**Túnel Binacional Paso de Agua Negra (TAN)**

**Protocolo institucional para la gestión del proyecto TAN**

**Objeto del Protocolo**

El presente protocolo institucional busca resumir los acuerdos logrados al interior de EBITAN en materia de arreglos institucionales y de gobernanza para la ejecución de la obra del Túnel Binacional Agua Negra, entre Argentina y Chile, en las distintas etapas.

Este protocolo no pretende ser exhaustivo ni taxativo, sino reflejar los avances y acuerdos alcanzados con el nivel de conocimiento disponible. Pretende también, sin embargo, establecer claros criterios en materia de funciones y responsabilidades de manera que guíen los necesarios ajustes que habrá que realizar, pero sin variar sustancialmente esta orientación.

**Acuerdos alcanzados**

***Sobre la obra***

La obra es única e indivisible. El Artículo 3° del II Protocolo Complementario al Tratado de Maipú establece que *“las Partes reconocen que el Proyecto constituye una unidad binacional*”.

***Sobre el contrato***

El contrato es uno solo, a ser suscripto con EBITAN, con un cuerpo principal conteniendo todos los aspectos generales y comunes, y dos anexos, denominados “espejo”: 1) uno para la obra ubicada en territorio argentino, a ser ejecutado por parte de la Contratista bajo la forma de una Unión Transitoria, y 2) uno para la obra ubicada en territorio de Chile a ejecutar por la Contratista bajo la forma de Sociedad Anónima. Estos contratos incorporarán las especificidades que las legislaciones locales exijan para la buena ejecución de las labores.

***Sobre el Contratante***

El Contratante de la obra es la Entidad Binacional Túnel de Agua Negra (EBITAN), organismo creado por los Gobiernos de la República Argentina y de la República de Chile, mediante el Protocolo Complementario al Tratado de Maipú de Integración y Cooperación entre ambos países. El Tratado en vigor tiene por finalidad proyectar, licitar, contratar, gestionar y administrar el Túnel Internacional Paso de Agua Negra.

EBITAN tiene personalidad jurídica internacional. El Artículo 4º del II Protocolo Complementario del Tratado de Maipú establece*: “La EBITAN tiene personalidad jurídica internacional para el cumplimiento de sus objetivos y, en consecuencia, posee capacidad jurídica, patrimonial, administrativa para adquirir derechos y contraer obligaciones y celebrar los actos y contratos que fueren necesarios para la consecución de su misión específica, contemplada en el Protocolo Complementario”.*

***Sobre la Contratista***

La empresa o consorcio Contratista será el único responsable del cumplimiento total de la encomienda contractual, la cual se manifestará en la firma de un contrato de obra, que regulará las relaciones entre el Contratante y el Contratista.

Las empresas o consorcios oferentes deberán presentar el compromiso de constituirse, en caso de resultar adjudicatario, como Unión Transitoria con responsabilidad solidaria de sus miembros, para operar en la República Argentina, en los términos de los Artículos 1463º a 1469º y concordantes de su Código Civil y Comercial; y como Sociedad Anónima para operar en la República de Chile en los términos de la Ley Nº 18046 de ese país.

El Consorcio Contratista, la Unión Transitoria y la Sociedad Anónima, serán mancomunada y solidariamente responsables.

Ante la eventual falta de ejecución de la obra por parte de la Unión Transitoria o de la Sociedad Anónima, cualquiera sea la causa, jurídica o de hecho, que origine la falta de ejecución, el Consorcio Contratista deberá reasumir automáticamente la obligación de ejecución directa de la obra hasta su total terminación.”

***Sobre la relación entre EBITAN y sus organismos técnicos***

Es la responsable de llevar adelante la obra, desde el llamado a licitación, adjudicación, contratación, supervisión y certificación, hasta finalizar la ejecución. Puede delegar tareas específicas en consultoras contratadas por el Comité Ejecutivo para hacer la supervisión y el gerenciamiento de la obra, pero sin dejar de tener ella la máxima responsabilidad. En tanto la obra es única, habrá una sola consultora para el gerenciamiento, y una consultora para la supervisión.

La consultora de gerenciamiento podría contratarse antes de la licitación, para que intervenga en el armado del Pliego, apoyo durante el proceso licitatorio, data room, evaluación de las ofertas, recomendación de adjudicación, elaboración de contrato, y luego durante toda la ejecución de la obra.

***Sobre la relación EBITAN-países***

La República Argentina y la República de Chile (los “Estados Parte”) se comprometen a proveer los fondos necesarios a la EBITAN para los pagos de la obra objeto del contrato y para eso consideran solicitar o han solicitado préstamos al Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Los Estados Parte se comprometen, asimismo, a financiar los gastos de funcionamiento de la Entidad Binacional Tunel Agua Negra (EBITAN).

EBITAN dispondrá de los mencionados fondos en virtud de Convenios a ser celebrados con los Estados Parte. Estos Convenios serán incorporados en el Contrato de Diseño del Proyecto Ejecutivo y construcción de la obra Paso Internacional Agua Negra.

***Sobre la modalidad de ejecución***

EBITAN es la responsable de la supervisión técnica del proyecto y responsable final de la obra. Aprueba los certificados de obra y ordena su pago a las Direcciones de Vialidad de cada país (DV).

La Dirección Nacional de Vialidad de la República Argentina y la Dirección de Vialidad de la República de Chile son los organismos nacionales responsables de la administración de los recursos de la obra. Controlan que cada Certificado de Obra que pase al pago sea un documento legítimo y congruente con el conjunto de documentos que dan cuenta de la obra a realizar y de la parte ya realizada.

Para llevar adelante esta tarea, en el convenio que firme EBITAN con los Estados, se establecerán: (i) las exigencias técnicas que deberán cumplir los certificados de obra y demás obligaciones que le remita la EBITAN a la DV; (ii) los plazos máximos que dispondrán las DV para efectuar el pago; (iii) las condiciones bajo las cuales podrían observar los certificados de obra (CO); (iv) los protocolos y procedimientos a aplicar para la emisión de los CO; (v) el régimen, que debiera ser compartido por ambas vialidades, para la realización de auditorías técnicas y de procedimientos, que garanticen la consistencia en materia de certificación y emisión de CO; y (vi) el proceso a llevar a cabo para establecer los protocolos a utilizar, así como para actualizarlos.

Las DV serán los organismos de ejecución de los recursos BID. En ese carácter mantendrán las relaciones administrativas y fiduciarias con el Banco. Sin embargo, EBITAN proveerá a las DV de todos los informes técnicos que estas requieran para llevar a cabo su función.

***Sobre el mecanismo de flujo de pagos***

Mensualmente, la consultora que supervisa la obra, conjuntamente con el Contratista, miden los avances producidos en cada país. Con ello el Contratista presenta un certificado único, pero discriminando los montos por país y comunes, de corresponder. La inspección de obra lo controla y el Comité Ejecutivo lo supervisa y aprueba. EBITAN comunica a Direcciones de Vialidad de Argentina y Chile cuánto es lo que debe pagar cada una de ellas. Con esos datos, ambos organismos depositarán en las cuentas que haya abierto el Contratista en cada país, los montos certificados. Luego, a los efectos contables, comunicará a la EBITAN las transferencias efectuadas por cuenta y orden suya. En consecuencia, a la Contratista se le depositarán dos pagos que sumados conformarán el monto del certificado global.

***Sobre la legislación aplicable (a la obra)***

En cumplimiento del art. 3 del II Protocolo Complementario al Tratado de Maipú (Marco regulatorio aplicable al Proyecto), se aplicará la legislación de EBITAN, principalmente el emanado del Pliego de Licitación.

El art. 3 del II Protocolo Complementario al Tratado de Maipú establece que: *“Las Partes reconocen que el Proyecto constituye una unidad binacional, el cual se llevará a cabo con sujeción a: (i) las disposiciones del Tratado, (ii) las disposiciones del Protocolo Complementario, (iii) las disposiciones de este instrumento, (iv) las disposiciones reglamentarias que en el marco de su competencia dicte la EBITAN, (v) los pliegos y los demás instrumentos complementarios a los procesos licitatorios de carácter internacional, (vi) los acuerdos bilaterales y multilaterales vigentes entre las partes y (vii) la legislación interna de las partes, en cuanto resulte aplicable”*

En el Área de Operaciones, se aplica la legislación local en las temáticas que el II Protocolo Complementario expresamente indica: Aspectos Aduaneros (arts. 16, 17, 18 y 19); Aspectos Fito y Zoosanitarios y Alimentos (arts. 20, 21, 22, 23 y 24); Aspectos Laborales, Previsionales y de Salud de las Personas (arts. 25, 26, 27 y 28); Medio Ambiente (art. 29); Expropiaciones (art. 30) y Servidumbres (art. 31).

***Resolución de Conflictos***

El proceso de Resolución de Conflictos se regirá de acuerdo a la Cláusula nº 20 del Libro Amarillo del FIDIC.

***Cláusulas de salida***

1. Ante la presentación de las ofertas económicas. Puede establecerse un porcentaje máximo (que no debería aparecer en el Pliego) hasta el cual se admita que la oferta más conveniente supere al presupuesto oficial. Por debajo de él, el proceso continúa, pero superado ese porcentaje, serán los Estados Parte (no la EBITAN) quienes deberán acordar la continuidad.
2. Ante el presupuesto emergente del Estudio de Ingeniería definitivo. Se aplica el mismo criterio. En caso de renunciar a continuar, las partes deben pagar el proyecto en la proporción de participación de las mismas (el porcentaje resultante se corresponde sobre el valor de la oferta adjudicataria).
3. En esta instancia operará la cláusula de salida si el BID, u otro organismo de financiamiento multilateral, resolvieran no financiar la obra.
4. Ante desviaciones significativas durante la obra. Lo decidirán los Estados, previa recomendación de EBITAN, en función del avance de la obra, del sobreprecio producido, de la localización física del sobreprecio, de su proyección sobre el costo total de la obra y de su aceptación técnica por parte de EBITAN y del gobierno que asuma este sobrecosto.

***Compensación por adquisiciones y contrataciones nacionales***

Tanto en la contratación de la mano de obra como en la compra de materiales a realizar en cada uno de los Estados Parte, el Contratista deberá respetar las condiciones de proporcionalidad de costos vigente en cada etapa a efectos de mantener una situación de equidad y equilibrio.

***Garantías de la Oferta y de Ejecución de Obra***

Siendo la EBITAN la responsable de la licitar y adjudicar la obra, y de exigir el cumplimiento del contrato, las garantías de mantenimiento de oferta y de ejecución de contrato deben ser emitida a favor de EBITAN. Los convenios de financiamiento preverán que los beneficiarios de las garantías, para el caso de ejecución de las mismas, serán los Estados Parte. Esta observación se hará constar en el Pliego de Licitación.

***Polinomio de ajuste de precios***

Siendo diferentes las incidencias de mano de obra o de ítems particulares en la composición del precio y siendo diferentes las variaciones inflacionarias en ambos países, es inevitable que cada país tenga su polinomio de ajuste.