



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

Bogotá D.C.,

Doctora
María Eugenia Carreño Gómez
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Ciudad

Referencia: Respuesta a su comunicación del 1 de junio de 2010 con radicado INCO 12479-2 del 02 de junio de 2010

Apreciada Doctora Carreño

Agradecemos de antemano su interés en la Licitación Pública SEA-LP-001-2010 para la adjudicación del contrato de concesión correspondiente al Sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol y los comentarios que al respecto ha realizado su despacho. Como es costumbre, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) ha analizado sus observaciones detenidamente y preparado respuestas y explicaciones que buscan esclarecer de la forma más completa posible los comentarios planteados.

En relación con la solicitud de la referencia, relativa a la aclaración de ciertos aspectos relacionados con la estructuración de la licitación, a continuación nos permitimos presentarles las aclaraciones correspondientes a cada aspecto.

1. ELIMINACIÓN DEL NUMERAL 3.2.3 DEL PLIEGO DE CONDICIONES.

- 1.1 El INCO en la estructuración del proceso licitatorio No. SEA-LP-001-2010 "Sector 3 del Proyecto Vial Ruta del Sol" (la "Licitación Actual"), inicialmente incluyó en el numeral 3.2.3 del pliego de condiciones, una estipulación mediante la cual se establecía una restricción que impedía acreditar los mismos requisitos habilitantes que aportaron los proponentes adjudicatarios de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 (la "Primera Licitación"), en los siguientes términos:

"3.2.3. Las personas (naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras) o Fondos de Capital Privado que se presenten en la presente Licitación y que sean miembros de las Estructuras Plurales que resultaron adjudicatarias de cualquiera de los Sectores 1 o 2 del Proyecto deberán tener en cuenta que no podrán repetir los mismos Requisitos Habilitantes acreditados en la licitación pública SEA-LP-001-2009 (incluyendo los Requisitos Habilitantes



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

de sociedades matrices o subordinadas o subordinadas de la matriz), salvo por la Capacidad Jurídica. Cualquier Requisito Habilitante repetido en dicha licitación y en la presente (incluyendo los Requisitos Habilitantes de sociedades matrices o subordinadas o subordinadas de la matriz) se descontará por el INCO en la evaluación. Para estos efectos, si se acreditan los mismos Requisitos Habilitantes (incluyendo los Requisitos Habilitantes de sociedades matrices o subordinadas o subordinadas de la matriz), se descontarán de las Propuestas los valores que fueron exigidos o acreditados en las siguientes proporciones:

(a) Al que haya sido MAP en la licitación pública SEA-LP-001-2009 se le descontará el cien por ciento (100%) del valor exigido en tal licitación para efectos de calcular el valor acreditable para la presente Licitación sin tener en cuenta si es MAP o no en la presente Licitación.

(b) Los que no sean MAP en la presente Licitación ni en la licitación pública SEA-LP-001-2009 el descuento se hará proporcionalmente a la participación en la Estructura Plural de la licitación pública SEA-LP-001-2009 sobre el valor acreditado para tal licitación.

(c) Por ejemplo:

(i) Si el Proponente o miembro de Estructura Plural fue MAP en la licitación SEA-LP-001-2009 (sin importar su participación en la Licitación).

Requisito	Requisito Exigido en SEA-LP-001-2009 (A)	Requisito Exigido en la Licitación (B)	Requisito Acreditado en SEA-LP-001-2009 (C)	Remanente Acreditable para Licitación (D) = (C) - (A) * 100%
Patrimonio Neto (Sector 1)	US\$250.000.00 0	US\$350.000.00 0	US\$450.000.00 0	US\$200.000.00 0
Experiencia en Concesiones	US\$300.000.00 0	US\$300.000.00 0	US\$400.000.00 0	US\$100.000.00 0

(ii) Si el Proponente o miembro de la Estructura Plural no es ni fue MAP en la presente Licitación y en la licitación SEA-LP-001-2009:

Requisito	Requisito Exigido en SEA-	Requisito Exigido en la	Requisito Acreditado en	Remanente Acreditable para
-----------	---------------------------	-------------------------	-------------------------	----------------------------



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

	LP-001-2009 (part. 10%) (A)	Licitación (B)	SEA-LP-001- 2009 (C)	Licitación (D) = (C) - 10% * (A)
Patrimonio Neto (Sector 1)	US\$250.000.00 0	US\$350.000.00 0	US\$450.000.00 0	US\$405.000.00 0
Experiencia en Concesiones	US\$300.000.00 0	US\$300.000.00 0	US\$400.000.00 0	US\$360.000.00 0

- 1.2 El planteamiento realizado en el pliego de condiciones de la Licitación Actual buscaba mantener el criterio utilizado en la licitación No. SEA-LP-001-2009, consistente en solicitar una mayor experiencia en financiamiento y capacidad financiera, en función al número de Sectores por los cuales ofertaban los proponentes, lo cual permitiría al INCO garantizar que los proponentes contaran con capacidad suficiente para desarrollar adecuadamente el proyecto vial Ruta del Sol.
- 1.3 Si bien ese objetivo resultaba ajustado a la necesidad institucional que inspiró la licitación No. SEA-LP-001-2009, su desarrollo en la licitación SEA-LP-001 de 2010 determinó que el referido contenido podría ir en contravía de postulados legales de orden Superior (artículos 13 y 209 CN) y legal (artículo 23 Ley 80 de 1993), quebrantando el derecho a la igualdad y poniendo en riesgo la estabilidad misma del proceso de licitación. En consecuencia, si bien el INCO y su equipo estructurador consideraron y manifestaron en su momento, la importancia de conservar la integridad del proyecto, también encontraron que una serie de principios y disposiciones constitucionales y legales exigían que, de implementarse una prohibición para presentar experiencia acreditada en procesos anteriores, ésta tendría que ser requerida a todos los proponentes, y no de manera exclusiva para los ganadores de la Primera Licitación.
- 1.4 Para efectos de establecer una posición al respecto, se tuvo en cuenta que la Licitación Actual no conserva ninguna unidad o vínculo jurídico con la Primera Licitación que permita válidamente al INCO aplicar restricciones derivadas de este último. Lo anterior teniendo en cuenta que en razón de la declaratoria de desierta de la Primera Licitación, el INCO, de conformidad con la ley aplicable, tenía dos posibilidades para proceder a la selección del concesionario del Sector 3 del proyecto vial Ruta del Sol, a saber: (i) aplicar el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 (en concordancia con el artículo 48 del Decreto 2474 de 2008 modificado por el artículo 3º del decreto 3576 de 2009), caso en el cual se habría podido dar inicio a un

G



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

proceso de selección abreviada, o (ii) iniciar un proceso licitatorio nuevo e independiente del anterior, en cuyo caso debía iniciarse una licitación de conformidad con lo señalado en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.

- 1.5 Si el INCO hubiere optado por acogerse a la primera de las alternativas antes señaladas, es decir al proceso de selección abreviada, es evidente que habría sido necesario preservar los principales elementos de la Primera Licitación. Sin embargo, el INCO, consciente de las modificaciones que era necesario incluir en el nuevo proceso de selección del concesionario para el Sector 3, optó por la segunda de las alternativas señaladas y así inició una licitación pública en todo nueva e independiente de la licitación anterior, aunque conserve previsiones de similar naturaleza a las previstas en la Primera Licitación.
- 1.6 Así las cosas, el INCO, realizó un juicioso análisis sobre los efectos, positivos y negativos, que cada una de las posibles alternativas conllevaría, respecto de lo cual estimó que:
- 1.6.1 De persistir con la precitada restricción en relación con los adjudicatarios de los Sectores 1 y 2 del proyecto, podría atentarse contra una serie de principios de orden constitucional y legal tales como los postulados de igualdad y selección objetiva que deben regir la contratación pública. Lo anterior teniendo en cuenta que dicha restricción supondría una desventaja en cabeza de dos proponentes particulares, que aunque desde un punto de vista técnico tendría alguna consideración, desde una perspectiva legal no encontraría justificación.
- 1.6.2 Alternativamente, se consideró la posibilidad de establecer reglas que permitieran aplicar restricciones en igualdad de condiciones a todos los proponentes en razón de su capacidad de ejecución y su actividad contractual, lo cual afectaría no sólo a los adjudicatarios de los Sectores 1 y 2, sino a un número indeterminado de posibles proponentes. Sin embargo, dicha alternativa implicaría la limitación de la competencia en la Licitación Actual, en perjuicio de los intereses del Estado, y adicionalmente supondría la imposición de cargas adicionales a los posibles proponentes que en una etapa avanzada del proceso licitatorio (como es la fecha en que fue publicada la Adenda No. 3) ya habían avanzado significativamente en la preparación de sus propuestas.
- 1.6.3 Finalmente, se analizó la posibilidad de preservar el principio de igualdad a través de la supresión de la restricción en mención en relación con cualquier proponente, teniendo en consideración que dentro de los requerimientos de



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

la Licitación Actual se incluyen sendos requisitos para comprobar la capacidad de los proponentes (así por ejemplo se exige a los proponentes un cupo de crédito, una serie de garantías financieras y aportes de capital mínimo), lo cual garantiza plenamente al INCO la idoneidad de quien resulte adjudicatario.

- 1.7 Como consecuencia del anterior análisis el INCO concluyó que, de implementarse la prohibición para acreditar la experiencia acreditada en procesos anteriores, ésta debería ser para todos los proponentes y no de manera exclusiva para los ganadores de la Primera Licitación. Adicionalmente, el INCO consideró que pretender implantar un mecanismo de control de capacidad de ejecución de todos los proponentes en relación con su actividad contractual podría generar inconvenientes y cargas excesivas para los proponentes. Así las cosas, el INCO eliminó la carga impuesta a los ganadores de la Primera Licitación, alternativa esta que, a todas luces, garantiza el derecho a la igualdad para todos los potenciales proponentes.
- 1.8 De haberse mantenido la restricción en comento, podrían haberse generado eventuales reclamaciones administrativas y judiciales, avocando a la entidad a posibles responsabilidades patrimoniales, tal y como lo advirtió la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, quien solicitó de manera expresa la exclusión de la restricción a que nos venimos refiriendo en relación los adjudicatarios de la Primera Licitación.
- 1.9 En este orden de ideas debe comprenderse que la Licitación Actual constituye un proceso de selección independiente de la Primera Licitación y, por lo tanto, aunque se ha procurado mantener la misma estructura básica contractual en cada uno de los tres sectores del proyecto (por ejemplo en cuanto a obligaciones, estándares técnicos, gestión financiera, entre otros), lo esperado es que se introduzcan modificaciones tanto al esquema de selección como al contrato de concesión, a fin de viabilizar la adjudicación del mismo en términos y condiciones favorables para el ESTADO y para el adjudicatario que finalmente lo ejecute.

En relación con la forma como se ajustaron los estudios previos, luego de la eliminación del numeral 3.2.3 en el pliego de condiciones de la licitación SEALP-001-2010, le informamos que por tratarse de los requisitos de selección, éste numeral no estaba contenido en los referidos estudios y en consecuencia, su eliminación no los afecta.

2. EXPERIENCIA ADMISIBLE EN VÍAS FÉRREAS

- 2.1 En relación con la inquietud planteada, relacionada con la modificación que se introdujo a la definición de Proyectos de Infraestructura en los pliegos de condiciones



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

la Licitación Actual frente a la misma definición contenida en los pliegos de condiciones de la Primera Licitación, la Entidad se permite presentar las razones por las cuales se considera que tal modificación no presenta un riesgo para el INCO y guarda absoluta coherencia con el desarrollo de la Primera Licitación y la Licitación Actual.

2.2 Problema Planteado.

2.2.1 La propuesta presentada por Vías del Sol Autopistas S.A. PSF en la Primera Licitación fue rechazada por el INCO porque presentó experiencia que no cumplía con los pliegos de condiciones de la Primera Licitación. En términos generales, el error consistió en haber acreditado como experiencia para el Sector 1 un proyecto férreo cuando la entidad no permitió este tipo de experiencia y, al ser las propuestas para múltiples sectores, consideradas como únicas e inescindibles, tal error en el Sector 1 implicó el rechazo de la propuesta para los Sectores 1 y 2.

2.2.2 Teniendo en cuenta este antecedente, surge la pregunta sobre si la modificación mencionada, puede considerarse como una contradicción entre dos (2) procesos licitatorios.

2.3 Antecedentes de la Primera Licitación

2.3.1 La Primera Licitación tuvo por objeto la selección del concesionario para cada uno de los Sectores 1, 2 y 3 del proyecto Ruta del Sol. Los Requisitos Habilitantes para cada uno de los Sectores (así como para las diferentes combinaciones de Sectores), se determinaron con base en las características propias del objeto a contratar tal como lo establece la regulación aplicable. En este orden de ideas, cabe precisar que existen diferencias sustanciales entre el Sector 1 y los Sectores 2 y 3, motivo por el cual los Requisitos Habilitantes para el Sector 1 fueron diferentes a los previstos para los Sectores 2 y 3.

2.3.2 En el caso de los Sectores 2 y 3 el esquema empleado es el de una concesión de largo plazo y se planteó como un negocio principalmente financiero (como son por regla general las concesiones de largo plazo). Aunque las obligaciones de construcción incluidas en el alcance de los contratos incluyen el mejoramiento y rehabilitación de la vía existente, así como la construcción de una segunda calzada, la obligación principal del concesionario es el aporte de recursos de capital y la consecución del financiamiento del proyecto, dejando en manos del Contratista EPC (según



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

este término se define en el contrato de concesión) la realización de las obras de construcción, rehabilitación y mantenimiento. En este orden de ideas, en los pliegos de condiciones de la Primera Licitación, era indispensable que se verificara, para los Sectores 2 y 3, que el concesionario contara con una capacidad financiera importante que le permitiera efectuar los aportes de capital y conseguir la financiación requerida, y por lo mismo para los Sectores 2 y 3 se exigió experiencia en financiación de proyectos de infraestructura.

2.3.3 De otra parte, en el Sector 1 se empleó una concesión de obra pública de corto plazo, cuyo objeto principal es la construcción de una carretera completamente nueva en doble calzada, incluyendo puentes y viaductos. Este esquema se utilizó por la complejidad técnica de las obras y por la ausencia de historial de tráfico que permitiera desarrollar una concesión de largo plazo. Teniendo en cuenta las características del objeto a contratar, se determinó que los Requisitos Habilitantes de experiencia para este Sector tenían que ser principalmente técnicos (en tanto el negocio principal es constructivo y no financiero) y debían estar relacionados con la construcción de vías. Por lo anterior la experiencia exigida para el Sector 1 consistía en experiencia general en construcción de carreteras.

- (a) De lo anterior se desprende entonces que, era relevante la experiencia en construcción y las características de las obras construidas en el Sector 1, mientras que en los Sectores 2 y 3 lo relevante era la capacidad financiera y la capacidad de financiar el proyecto.
- (b) Las características técnicas de experiencia en construcción para el Sector 1, también eran relevantes en tanto se buscó experiencia específica en construcción de carreteras (objeto del contrato de concesión) y no en otro tipo de construcciones.

2.3.4 Por lo anteriormente señalado, el INCO contestó a la pregunta 32 de la octava ronda de preguntas y respuestas de la Primera Licitación que la construcción de proyectos férreos no se compadecía con la experiencia en construcción requerida para el Sector 1 y por lo tanto que no valdría la acreditación de experiencia en proyectos en el sector férreo para dicho Sector 1. Sin embargo, en los documentos de la licitación no se hizo ninguna restricción en el caso de los Sectores 2 y 3.

A



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761



Fecha: 04-06-2010

2.3.5 Valga anotar, que en su momento no se consideró necesario efectuar ninguna modificación a los pliegos de condiciones en tanto se asumió que los pliegos eran lo suficientemente claros. Sin embargo, durante el proceso de evaluación de las propuestas y especialmente durante el periodo de contradicción del informe de evaluación, se evidenció que podía haber debate respecto a la definición de proyectos de infraestructura y solamente en razón a que las respuestas a las preguntas eran vinculantes a la entidad, ésta pudo con total tranquilidad descartar la experiencia férrea presentada por el proponente que fue rechazado.

2.4 La Licitación Actual.

2.4.1 Desde el inicio de la Licitación Actual, el equipo estructurador debatió ampliamente si era necesario o no efectuar la aclaración a la definición de proyecto de infraestructura a fin de precisar que si era viable acreditar experiencia en financiación de concesiones de proyectos férreos, con el fin de dejar completa claridad y facilitar el proceso de evaluación de ofertas. Lo anterior, con el fin de evitar que el mercado percibiera que existían contradicciones entre las licitaciones. Sin embargo, como se mencionó previamente, los Requisitos Habilitantes de experiencia del Sector 3 son diametralmente diferentes a los previstos en el Sector 1 en la Primera Licitación (ver descripción de requisitos del numeral 2) y por lo mismo, precisar la definición no podía arriesgar las conclusiones de la evaluación de la Primera Licitación.

2.4.2 Se reitera, la experiencia en el Sector 1 era técnica mientras que en el Sector 3 (y en el 2 para la Primera Licitación) es en financiación de proyectos de infraestructura. Por esta razón, es posible la acreditación (para los Sectores 2 y 3) de experiencia en un grupo de sectores más amplio que la experiencia en construcción exigida para el Sector 1. Es más, si esta modificación se hubiera efectuado en la Primera Licitación, no se habría podido hacer extensiva a la experiencia requerida en el Sector 1, solamente se habría aplicado a los Sectores 2 y 3.

2.4.3 Finalmente, el INCO considera que eliminar la posibilidad de acreditar experiencia en financiación de proyectos férreos del Sector 3 a poco días de cerrar la Licitación Actual es un cambio sustancial que podría causar una menor participación en el proceso ya que puede darse el caso de proponentes que hayan optado por acreditar experiencia en financiación de proyectos férreos que no estén en capacidad de acreditar una experiencia diferente no necesariamente por carecer de ella sino porque en una etapa



Instituto Nacional de Concesiones
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101000073761

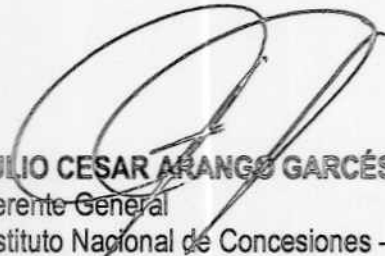


Fecha: 04-06-2010

tan avanzada del proceso licitatorio es prácticamente imposible volver a reunir las credenciales solicitada en la Licitación Actual.

3. Reiterando nuestra disponibilidad para responder a cualquier inquietud adicional que pudiera tener, me despido con un cordial saludo.

Cordialmente,



JULIO CESAR ARANGO GARCÉS
Gerente General
Instituto Nacional de Concesiones – INCO

Proyectó: Andrea Ortegón – Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Revisó: I.F.C.