

**INFORME FINAL DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES**  
**RESPUESTA A OBSERVACIONES FORMULADAS AL INFORME PRELIMINAR DE**  
**VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES**

**CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO No. VJ-VE-CM-004-2015**

**OBJETO:**

*“CONTRATAR UN CONSULTOR EN NEGOCIOS DE AVIACIÓN QUE LLEVE A CABO ESTUDIOS INICIALES DE PREFACTIBILIDAD DE CARÁCTER ESTADÍSTICO FINANCIERO Y JURÍDICO QUE SIRVAN COMO INSUMO PARA EL DESARROLLO DE LA ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PÚBLICA QUE INTEGRE EL AEROPUERTO ELDORADO EXISTENTE, CON EL PROYECTO AEROPUERTO ELDORADO II, DE CONFORMIDAD CON EL ALCANCE DEL OBJETO”.*

**I. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO (remitidas al correo electrónico del proceso el día 16 de abril de 2015, y radicadas adicionalmente bajo el No. 2015-409-021638-2 del 17 de abril de 2015).**

**1. Respetto de la UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II:**

***“1. Ausencia de Firma en la Carta de Presentación de la Propuesta***

*“Respetuosamente solicitamos a la ANI rechazar la propuesta de la Unión Temporal Integración Dorado I y Proyecto Dorado II (en adelante “UT Banicol – Aertec”) por no haber firmado la carta de presentación de la propuesta contenida en la documentación presentada el 6 de abril de 2015, según quedó plasmado en el acta de la audiencia pública de cierre del Concurso de Méritos. Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:*

***1.1 Causal de rechazo expresa***

*De conformidad con lo señalado en el numeral 3.12 del Pliego de Condiciones, la ausencia de firma en la carta de presentación de la propuesta tiene como única consecuencia el rechazo de la propuesta:*

***“3.12. CAUSALES DE RECHAZO***

*Sin perjuicio de lo establecido por las leyes aplicables, **serán rechazadas** las propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva, **y además en los siguientes casos:***

*(...)*

*j) Cuando no se presente o no se suscriba la carta de presentación de la propuesta.”*

*Pese a lo anterior, en el Informe de evaluación de la oferta de esa unión temporal, aparece la siguiente alusión:*

*“La carta de presentación que acompaña a la oferta no se encuentra suscrita. No obstante lo anterior, mediante comunicación con número de radicado 2015-409-020287-2 del 10/04/2015, el proponente adjunta la carta de presentación de la oferta, debidamente suscrita y de acuerdo con el modelo publicado en el SECOP, la cual se tiene en cuenta en el proceso de evaluación.”*

*Ahora bien, la ANI no puede simplemente pasar por alto la omisión de un requisito, que constituye una causal de rechazo de acuerdo con el Pliego de Condiciones. El Pliego de Condiciones del proceso es obligatorio para la ANI. Éste corresponde a la Ley del proceso tanto para los participantes como para la entidad, quienes deben someterse enteramente a lo señalado en el mismo. Al respecto, abundante jurisprudencia del Concejo de Estado ha recalcado la obligatoriedad de los pliegos de condiciones, no sólo para los participantes de la licitación, sino para la entidad que los expide*

*Entre tales fallos, se destaca, el siguiente:*

*“Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.*

***No es procedente, por consiguiente, alterar o inaplicar las condiciones del pliego porque con ello se violan los referidos principios.”<sup>1</sup>***

*Asimismo, destaca lo señalado por esa corporación en el siguiente fallo:*

*“De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, **no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo,** pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.”<sup>2</sup>*

*En este caso, es evidente que en el Pliego de Condiciones se incluyó de manera expresa una consecuencia específica para el evento en que una propuesta fuera entregada sin que su carta de presentación estuviese firmada, siendo tal consecuencia el rechazo de la misma. Estando la ANI obligada por los pliegos, el único resultado admisible es el rechazo de la propuesta.*

*Modificar el Pliego de Condiciones no resulta posible en este momento del proceso, pues ello correspondería a una afrenta a lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 1510 de 2013, el cual dispone el plazo máximo en el que pueden expedirse adendas, el cual se encuentra – en todo caso – antes del*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Expediente 12.037 del 19 de julio de 2001. C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>2</sup> “...debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellas dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección”. Cfr. CONSEJO DE ESTADO, Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de 1999, Exp 12344, C.P. Daniel Suárez Hernández. Actor: GERMAN TORRES S.

*cierre del concurso de méritos.*

*Tampoco resulta procedente inaplicar – por supuesta ilegalidad- lo previsto en el literal “j” del numeral 3.12 de los pliegos. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han señalado de manera expresa que la excepción de ilegalidad no puede ser esgrimida por las entidades públicas como argumento para no aplicar un acto administrativo, pues dicha excepción sólo le compete al juez administrativo. Concretamente, la Corte hizo manifiesto en la Sentencia C-037 - 00 y el Consejo de Estado lo recogió en la sentencia de 12 de junio de 2104 (sic), expediente 21324, con ponencia de Enrique Gil Botero.*

*Como consecuencia de lo anterior, si la ANI considera que el literal “j” del numeral 3.12 del Pliego es en efecto ilegal, lo que procedería es que ella misma demande este acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.*

*Sin embargo, en nuestra opinión, ni el Pliego de Condiciones es ilegal, ni debe existir duda alguna en cuanto a su aplicación.*

*En efecto, es conocido que mediante la mencionada sentencia del Consejo de Estado del 12 de junio de 2014, se produjo un cambio en la jurisprudencia de la Corporación, en tanto ésta indica que a partir de la expedición del Decreto 1510 de 2013 sólo la ausencia de requisitos que otorguen puntaje pueden conducir al rechazo de la oferta y, por lo tanto, situaciones tales como la ausencia de firma de la carta de presentación de la propuesta son subsanables. Ahora bien, ello no afecta en absoluto lo dispuesto en los pliegos en este proceso, en tanto:*

*a) No corresponde a una sentencia de unificación de jurisprudencia que deba ser aplicada en los términos del artículo 10 del CPACA.*

*b) De hecho, durante el año 2014 se produjeron sentencias en sentido completamente contrario, tal como la sentencia de 29 de enero (expediente 30250).*

*c) La sentencia no contempla en ningún caso la posibilidad de que las entidades públicas inapliquen total o parcialmente sus pliegos de condiciones.*

*d) El numeral 6 del artículo 22 del Decreto 1510 de 2013 indica que en los pliego de condiciones pueden incluirse de manera objetiva las circunstancias que pueden dar un rechazo de la propuesta, las cuales por supuesto deben estar en armonía con la Ley. El no presentar firmada la carta de presentación puede ser uno de ellos, en tanto no se trata de una mera formalidad. Y así lo consideró la misma ANI al establecerla como una causal de rechazo de la oferta, adicional a aquellas que por su contenido, impidan la selección objetiva.*

*e) La existencia de la firma de la carta de presentación de la propuesta corresponde a un requisito de la esencia del mismo. Es efecto, dispone el artículo 845 del Código de Comercio que la oferta o propuesta “deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario”:*

*f) En tal sentido, ha indicado Colombia Compra Eficiente que:*

*“La oferta es el proyecto de negocio jurídico de carácter irrevocable formulada por una persona y comunicada a otra, y que contiene los elementos esenciales del negocio. La oferta presentada en un Proceso de Contratación debe contener la aceptación del pliego de condiciones, incluyendo*

*los factores de evaluación que permiten establecer el orden de elegibilidad de los oferentes.”<sup>3</sup>*

*En este caso, tratándose de un contrato estatal, la oferta debe constar por escrito (artículo 39, Ley 80 de 1993) y manifestar de manera inequívoca mediante su firma que su voluntad es la de obligarse en los términos señalados en los pliegos de condiciones y –en especial- en los del contrato que hace parte de los mismos (numeral 9, artículo 30 de la Ley 80).*

*Por lo tanto, su la oferta no está firmada, no cumple con los requisitos esenciales de la misma. La no firma de carta de presentación es exactamente lo mismo que no presentar propuesta, por lo que permitir subsanar es idéntico a permitir que una propuesta se presente después de vencido el término para el cierre. En consecuencia, los documentos presentados deben ser rechazados in limine.*

*De conformidad con lo anteriormente expuesto, comedidamente solicitamos modificar el informe de evaluación inicial y, aplicando el Pliego de Condiciones, rechazar la propuesta de la UT Banicol – Aertec.*

## **2. Estados Financieros Empresas Extranjeras**

*Solicitamos amablemente a la ANI requerir la presentación de los Estados Financieros de la Empresa Extranjera Aertec Ingeniería y Desarrollos S.L, miembro de la UT Banicol – Aertec, con la finalidad de corroborar que estén de conformidad con lo señalado en el numeral 4.13 del Pliego de Condiciones respecto Estados Financieros de Empresas Extranjeras, en el cual se aclara que “En el caso de empresas extanjeras, los estados financieros de los cuales se tome la información deberán estar preparados de conformidad con los estándares internacionales de reporte financiero – IFRS, y deberán encontrarse DEBIDAMENTE AUDITADOS Y DICTAMINADOS. También podrán, a opción de la empresa extranjera, tomar la información de los estados financieros preparados bajo los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia –COLGAAP-, caso en el cual la información contable que se obtenga de los mismos deberá presentarse debidamente certificada por Contador Público Colombiano o de acuerdo con lo establecido en el Artículo 18 del Decreto 791 de 2014, si aplica.” Lo anterior, por cuanto los documentos que se encuentran en la propuesta de esa UT no se encuentran auditados.*

## **3. Contrato de orden 1. Aeropuerto de Huelva**

### **3.1. Valor del IVA**

*De acuerdo con lo señalado en los formatos 5 y 6 de la propuesta presentada por la UT Aertec – Banicol, el valor en pesos colombianos del contrato correspondiente al Aeropuerto de Huelva corresponde a la suma de \$1.504.329.499.80. Por su parte, la certificación que obra a folio 115, indica que el valor de dicho contrato equivale a la suma de €442,839, respecto de lo cual ha de asumirse que el IVA se encuentra incluido.*

*Aunque las dos sumas referidas en el párrafo anterior deberían resultar coincidentes, en tanto deberían corresponder a la misma suma expresada en pesos colombianos o en euros, ello no es así. En efecto, tal como se muestra en la siguiente tabla, pese a que la certificación no hace alusión alguna al IVA, la UT Aertec – Banicol optó por añadir un 16% al valor certificado por la Diputación de Huelva, para efectos de calcular el valor en pesos colombianos:*

---

<sup>3</sup> Ver Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014.

Valor Certificado Diputación de Huelva	€	442,839
IVA 16%	€	70,854
Total Valor en Euros	€	513,693
Fecha de Inicio		31/01/07
Tasa € a USD a fecha de Inicio		1.29594
Tasa USD a COP a fecha de inicio		2,259.72
Total valor en COP		\$ 1,504,330,895.05
Participación de AERTEC		80%
Total valor acreditado por Aertec		\$ 1,203,464,716.04

Como puede advertirse, pese a que la certificación aportada por la UT Aertec – Banicol indica que la totalidad del importe de la consultoría fue de €442,839, al momento del diligenciamiento de los formularios el proponente simplemente añadió un 16% más sobre la base certificada. Este procedimiento no resulta admisible, en tanto la certificación es clara en cuanto al valor total de la consultoría.

Este asunto es particularmente relevante pues, de estar incluido el IVA en el valor total certificado por la diputación de Huelva, como evidentemente lo está, el monto total de la experiencia acreditada por esta UT no alcanzaría el monto mínimo exigido por los pliegos de condiciones, esto es 1.5 veces el presupuesto oficial, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Valor Certificado Diputación de Huelva	€	442.839,00
IVA 16%		0%
Total Valor en Euros	€	442.839,00
Fecha de Inicio		31/01/2007
Tasa € a USD a fecha de Inicio		1,29594
Tasa USD a COP (TRM) a fecha de inicio		2.259,72
Total valor en COP	\$	1.296.836.978,49
Participación de AERTEC		80%
Total Valor acreditado por Aertec (1)	\$	1.037.469.582,80

Contrato CODAD (2)	\$	46.400.000,00
Contrato Ferrovial (Madrid) (3)	\$	228.489.810,36

Total Experiencia UT (1)+(2)+(3)	\$	1.312.359.393,16
Valor del Presupuesto Oficial	\$	909.904.000,00
Valor Mínimo (150% Presupuesto Oficial)	\$	1.364.856.000,00
Diferencia	-\$	52.496.606,84

Como consecuencia de lo anterior, y sin perjuicio de lo señalado en los numerales subsiguientes,

*comedidamente solicitamos a la ANI modificar su informe de evaluación , tomando como valor base para el cálculo del valor en pesos de los contratos acreditados para efectos de la experiencia general y específica únicamente el valor contenido en las certificaciones, sin añadir otro valor por concepto de un IVA que ya se encuentra en el valor total acreditado.*

*En el caso en que, pese a la claridad de la certificación, Aerocivil optara por solicitar una aclaración sobre este punto a la UT Aertec – Banicol, solicitamos que en la misma se le requiera que, en el caso en que el valor del IVA no estuviere incluido en el monto certificado, se discrimine la base imponible, la tasa aplicable y el IVA causado, toda vez que en el año 2010 la tasa del IVA en España aumentó del 16% al 18%. Puesto que una parte de la facturación de esta consultoría se habría producido entre 2010 y 2013, resulta evidente que el dato exacto del IVA generado en este caso no puede ser equivalente al 16% del valor certificado, lo que llevaría a concluir que aún en este caso Aertec habría presentado información inexacta.*

### **3.2. Inconsistencia en la identificación de la entidad contratante**

*Según el formato 5, el contratante de la consultoría que se pretende acreditar como contrato de orden 1 sería la Diputación de Huelva. Sin embargo, la certificación que obra a folios 115 y siguientes del Sobre 1 de la propuesta de la UT Banicol – Aertec es emitida por la Sociedad Aeropuerto Cristobal Colón S.A.*

*En tal sentido, es necesario tener en cuenta que de conformidad con el literal f del numeral 3.12 del Pliego de Condiciones, se rechazarán las propuestas “F) Cuando en la propuesta se encuentre información inconsistente o documentos que contengan datos alterados o que contengan errores, cuando quiera que ellos impidan la selección objetiva.”*

### **3.3. Inexistencia de Referencias al Hinterland y alcance del contrato**

*A las observaciones anteriores, se suma el hecho de que en la pretendida certificación que aquí se comenta, no figura entre las actividades alcance del contrato, la evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland exigida para la experiencia específica en el numeral 5.2.2. del Pliego de Condiciones, razón por la cual el informe de evaluación definitivo debe indicar que la propuesta de la UT Aertec – Banicol no ha dado cumplimiento ha (sic) dicho requisito.*

*Además de la ausencia total de referencias al hinterland en la certificación aportada, debe tenerse en cuenta que en los más de siete años que, de acuerdo con dicho documento duró la ejecución del contrato, el aeropuerto Cristobal Colón no había definido su ubicación, lo cual hace imposible que como parte de esta consultoría se hubiera efectuado el “desarrollo de soluciones en el hinterland”, tal como lo exigen los pliegos de condiciones.*

*En efecto, el 30 de junio de 2014, un año después de terminado el contrato con Aertec, D. Ignacio Caraballo Romero, Presidente de la Diputación de Huelva, escribía a Dña. Ana Pastor Julián, Ministra de Fomento de España, solicitándole que dicha administración adoptara una decisión definitiva respecto de la posible ubicación del Aeropuerto Cristobal Colón de Huelva, tal como consta en la referida comunicación que se presenta como Anexo A.*

*Sobra decir que el desarrollo de soluciones para los predios colindantes del aeropuerto resulta imposible, cuando no existe una decisión respecto de dónde se va a ubicar el aeropuerto, por lo cual, el informe de*

*evaluación definitivo debe indicar que la propuesta de la UT Aertec – Banicol no ha dado cumplimiento ha (sic) dicho requisito.*

### **3.4. Posible existencia de varios contratos**

*Finalmente, sin perjuicio de lo señalado previamente, llama la atención que de acuerdo con el documento aportado por Aertec, esta empresa habría suscrito un único contrato para la realización del “Plan Maestro del Aeropuerto Cristobal Colón de Huelva”.*

*Sin embargo, múltiples notas de prensa evidencian que el 31 de enero de 2007 Aertec fue contratado para realizar el estudio de viabilidad de esta infraestructura, lo cual aparece como la primera actividad de la certificación. En efecto, en EL Economista<sup>4</sup> se publicó una notaal respecto en la fecha antes señalada, en la cual se indica que se esperaban los resultados del mismo tan sólo seis meses después, y no siete años más tarde. Por demás, otras publicaciones<sup>5</sup> indican que el importe de dicho contrato fue de alrededor de €180,000 y no de más de €440,000 como se indica en la certificación.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo inusual que puede llegar a ser un contrato para la elaboración de un plan maestro con una duración de siete años, se solicita a la ANI solicite a Aertec aclarar si el valor indicado en el Formato 5 corresponde a un único contrato, o a diferentes relaciones contractuales.*

### **4. Contrato de orden 2. Madrid Barajas**

*La Unión Temporal Banicol – Aertec pretende acreditar “la asesoría técnico comercial para la concesión de los servicios aeroportuarios del aeropuerto Madrid \_ Barajas” como una consultoría en un proyecto de infraestructura aeroportuaria para un aeropuerto existente con más de 20 millones de pasajeros.*

*Al respecto, debemos iniciar por señalar que para nadie es un secreto que Ferrovial Aeropuertos – entidad que emite la certificación presentada- no es el concesionario del Aeropuerto Madrid – Barajas y, por lo tanto, resulta insólito que pretenda acreditarse experiencia en el Aeropuerto de Madrid, mediante una consultoría realizada para una entidad que nada tiene que ver con dicho aeropuerto.*

*Por las fechas en las cuales se realizó la consultoría por parte de Aertec, esto es de junio a noviembre de 2011, resulta evidente que esta consultoría se refirió a la licitación del 90.5% del capital accionario de la sociedad concesionaria de los aeropuertos de Madrid, la cual fue creada de manera específica para el desarrollo de un proceso de privatización, tal como se evidencia en el Anexo B de esta comunicación que corresponde a la presentación de dicho proceso de selección. En efecto, tal como se muestra en el Anexo C de esta comunicación, dicho proceso se inició formalmente en julio de 2011 – pese a que el gobierno había hecho anuncios del mismo meses atrás- y fue cancelado definitivamente en enero de 2012, luego de ser suspendido en octubre de 2011<sup>6</sup>.*

*Como puede advertirse, dicho proceso no se refirió a la concesión de las infraestructuras (estas fueron concesionadas a una sociedad pública al inicio del proceso), ni de los servicios aeroportuarios como se indica en la certificación, sino a la licitación del derecho a capitalizar la sociedad concesionaria, para*

<sup>4</sup> <http://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/141493/01/07/Firman-contrato-para-realizar-definitivo-estudio-viabilidad-aeropuerto-Huelva.html>

<sup>5</sup> <http://huelvinformacion.es/article/huelva/752043/pp/adelanta/fomento/preve/ubicar/aeropuerto/cartaya.html>

<sup>6</sup> <http://www.rtve.es/noticias/20120123/fomento-cancela-privatizacion-aena-desfavorables-condiciones-mercados/491907.shtml>

conducir a su privatización y por tanto este proyecto – en todo caso nunca realizado- no puede ser considerado como un proyecto de infraestructura.

En síntesis, puede afirmarse que el proyecto presentado por la UT Banicol – Aerotec correspondió al análisis de una transacción que nunca se realizó, para una entidad que no tiene ni ha tenido relación alguna con el Aeropuerto de Madrid, la cual no consistía en un proyecto de infraestructura, sino en la capitalización de una empresa.

Como consecuencia de lo anterior, comedidamente solicitamos que el contrato de orden 2 no sea considerado como admisible para la acreditación de experiencia específica, de conformidad con lo previsto en el Pliego de Condiciones.

## 5. Contrato de orden 3. Adición Segunda Pista El Dorado

### 5.1. Inexistencia del contrato en el RUP

El contrato de orden 3, que pretende acreditar la UT Aerotec – Banicol, no puede ser tomado en cuenta por la ANI, en tanto no figura en el RUP presentado por Banicol a folio 85 y siguientes de su propuesta.

Lo anterior, por cuanto, de conformidad con el Pliego de Condiciones, para los proponentes obligados a inscribirse en el RUP – como es el caso de Banicol- la única información válida para acreditar la experiencia es aquella certificada y que conste en el RUP. En efecto, señala el numeral 4.2 del Pliego:

**“Únicamente se considerarán hábiles aquellos proponentes que acrediten el cumplimiento de la totalidad de los requisitos habilitantes según lo señalado en el Pliego de Condiciones, teniendo en cuenta para el efecto las condiciones exigidas dependiendo de si el Proponente se encuentra o no obligado a estar inscrito en el RUP.**

Cada proponente singular y cada integrante de estructura plural, acreditará los requisitos habilitantes en los términos dispuestos en el Pliego de Condiciones, quienes deberán acompañar sus propuestas con el certificado RUP o el Formato 2 (y los documentos que soporten la información contenida en el Formato 2), según corresponda.

(...)

Para efectos de acreditar cada uno de los requisitos habilitantes **se resalta que la única información, valores y experiencia que se tendrá como válida será la relacionada directamente con actividades como Consultor en Negocios de Aviación, que estén certificadas y que conste en el RUP,** o las que en virtud de la expedición del Decreto 1510 de 2013 deban ser verificadas por la Agencia, de igual manera los proponentes extranjeros que no se encuentren obligados a inscribirse en el RUP, únicamente podrán acreditar los requisitos habilitantes a través de información, valores y experiencia directamente relacionada con actividades como Consultor en Negocios de Aviación. **La información adicional, relacionada con la experiencia general requerida por la entidad en el presente Pliego, que no conste en el RUP, podrá ser verificada por la Agencia de acuerdo con lo previsto en el presente documento.** (Subrayado al transcribir)

Tal como puede concluirse del aparte citado, las sociedades colombianas y extranjeras con obligación de inscribirse en el RUP debían acreditar todos sus requisitos habilitantes – entre ellos la experiencia

general- mediante la certificación del RUP, sin perjuicio de que la información adicional que no conste en dicho certificado pudiera ser acreditada mediante los medios adicionales que al efecto prevén los pliegos. Como consecuencia de lo anterior, aquella experiencia no registrada en el RUP, no puede ser tomada en cuenta por la entidad.

Esta misma previsión aparece reiterada de manera particular para la experiencia general, tal como lo indica el numeral 4.15 de los Pliegos:

**“La experiencia general definida en el presente numeral, se acreditará mediante el diligenciamiento del Formato 5, es necesario que los contratos ejecutados indicados en el Formato 5 se encuentren inscritos en el RUP y clasificados en cualquiera de los códigos relacionados con el objeto del contrato que se encuentran descritos en el numeral 4.7 del presente Pliego de Condiciones.”**

El Formato 5 deberá estar acompañado de cualquiera de los documentos que se listan a continuación, los cuales deberán contener como mínimo la siguiente información: (i) nombre del contratista y de sus miembros, junto con la discriminación de la participación de cada miembro en la estructura plural anterior; (ii) objeto y/o alcance del contrato; (iii) fecha de inicio; (iv) fecha de terminación y/o de liquidación; (v) valor total cancelado del contrato (incluido IVA y sus reformas si aplica); (vi) obligaciones y/o funciones ejecutadas.

**La verificación de dicha información, se efectuará a través del RUP, cuando los proponentes estén obligados a inscribirse en el mismo, el certificado RUP debe estar vigente y en firme a la fecha de cierre de conformidad con lo dispuesto en el presente Pliego de Condiciones.**

No obstante lo anterior, los proponentes que no se encuentren obligados a inscribirse en el RUP y los proponentes obligados podrán acreditar la información exigida que no conste en el RUP, en cualquiera de los siguientes documentos, como mínimo o en una combinación de los mismos (...)  
(Subrayado al transcribir)

Puesto que no existe referencia alguna al contrato celebrado entre Banicol y CODAD en el RUP de la primera entidad, se solicita a la ANI indicar en el informe de evaluación definitivo que Banicol no ha acreditado el contrato exigido en el Pliego de Condiciones como experiencia habilitante y, rechazar por ello, dicha propuesta.

## **5.2. Inconsistencia de la certificación**

Sin perjuicio de que, según se evidenció en la observación anterior, la certificación aportada a folios 0118 y 0119 de la propuesta no resulta admisible, de acuerdo con las reglas de los numerales 4.2 y 4.15 del Pliego de Condiciones, debe llamarse la atención de la Entidad, respecto de la inconsistencia que el mismo documento evidencia, en tanto indica como fecha de admisión “Marzo 27 de 2015” y pretende acreditar que la asesoría se ejecutó del “7 de Mayo de 2014 al 6 de Abril de 2015”. Se pretende así certificar un hecho futuro y desconocido a la fecha en que se emite la certificación, lo cual resulta a todas luces imposible.

Además de resultar inconsistente, lo anterior evidencia que la experiencia que se pretende acreditar no cumple con lo exigido en el literal a) del numeral 4.2 del Pliego de Condiciones, que admite sólo contratos ejecutados o contratos terminados.

Por las razones anteriores, se solicita a la ANI indicar en el informe de evaluación definitivo que el contrato de orden 3 no cumple con lo exigido en el Pliego de Condiciones y, en consecuencia, el proponente no se encuentra habilitado.

## **II. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II (remitidas al correo electrónico del proceso el día 16 de abril de 2015).**

### **“I. A LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II (PROPONENTE 2)**

#### *1. Al Informe de Evaluación Preliminar Consolidado.*

1.1. Indica el Informe de Evaluación Preliminar Consolidado que “El proponente debe subsanar los siguientes requisitos técnicos habilitantes:// En relación con el contrato de orden 2, presentado como experiencia general por el Integrante AERTEC INGENIERÍA Y DESARROLLOS S.L., debe subsanar lo siguiente: NO SE EVIDENCIA EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN LA DOCUMENTACIÓN SOPORTE DEL CONTRATO, POR LO CUAL SE SOLICITA QUE SE SUBSANE ESTA CARENCIA DE INFORMACIÓN CONFORME A LO INDICADO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES”

Al respecto, de acuerdo con la información consignada en la Propuesta (Cf. Formato 5 Experiencia General, folio 114 del Sobre 1), el contrato de Orden 2 corresponde a aquel suscrito entre el miembro de la Unión Temporal Aertec Ingeniería y Desarrollos S.L. (en adelante Aertec) y Ferrovial Aeropuertos y que tiene por objeto prestar “Servicios de Asesoría Técnico – Comercial para el proceso de licitación de la concesión de Servicios Aeroportuarios del Aeropuerto de Madrid Barajas”.

A efecto de subsanar la observación elevada por la ANI remitimos certificado emitido por el contratista en el que señala de forma expresa que el “conjunto de trabajos del proyecto fueron realizados al 100% por AERTEC Ingeniería y Desarrollos, S.L.”

Respecto de las formalidades del documento, al ser éste uno otorgado en el exterior, y en estricta concordancia con el numeral 3.16 del Pliego de Condiciones, remitimos la certificación debidamente legalizada con la respectiva apostilla (Ver Anexo 1).

1.2. Indica el Informe de Evaluación Preliminar Consolidado que “Factores de Ponderación:// El proponente debe aclarar los siguientes aspectos relativos a los contratos aportados como experiencia específica:// En relación con el contrato de orden 1, presentado como experiencia específica por el Integrante AERTEC INGENIERÍA Y DESARROLLOS S.L., debe aclarar lo siguiente: EL VALOR DEL CONTRATO REGISTRADO EN EL FORMATO No. 6, NO CORRESPONDE CON LOS VALORES QUE APARECEN EN LAS CERTIFICACIONES PRESENTADAS. SE SOLICITA QUE SE ACLARE ESTE ASPECTO.”

Al respecto, de acuerdo con la información consignada en la Propuesta (Cf. Formato 6 Experiencia

Específica, folio 2 del Sobre 1-A), el contrato de Orden 1 corresponde a aquel suscrito entre el miembro de la unión temporal Aertec y Ferrovial Aeropuertos y que tiene por objeto prestar “Servicios de Asesoría Técnico – Comercial para el proceso de licitación de la concesión de Servicios Aeroportuarios del Aeropuerto de Madrid Barajas”.

Según la certificación remitida para acreditar tal contrato y que se encuentra consignada en el folio 118 del Sobre 1, “el importe total del contrato es de: 76.206,50 Euros (IVA excluido)”.

Ahora bien, el Pliego de Condiciones señala en sus numerales 4.15 – Experiencia General y 5.2 Experiencia Específica que “(...) Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, **se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos** – o el impuesto de valor agregado del país en el que se haya contratado y ejecutado en el contrato, si lo hubiere (...)”. (Resaltado fuera de texto)

En concordancia, la metodología utilizada para llegar al valor del contrato en pesos, señalado en el Formato 6 y que además también fue remitida dentro de la propuesta (Cf. Folio 3 del Sobre 1-A) fue:

Cálculo valor de los contratos	MADRID BARAJAS <sup>A</sup>	OBSERVACIONES DEL PLIEGO DE CONDICIONES
Fecha de inicio	1/06/11	
Fecha finalización	3/11/11	
Valor contrato según Certificación	76.206,50	
IVA	16,00%	Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos (Cf. pags 51 y 61 de los pliegos)
Valor contrato en Euros	88.399,54	Valor del contrato con IVA
Tasa EURO a USD (fecha ini)	1,438	Tasa de cambio Euro - USD el 1o de junio de 2011 según <a href="http://www.aonda.com">www.aonda.com</a> , en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos
Valor contrato en USD	127.092	
TIRM (fecha ini)	1.797,83	Tasa de cambio USD - Peso del 1o de junio de 2011 según Banco de la República, en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos
Valor contrato consultoría COP	228.489.810	Valor registrado en el formato 6 como Valor TOTAL del contrato, definido en la nota (2) como “Valor total cancelado del contrato (incluido IVA y sus reformas si aplica)”
Participación	100%	
Valor contrato consultoría COP/AERT	228.489.810	
SMMLV (fecha ini)	535.600	Valor del SMMLV del 2011 según Anexo 10 Histórico SMMLV
Valor contrato en SMMLV	426.611	
Valor en SMMLV/PDE	30.21%	

En el Anexo 2 se encuentran las Tasas de Cambio usadas para realizar el cálculo precedente y que tienen como fuente las exigidas por el Pliego de Condiciones (Euro – Dólar según [www.aonda.com](http://www.aonda.com) y Dólar – Peso según el Banco de la República).

1.3. Indica el Informe de Evaluación Preliminar Consolidado que “Factores de Ponderación:// El proponente debe aclarar los siguientes aspectos relativos a los contratos aportados como experiencia específica:// En relación con el contrato de orden 2, presentado como experiencia específica por el Integrante AERTEC INGENIERÍA Y DESARROLLOS S.L., debe aclarar lo siguiente: EL VALOR DEL CONTRATO REGISTRADO EN EL FORMATO No. 6 NO CORRESPONDE CON LOS VALORES QUE APARECEN EN LAS CERTIFICACIONES PRESENTADAS. SE SOLICITA QUE SE ACLARE ESTE ASPECTO”.

Al respecto, de acuerdo con la información consignada en la Propuesta (Cf. Formato 6 Experiencia Específica, folio 2 del Sobre 1-A), el contrato de Orden 2 corresponde a aquel suscrito entre el miembro de la unión Temporal, Aertec y la Diputación Regional de Huelva y que tiene por objeto la realización del “Plan maestro del Aeropuerto Cristóbal Colón de Huelva”.

Según la certificación remitida para acreditar tal contrato y que se encuentra consignada en los folios 115 al 117 del Sobre 1, “el importe de la consultoría, desarrollada entre el 31 de enero de 2007 y el 15 de abril de 2013, asciende a 442.839 euros (...)”

Ahora bien, el Pliego de Condiciones señala en sus numerales 4.15 – Experiencia General y 5.2 – Experiencia Específica que “(...) Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, **se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos** – o el impuesto de valor agregado del país en el que se haya contratado y ejecutado el contrato, si lo hubiere (...).” (Resaltado fuera de texto)

En concordancia, la metodología utilizada para llegar al valor del contrato en pesos, señalado en el Formato 6 y que además también fue remitida dentro de la propuesta (Cf. Folio 3 del Sobre 1-A) fue:

AEROPUERTO CRISTOBAL COLÓN	
Cálculo valor de los contratos	
Fecha de inicio	31/01/07
Fecha finalización	15/04/13
Valor contrato según Certificación	442.839,00
IVA	26,00% Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos (Cf. págs 51 y 63 de los pliegos)
Valor contrato en Euros	513.693 Valor del contrato con IVA
Tasa EURO a USD (fecha ini)	1,296 Tasa de cambio Euro - USD el 31 de enero de 2007 según <a href="http://www.aonda.com">www.aonda.com</a> , en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos
Valor contrato en USD	665.715
TRM (fecha ini)	2.259,72 Tasa de cambio USD - Peso del 31 de enero de 2007 según Banco de la República, en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos
Valor contrato consultoría COP	1.504.329.500 Valor registrado en el formato 6 como Valor TOTAL del contrato, definido en la nota [2] como “Valor total cancelado del contrato (Incluido IVA y sus reformas si aplica)”
Participación	80,00%
Valor contrato consultoría COP HABIT	1.203.463.600
SMMLV (fecha ini)	433.700 Valor del SMMLV del 2007 según Anexo 10 Histórico SMMLV
Valor contrato en SMMLV	2.774,88
Valor en SMMLV/POE	296.50%

En el Anexo 3 se encuentran las Tasas de Cambio usadas para realizar el cálculo precedente y que tienen como fuente las exigidas por el Pliego de Condiciones (Euro – Dólar según [www.aonda.com](http://www.aonda.com) y Dólar – Peso según Banco de la República).

Ahora bien, si en gracia de discusión y respecto de ésta última cifra la entidad quisiera validar su valor sin incluir IVA, amablemente se informa que aún en tal escenario el valor acreditado superaría lo exigido por el pliego de condiciones, particularmente lo señalado en el literal c) de las notas del numeral 5.2 que señala que:

“c) La sumatoria de los valores de los contratos aportados como experiencia específica deberán corresponder **como mínimo al 150% del valor del presupuesto oficial** de este proceso expresado en SMMLV. El valor total del contrato incluye impuestos y comisión de éxito si la hubo”.

En efecto, el cálculo del valor del contrato a que se refiere esta respuesta, sin tener en cuenta el IVA sería el que se señala a continuación, con lo cual, aún en ese escenario se cumple con lo señalado en el literal c anterior:

AEROPUERTO		
COSTOBAL COCÓN		
Cálculo valor de los contratos		
Fecha de inicio	31/01/07	
Fecha finalización	15/04/13	
Valor contrato según Certificación	442.839,00	
IVA	0,00%	Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente manual, se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos (OF. págs 51 y 61 de los pliegos)
Valor contrato en Euros	442.839	Valor del contrato con IVA
Tasa EURO a USD (Fecha In)	1,296	Tasa de cambio Euro - USD el 31 de enero de 2007 según <a href="http://www.aonda.com">www.aonda.com</a> , en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos
Valor contrato en USD	573.892	
TBM (Fecha In)	2.258,72	
Valor contrato consultoría COP	1.296.835.776	
Participación	80,00%	
Valor contrato consultoría COP MAENT	1.037.468.621	
SMMMLV (Fecha In)	435.100	
Valor contrato en SMMMLV	2.592,53	
Valor en SMMMLV/DI	169,42%	ALUN ASI CUMPLE CON LO SEÑALADO EN EL LITERAL C DEL NUMERAL 5.2

## 2. Al Informe de Evaluación Preliminar Apoyo Industria Nacional

La entidad no eleva observaciones al respecto.

## 3. A la Matriz de Evaluación Preliminar Técnica

3.1. En la pestaña “Experiencia General”, celda R26 se indica que “NO SE EVIDENCIA EL PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN LA DOCUMENTACIÓN SOPORTE DEL CONTRATO, POR LO CUAL SE SOLICITA QUE SE ACLARE ESTA CARENCIA DE INFORMACIÓN CONFORME A LO INDICADO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES”.

A efecto y tal como se menciona en el numeral 1.1. de este escrito, a fin de subsanar la observación remitimos certificación que aclara la duda allí indicada.

3.2. En la pestaña “Experiencia Específica”, celdas X27 y X28 se indica que “EL VALOR DEL CONTRATO REGISTRADO EN EL FORMATO No. 6, NO CORRESPONDE CON LOS VALORES QUE APARECEN EN LAS CERTIFICACIONES PRESENTADAS. SE SOLICITA QUE SE ACLARE ESTE ASPECTO”.

Al respecto y según lo indicado en los numerales 1.2. y 1.3 de esta comunicación hemos remitido la metodología de cálculo para cada uno de los contratos así como las fuentes de las tasas de cambio usadas de Euro a Dólar (fuente [www.aonda.com](http://www.aonda.com) según pliego de condiciones) y las tasas de cambio Dólar – Peso (fuente Banco de la República), ambas para la fecha de inicio del contrato, tal como lo exigen los Pliegos de Condiciones y el respectivo Formato 6 (Anexos 2 y 3).

Ahora bien, respetuosamente solicitamos a la Entidad revisar los cálculos que se indican hoy en la pestaña “Experiencia Específica” de la “Matriz Evaluación Preliminar Técnica”, lo anterior porque por ejemplo para el caso particular del Contrato de Orden 1 acreditado (ubicado en la fila 27 de dicha pestaña) al hacer la división entre el “valor TOTAL del Contrato por participación (Bas+Ajs+IVA) para Evaluación (\$)” [celda S27] y “Valor TOTAL del Contrato por participación (Bas+Ajs+IVA) para Evaluación” [celda T27], no se obtiene, como se supondría, el valor del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente del año del inicio del contrato, es decir del 2007.

En efecto, al hacer la operación señalada en el archivo el resultado es el siguiente:

$$\frac{\text{COP\$1.481.530.000}}{2.732,82 \text{ (SMMLV)}} = \text{COP\$542.125}$$

Como se concluye del Anexo 10 (Histórico Salario Mínimo), el resultado de la operación anterior no corresponde al SMML vigente para el año 2007.

En contraposición si se realiza la misma operación pero para el Contrato de Orden 2 se obtiene como resultado el SMML vigente para el año 2011, año de inicio del contrato, así:

$$\frac{\text{COP\$226.463.000}}{422,82 \text{ (SMMLV)}} = \text{COP\$535.600}$$

Por lo anterior, agradecemos revisar el cálculo indicado.

#### 4. A la Matriz de Evaluación Preliminar Jurídica

No se eleva observación, salvo la ya subsanada mediante comunicación del pasado 10 de abril que se encuentra publicada en el SECOP.

#### 5. A la Matriz de Evaluación Preliminar Jurídica

La Entidad no eleva observaciones al respecto.

## II. A LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO

### A. Respecto la Experiencia Específica Acreditada

a. De acuerdo con el Formato 6 remitido por el proponente (Folio 3 del Sobre 1-A) el certificado correspondiente al contrato celebrado con Generalitat de Catalunya (Contrato orden 1) corresponde a la experiencia específica a acreditar identificada en los pliegos con el numeral 5.2.1, la cual corresponde a: **“Al menos uno de los contratos deberá tener como objeto o alcance la consultoría en un proyecto de infraestructura aeroportuaria nueva, **Proyectos “Green Field”, para un tráfico anual de pasajeros proyectado no menor a 10 millones** o deberá tener como objeto o alcance **la consultoría en proyectos de infraestructura aeroportuaria, para un tráfico anual de pasajeros movilizados no menor a 20 millones, en los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre de este proceso de selección**”** (Resaltado fuera de texto)

Al respecto, en el formato aludido no se especifican los requerimientos propios de tal credencia es decir el espacio del Formato 6 correspondientes a “Es proyecto Green Field con tráfico proyectado de 10 millones de PAX”, ha sido dejado en blanco. De la misma forma el espacio del Formato 6 correspondiente a “Número de pasajeros movilizados en 2012, para proyecto de Infraestructura Aeroportuaria”, también ha sido dejado en blanco.

Por el contrario, ha sido marcado con X el espacio correspondiente a “Es un contrato de evaluación de

los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland” que en cambio corresponde a la experiencia identificada en el numeral 5.2.2 de los pliegos.

Lo anterior se traduce en que, de acuerdo con lo consignado en el Formato 6, los Contratos de orden 1 y 3, acreditan la misma experiencia, es decir la señalada en el pliego de condiciones como 5.2.2, pues de hecho para el Contrato de Orden 3 (suscrito con Aerocivil), se señala que la acreditación corresponde a la señalada en el numeral 5.2.2 del pliego y, al igual que el contrato anterior, ha sido marcado con X el espacio correspondiente a “Es un contrato de evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland”.

Amablemente solicitamos verificar tal situación porque de encontrarse que los Contratos de Orden 1 y 3 corresponden ambos a “(...) contrato de evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland”, como en efecto ha sido señalado, no se estaría acreditando la experiencia del numeral 5.2.1, requisito obligatorio según los propios numerales 5.2.1 y 5.2.3 al señalar que es obligatorio acreditar “Al menos uno de los contratos” con las características que cada numeral señala.

Ahora bien, en gracia de discusión, aún si el Contrato de Orden 1 versara sobre lo indicado en el numeral 5.2.1, de la documentación radicada no se infiere que el Aeropuerto de Lleida – Alguaire cuente con un tráfico anual de pasajeros proyectado no menor a 10 millones o que el tráfico anual de pasajeros movilizados sea superior a 20 millones en los últimos cinco años.”

## II. RÉPLICA PRESENTADA POR ESTRUCTURA PLURAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II (Remitidas al correo electrónico del proceso el día 21 de abril de 2015):

### “Al punto 1. “Ausencia de Firma en la Carta de Presentación de la Propuesta”

Señala el Proponente 1 que “Solicitamos a la ANI rechazar la propuesta de la Unión Temporal Integración Dorado I y Proyecto Dorado II (en adelante “UT Banicol – Aertec), por no haber firmado la carta de presentación de la propuesta contenida en la documentación presentada el 6 de abril de 2015 (...)”

Respecto de la observación presentada por el Proponente 1, es necesario advertir varios asuntos:

1. En primer lugar es preciso señalar que es en virtud de lo estipulado en la Ley 1150 de 2007 – y no de una jurisprudencia- que **“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.** En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta **que no afecten la asignación de puntaje**, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización”.

En consecuencia no es cierto como lo afirma el Proponente 1 que **“mediante la mencionada sentencia** del Consejo de Estado de 12 de junio de 2014 se produjo un cambio en la jurisprudencia de la Corporación, en tanto ésta indica que a partir de la expedición del Decreto 1510 sólo la ausencia de requisitos que otorguen puntajes pueden conducir al rechazo de la oferta, y por tanto son subsanables”. Esto es, tal como se desprende de la literalidad **de la norma transcrita**, todos aquellos requisitos de la

propuesta **que no afecten la asignación de puntaje**, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.

2. Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de lo estipulado en la Constitución Política de Colombia, la jurisprudencia es una fuente auxiliar del derecho. Al respecto señala el artículo 230 que:

“Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

En virtud de lo anterior, no es cierto lo que afirma el Proponente 1 en cuanto a que dado que “no corresponde a una sentencia de unificación” la sentencia no deba ser aplicada. Al respecto, la jurisprudencia ha sido clara al señalar que:

“Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, **las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional**. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho – art. 1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución – art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución – art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad – art-29 CP; del derecho a la igualdad – art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas – art- 83 CP-; de los principios de la función administrativa – art- 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política (...)

Las autoridades administrativas **deben necesariamente respetar y aplicar el precedente judicial, especialmente el constitucional y si pretenden apartarse del precedente deben justificar con argumentos contundentes las razones por las cuales no siguen la posición del máximo intérprete**, especialmente el máximo intérprete de la Constitución.”

Por tanto, pese a que la jurisprudencia, en principio, no constituye fuente formal del derecho, sí es un criterio que las autoridades deben aplicar, o justificar las razones por las cuales se apartan del precedente creado. En consecuencia, la sentencia del Consejo de Estado de 12 de junio de 2014, debe ser aplicada por la Agencia Nacional de Infraestructura.

3. De otro lado sobre la inaplicación de las disposiciones de un Pliego de Condiciones que contravengan la ley, el Consejo de Estado ha señalado que “(...) aunque la Constitución no la contemple expresamente resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución (...)

*La inaplicación, concretamente de las disposiciones del pliego de condiciones, encuentra sustento, además, en la ley 80 de 1.993, la cual en el inciso segundo del literal f. del numeral 5 del art. 24, sanciona con la ineficacia, de pleno derecho, las estipulaciones de los pliegos de condiciones o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en ese numeral.<sup>7,8</sup>*

*Por ende, resulta apenas natural y obvio que el pliego de condiciones al contradecir el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según ha sido expresamente señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, debe ser inaplicado.*

*4. Por último, se equivoca el proponente al tratar de darle a la carta de presentación de la propuesta el carácter de requisito ad substantiam actus, pues la voluntad de participar en un proceso de selección por parte de la Unión Temporal es inequívoca e irrevocable según se desprende de la garantía de seriedad del ofrecimiento. Tan es así, que en el evento en que se modificaran los porcentajes de participación de los integrantes de la unión temporal, por ejemplo, la Entidad Pública podría reclamar la garantía de seriedad.*

*A su vez, la propuesta de la Unión Temporal contiene todos los elementos esenciales del negocio jurídico exigidos por el pliego de condiciones para la suscripción de la futura contratación. En efecto el código de comercio señala en su artículo 845 que:*

*“La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”*

*Por otra parte, el artículo 860 del Código de Comercio dispone lo siguiente:*

*“En todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postopr, se desecharán las demás”*

*De lo anterior es posible colegir que, en el marco de las licitaciones públicas, las propuestas implican la celebración de un negocio jurídico sujeto a una condición suspensiva, esto es, a un hecho futuro e incierto del cual pende su nacimiento. En tales supuestos, la condición consiste en que, a la entidad que concurriría a suscribir el contrato estatal, no se le haya presentado una mejor oferta. Lo anterior se debe a que cada una de los ofrecimientos presentados por un proponente en el marco de un proceso licitatorio tienen la misma naturaleza y sólo uno de ellos tendrá la virtualidad de hacer surgir un contrato, esto es el que presente la mejor oferta, o en términos del principio de selección objetiva la más favorable a las necesidades de la entidad y a los fines perseguidos por el contrato estatal.*

*En consecuencia, el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, citado por el proponente en sus observaciones, en virtud del cual “[l]os contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito (...), sólo resulta aplicable a los contratos como requisito de su perfeccionamiento, mas no a proyectos de negocio jurídico tales como la propuesta. Ello quiere decir que , en tanto la propuesta es un contrato sujeto a*

---

<sup>7</sup> Nota de la Cita: “La ineficacia, de pleno derecho, en los términos que establece la ley 80 de 1.993, permite concluir que no siempre habrá necesidad de demandar directamente el pliego de condiciones. Basta que en él se estipulen disposiciones que contravengan lo que la ley señala para que se le fulmine esa sanción:”

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, 27 de noviembre de 2.002. Expediente 13.792. – Citada en la Sentencia de 21 de mayo de 2.008, Radicado 15963, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

condición suspensiva, el negocio jurídico aún no ha nacido, pues depende de la configuración de un hecho futuro e incierto. De manera que a la propuesta no le resulta aplicable la solemnidad establecida por el artículo 39, la cual será exigible para dar génesis al acuerdo de voluntades cuandoquiera que se concrete el hecho que da lugar a su nacimiento, esto es que la propuesta sea seleccionada como la más favorable para los intereses de la entidad y los fines del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, el proponente 1 yerra cuando formula la anterior observación, por cuanto:

(i) La propuesta en todo caso fue presentada por escrito, y de muchos de los documentos que la integraban se deduce la voluntad inequívoca de suscribir el contrato por parte de la Unión Temporal, habida cuenta que se otorgó una póliza de seriedad y se presentó una propuesta económica. Lo anterior, entre otros asuntos, se deduce de los esfuerzos humanos y económicos invertidos por el oferente para presentar su propuesta.

(ii) Además, también ignora el proponente 1 que tal error involuntario de la unión temporal fue subsanado mediante la presentación de la carta de presentación de la propuesta debidamente suscrita.

Rechazar una propuesta teniendo como fundamento para ello que la misma no fue firmada es, por no decirlo menos, absurdo y contrario a los fines de la contratación estatal, pues por un requisito meramente formal el Estado se priva de conocer un proyecto de contrato que puede satisfacer las necesidades perseguidas por el proceso de selección que se está adelantando.

Así, la administración estaría actuando con desviación de poder al rechazar la oferta, pues no sólo estaría desconociendo las disposiciones de la Ley 80 de 1993 y los precedentes aplicables, sino que estaría atribuyéndole valor jurídico absoluto a una formalidad contenida en una cláusula de un pliego de condiciones por encima de las finalidades y principios sustanciales de la contratación pública, lo cual configuraría una actuación administrativa adelantada en contra del interés general.

## **Al punto 2 “Estados Financieros Empresas Extranjeras”**

Señala el Proponente 1 que solicita a la Agencia “requerir la presentación de los Estados Financieros de la Empresa Extranjera Aertec Ingeniería y Desarrollos S.L. (...) con la finalidad de corroborar que estén de conformidad con lo señalado en el numeral 4.3. del Pliego de Condiciones respecto (sic) Estados Financieros de Empresas Extranjeras (...). Lo anterior, por **cuanto los documentos que se encuentran en la propuesta de esa UT no se encuentran (sic) auditados**”.

1. Al respecto, sea lo primero indicar que la propuesta presentada por la Unión Temporal que represento cumple con todos los requerimientos que sobre este punto señala el Pliego de Condiciones.

En efecto, indica el numeral 4.13 del Pliego de Condiciones que “La capacidad financiera de los proponentes se acreditará mediante los indicadores esablecidos en el numeral 3 del artículo 10 del Decreto 1510 de 2013, **verificándose a partir** del RUP para los proponentes o miembros de estructura plural obligados a inscribirse en dicho registro de conformidad con la normatividad vigente, y **del diligenciamiento del formato respectivo para los proponentes o miembros de Figura Asociativa no obligados a inscribirse en el RUP**. El formato respectivo, debe estar suscrito bajo la gravedad de juramento, por el Representante Legal y el Revisor Fiscal del proponente, si el proponente no está obligado a tener Revisor Fiscal, debe ser suscrito por su Contador”.

Como es bien sabido por la Agencia y como ha sido probado con la documentación remitida en la oferta (Cf. Folios 032 – 082) la sociedad Aertec Ingeniería y Desarrollos S.L. es una sociedad extranjera que por tanto no está obligada a inscribirse en el Registro Único de Proponentes, con lo cual, según lo señalado en la cita anterior, debía probar su Capacidad Financiera, con el diligenciamiento y envío del Formato 2, en los términos indicados en el Pliego.

2. El Formato 2 fue remitido con la oferta (Cf. Folios 028 – 031) en las condiciones y formalidades señaladas en el Pliego de Condiciones las cuales en ningún caso incluían ser auditado como erróneamente pretende señalarlo el Proponente 1 con su observación al afirmar que “los documentos que se encuentran en la propuesta de esa UT no se encuentran auditados” y en la que de forma desacertada, basa su solicitud de requerimiento de información a la Agencia.

3. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior y en la medida en que en efecto, los Estados Financieros con base en los cuales se elaboró el Formato 2 se encuentran auditados, tal como lo pretende verificar el Proponente 1, remitimos copia extracto del Informe del Auditor que además incluyen (sic) los Estados Financieros de Aertec.

### **Al punto 3.1. “Contrato de orden 1. Aeropuerto de Huelva. Valor del IVA”**

De acuerdo con el escrito, el Proponente 1 solicita a la agencia “modificar su informe de evaluación, tomando como valor base para el cálculo del valor en pesos de los contratos acreditados para efectos de la experiencia general y específica únicamente el valor contenido en las certificaciones, sin añadir otro valor por concepto de un IVA que ya se encuentra en el valor acreditado”:

1. Al respecto, en primer lugar quisiéramos aclarar que se equivoca el Proponente 1, al asumir que la suma indicada en la certificación del Contrato de orden 1 (CF. Folio 115 de la oferta) y cuyo valor asciende a 442.839 euros incluye el IVA; como también se equivoca al señalar que este Proponente “optó” por añadir el valor del IVA al valor certificado por la Diputación de Huelva, para efectos de calcular el valor en pesos del contrato. Finalmente, yerra gravemente el Proponente 1 e induce a error a la Entidad, al indicar que el Proponente 2 realizó un procedimiento que “no resulta admisible” al añadir el valor del IVA a aquel señalado en la certificación ya que, en sus palabras, “la certificación es clara en cuanto al valor total de la consultoría”.

Empezaremos por señalar que no es cierto que el valor del Contrato de orden 1, asciende a 442.839 euros IVA incluido, todo lo contrario y tal como fuera señalado por este Proponente en comunicación del pasado 16 de abril en respuesta al Informe de Evaluación Preliminar publicado por la Agencia la certificación remitida, y que se encuentra a folio 115 de la oferta, NO INCLUYE el valor del IVA.

A efecto de probar lo anterior y en la medida en que es evidente que la certificación originalmente remitida no es clara en tal sentido, solicitamos una aclaración al contratante, la cual adjuntamos a esta comunicación (Cf. Anexo 2) y en la cual, de manera clara e inequívoca se señala que: “El importe total de esta consultoría, desarrollada entre el 31 de enero de 2007 y el 15 de abril de 2013, asciende a 442.839 euros (IVA no incluido) (...)”

Ahora bien, valga señalar que la presentación del Anexo 2 no constituye, de manera alguna, una modificación o mejora de nuestras propuestas y de hecho que se encuentra cobijada por las reglas de subsanabilidad del presente proceso.

Así, señala el Pliego de Condiciones como regla de subsanabilidad sobre documentos o requisitos relacionados con los factores de escogencia que "(...) La Agencia podrá solicitar a los proponentes las **acclaraciones** o explicaciones que estime necesarias para el estudio y evaluación de los factores de escogencia de las propuestas, siempre y cuando ello **no comporte una modificación, adición o mejora de la propuesta presentada**, fijando un término perentorio para que el proponente allegue su respuesta".

En efecto, ya que desde el comienzo este Proponente ha afirmado que el valor de tal contrato contemplaba el IVA y en consecuencia elaboró los respectivos formatos (5 y 6) con base en tal información, por demás correcta, la presente respuesta y el Anexo 2 en nada modifica, adiciona o mejora la propuesta originalmente presentada.

2. Ahora, no es cierto, como lo intenta señalar el Proponente 1 que este Proponente decidió, escogió, "optó" por adicionar el IVA al valor del contrato. Tal acción que en efecto fue realizada se deriva única y exclusivamente del Pliego de Condiciones que al respecto indica: en sus numerales 4.15 – Experiencia General y 5.2 – Experiencia Específica que "(...) Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, **se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos** – o el impuesto de valor agregado del país en el que se haya contratado y ejecutado el contrato, si lo hubiere (...)" y que en sus Formatos 5 y 6 instruye en su nota (2) que se debe incluir el "Valor total cancelado del contrato (incluido IVA y sus reformas si aplica)" como en efecto aquí aplicaba.

Finalmente, por todo lo ya escrito y probado, no es cierto que el procedimiento de añadir el valor del IVA al contrato pueda considerarse como "no admisible", todo lo contrario, no sólo era admisible y correcto sino además obligatorio.

3. Ahora bien y pese a todo lo ya explicado, aclarado y probado señala el Proponente 1 que "(...) de estar incluido el IVA en el valor total certificado por la diputación de Huelva, como evidentemente lo está, el monto total de la experiencia acreditada por esta UT no alcanzaría el monto exigido por los pliegos de condiciones, esto es 1.5 veces el presupuesto oficial (...)"

Al respecto varias imprecisiones:

a. Insistimos en que el valor del Contrato de orden 1 no oncluye el valor del IVA con lo cual el cálculo presentado en la oferta sigue vigente sino que también es válido.

b. De acuerdo con lo presentado en la oferta así las cosas y contrario a lo señalado por el Proponente 1, la experiencia acreditada por mi representado no sólo alcanza el monto exigido sino que además lo supera.

c. Ahora, y no obstante haber probado que la experiencia acreditada por este Proponente es la exigida por el Pliego de Condiciones, debemos precisar que el Proponente 1 comete un error al tratar de determinar la relación de 1.5 veces comparando el valor en pesos de los contratos y no, como lo exige el Pliego de Condiciones, esto es, realizando el cálculo con base en la conversión de los respectivos valores (el Valor del Contrato y el Presupuesto Oficial Estimado) en SMMLV.

En este sentido, indica el Pliego en la nota c) al numeral 5.2 que "La sumatoria de los valores de los contratos aportados como experiencia específica deberán corresponder como mínimo al 150% del valor del presupuesto oficial de este **proceso expresado en SMMLV**. El valor total del contrato incluye impuestos y comisión de éxito si la hubo".

4. Finalmente y en gracia de discusión, si lo que se pretendiera, con los argumentos que fueren, fuera desconocer el valor del IVA en el valor del contrato y solo tomarlo por su valor original (bruto), aún en ese evento, y contrario a lo que afirma el Proponente 1, este Proponente se encontraría, en todo caso y de forma amplia, cumpliendo el requisito ya indicado anteriormente, consignado en la nota c) del numeral 5.2., así:

AEROPUERTO CRISTOBAL COLÓN	
Cálculo valor de los contratos	
Fecha de inicio	31/01/07
Fecha Finalización	15/04/13
Valor contrato según Certificación	442.839,00
IVA	0,00%
Valor contrato en Euros	442.839
Tasa EURO a USD (fecha ini)	1,295
Valor contrato en USD	573.892
TEM (Fecha ini)	2.359,72
Valor contrato consultoría COP	1.256.895.716
Participación	80,00%
Valor contrato consultoría COP NAERE	1.007.468.611
SMNV (Fecha ini)	433.790
Valor contrato en SMNV	2.352,13
Valor en SMNV POE	169,40%

Dentro de los valores de los contratos principales requeridos en el presente numeral, se tendrá en cuenta el valor del IVA de los mismos (CF. págs 51 y 61 de los pliegos)  
 Valor del contrato con IVA  
 Tasa de cambio Euro - USD el 31 de enero de 2007 según www.comida.com, en concordancia con lo señalado en las páginas 30 y 31 de los pliegos

ASÍ CUMPLE CON LO SEÑALADO EN EL LITERAL C DEL NUMERAL 5.2

**Al punto 3.2. “Contrato de Orden 1. Inconsistencia en la identificación de la entidad contratante”**

Señala el Proponente 1 que el Contratante consignado en el Formato 5 no coincide con quien suscribe la certificación del Contrato de Orden 1.

Al respecto, valga precisar que el proyecto a que se refiere el Contrato de Orden 1 fue promovido por la Diputación de Huelva, a través de la Sociedad Aeropuerto Cristobal Colón S.A.

Ahora bien, a la fecha de firma del Certificado, la Diputación ostentaba el 95% de la Sociedad con lo cual, en la medida que la Diputación era para tal fecha el propietario mayoritario de dicha Sociedad, y por ende, por considerarlo Beneficiario Real de ésta última, se estimó conveniente indicar en el formato lo allí consignado, por ello, a efectos de certificados del Aeropuerto de Huelva, es indistinto que el cliente que certifique estos trabajos sea uno u otro porque son las mismas personas.

Ahora bien, si la entidad a bien lo tiene, remitiremos nuevamente el formato 5 con la precisión derivada de lo explicado anteriormente. Valga precisar por supuesto que tal aclaración no constituirá de forma alguna una modificación, adición o mejora en la propuesta presentada, en la medida que el Contrante (sic) y las condiciones del contrato originalmente presentadas siguen siendo las mismas.

Valga también anotar que no es cierto, como lo señala el Proponente 1, que la anterior situación pueda se enmarcada en el literal f del numeral 3.12 del Pliego de Condiciones, lo anterior porque como ya se ha explicado, la aplicación del concepto de Beneficiario Real permite afirmar que la información dada antes o después de la presente respuesta es la misma y por tanto, no es cierto que la oferta contenga información inconsistente o documentos que contengan datos alterados ni mucho menos que contengan errores que impidan la selección objetiva y por tanto, no nos encontramos en una causal de rechazo como erradamente lo indica el Proponente 1 en su escrito.

*Todo lo contrario, respetuosamente consideramos que el cambio ofrecido por nosotros y señalado por el Proponente 1 constituye uno meramente formal cuyo fondo, insistimos, está plenamente validado por el concepto de Beneficiario Real.*

*Remitimos comunicación publicada por la Diputación de Huelva, en la que da cuenta de lo aquí mencionado respecto de su propiedad accionaria respecto de la Sociedad Aeropuerto Cristobal Colón S.A. en el momento de suscripción de la certificación remitida. (Anexo 3)*

### **Al punto 3.3. “Contrato de Orden 1. Inexistencia de Referencias al Hinterland y alcance del contrato”**

*Señala el Proponente 1 que el informe de evaluación definitivo “debe indicar que la propuesta de la UT Aertec – Banicol no ha dado cumplimiento” a lo exigido por el Pliego de Condiciones respecto de la existencia de un contrato que contemple el desarrollo de soluciones en el hinterland, derivado, según su concepto de la inexistencia de tales actividades en la certificación remitida.*

*Al respecto, debemos empezar por señalar que el Pliego de Condiciones señala define como hinterland: “el área de influencia externa de la infraestructura portuaria o aeroportuaria desarrollada o en desarrollo”.*

*Ahora bien, con eso en mente, debemos indicar que el Certificado remitido menciona en la descripción de las actividades del contrato, precisamente, la realización de un Estudio Territorial y Medioambiental, asimismo contempla estudios de huellas de ruido y servidumbres aeronáuticas. Indefectiblemente y como es apenas obvio, todos estos elementos se refieren a afecciones al asentamiento del aeropuerto en su entorno, y por tanto estamos hablando de su Hinterland en el mismísimo (sic) sentido en que el Pliego de Condiciones así lo entiende y define.*

*Por demás y a pesar de que el resto de los argumentos esgrimidos por el Proponente 1, no afectan de modo alguno nuestra oferta y mucho menos la validez de la certificación, quisiéramos precisar que además que el trabajo desarrollado sí permitió la definición de una ubicación concreta, a posteriori, a raíz de otros estudios y de la evolución de conticonantes externos se decidió cambiar de ubicación.*

*En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el Pliego de Condiciones exige que “Al menos uno de los contratos deberá incluir en su objeto o alcance la consultoría o asesoría o asistencia a empresas públicas o privadas **en la evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland**”, por lo tanto, se reitera que con independencia de si el aeropuerto fue ubicado o no (entre otras por razones ajenas al consultor y que en nada afectan este proceso), en efecto la labor exigida por el Pliego de Condiciones consistente en la evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones del hinterland, fue desarrolla en su totalidad por Aertec.*

### **Al punto 3.4. “Contrato de orden 1. Posible existencia de varios contratos”**

*Señala el Proponente 1 que la Agencia debe solicite aclarar si el valor indicado en el Formato 5 corresponde a un único contrato, o a diferentes relaciones contractuales.*

*También indica el Proponente 1 que “múltiples notas de prensa evidencian que el 31 de enero 2007 Aertec fue contratado para realizar el estudio de viabilidad de esta infraestructura, lo cual aparece como*

la primera actividad de la certificación”, a continuación procede el Proponente 1 a citar varios sitios web, con los cuales, según el Proponente 1 se pretende probar la posible existencia de varios contratos.

Al respecto, varias consideraciones, sea lo primero señalar que la Consultoría de que trata el Contrato de orden 1 se desarrolló dentro de un acuerdo marco que incluía todo el proceso completo de los trabajos y las actuaciones necesarias para cubrir las necesidades del cliente, tal y como se evidencia del certificado; ahora bien, por motivos administrativos tal Consultoría fue articulada en varios bloques de actividades tal como lo señalan las “múltiples notas” a que se refiere el Proponente 1 y como aparece hoy reflejado en la certificación remitida pero que últimas conforman la Consultoría para que fue contratado Aertec.

En efecto, revisada la certificación expedida, se observa que literalmente señala:

“Que según los antecedentes que obrantes en esa sociedad, la empresa AERTEC Ingeniería y Desarrollos S.L.U (...) harezalizado satisfactoriamente y de conformidad con el protocolo de colaboración y **el contrato** firmado entre las partes el “Plan Maestro del Aeropuerto Cristobal Colón de Huelva”

“Dentro de **este contrato** se incluyen las siguientes actividades”

“El importe total de **esta consultoría**, desarrollada entre el 31 de enero de 2007 y el 15 de abril de 2013, asciende a 442.839 euros (...)”

Dado lo anterior, no entendemos qué otro documento podríamos presentar para aclarar la duda del Proponente 1, cuando, en nuestra opinión, la certificación, el medio probatorio señalado por el Pliego, no da lugar la duda señalada por el Proponente 1.

Ahora bien, quisiéramos llamar la atención acerca de que revisado el Pliego de Condiciones encontramos que el documento idóneo para acreditar la experiencia del Proponente es precisamente la Certificación emitida por el contratante.

En efecto, el Pliego indica que “La experiencia específica definida en el presente numeral, se acreditará mediante el diligenciamiento del Formato correspondiente. El formato también deberá estar acompañado de (...) b) Una certificación emitida por la entidad contratante en la que conste la información descrita anteriormente (...)”, por lo anterior, no entendemos cómo pretende el Proponente 1 desacreditar, a través de notas de páginas web lo ya indicado y certificado por el contratante de la experiencia que se pretende acreditar.

### **Al punto 5.1 “Contrato de Orden 3. Inexistencia del Contrato en el RUP”**

Señala el Proponente 1 que el contrato de orden 3, que pretende acreditar la UT Aertec- Banicol, no puede ser tomado en cuenta por la ANI, en tanto no figura en el RUP presentado por Banicol a folio 85 y siguientes de su propuesta.

Al respecto, amablemente indicamos que en efecto tal certificación no se encuentra consignada en el RUP de Banicol y que en efecto fue presentada por el Proponente para acreditar su experiencia, tal y como hoy lo permite el Pliego de Condiciones.

En efecto, según la tabla de contenido del Pliego, se observa la existencia de dos capítulos (entre otros), el primero el 4.15 que regula la presentación y acreditación de Experiencia General y el segundo el 5.2 que regula la presentación y acreditación de Experiencia Específica.

Ahora, si bien es cierto que el numeral 4.15, que regula la Experiencia General señala que “La experiencia general definida en el presente numeral, se acreditará mediante el diligenciamiento del Formato 5, **es necesario que los contratos ejecutados indicados en el Formato No. 5 se encuentren inscritos en el RUP** y clasificados en cualquiera de los códigos relacionados con el objeto del contrato que se encuentran descritos en el numeral 4.7 del presente Pliego de Condiciones”, también es cierto, que el Pliego indica, también en el numeral 4.15 y por tanto predicable de la Experiencia General que **“No obstante lo anterior, los proponentes que no se encuentren obligados a inscribirse en el RUP y los proponentes obligados podrán acreditar la información exigida que no conste en el RUP, en cualquiera de los siguientes documentos, como mínimo o en una combinación de los mismos.”**

Lo anterior como es obvio, significa que existe la posibilidad de acreditar información que hoy no conste en el RUP con otras formas de acreditación como por ejemplo las certificaciones remitidas en nuestra oferta.

Ahora sin en aras de discusión se planteara que la excepción a la regla, arriba señala, hace referencia exclusivamente a “información” y no a la experiencia que se pretende acreditar, basta con leer el párrafo que antecede a la excepción que indica que tal información se refiere a: “(...) como mínimo la siguiente información: (i) nombre del contratista y de sus miembros, junto con la discriminación de la participación de cada miembro en la estructura plural anterior; (ii) objeto y/o alcance del contrato; (iii) fecha de inicio; (iv) fecha de terminación y/o de liquidación; (v) valor total cancelado del contrato (incluido IVA y sus reformas si aplica); (vi) obligaciones y/o funciones ejecutadas.”, en otras palabras, la experiencia a acreditar.

Valga anotar que el proponente 1 en su observación señala acápites del numeral 4.2 y 4.15 del Pliego de Condiciones, sin embargo con sorpresa encontramos que el proponente si bien subraya algunas consideraciones de este numeral, no subraya lo expuesto en la cita anterior y que como ha sido establecido, corresponde a la excepción a la regla.

Como es por todos sabido, en Colombia las excepciones contenidas en un marco normativo como lo constituye para las partes y para este proceso el Pliego de Condiciones, deben ser expresas y taxativas; cualidades que son plenamente cumplidas por la excepción a que alude la presente respuesta y con lo cual se evidencia que precisamente al ser expresa y taxativa, tienen la calidad de excepción.

### **Al punto 5.2 “Contrato de orden 3. Inconsistencia de la Certificación”**

Solicita el Proponente 1 “indicar en el informe de evaluación definitivo que el contrato de orden 3 no cumple con lo exigido en el Pliego de Condiciones y, en consecuencia, el proponente no se encuentra habilitado”.

Al respecto, sea lo primero señalar que la certificación expedida por CODAD a BANICOL acredita una asesoría de servicios de banca de inversión durante un **periodo establecido** entre el 7 de mayo de 2014 al 6 de abril de 2015. Dicho periodo fue convenido por las partes, teniendo en cuenta fechas de negociación establecidas entre CODAD y la ANI para la adición del contrato No. 0110-OP dek 18 de julio de 1995, además de haber cumplido en su totalidad las actividades requeridas por CODAD a BANICOL

por lo anterior y en la medida que tales negociaciones ya habían sido perfeccionadas, para la fecha de la emisión de la certificación no era para las partes un “hecho desconocido” la fecha de terminación de las obras, como tampoco una situación “imposible” de prever como lo pretende hacer ver el proponente 1.

Por otro lado, es importante aclarar que de acuerdo al Pliego de Condiciones, la experiencia que se pretende acreditar es válida para contratos ejecutados o terminados antes de la fecha de cierre del concurso de méritos, tal como se especifica en el numeral 4.15 del Pliego de Condiciones:

“Para la acreditación, de la experiencia general, sólo se tendrán en cuenta contratos que hayan iniciado y terminado su ejecución durante el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1995 y la fecha de cierre del presente concurso de méritos, sin que se requiera un plazo mínimo de ejecución de los contratos”.

Es así como la certificación emitida por CODAD especifica la finalización de las actividades de BANICOL contratadas el día 6 de abril de 2015, fecha que se encuentra dentro de la fecha de cierre del concurso de méritos.

En este mismo sentido, el literal a) del numeral 4.2 establece que se entiende por “Contrato Ejecutado o Contrato Terminado: Aquel cuyo objeto y **obligaciones se encuentran ejecutados y cumplidas** por parte del consultor” tal y como hoy se acredita con la certificación remitida.

### **A nuestra respuestas al Informe de Evaluación Preliminar**

Respecto de nuestras observaciones al Informe de Evaluación Preliminar, reiteramos nuestras observaciones al Proponente 1 en el sentido de:

#### **A. Respecto la Experiencia Específica Acreditada**

a. De acuerdo con el Formato 6 remitido por el proponente (Folio 3 del Sobre 1-A) el certificado correspondiente al contrato celebrado con Generalitat de Catalunya (Contrato orden 1) corresponde a la experiencia específica a acreditar identificada en los pliegos con el numeral 5.2.1, la cual corresponde a: “Al menos uno de los contratos deberá tener como objeto o alcance la consultoría en un proyecto de infraestructura aeroportuaria nueva, **Proyectos “Green Field”, para un tráfico anual de pasajeros proyectado no menor a 10 millones** o deberá tener como objeto o alcance **la consultoría en proyectos de infraestructura aeroportuaria, para un tráfico anual de pasajeros movilizados no menor a 20 millones, en los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre de este proceso de selección.**” (Resaltado fuera de texto)

Al respecto, en el formato aludido no se especifican los requerimientos propios de tal credencial es decir el espacio del Formato 6 correspondientes a “Es proyecto Green Field con tráfico proyectado de 10 millones de PAX”, ha sido dejado en blanco. De la misma forma el espacio del Formato 6 correspondiente a “Número de pasajeros movilizados en 2012, para proyecto de Infraestructura Aeroportuaria”, también ha sido dejado en blanco.

Por el contrario, ha sido marcado con X el espacio correspondiente a “Es un contrato de evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland” que en cambio corresponde a la experiencia identificada en el numeral 5.2.2 de los pliegos.

*Lo anterior se traduce en que, de acuerdo con lo consignado en el Formato 6, los Contratos de orden 1 y 3, acreditan la misma experiencia, es decir, la señalada en el pliego de condiciones como 5.2.2, pues de hecho para el Contrato de Orden 3 (suscrito con Aerocivil), se señala que la acreditación corresponde a la señalada en el numeral 5.2.2 del pliego y, al igual que el contrato anterior, ha sido marcado con X el espacio correspondiente a “Es un contrato de evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland”.*

*Amablemente solicitamos verificar tal situación porque de encontrarse que los Contratos de Orden 1 y 3 corresponden ambos a “(...) contrato de evaluación de los efectos y desarrollo de soluciones en el hinterland”, como en efecto ha sido señalado, no se estaría acreditando la experiencia del numeral 5.2.1, requisito obligatorio según los propios numerales 5.2.1 y 5.2.3 al señalar que es obligatorio acreditar “Al menos uno de los contratos” con las características que cada numeral señala.*

*Ahora bien, en gracia de discusión, aún si el Contrato de Orden 1 versara sobre lo indicado en el numeral 5.2.1, de la documentación radicada no se infiere que el Aeropuerto de Lleida – Alguaire cuente con un tráfico anual de pasajeros proyectado no menor a 10 millones o que el tráfico anual de pasajeros movilizadas sea superior a 20 millones en los últimos cinco años.*

*Además de ello y respecto de la subsanación por ellos presentada quisiéramos poner de presente que en su comunicación el Proponente 1 señala que remite, nuevamente los Formularios 5 y 6, esta vez con valores distintos a los originalmente remitidos (Cf. Numerales 1.3 y 5 de su escrito) lo cual, en nuestro parecer no sólo no es posible hacerlo pues viola abiertamente las reglas de subsanabilidad sino que además constituye un claro cambio de su oferta que afecta no otro tema sino el valor de los contratos a acreditar.*

### **III. RÉPLICA PRESENTADA POR LA UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO (Remitida al correo electrónico del proceso el día 21 de abril de 2015, y radicada en la Oficina de Correspondencia de la ANI el 22/04/2015, bajo el No. 2015-409-022656-2):**

*“Estando dentro del plazo previsto en el numeral 2.5 del Pliego de Condiciones para la presentación de contraobservaciones y ante la observación de la Unión Temporal Unión Temporal Integración Dorado I y Proyecto Dorado II (en adelante “UT Banicol – Aertec”) a nuestra experiencia específica, tenemos a bien indicar lo siguiente.*

*Nuestra propuesta cumple a cabalidad con la experiencia específica requerida en el Pliego de Condiciones, no sólo para ser considerado hábil, sino para obtener el máximo puntaje. De hecho, como procederemos a mostrar a continuación, los contratos aportados como experiencia cumplen a cabalidad con lo previsto en el numeral 5.2 del pliego de condiciones y, aún más, dos de ellos cumplen con varios de los requisitos en dicho numeral.*

*En cuanto al **contrato de orden 1**, esto es, el relacionado con el Aeropuerto de Lleida, es evidente que la documentación contenida en el Sobre 1-A de nuestra oferta, que dicho contrato cumple con el criterio exigido en el numeral 5.2.2 del Pliego de Condiciones, en tanto incluyó en su alcance la evaluación y los efectos de soluciones en el hinterland (“hace referencia al área de influencia externa de la infraestructura portuaria o aeroportuaria desarrollada o en desarrollo”).*

Lo anterior, tal y como se desprende de la certificación del cliente, en la que se indica expresamente que el contrato de “Asistencia Técnica para la Redacción del Estudio del Desarrollo del Tráfico, Plan de Negocio, Programa Funcional, Definición de la Estructura Empresarial y Plan de Marketing del Aeropuerto Lleida-Alguaire”, incluyó: el “Asesoramiento en el Desarrollo de actividades empresariales en el entorno del aeropuerto.” Y el “Análisis preliminar del área de influencia.”

Para efectos de la evaluación es evidente que este contrato cumple suficientemente con el criterio previsto en el numeral **5.2.2** del Pliego de Condiciones.

El **contrato de orden 2**, referido al Aeropuerto de Sao Paulo Guarulhos, corresponde a una consultoría de un proyecto de infraestructura para un aeropuerto con un tráfico de más de 20 millones de pasajeros, en este caso, la concesión del aeropuerto de Sao Paulo que para los años 2011 y 2012 –fecha de realización de la consultoría- contaba con un tráfico superior a 30 millones de pasajeros tal como se acredita a folio 34 del sobre 1A. Esta consultoría incluyó la elaboración del modelo económico del negocio aeroportuario, tal como se acredita en la certificación expedida por el numeral 5.2.1, como en el 5.2.3 del Pliego de Condiciones. Para efectos de la evaluación es evidente que este contrato cumple suficientemente con el criterio previsto en el numeral **5.2.3** del Pliego de Condiciones.

Finalmente, el **contrato de orden 3**, referido a la concesión del Aeropuerto Internacional El Dorado, resulta evidente que el mismo cumple con el criterio exigido en el numeral 5.2.1 del Pliego de Condiciones, al tratarse de una consultoría sobre “proyectos de infraestructura aeroportuaria, para un tráfico anual de pasajeros movilizados no menor a 20 millones, en los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre de este proceso de selección.”, en tanto el mismo Pliego indica expresamente que el número total de pasajeros del Aeropuerto El Dorado de Bogotá para el año 2011 fue de 20,286,144, a lo cual se suma la extensa documentación incluida en nuestra carta de aclaraciones del 16 de abril de 2015, a la cual nos remitimos en este punto.

Asimismo, se ha acreditado que dicho contrato también cumple con el criterio dispuesto en el numeral 5.2.2 del Pliego de Condiciones, en tanto incluyó en su alcance la evaluación y los efectos de soluciones en el hinterland. Ver al respecto, folio 40 y siguientes del Sobre 1A de nuestra propuesta y carta de aclaraciones del 16 de abril de 2015.

Aún más, tal como se indica en la certificación que se aportó a folio 038 del sobre 1A, esta consultoría incluyó la estructuración financiera de la concesión y, como es obvio, la elaboración del modelo financiero de la concesión, con lo cual este contrato cumple también con lo previsto en el numeral 5.2.3 del Pliego de Condiciones.

Para efectos de la evaluación es evidente que este contrato cumple suficientemente con el criterio previsto en el numeral **5.2.1** del Pliego de Condiciones.

En síntesis, de la documentación presentada como parte de nuestra propuesta puede concluirse con facilidad que los contratos acreditados cumplen con los siguientes requisitos del pliego de condiciones:

Contrato	Infraestructura > 20 Mill Pax	Hinterland	Modelo Económico > 20 millones Pax
Lleida		X	
Guarulhos	X		X
El Dorado	X	X	X

Para mayor claridad, se adjunta nuevamente el formato 6 corrigiendo errores meramente formales que

en nada afectan lo sustantivo de la propuesta. Se advierte, que ello no implica modificación, adición ni mejora alguna de nuestra propuesta, en tanto la experiencia fue acreditada desde la presentación de la oferta con el número de contratos exigidos en el Pliego de Condiciones, y cumpliendo cada uno de los criterios allí exigidos.

#### IV. RESPUESTAS DE LA ANI A LAS OBSERVACIONES Y RÉPLICAS PRESENTADAS.

##### 1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO.

###### 1.1. Respeto de la Observación referente a la Ausencia de Firma en la Carta de Presentación de la Propuesta.

Solicita el observante rechazar la propuesta de la Unión Temporal Integración Dorado I y Proyecto Dorado II, con base en las siguientes consideraciones: 1) Que se trata de una causal de rechazo expresa; 2) Que la ANI no puede simplemente pasar por alto la omisión de un requisito, que constituye una causal de rechazo de acuerdo con el Pliego de Condiciones; 3) Que no resulta posible modificar el Pliego de Condiciones en este momento; 4) Que no resulta procedente inaplicar –por supuesta ilegalidad- lo previsto en el literal “j” del numeral 3.12 de los pliegos; 5) Que la sentencia del Consejo de Estado del 12 de junio de 2014 no afecta en absoluto lo dispuesto en los pliegos de este proceso, en tanto: (i) no corresponde a una sentencia de unificación; (ii) durante el 2014 se produjeron sentencias en sentido completamente contrario, tal como la sentencia de 29 de enero (expediente 30250); (iii) la sentencia no contempla en ningún caso la posibilidad de que las entidades públicas inapliquen total o parcialmente sus pliegos de condiciones; (iv) en los pliegos de condiciones pueden incluirse de manera objetiva las circunstancias que pueden dar un rechazo a la propuesta, las cuales por supuesto deben estar en armonía con la Ley; (v) la existencia de la firma de la carta de presentación de la propuesta corresponde a un requisito de la esencia del mismo; (vi) “Que, tratándose de un contrato estatal, la oferta debe constar por escrito (artículo 39, Ley 80 de 1993) y manifestar de manera inequívoca mediante su firma que su voluntad es la de obligarse en los términos señalados en los pliegos de condiciones y –en especial- en los del contrato que hace parte de los mismos (...). Por lo tanto, si la oferta no está firmada, no cumple con los requisitos esenciales de la misma. La no firma de carta de presentación es exactamente lo mismo que no presentar propuesta, por lo que permitir subsanar es idéntico a permitir que una propuesta se presente después de vencido el término para el cierre. En consecuencia, los documentos presentados han de ser rechazados *in limine*.”

Teniendo en cuenta lo señalado, la ANI pasa a dar respuesta a esta observación con base en las siguientes consideraciones:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, **RÉGIMEN LEGAL DEL CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO Y DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA**, “El marco legal del presente Concurso de Méritos Abierto y del Contrato que se derive de su adjudicación, está integrado por la Constitución Política, las leyes aplicables, en especial las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, Decreto-Ley 019 de 2012, sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 1510 de 2013, los Códigos de Comercio y Civil y demás normas concordantes.”

A su turno, el numeral 3.12 del Pliego de Condiciones estableció las causales de rechazo de las propuestas, de la siguiente manera:

### “3.12. CAUSALES DE RECHAZO

Sin perjuicio de lo establecido por las leyes aplicables, serán rechazadas las propuestas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos:

(...)

j) *Cuando no se presente o no se suscriba la carta de presentación de la propuesta.* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así pues, el mismo numeral 3.12 del Pliego de Condiciones establece que las causales de rechazo se establecen sin perjuicio de lo establecido por las leyes aplicables, de tal manera que no pueden ser tomadas o aplicadas por fuera del contexto general que esas “leyes aplicables” establecen.

En este sentido, y de conformidad con el régimen legal del proceso de selección al que se ha hecho referencia, al presente proceso de selección y, de manera específica a las causales de rechazo previstas en el Pliego de Condiciones, les resultan plenamente aplicables las disposiciones legales sobre el régimen de subsanabilidad.

Sobre esta materia, es oportuno anotar que el Parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificatorio de la Ley 80 de 1993, dispone:

“Parágrafo 1º.- La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas **no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos**. En consecuencia, **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación**. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Es así como, partiendo de la disposición legal que ha sido transcrita, el numeral 3.11 del Pliego de Condiciones estableció las reglas de subsanabilidad, en el siguiente sentido:

### “3.11. REGLAS DE SUBSANABILIDAD.

En los términos del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 1510 de 2013, la Agencia podrá realizar a los proponentes los requerimientos necesarios para subsanar o aclarar sus propuestas, de conformidad con las siguientes reglas:

a. *Sobre cuestiones relativas a los requisitos habilitantes.*

La Agencia podrá solicitar a los proponentes los requisitos o documentos que no afecten la asignación de puntaje (es decir los requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del proponente o que soporten el contenido de la oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el presente Pliego de Condiciones), a fin de subsanar la propuesta. (...).”

Así las cosas, resulta evidente que el Pliego de Condiciones, como ley del proceso de selección, se encuentra perfectamente armonizado con el marco jurídico aplicable a la contratación estatal y, específicamente, en relación con el marco legal referente a la subsanabilidad de requisitos, de tal manera que no puede predicarse que la causal de rechazo invocada por el observante carezca de validez, o se encuentre viciada de ilegalidad por sí misma.

En materia de subsanibilidad, el Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia de Febrero 26 de 2014 (Rad. 25.804), C.P. Enrique Gil Botero, estableció:

*“ Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación. En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:*

*i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:*

*“15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.*

*“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.”*

*Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla. (Subrayas y negrilla fuera de texto)*

*ii) Más adelante, el art. 30.7 retomó el tema, para agregar elementos de valoración sobre la subsanabilidad de las ofertas. Expresó que durante el lapso en que la administración las evalúa, debe pedirle al oferente que “aclare” y “explique” lo que necesite esclarecimiento.*

*“7o. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y **para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.**” (Negrillas fuera de texto)*

*De conformidad con esta norma, **para evitar el rechazo in limine de las ofertas**, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare. (Subrayas y negrilla fuera de texto)*

***De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley.***

Y más adelante continúa:

*“Durante muchos años estas tres disposiciones apoyaron en la administración la toma de las decisiones de cada evaluación de ofertas en cada proceso de selección; no obstante, frente a la ambigüedad parcial que pese a todo subsistió, pues algunas entidades aún calificaron ciertos requisitos insustanciales como “necesarios para la comparación de las ofertas” –por tanto, rechazaron propuestas porque, por ejemplo, no estaban ordenados los documentos o no estaban numeradas las hojas, como lo exigía el pliego de condiciones-, la Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden “definitivo” y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que:*

*“Art. 5. De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

*(...)*

*“Parágrafo 1°. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. **En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier***

**momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.”** (Negritas fuera de texto)

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: “todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...” (Subrayas y negritas fuera de texto)

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “... **todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**”, los que “... **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.**”

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que **si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.** (Subrayas y negrilla fuera de texto)

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, **de firma de la oferta**, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.”

Más adelante, la misma sentencia establece que:

“Finalmente, el anterior decreto fue derogado por el Decreto reglamentario 1510 de 2013, que a diferencia de los anteriores no reprodujo la norma que se viene citando. **Esto significa que en adelante las entidades y los oferentes aplican directamente la regla que contempla el art. 5, parágrafo, de la Ley 1150, de manera que lo subsanable o insubsanable se define a partir de una pregunta, que se le formula a cada requisito omitido o cumplido imperfectamente: ¿el defecto asigna puntaje al oferente? Si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último**

evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no importa si se refiere a no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfaga suficientemente. (Subrayas fuera de texto)

En la sentencia del 14 de abril de 2010, la Sección Tercera –exp. 36.054- expresó sobre la evaluación de las ofertas y los requisitos subsanables, en el mismo sentido que se comenta, que: “La ley señala principalmente como requisitos habilitantes la capacidad jurídica, la capacidad financiera, la experiencia y las condiciones de organización. Estos factores no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio admisión/rechazo. Estas exigencias, vienen a constituir así, mínimos que cualquier sujeto interesado en ser proponente debe cumplir<sup>9</sup>.”

“A la lógica anterior obedece el contenido del párrafo 1º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, el cual dispone que “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, **no necesarios para la comparación de las propuestas** no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos”. Por consiguiente, se trata de defectos subsanables, porque al no afectar su falencia la asignación de puntajes, “ellos pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.” (Subrayas fuera de texto)

Para bien del principio de legalidad, del derecho a acceder a los contratos estatales, del derecho a participar en las contrataciones públicas, y de los principios de economía, eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, desaparecieron los dos criterios de insubsanabilidad que crearon los primeros tres decretos reglamentarios; en adelante regirá uno solo, el legal -como siempre debió ser-: defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente, y es corregible dentro del plazo que la entidad estatal le otorgue al oferente para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas –usualmente indicado en los pliegos de condiciones-, sin exceder del día de la adjudicación.”

Más recientemente, y en igual sentido esta misma corporación mediante sentencia de fecha 12 de noviembre de 2014, Expediente 27986, la Sección Tercera del Consejo de Estado, también con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, reitera la doctrina contenida en la Sentencia del 26 de febrero de 2014 (Exp. 25804), que acaba de citarse, indicando, adicional a las consideraciones ya ampliamente transcritas, que:

“En consecuencia, la regla que contiene el artículo 30.6 rige plenamente en relación con los requisitos del pliego que inciden en la valoración de las propuestas, y las demás exigencias sustanciales que contenga, **que si bien no afectan la comparación son requisitos de participación en el procedimiento, por tanto fundamentan el rechazo de un ofrecimiento.** Algunos de ellos son: falta de certificado de existencia y representación legal, el RUP, **la firma de la oferta**, un certificado de experiencia, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, la autorización del representante legal por parte de la junta directiva, etc. Requisitos que se acreditan pura y simplemente, y por tanto no se ponderan; frente a ellos el 30.6 aplica plenamente, no tiene excepciones, es decir, **la propuesta tiene que cumplir esos requisitos so pena de rechazo. Sin embargo, dicho cumplimiento es ideal que se satisfaga cuando se entrega la oferta; pero si desgraciadamente no sucede así, puede subsanarse, de**”

---

<sup>9</sup> *Ibídem.*

**conformidad con el inciso segundo del artículo 25.15 de la Ley 80 original, y en la actualidad en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.**

*Lo importante con esos requisitos es que se cumplan una vez los requiera la entidad, incluso dichas falencias, que en muchas ocasiones las advierten los demás proponentes durante el traslado que se les da para presentar observaciones al informe de evaluación, pueden acreditarse, a solicitud de la entidad, a más tardar antes de la audiencia de adjudicación o durante su celebración, pues es la única oportunidad para defenderse frente a los señalamientos hechos a la oferta.*

*Lo anterior aplica en relación con los requisitos sustanciales de la oferta que no inciden en el puntaje, pues frente a estos el artículo 30.6 rige plenamente, pero la adecuación tiene que hacerse al momento de presentarse la propuesta, ya que la regla de subsanabilidad del inciso segundo del artículo 25.15 excepcionaba con estos elementos, como sucede en la actualidad con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, que concreta que la comparación de las ofertas se hace con base en los requisitos que otorgan puntaje.*

Así las cosas, el Consejo de Estado ha venido trazando de manera consistente una línea de interpretación de las normas legales aludidas, que si bien no ha sido vertida en una sentencia de unificación, sí es lo suficientemente explícita en cuanto a los criterios de interpretación y aplicación de las normas sobre subsanabilidad en cuestión.

Teniendo en cuenta el marco anterior, para la ANI resulta suficientemente claro que si bien la falta de firma o de presentación de la Carta de Presentación de la Propuesta se incluye como una causal de rechazo expresa, no se determina expresamente en el pliego de condiciones el momento procesal en el que se debe aportar dicho documento, que a todos luces y conforme con el análisis efectuado por el Consejo de Estado deberá ser hasta la audiencia de adjudicación, fecha en la que culmina la oportunidad de subsanar requisitos de habilidad, en ese orden de ideas, es de vital importancia reiterar que la carta de presentación es un documento que no otorga puntaje y que en esa medida puede ser subsanado o corregido hasta antes del inicio de la fecha mencionada, como ocurrió en el presente caso.

Así las cosas, al tener en cuenta el subsane presentado por la UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II, mediante escrito con número de radicación 2015-409-020287-2 del 10/04/2015, la ANI no está omitiendo los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones (necesidad de aportar Carta de Presentación debidamente firmada), no está modificando el Pliego de Condiciones por fuera de los términos establecidos para ello, en la medida en que la causal no se está retirando o modificando y, finalmente, no está inaplicando el Pliego de Condiciones sino que, de acuerdo con la expresa previsión del mismo, está haciendo una aplicación de las causales de rechazo en estricta consonancia con las normas legales aplicables, las cuales han sido suficiente y consistentemente interpretadas por el Consejo de Estado.

Por las razones expuestas, NO SE ACEPTA LA OBSERVACIÓN.

**1.2. Respecto de la Observación referente a “Requerir la presentación de los estados financieros de la empresa extranjera Aertec Ingeniería y Desarrollo SL, con la finalidad de corroborar que están de conformidad con lo señalado en el numeral 4.3 del pliego de condiciones respecto Estados Financieros de Empresas Extranjeras”.**

Revisado la observación, No.2 “Estados Financieros Empresas Extranjera”, formulada por el proponente, Unión Temporal Deloitte – Durán & Osorio, al proponente Unión temporal Integración Dorado I y Proyecto Dorado II, frente a la respuesta presentada, por este último, encontramos que su contestación satisface, ya que su propuesta está en dirección a lo establecido en los pliegos de condiciones y por tanto al procedimiento seguido en la evaluación, es decir que la información para evaluar la capacidad financiera, se tomó del formato No.2.

El comité evaluador financiero considera que los Estados Financieros se ajustan a lo establecido en los pliegos de condiciones; motivo por el cual el proponente está HABILITADO FINANCIERAMENTE.

### **1.3. Respetto de la Observación referente al Contrato de orden 1. Aeropuerto de Huelva**

#### **1.3.1. Valor del IVA**

En la evaluación realizada por la Agencia para los contratos acreditados tanto para la experiencia general como la específica, se ha tomado el valor del Contrato contenido en las certificaciones, y atendiendo a lo dicho en cada certificación respecto al valor del IVA u otros impuestos. Por otro lado, de acuerdo con el pliego el requisito de la sumatoria de los valores de los contratos, el cual debe ser mayor al 150% de Presupuesto, ha de verificarse habiendo realizado la respectiva conversión a SMMLV y frente a este requisito la sumatoria de los valores de los contratos aportados por el Proponente 2 cumple.

Por lo señalado, la observación NO PROCEDE.

#### **1.3.2. Inconsistencia en la identificación de la entidad contratante**

Teniendo en cuenta las contra observaciones presentadas por el Proponente No. 2, para la Agencia resulta suficientemente claro que no se tienen elementos de juicio o documentales que permitan concluir que hay una inconsistencia.

Por lo señalado, la observación NO PROCEDE.

#### **1.3.3. Inexistencia de Referencias al Hinterland y alcance del contrato**

Teniendo en cuenta la documentación aportada por el Proponente No. 2 en su propuesta, y en especial el certificado que avala esta experiencia, para la Agencia es claro que dentro de las actividades realizadas en ese contrato se encuentra la realización de un estudio territorial y medioambiental, como estudios de huellas de ruido y de servidumbres aeronáuticas, los cuales son elementos que se refieren al hinterland del aeropuerto.

Por lo anterior, la observación NO PROCEDE.

#### **1.3.4. Posible existencia de varios contratos**

Con la certificación aportada por el Proponente No. 2 se da plena claridad que el Contrato para la ejecución del Plan Maestro del Aeropuerto Cristobal Colón de Huelva, fue realizado satisfactoriamente

por la firma Aertec, miembro del Proponente 2, en un solo contrato.

Por lo anterior, la observación NO PROCEDE.

#### **1.4. Respeto de la Observación referente al Contrato de orden 2. Madrid Barajas**

Teniendo en cuenta los requerimientos del Pliego de Condiciones en relación con la experiencia, la Agencia encuentra que la empresa FERROVIAL AEROPUERTOS es una empresa privada que tiene su actividad en la industria aeroportuaria. Teniendo ello en cuenta, Aertec desarrolla unas actividades de consultoría enmarcadas dentro del concepto de “negocios de aviación”, por lo cual es una experiencia que cumple con los requisitos de experiencia señalados en el Pliego.

Por lo anterior, la observación NO PROCEDE.

#### **1.5. Respeto de la Observación referente al Contrato de orden 3. Adición Segunda Pista El Dorado**

##### **1.5.1. Inexistencia del contrato en el RUP**

La ANI ha revisado el Contrato de Orden 3 presentado por el Proponente No. 2, a la luz de las observaciones formuladas al mismo por la UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO, así como frente a la contra observación presentada por la UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II.

En relación con la misma, la ANI encuentra lo siguiente:

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.6 del Pliego de Condiciones, “**RÉGIMEN LEGAL DEL CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO Y DEL CONTRATO DE CONSULTORÍA**, El marco legal del presente Concurso de Méritos Abierto y del Contrato que se derive de su adjudicación, está integrado por la Constitución Política, las leyes aplicables, en especial las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, Decreto-Ley 019 de 2012, sus decretos reglamentarios, en especial el Decreto 1510 de 2013, los Códigos de Comercio y Civil y demás normas concordantes.”

En este sentido, el artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto 019 de 2012, establece que:

“Todas las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia, que aspiren a celebrar contratos con las entidades estatales, se inscribirán en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio con jurisdicción en su domicilio principal.

(...)

En dicho registro constará la información relacionada con la experiencia, capacidad jurídica, financiera y de organización del proponente y su clasificación.

(...)

#### 6.1. Del proceso de inscripción en el Registro Único de Proponentes (RUP).

Corresponderá a los proponentes inscribirse en el registro de conformidad con los documentos aportados. Las Cámaras de Comercio harán la verificación documental de la información presentada por los interesados al momento de inscribirse en el registro.

El certificado del Registro Único de Proponentes será plena prueba de las circunstancias que en ella se hagan constar y que hayan sido verificadas por las Cámaras de Comercio. **En tal sentido, la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1° del artículo 5° de la presente Ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP en donde deberán constar dichas condiciones.** En consecuencia, las entidades estatales en los procesos de contratación no podrán exigir, ni los proponentes aportar documentación que deba utilizarse para efectuar la inscripción en el registro.

No obstante lo anterior, **sólo en aquellos casos** en que por las características del objeto a contratar **se requiera la verificación de requisitos del proponente adicionales a los contenidos en el Registro,** la entidad podrá hacer tal verificación en forma directa. (...)

Teniendo en cuenta las normas transcritas, el Pliego de Condiciones estableció en el numeral 4.2 lo siguiente:

#### “4.2. GENERALIDADES

Únicamente se considerarán hábiles aquellos proponentes que acrediten el cumplimiento de la totalidad de los requisitos habilitantes, según lo señalado en el Pliego de Condiciones, **teniendo en cuenta para el efecto las condiciones exigidas dependiendo de si el Proponente se encuentra o no obligado a estar inscrito en el RUP.**

Cada proponente singular y cada integrante de estructura plural, acreditará los requisitos habilitantes en los términos dispuestos en el Pliego de Condiciones, quienes deberán acompañar sus propuestas con el certificado RUP o el Formato 2 (y los documentos que soporten la información contenida en el Formato 2), según corresponda.

(...)

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, en los casos de estructuras plurales conformadas tanto por miembros que deban estar inscritos en el RUP como por miembros que no deban estar inscritos en el RUP, **los requisitos habilitantes se acreditarán según se exija en el presente Pliego, teniendo en cuenta para el efecto lo establecido en la legislación aplicable.**

Para efectos de acreditar cada uno de los requisitos habilitantes **se resalta que la única información, valores y experiencia que se tendrá como válida será la relacionada directamente con actividades como Consultor en Negocios de Aviación, que estén certificadas y que conste en el RUP,** o las que en virtud de la expedición del Decreto 1510 de 2013 deban ser verificadas por la Agencia, de igual manera para los proponentes extranjeros que no se encuentren obligados a inscribirse en el RUP, únicamente podrán acreditar los requisitos habilitantes a través de información, valores y experiencia directamente relacionada con actividades como Consultor en Negocios de Aviación. **La información adicional,** relacionada

con la experiencia general requerida por la entidad en el presente Pliego, que no conste en el RUP, podrá ser verificada por la Agencia de acuerdo con lo previsto en el presente documento.

Los proponentes colombianos o extranjeros obligados a inscribirse en el RUP deberán adjuntar como parte de su propuesta su certificado de inscripción al RUP vigente y en firme. En el caso de estructuras plurales, cada uno de los miembros de la estructura plural deberá adjuntar como parte de su propuesta su certificado RUP vigente y en firme.

(...)"

Por su parte, el numeral 4.15 del Pliego de Condiciones establece las condiciones de acreditación de la experiencia general, es decir, de la experiencia como requisito habilitante, de la siguiente manera:

#### **"4.15 EXPERIENCIA GENERAL**

*Es la experiencia habilitante que debe acreditar cada Proponente, no otorga puntaje; pero en el evento en que el proponente no la acredite se le rechazará su propuesta.*

*El proponente deberá acreditar la experiencia general con contratos como **Consultor en Negocios de Aviación**, de la siguiente forma:*

(...)

*La experiencia general definida en el presente numeral, se acreditará mediante el diligenciamiento del Formato 5, **es necesario que los contratos ejecutados indicados en el Formato No. 5 se encuentren inscritos en el RUP** y clasificados en cualquiera de los códigos relacionados con el objeto del contrato que se encuentran descritos en el numeral 4.7 del presente Pliego de Condiciones.*

*El Formato No. 5 deberá estar acompañado de cualquiera de los documentos que se listan a continuación, los cuales deberán contener como mínimo la siguiente información: (i) nombre del contratista y de sus miembros, junto con la discriminación de la participación de cada miembro en la estructura plural anterior; (ii) objeto y/o alcance del contrato; (iii) fecha de inicio; (iv) fecha de terminación y/o de liquidación; (v) valor total cancelado del contrato (incluido IVA y sus reformas si aplica); (vi) obligaciones y/o funciones ejecutadas.*

**La verificación de dicha información, se efectuará a través del RUP, cuando los proponentes estén obligados a inscribirse en el mismo**, el certificado RUP debe estar vigente y en firme a la fecha de cierre de conformidad con lo dispuesto en el presente Pliego de Condiciones.

*No obstante lo anterior, los proponentes que no se encuentren obligados a inscribirse en el RUP y los proponentes obligados podrán acreditar la información exigida que no conste en el RUP, en cualquiera de los siguientes documentos, como mínimo o en una combinación de los mismos: (Resaltado dentro del texto).*

(...)"

De acuerdo con lo señalado, para la ANI es claro que de acuerdo con la normatividad aplicable, la cual

se encuentra debidamente reflejada en las disposiciones del Pliego de Condiciones, los requisitos habilitantes, concretamente la experiencia general, deben ser acreditados mediante el Registro Único de Proponentes. Así lo ha establecido de manera inequívoca el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 (“...)**la verificación de las condiciones establecidas en el numeral 1º del artículo 5º de la presente Ley, se demostrará exclusivamente con el respectivo certificado del RUP (...)**”, previsión que ha sido debidamente incorporada al Pliego de Condiciones.

La lectura que le da la UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II a ciertos apartes del numeral 4.15 del Pliego de Condiciones se genera al entenderlo de manera aislada, no de una manera integral y armónica. En este sentido, tanto las disposiciones legales aplicables, como las disposiciones generales contenidas en el numeral 4.2 del Pliego de Condiciones, sumadas a lo reglado en el numeral 4.15, indican claramente que los contratos acreditados como experiencia general deben encontrarse inscritos en el RUP, por ser requisitos habilitantes.

Así, resulta inequívoco que la experiencia no ha sido acreditada de conformidad con las disposiciones del Pliego de Condiciones.

Por lo anterior, la observación del Proponente No. 1 UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO es **PROCEDENTE**, y en consecuencia, se deberá declarar al Proponente No. 2 como **NO HÁBIL** desde el punto de vista de la experiencia.

### **1.5.2. Inconsistencia de la certificación**

Para la Agencia no se tienen elementos de juicio o documentales que permitan concluir que hay una inconsistencia.

Por lo anterior, la observación NO PROCEDE.

## **2. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR LA UNIÓN TEMPORAL INTEGRACIÓN DORADO I Y PROYECTO DORADO II.**

### **2.1. Respecto la Experiencia Específica Acreditada**

La Agencia ha revisado los contratos y sus soportes, mediante los cuales la UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO ha acreditado los requisitos de experiencia, encontrando que estos cumplen con todos los tipos de experiencia exigidos dentro del Pliego de Condiciones.

En este sentido, para la Agencia resultan suficientemente ilustrativas las explicaciones dadas por le UNIÓN TEMPORAL DELOITTE – DURÁN & OSORIO en su escrito de contra observaciones del 21 de abril de 2015 en relación con los alcances de cada uno de ellos (numerales 5.2.1, 5.2.2 y 5.2.3 del Pliego de Condiciones) y con ellas aclara las dudas presentadas en el diligenciamiento del formato 6 – Experiencia Específica.

Por lo anterior, la observación NO PROCEDE.



Abril 29 de 2015.

**COMITÉ EVALUADOR**

---