

Bogotá D.C.,

Señor

JOSÉ GUTIERREZ MESTRE

Apoderado Común

SHIKUN & BINUI GRODCO

Carrera 12 No. 71 – 33 Bogotá

jgutierrez@ccgabogados.com

jvelasquez@ccgabogados.com

Tel. (571) 635 6262

Ciudad.

Ref.: Invitación a Precalificar VJ-VE-IP-016-2013

Hemos observado que en la Manifestación de Interés presentada por la Estructura Plural SHIKUN & BINUI - GRODCO ante la Agencia Nacional de Infraestructura, consignó que algunos de los documentos aportados tienen el carácter de reservados o confidenciales, ante lo cual se precisa lo siguiente:

1. Del Estatuto General de Contratación Pública se desprende la regla de la publicidad de las ofertas con el objeto de garantizar la transparencia del proceso de contratación, además del derecho de contradicción por parte de los demás proponentes.
2. La transparencia es uno de los principios rectores de la contratación estatal consagrado expresamente en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Los numerales 2, 3 y 4 de dicha disposición prevén lo siguiente:

“(..)

2°. *En los procesos contractuales los interesados **tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones** y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.*

3°. *Las actuaciones de las autoridades serán públicas **y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público**, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.*

4°. ***Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.** Negrilla y subrayas fuera de texto*

(...)”

3. Por expreso mandato legal (núm. 2 y 3 art. 24 Ley 80 de 1993), los interesados en los procesos contractuales pueden conocer y controvertir los conceptos y las decisiones que tomen las entidades públicas, **y para ello deberán poder acceder y examinar los expedientes que, por mandato de la ley, son públicos.**
4. Asimismo, de acuerdo con lo preceptuado en dicho art. 24 de la Ley 80 de 1993, las autoridades **están obligadas a expedir copias de las propuestas recibidas, sin perjuicio de la reserva legal de la que goce cierta información, y que de acuerdo con esta norma, se relacionan con patentes, procedimientos y privilegios.**
5. La norma en comento no establece el momento a partir del cual las autoridades pueden expedir copias de las propuestas presentadas, no obstante lo anterior, se concluye de las normas y procesos de contratación que, mientras no se haya cerrado la licitación, las ofertas son reservadas en cuanto, por regla general, los oferentes pueden retirar, adicionar, completar, sustituir o modificar sus propuestas. No obstante, una vez se produzca el cierre de la licitación y tenga lugar la apertura de las ofertas, **éstas se tornan públicas y sólo subsiste la reserva relacionada con las patentes, procedimientos y privilegios (sin perjuicio de la facultad de la entidad contratante de determinar en sus pliegos de condiciones el momento en el cual, en aras de la eficiencia del proceso, pondrá la información a disposición de los participantes en igualdad de condiciones).**
6. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, se considera, en general, que al amparo del régimen legal al que se encuentran sometidos éste tipo de procesos, toda la información aportada en el marco del sistema de precalificación debe ser puesta a disposición de los interesados en los términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, salvo aquella información relacionada con patentes, procedimientos y privilegios, con el propósito de garantizar la transparencia y contradicción del proceso de selección.
7. En el caso particular de su Manifestación de Interés, y a partir de las referencias hechas en los documentos que obran en la manifestación de interés, podríamos deducir en principio que no se trata de información relacionada con patentes, procedimientos o privilegios y por lo tanto no gozan de la reserva legal que se invoca, en el marco de los sistemas de precalificación.
8. Por otro lado, se advierte que, en este caso específico, las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que se invocan como respaldo de la confidencialidad de los documentos clasificados como tal por el Manifestante de Interés, no aplican de manera directa en el procedimiento de contratación estatal, el cual sobre la materia en cuestión trae disposiciones especiales en el Estatuto General de Contratación, a las cuales se ha hecho referencia en la presente solicitud.

En este sentido, sin perjuicio de lo expuesto, para el caso planteado en su comunicación el artículo 1602 del Código Civil no es otra cosa que el fundamento del carácter normativo del contrato respecto de las partes, al tiempo que en él puede encontrarse el fundamento normativo del principio de relatividad de los contratos. En

este sentido, si bien un acuerdo de confidencialidad suscrito entre las partes puede ser obligatorio y producir efectos entre ellas, lo cierto es que respecto del presente proceso de Precalificación el mismo no resulta oponible, máxime si existe, como en el caso que nos ocupa, una normativa especial que hace que la información de que se trate se convierta en información pública. De esta manera, los acuerdos privados entre las partes carecen de fuerza normativa suficiente para derogar o hacer inoperantes disposiciones legales especiales como las del Estatuto General de Contratación que han sido señaladas, de tal manera que el aducido por Ustedes no constituye un soporte suficiente para predicar la reserva o confidencialidad de la documentación aportada con su Manifestación de Interés.

De otra parte, en relación con la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio citadas en su Manifestación de Interés para sustentar la confidencialidad de ciertos documentos, las normas del Estatuto General de Contratación que se han referido se constituyen en una normativa especial, de aplicación preferente tratándose de un procedimiento de selección como el que nos ocupa, de tal manera que no resulta tampoco suficiente para sostener la aludida reserva o confidencialidad.

Finalmente, respecto de la confidencialidad de la información sobre beneficiarios reales y origen de los recursos, el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012 establece que: *"Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo 10° de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, **deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarias del futuro contrato**, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos."* (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo con lo señalado, en lo que hace referencia a la confidencialidad de la información relativa al certificado de beneficiario real y origen de los recursos, tal información es requerida en los sistemas de precalificación por virtud del mandato legal consagrado en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012, norma de orden público que no contempla excepción alguna respecto de la información que debe ser puesta en conocimiento de la entidad pública que adelanta un sistema de precalificación como el que nos ocupa.

De acuerdo con lo señalado, podría entenderse que su manifestación de interés puede estar condicionada a que se mantenga la confidencialidad de la información señalada en la misma, lo cual daría lugar a la aplicación de lo dispuesto en la Invitación a Precalificar en su numeral 5.10.1 que señala: *"Las Manifestaciones de Interés no podrán contener condicionamiento alguno. En caso de que durante la verificación se establezca que se ha incluido alguna condición, la Manifestación de Interés será una Manifestación de Interés No Hábil"*, así como a lo establecido en el literal (c) del numeral 5.11.1 que señala que no serán hábiles las manifestaciones de interés que *"Estén condicionadas, salvo por la condición general implícita consistente en la reserva del derecho del Manifestante a presentar o no Oferta una vez la ANI decida abrir el respectivo Proceso de Selección."*

En virtud de lo anterior, esta Entidad considerará que existe un condicionamiento en su Manifestación de Interés, si no levanta la restricción o condición que ha impuesto al acceso a la información de su manifestación de interés, para lo cual **se le solicita presentar documento escrito en la Oficina de Correspondencia de la ANI, a más tardar a las 2:00 p.m. del día 28 de octubre de 2013, el cual debe contener una manifestación clara, expresa, explícita e incondicional que retire la confidencialidad de su información y autorice a la ANI a darle la publicidad que impone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993.**

En este orden de ideas, si no se recibe dicho escrito, o el mismo no autoriza de manera clara, expresa, explícita e incondicional la publicidad de la totalidad de información contenida en su manifestación de interés, y por el contrario mantiene el condicionamiento hecho respecto a la información que catalogó como confidencial, se dará aplicación a lo dispuesto en los numerales 5.10.1 y 5.11.1 literal (c), y por ende su Manifestación de Interés será considerada No Hábil.

Atentamente,

[ORIGINAL FIRMADO]

WILMAR DARIO GONZÁLEZ BURITICÁ

Gerente de Contratación

Vicepresidencia Jurídica

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA