

Bogotá D.C., 23 de Septiembre de 2015

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura- ANI

Vicepresidencia Jurídica

Gerencia de Contratación

Calle 26 No 59-51 Torre 4 Piso 2 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4, Piso 2,

vjvgccm0192015@ani.gov.co

Ref. CONCURSO DE MÉRITOS ABIERTO No VJ-VGC-CM-019-2015 "CONTRATAR LA INTERVENTORÍA INTEGRAL QUE INCLUYE PERO NO SE LIMITA A LA INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, CONTABLE, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO UN ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE SE DERIVE DE LOS PROCESOS Nos. VJ-VEAPP- IPV-007-2015, VJ-VE-APP-IPB-002-2015, VJ-VE-APP-IPV-006-2015 y VJ-VE-APP-IPV-005-2015"

Respetados Señores:

Por medio de la presente nos permitimos presentar nuestras observaciones del proceso de la referencia:

1 Se solicita respetuosamente a la Entidad que al momento de realizar la evaluación de las ofertas del proceso de la referencia la ANI, informe la revisión de los evaluadores respecto a las firmas que ya cuentan con contratos en la ANI que accedieron a los beneficios del artículo 24 de la ley 361 de 1997. Donde se evidencie que se cumple con el hecho que los particulares empleadores que se han beneficiado con los desempates en los últimos tres años en los concursos de méritos realizados por la Entidad, a la fecha siguen contando con ese personal con discapacidad en la ejecución de los proyectos de interventorías adjudicados y de los cuales se suscribieron contratos como por ejemplo: ruta del sol, interventorías de concesiones 4G (primera ola) y las demás interventorías de concesiones en el periodo antes citado. Lo anterior dado que los funcionarios públicos deben realizar las actividades que les establecen las leyes y sus reglamentaciones, por lo cual en el informe de evaluación se debían detectar si algunas firmas a la fecha del cierre y/o adjudicación del presente proceso si han mantenido el personal con discapacidad en los proyectos anteriores de la ANI, caso contrario deben ser excluidos de los beneficios tal como lo exige el artículo 24 de la ley 361 de 1997.

Se recomienda como observación al informe de evaluación que sea publicado en el SECOP los actuales contratistas que acceden a los beneficios otorgado por la ley ibídem en esta Entidad, para el proceso de la referencia y establecer el número de personas con discapacidad en cada empresa que se ha beneficiado con dichos beneficios del art. 24 ley 361 de 1997; dado que no se pueden contratar personal a nombre de los consorcios o uniones temporales como se adjunta en concepto anexo de la oficina de jurídica del ministerio de trabajo.

Conforme a la Constitución de 1991, le asiste al funcionario público la obligación de dar cumplimiento a la normatividad, esto fundamentado en el principio constitucional de legalidad que apunta al sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculten; es decir, el funcionario público debe

adecuarse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley, impidiendo a los funcionarios actuar si no es con fundamento en dichos mandatos.

Así, el artículo 6 de la Carta Política señala expresamente que:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

De lo antedicho se extracta el deber de los funcionarios públicos de desarrollar su actividad teniendo como asento el ordenamiento jurídico, expresado en el citado principio, fortalecido en el artículo 121 de la Carta Magna, al señalar que:

“(…) ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Ahora bien, la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013, se establecen mecanismos para integrar a las personas con alguna limitación, ofreciendo ventajas competitivas en los procesos de licitación pública para quienes vincule mediante contrato de trabajo a personas con discapacidad, como criterio de desempate de los pliegos de condiciones, aludiendo el carácter preferencial a la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley, que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina sean personas con discapacidad, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un (1) año de anterioridad a la fecha de apertura del presente proceso de selección, y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación.

Así, de acuerdo a la calidad de funcionario público que exhibe el personal de la ANI, como sujeto estatal está atado al derecho de actuar siempre acatando lo establecido en las distintas categorías jurídicas; sin embargo, para el concurso de méritos de la referencia, se ha apartado de verificar que la vinculación de personal con discapacidad, se conserve durante la ejecución del contrato estatal, para lo cual solicita la aclaración a los Pliegos de Condiciones, mediante adenda y presentado por la ANI, respecto al personal con discapacidad vinculado por los demás contratistas y presentado para acceder a los beneficios en materia de licitación, estipulado por la Ley 1361 de 2009.

RESPECTO A LA SOLICITUD DE PUBLICACIÓN EN EL SECOP.

Primeramente es preciso señalar la existencia y aplicación del principio de buena fe erigido a rango constitucional, tanto en las actuaciones de los funcionarios públicos como de los particulares, cuya esencia se encuentra implícita en el régimen colombiano de contratación estatal, donde la conducta tanto del Estado como de los contratistas debe ser sometida a la buena fe.

El fundamento constitucional de este principio lo encontramos en el artículo 83 de la Constitución Política que reza:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Para el caso en comento, este principio coloca a los contratistas en la posición de acatar de forma obligatoria los criterios de lealtad y honestidad, con el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en su aplicación durante el periodo de celebración y ejecución del contrato. En otras palabras el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública es extensivo a los particulares contratistas, quienes deben orientar sus actuaciones en la mutua confianza durante el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos, como principio integral del régimen de contratación estatal.

NUMERAL 5.2 CRITERIOS DE DESEMPATE.

En los Pliegos de Condiciones se establece en su numeral 6:

“Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley 32 que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997, debidamente certificadas por la oficina de trabajo de la respectiva zona, que hayan sido contratados con por lo menos un (1) año de anterioridad a la fecha de cierre del presente proceso de selección, y que certifique adicionalmente que mantendrá dicho personal por un lapso igual al de la contratación para lo cual deberá diligenciar el Formato 4. Si la oferta es presentada por un Consorcio o Unión Temporal, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio o Unión Temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta”

Sin embargo, de acuerdo con lo anterior, no es posible establecer el cumplimiento del artículo 24 de la ley 361 de 1997, por lo que se solicita a la Entidad establecer como realizará la verificación de este criterio de desempate para las firmas de que tiene contratos de Interventoría o de Obra adjudicados, debe demostrar que ha mantenido el personal en condiciones de discapacidad con el cual le fue adjudicado el Contrato, de lo contrario no podrían acceder a los desempates.

2. Anexo N° 6

Se recomienda a la Entidad cambiar el Anexo N°6 en el cual los proponentes indiquen que se comprometen a contratar el personal a nombre de las firmas que conforman los consorcios o las uniones temporales, no como se indica en el formato:

*“Por medio de este documento, el suscrito, actuando en mi condición de representante de [nombre o razón social del proponente] (el “Proponente [insertar nombre del proponente]”), manifiesto la voluntad y compromiso irrevocable del Proponente [insertar nombre] que represento de vincular al “personal obligatorio” necesario para el desarrollo del Contrato de Consultoría en las condiciones y calidades descritas en el Pliego de Condiciones y sus anexos, en el evento en que el Proponente [insertar nombre] resulte Adjudicatario del Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-017-2015 por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA con el objeto de contratar **“INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, CONTABLE, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, AMBIENTAL, SOCIAL Y PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 10000078 OK DE 2010”**.*

Asimismo, acepto y reconozco que en caso de que el "personal obligatorio" no fuere acreditado dentro del término indicado en el pliego de condiciones, se entenderá como un incumplimiento en los términos del Contrato de Consultoría.

Esta observación se realiza en base al hecho de que los consorcios o uniones temporales no pueden contratar personal debido a que estas tienen una capacidad jurídica, y que tienen obligaciones tributarias, mas no son consideradas antes bajo los cuales se pueda realizar la contratación de personal"

Lo anterior, se indica que No es posible realizar la contratación de personal para los proyectos, a través de consorcios o uniones temporales debido a que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 solo le da "la Capacidad para Contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Junto con la presente comunicación se adjunta el concepto del abogado Luis Rafael Barrera quien con base en la sentencia de unificación del Magistrado Ponente Mauricio Fajardo, establece la capacidad jurídica de los Consorcios y Uniones temporales. En la cual dicho concepto y dicha Sentencia de unificación dejan claro que no se puede contratar el personal para la ejecución de un proyecto con entidades estatales a nombre de los Consorcios y Uniones temporales. Conjuntamente se adjuntan los conceptos de la oficina Jurídica del Ministerio de Trabajo en los cuales se establece de manera expresa que solo se podrá contratar el personal para la ejecución de proyectos con entidades estatales a nombre de los integrantes del proponente plural y NO A NOMBRE DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES.

Adicionalmente, que en este mismo formato se solicita a la Entidad realizar una modificación en la cual las empresas interesada en participar en proceso, informen cuales contratos tienen actualmente en ejecución y como están realizando la contratación de personal, es decir, si el personal está siendo contratado a través de consorcios o la uniones temporales o por cada uno de los integrantes de los consorcios o la uniones temporales

Por otra parte es importante verificar si la contratación a nombre de terceros, evidenciar la causa del porqué es permitido por la Entidad, debido a que en el Anexo N° 6 se indica bajo la gravedad del juramento que el proponente será quien vinculará el personal obligatorio para el desarrollo del contrato, lo que puede llevar a un error de interpretación por parte de los proponente.

En ese sentido es de recalcar que si la entidad permitió la subcontratación del personal, y esta autorización debió ser por escrito, debidamente motivada; puesto que la ANI no puede permitir que una empresa se beneficie de lo establecido en el artículo 24 de la ley 361 de 1997, y que diversas firmas sigan siendo favorecidas con la adjudicación de proyectos y no aumente su nómina y por ende debe aumentar el número de PcD para seguir accediendo a estos beneficios.



Conjuntamente es de recalcar que el Anexo No. 6 del pliego de condiciones establece de manera expresa que el proponente se compromete a contratar el personal a nombre del Consorcio o Unión Temporal.

Por otra parte, es importante que la Entidad informe como se verá reflejado dicha verificación en el Informe de Evaluación, pues esta debe ser debidamente motivada y se debe dar conocimiento general a todos los participantes del proceso en pro del principio de transparencia

Es de destacar, que al realizar esta verificación se debe tener en cuenta el factor de desempate:

“La oferta presentada por un Consorcio, Unión Temporal siempre que: (a) esté conformado por al menos una Mipyme nacional que tenga una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%); (b) la Mipyme aporte mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta; y (c) ni la Mipyme, ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros del Consorcio o Unión Temporal

La condición de Mipyme de las empresas obligadas a inscribirse en el RUP se verificará en el certificado de inscripción expedido por la Cámara de Comercio.”

Es importante que al realizar esta verificación se verifique realmente que las empresa si tiene la cantidad de personal contratado en los proyecto en ejecución o como proponentes individuales, pues se puede presentar el caso en el cual las empresas sobre pasen el nivel de personal contratado y ya no podrían estar cumpliendo con los parámetros exigidos por la ley.

Cordialmente,

HUGO ALFREDO POSSO MONCADA
Representante Legal
GRUPO POSSO S.A.S.

Anexo: Lo anunciado