



4 de septiembre de 2015

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
Atn.: Dr. Alfredo Bocanegra Varón
Vicepresidencia Jurídica
Calle 24A No. 59-42 Piso 2. Torre 4
Bogotá, Ciudad.

Ref.: Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2015

Asunto: Observaciones al Informe de Evaluación -
Aclaración Ofrecimiento Factor de Calidad –
Solicitud de Corrección

Estimados Señores,

Andrés Muro de Nadal y Francisco José Lozano, actuando en nuestra calidad de Representantes Comunes de la Estructura Plural Cintra – Concesia (la "Estructura Plural" o el "Proponente") en el marco de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2015 (el "Proceso"), en ejercicio del derecho a la contradicción y defensa que asiste al Proponente, de manera atenta y respetuosa nos dirigimos a Ustedes con el fin de presentar observaciones al Informe Preliminar de Evaluación del Proceso, publicado en el SECOP el pasado 28 de agosto de 2015 (el "Informe") en los siguientes términos:

Observación General

El Informe contiene una interpretación errada respecto del ofrecimiento hecho y consignado por el Proponente en el Anexo 22 de su Oferta, al presumir que éste no hizo ofrecimiento alguno relacionado con las obras del Factor de Calidad.

Dicha interpretación errada condujo a una conclusión y evaluación igualmente erradas y tuvo como consecuencia que la ANI no otorgara los 100 puntos que sí habría debido otorgar de haber considerado que el Proponente sí ofertó las obras del Factor de Calidad en su totalidad (como en efecto hizo), o de haber solicitado, al menos, aclaración o explicación al respecto como era su facultad, de conformidad con el inciso 4 del numeral 7.5 del Pliego de Condiciones. Ello pone al Proponente en situación de desventaja en el Proceso y podría generar un trato no igualitario. Lo anterior toda vez que la Estructura Plural es el único de los tres proponentes al que no se le presentó la oportunidad de subsanar ni de aclarar en ningún momento, sino que por el contrario se le otorgaron cero (0) puntos sin antes recibir una explicación y/o aclaración por parte del Proponente, contraviniendo esto los principios de igual y transparencia en los que se basa la contratación pública en Colombia.

Consideraciones, Aclaraciones y Fundamentos

La observación planteada surge de lo consignado en el Informe, que señala de manera expresa que por la ausencia de una marcación ortográfica o tipográfica, esto es, que por la ausencia de una simple "X" en un renglón o casilla del Anexo 22 – Factor de Calidad (el "Anexo" o el "Factor de Calidad"), al Proponente no le fue tenido en cuenta el ofrecimiento que hizo por todas las obras relacionadas con dicho factor, tal como se desprende de la transcripción que sigue. Veamos:

"En el Anexo 22 Factor de Calidad presentado por el proponente NO marcó con una X la mejora de trazado de la carretera actual entre Dabeiba – Mutatá, tramo: Mejoramiento Túnel de La Llorona, y dado que este se encontraba en el primer lugar en la tabla del documento, de conformidad los numerales 8.7.3, del Pliego Definitivo de Condiciones, el cual manifiesta "Los puntos deberán ser ofertados en el mismo orden de la tabla sin poder ofertar alguno sin ofertar todos los anteriores." en consecuencia al no marcarse esta mejora el proponente NO cumple con lo requerido para el factor de calidad, por lo que se le otorga un puntaje de 0 puntos, de conformidad como lo establece el pliego de condiciones en su numeral 8.7.2 en los siguientes términos: "El Oferente que presente el Factor de Calidad que no cumpla con todos y cada uno de los requisitos señalados en el numeral 6.5 de este Pliego de Condiciones se le asignaran cero (0) puntos". (Negrillas fuera de texto)

Obsérvese en la transcripción que para la ANI la no asignación de puntaje al Proponente es la consecuencia directa, explícita y manifiesta, de la alegada falta de marcación de un renglón o casilla del Anexo 22.

Pues bien, el estudio documental y consecuente evaluación aparentemente realizados por la ANI en relación con el Factor de Calidad (que corresponde a un factor de escogencia), seguramente bien intencionados pero fundado en una interpretación simplemente indiciaria sobre la significancia de las marcas tipográficas hechas y/o sobre la significancia de las faltantes, como señal inequívoca de ofrecimientos dejados de hacer, concluye sumariamente que dicha falta de marcación de un renglón del Anexo 22 con una "X" en un anexo en el que TODO LO DEMÁS SÍ ESTÁ MARCADO, significa que el Proponente no realizó ofrecimiento por ninguna de las obras del Factor de Calidad. Esta interpretación, prevalentemente formalista, desconoce la primacía de lo sustancial¹, inaplica el principio de economía que rige las actuaciones contractuales del Estado y riñe con la finalidad útil del Anexo 22 mismo y con su presentación voluntaria, diligenciada y firmada por parte del Proponente. Recuérdese que el Anexo 22 está precisamente concebido para que el Proponente exteriorice sus ofrecimientos respecto del Factor de Calidad, y no cualquier ofrecimiento, sino solamente aquéllos ofrecimientos que conforme al Pliego de Condiciones del Proceso resultaren jurídicamente posibles. Así, dado que no era jurídicamente posible ofrecer ninguna obra por sí sola, ni las 14 marcadas por el Proponente sin que se ofertare la primera de todas ellas (el Túnel), ¿qué sentido tendría entonces el diligenciamiento, firma y entrega del Anexo 22 por parte del Proponente quien marcó todas las demás excepto la primera si no fuere el de ofrecerlas todas?

Al parecer, por lo expresado en el Informe, la ANI consideró que la manera como el Proponente diligenció el Anexo 22 equivalía a un NO ofrecimiento por las obras del Factor de Calidad, y, en lugar de evaluar, puntuar o indagar al Proponente por el sentido de su ofrecimiento, que es el aspecto constitutivo de un parámetro objetivo de comparación, evaluó y calificó en cambio la forma de diligenciamiento del Anexo, que no es lo mismo, castigando de contera al Proponente al no asignarle la puntuación que corresponde y privilegiando los aspectos formales documentales de presentación sobre los sustanciales materiales del ofrecimiento.

Sin embargo, para efectos de toda claridad, es preciso señalar que la ausencia de marcación con un signo tipográfico o una "X" en el Anexo 22 presentado constituyó un *lapsus calami* o error de buena fe del Proponente y nada distinto a eso, y no debe quitar dicho *lapsus calami* toda significancia al hecho incontrovertido e irrefutable de la presentación y entrega oportuna del Anexo 22, como si su presentación con la oferta hubiese sido para simple relleno o adorno o como si la inclusión del anexo en la Oferta del Proponente no estuviere llamada a producir algún efecto útil en el proceso de selección. Nótese que si el resultado buscado por el Proponente hubiese sido el de no realizar ofrecimiento alguno sobre las obras del Factor de Calidad, pues sencillamente no habría incluido el Anexo 22 en su oferta (porque no era obligatorio), y ciertamente no se habría ocupado

¹ "(...) Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias." (Consejo de Estado, Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo, mayo 20 2010, Radicación número 1.992)

de diligenciarlo EN TODAS SUS CASILLAS DILIGENCIABLES, excepto la primera de ellas, inexplicablemente dejada de marcar, y que por virtud del funcionamiento de las reglas de diligenciamiento, tiene la gracia de activar o validar todo el ofrecimiento realizado cuando está marcada, o de inactivarlo o invalidarlo por completo cuando no lo está. Es como si la primera casilla, correspondiente al Túnel fuese fuera un interruptor general de corriente.

Como se manifestó, la falta de marcación señalada en el Informe constituyó un *lapsus calami* del cual no es dable colegir ni interpretar voluntad de no ofrecer la obra correspondiente al Túnel la Llorona, ni mucho menos falta de ofrecimiento del proponente por la totalidad de obras del Factor de Calidad que sí se ocupó de marcar. Ello, se reitera, por cuanto conforme a las instrucciones mismas de diligenciamiento del Anexo, las cuales el Proponente conocía, no le estaba permitido a los participantes ofrecer ninguna obra si no ofrecían al menos la primera. Considérese además, que cada obra del renglón inmediatamente superior constituye por el intrincado funcionamiento de las reglas de diligenciamiento del Anexo 22, una obra de obligatorio ofrecimiento para que valga el ofrecimiento hecho por la obra descrita en el renglón que le sigue. Es decir, las marcas o signos distintivos de los renglones o casillas superiores, sirven a su turno de interruptor general también a las de los renglones inmediatamente inferiores. Pero solo la primera casilla funciona como interruptor general. Vale recordar a este respecto que de un total de 15 obras que comprenden el Factor de Calidad el Proponente marcó con "X" 14 de ellas, excepto la primera, por el señalado *lapsus calami*.

Sin embargo, interpretar como se hace en el Informe que dicha ausencia de marca equivale a no realizar ofrecimiento alguno, sea por la primera obra, sea por ninguna de ellas, equivale a predicar una especie de ineptitud sustantiva² del ofrecimiento hecho por el Proponente por causa de la aquí confesada, errada, e inexplicable ausencia de diligenciamiento o marca del primer renglón o casilla del Anexo 22. Dicha especie de ineptitud sustantiva llevaría a desconocer el ofrecimiento y selección verdaderamente realizados por el Proponente desde la presentación de la oferta misma, quien como se ha expuesto optó marcando inequívocamente por ofrecer todas las 15 obras del Factor de Calidad, habiendo quedado visibles solo 14 de ellas, privilegia indebidamente la forma sobre la sustancia y conduce a un riesgo de detrimento fiscal por el valor de la diferencia en montos en el evento en que, a falta de los 100 puntos otorgados a los demás oferentes, el Proponente que representamos tenga la oferta elegible más económica, pero obtenga menor puntuación total. Ello generaría un posible detrimento patrimonial equivalente a la diferencia entre el valor de la oferta del oferente adjudicatario y del Proponente a quien representamos por una simple formalidad.

Lo expuesto pone de presente entonces que se trató de un simple error de diligenciamiento que en nada afecta el ofrecimiento realizado, y por ello el Proponente respetuosamente solicita a la ANI dar mérito a estas explicaciones, invocando al efecto la aplicación del principio de presunción de buena fe en las actuaciones y declaraciones de los particulares ante el Estado, de conformidad con los artículos 83 de la Constitución Política y 24 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, dado que según se ha aclarado el Proponente ofertó la totalidad de las obras del Factor de Calidad desde la presentación misma de su oferta, es importante resaltar que tratándose de su ofrecimiento original no es dable alegar o afirmar que la aceptación de las explicaciones y aclaraciones que aquí se presentan conduzca a, o permita una, modificación, adición o mejora de la Oferta, pues el ofrecimiento ya está hecho, presentado y consolidado sobre las 15 obras adicionales del Factor de Calidad desde la entrega misma de la oferta a la ANI en la fecha de cierre del Proceso.

Petición

² "(...) Esta regla que desarrolla el principio de la economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento (...)" (Consejo de Estado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa, 8 de febrero 2012, Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688))

Conforme a cuanto precede, estando en la oportunidad debida, y por el carácter preliminar y esencialmente controvertible del Informe, de manera respetuosa pero comedida solicitamos a la ANI que de conformidad con el principio de responsabilidad que rige las actuaciones contractuales del Estado (artículo 4, Ley 80 de 1993), en aplicación de los principios de economía y eficacia que rigen la función administrativa (Artículo 209, Constitución Política) y conforme a las disposiciones propias de la Licitación, puntualmente el inciso 4 del numeral 7.5 del Pliego de Condiciones que permite a la ANI solicitar y por tanto recibir explicaciones o aclaraciones relacionadas con el estudio y evaluación de los factores de escogencia de las Ofertas, acepte como válidas y suficientes las explicaciones dadas y modifique en consecuencia la evaluación dada al Proponente en relación con su ofrecimiento del Factor de Calidad, asignándole los 100 puntos correspondientes. Lo anterior también en busca de un trato igualitario teniendo en cuenta que como ya se expuso previamente, los otros dos proponentes han tenido la posibilidad de presentar documentación adicional con el fin de aclarar y subsanar elementos de sus ofertas entregadas originalmente.

Como síntesis de lo expuesto y para mejor proveer en defensa del otorgamiento de la puntuación solicitada para el Proponente, a continuación se resumen los planteamientos realizados:

- El Proponente presentó el Anexo 22 diligenciado y firmado por sus representantes comunes;
- A dicha presentación debe atribuirse algún efecto, comoquiera que constituye una manifestación de voluntad del Proponente;
- Dicho efecto debe ser el de suponer que el Proponente hizo un ofrecimiento relacionado con las obras del Factor de Calidad relacionadas en el mismo, que es para lo que está concebido el Anexo 22;
- Sin embargo, la ANI evaluó al Proponente y no le asignó puntaje alguno por dicho Factor de Calidad;
- Ello implica que la ANI o bien (i) no tuvo en cuenta la presentación del Anexo 22 o que (ii) habiéndolo tenido en cuenta, no le dio eficacia útil alguna, presumiendo que el Anexo 22 presentado no constituye ofrecimiento o manifestación alguna del Proponente. Es decir lo desconoció, lo inobservó, lo ignoró o lo tuvo por no presentado;

Sin embargo, tal como se aclaró en precedencia:

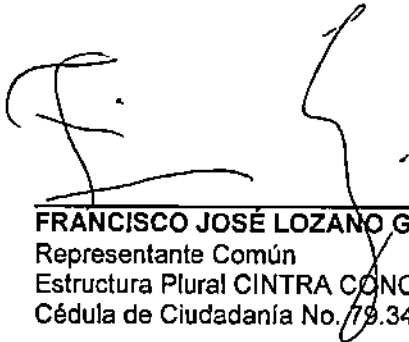
- El Proponente Sí ofreció el Factor de Calidad y la totalidad de las obras relacionadas en el Anexo 22 pero incurrió en un error de diligenciamiento o *"lapsus calami"* al inexplicablemente dejar de marcar con la letra X (o cualquier otro signo distintivo) el primer renglón o casilla, correspondiente a la Obra del Túnel la Llorona;
- De otra parte, si bien el Anexo 22 señala en sus instrucciones de diligenciamiento que para que los ofrecimientos que hagan los proponentes sean tenidos en cuenta deben *"seleccionarse en el orden de prioridad establecido, incluyendo todas las [obras] anteriores a la actuación [obra] elegida"*, la falta de selección o marcado de la obra descrita en el primer renglón (el Túnel) no debe interpretarse como si el Proponente no hubiera ofrecido hacerla, puesto que el mismo Anexo señala que no se pueden *"ofertar las obras de manera selectiva ni intercalada"*.
- Además, si no se marca la casilla correspondiente a la obra inmediatamente anterior, se entiende que la obra siguiente señalada o marcada tampoco se está ofertando, y si no se marca la primera de las obras, entonces querría decir que, aun a pesar de haber marcado

todas las demás, tampoco se estaría ofreciendo hacer ninguna obra adicional. Entonces, ¿para qué habría presentado el Anexo 22 el Proponente si no cobraba ningún efecto?

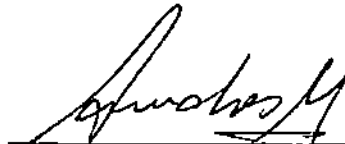
- No cabe a la ANI presumir falta de ofrecimiento, pues ello niega la eficacia útil que debe presumirse de la manifestación de voluntad hecha por el Proponente al presentar el Anexo 22, y en cambio debe tratar de darle alguna significación racional, que en el caso expuesto no es otra significación que la de haber ofrecido las Obras Adicionales del Factor de Calidad pero la de haberse equivocado en el diligenciamiento del Anexo;
- Así, aclarado mediante manifestación escrita que el Proponente sí hizo el ofrecimiento, declaración amparada por la buena fe que debe presumirse en la actuación de los particulares ante el Estado, la ANI debería corregir la evaluación contenida en el Informe, pues no hacerlo implicaría aplicar con rigor o severidad extrema una regla que terminaría privilegiando la forma sobre la sustancia y eventualmente generando un riesgo de detrimento fiscal según expuesto.

Muchas gracias por su atención estaremos pendientes de cualquier duda o solicitud que puedan llegar a tener.

Cordial saludo,



FRANCISCO JOSÉ LOZANO GAMBA
Representante Común
Estructura Plural CINTRA CONCESIA
Cédula de Ciudadanía No. 79.347.922



ANDRÉS MURO DE NADAL
Representante Común
Estructura Plural CINTRA CONCESIA
Cédula de Ciudadanía No. 79.930.935