniéndose la regla prevista en los contratos de acceso a la vía actualmente vigentes.

Caso contrario, la exigencia de tener que recurrir a una modificación contractual, (i) generaría un requisito adicional que involucraría suscribir una adenda al contrato sujeta a los plazos y procedimientos previstos en el REMA y (ii) limitaría el derecho de los Operadores de adquirir nueva flota a ser empleada para prestar el Servicio de Transporte Ferroviario en las Frecuencias adjudicadas, limitando la libertad empresarial del operador y las condiciones de competencia en el mercado.

Respuesta a la Consulta 9:

No se acepta la sugerencia. Estarse a lo dispuesto en las Bases Integradas y al correspondiente proyecto de Contrato de Acceso a la Vía.

10. Consulta 10: Anexo VII

Solicitamos confirmar que el Adjudicatario podrá prestar servicios complementarios a los servicios ferroviarios, tales como almacenaje, servicios turísticos, servicios de alojamiento, publicidad, carga y descarga, embarque y desembarque, sistemas de señalización y telecomunicaciones, en las Frecuencias a ser subastadas.

Respuesta a la Consulta 10:

La eliminación del concepto de “Servicios Complementarios” fue realizada con la finalidad de levantar la observación que sobre el particular efectuó OSITRAN a las Bases y al proyecto de Contrato de Acceso a la Vía. De acuerdo con lo señalado por OSITRAN, conforme al Contrato de Concesión, los Servicios Complementarios son los servicios que puede brindar el Concesionario o quien este designe, pero no debe estar relacionado con el transporte ferroviario.

Los servicios complementarios señalados en la consulta y que califican como servicios esenciales conforme al REMA y al REA FTSA que se brindan en facilidades esenciales distintas a la vía férrea, patios de maniobras y desvíos, se sujetarán a los contratos de acceso referidos a las estaciones.

Los servicios que se brinden fuera de instalaciones que califican como facilidad esencial conforme al REMA y al REA FTSA, escapan del alcance de la relación de acceso que mantienen los Operadores Ferroviarios con el Concesionario.

11. Consulta 11: Numeral 11

Considerando el escenario ante el cual podrían presentarse impugnaciones a la buena pro de la subasta, solicitamos nos precisen el plazo mínimo por el cual los Postores Acreditados deben emitir la Garantía de Seriedad, Validez y Vigencia de la Oferta a ser presentada ante el Comité en el Acto Público de Subasta.

Respuesta a la Consulta 11:

La Garantía de Seriedad, Validez y Vigencia de la Oferta deberá tener una vigencia de ciento veinte (120) Días conforme este concepto es definido en las Bases. Deberá presentarse una nueva garantía por un plazo similar diez (10) Días antes de su vencimiento en caso a esa fecha aún no se cuente con una decisión definitiva en última instancia administrativa respecto a la impugnación que se pudiera haber presentado. Igual regla se aplicará a la Carta Fianza Bancaria de Impugnación.

Se incorporarán modificaciones a las Bases Integradas a efectos de recoger estas precisiones.

12. Consulta 12: Numeral 15

Solicitamos confirmar nuestro entendimiento de que, el Postor Acreditado a quien se le otorgue la buena pro de la subasta y que a dicha fecha mantenga vigente otro contrato de acceso a la vía con FTSA, no necesitará entregar una garantía adicional al concesionario debiendo extender el plazo de vigencia de la garantía actual cuando corresponda.

Respuesta a la Consulta 12:

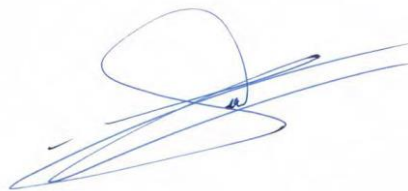
Conforme a lo señalado en el numeral 15.2 de las Bases Integradas, en caso el Postor que resulte adjudicatario tenga a dicha fecha un contrato de acceso a la vía vigente respecto a otras frecuencias, deberá presentar la carta fianza debidamente actualizada en su vigencia, así como en su importe.

De acuerdo con el numeral 5.1 literal c) del REA FTSA, el importe de la carta fianza debe ser el equivalente a tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso, según el contrato de acceso que suscriban las partes. La validez de la carta fianza será por el periodo de vigencia de cada contrato celebrado.

En tal sentido, el Adjudicatario que cuente con una garantía vigente tendrá dos alternativas: (i) podrá presentar una nueva carta fianza que cumpla con las condiciones indicadas en las Bases Integradas y en el REA FTSA para efectos del Contrato de Acceso a la Vía a ser suscrito como resultado de la Subasta; o, (ii) podrá presentar una carta fianza que sustituya a aquella que tenga vigente a la fecha por un valor equivalente a los tres (03) meses de lo que percibirá el Concesionario por el cobro del cargo de acceso de todos los contratos de acceso que tenga vigentes incluyendo a aquél resultante de la Subasta.

Se incluirá una precisión en este sentido en las Bases Integradas.

Comité de Subastas de Frecuencias



César Del Carpio Polar
Presidente del Comité

Lima, 6 de mayo de 2021