

Bogotá D.C., 09 de febrero de 2016

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Vicepresidencia Jurídica

Gerencia de Contratación

Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4.Piso 2

vjvgccm0232015@ani.gov.co

Bogotá D.C.

REFERENCIA: CONCURSO DE MERITOS ABIERTO No. VJ-VGC-CM-001-2016

OBJETO: CONTRATAR LA INTERVENTORIA INTEGRAL QUE INCLUYE PERO QUE NO SE LIMITA A LA INTERVENTORIA TÉCNICA, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, CONTABLE, FINANCIERA, OPERATIVA, PREDIAL Y SOCIOAMBIENTAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 006 DE 2007, ÁREA METROPOLITANA DE CÚCUTA Y NORTE DE SANTANDER.

ASUNTO: Observaciones Pliego de Condiciones Definitivo

Respetados Señores,

Por medio de la presente nos permitimos realizar nuestras observaciones al Pliego de Condiciones del proceso de la Referencia:

En el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos Abierto VJ-VGC-CM-001-2016, en el numeral 5.2. CRITERIOS DE DESEMPATE en el ítem 6 se establece que se preferirá 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 está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997.

“6. Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley 30 que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se 31 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

Consortio o Unión Temporal y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada en la oferta."

Las firmas que acreditan el Certificado del Ministerio de Trabajo, de acuerdo con lo establecido en el Art 24 de la Ley 361 de 1997, se encuentran en la obligación de realizar la Contratación del personal en caso de adjudicación de un contrato, cuyo proceso deben realizarlo a través de la persona natural o jurídica que fue adjudicataria (en caso de proponente individual) o en caso de Consorcio o Unión Temporal, este proceso debe realizarse por cada una de las empresas que conforman el Consorcio o Unión Temporal.

En el caso de los Consorcio o Uniones Temporales, NO es posible realizar la contratación de personal para los proyectos directamente por el Consorcio o por la Unión Temporal, debido a que el artículo 6 de la Ley 80 de 1993 se establece:

"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.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más."

Por lo cual carecen de capacidad para celebrar contratos privados de cualquier naturaleza.

Por otra parte, en el concepto nuestro, el personal con 100% de dedicación en el desarrollo de los contratos celebrados, debe ser contratado en el 100% por las firmas que integran los Consorcios o las Uniones Temporales más NO por la figura asociativa.

- Con respecto a este criterio de desempate se solicita respetuosamente que dentro del proceso de la referencia, una vez analizados cada uno de los criterios de selección y al presentarse el empate entre los puntajes de las ofertas, **la ANI como Entidad contratante le exija a los proponentes que se van a beneficiar de lo dispuesto en el artículo 24 de la ley 361 de 1997 (beneficios por contar con Personal con Discapacidad), que sean las firmas del proponente plural quienes deban contratar el personal necesario para la ejecución del proyecto, con el fin de aumentar su nómina y por lo tanto aumentar el número de PcD con las que cuenta la (s) empresa (s), incentivando así una mayor inclusión de PcD. Puesto que el alma de la ley 361 de 1997, es promover una mayor inclusión de PcD otorgando beneficios a las empresas que contraten personas con discapacidad**, no obstante en los procesos licitatorios o concursos de méritos la finalidad es que estas empresas se vean favorecidas con la adjudicación de procesos y con esto aumenten su nómina, buscando el cumplimiento por parte de los empleadores particulares mantengan en su nómina el PcD que acreditó con su oferta, durante el lapso de ejecución del contrato y que al aumentar la nómina de la empresa al contratar el personal necesario para la ejecución de los proyectos adjudicados estos deban de aumentar el porcentaje de PcD que tienen en nómina con el fin de mantener un porcentaje total igual o superior el 10%, el cual es

requerido por el artículo 24 de la ley 361 de 1997 incentivando una mayor inclusión laboral para personas con discapacidad.

De no ser de este modo es hacer nugatorias las garantías concedidas por la ley a favor de la inclusión laboral REAL de las PcD. No puede olvidarse que el Artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618/13 señala en su primer inciso que las medidas que ella establece en sus diversos numerales son "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad....", es decir, no para ser enunciados teóricos sino realidades objetivas, efectivas, reales. Además dicha Ley fue expedida para dar cumplimiento a las estipulaciones de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009 mediante la cual se aprobó por el Congreso de la República la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, Ley y Convención a cuyo cumplimiento está obligada Colombia, enfática en señalar que su propósito es garantizar el cumplimiento efectivo de la igualdad y la inclusión laboral de las personas con discapacidad y los derechos de los mismos a su inclusión social y económica. Por ello es que el Art. 13 de la Ley 1618/13 califica como garantías del ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las PcD, las medidas que enumera allí, entre ellas las del numeral 7 sobre el sistema de preferencias en los desempates hoy reglamentado por el D.1082/15. Dice el art. 13 de la L.1618:

"DERECHO AI TRABAJO. Todas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, en concordancia con el artículo 27 de la Ley 1346 de 2009, el Ministerio de Trabajo o quien haga sus veces y demás entidades competentes establecerán entre otras, las siguientes medidas:

(...)

7 El Gobierno Nacional deberá implementar mediante Decreto reglamentario un sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad debidamente certificadas, en un porcentaje mínimo del 10% de su planta de trabajadores. Tal sistema de preferencias será aplicable a los procesos de adjudicación y celebración de contratos, y al otorgamiento de créditos o subvenciones de organismos estatales."

Para participantes plurales, se solicita aclarar la forma como se debe contratar el personal requerido para la ejecución de los proyectos, debido a que en el en el anexo numero 6 COMPROMISO DE VINCULACIÓN DE PERSONAL OBLIGATORIO el proponente ya sea singular o plural en el caso de consorcios o uniones temporales se comprometen bajo gravedad de juramento a contratar este personal.

Por lo anteriormente expuesto, se solicita que se aclare si el personal que tiene una dedicación menor al 100% debe de estar contratado por nómina o bajo la modalidad de prestación de servicios, por el proponente y para el caso de los proponentes plurales, se entiende que se debe hacer a nombre de los miembros integrantes que conforman el Consorcio o Unión Temporal, es decir, que si por el tipo de dedicación del personal se debe hacer un contrato de prestación de servicios este sea entre el profesional y el proponente, ya que de otra forma al

hacer un contrato con una firma la cual suministre el personal estaría en contradicción con el anexo 6, en el cual el proponente se compromete a contratar todo el personal mínimo para la ejecución del proyecto, de esta forma es claro que están subcontratando personal.

Debido a que la Entidad debe dar previa autorización para subcontratar y teniendo en cuenta que en ningún caso se podrán subcontratar actividades que conforme a lo previsto en la propuesta, deben ser desempeñadas por personal acreditado durante el Concurso de Méritos.

Por otra parte en el caso de los especialistas pueden tener una dedicación sin límite, con base en el concepto emitido por Colombia Compra Eficiente, no obstante el personal con dedicación del 100% en un proyecto deben tener la dedicación exclusiva para el proyecto que fue contratado, dado que si este personal con dedicación del 100%, no podría prestar sus servicios en otros proyectos, de esta misma manera en la minuta del contrato en el CAPÍTULO III - Personal del Interventor - CLÁUSULA 3.1. Personal del Interventor se establece en los literales B Y C lo siguiente:

"(b) Así mismo, el Interventor se compromete a que como mínimo el personal técnico y de operaciones que de conformidad con lo establecido en el presente Contrato y en la Propuesta tenga una dedicación exclusiva y de tiempo completo, deberán estar ubicados en la zona en donde se llevan cabo las obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y las Obras de Mantenimiento del Contrato de Concesión correspondiente, de acuerdo a la etapa en la cual se encuentre el contrato de concesión, para lo cual el Interventor dispondrá de los recursos físicos necesarios. En caso que por la ejecución de la concesión objeto de interventoría se requiera una mayor dedicación del personal referido, el Interventor se compromete a asignar y dedicar efectivamente dicho personal en los tiempos adicionales que sean necesarios, a efectos de realizar un adecuado e integral control y seguimiento del contrato de Interventoría. Por lo tanto, las Partes entienden que dichas dedicaciones adicionales se encuentran incluidas y remuneradas adecuadamente a través del valor acordado en el presente Contrato, por lo que, en ningún caso, generarán reconocimientos económicos adicionales a favor del Interventor" (Subrayado nuestro)

"(c) En particular, el Director del Proyecto, y los Subdirectores, que deberán ser nombrados por el LIDER, deberán permanecer en las zonas en donde se llevan a cabo las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento y las Obras de Mantenimiento del contrato de concesión, de acuerdo a la etapa en la cual se encuentre dicho contrato de concesión como mínimo en las dedicaciones ofrecidas en la Propuesta para poder ejercer control directo de las actividades que se desarrollen mensualmente" (Subrayado nuestro)

Es decir el personal con una dedicación **EXCLUSIVA (100%)** debe estar en la zona del proyecto todo el tiempo y no podrá disponer de ningún otro tipo de actividad o contrato en otro proyecto, de no ser así se estaría incurriendo en un posible detrimento del erario, por lo cual solicitamos hacer las respectivas verificaciones y de ser el caso se trasladen copias a los entes de control.

Por otra parte, también se busca que **se defina por la ANI, si dicho personal debe ser contratado por la firma que aporta el certificado de personal PcD, o si el personal del proyecto debe contratarse teniendo en cuenta el porcentaje de participación de las firmas en el Consorcio o Unión Temporal.**

- Sea del caso comentar que dentro de la política de Responsabilidad Social Innovadora de GRUPO POSSO S.A.S., está definido que en cada oportunidad que se consiga salir favorecido con la adjudicación de un nuevo proyecto, GRUPO POSSO S.A.S., se compromete a contratar un porcentaje de PcD equivalente mínimo al 10% del nuevo personal requerido por la Entidad para la ejecución del proyecto, cuya dedicación sea del 100%, lo que busca es contribuir a la generación de una conciencia social en el gremio.

A su vez se solicita que se tenga en cuenta que en las certificaciones expedidas por el Ministerio de Trabajo en la que se establece que el Consorcio o la Unión Temporal según sea el caso puede acceder a los beneficios del artículo 24 de la ley 361 de 1997, **se preste puntual atención sobre la advertencia que indica "la presente certificación se encuentra limitada al control posterior que puede realizar este ministerio para verificar las condiciones inicialmente certificadas"**, lo anterior denota un carácter eventual y por ende las condiciones certificadas pueden cambiar lo que llevaría a la administración a incurrir en un error en la adjudicación del contrato, si se tiene en cuenta este criterio.

Por lo anterior solicito que la Agencia Nacional de Infraestructura verifique la realidad de su contenido y exhorte a que los consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura a no solo acreditar el 10% de su nómina en condición de discapacidad, sino que en el caso de adjudicarles el contrato aumenten la misma con el único fin de garantizar y asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos de personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y ajustes razonables contemplado así en la ley estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013.

Por otra parte, las Empresas que hacen parte de Consorcio o Uniones Temporales, deben realizar la variación de sus nóminas y reportar la cantidad de PcD de acuerdo al porcentaje del 10% establecido por la Ley y que deben acreditar tener en su nómina, de acuerdo con las Advertencias N° 2 que se encuentra al final de los Certificado del Ministerio, es decir, **"se deberán mantenerse como mínimo por un lapso igual de la contratación favorecida."** (subrayado nuestro).

Se solicita entonces, se corrobore las sustituciones patronales, toda vez que es ilegal que las sustituciones patronales se hagan si no existe la figura jurídica de escindir o fusionar empresas, de acuerdo a lo establecido en el código de comercio cuando se fusionen las empresas por sustitución patronal, **lo que puede suceder es que se esté trasladando el PcD para acceder a los beneficios sin que se cumpla con lo establecido en el Código de Comercio y tal como lo reclama la advertencia número 3 del certificado emitido por el ministerio de trabajo** la cual cita:

"3. La presente certificación se encuentra limitada a control posterior que puede realizar este Ministerio para verificar las condiciones inicialmente certificadas."

De no cumplirse con lo establecido en el código de comercio referente a la sustituciones patronales en al art. 177._ contenido de la escritura de escindir o fusionar empresas de acuerdo al Código de Comercio de Colombia y el cómo se está trasladando PcD a otras empresas.

También se pide a la Entidad, que verifique si las empresas extranjeras y nacionales que aportan el certificado de PcD, que ejecutan contratos con la ANI han incrementado en su nómina el PcD para mantener el 10% de dicho personal. Igualmente se solicita que la entidad verifique si los proponentes que han sido adjudicatarios de contratos a partir de la sucursal, están o no contratando el personal con discapacidad a nombre de la sucursal y no a nombre la matriz, ya que fue la sucursal la que accedió a estos beneficios porque es esta la que aporta el certificado de PcD para acceder a los beneficios de la ley 361 de 1997. Lo anterior porque la empresa que aporta el certificado de PcD debe ser la que contrate el personal con discapacidad necesario para la ejecución del proyecto en su nómina.

Solicitamos que se establezca que el personal requerido para el proyecto debe ser contratado a nombre de las filiales y no de sus matrices. Ello por cuanto es urgente corregir la siguiente situación que va directamente en contravía del sentido y el alma de las disposiciones del literal a) del artículo 24 de la Ley 361 de 1997 y el numeral 7 del artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que el Decreto reglamentario 1082 de 2015 pretende cumplir a través de la regla 4 de desempate consagrada en su art. 2.2.1.1.2.2.9 y que el pliego plasma en el respectivo numeral sobre desempates, normatividad toda que queda convertida en simple letra muerta. Consiste la situación a corregir en lo siguiente:

Una empresa tiene una filial. La filial acredita la experiencia de la matriz y es quien se está presentado como proponente y aportando el certificado de PcD a fin de ser preferida en los desempates, pero una vez que gana, se contrata el personal del proyecto a nombre de la matriz, a fin de no aumentar su nómina, de manera que la filial continúa sin aumentar su nómina y cumpliendo con 1 o 2 personas PcD el mínimo del 10% que le otorga el derecho de preferencia en los desempates, es decir, con este mecanismo se evita la necesidad de contratar más PcD en la medida en que la nómina aumenta. El resultado obvio es que las normas que se expidieron para promover el AUMENTO de la contratación de PcD mediante el sistema de preferencias en los desempates, quedan convertidas con tan hábiles maniobras en simples monigotes escritas en la pared y ausentes por tanto de la realidad fáctica que tales normas legales pretendieron crear. De pasada, tal mecanismo se lleva de calle las normas constitucionales sobre el estado social de Derecho y todas las que consagran en la Carta Política la protección de las minorías, en especial de las personas PcD, lo cual es obligación del Estado realizar acciones afirmativas en favor de los grupos de personas discriminadas o marginadas, así como las disposiciones de la Ley 1346 del 31 de julio de 2009 mediante la cual se aprobó por el Congreso de la República la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, Ley y Convención a cuyo cumplimiento

está obligada Colombia, y que precisamente pretende cumplir Colombia mediante normas como las que se citaron de la Ley 361/97 y de la L. Estatutaria 1618/13.

No puede suceder que las entidades públicas contratantes permitan seguir manteniendo toda esa normatividad como rey de burlas en que la quieren mantener ciertos proponentes y mucho menos cohonestar tales prácticas legalmente desleales.

Invitamos a la ANI para que todos los proponentes estén en igualdad de condiciones, se verifique cuales empresas podrían dejar de acceder a los criterios de desempate, dado que:

- Podrían dejar de ser mipymes dado que tiene personal contratado a nombre de Consorcios y Uniones Temporales debe ser tomado el 100% de la nómina en forma solidaria para cada uno de los integrantes del Consorcio o Unión Temporal.
- Si hay firmas que estén contratando el personal a nombre de la matriz y no de la filial o subordinada que es la que se ganó los concursos, estas firmas no pueden participar dado que al momento de contratar el personal a nombre de la filial o subordinada perderían beneficios de estos criterios.
- Las empresas que tengan un profesional con dedicación exclusiva del 100% en un contrato y se evidencie que este repetido en otros contratos celebrados con la Entidad, no podrán participar, debido a que superaría el porcentaje establecido de dedicación en los contratos, y este profesional debe ser reemplazado en su momento, por lo cual su nómina aumentaría y de otra forma estarían incurriendo en un posible detrimento del erario público con lo cual estas serían sancionadas, siendo esto competencia de verificación por parte de los funcionarios de la Entidad.
- Se solicita a la Entidad que en la etapa de evaluación de las propuestas se solicite al Ministerio precitado que haga la debida verificación, conforme a lo indicado en la mencionada advertencia número 3, con el fin de constatar que las empresas, al momento de decidir sobre la adjudicación, cumplen aún con los requisitos que les permiten acceder al sistema de preferencias consagrado en el artículo 24 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con el numeral 7 del artículo 13 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 y en el Artículo 2.2.1.1.2.2.9. "Factores de desempate" del Decreto 1082 de 2015 y el correspondiente numeral del Pliego de Condiciones establecidos por la Entidad que se refiere a las reglas de desempate y que rige este Concurso.

No puede suceder que las entidades públicas contratantes permitan seguir manteniendo toda esa normatividad como rey de burlas en que la quieren mantener ciertos proponentes y mucho menos cohonestar tales prácticas legalmente desleales.

- Se pide a la Entidad aclarar si el personal que tiene una dedicación menor al 100% debe de estar contratado en la nómina o bajo la modalidad de prestación de servicios, por el proponente y para el caso de los proponentes plurales se entiende que se debe hacer a nombre de los miembros integrantes que conforman el Consorcio o Unión Temporal, es decir; que si por el tipo de dedicación del personal

se debe hacer un contrato de prestación de servicios este sea entre el profesional y el proponente, o uno de los integrantes del proponente.

Como fundamento de la pertinencia de formular estas peticiones, me baso en las siguientes normas:

El segundo inciso del artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), modificado por el artículo 1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, que regula el derecho constitucional fundamental de petición, dispone:

“Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.”

Por su parte el artículo 15 del mismo CPACA, modificado también por el 1º de la Ley Estatutaria 1755 de 2015, dispone en su primer inciso:

“Artículo 15. Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. Los recursos se presentarán conforme a las normas especiales de este código.”

De esta manera se solicita a la Entidad tener en cuenta estas recomendaciones y puedan ser publicadas en el Pliego de Condiciones Definitivo para el Concurso de la Referencia.

Agradezco su atención,

Cordialmente,



WILSON ANTONIO JAIME BALLESTEROS.
Director de Licitaciones
Grupo Posso .S.A.S.

C.C. Archivo