



Instituto Nacional de Concesiones
República de Colombia

BICENTENARIO
de la Independencia de Colombia
1810-2010



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

Bogotá D. C.

Señores

Procuraduría General de la Nación

Atn. Dra. María Eugenia Carreño Gómez

Procuradora Delegada para la Vigilancia Preventiva de la
Función Pública.

Carrera 5 No 15 – 80 piso 17

Fax. 5 878750 ext 11798

Referencia: Respuesta comunicación de fecha 04-06-2010

Concurso de Méritos No. SEA-CM-PRE-001-2010 y SEA-CM-
PRE-002-2010 – Interventoría de los Sectores 1 y 2 de Ruta del
Sol.

Apreciada doctora:

Nos referimos a su comunicación recibida el pasado 4 de junio de 2010 (la "Comunicación") mediante la cual se sugiere que el INCO celebre una reunión para poder escuchar las opiniones de potenciales proponentes sobre los Concursos de Méritos de la referencia (los "Concursos de Méritos"), en particular con respecto a la percepción de firmas extranjeras de existir limitaciones para su participación. Sea lo primero agradecer su interés y recomendaciones en torno a la gestión contractual del INCO y en desarrollo de la voluntad de la entidad de trabajar de manera coordinada con el Ministerio Público (la "Procuraduría") me permito efectuar las siguientes aclaraciones en relación con los Concursos de Méritos:

1. PERCEPCIÓN DE LIMITACIÓN DE PARTICIPACIÓN DE INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y TRATO IGUALITARIO A NACIONALES Y EXTRANJEROS

- 1.1. Sea lo primero explicar la base legal que sustenta la decisión del INCO de solicitar experiencia en contratos de supervisión o interventoría celebrados en Colombia, lo cual podría generar percepción de firmas extranjeras de existir limitaciones para su participación en los citados Concursos de Méritos. Dicha base legal se encuentra soportada con conceptos jurídicos de la firma Posse, Herrera y Ruiz, asesor jurídico contratado por la Corporación Financiera Internacional para la estructuración de los Concursos de Méritos, así como del Doctor Ricardo Hoyos Duque, abogado administrativista y asesor del INCO.



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

- 1.2. Los Pre-Pliegos han incorporado, entre otros criterios de selección, la acreditación de "Experiencia en Supervisión o Interventoría de Concesiones Infraestructura Vial" (según estos términos se definen en los respectivos documentos). En este sentido, la última versión de los Pre-Pliegos dispone que se deberán acreditar mínimo tres (3) y máximo cinco (5) contratos que acrediten dicha experiencia, y se precisa que si alguno de los hasta cinco (5) contratos acreditados se han ejecutado en Colombia se les otorgará un puntaje adicional.
- 1.3. De esta manera la última versión de los Pre-Pliegos prevé una asignación de puntajes en relación con la "Experiencia en Supervisión o Interventoría de Concesiones Infraestructura Vial" que tiene en cuenta los parámetros establecidos en la siguiente tabla de puntuación:

ITEM	PUNTAJE POR CONTRATO
Contratos Básicos.	70
Contratos Complementarios.	35
Puntos Adicionales por Contratos Ejecutados en Colombia.	4
Puntaje Total Máximo.	300
Puntaje Total Mínimo.	210

2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE

- 2.1. En primer término debe señalarse que, el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se refiere al deber de selección objetiva respecto de la cual establece que: *"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: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de*



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. (...) 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. (...). (Se subraya)

2.2. De la misma manera el artículo 12 del Decreto 2474 de 2008 establece que "El ofrecimiento más favorable para la entidad a que se refiere el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 se determinará de la siguiente manera: (...) 2. En el concurso de méritos, la oferta más favorable a la entidad será aquella que presente la mejor calidad, de acuerdo con los criterios señalados en el presente decreto y en el pliego de condiciones, con independencia del precio, que no será factor de calificación o evaluación (...)". (Se subraya)

2.3. En este orden de ideas, debe resaltarse que la ley es clara en establecer que la escogencia que la respectiva entidad haga de las propuestas, supone la selección del ofrecimiento más favorable para tal entidad y a los fines que ella busca. De lo anterior se desprende que, es a las entidades a quienes corresponde determinar la experiencia que considere relevantes exigir, teniendo en cuenta los fines que busca alcanzar, la naturaleza del contrato a suscribir y su valor. En este sentido se encuentra que en la normatividad citada se prevé que son las entidades quienes deben determinar los criterios de experiencia que consideren adecuados teniendo en cuenta las consideraciones particulares del objeto a contratar, criterios éstos que se deberán incluir en los respectivos pliegos de condiciones.

2.4. "En consecuencia, es importante resaltar que corresponde a las entidades en cada caso determinar la experiencia que considere adecuado exigir a los proponentes dentro de un proceso de selección, así por ejemplo si motivaciones de carácter técnico lo ameritan puede establecerse que la experiencia en ejecución de contratos en Colombia es importante.

2.5. Ahora bien, el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 establece que "En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad. Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público." (Se subraya).

- 2.6. Por su parte, la Ley 816 de 2003 prevé en el párrafo del artículo primero que "Se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales." (Se subraya).
- 2.7. De la normatividad citada en los numerales 2 y 2.5 se encuentra que la ley aplicable a los procesos de selección de contratistas del Estado en Colombia establece que debe darse un trato igualitario, y acorde con el principio de reciprocidad, a los "proponentes" y a las "ofertas" nacionales y extranjeras, todo lo cual se prevé estrictamente en los Pliegos de cada uno de los Procesos.
- 2.8. Ahora bien, muy distinto es que por consideraciones de carácter técnico se haya estimado conveniente solicitar experiencias ejecutadas en territorio colombiano, las cuales pueden perfectamente haber sido llevadas a cabo por interesados nacionales o extranjeros. Por lo tanto, debe comprenderse que la exigencia de experiencias en Colombia no supone un trato desigual a los proponentes en razón de su carácter de nacionales o extranjeros, ni por virtud del origen de las ofertas en razón de la procedencia de las mismas.
- 2.9. En este orden de ideas, se encuentra que el requerimiento de experiencias ejecutadas en Colombia en nada contradice los requerimientos legales de trato igualitario para nacionales y extranjeros, ya que como se advirtió unos y otros pueden perfectamente cumplir con dicha exigencia; en otras palabras debe entenderse que el requerimiento de experiencias ejecutadas en Colombia no supone que las mismas hubieren sido necesariamente desarrolladas por nacionales por lo que cualquier extranjero que las hubiere llevado a cabo podría perfectamente acreditarlas. Cosa distinta sería que se exigiera que los



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

interesados extranjeros tuvieran que venir necesariamente acompañados de colombianos o que se estableciera que no es válida las experiencias obtenidas en el exterior.

- 2.10. No aceptar la posibilidad de requerir experiencias en Colombia con el argumento de que tales exigencias contradicen el principio de reciprocidad y trato igualitaria, llevaría al absurdo de que no fuere posible exigir una experiencia que no pudiese haber sido desarrollada en todos y cada uno de los países y jurisdicciones existentes, bajo el argumento de que se estaría dando un trato desigual a aquellos proponentes en cuyo país de origen no existieran experiencias de las características de las requeridas.
- 2.11. En este sentido, vale la pena resaltar que la Constitución Política artículo 226, establece que *"El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional."* (Se subraya). Por lo tanto, debe comprenderse que no es posible argumentar la protección del principio de reciprocidad y trato igualitario para extranjeros, en detrimento de requerimientos que se han considerados relevantes para el efectivo desarrollo del proyecto objeto de los Procesos de Selección de manera particular, y que por tanto repercuten en la conveniencia nacional en un sentido general.
- 2.12. Del mismo modo vale la pena destacar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a situaciones similares a la presente, ha expresado que *"(...) no es dable a la administración, sin afectar la regularidad del proceso licitatorio, incluir factores o criterios que impliquen trato discriminatorio y el rompimiento del principio de igualdad de oportunidades entre los oferentes, lo cual no impide a la administración diseñar cada proceso teniendo en cuenta la localización de la ejecución del contrato y el objeto correspondiente, de modo que sin desconocer el principio de transparencia, incluya dentro del pliego de condiciones, para ser evaluados al momento de la escogencia del contratista, factores objetivos que permitan considerar como criterio de selección la experiencia, capacidad y cumplimiento (art.22.5 y 29)."*¹
- 2.13. En las respuestas publicadas el INCO ha manifestado la importancia de valorar la experiencia en contratos ejecutados en Colombia al considerar que el conocimiento que genera dicha experiencia en

¹ Consejo de Estado, sala de consulta y servicio civil, Consejero ponente: Ricardo Hernando Monroy Church, Bogotá, D.C., septiembre 14 de 2001, Radicación número: 1373.



Para contestar cite:

Radicado INCO No.: 20101010076751



Fecha: 10-06-2010

distintas áreas constituyen, unidos, un valor adicional que es relevante para supervisar efectivamente los contratos de concesión, considerando además frente a ello las obligaciones y responsabilidades que el Interventor está asumiendo y muchas de las cuales deben ser ejecutadas de forma simultánea, coordinada y oportuna para beneficio y éxito del proyecto. Siendo un valor adicional, no esencial pero que si aporta para el beneficio y éxito del proyecto, el puntaje asignado es relativamente bajo pero aún relevante para el INCO para un Proyecto de estas características.

2.14. Cabe mencionar que a través de las respuestas publicadas por el INCO a las preguntas formuladas por los interesados en el desarrollo del proceso, el INCO ha explicado ampliamente el sustento jurídico y técnico que permite a la entidad a establecer dichos criterios.

2.15. Junto con estas respuestas, destacamos además que el INCO ha reducido los puntos asignados a los contratos ejecutados en Colombia, pasando de un puntaje máximo de 35 puntos incluido en la primera versión del Proyecto de Pliego de Condiciones (vinculado con la acreditación de hasta siete (7) contratos, valorados en cinco (5) puntos cada uno, que representaba un 3.5% del puntaje máximo de 1,000 puntos), a un puntaje máximo de 20 puntos (relacionados con hasta cinco (5) contratos valorados en cuatro (4) puntos cada uno, que representa un 2.0% del puntaje máximo de 1,000 puntos), incluido en la última versión publicada del Proyecto de Pliego de Condiciones.

3. CONSIDERACIONES DEL INCO SOBRE LA SOLICITUD DE REALIZAR UNA REUNIÓN PARA ESCUCHAR A LOS INTERESADOS

3.1. Además de lo anteriormente expuesto, vale mencionar que el pasado 21 de mayo fue realizada la Audiencia de Cierre del Concurso de Méritos en la cual INCO recibió 10 manifestaciones de interés para el Sector 1 y 11 para el Sector 2 de grupos conformados por empresas nacionales y extranjeros, Audiencia que se celebró sin ningún contratiempo. De esta forma, los grupos que se han presentado ya han tomado en consideración los requisitos establecidos en el Proyecto de Pliego de Condiciones, incluyendo el criterio de puntos asignados por contratos realizados en Colombia, de modo que éste ya ha sido evaluado y asumido por las empresas en la definición de sus grupos proponentes. Dichos grupos conformados están así en espera de la conclusión de la evaluación de manifestaciones de interés por parte del INCO y de la celebración de la Audiencia de Definición de Lista Corta programada para el próximo 10 de junio.



Para contestar cite:
Radicado INCO No.: 20101010076751




Fecha: 10-06-2010

- 3.2. Con base en lo anteriormente expuesto, el INCO considera que no es oportuno en este momento realizar una reunión con los interesados, dado que (a) existen sustentos jurídicos y técnicos sólidos que acompañan la decisión del INCO de incorporar este requisito, (b) las preguntas formuladas por interesados han sido respondidas amplia y detalladamente por el INCO en las respuestas publicadas del proceso, las cuales incluyen sus respectivos sustentos legales y técnicos, (c) el requisito representa un valor marginal con respecto a la valoración total, (d) el INCO ha demostrado receptividad en las inquietudes habiendo reducido el puntaje asignado a este criterio en comparación con la versión inicialmente publicada, (e) los interesados ya han considerado este requisito en la conformación de sus grupos proponentes y (e) la Audiencia de Definición de Lista Corta está programada para realizarse el próximo 16 de junio.
- 3.3. Dicho lo anterior el INCO evaluará la oportunidad de realizar una reunión con interesados una vez se defina la lista corta definitiva y anteriormente a la publicación de los Pliegos Definitivos de estos Concurso de Méritos.

Esperamos que las aclaraciones suministradas sean ilustrativas para la Procuraduría y estaremos a su entera disposición para aclarar dudas adicionales.

Atentamente,


JULIO CESAR ARANGO SARCES
Gerente General
Instituto Nacional de Concesiones - INCO.


Revisó: Dra. Martha Rojas Castellanos - Asesora Gerencia General - INCO.
Vb. Dra. Ruby Ruth Ramirez Medina - Coordinadora Grupo de