

**RESPUESTA A OBSERVACIONES Y CONTRA OBSERVACIONES
PROCESO LICITACIÓN PÚBLICA NO. VJ-VE-IP-LP-017-2013. PROYECTO SANTANA MOCA NEIVA**

1. Observaciones presentadas por el Proponente No. 2 “INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA” a la Propuesta presentada por el Proponente 1 “CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 4” (Rad. No. 20154090300142 del 25 de mayo de 2015)

Primera Observación:

La Invitación a Precalificar en su numeral 2.2.2., contempla la posibilidad de modificar las estructuras plurales de manera previa a la presentación de la oferta con la observancia de las siguientes reglas:

"2.2.2. Modificaciones a la conformación de las Estructuras Plurales.

(a) Las Estructuras Plurales podrán modificarse en cualquier momento a partir de la conformación de la Lista de Precalificación hasta antes de la presentación de la Oferta, (nunca durante el trámite de Precalificación) siempre que

(i) El o los Líderes mantengan aún después de la Precalificación, durante el Proceso de Selección y durante la ejecución del Proyecto en la forma estipulada en el Contrato, una participación en la Estructura Plural y en el SPV, que como mínimo sea del veinticinco por ciento (25%), como quiera que es a través de los Líderes que se acreditan los Requisitos Habilitantes relativos a Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera.

***(ii) Los Integrantes que, no obstante no tener la calidad de Líderes, concurren a la presente Precalificación aportando sus credenciales para efectos de acreditar los requisitos relativos a capacidad financiera, NO reduzcan su participación en la Estructura Plural** (negrilla y subrayado fuera de texto).*

Del texto transcrito se puede concluir que los integrantes que en la invitación a precalificar ostenten la calidad de líderes, NO pueden tener un porcentaje inferior al 25% en la estructura plural que presenta oferta dentro de la licitación; y, quienes acreditaron capacidad financiera en la invitación a precalificar, no obstante no haber acreditado la calidad de líder, NO pueden disminuir el porcentaje con el que participaron en la invitación a precalificar.

*Por otra parte, la Invitación a Precalificar fue clara al determinar que sólo podía ser considerado como líder aquel en el que **“concurren”** las tres (3) siguientes condiciones (i) tener una participación mínima en dicha Estructura Plural del veinticinco por ciento (25%). (ii) acreditar Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera directamente, o a través de terceros (las sociedades contratantes del o controladas por el Manifestante o subordinadas de la misma Matriz o Integrante de manifestante en caso de Estructuras Plurales) o a través de Fondos de Capital Privado. (iii) **La calidad de Líder se deberá indicar en la Carta de Manifestación de Interés para ser tenido como tal por la ANI en la Precalificación**" (negrilla y subrayado fuera de texto) (...)*

CONTRAOBSERVACIÓN: (Rad. No. 2015409031242-2 del 28 de mayo de 2015)

“Manifiesta el Representante Común de la Estructura Plural IVC, bajo una lectura acomodada de nuestra Propuesta, que BENTON S.A.S acreditó capacidad financiera y por ende se encontraba imposibilitado para disminuir su porcentaje de participación en la Estructura Plural. Al respecto es válido manifestar que la consideración del Observante es errada y no tiene en cuenta que BENTON S.A.S no fue calificado como integrante que aportó capacidad financiera en los documentos integrantes de la Manifestación de interés, por las razones que se indican a continuación, las cuales obligan a concluir, sin asomo de duda, que la Estructura Plural Concesionaria Vías del Desarrollo 4 cumplió con los requisitos establecidos en los documentos de Proceso de Selección para la modificación de la conformación de dicha Estructura Plural.

En primer lugar, es pertinente indicar que tal y como consta en el Anexo 1 (Carta de Presentación de la Manifestación de interés), la Estructura Plural Concesionaria Vías del Desarrollo 4 declaró que no existía ninguna empresa que sin tener la calidad de líder, procediera a acreditar capacidad financiera (folio 000006). Particularmente, tal anexo expresó que el aparte correspondiente a dicha opción (la acreditación de capacidad financiera por miembros no líderes) NO ERA APLICABLE a su Manifestación de interés, pues era claro que el miembro CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED cumplía a cabalidad con todos los requisitos de Experiencia en inversión y Capacidad Financiera solicitados en la invitación a Precalificar. Esta declaración puede corroborarse en el siguiente pantallazo de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés:” (...)

RESPUESTA COMITÉ EVALUADOR:

Una vez revisada la documentación presentada por el proponente, tanto en la etapa de precalificación como en la etapa de licitación se encuentra que:

De la lectura del literal s) del Anexo carta de manifestación de interés presentada por el proponente en la etapa de precalificación obrante a folio 3, se encuentra que la sociedad BENTON S.A.S., no acreditó capacidad financiera, toda vez que dicho anexo fue diligenciado por el observado cómo no aplica (N.A.) para dicha sociedad.

Contrario a lo señalado por el observante se encuentra que para el caso objeto de estudio el diligenciamiento de la carta de manifestación de interés no es un requisito solamente formal, por cuanto el requerimiento es explícito en el punto (iv) del subnumeral 2.2.1 del numeral 2.2 “ESTRUCTURAS PLURALES”, de la Invitación a Precalificar en el que se establece:

(...)

“(c) Tratándose de Estructuras Plurales, todos y cada uno de los Integrantes deberán tener en cuenta que:

(...)

*“En cuanto a Capacidad Financiera, solamente las calidades de (a) quienes sean señalados y tenidos como Líderes en las Estructuras Plurales y/o (b) **de quienes no teniendo dicha calidad son señalados en el Anexo 1 como Integrantes que concurren a la acreditación de los requisitos, serán tenidas en cuenta para efectos de cumplimiento de dicho Requisito Habilitante del Manifestante en esta***

Precalificación en los términos del numeral 3.6. Las circunstancias previstas anteriormente deberán ser señaladas expresamente en la Manifestación de Interés (Anexo 1)". (Negrilla fuera de texto).

Concordante con lo expuesto, en el numeral 3.6.2 de la invitación a precalificar se establece: "En el caso de Estructuras Plurales, la Capacidad Financiera podrá ser acreditada por uno o varios Integrantes, incluyendo los (i) Líderes y (ii) aquellos que, no obstante no tienen la calidad de Líderes, concurren a la acreditación de los requisitos relativos a Capacidad Financiera (***esta circunstancia debe ser señalada expresamente en la Carta de Manifestación de Interés (Anexo 1) so pena de no considerarse las credenciales de los respectivos Integrantes para efectos de la verificación de la Capacidad Financiera***)(...)" (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, en la evaluación realizada para este proceso de selección no se tuvo en cuenta a la sociedad BENTON S.A.S para la acreditación de capacidad financiera.

Ahora bien, la presentación o diligenciamiento del formato 6A por parte del integrante BENTON S.A.S. no implica que el mismo hubiera sido tenido en cuenta en la evaluación. Al respecto es preciso indicar que si bien los datos se incluyeron en el informe de evaluación, solo se trató de una transcripción, sin que el valor adicionado correspondiente a BENTON S.A.S. fuera necesario para acreditar el cumplimiento del requisito de capacidad financiera por parte de la estructura plural.

En el mismo sentido es pertinente indicar que, aunque en las instrucciones de diligenciamiento del Formato 6A se establece que "En caso de Estructuras Plurales cada uno de sus miembros debe diligenciar un anexo 6A.", en ningún aparte de la invitación a precalificar se indica que por el hecho de ser presentado el precitado formato por alguno de los integrantes, éste deba ser evaluado como aportante del requisito de capacidad financiera, pues esto entraría en contradicción con lo estipulado en el numeral 3.6.2. según el cual, se reitera: "En el caso de Estructuras Plurales, la Capacidad Financiera podrá ser acreditada por uno o varios Integrantes, incluyendo los (i) Líderes y (ii) aquellos que, no obstante no tienen la calidad de Líderes, concurren a la acreditación de los requisitos relativos a Capacidad Financiera (***esta circunstancia debe ser señalada expresamente en la Carta de Manifestación de Interés (Anexo 1) so pena de no considerarse las credenciales de los respectivos Integrantes para efectos de la verificación de la Capacidad Financiera***)(...)" Negrilla y Subraya fuera de texto.

La regla transcrita, contenida en la Invitación a Precalificar es clara en indicar que la Carta de Manifestación de Interés era el documento en el que se debían señalar los integrantes de la Estructura plural que aportarían capacidad financiera, estableciéndose la consecuencia de la no manifestación en los términos indicados, esta es, que no se tendrían en cuenta las respectivas credenciales, razón por la cual resulta claro que el integrante de la Estructura Plural BENTON S.A.S. no acreditaría capacidad financiera para cumplir con el requisito habilitante contenido en el documento de invitación a precalificar.

Ahora bien, con respecto a la presentación del formato 6B, además de lo indicado anteriormente, se evidencia que la estructura plural no diligenció los campos habilitados para la sociedad BENTON S.A.S.

En gracia de discusión, si en la evaluación de requisitos habilitantes efectuada en la etapa de precalificación la Entidad hubiera tenido la duda de que el integrante la estructura plural BENTON S.A.S., no obstante no tener la calidad de líder, estaba acreditando capacidad financiera, se habría procedido con la solicitud o solicitudes de subsanación a que hubiere lugar, que como es claro no se formularon para este

caso, como tampoco se presentaron observaciones al respecto por parte de la misma estructura plural ni por las demás estructuras plurales que acudieron a presentar manifestación de interés.

Es menester indicar que la evaluación efectuada a cada manifestación de interés en la etapa de precalificación y a cada oferta en la etapa de licitación se realiza de manera integral, de tal forma que para el caso concreto los anexos correspondientes a la Carta de manifestación de interés y el Acuerdo de Garantía presentados en la etapa de precalificación, indican sin lugar a dudas que el único miembro de la estructura plural que aporta capacidad financiera es CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA.

Atendiendo a lo indicado por el observante, relacionado con las respuestas a las observaciones dadas por la Agencia en otros procesos de selección, es necesario precisar que en reiteradas ocasiones se ha manifestado por parte de la Entidad lo importante que son las declaraciones expresas en la carta de manifestación de interés y en la carta de presentación de la Oferta, tanto así que se han cumplido requisitos por parte de los manifestantes en las invitaciones a precalificar y por los proponentes en las licitaciones públicas, solo por el hecho de haberlo estipulado en estos documentos, tal y como lo trae a colación el observante con la respuesta a la observación que cita en su escrito.

Según lo expuesto, es claro que en la evaluación efectuada en la etapa de precalificación no se consideró a BENTON S.A.S. como aportante de requisitos de capacidad financiera, e igualmente que la evaluación se efectuó de manera integral y atendiendo todas las condiciones establecidas en la invitación a precalificar. En consecuencia, es claro que para la etapa de licitación la estructura plural Concesionaria Vías del desarrollo 4 sí puede variar el porcentaje de participación de la sociedad BENTON S.A.S., toda vez que al no acreditar capacidad financiera dicha sociedad no le aplica la restricción consagrada en el numeral 2.2.2 de la invitación a precalificar. En virtud de lo anterior, la observación no procede.

Segunda Observación: (Rad. No. 20154090300142 del 25 de mayo de 2015)

De conformidad con el Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio, OMAR AUGUSTO FERRERIRA REY aparece como representante legal de la sociedad BENTON S.A.S. integrante del proponente VÍAS DEL DESARROLLO 4.

Por lo anterior y de conformidad con la normativa que indica que las inhabilidades provenientes de sanciones penales aplicaran así: *“inhabilidad permanente para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, elegido o designado como servidor público, o para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, para quien en cualquier tiempo haya sido condenado por comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”* (párrafo modificado por el numeral 8° del art. 1° de la Resolución 034 de febrero de 2004 del Procurador General); por lo cual la inhabilidad permanente a la que se hace referencia en la prohibición para *“celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, para quien en cualquier tiempo haya sido condenado por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado”*, norma que por lo demás es totalmente concordante con el literal d) del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, que establece:

“1°. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales:

(...)

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos

y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución”. (...)

En consecuencia el observante solicita a la ANI rechazar la propuesta presentada por la estructura plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 4 POR INCURRIR EN LA CAUSAL DE RECHAZO J) DEL NUMERAL 7.6. Rechazo de la oferta que estipula en el literal j) lo siguientes: “(j) Cuando el oferente se encuentra incurso en cualquier causal de inhabilidad o incompatibilidad fijadas por la constitución y la ley, conflictos de interés o se encuentre en causal de disolución o liquidación obligatoria de manera sobreviniente a la conformación de la lista de precalificados”.

CONTRAOBSERVACIÓN: (Rad. No. 2015409031242-2 del 28 de mayo de 2015)

En la réplica se señala que ninguno de los integrantes de la estructura plural CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 4 cuenta con inhabilidad para contratar con el estado, en los términos del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

En relación con la supuesta inhabilidad atribuida al Representante Legal y beneficiario real de BENTON S.A.S. aporta el certificado de antecedentes respectivo.

RESPUESTA COMITÉ EVALUADOR:

La Carta de Presentación de la Oferta establece una serie de declaraciones que deben realizar quienes suscriban el documento en calidad de representantes legales o apoderados de cada uno de los integrantes de la Estructura Plural, así:

Conforme a lo establecido en el literal K) del documento declaran bajo la gravedad de juramento que:

- a) La información contenida en la propuesta presentada es verídica y que asumen total responsabilidad frente a la ANI cuando los datos suministrados no sean verídicos o contrarios a la realidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y demás normas concordantes. Además, declaran que no existe ninguna falta a la verdad en los documentos que componen la Oferta y se obligan a suministrar cualquier información necesaria para la correcta revisión de esta Oferta a solicitud de la ANI, así como también autorizan la revisión de la documentación que la conforma.
- b) Así mismo declaran que no se encuentran ni personal ni corporativamente, incurso(s) en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002 y demás disposiciones legales vigentes.
- f) Igualmente declaran que los firmantes no se encuentran reportado(s) en el Boletín de Responsables Fiscales vigente, publicado por la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo previsto en el numeral 4 del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el artículo 60 de la Ley 610 de 2000; (v) que no me(nos) encuentro(amos) reportados en el SIRI de la Procuraduría General de la Nación con sanción que implique inhabilidad vigente. Entiendo

(amos) que estas afirmaciones se entenderán prestadas con la suscripción del presente documento.

La Carta de Presentación de la Oferta que contiene dichas declaraciones fue suscrita por:

- YINGQING ZHOU, en nombre y representación de CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA.
- MÓNICA CRISTANCHO GONZÁLEZ en nombre y representación de BENTON S.A.S.
- LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS en nombre y representación de SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES S.A.S. en nombre y representación de SONACOL S.A.S.
- JORGE IVÁN MÚNERA SÁNCHEZ en nombre y representación de SP INGENIEROS S.A.S.
- HERNÁN ALFREDO RAMOS CÁRDENAS en nombre y representación de PAVIMENTAR S.A.
- JULIO PEREZ REDONDO en nombre y representación de CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. SUCURSAL COLOMBIA.
- JOSE IGNACIO NARVAEZ MORA en calidad de Representante Común de la Estructura Plural.
- MARTÍN EDUARDO GIRALDO CRUZ en calidad de Ingeniero matriculado que abona la propuesta.

En ejercicio de las facultades de la Entidad para realizar la verificación de la información suministrada, en la etapa de evaluación de la oferta se consultaron el Boletín de Responsables Fiscales vigente, publicado por la Contraloría General de la República, y el SIRI de la Procuraduría General de la Nación comprobando que quienes suscriben la Oferta no estuvieran registrados con sanción que implique inhabilidad vigente.

De otro lado y en relación con el señalamiento realizado por el observante respecto del señor OMAR AUGUSTO FERREIRA REY, persona que también ostenta la calidad de representante legal y quien tiene la capacidad decisoria de BENTON S.A.S. resulta pertinente, a la luz de la normativa indicada expresamente en la observación realizar las siguientes precisiones:

La Resolución 034 de 2004 *"Por medio de la cual se modifica y adiciona la Resolución número 191 del 11 de abril de 2003, por la cual se adoptó la Guía del Proceso Disciplinario para la Procuraduría General de la Nación"*, establece respecto de las condiciones generales del procedimiento **"REGISTRO SANCIÓN"**, que la Inhabilidad permanente es para ser inscrito como candidato a cargos de elección popular, elegido o designado como servidor público, o para celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, opera para quien en cualquier tiempo haya sido condenado por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado.

Así mismo el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 que establece las inhabilidades para contratar señala que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con entidades estatales quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas) y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

En relación con el certificado aportado con la observación y en aras de atender al marco jurídico vigente en la materia es preciso señalar que el Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002, establece en su artículo 174 las reglas para el registro de sanciones.

Conforme a lo establecido en dicha norma *"las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se*

deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes”.

En cumplimiento de lo señalado en la norma citada, la certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.

Concordante con lo expuesto, el Consejo de Estado, mediante Sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, señala:

(...)

“En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política.

Por lo anterior, con fundamento en el principio de conservación del ordenamiento jurídico, esta corporación declarará la exequibilidad condicionada de la disposición impugnada, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.”(Subrayado y destacado fuera de texto)”¹

*De los apartes antes expuestos puede apreciarse que la Corte Constitucional al analizar el artículo 174 del Código Disciplinario Único, y en especial su inciso 3°, consideró que la certificación de antecedentes por parte de la Procuraduría debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los 5 años anteriores a su expedición, aun cuando la duración de éstas sea menor a 5 años. **Adicionalmente precisó que el referido certificado debe reportar las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento de su expedición, aún cuando hayan transcurrido más de 5 años, y por supuesto las de carácter intemporal.**”(...) (Negrilla fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002 y lo señalado en la jurisprudencia citada, resulta claro que la autoridad encargada de reportar las sanciones e inhabilidades vigentes es la Procuraduría General de la Nación, por lo anterior, la Entidad realizó la consulta correspondiente.

Consultado el SIRI de la Procuraduría General de la Nación, se encuentra que el señor OMAR AUGUSTO FERREIRA REY identificado con la cédula de ciudadanía 19204444 no registra sanciones ni inhabilidades

¹ C-1066-02

vigentes, como consta en el documento adjunto.

El certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación constituye plena prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 1238 de 2008, en el que se establece: “*La Procuraduría General de la Nación garantizará de manera gratuita la disponibilidad permanente de la información electrónica sobre Certificación de Antecedentes Disciplinarios para ser consultados por el interesado o por terceros a través de la página web de la entidad y **los mismos gozarán de plena validez y legitimidad***”. Negrilla fuera de texto.

De conformidad con lo expuesto, la observación no procede.

COMITÉ EVALUADOR - KONFIRMA