

INFORME RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES

PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-007-2015 AUTOPISTA BOGOTÁ – GIRARDOT, MEDIANTE LA AMPLIACIÓN A TRES CARRILES DESDE EL PEAJE DE CHINAUTA HASTA EL SECTOR DENOMINADO EL MUÑA Y LA AMPLIACIÓN A TERCER CARRIL DESDE EL PORTAL DE ENTRADA DEL TÚNEL DE SUMAPAZ HASTA EL PEAJE DE CHINAUTA EN EL SENTIDO GIRARDOT HACIA BOGOTÁ

I. OBSERVACIONES REALIZADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL VIAS A GIRARDOT mediante radicado No. 2015-409-079467-2.

Observaciones para la estructura plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO conformada por BENTON S.A.S - CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA.

1. Observaciones en relación con la certificación entidad Contratante.

“(…) El numeral 3.5.11 del Documento exige que para Acreditar la Experiencia en Inversión que los Manifestantes aporten una certificación emitida por el funcionario competente de la entidad contratante en la cual conste:

“i) Fecha suscripción del contrato; (ii) Valor del contrato; (iii) Obligaciones principales de la parte privada, y (iv) El contrato no haya sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista. En este último evento si el contrato está en ejecución la certificación no podrá tener una fecha de expedición mayor de un año contado desde la publicación de la presente Precalificación en el SECOP. Si la certificación no contiene la información requerida en los literales mencionados, podrá allegarse copia del contrato como complemento.” (Subrayado fuera de texto)

“De conformidad con lo manifestado en la certificación de la entidad acreedora aportada a folio 42, el contrato de concesión para la construcción y operación para la autopista entre Xiangfan y Zingzhou, inició el 26 de enero de 1999 y termina el 26 de enero de 2029, por lo tanto actualmente estaría en ejecución.

“(…) Teniendo en cuenta que el Documento de la presente precalificación fue publicado el 31 de julio de 2015, la certificación emitida por la entidad contratante debía ser de fecha posterior al 31 de julio de 2014, sin embargo la certificación aportada del Departamento de Transporte de la Provincia de Hubei es del 16 de abril de 2013, tal como se observa en el folio 54 así como en la información remitida en la subsanación ya presentada por el proponente.

“Por lo tanto, la certificación aportada por la entidad contratante no cumple con el requisito exigido por el Documento y por ende no es posible tener certeza si dicho contrato no ha sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista, de tal manera que el proponente no cumple con la acreditación de la experiencia en inversión. (...)”

CONTRAOBSERVACIÓN:

“La Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO ha venido dando pleno cumplimiento a los requisitos establecidos en las Condiciones para Participar y así lo seguirá haciendo hasta el plazo autorizado por la entidad en el Informe de Solicitud de Subsanaciones y Observaciones, a saber "a más tardar hasta el inicio de la audiencia de conformación de la lista de precalificados” Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, es claro que el Contrato acreditado para hacer valer la Experiencia en Inversión ha sido cumplido de manera satisfactoria y no ha sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del Contratista.(...)”

RESPUESTA DE LA AGENCIA:

La observación es procedente. En concordancia con la observación, la Entidad formuló solicitud de aclaración en el mismo sentido, mediante documento publicado el 20 de noviembre de 2015 en el Sistema Electrónico de contratación Pública – SECOP (ver numeral 2 de la Solicitud de subsanación Experiencia en Inversión para MANIFESTANTE 1 Estructura Plural conformada por BENTON S.A.S Y CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA, del documento precitado).

Ahora bien, como respuesta a la solicitud formulada por la Entidad el manifestante Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO aportó la certificación solicitada, debidamente legalizada, el día 17 de diciembre de 2015 de conformidad con lo establecido en el documento Condiciones para participar.

2. *Observación en relación a si el contrato acreditado para la experiencia en inversión se encuentra en ejecución o terminado.*

“(…) Tal como lo identificó la ANI en el informe solicitud de subsanaciones y observaciones, no es claro en las certificaciones expedidas por la entidad acreedora y la entidad contratante, si el contrato se encuentra vigente o ya se terminó su ejecución. En la certificación de la Entidad Acreedora que se encuentra en los folios 42 y 43 se señala en el literal (c) que el Contrato de Concesión inició el 26 de enero de 1999 y termina el 26 de enero de 2029.

Sin embargo, la misma certificación en el literal (l) señala que el contrato ya se ejecutó en los siguientes términos:

I. Que CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED ejecutó el Contrato de concesión a plena satisfacción y que el mismo no fue objeto de terminación por causa de caducidad o incumplimiento imputable al contratista.

Por lo tanto, esta certificación no es concluyente sobre el estado de ejecución del Contrato de Concesión. Aunado a esto la certificación de la entidad contratante, manifiesta que el contrato ya se ejecutó tal como se observa en el folio 53 en los siguientes términos

h. Que CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED ejecutó el contrato de Concesión a plena satisfacción y que el mismo no fue objeto de terminación por causa de caducidad o incumplimiento imputable al contratista.

Así pues, la certificación de la entidad acreedora y de la entidad contratante no permiten tener claridad sobre el estado de ejecución del contrato.(...)"

CONTRAOBSERVACIÓN:

"(...) Manifiesta el Representante Común de la Estructura Plural la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT, bajo una interpretación errada del contenido de la Certificación obrante a folios 42 y 43, que no es claro si el Contrato de Concesión del Proyecto Autopista de Xiangfan -Jingzhou se encuentra vigente o ya terminó su ejecución. Al respecto, es válido afirmar que no le asiste razón al Manifestante en su observación, en la medida que dicha certificación es clara en afirmar "Que el Contrato de Concesión inició el 26 de enero de 1999 y termina el 26 de enero de 2029", y por tanto, precisa en establecer que el Contrato se encuentra actualmente vigente al implicar dentro de su objeto la obligación de Operación de la Autopista de Xiangfan - Jingzhou hasta el año 2029.

En efecto, la manifestación contenida en el literal h) de dicha Certificación se refiere expresamente a la declaración solicitada en el literal (e) del numeral 3.5.2 de las Condiciones para Participar, relativa a que dicho Contrato no hubiera terminado por caducidad o incumplimiento imputable al Contratista. En tal sentido, no puede entenderse que el cumplimiento de las condiciones solicitadas por la entidad, llegue a afectar las condiciones de vigencia del Contrato claramente identificadas en la Certificación. Dicho alcance es tan claro, en tanto la declaración expresa claramente que al momento de su expedición el Contrato de Concesión se ejecutó a plena satisfacción y que el mismo no fue objeto de terminación por causa de caducidad o incumplimiento imputable al Contratista.

Es pertinente aclarar que es el mismo observante quien en observación anterior acepta el plazo de ejecución del Contrato manifestando en sus palabras que "De conformidad con lo manifestado en la certificación de la entidad acreedora aportada a folio 42, el contrato de concesión para la construcción y operación para la autopista entre Xiangfan y Zingzhou inició el 26 de enero de 1999 y termina el 26 de enero de 2029, por lo tanto actualmente estaría en ejecución". Luego, si existe algo no concluyente o poco claro en esta Precalificación es la argumentación de la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT al afirmar para una observación que el Contrato está en ejecución, y en otra, que existe falta de claridad en ese punto.

Es menester precisar que las condiciones de acreditación de la Experiencia en Inversión observada ya han sido presentadas ante la Agencia Nacional de Infraestructura en los Procesos de Primera y Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones, de manera que los documentos y la validación de las condiciones de acreditación de la Experiencia reposan en los archivos de la entidad y han sido validados por la ANI ,razón por la cual, la Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO solicita que se le garantice el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegido.

Del mismo modo, es necesario tener en cuenta el Decreto 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública" el cual, en su artículo noveno (9), prevé la prohibición de exigir documentos que reposan en la entidad de la siguiente forma: "Cuando se está adelantado un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación.

Dicho lo anterior, solicitamos se le dé efectiva aplicación a la norma citada para que, en su sentido estricto, se proceda a tener en cuenta los documentos que reposan en la entidad y que han sido validados por la misma con anterioridad para la Experiencia en Inversión de la Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO (...)"

RESPUESTA DE LA AGENCIA:

La observación es procedente y se reitera la respuesta que antecede. Se indica además que la solicitud de subsanación formulada por la Entidad al Manifestante 1 consta de dos partes: En la primera se solicita aclarar si el contrato se encuentra en ejecución y en la segunda se solicita, en caso de que el contrato se encuentre en ejecución, que se allegue certificación de la Entidad Contratante de conformidad con lo establecido en el literal d) subnumeral 3.5.11 del numeral 3.5 EXPERIENCIA EN INVERSIÓN.

En efecto, a partir de la réplica presentada por el Manifestante 1, se tiene que el contrato de orden 1 se encuentra en ejecución y por tanto se debe aportar la certificación de la entidad contratante cuya fecha de expedición se ajuste al término solicitado en el literal d) subnumeral 3.5.11 del numeral 3.5 de las condiciones para participar, requisito que es susceptible de subsanación toda vez que hace parte de los requisitos habilitantes.

En relación con la solicitud realizada por la Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO en la contraobservación presentada, por medio de la cual solicita la aplicación de lo dispuesto en el Decreto 019 de 2012 con el fin de que se tengan en cuenta los documentos que reposan en la entidad y que han sido validados por la misma con anterioridad para la acreditación de la Experiencia en Inversión de dicho manifestante en los Procesos de Primera y Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones, es oportuno precisar que tal solicitud resulta improcedente en este caso, pues de acuerdo con las reglas previstas por la entidad en el documento denominado "Condiciones para Participar", es claro que para la presente precalificación la fecha de expedición de la certificación de la entidad contratante debe ajustarse al término de un año establecido en el literal d) subnumeral 3.5.11 del numeral 3.5 antes indicado, término que no se cumple con las certificaciones presentadas en precalificaciones anteriores.

Ahora bien, como respuesta a la solicitud formulada por la Entidad el manifestante Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO aportó la certificación solicitada, debidamente legalizada, el día 17 de diciembre de 2015 de conformidad con lo establecido en el documento Condiciones para participar.

3. Observación en relación con quien suscribió el contrato con el cual se acredita la experiencia

OMG

“(…) La certificación de la entidad contratante y de la entidad acreedora no dejan claramente establecido quien es el contratista del contrato de concesión aportado para acreditar la experiencia en inversión.

La certificación de la entidad contratante a folio 53 señala:

a. Que el 26 de enero de 1999, la empresa CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED celebró el Contrato de Concesión para el PROYECTO AUTOPISTA XIANGFAN-JINGZHOU con la oficina de administración de transporte y vías del departamento de transporte de la provincia Hubei

Por lo tanto la entidad contratante señala que la empresa que celebró el contrato fue CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED.

Sin embargo, la certificación de la entidad acreedora aportada a folio 43 señala lo siguiente: Que la empresa CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED ejecutó (en la sociedad de Hubei XIANGFAN-JINGZHOU Autopista Co., Ltd) el Contrato de Concesión para el PROYECTO AUTOPISTA DE XIANGFAN-JINGZHOU, el cual incluye Financiación, Construcción y Operación.

Por lo que parecería que la empresa que celebra el contrato es Hubei XIANGFAN- JINGZHOU, mas no es del todo clara la certificación cuando señala que CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED haya ejecutado el contrato en la sociedad Hubei XIANGFAN-JINGZHOU.

Por lo anterior, los certificados aportados de la entidad contante y del acreedor no permiten deducir quien es el contratista del contrato de concesión que se busca acreditar como experiencia en inversión.”

CONTRAOBSERVACIÓN:

“(…) Para justificar su observación, la ESTRUCTURA PLURAL VÍAS A GIRARDOT expresa que las certificaciones aportadas no son claras en determinar si quien celebró el Contrato de Concesión fue la sociedad Hubei Xiangfan - Jingzhou o China Gezhouba Group Company Limited. Sobre este punto encontramos nuevamente que el Observante pretende otorgar efectos distintos a los expresamente incluidos en las Certificaciones otorgadas, a través de las cuales es claro que CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED ejecutó, como parte de la Sociedad Concesionaria HUBEI XIANGFAN - JINGZHOU AUTOPISTA CO. LTD, el Contrato de Concesión para el Proyecto Autopista de Xiangfan - Jingzhou.

“Dicho alcance es tan claro que la misma certificación indica cual fue el porcentaje de participación de CGGC en dicha sociedad concesionaria, e igualmente que la compañía hizo parte de la sociedad concesionaria al momento en que tuvo lugar el financiamiento. La claridad absoluta de las certificaciones es consistente con los requisitos establecidos en las Condiciones para Participar, de manera que no es dable otorgar interpretaciones más allá de las dispuestas en el texto de los documentos. Es válido aclarar que al momento de referirse a la compañía CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED las entidades se refieren a su condición de integrante de la sociedad concesionaria, como suele suceder en este tipo de proyectos.

OMG

“Adicionalmente, queremos precisar que las condiciones de acreditación de la Experiencia en Inversión observada ya han sido presentadas ante la Agencia Nacional de Infraestructura en los Procesos de Primera y Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones, de manera que los documentos y la validación de las condiciones de acreditación de la Experiencia reposan en los archivos de la entidad y han sido validados por la ANI, razón por la cual, la Estructura Plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO solicita que se le garantice el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegido.(...)”

RESPUESTA DE LA AGENCIA:

Una vez realizada la revisión integral de la manifestación de interés, así como de la observación y de la réplica presentadas, es claro para la Entidad que CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED hizo parte de la sociedad concesionaria Hubei XIANGFAN-JINGZHOU con una participación del 55%, situación que se evidencia en: (i) el diligenciamiento del Anexo 5 EXPERIENCIA EN CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA, obrante a folio 33, en el que se define la participación del integrante en la figura asociativa que desarrolla el contrato, (ii) la información contenida en los literales a), d) e i) de la certificación de la Entidad Acreedora, obrante a folios 42 y 43, (iii) la información contenida en el literal f de la certificación de Entidad Contratante obrante a folios 53 y 54, y (iv) en la información contenida en el literal d) en la Certificación de Entidad Deudora obrante a folios 68 y 69.

Como consecuencia de lo anterior la observación no es procedente.

Observaciones para la estructura plural ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL GIRARDOT BOGOTÁ conformada por CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A.- CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE.

1. Observación con relación a la garantía de manifestación de interés:

“(…) Los numerales 4.12.1 y 4.12.10 del Documento establecen las siguientes reglas respecto a la presentación de la Garantía de la Manifestación de Interés:

"4.12.1. Para garantizar la Manifestación de Interés y la presentación de la Oferta en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación y éstas puedan ser consideradas por la ANI cada Interesado deberá incluir en su Manifestación de Interés la Garantía establecida en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015."

"4.12.10. El pago de la Garantía, cuando ésta se haga exigible, tiene carácter sancionatorio, sin perjuicio del derecho que le asiste a la ANI de exigir la indemnización de los perjuicios adicionales que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar. La no presentación de la Garantía, produce el rechazo de la Manifestación de Interés. Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección. Si dicha corrección no se entrega por el Interesado a satisfacción de la ANI en el plazo señalado, se entenderá que el Interesado carece de voluntad de participación y su Manifestación de Interés será rechazada." (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De tal forma que el Documento era claro en establecer que en la Manifestación de Interés se debía incluir la garantía requerida por el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12., del Decreto 1082 de 2015, de lo contrario se produce el rechazo de la Manifestación de Interés.

Al respecto el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 establece lo siguiente: "si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado." (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

El Decreto 1082 de 2015 establece en su artículo 2.2.2.1.5.12., el contenido que debe tener una manifestación de interés: "esta deberá contener además de la expresión clara de su interés, las formas de contacto y los medios de comunicación eficaces a través de las cuales la entidad estatal competente podrá comunicarse con el interesado y la garantía que respalda su interés por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del presupuesto estimado de inversión del proyecto." (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por lo cual, es claro que tanto la Ley de 1508 de 2012 como el Decreto 1082 de 2015, los cuales contienen las reglas especiales para este tipo de procedimiento, establecen claramente que la manifestación de interés que se presenta requiere ser acompañada de la respectiva garantía. El pliego de condiciones reitera dichas normas y es muy claro en que si se presenta y tiene errores puede ser sujeto de subsanación pero si no se presenta, el efecto es el rechazo de la manifestación de interés.

Al revisar la manifestación de interés presentada por la ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL GIRARDOT BOGOTÁ el 10 de noviembre de 2015, en ninguno de los 99 folios aportados se presentó la Garantía de Manifestación de Interés, por lo cual el efecto de dicha actuación debe ser el rechazo de la Manifestación de Interés.

En el Informe Preliminar de verificación de los requisitos habilitantes se manifiesta lo siguiente: "El día 19 de noviembre de 2015 el manifestante P03 ESTRUCTURA PLURAL TERCER CARRIL GIRARDOT BOGOTÁ integrado por CASS CONSTRUCTORES Y COMPAÑÍA S.C.A.- CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE presentó mediante escrito con radicado 20154090760912 la garantía de la manifestación de interés de conformidad con lo establecido en el numeral 4.13 del Documento condiciones para participar"

Por lo tanto, es claro que la presentación de la Garantía de la Manifestación de Interés se realizó extemporáneamente, dejando de lado las reglas establecidas en los numerales 4.12.1 y 4.12.10 del Documento, las cuales acorde con las disposiciones especiales que regulan este procedimiento, establecían claramente que con la Manifestación de Interés se debía aportar la Garantía de la Manifestación de Interés y su no presentación generaría el rechazo. Circunstancia diferente habría sido que se hubiese presentado con la Manifestación de Interés una Garantía y la misma tuviera errores, caso en el cual la ANI estaría facultada para solicitar subsanaciones de la misma, pero en este caso el

OMG

Manifestante no cumplió con el deber establecido tanto en el Documento como en la Ley 1508 de 2012, por lo cual se debe aplicar el efecto consagrado en el Documento, a saber, el rechazo de la Manifestación de Interés.”

RESPUESTA DE LA AGENCIA:

El documento Condiciones para Participar en el numeral 4.12.10 establece: “(...) *El pago de la Garantía, cuando ésta se haga exigible, tiene carácter sancionatorio, sin perjuicio del derecho que le asiste a la ANI de exigir la indemnización de los perjuicios adicionales que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar. La no presentación de la Garantía, produce el rechazo de la Manifestación de Interés. Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección. Si dicha corrección no se entrega por el Interesado a satisfacción de la ANI en el plazo señalado, se entenderá que el Interesado carece de voluntad de participación y su Manifestación de Interés será rechazada. (...)*”

De conformidad con lo anterior, el documento Condiciones para Participar no estableció que la garantía de la manifestación de interés debía ser aportada al momento de la presentación de la manifestación de interés, toda vez que de conformidad con las reglas de subsanabilidad establecidas en la ley 1150 de 2007, en las sentencias del Consejo de Estado en temas de subsanabilidad de requisitos habilitantes, y en la circular No 13 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, han establecido que los requisitos habilitantes son subsanables hasta el día de la Adjudicación del proceso, y por lo tanto la causal de rechazo a que alude este numeral solo se aplica en el evento que el manifestante no presente el requisito habilitante hasta dicho momento.

Para una mayor claridad del tema se hace necesario considerar lo que han manifestado tanto el Consejo de Estado como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en relación con la subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje:

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo del veinte (20) de mayo de 2010¹, respecto de la verificación de las condiciones de los proponentes. Expresa:

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

A su vez, en sentencia dada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero², se hace claridad sobre la subsanabilidad de los requisitos que no asignan puntaje. El

¹ Radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034- 00

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad No. 25.804.

fallo referido indicó: “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.”. Específicamente, en relación con la omisión de aportar la garantía de seriedad de la propuesta en un proceso de selección, en dicho fallo el Consejo de Estado expresó: “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.” (Resaltado fuera del texto)

Adicionalmente, conforme al concepto contenido en la Circular Externa No. 13 del 13 de junio de 2014, dirigida a los partícipes del sistema de compras y contratación pública la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, la ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas, no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

Es así como las Entidades Estatales pueden solicitar subsanar los requisitos que no afectan la asignación de puntaje, y los manifestantes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsanar tales requisitos antes de iniciar la subasta.

Específicamente respecto de la Garantía de seriedad de la oferta conceptúa que la presentación de dicho documento puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación.

El incumplimiento de esta exigencia condiciona la validez de la oferta, como bien lo señala el observante, por esta razón el manifestante debe cumplir con su entrega antes de la adjudicación o para el presente caso hasta la audiencia de conformación de la lista de precalificados, a efectos de que la Entidad Estatal considere su oferta o manifestación de interés en el Proceso de Contratación.

En consecuencia, no obstante el manifestante observado no allegó con su manifestación de interés la Garantía de seriedad de la manifestación de interés correspondiente, tal como se anunció en el informe preliminar, la misma fue aportada posteriormente por éste antes de la publicación del informe preliminar y en cumplimiento de las características señaladas en el documento Condiciones para Participar, cumpliendo así con los postulados sobre subsanabilidad esbozados por el honorable Consejo de Estado en las providencias antes citadas.

En conclusión se encuentra que el manifestante observado subsanó y acreditó este requisito de manera oportuna, razón por la cual no se acoge la observación presentada.

II. Observaciones al INFORME SOLICITUD DE SUBSANACIONES Y OBSERVACIONES, presentada por el manifestante individual OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. mediante radicado No. 2015-409-080747-2.

“(…) Sustenta la entidad esta posición en el sudnumeral 3.5.11. e) del Documento de Invitación, según el cual: “[e]n caso de haber obtenido la experiencia mediante la participación de figuras asociativas anteriores se deberá adjuntar adicionalmente a la documentación a la que se refiere el literal (d) anterior, una declaración suscrita por quien pretende hacer valer dicha experiencia señalando su porcentaje de participación en la respectiva figura asociativa anterior en el momento del cierre financiero que se pretende verificar, de quien acredita la experiencia” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Por lo anterior, nos solicitan aclarar el porcentaje de participación para los contratos de orden 1,2 y 3 en los términos de la invitación a precalificar

Conforme se deriva del subnumeral antes transcrito, solo en los eventos en que se hubiera obtenido la experiencia a través de figuras asociativas, debía presentarse la declaración requerida. Lo anterior, encuentra sentido en que no siempre la experiencia en inversión y, así, la consecución de recursos de deuda, se realiza a través de sociedades de objeto único o vehículos de propósito especial, sino a través de consorcios o uniones temporales (figuras asociativas). Sin embargo esta última circunstancia, no ocurre en los tres (3) contratos acreditados por OHL en su Manifestación de Interés.”

De acuerdo con la documentación aportada y conforme puede verificarse en los certificados de entidad contratante, de acreedor, de deudor, y en los mismos contratos de concesión y de crédito, las tres (3) sociedades cuya experiencia en inversión se está acreditando, por ser controladas de OHL Concesiones S.A. –matriz de OHL-, han ejecutado y ejecutan actualmente los contratos acreditados en un cien por ciento (100%); es decir, ellas son por si solas los contratistas de las respectivas entidades contratantes, de ahí que no tenga que precisarse la participación. Lo anterior, tal y como a continuación se explica

i) Metro Ligero Oeste S.A., es cien por ciento (100%) la sociedad concesionaria del contrato de concesión suscrito el 15 de septiembre de 2006 con la Dirección General de Infraestructura de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y Vivienda del Gobierno Regional de la Comunidad Autónoma de Madrid, España

ii) Autopista del Norte S.A.C. es cien por ciento (100%) la sociedad concesionaria del contrato de concesión suscrito el 18 de febrero de 2009 con el Ministerio de Transporte y Comunicaciones de la República del Perú

iii) Autovía de Aragón – Tramo 1 S.A. es cien por ciento (100%) la sociedad concesionaria del contrato de concesión suscrito el 26 de diciembre de 2007 con la Secretaria de Estado de Infraestructura y Planificación del Ministerio de Fomento de España.

Por tanto, al ejecutar estas sociedades los respectivos contratos en un cien por ciento (100%) y al no ser, por tanto, figuras asociativas, no resultaba necesario aportar la declaración aquí requerida. Esta interpretación de las reglas del proceso de selección y de la forma como debía acreditarse la experiencia

OMG

en inversión va en estricta consonancia con la manera como OHL ha acreditado esta experiencia en diecinueve (19) procesos abiertos por la Aní y así lo ha aceptado y valorado esta misma entidad. Sin perjuicio de lo anterior, con este escrito se presenta tres (3) declaraciones: la primera “[...] suscrita por quien pretende hacer valer dicha experiencia” esto es, por el representante legal de OHL, como manifestante individual dentro del presente proceso; la segunda, por el Secretario No Consejero de OHL Concesiones S.A., en donde se identifica la participación de OHL Concesiones S.A., en las respectivas sociedades, para el momento del cierre financiero de los contratos de concesión; y, la tercera, por el Vicesecretario No Consejero de Obrascon Huarte Lain S.A. identificando la participación de esta sociedad, al momento del cierre financiero de los contratos de concesión, en las sociedades por ésta controladas.

De esta manera, teniendo en cuenta que la experiencia en inversión se acredita a través de sociedades controladas por Obrascon Huarte Lain S.A. y OHL Concesiones S.A. ambas matrices (directamente e indirectamente) de OHL, a continuación se indica el porcentaje de participación que éstas tenían en las sociedades controladas al momento del cierre financiero Así,

1. Obrascon Huarte Lain S.A. tenía en:

- a. Metro Ligero Oeste S.A. un 51 % de participación accionaria el 12 de diciembre de 2006, fecha del cierre financiero*
- b. Autovía de Aragón – Tramo 1 S.A. un 25% de participación accionaria el 25 de junio de 2008, fecha del cierre financiero*

2. OHL Concesiones S.A. tenía en:

- a. Autopista del Norte S.A.C un 99.99% de participación accionaria el 11 de febrero de 2011, fecha del cierre financiero*
- b. Autovía de Aragón –Tramo 1 S.A. un 45 % de participación accionaria el 25 de junio de 2008, fecha del cierre financiero*

En los anteriores términos la experiencia de estas tres sociedades puede ser acreditada y debe ser valorada en un cien por ciento (100%) (...)”

RESPUESTA DE LA ANI:

Sea lo primero aclarar que el literal e) del numeral 3.5.11 del Documento Condiciones para Participar sí es aplicable a las formas de acreditación de experiencia en inversión descritas en los subnumerales 3.1. y 3.2, esto es, cuando se pretenda acreditar experiencia del manifestante o de sus integrantes obtenida en figuras asociativas anteriores, o cuando se pretenda acreditar experiencia de un tercero relacionado con el manifestante o alguno de sus integrantes, como se establece en los literales (a), (b), (c) y (d) del mismo numeral 3.2. Lo anterior a fin de determinar si la experiencia a acreditar se toma dentro de la evaluación en su valor total, cuando la participación en la figura asociativa anterior haya sido igual o superior al 25%, o a prorrata en función del porcentaje de participación cuando éste haya sido inferior al 25%.

OMG

En concordancia con lo anterior, se aclara que se trata de una previsión mediante la cual se garantiza una evaluación del requisito de experiencia en inversión en igualdad de condiciones y criterios para los manifestantes del presente proceso de selección.

Ahora bien, con base en la información contenida en el escrito de respuesta allegado con fecha del 4 de diciembre de 2015 en el que se hace mención a las correspondientes situaciones de control, y teniendo en cuenta las certificaciones aportadas en la propuesta, la Entidad encuentra la información requerida para la evaluación en cuanto al porcentaje de participación que se tuvo en el precitado contrato, y por tanto se entiende aclarada la solicitud de subsanación.

Finalmente con respecto a la mención que se hace en la observación sobre la evaluación en la experiencia en procesos anteriores de precalificación, es preciso indicar en primer lugar que al tratarse de procesos independientes la acreditación de los requisitos debe hacerse de conformidad con el documento de condiciones para participar del presente proceso

Ahora bien en los procesos de precalificación en los cuales se acreditó la misma experiencia la evaluación de los requisitos se realizó a partir de la información allegada en la manifestación de interés, con los resultados ya conocidos y publicados en los respectivos informes, en los cuales quedaron consignadas las conclusiones de la entidad en cuanto a la evaluación de cumplimiento de los requisitos y al análisis de las observaciones contraobservaciones y subsanaciones que se presentaron durante los respectivos procesos.

III. Observaciones al INFORME SOLICITUD DE SUBSANACIONES Y OBSERVACIONES, presentada por el manifestante individual OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. mediante radicado No. 2015-409-079942-2.

"La Manifestación de Interés de la Estructura Plural Tercer Carril Girardot - Bogotá no cumple con el requisito establecido en los numerales 4.12.1 y 4.12.10 del Documento de Invitación, esto es, la presentación de la garantía establecida en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5. 12 del Decreto 1082 de 2015.

Los numerales mencionados establecen:

"4.12.1. Para garantizar la Manifestación de Interés y la presentación de la Oferta en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación y éstas puedan ser consideradas por la ANI, cada interesado deberá incluir en su Manifestación de Interés la Garantía establecida en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015" (Negrilla fuera texto).

*"4.12.10. El pago de la Garantía, cuando ésta se haga exigible, tiene carácter sancionatorio, sin perjuicio del derecho que le asiste a la ANI de exigir la indemnización de los perjuicios adicionales que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar. **La no presentación de la Garantía produce el rechazo de la Manifestación de Interés.** Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección. Si dicha*

OMG

corrección no se entrega por el Interesado a satisfacción de la ANI en el plazo señalado, se entenderá que el Interesado carece de voluntad de participación y su Manifestación de Interés será rechazada" (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la no presentación de este documento significa que la Manifestación de Interés no está garantizada y, en consecuencia, de conformidad con los mencionados numerales, ésta debe ser rechazada.

Si bien es cierto que el manifestante aportó la garantía de la Manifestación el 19 de noviembre de 2015 (nueve (9) días después de la Fecha de Cierre y de que todos los otros manifestantes presentaran la garantía) lo cierto es que no la aportó en la oportunidad debida, esto es, con la Manifestación de Interés. La pretensión de esta garantía no es otra que la de avalar la seriedad de la Manifestación de Interés y esto debe ocurrir desde que se presenta la misma, es decir, desde la Fecha de Cierre, por cuanto admitir una interpretación en contrario le resta seriedad a los procesos de contratación en donde manifestantes presentan los documentos, sin el amparo de una garantía para que, entre otras, en atención al número de proponentes luego sí evalúen si otorgan o no la póliza y si asumen o no los costos que la emisión de la garantía conlleva.

Admitir que los proponentes presenten pólizas luego de la Fecha de Cierre (aun cuando la cobertura de la misma inicie en esa fecha) se presta para una participación inequitativa en la que unos, desde el comienzo presentan la póliza y asumen los riesgos, pero otros, según evolucionen los procesos de selección ahí si presenten las garantías y en esa oportunidad sí paguen la prima. Todos los manifestantes deberían otorgar la póliza desde el momento en que presentan la Manifestación de Interés; de lo contrario, se le estaría obligando a la entidad a pronunciarse y a evaluar manifestaciones y manifestantes no amparados por una garantía de seriedad. Así, esta Manifestación de Interés debe ser rechazada y, por tanto, de manera respetuosa le solicitamos a la ANI que en el Informe de evaluación definitivo la Estructura Plural Tercer Carril Girardot - Bogotá sea calificada como un manifestante no hábil. (...)"

RESPUESTA DE LA AGENCIA:

El documento Condiciones para Participar en el numeral 4.12.10 establece: "(...) El pago de la Garantía, cuando ésta se haga exigible, tiene carácter sancionatorio, sin perjuicio del derecho que le asiste a la ANI de exigir la indemnización de los perjuicios adicionales que con dicho incumplimiento se le hayan causado o se le llegaren a causar. La no presentación de la Garantía, produce el rechazo de la Manifestación de Interés. Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección. Si dicha corrección no se entrega por el Interesado a satisfacción de la ANI en el plazo señalado, se entenderá que el Interesado carece de voluntad de participación y su Manifestación de Interés será rechazada. (...)"

De conformidad con lo anterior, el documento Condiciones para Participar no estableció que la garantía de la manifestación de interés debía ser aportada al momento de la presentación de la manifestación de interés, toda vez que de conformidad con las reglas de subsanabilidad establecidas en la ley 1150 de 2007, en las sentencias del Consejo de Estado en temas de subsanabilidad de requisitos habilitantes, y

OMG

en la circular No 13 expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, han establecido que los requisitos habilitantes son subsanables hasta el día de la Adjudicación del proceso, y por lo tanto la causal de rechazo a que alude este numeral solo se aplica en el evento que el manifestante no presente el requisito habilitante hasta dicho momento.

Para una mayor claridad del tema se hace necesario considerar lo que han manifestado tanto el Consejo de Estado como la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente en relación con la subsanabilidad de requisitos y documentos que no otorgan puntaje:

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del Consejero Ponente Enrique José Arboleda Perdomo del veinte (20) de mayo de 2010³, respecto de la verificación de las condiciones de los proponentes. Expresa:

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

A su vez, en sentencia dada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del magistrado Enrique Gil Botero⁴, se hace claridad sobre la subsanabilidad de los requisitos que no asignan puntaje. El fallo referido indicó: *“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.”.* Específicamente, en relación con la omisión de aportar la garantía de seriedad de la propuesta en un proceso de selección, en dicho fallo el Consejo de Estado expresó: *“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.”* (Resaltado fuera del texto)

Adicionalmente, conforme al concepto contenido en la Circular Externa No. 13 del 13 de junio de 2014, dirigida a los partícipes del sistema de compras y contratación pública la Agencia Nacional de Contratación Pública -Colombia Compra Eficiente-, la ausencia de requisitos o la falta de documentos sobre la futura contratación que no son necesarios para comparar las ofertas, no son título suficiente para su rechazo, de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

³ Radicación No. 1.992. 11001-03-06-000-2010-00034- 00

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014. Rad No. 25.804.

Es así como las Entidades Estatales pueden solicitar subsanar los requisitos que no afectan la asignación de puntaje, y los manifestantes pueden subsanar tales requisitos hasta el momento de la adjudicación, salvo en los procesos de selección con subasta en los cuales los oferentes deben subsanar tales requisitos antes de iniciar la subasta.

Específicamente respecto de la Garantía de seriedad de la oferta conceptúa que la presentación de dicho documento puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación.

El incumplimiento de esta exigencia condiciona la validez de la oferta, como bien lo señala el observante, por esta razón el manifestante debe cumplir con su entrega antes de la adjudicación o para el presente caso hasta la audiencia de conformación de la lista de precalificados, a efectos de que la Entidad Estatal considere su oferta o manifestación de interés en el Proceso de Contratación.

En consecuencia, no obstante el manifestante observado no allegó con su manifestación de interés la Garantía de seriedad de la manifestación de interés correspondiente, tal como se anunció en el informe preliminar, la misma fue aportada posteriormente por éste antes de la publicación del informe preliminar y en cumplimiento de las características señaladas en el documento Condiciones para Participar, cumpliendo así con los postulados sobre subsanabilidad esbozados por el honorable Consejo de Estado en las providencias antes citadas.

En conclusión se encuentra que el manifestante observado subsanó y acreditó este requisito de manera oportuna, razón por la cual no se acoge la observación presentada.

Comité verificador de requisitos

