

Bogotá D.C., mayo 15 de 2013

Señor

VICTOR MANUEL CRUZ VEGA

Apoderado Común

PSF CONCESIÓN DE LA PROSPERIDAD G2

Manifestante de Interés

Diagonal 97 No. 17-60 Piso 6

vcruz@odinsa.com

gordonez@odinsa.com

Tel. (571) 650 1919

Ciudad.

Ref.: Invitación a Precalificar VJ-VE-IP-002-2013

El pasado 25 de abril de 2013 la Estructura Plural PSF CONCESIÓN DE LA PROSPERIDAD G2 presentó manifestación de interés para participar en el Sistema de Precalificación No. VJ-VE-IP-002-2013, cuyo objeto es *“Otogamiento de un contrato de concesión, bajo el esquema de Asociación Público Privada-APP, para la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento de las vías Mulaló-Loboguerrero y Cali- Dagua-Loboguerrero, localizadas en el departamento del Valle del Cauca.”*

En la Manifestación de Interés se catalogó como información confidencial la obrante a folios 374 a 1084.

La Invitación a Precalificar estableció en su numeral 5.9.1 que *“Si las Manifestaciones de Interés contuvieren información confidencial o privada, de acuerdo con la Ley, deberá claramente indicarse tal calidad expresando las normas legales que le sirven de fundamento”*.

Como quiera que en la Manifestación de Interés presentada por el Manifestante de Interés que Ud. representa no hizo mención de normas legales que fundamentaran la confidencialidad informada, en los términos de las normas aplicables al caso, esta entidad, mediante oficio del 8 de mayo de 2013, le solicitó al manifestante que fundamentara legalmente la confidencialidad de la información que advertía, teniendo en cuenta lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, en los cuales se reconoce la reserva legal de las patentes, procedimientos y privilegios como únicas excepciones al principio de publicidad que fundamenta la transparencia y el derecho de contradicción en los procesos de contratación públicos, a efectos de lo cual la entidad en su oficio señaló:

“(…)

"2. La transparencia es uno de los principios rectores de la contratación estatal consagrado expresamente en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Los numerales 2, 3 y 4 de dicha disposición prevén lo siguiente:

"(...)

"2°. En los procesos contractuales los interesados **tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones** y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

"3o. Las actuaciones de las autoridades serán públicas **y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público**, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

"4o. **Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.** Negrilla y subrayas fuera de texto.

"(...)

"3. Por expreso mandato legal (num. 2 y 3 art. 24 Ley 80 de 1993), los interesados en los procesos contractuales pueden conocer y controvertir los conceptos y las decisiones que tomen las entidades públicas, **y para ello deberán poder acceder y examinar los expedientes que, por mandato de la ley, son públicos.**

"4. Asimismo, de acuerdo con lo preceptuado en dicho art. 24 de la ley 80 de 1993, las autoridades **están obligadas a expedir copias de las propuestas recibidas, sin perjuicio de la reserva legal de la que goce cierta información, y que de acuerdo con esta norma, se relacionan con patentes, procedimientos y privilegios.**

"5. La norma en comento no establece el momento a partir del cual las autoridades pueden expedir copias de las propuestas presentadas, no obstante lo anterior, se concluye de las normas y procesos de contratación que, mientras no se haya cerrado la licitación, las ofertas son reservadas en cuanto, por regla general, los oferentes pueden retirar, adicionar, completar, sustituir o modificar sus propuestas. No obstante, una vez se produzca el cierre de la licitación y tenga lugar la apertura de las ofertas, **éstas se tornan públicas y sólo subsiste la reserva relacionada con las patentes, procedimientos y privilegios (sin perjuicio de la facultad de la entidad contratante de determinar en sus pliegos de condiciones el momento en el cual, en aras de la eficiencia del proceso, pondrá la información a disposición de los participantes en igualdad de condiciones).**

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, se considera en general que al amparo del régimen legal al que se encuentran sometidos éste tipo de procesos, toda la información aportada en el marco del

“sistema de precalificación debe ser puesta a disposición de los interesados en los términos del artículo 24 de la Ley 80/93, salvo aquella información relacionada con patentes, procedimientos y privilegios, con el propósito de garantizar la transparencia y contradicción del proceso de selección.

“En el caso particular de su Manifestación de Interés, y a partir de las referencias hechas en los documentos que obran a folios 374 a 1084 de la misma, podríamos deducir en principio que no se trata de información relacionada con patentes, procedimientos o privilegios y por lo tanto no gozan de reserva legal que se invoca, en el marco de los sistemas de precalificación.

*“Ahora bien, teniendo en cuenta que su Manifestación de Interés incluye una serie de documentos que Ud. ha denominado de carácter “confidencial” respecto de los cuales solicita mantener la respectiva reserva, y considerando que la Ley 80 de 1993 en desarrollo de los principios de transparencia y contradicción establece el carácter público de las actuaciones de las autoridades en materia de contratación y el derecho en cabeza de los interesados a conocer éstas y las propuestas recibidas, salvo “...**la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios**”, en razón a lo previsto en los numerales 2,3 y 4 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se le solicita **ACLARAR y EXPLICAR**, en relación con la información reportada como confidencial en la Manifestación de Interés, cuál información se incluye relacionada con patentes, procedimientos o privilegios que tengan, de acuerdo con la ley, reserva legal, **informando la norma o acto administrativo que respalda la condición de patente, procedimiento o privilegio legalmente reconocido, adjuntando a su respuesta copia de los mismos.**” Resaltados fuera de texto -*

Al requerimiento anterior, mediante comunicado del 10 de mayo de 2013 la estructura plural PSF CONCESIÓN DE LA PROSPERIDAD G2 respondió exponiendo como fundamento de la confidencialidad aducida, los siguientes argumentos:

(...)

3. De acuerdo con el capítulo II del Código de Comercio, “De los secretos empresariales” Artículo 260:

(...)

“Así mismo, para efectos del impuesto sobre la renta, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2123 de 1975 dice: (...)

“De acuerdo con la premisa a) del artículo 260 del Código de Comercio, la información contenida en estos documentos es secreta en el sentido que sólo las partes involucradas en la estructuración, desarrollo y redacción del mismo (...)

“Según la premisa b) del artículo mencionada, la información del artículo mencionada contenida en el documento es un secreto empresarial porque tiene un valor comercial para el acreditante. (...)

“En este sentido, la estructuración de la financiación conseguida por el concesionario Opain hace parte del know how del Grupo Odinsa S.A. (...)

“De conformidad con la premisa c) del artículo 260 del Código de Comercio, la razón de los argumentos antes expuesto y como consecuencia del trabajo intelectual de más de tres años (...)

“En este orden de ideas, Grupo Odinsa S.A., considera que existen elementos de juicio suficientes para establecer que tanto los contratos de crédito como el Acuerdo de Términos Comunes entregados en la manifestación de interés deben ser declarados como secretos empresariales y por ende mantenerse bajo confidencialidad.

“En conclusión, de acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, solicitamos de la manera más respetuosa a la Agencia Nacional de Infraestructura mantenga bajo el carácter de confidencialidad los folios 373 a 1084 de la Manifestación de Interés de la Estructura Plural P.S.F. CONCESION DE LA PROSPERIDAD G2 (...) “

En torno a este asunto, la Agencia Nacional de Infraestructura, de conformidad con lo decidido en el Comité de Contratación llevado a cabo el catorce (14) de mayo de 2013, concluye:

1.- Los argumentos por ustedes expuestos para soportar la confidencialidad que se ha aducido evidencian que la información aportada con la manifestación de interés relacionada con los contratos de crédito y el acuerdo de términos comunes entregados en la manifestación de interés no responden a las figuras jurídicas que al amparo de las disposiciones especiales que rigen los procesos de selección de las Entidades Públicas, permiten mantener en reserva y bajo el carácter de confidencial la información aportada, según lo dispuesto por el artículo 24 numeral 4, de la Ley 80 de 1993, reserva que únicamente se predica **de las patentes, procedimientos y privilegios**, excepción legal que de ninguna manera ha sido demostrada en este caso.

La Agencia en cumplimiento de su deber legal de análisis e interpretación de las solicitudes que son puestas a su consideración, procedió a revisar la totalidad de los argumentos expuestos en su contestación, para tal efecto se remitió al artículo 260 de la Decisión del Acuerdo de Cartagena, columna vertebral normativa de su argumentación, encontrando que aunque por usted no es mencionado, el último inciso de dicha disposición estipula “ *La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios*”, sin que se verifique en la información que ustedes catalogan como confidencial ninguna de las condiciones que allí se enuncian para considerar la misma constitutiva de un secreto empresarial.

Contrastando la información allegada en su manifestación de interés como “información confidencial”, es evidente que la misma dentro del contexto de la temática de la propiedad industrial, regulada en el “TÍTULO XVI DE LA COMPETENCIA DESLEAL VINCULADA A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL CAPÍTULO I”, de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, no se encuentra en ninguna de las situaciones taxativamente expresadas por el Acuerdo, por lo que tampoco es de recibo su argumentación.

En cambio, la propia Decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, ámbito en el cual se encuentran las patentes, procedimientos y privilegios en los que preserva y reconoce la confidencialidad de los documentos y expedientes de los procesos de contratación según el artículo 24 numeral 4, de la Ley 80 de 1993, indica en su artículo 15 que no se consideran invenciones “*los planes, reglas y métodos para el ejercicio de (...) actividades económico-comerciales*” ni “*las formas de presentar información*”, que es la naturaleza que tendrían los documentos e información que se pretenden confidenciales.

2.- El proceso de selección de los contratistas del Estado es público y en tal medida toda la información a él aportada tiene este carácter, salvo las excepciones legales señaladas en el numeral anterior, de tal manera que en el caso del manifestante de interés PSF CONCESIÓN DE LA PROSPERIDAD G2, no se ha acreditado que la información señalada por él, se encuentre amparada con la reserva legal de que trata el Estatuto de Contratación Estatal.

Antes por el contrario, considerando el artículo 260 del Acuerdo de Cartagena invocado en su oficio, es claro que aunque, en gracia de discusión, la entidad entendiera que la información aportada con su oferta tuviera la condición de secreto empresarial, la protección que brinda el marco normativo pertinente es a que dicha información sea divulgada, adquirida o usada de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros, situación que es totalmente ajena al presente caso, si se tiene en cuenta que la participación de su representado en la precalificación convocada por la ANI es completamente voluntaria y libre por parte de quien aporta la información al proceso de selección de derecho público.

3.- La Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de los principios que rigen la contratación estatal, en especial los de publicidad, transparencia, igualdad y selección objetiva, publicará la información aportada por todos los Manifestantes de Interés, en la medida en que no se le acredite que los documentos aportados para tal fin evidencien la existencia y reconocimiento legal, en debida forma y conforme al registro establecido para el efecto, de una reserva fundada en patentes, procedimientos o privilegios en los términos de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, interpretada bajo el espíritu de los principios orientadores de la Contratación Pública.

4.- La respuesta del manifestante no adjunta la evidencia de patente, procedimiento o privilegio reconocidos legalmente y registrados, para que la información que suministra pueda ser considerada confidencial o reservada, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Pero sí condiciona su manifestación de interés a que le mantengan la confidencialidad de la información que en ella señaló, lo cual dará lugar a la aplicación a los dispuesto en la Invitación a Precalificar en su numeral 5.10.1 que señala: “*Las Manifestaciones de Interés no podrán contener condicionamiento alguno. En caso de que durante la verificación se establezca que se ha incluido alguna condición, la Manifestación de Interés será una Manifestación de Interés No Hábil*”, así como a lo establecido en el literal d) del numeral 5.11.1 que señala que no serán hábiles las manifestaciones de interés que “*Estén condicionadas, salvo por la condición general*

implícita consistente en la reserva del derecho del Manifestante a presentar o no Oferta una vez la ANI decida abrir el respectivo Proceso de Selección.”

Por consiguiente, esta Entidad considerará que existe un condicionamiento en su Manifestación de Interés, si no levanta la restricción o condición que ha impuesto al acceso a la información de su manifestación de interés, para lo cual **se le solicita presentar documento escrito en la Oficina de Correspondencia de la ANI, a más tardar a las 4:00 p.m. del día 16 de mayo de 2013, el cual debe contener una manifestación clara, expresa, explícita e incondicional que retire la confidencialidad de su información y autorice a la ANI a darle la publicidad que impone el artículo 24 de la Ley 80 de 1993,**

En este orden de ideas, si no se recibe dicho escrito, o el mismo no autoriza de manera clara, expresa, explícita e incondicional la publicidad de la totalidad de información contenida en su manifestación de interés, y por el contrario mantiene el condicionamiento hecho respecto a la información que catalogó como confidencial, se dará aplicación a lo dispuesto en los numerales 5.10.1. y 5.11.1 literal d), y por ende su manifestación de interés será considerada No hábil.

Atentamente,

Original firmado por
WILMAR DARIO GONZÁLEZ BURITICÁ
Gerente de Contratación
Vicepresidencia Jurídica
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA