



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

**RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE
REQUISITOS HABILITANTES**

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-LP-005-2012

Por medio del presente se procede a dar respuesta a las observaciones presentadas al informe de verificación de requisitos habilitantes, en desarrollo de la Licitación Pública VJ-VE-LP-005-2012, así:

1. Observación presentada por el proponente CSS Constructores S.A.

Esta observación está contenida en la Comunicación No. 2013-409-019634-2. En dicha comunicación se solicita que la Agencia Nacional de Infraestructura rechace la propuesta presentada por Hidalgo e Hidalgo S.A.S., debido a que los Acuerdos de Garantía contenidos en los folios 92 a 97 y 141 a 147 de la propuesta no se encuentran suscritos por el representante legal del proponente. En la misma, también se señala que en el proceso es aplicable el principio de preclusión, de acuerdo con el cual no sería posible la subsanación de este requisito pues el plazo correspondiente concluyó el pasado 30 de abril, día del cierre de la licitación.

Para dar respuesta a esta solicitud, se hizo un análisis de los siguientes aspectos:

1.1. Suscripción de la carta de presentación de la oferta

Sea lo primero señalar que Sergio Edison Paguay Fajardo, en su condición de representante legal de Hidalgo e Hidalgo S.A.S., suscribió la carta de presentación de la oferta. En dicho documento, se menciona de manera expresa que el proponente, en este caso Hidalgo e Hidalgo S.A.S. a través del ingeniero Paguay Fajardo, se allana al cumplimiento de todas las condiciones contenidas en el pliego de condiciones, dentro de las cuales se encuentra, por supuesto, la suscripción de los acuerdos de garantía, con lo cual se aprecia la propuesta de forma integral y no aisladamente, como se pretende por el observante.

En esas condiciones, la ausencia de suscripción del acuerdo por parte del representante legal de Hidalgo e Hidalgo se constituye en un requisito formal, el cual incluso se puede entender surtido con la firma de la carta de presentación; caso este último en el cual ni siquiera sería necesario proceder a subsanar dicha formalidad.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que los acuerdos de garantía presentados por el proponente Hidalgo e Hidalgo S.A.S., fueron debidamente suscritos por sus otorgantes en calidad de garantes, que en últimas son quienes se obligan en relación con la obligaciones garantizadas, de tal manera que la firma del representante legal del proponente como garantizado está contenida en la carta de presentación de la oferta, como ya se dijo y ella se tornaba innecesaria.

1.2. Alcance de la subsanación

En todo caso, si en gracia de discusión, se considerara necesaria la subsanación del requisito, se encuentra que habría lugar a la misma. La posibilidad de subsanar ofertas encuentra su sustento en el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal que debe aplicarse en todo proceso de selección de contratistas. Este principio ha sido reconocido por el artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012, el cual dispone como consecuencia de su aplicación, que no haya lugar a “...rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.”

En el caso que nos ocupa, se encuentra que, de haber sido necesario, la ANI habría podido solicitar la subsanación de este requisito, con base en los siguientes argumentos:

1.2.1. La Subsanación es una facultad de la entidad

De acuerdo con las previsiones del artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012, en consonancia con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, la normativa le otorga a la administración la facultad de solicitar los requerimientos de información que estime necesarios, así como de establecer el plazo para que los proponentes den respuesta a tales requerimientos. El Consejo de Estado¹ ha señalado que esta potestad recae únicamente en la Entidad contratante y que no supone una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta.

1.2.2. Son subsanables los documentos que no otorguen puntaje en la calificación de las ofertas y que no se encuentren directamente relacionados con la capacidad jurídica del proponente.

El Consejo de Estado² ha señalado lo siguiente frente a este tema:

Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 10 de mayo de 2010.

²Íbidem.

la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias.

De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.

De otro lado, no sobra recordar que de acuerdo con la parte final del artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012, “[e]n ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta”.

1.2.3. La posibilidad de subsanar en el tiempo

El Decreto 734, en su artículo 2.2.8., es claro al señalar que la posibilidad de subsanar, que se otorga a los proponentes mediante el requerimiento que haga la entidad de requisitos o documentos, tiene dos condiciones: la primera es que se brinde en condiciones de igualdad para todos los proponentes; la segunda es que el plazo del que dispone la Entidad contratante para solicitar información o documentos adicionales es hasta antes de la adjudicación.

En estas condiciones, el rechazo de la oferta procede si dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responde al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla. Este plazo puede ser igual, o inferior al restante entre el momento del requerimiento y el de la adjudicación del contrato. Como se observa, la norma no establece un plazo que limite la facultad de la Entidad contratante para solicitar que se subsanen requisitos formales, siempre que el requerimiento se haga en igualdad de condiciones para los oferentes y que no se haya producido la adjudicación del contrato.

Es así como, en el caso que nos ocupa, la situación se encuentra aclarada, tanto por el análisis de la integralidad de la propuesta que se mencionó en la primera parte de esta comunicación, como por la comunicación que, en respuesta a la observación presentada por CSS Constructores S.A. presentó la empresa Hidalgo e Hidalgo S.A.S., la cual reitera la intención del oferente de allanarse al cumplimiento de todas las condiciones contenidas en el pliego, incluso más allá ante la observación que le fue realizada en el curso del proceso.

1.3. Conclusión

Con base en los argumentos aquí presentados, se mantiene la validez de la propuesta presentada por Hidalgo e Hidalgo S.A.S., en el entendido que no habría sido necesario subsanarla, con base en lo señalado en el primer punto de esta respuesta. Adicionalmente, porque, no obstante lo anterior, la empresa presentó los documentos en los cuales se aclara la situación que le fue observada, aportando los acuerdos de garantía firmados por el representante legal de Hidalgo e Hidalgo S.A.S. antes de la audiencia de adjudicación, esto es dentro del plazo establecido por la normativa vigente para subsanar eventuales errores formales que se hayan producido en la presentación de las propuestas y que no afectan la asignación de puntaje de las ofertas.

2. Observación presentada por Termotécnica Coindustrial S.A.

Esta observación está contenida en la Comunicación No. 2013-409-019-564-2. La misma hace referencia a la solicitud de declarar que TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. cumple con los requisitos de capacidad financiera, especialmente los relacionados con las condiciones del cupo establecidas para la licitación pública con el No. VJ-VE-LP-005-2012. En el presente caso, se tuvieron en cuenta los siguientes elementos de análisis:

El Pliego de Condiciones de la Licitación Pública VJ-VE-LP-005-2012, en el numeral 4.2.3. en relación con el requisito del Cupo de Crédito, dispone:

“4.2.3. Cupo de crédito en firme.

4.2.3.1. El Proponente, o un LÍDER, deberá acreditar que cuenta con la Capacidad Financiera necesaria para cumplir con las obligaciones surgidas de la Adjudicación 12 de la presente Licitación, para lo cual deberá presentar:

a) Una certificación (conforme al modelo que obra como Formato 4) de aprobación de cupo de crédito en firme para el desarrollo del presente Contrato de Concesión, por una cuantía no inferior a DIEZ MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS CONSTANTES DE 31 DE DICIEMBRE DE 2011 (\$10.431.000.000) (no serán aceptables certificaciones de intención, ni pre-aprobaciones, ni cartas sujetas a condiciones suspensivas o resolutorias) suscrita por un representante legal de un Banco del Sector Financiero. (Negritas fuera de texto)

4.2.3.2. La certificación deberá estar acompañada de: (a) una copia del extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco del Sector Financiero (i) aprobó el cupo de crédito, si este requisito es necesario conforme a los estatutos del respectivo Banco; y (ii) aprueba al proponente o al LÍDER si es una Estructura Plural; y (b) el documento donde se demuestre que la persona que suscribe la certificación dirigida a la Agencia es representante legal de la misma, que para los bancos colombianos será el certificado de existencia y representación legal y el certificado emitido por la Superintendencia Financiera, para el caso de bancos extranjeros corresponderá a lo señalado en el numeral 1.4 (hh)

4.2.3.3. Condiciones para la valoración del cupo de crédito:

a) En el caso de Estructuras Plurales, no se aceptarán certificaciones emitidas a favor de miembros distintos de tales Estructuras Plurales.

b) Si se presentan más de dos (2) certificaciones de cupo de crédito la Agencia solamente considerará la primera (1) presentada.

c) No se aceptará la presentación de: cupos de sobregiro, de tarjeta de crédito, CDTs, créditos rotativos, cuentas de ahorro o corriente, bonos, títulos valores, documentos representativos de valores, underwriting y en general cualquier modalidad diferente al cupo de crédito otorgado por un banco del Sector Financiero.

d) La vigencia del cupo de crédito debe ser, cuando menos, hasta la fecha en que el Concesionario deba acreditar el Cierre Financiero, en los términos del Contrato de Concesión.” (Negritas fuera de texto)

En el texto antes transcrito, se aprecian dos reglas a saber:

- 1) Los proponentes debían presentar una certificación (conforme al modelo que obra como Formato 4) de aprobación de cupo de crédito, y
- 2) Para efectos de la valoración del cupo de crédito se debía tener en cuenta entre otros aspectos, que la vigencia del mismo debe ser, cuando menos, hasta la fecha en que el Concesionario deba acreditar el Cierre Financiero, en los términos del Contrato de Concesión.

El formato No. 4, dispuesto por parte de la Entidad para efectos de la acreditación del requisito de Cupo de Crédito, contiene los siguientes elementos:

- a) Ciudad y fecha
- b) Nombre del establecimiento de crédito
- c) Identificación del proponente
- d) Valor del cupo de crédito otorgado
- e) Número del proceso de Licitación Pública
- f) Objeto del Proceso de selección
- g) Anotación final “Este (cupo de crédito) no estará sujeto a aprobaciones posteriores y no está sujeto a ninguna condición.”
- h) Firma autorizada y sello.

Como se puede apreciar en el formato dispuesto por la Entidad para la acreditación del cupo de crédito, no se señala que la entidad financiera deba indicar de manera expresa la vigencia del cupo de crédito, lo que sí señaló el pliego es que dicho cupo de crédito debía tener una vigencia hasta la fecha en que el concesionario deba acreditar el cierre financiero.

Ahora bien, para el presente proceso cuál es la fecha en qué el concesionario debe acreditar el cierre financiero?. Para ello se acude a las respuestas a las observaciones dadas por la entidad en virtud en proceso, en las cuales se señaló:

“(…) El cronograma del proceso que fue ajustado en la Adenda 3, fija como fecha de adjudicación para el proceso licitatorio el 31 de Mayo del presente año. Teniendo como base la citada fecha, se estima que el cierre financiero se estaría llevando a cabo por lo menos a los 30 días siguientes (30 de junio de 2013)”

El Proponente Termotecnica Coindustrial S.A., a folio 209 de su propuesta, aporta certificación de cupo de crédito otorgada por el Banco de Occidente Credencial, de fecha 29 de abril de 2013, certificación que es suscrita por el señor IGNACIO ZULOAGA SEVILLA en su condición de Representante Legal de la Entidad Financiera y contiene todos los elementos señalados en el Formato No. 4.

La certificación del banco, se encuentra acompañada de extracto de acta de junta directiva No. 1315 del Banco de Occidente, otorgada en Santiago de Cali, de fecha 26 de abril de 2013, (Folios 209A a 209B), en la cual consta:

“4. OPERACIONES DE CREDITO

La Junta Directiva del Banco de Occidente, en la sesión 1315 de abril 26 de 2013, autorizó a TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A. con NIT. 890.903.035 un cupo de crédito en firma hasta por la suma de \$10.431.000.000.00 (Diez Mil Cuatrocientos Treinta y un Millones De Pesos Mcte) que requiere para la financiación de las obras de Construcción, Rehabilitación. Mantenimiento y Operación, según corresponda, del Proyecto Vial –Loboguerrero Buga, dentro de la licitación para el otorgamiento de un Contrato de Concesión bajo un esquema de asociación público privada, abierta por la Agencia Nacional De Infraestructura, ANI.

(…)

La garantía para este Cupo de Crédito es: Firma de la Sociedad

El cupo no está sujeto a aprobaciones posteriores y las operaciones de crédito podrán ser desembolsadas, previa solicitud y legalización por parte de la firma.”

De la información contenida en la certificación y en el extracto de Junta Directiva del Banco, se colige claramente el otorgamiento de cupo de crédito a favor de Termotecnica Coindustrial, de manera específica para el proceso de licitación pública VJ-VE-LP-005-2012.

Se aprecia conforme a lo anterior, que el pliego de condiciones requería entonces que los proponentes a través de una entidad financiera aportara un cupo de crédito diligenciando para el efecto el Formato 4, dicho cupo de crédito, en las condiciones previstas en dicho formato y en la

información aportada por los proponentes a través de la certificación de la entidad financiera correspondiente, se entendería vigente hasta el momento del cierre financiero del contrato concesión, vigencia implícita en la certificación aportada inicialmente por parte de Termotecnica Coindustrial y del Formato 4, al establecer en su contenido que **el cupo de crédito no se encuentra sujeto a ninguna condición y en la mención que obra en la certificación y en el extracto de acta de junta directiva, de ser un cupo de crédito para la financiación de la obra correspondiente al proceso VJ VE LP 05 2012, entendiéndose de manera irrefragable que se expide en cumplimiento de las condiciones y disposiciones establecidas tanto en su pliego definitivo de condiciones como en la minuta del contrato.**

El pliego de condiciones exigió un cupo de crédito vigente, pero no fue preciso en cuanto a que la entidad financiera otorgante del cupo de crédito debía indicar cuál era el término de vigencia de dicho cupo, lo cual hace presumir que el cupo de crédito otorgado conforme al diligenciamiento del Formato 4, sin sujeción a ninguna condición, da cumplimiento a lo requerido en el Pliego de Condiciones y no limita su vigencia o la supedita a un término distinto a aquel que requirió el pliego de condiciones, esto es la fecha de cierre financiero del contrato de concesión, estimado por la entidad para el día 30 de junio de 2013.

En virtud de lo anterior, si el cupo de crédito fue otorgado en estricta sujeción al Formato 4, con todos sus elementos, está dirigido al proceso de licitación pública VJ-VE-LP-005-2012, identificando su objeto, amparado al proponente y no está sujeto a ninguna condición, cumple con el requisito contemplado en el pliego de condiciones, y se debe entender así y no de otra manera que su vigencia corresponde a la vigencia que se estimó por la Entidad es la vigencia en la cual se debe realizar el cierre financiero del contrato de concesión.

De acuerdo con lo anterior, surge en el presente proceso la necesidad de replantear la evaluación inicial del proponente Termotecnica Coindustrial, y en consecuencia declarar que dicho proponente cumple con los requisitos habilitantes, conforme a los argumentos que a continuación se adicionan y que fueron objeto de análisis por parte del Comité de Contratación de la Entidad.

La solicitud de subsane al proponente Termotecnica Coindustrial, así como a otros proponentes en relación con la certificación de la vigencia del cupo de crédito, más que una subsanación dentro del proceso de selección, debe ser considerada entonces, como una actuación de la administración tendiente a la verificación o ratificación de un hecho existente en el proceso, que por ende no representa una consecuencia para los proponentes como la que inicialmente se hizo saber al proponentes Termotecnica Coindustrial y que le daba la condición de rechazado al no haberse presentado el subsane solicitado dentro del término límite señalado por parte de la Entidad.

Es necesario precisar entonces que la información solicitada a los proponentes tal como se indicó con anterioridad, se entiende cumplida con las certificaciones inicialmente aportadas, en el entendido que de su lectura se infiere la vigencia del cupo de crédito, además, por cuanto la

certificación de cupo de crédito es una expectativa que sólo se consolida, hasta el momento de la adjudicación, y, perfecciona con la celebración del contrato.

El requerimiento de que la certificación del cupo de crédito conllevara datos de su vigencia, podría estar en los terrenos de la imposición de un requisito mínimo subsanable, pero en el caso que nos ocupa no fue exigido con total precisión y claridad en el pliego de condiciones, ya que mientras en el literal d) del numeral 4.2.3.3. se menciona genéricamente que el cupo de crédito debía ir, como mínimo, hasta la fecha del cierre financiero, en el Formato 4 (Documento mediante el cual la entidad le impone a los proponentes la información que en su criterio es indispensable) nada se mencionó al respecto ni se estableció, como sí se hizo para los demás ítems obligatorios, una casilla para el diligenciamiento de la fecha mínima de vigencia de dicho cupo.

Nos encontramos entonces frente a dos disposiciones establecidas en el pliego de condiciones, aunada la respuesta suministrada a observación realizada sobre este aspecto (anteriormente transcrita), que generaron en los proponentes confusión frente al alcance de los requisitos exigidos en esta materia, cuyas consecuencias no pueden asignarse a ellos, de conformidad con principios de orden jurisprudencial como el de “Carga de Claridad” e “*In Dubio Pro Actione*”

El Principio de Carga de Claridad, que encuentra su origen en la obligación señalada por la normatividad contractual para las entidades públicas de elaborar reglas de juego claras que no den lugar a ambigüedades, contradicciones o diferencias de interpretación, implica que en caso de que no se haya obrado de esta manera, en ningún caso se puede asumir la posición, o acudir a la disposición del pliego que sea más gravosa para los proponentes.

Por su parte, el Principio *In Dubio Pro Actione*, postula en favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, es decir en el sentido de asegurar, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por ello, en caso de duda ésta debe resolverse en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su total conclusión removiendo los obstáculos que impidan la selección objetiva.

En este orden de ideas, ante la ambigüedad existente en diferentes acápites del pliego de condiciones y sus documentos anexos, no le era dable a la entidad acudir a la disposición más exigente frente a los proponentes para fundamentar la solicitud de subsanes que efectivamente se realizó en este proceso.

Con ocasión de lo anterior, es dable establecer que las certificaciones aportadas para cumplir con el cupo de crédito de los proponentes, acreditaron la realidad de los hechos exigidos, los cuales correspondían al aporte de una certificación bancaria con el otorgamiento de un cupo de crédito vigente hasta la fecha de cierre financiero del contrato de concesión, cuando lo uno y lo otro se constituyen; certificación y vigencia en presupuestos ineludibles que se entienden cumplidos en las certificaciones aportadas de acuerdo con el formato No. 4 diligenciado, debemos entonces,

aplicar la regla de presunción del conocimiento sin ser llevado de manera excesiva, y dar por ende aplicación al principio de buena fe, conforme al cual ella se debe presumir en todas las actuaciones de los particulares ante la administración pública.

Es claro entonces que las reglas del pliego no exigieron plasmar la vigencia del cupo de crédito en la certificación bancaria, y, dejó entonces a criterio del operador o en este caso del evaluador la libertad de apreciación, en donde solo podríamos rechazar la propuesta si la certificación aportada como prueba del cupo de crédito, no existiese o no fue aportada, y no partir de que en la certificación no se dijo de manera expresa la fecha de vigencia del cupo de crédito, cuando la misma está implícita en los términos que se ha explicado.

Por último, no debe perderse de vista que la solicitud del cupo de crédito tiene como objetivo el apalancamiento financiero de los oferentes, busca garantizarle a la entidad que los oferentes del proceso sean capaces de acceder de fácil modo en el mercado de colocación de recursos económicos y darle liquidez al proyecto una vez se inicie la ejecución del contrato.

La presente respuesta corresponde a la recomendación emitida por el comité de contratación de la Entidad, en su reunión del 30 de mayo de 2013. Esta instancia decidió habilitar al proponente Termotécnica Coindustrial y otorgarle 100 puntos en la evaluación correspondiente a "Apoyo a la industria nacional" y 100 puntos correspondientes a la evaluación técnica.

3. EVALUACION CONSOLIDADA

PROPONENTE	Capacidad Jurídica	Capacidad Financiera	Experiencia en Inversión	Puntaje técnico	Apoyo Industria Nacional
PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100
CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100
CSS CONSTRUCTORES S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100
LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100
TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100
HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	100	100

La presente se firma en Bogotá D.C., a los 30 días del mes de mayo de 2013.

COMITÉ EVALUADOR