

CONCURSO DE MERITOS ABIERTO VJ-VE-CM-009-2013

La Agencia Nacional de Infraestructura, por medio del presente se permite dar respuesta a las observaciones formuladas en desarrollo de la audiencia de aclaración de pliego de condiciones llevada a cabo el día cinco (5) de julio de 2013, así como a las demás observaciones efectuadas al Pliego de Condiciones, en virtud del Concurso de Méritos Abierto VJ-VE-CM-009-2013, en los términos que se indican a continuación.

OBSERVACIONES REALIZADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES EN LA AUDIENCIA DE ACLARACIONES

	EMPRESA QUE PREGUNTA/ Nombre	OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTAS DE LA ANI
1	BYC S.A – Adriana Marcela Amado	<p>1. Solicitamos a la ANI teniendo en cuenta lo indicado el literal (j) “Reformas al Contrato Principal”, contenida en el 1.3 DEFINICIONES contenidas en el pliego de condiciones, el cual señala al final del párrafo lo siguiente: “(j) “Reformas al Contrato Principal” (...) Por lo tanto, las reformas a los contratos que no se refieran a la experiencia que se acredita, no serán tenidas en cuenta para efectos de acreditar la experiencia exigida en el presente proceso.”; tener en cuenta todos los adicionales que se deriven del contrato inicial, ya que se ejecutaron bajo el mismo contrato y por lo tanto hace parte integral de este;</p> <p>El literal (j) de las DEFINICIONES del pliego de condiciones, indica:</p> <p>(j) <i>“Reformas al Contrato Principal”. Es la modificación del valor del Contrato Principal, tal como este término es definido en el presente documento. Solo serán válidas las reformas del contrato que se refieran a modificaciones al valor relacionado exclusivamente a la experiencia que se acredita mediante el Contrato Principal. Por lo tanto, las reformas a los contratos que no se refieran a la experiencia que se acredita, no serán tenidas en cuenta para efectos de acreditar la experiencia exigida en el presente proceso.</i></p>	<p>No se acepta la observación, por cuanto las Reformas al Contrato Principal que no se refieran a la experiencia que se acredita, no cumplen con lo exigido en el pliego de condiciones, para efectos de la acreditación de la experiencia, de acuerdo con lo indicado en el numeral 4.10.2. EXPERIENCIA GENERAL.</p> <p>El objeto de la experiencia a acreditar debe ser acorde con el objeto de la experiencia requerida por la Entidad.</p>
2	INTERDISEÑOS S.A – Luz Stella Junco Morales	<p>1. “Solicitamos aclarar si para acreditar la experiencia específica solicitada son válidos contratos de interventoría de concesiones de vías urbanas”.</p>	<p>Respuesta 1. De acuerdo con el numeral 5.1.1, la EXPERIENCIA ESPECÍFICA debe acreditarse con contratos, que tengan por</p>

Objeto o Alcance, lo siguiente: “SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL”, que de acuerdo con las Definiciones, establecidas en el numeral 1.3, corresponden a:

“ (h) “Infraestructura de Transporte Vial”: a) Son las obras de infraestructura de carreteras pavimentadas con un ancho de carril mayor o igual a 3.50 metros, que pueden incluir bermas Cunetas y/o Obras de Drenaje, ; ó b) Las obras de infraestructura de carreteras primarias pavimentadas que cumplen la función básica de integración de ciudades o localidades entre sí, y/o conexión con zonas portuarias o fronterizas; y/o las obras de infraestructura de carreteras secundarias pavimentadas que unen cabeceras municipales entre sí y/o que provienen de una cabecera municipal y conectan con una carretera primaria. Únicamente para efectos del presente Pliego de Condiciones, 1 debe entenderse que esta definición no incluye pistas de aeropuertos, líneas férreas, puertos o sistemas de transporte hídrico, de 3 hidrocarburos, transmisión y distribución de energía eléctrica.”

Por lo anterior, según lo requerido en el pliego, NO sería válido para la experiencia específica, acreditar contratos de interventoría de concesiones de vías urbanas. Teniendo en cuenta la observación realizada por el interesado, la Entidad estudiará la posibilidad de incorporar dentro de la definición de Infraestructura de Transporte Vial las vías urbanas y de considerarlo pertinente llevará a cabo la modificación mediante adenda.

		<p>2. <i>“Solicitamos aclarar si el Anexo 8 – Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad, debe incluirse únicamente en el Sobre No 1ª – toda vez que este requisito es evaluable.</i></p>	<p><u>Respuesta al numeral 2.</u> Se aclarará mediante Adenda al Pliego de Condiciones, la cual será publicada en el SECOP.</p>
3	<p>GRUPO POSSO S.A.S – David Godoy</p>	<p>1. <i>Solicita a la ANI indicar cual es la norma vigente que define las Mipymes y que debe observar la Entidad?</i></p> <p><i>No comparten la posición actual de la ANI en su interpretación por Mipymes, por lo que sugieren su corrección, e indican lo siguiente:</i></p> <p>I. En cuanto a la definición y criterios de clasificación de las ‘Mipymes’ (observación a la postura e interpretación dada sobre el tema por la entidad).</p> <p>PROBLEMAS JURÍDICOS</p> <p>1. ¿cuál es la norma vigente que define a la mipymes, qué se entiende por mipymes y cuáles son los criterios o categorías según dicha norma?</p> <p>2. ¿La entidad estatal que está adelantando un proceso de selección de contratista, mediante acto administrativo (pliego de condiciones) puede desconocer la definición legal vigente de ‘Mipymes’ (micro, pequeña y mediana empresa), evaluando erróneamente, de contera, la calidad jurídica y empresarial del proponente?</p>	<p><u>Respuesta a la observación 1.</u> La Agencia Nacional de Infraestructura, tiene previsto en sus procesos de selección la evaluación de la acreditación de la condición de Mipymes de los proponentes, como criterio de desempate, a partir de la aplicación de las disposiciones legales vigentes.</p> <p>Es así como para la aplicación de este criterio, se tienen en cuenta las definiciones del artículo 2º de la Ley 590 de 2000, las cuales continúan siendo aplicadas, por virtud de lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011.</p> <p>La anterior remisión normativa, se aplica teniendo en cuenta a la vez, que las definiciones de la Ley 590 de 2000, se deben apreciar o aplicar, conforme fueron modificadas por la Ley 905 de 2004.</p>

	<p style="text-align: center;">HECHOS</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En los pliegos de condiciones y en el proyecto de pliego de condiciones de los Concursos de Méritos (procesos VJ-VGC-CM 007,008 y 009 todos de 2013) numerales 5.2.3. y 5.1.4.3., respectivamente, como política de la Agencia Nacional de Infraestructura en cuanto a la definición y clasificación de 'Mipymes', entiende por ellas la entidad que "... para estos efectos se considerarán Mipymes nacionales tanto aquellas sociedades nacionales que cumplan las dos (2) condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificada por la Ley 905 de 2004, como las extranjeras que cumpliendo las dos condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) de la misma norma citada, hayan acreditado reciprocidad." 2. La definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por las siguientes legislaciones: Ley 590 de 2000 artículo 2°, Ley 905 de 2004 artículo 2° (subrogación), Ley 1151 de 2011 artículo 75 (subrogación) y, finalmente, Ley 1450 artículo 43 (subrogación o modificación). 3. Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico actual vigente, al tenor del artículo 43 de la ley 1450 y en virtud de su párrafo segundo (2°), que subroga el art. 2 de la ley 590 a su vez modificado por la ley 905, transitoriamente y mientras se expide la reglamentación de dicho artículo 43 por parte del Ejecutivo, las 'Mipymes' se siguen definiendo por lo preceptuado en el artículo 2° de la ley 590. 4. El día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en "virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013" en la que, básicamente, se reitera en su posición arguyendo que para la determinación de la calidad de mipymes se ha fundado en el art. 2 de la ley 590. <p style="text-align: center;">NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA SOBRE LA NOCIÓN MIPYME</p> <p>LEGAL: Como se dijo en el hecho segundo, y apreciable en el cuadro que más adelante se verá, La definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por</p>	<p>Siendo así las cosas, la regulación de Mipymes que se encuentra vigente y que está siendo aplicada por la Agencia Nacional de Infraestructura, es la siguiente:</p> <p><i>"Artículo 2o. Definiciones. Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros: Negrillas fuera de texto.</i></p> <p><i>1. Mediana empresa:</i></p> <p><i>a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o</i></p> <p><i>b) <Ajuste de salarios mínimos en términos de UVT por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006. El texto con el nuevo término es el siguiente:> Activos totales por valor entre 100.000 a 610.000 UVT.</i></p> <p><i>2. Pequeña empresa:</i></p> <p><i>a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o</i></p> <p><i>b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,</i></p> <p><i>3. Microempresa:</i></p> <p><i>a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,</i></p>
--	---	--

	<p>diferentes legislaciones, así: Ley 590 artículo 2° que entró en vigencia el 12 de julio de 2000, Ley 905 artículo 2° y que subrogó el art. 2 de la ley 590 a partir del 2 de agosto de 2004, luego, la Ley 1151 de 2011 artículo 75 que modificó nuevamente el art. 2 de la ley 590 y rigió a partir del 25 de julio y, finalmente y actualmente vigente, la Ley 1450 artículo 43 que subroga o modifica, otra vez, el art. 2 de la ley 590 de 2000.</p> <p>A continuación se ilustra comparativamente el cambio normativo que ha sufrido la definición de las Mipymes con la normativa mentada:</p> <p><i>Nota: el cuadro comparativo se anexa como documento adjunto al presente oficio</i></p> <p>REGLAMENTARIA:</p> <p>También se ha referido al tema de las ‘Mipymes’ en el Decreto 734 de 2012 en los siguientes artículos, con los que se observan que la norma vigente sobre la materia es el artículo 43 de la ley 1450:</p> <p>Artículo 4.1.1. Promoción del desarrollo en la contratación pública y los beneficios que otorgará el Gobierno Nacional para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes). Por medio del presente decreto se establecen las pautas para que en los procesos de contratación que adelanten las entidades públicas se fijen condiciones preferenciales y convocatorias limitadas a Mipymes, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011; beneficios que se aplicarán, dependiendo de su tamaño empresarial, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011.</p> <p>Artículo 4.1.2. Convocatoria limitada a Mypes. En los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la convocatoria se limitará exclusivamente a Mypes (micro y pequeña empresa), siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos: [...]</p> <p>Parágrafo 3°. De conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 y las normas que lo reglamente, se seguirán los criterios allí establecidos para determinar las micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de poder acceder a los beneficios o condiciones preferenciales de cada una de ellas.</p> <p>Además, acá se observa, que el artículo 4.1.4 para Mipymes (micro ,pequeña y mediana empresa), este ya hace referencia a Mypes (micro y pequeña empresa), lo cual quiere decir que el decreto 734 reglamenta la combinación de dos factores:</p>	<p><i>b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,</i></p> <p><i>PARÁGRAFO. Los estímulos beneficios, planes y programas consagrados en la presente ley, se aplicarán igualmente a los artesanos colombianos, y favorecerán el cumplimiento de los preceptos del plan nacional de igualdad de oportunidades para la mujer”.</i></p> <p>Respecto al contenido del parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, es preciso aclarar al observante, que dicha disposición expresa que continua vigente la definición contenida en el artículo 2º de la Ley 590 de 2000, más no la vigencia de este artículo.</p> <p>La Agencia, acorde con el querer del legislador y contrario a lo pensado por el observante, garantiza plenamente el acceso a los beneficios que la ley trae para las micro, medianas y pequeñas empresas.</p> <p>Se aprecia el esfuerzo del observante al querer entender y comprender la aplicación que se debe dar a las regulaciones en materia de beneficios para este tipo de empresas, pero no se comparten algunos de los criterios o elementos expuestos para pretender que la Agencia modifique el Pliego de Condiciones y aplique un criterio distinto al que hasta el momento ha aplicado.</p> <p>Si existiere algún vacío o contradicción en las disposiciones que regulan la materia, y la cual eventualmente se origina en el caso de la interpretación que le ha dado al asunto el observante, la Agencia en su criterio de evaluación y</p>
--	---	---

	<p>trabajadores y activos , de acuerdo a lo anterior, lo que la ley 1450 del 2.011 y la ley 590 del 2.000 tienen como propósito que la Mypimes se diferencien de las grandes empresas ; por lo tanto nuestra respuesta al decreto establece las Mypes por lo tanto también pueden haber micro y mediana empresa . Las Mypes son para convocatorias , que limitan a las Mipymes, es decir que con la actual condición que está colocando la ANI en su pliego de condiciones están desconociendo las Mypes que son micro y pequeña empresa.</p> <p>Por ello se esta violentado la ley y el decreto 734 ,porque la figura de Mypes existe en el ordenamiento jurídico . Se tiene una Mypes pero igualmente por analogía jurídica o estructura jurídica también deben ser aceptadas ,las micro y mediana empresa o las pequeñas y mediana empresa. La primera combinación que esta reglada, que es micro y pequeñas (Mypes), esta violación a la norma jurídica es ilegal.</p> <p>La connotación de micro y pequeña empresa ya está arreglada en el artículo 413 , por lo cual estas Mypes tienen el derecho , entonces por construcción jurídica se tienen las siguientes combinaciones: Micro y pequeña empresa, micro y mediana empresa y pequeña y mediana empresa , que se diferencian de las grandes empresas.</p> <p>Estas tres Connotaciones están cumpliendo con lo que dice la Ley 905 de 2004, porque cumplen con el factor de los trabajadores como Micro o pequeña o de otro modo como micro o mediana. Las mypes están dentro de las Mypimes</p> <p>La Entidad si esta equivocada en sus políticas deben investigar quien las hace. Con esto se lograra que se acepten las Mypes.</p> <p>Si la entidad quiere establecer políticas dentro de su facultades discrecionales , lo que si puede es que las Mypime tenga por lo menos el 25 % de la experiencia general</p> <p>Y con base en el proyecto de decreto versión 6 , donde las Mypimes deben tener minimo y el 25% de la experiencia general , no habilitante.</p> <p>.JURISPRUDENCIAL:</p>	<p>aplicación de la norma, se ha apoyado tal como ya se ha expuesto en otras ocasiones, en el Concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, emitido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, autoridad competente que tiene a su cargo la regulación, vigilancia y control de las organizaciones empresariales conocidas como Mipymes.</p> <p>La duda que surge al observante en cuanto a que los criterios para determinar si una empresa es micro, pequeña o mediana empresa por encontrarse separadas por la disyunción “o”, y si se deben cumplir las dos condiciones, se aclara con lo expuesto el referido concepto de la autoridad competente, en el cual se expresa:</p> <p><i>“Es criterio de este Ministerio que para clasificación de empresa como micro, pequeña o mediana, actualmente se deben cumplir las dos condiciones (planta de personal y activos totales); el hecho de ser previa la siguiente frase: <u>“que responda a dos de los siguientes parámetros”</u>, referida en la parte inicial del citado artículo, hace que prevalezca por encima de lo señalado seguidamente, a pesar de incluir la conjunción disyuntiva”</i></p> <p>Es más, si existiere alguna duda respecto a la aplicación de las normas que regulan la verificación de la condición de Mipymes, la ANI a través del Pliego de Condiciones que contiene las reglas de participación de los proponentes ha sido lo suficientemente clara al disponer la forma y condiciones bajo las cuales será apreciada la condición de cada uno de los proponentes que pretendan acceder al beneficio por el hecho de ser Mipyme.</p> <p>A partir de estos lineamientos la Agencia ha aplicado y mantiene la aplicación del criterio a partir del cual se</p>
--	--	---

	<p>Sobre la definición de las ‘Mipymes’, ha de tenerse en cuenta lo dicho por la jurisprudencia al respecto en la sentencia del 23 de mayo de 2012 del Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. (Sección Tercera), C.P.: Gil Botero, Enrique. Expediente 40743, <u>única que se ha pronunciado sobre la materia</u>, a propósito de la demanda del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 en el que se incluyó como criterio de desempate la preferencia a quienes tienen calidad de mipymes respecto de los que no la tienen, y expresa:</p> <p><i>“Para que una unidad de explotación económica tenga la connotación de Mipyme, es necesario que responda a dos parámetros: el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y los activos totales con los que cuenta. Así, la ley señala: 1. La mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o que tenga unos activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de Valor Tributaria; 2. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o que tenga activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos legales vigentes, y; 3. La microempresa es aquella que no tiene una planta de personal superior a 10 trabajadores o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales. Se trata entonces de una ley que pretende el fomento de empresas que por su tamaño o capacidad económica no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas industrias que se caracterizan por tener a su disposición amplios recursos tanto materiales como humanos. (Las negrillas son nuestras).</i></p> <p>Como se puede observar, la misma jurisprudencia repite lo que la ley requiere o entiende por Mipyme, es decir, no exige que una Mipyme cumpla los requisitos de manera conjunta o simultánea sino que puede cumplir con uno de los requisitos. Se decide la acción de nulidad interpuesta por los actores contra el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 del 9 de julio de 2010, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 80 de 1993, la Ley 590 de 2000, la ley 816 de 2003 y la Ley 1150 de 2007.”</p> <p>Así mismo, en cuanto a la creación, operación, mecanismos legales y acceso a los mercados por cuenta de las mipymes dijo en la misma sentencia la corporación:</p> <p><i>La ley establece mecanismos indispensables para permitir la creación y operación de las Mipymes en un escenario de competitividad. Así, se abordan los siguientes frentes: 1. El acceso a mercados y bienes y servicios; 2. El desarrollo tecnológico y talento humano; 3. El acceso a mercados financieros, y; 4. La creación de unidades empresariales (...) Para garantizar el acceso de las Mipymes a los mercados de bienes y servicios cuando éstos son creados por el funcionamiento del Estado y promover la concurrencia, las entidades estatales (definidas en el artículo 2 de la ley 80 de 1993) deben: 1. Desarrollar programas de aplicación de las normas</i></p>	<p>verifica la condición de Mipyme de las empresas, sin tener en consideración la situación particular o concreta en la que pueda estar incurso determinada empresa por no cumplir con este requisito, circunstancias que a todas luces, son ajenas al querer de la administración.</p> <p>En este orden de ideas, el hecho de que alguna empresa en particular no cumpla con la acreditación de la condición de Mipyme conforme a la ley y a lo previsto en el pliego de condiciones, no implica que la entidad haya consagrado una regla de imposible cumplimiento, que se esté restringiendo la participación o que estemos frente a la aplicación de una regla ineficaz que deba ser inobservada.</p> <p>La Agencia, como ya se dijo, indistintamente de la situación de cada Empresa en particular ha venido aplicando el criterio que aquí se explica y la adjudicación de los procesos de selección ha sido hasta el momento satisfactoria, de tal manera que no estamos frente a la aplicación de una regla de imposible cumplimiento o que impida la participación de los proponentes, pues de lo contrario los procesos anteriores no se hubiesen podido adjudicar.</p> <p>De igual manera, en todos los Concursos de Méritos que ha adelantado la ANI, se ha acudido al criterio de desempate de Acreditación de Mipymes, con pluralidad de oferentes que cumplen con este requisito; en muchos casos esta condición ha determinado el adjudicatario.</p> <p>Dentro del Concurso de Méritos No VJ-VE-CM-001-2013, el cual tuvo acompañamiento de la Procuraduría Delegada</p>
--	--	--

	<p>sobre contratación administrativa y las concordantes de ciencia y tecnología en lo atinente a la preferencia de normas nacionales, desagregación tecnológica y componente nacional en la adquisición de bienes y servicios; 2. Promocionar e incrementar, conforme con su presupuesto, la participación de las Mipymes como proveedoras de bienes y servicios que demanden; 3. Establecer procedimientos administrativos que faciliten que las Mipymes cumplan con los requisitos y trámites relativos a pedidos, recepción de bienes o servicios, condiciones de pago y acceso a la información sobre sus programas de inversión y gasto, y; 4. Preferir en condiciones de igual precio, calidad y capacidad de suministro y servicios a las Mipymes nacionales.</p> <p>CONCEPTOS¹: La información de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre la noción de tamaño empresarial de las Mipymes ha dicho:</p> <p><i>“En Colombia, y mientras se reglamenta el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, los parámetros vigentes para clasificar las empresas por su tamaño son las siguientes ([sic] artículo 2º de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2º de la Ley 905 de 2004). Disposición que exige el cumplimiento de las dos condiciones de cada uno de los tipos de empresa.</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Microempresa</i></p> <p>a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores</p> <p>b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos n vigentes.</p> <p style="text-align: center;"><i>Pequeña empresa</i></p> <p>a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores.</p> <p>b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios n legales vigentes.</p>	<p>para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, se aplicó el criterio de desempate de Acreditación de Mipymes, bajo las mismas reglas establecidas para el presente proceso, sin que este órgano de control efectuará observaciones al respecto, previa revisión de las normas aplicar para aplicar los criterios de desempate.</p> <p>El proceso de selección de los contratistas del Estado, implica que eventualmente haya proponentes que cumplen y otros que no cumplen con los criterios o condiciones previstos para la selección del futuro contratista, de tal manera que el hecho que haya eventuales interesados en un proceso que no cumplan algún aspecto de los contemplados en el pliego, no implica que las reglas del proceso sean ineficaces.</p> <p>Las dificultades que se dan a conocer a través de su observación, orientadas a que la Entidad modifique el pliego de condiciones y por esta vía se permita la participación de una empresa que al parecer se encuentra en una situación de incumplimiento en relación con la condición de Mipyme, no es procedente.</p> <p>La situación particular de una empresa frente a la normativa vigente es ajena a la Entidad encargada del proceso de selección, si de tal situación se encuentra por parte del interesado que deviene la existencia de una norma que es contraria al ordenamiento jurídico, le corresponde al directamente afectado acudir a los mecanismos jurídicos correspondientes y no pretender que</p>
--	--	--

¹ En <http://www.mipymes.gov.co/publicaciones.php?id=2761>

	<p style="text-align: center;"><i>Mediana empresa</i></p> <p>a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores.</p> <p>b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos vigentes.</p> <p>Además, dice el Ministerio que: <u>"Según el Memorando Oj -1568 del 25 de mayo de 2012 de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio Industria y Turismo</u></p> <p><i>"Definición de las Micro Pequeña y Mediana Empresa, en aplicación del párrafo 2o del artículo 43 d la ley 1450 de 2011 en los siguientes términos.</i></p> <p>Debe observarse que La ley 1450 de 2011 dispuso en el Parágrafo 2o de su artículo 43 que: "Las definiciones contenidas en el artículo 2o de la ley 590 de 2000 continúan vigentes hasta entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo".</p> <p>Por ello y mientras no se reglamente el artículo 43 de la ley 1450 de 2011, deberá estarse a las definiciones contempladas en el artículo 2o de la ley 905 de 2004, en las cuales se refiere de manera exclusiva a la " Mediana Empresa pequeña Empresa y Microempresa" lo anterior, en aplicación a lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 43 de la ley 1450 de 2011"</p> <p style="text-align: center;">TRES ALTERNATIVAS A MANERA DE ESTADO DE LA CUESTIÓN</p> <p>1. Dentro de la 'línea oficial' que arguye se debe dar aplicación al art. 2 de la ley 590 a su vez modificada por la ley 905 de 2004, efectuar una Corrección en la interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000 para evitar una Violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa por indebida interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000 y violación a los principios</p>	<p>a través de la modificación del pliego de condiciones se adecue el proceso de selección a un caso específico y concreto.</p> <p>mensuales legales La Agencia Nacional de Infraestructura continuará dando cumplimiento a lo consagrado en el pliego de condiciones y en las disposiciones legales vigentes artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004.</p> <p>En cuanto, al artículo 75 de la Ley 1151 de 2007, el cual modifica el artículo 2º de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2º de la Ley 905 de 2004, este fue derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011, indicándose en esta ley en el artículo 43 las Definiciones de tamaño empresarial.</p> <p>La decisión de la administración, está fundada en los principios rectores de la actividad contractual y en general del derecho, en tal sentido el criterio para la consideración de Mipymes de las empresas proponentes tal como se ha expuesto está sujeto al principio de legalidad ya que en ningún momento se han inobservado las disposiciones o regulaciones vigentes para efectos de aplicar el criterio de Mipymes.</p> <p>La eventual declaratoria de nulidad del pliego de condiciones y del proceso que alude el observante como un supuesto que ha de acontecer si no se modifica el pliego de condiciones en los términos por él solicitados, consideramos que constituye un elemento que antes que disuadir a la administración ante un eventual error, lo que pretende es la adecuación del pliego de condiciones a unas</p>
--	---	--

	<p style="text-align: center;">de la Actuación y Función Administrativa.</p> <p>Como ya se había dicho en los hechos, el día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en “virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013” en los siguientes términos:</p> <p><i>Se le aclara al interesado que el criterio de desempate relativo a la calidad de Mipymes previsto en los numerales 5.1.2 y 5.1.3 del pliego de condiciones se incluyó en este documento con fundamento en el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004, que al tenor literal expresa: [...]</i></p> <p><i>De la disposición legal transcrita se desprende que debe considerarse Mipymes toda unidad de explotación económica que responda a dos de los criterios previstos en la misma clasificación.</i></p> <p><i>Es decir, y a título de ejemplo si algún proponente pretende acreditar a calidad de Mipymes referido a la clasificación de Microempresa deberá tener una planta de personal no superior a los diez trabajadores y activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p><i>Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley. En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.</i></p> <p>Teniendo en cuenta los hechos de este libelo y la respuesta de la entidad descritos supra, ahora bien, si se analiza la definición actual de Mipymes, tenemos que decir a la luz del ordenamiento jurídico vigente, que la contenida en el artículo segundo (2) de la ley 590 y modificada por la ley 905, por disposición del Parágrafo segundo del artículo 43 de la ley 1450, es la siguiente:</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>“Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:</i></p> <p>1. <i>Mediana empresa:</i></p>	<p>circunstancias de carácter particular y concreto, aspecto que se encuentra proscrito del ordenamiento jurídico.</p> <p>Ahora bien, en cuanto a la solicitud de suspensión del proceso, eventual consulta al Consejo de Estado y solicitud de concepto a la Dirección de micro, pequeña y mediana empresa –mipymes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Consejo Superior de la Microempresa y al Consejo de la Pequeña y Mediana Empresa, la Agencia desestima tales solicitudes, pues es claro que la aplicación normativa que se ha venido dando a este asunto, respaldada en el concepto con que ya se cuenta del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, le permiten a la Agencia concluir que la evaluación de la condición de Mipymes de los proponentes se viene efectuando conforme a derecho.</p> <p>Sin embargo, la ANI mediante Resolución No 308 de 2013, adopta el Manual de Contratación de la Agencia Nacional de Infraestructura, indicando en el Título III POLITICAS QUE RIGEN LA PLANEACION Y ESTRUCTURACION DE LOS PROYECTOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en el numeral 3.6 Promoción de las MIPYMES, lo siguiente:</p>
--	---	--

	<p>a) <i>Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o</i></p> <p>b) <i>Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.</i></p> <p>2. <i>Pequeña empresa:</i></p> <p>a) <i>Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o</i></p> <p>b) <i>Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,</i></p> <p>3. <i>Microempresa:</i></p> <p>a) <i>Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,</i></p> <p>b) <i>Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes". (las negrillas son nuestras)</i></p> <p>Por tanto, si analizamos la definición anteriormente dada de lo que se entiende por 'Mipymes', tenemos que decir, en una lectura integral de la norma y conforme a los criterios de interpretación del Código Civil que supletivamente rigen la materia, que una 'Mipyme' es la que responda a dos de los siguientes parámetros: planta de personal no mayor a doscientos (200) trabajadores y activos totales que no sean superiores a treinta mil (30.000) SMMLV. Por tanto, de recordarse, los artículos 27, 28 y 30 del Código Civil, esto es, que debe interpretarse la norma, en su contexto, en su sentido natural y obvio, y sin desatender su tenor literal por ser su sentido muy claro.</p> <p>Luego, como se puede observar en lo dispuesto por la norma, cuando esta dice que una 'Mipyme' es "la que responda a dos de los siguientes parámetros", refiere a los parámetros contenidos en los numerales 1, 2 y 3 (mediana, pequeña, y microempresa), y además si se mira la formación semántica de la norma, se puede ver que los requisitos exigidos por la misma son alternativos más no simultáneos, es decir que la empresa considerada 'Mipyme' puede responder indistintamente a</p>	<p>3.6 Promoción de las MIPYMES</p> <p>En los pliegos de condiciones deberá darse cumplimiento riguroso a la normatividad existente en relación con la participación de las MIPYMES en aras de promover el fortalecimiento de la Empresa Nacional, a efectos de lo cual se dará aplicación a los parámetros vigentes para clasificar las empresas por su tamaño y por sus activos (2º de la Ley 590 de 2000, modificado por el 2º de la Ley 905 de 2004), según el criterio de interpretación y aplicación de dichas normas establecido por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, hasta tanto la condición de Mipyme empiece a ser certificada por la Cámara de Comercio de Bogotá, caso en el cual la ANI se atenderá a la clasificación que se registre en el certificado expedido por dicha entidad.</p> <p>En consecuencia, acogiendo lo conceptuado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para la categorización de una compañía proponente o miembro de un proponente como Mipyme, se considerará exigible el cumplimiento conjunto y simultáneo de las dos condiciones de cada uno de los tipos de empresa, a saber:</p> <p>a) Microempresa: Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores y Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.</p> <p>b) Pequeña empresa: Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores y Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.</p> <p>c) Mediana empresa: Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores y Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales</p> <p>Por lo anterior la ANI, aclarara el Pliego de Condiciones mediante Adenda.</p> <p><u>Respuesta a la observación 2.</u></p> <p>Aunque la observación que se presenta, no es clara, entendemos que la misma está referida a los criterios establecidos por parte de la Entidad en el Pliego de Condiciones para determinar los criterios de experiencia probable y experiencia general, como requisitos</p>
--	---	---

	<p>dos de los siguientes parámetros: planta de personal o activos, más no conjuntamente los dos. Y es así, porque la norma claramente lo ha permitido que sea planta de personal o activos como criterios auxiliares indistintos para determinar la calidad empresarial. ha de tenerse en cuenta que la norma en su construcción semántica incluye la letra "o", como criterio disyuntivo, más no conjuntivo como lo ve la ANI, lo que indica por cuál criterio se puede optar para determinar en qué categoría se encuentra una empresa. Luego, no es tan cierto que sean simultáneamente los dos parámetros o requisitos para entender qué es una 'Mipyme' lo que exige la ley; es decir, una 'Mipyme' puede ser aquella empresa que tenga una planta de personal de mediana empresa pero un activo de pequeña empresa o, en otro ejemplo, puede ser también una empresa que tenga planta de personal de microempresa y un activo de pequeña o mediana empresa.</p> <p>Volviendo entonces a la definición de 'Mipymes' dada por la ley 905 y contrastada con los pliegos de condiciones, no puede el pliego de condiciones exigir lo que no está en la ley, puesto que viola el principio de legalidad y contraviene el principio de buena fe que debe tener en cuenta los servidores públicos y las entidades públicas en sus actuaciones administrativas, toda vez, que están interpretando indebidamente la normatividad legal, esto es, sobreponiendo un acto administrativo sobre la ley lo cual no puede ser porque jerárquicamente es la ley superior a un acto administrativo.</p> <p>Como se ha dicho, la ley no exige que simultáneamente se aplique los dos criterios basta con tener uno de ellos para ser considerado Mipyme, es más, lo que busca la norma y, de hecho, hay que tener presente, es que los dos requisitos, aunque no simultáneamente en la misma categoría, convaliden de que efectivamente se trata de un Mipyme, es decir, que se contenga un número de empleados dentro del rango Mipymes y un número activos dentro del rango de Mipymes, cosa distinta sería que estuvieran alguno de los dos criterios, o incluso los dos, por fuera de rango que pide la ley, lo que obviamente ya no sería o no se podría considerar como una Mipyme; de lo contrario nos preguntamos, ¿qué pasaría entonces con el proponente o la empresa que tiene un número empleados que se ubica dentro del criterio de pequeña empresa pero con un número de activos que se ubica dentro de mediana empresa? o, así mismo, ¿un número de empleados que se ubica dentro</p>	<p>habilitantes, y la experiencia específica como criterio de ponderación de las ofertas, a partir de la regulación prevista sobre el particular en el Decreto 734 de 2012.</p> <p>Al respecto, es preciso señalar, que el Pliego de Condiciones del Concurso de Méritos que nos ocupa, en virtud de lo consagrado en las disposiciones vigentes, contempló en los numerales 4.10.1 y 4.10.2, como requisitos habilitantes, la Experiencia Probable y la Experiencia General, y como criterio de calificación o ponderación, la Experiencia Especifica que no es otra que la experiencia acreditada que se determina en cada caso específico acorde con el objeto y la naturaleza propios del proceso de selección (numeral 5.1.1. del Pliego de Condiciones).</p> <p>Por la naturaleza, objeto, cuantía y condiciones propias del concurso de méritos que se adelanta para la interventoría de la Concesión del corredor vial Loboguerrero Buga, la entidad ha considerado como requisito habilitante mínimo, la acreditación de experiencia probable de por lo menos 10 años, que se puede acreditar directamente por el proponente individual o a través de alguno de los miembros en caso de estructura plural, lo cual bajo ninguna circunstancia, es contradictorio o se contrapone a lo dispuesto en el Decreto 734 de 2012, pues éste no establece ninguna limitante o condición en cuanto al requerimiento que las Entidades puedan establecer sobre el particular en el Pliego de Condiciones.</p> <p>Ahora bien, en lo que hace referencia a la posibilidad de acreditación de la experiencia de los socios de una</p>
--	--	---

	<p>de microempresa pero un valor o número de activos que se ubica dentro de pequeña empresa? Luego, si nos acogemos a la conceptualización rígida, estrecha y excluyente del pliego de condiciones, que incorpora la agencia nacional de infraestructura, habríamos de decir que entonces ninguna empresa de estas que se encuentra en esta situación podría ser considerada como Mipyme, obviamente tampoco como empresa de gran escala, en conclusión, no sería ninguna clase de empresa y no podría ser catalogada como empresa en cualquiera de los criterios dados por la ley.</p> <p>Por las razones anteriores, consideramos que la definición de Mipymes dada por la agencia nacional de infraestructura en el pliego de condiciones no es procedente con la política y mandato legal, además, resulta inadmisiblesu postura así expresada y que funda en la que considera ser la correcta interpretación del art. 2 de la ley 590 cuando dice: <i>Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley. En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.</i> (Las negrillas son nuestras).</p> <p>Y decimos que es inadmisibles, primero, porque desconoce la entidad sus propias palabras que rezan <i>“mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley”</i> cuando precisamente está haciendo lo contrario y, segundo, porque afirmar que ha sido política de la entidad dar la interpretación en comentario al art. 2 de la ley 590 con su modificación por la ley 905, <u>es tanto como decir, coloquialmente, ‘que como las cosas se han venido haciendo mal, entonces, es posible seguirlas haciendo mal’.</u> Así, y valga la analogía, de ser esa la posición de la entidad para el manejo de todos sus asuntos, no debería haberse aceptado la observación de la modificación de la minuta del contrato contenida en los pliegos del proceso VJ-VGC-CM-008-2013, con la cual se excluyen de la misma las cláusulas excepcionales o exorbitantes por no contarse con la autorización legal y, por el contrario, deberían seguir elaborando como lo han venido haciendo, dichos contratos.</p> <p>Además, con esta postura estaría impidiendo su acceso a los procesos de licitación al poner requisitos o trabas innecesarias y que no están en la ley con lo cual dificulta su</p>	<p>sociedad escindida, el pliego de condiciones no desconoce tal regulación y en efecto, en el numeral 4.10.2.14, dispone que: “Será válida la experiencia de los socios de una persona jurídica cuando ella no cuente con más de tres (3) años de constituida en los términos del artículo 2.2.7 del Decreto 734 de 2012 solamente para la experiencia general (...)”</p> <p>No se debe desconocer, que unos son los requisitos a partir de los cuales cada persona interesada en contratar con las entidades del Estado acredita para registrarse ante las Cámaras de Comercio y otros los requisitos propios que cada proceso de selección conlleva, y que si bien unos y otros no son contradictorios entre si, ello no implica que todo aquel eventual proponente que se encuentre inscrito en la Cámara de Comercio, por ese solo hecho cumple con los requisitos habilitantes de todos los procesos que adelanten las entidades del Estado, de tal manera que uno es el efecto que tiene la inscripción en el registro único de proponentes y otro muy distinto el efecto que puede tener la evaluación de los requisitos habilitantes contemplados en el pliego de condiciones de cada proceso de selección de manera específica.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, bajo ninguna circunstancia se vislumbra motivo alguno que de lugar a establecer que con las reglas previstas en el pliego de condiciones nos encontramos frente al establecimiento de alguna regla subjetiva o frente a algún evento que pueda dar lugar a un vicio de nulidad del proceso de selección.</p> <p>De otro lado, para dar más claridad a este tema, en cuanto</p>
--	---	---

presentación y participación en los procesos de contratación. Con ello, se estarían vulnerando los mandatos legales en ese sentido como el artículo 32 de la ley 1450 y el título cuarto del decreto 734 de 2012. De hecho, **no se entiende como la Agencia Nacional de Infraestructura, resulta ser la única entidad del país con una posición equívoca e interpretación errada de la norma contenida en el art. 2 de la ley 590 y, aún así, considere tener la razón.** Al efecto, baste entrar al SECOP y analizar los distintos pliegos de condiciones de las más variadas instituciones donde se observa que los criterios para determinar que se entiende por Mipymes no son del estilo restrictivo que está planteando la A.N.I. en sus pliegos.

Así las cosas, lo estipulado en el pliego de condiciones (numeral 5.2.3.) ha de tenerse como **ineficaz de pleno derecho**, esto es, **por no escrita y que no produce efecto vinculante alguno** para las partes, **por ser contraria a la previsión normativa** de la ley 80 de 1993 (art. 24, num. 5, lit. f), **y por contravenir expresamente lo estipulado en el literal d) del mismo artículo que reza: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”** (el subrayado es nuestro).

Además, la postura asumida por la entidad, esto es, interpretar de forma errónea e indebida el artículo 2 de la ley 590, contraviene el *principio de legalidad* que deben observar los funcionarios y las entidades públicas, no sólo porque no tiene en cuenta la propia ley como tampoco el artículo 23 de la ley 80 y los artículos 1º y 2º del C.P.A.C.A.

Es por todo lo anterior, que insistimos se modifique o articule en el pliego de condiciones la definición de Mipymes, de acuerdo a la normatividad vigente y de esta manera permitir ser un puente o un medio para el desarrollo de la promoción de la pequeña y mediana empresa y no un obstáculo para la consecución de las políticas nacionales y así evitar una violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa por indebida interpretación del artículo 2º de la ley 590 de 2000 y violación a los principios de la Actuación y Función Administrativa.

II. La norma vigente para definir qué se entiende por mipyme y, por tanto, utilizable como criterio para su clasificación es únicamente la ley 590, por disposición expresa de la ley 1450, art. 43.

a la diferenciación entre la experiencia General y la Experiencia Específica que al parecer se extraña de lo que se puede leer de su observación, le precisamos que tal aspecto está contemplado en el pliego de condiciones, así:

Para la experiencia general en el numeral 4.10.2, se requiere que todos los proponentes o miembros de estructura plural por lo menos a través de la presentación de un (1) contrato, demuestre la ejecución de **contrato de interventoría en proyectos de infraestructura de transporte**, con las demás alternativas allí previstas para los miembros líder y los no líderes de una estructura plural; en tanto que en el numeral 5.1.1., en lo que hace referencia a la experiencia específica el requerimiento de la entidad se circunscribe a un ámbito más específico, que corresponde a la **supervisión o interventoría de CONCESIONES de proyectos de infraestructura de transporte.**

		<p>Explicar con cuadro.</p> <p>III. Teniendo en cuenta que el art. 43 de la ley 1450 modificó el 2 de la ley 590, pero, el art. 276 de la ley 1450 deroga expresamente el art. 2 de la ley 590 y conforme a los criterios de derogación de las leyes y solución de antinomias y con fundamento en el art. 14 de la ley.</p> <p>2.Solicitan a la ANI la revisión del numeral 4.10.2.14 del Pliego de Condiciones, en cuanto a la Experiencia General vs Experiencia Especifica, de acuerdo con lo siguiente:</p> <p>IV. Observación respecto a los requisitos de experiencia indicados en el numeral 4.10.2.14. El pliego dice: (leer y citar)</p> <p>En el artículo 227, decreto 734 , valoración de la experiencia específica del proponente. tenemos que ya dice la manera de habilitar un proponente y es con la experiencia general luego, la experiencia específica es la ponderable . Ahora bien, la ley 1150 establece, el artículo 15 permite trasladar la experiencia.</p> <p>El decreto 734 , cuando habla del registro único de proponentes, hace referencia a la experiencia probable y de la experiencia específica que es la acreditable. Para la experiencia probable serán 5 años y la experiencia a certificar será la de los integrantes. En el caso de las empresas que se escindan o fusionen la experiencia certificada será la de los socios que se escindan o se fusionen, conclusión la ley esta por encima del decreto; en el registro único de proponentes hay una ambigüedad en el numeral 1 y el decreto. En el número 1 en el que habilita.</p> <p>En el numeral 6223 del registro único de proponentes, que hace referencia al procedimiento para la verificación de los requisitos habilitantes de los consultores, las empresas tienen 5 años para llevar la experiencia probable ,pero ha de recalcarse que para la experiencia acreditada , se determinara en el caso de las personas jurídicas (numeral 12) mediante la acreditación de máximo sus 10 mejores contratos ejecutados desde la adquisición de la personería jurídica .</p> <p>En teoría procede lo que dice la ANI es habilitante no específica , pero se debe ir a concurso méritos y en ella habla de la experiencia general, la relevante y suficiente en las</p>	
--	--	---	--

áreas requeridas con el objeto a contratar y habla de estructura de organización del interesado, recursos técnicos y humanos , entre otros temas . En el proceso de selección, artículo 3343, que habla de los criterios de evaluación de las propuestas técnicas para los concursos de méritos , las entidades poseen facultades discrecionales. Dentro de las necesidades de la entidad se valora la idoneidad de los proponentes en “exceso” de la mínima habilitante; entonces al proponente le deben reconocer una experiencia habilitante y después la entidad le tiene que valorar una experiencia adicional en exceso a la mínima habilitante, lo cual la define como específica , porque es diferente a la habilitante.

El código del comercio dice que cuando una empresa tiene control sobre otra podrá trasladarle la experiencia de la matriz. Dentro de la ley 1150 , el artículo 2 habla de las modalidades de selección y el numeral 3 hace referencia al concurso de méritos, así de esta manera se podrán establecer los criterios de experiencia , entre otros temas . Con base en el artículo 5 , de la selección objetiva , la entidad podrá usar criterios de experiencia específica y del equipo de trabajo conforme lo señala el reglamento, que es el decreto 734 . No es facultad discrecional del pliego de condiciones valorar que es ponderable y cual es la experiencia específica

Al caso anterior se debe aplicar el criterio de especificidad de la norma, es decir prevalece la norma posterior o última sobre la anterior. Eso es criterio subjetivo de un funcionario, no es legal, si se continúa con esto vician el proceso de selección y se procederá a la nulidad de los respectivos contratos que se suscriban de forma indebida.

CONCLUSIONES:

Violación al principio de legalidad, porque los funcionarios no pueden actuar por fuera de la ley, especialmente por *aplicación indebida e interpretación errónea de la norma* (art. 137 del C.P.A.C.A.), por tanto, la postura de la ANI (el contenido del pliego de condiciones respecto de lo que se entiende por Mipyme) debe ser considerado ilegal y carente de validez, luego, debe tenerse como una cláusula ineficaz de pleno derecho (cf. Art 24 L.80).

Es la conformidad de los actos de la entidad con el ordenamiento jurídico en general, y el sometimiento de los funcionarios y la entidad al derecho, además, en virtud de los

principios constitucionales y de la función administrativa que irradian el proceso de contratación, el funcionario no sólo debe observar el cumplimiento de la norma (ley 1450 o ley 590 según corresponda), sino que debe velar por el cumplimiento de los fines de la misma ley, esto es, promover la participación y acceso al mercado de la mipymes, aplicando e interpretando en debida forma la ley (ya sea el art. 2 de la ley 590 o el art. 43 de la ley 1450) porque de lo contrario se rompe el principio y la presunción de legalidad del pliego de condiciones y del proceso mismo.

La consecuencia sería, de seguir manteniendo la entidad esta posición, la eventual declaratoria de nulidad de este proceso de selección en atención al num. 4 del art. 44 de la ley 80, precisamente por ser una de las causales de nulidad del contrato el que se declare la nulidad absoluta de los actos en que en que se haya fundado (como lo es el pliego de condiciones). Por ello insistimos, que la indebida interpretación y aplicación del art. 2 de la ley 590 o del art. 43 de la ley 1450 que está haciendo la ANI, puede conllevar a la anulación del acto administrativo (pliego de condiciones) en concordancia con el art. 137 del nuevo C.P.A.C.A. por violarse la ley como norma superior y por desvío de poder por no corresponder el acto con la finalidad de la ley y es así, porque la entidad aunque actuando con las formas legales y dentro de sus competencias, está imponiendo su parecer con un fin opuesto al del art. 2 de la ley de la ley 590 o del art. 43 de la ley 1450, y debe recordarse que la conducta de la administración es regida por los fines de la ley más no la voluntad del funcionario máxime cuando lo que dispone no hace parte de su facultad discrecional.

Con todo, y en gracia de discusión, respetuosamente sugerimos a la A.N.I. se realice la suspensión del proceso de selección y contratación en curso, para que pueda ser ajustado a derecho, evitando así viciar el mismo, puesto que de continuar como se viene desarrollando podría conllevar finalmente a la nulidad de los actos del proceso y del futuro contrato. Además, teniendo en cuenta que únicamente las entidades estatales pueden elevar peticiones a la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, respetuosamente solicitamos a la Agencia Nacional de Infraestructura se sirva consultar a dicha corporación sobre el alcance e interpretación, así como su vigencia, de la definición contenida en el artículo 2 de la ley 590, así mismo, se pide a la Dirección de micro, pequeña

		y mediana empresa –mipymes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Consejo Superior de la Microempresa y al Consejo de la Pequeña y Mediana Empresa, conceptúen sobre el particular planteado en esta observación, en cuanto a la vigencia, aplicación y definición de la normativa que refiere a las Mipymes.	
4	COPEBA LTDA – Andrea Peña Sánchez	<p>1. <i>Solicita aclarar con base en cual información se diligencia el formato en cual se registra el Co - Capacidad de Organización, con base en la información del RUP? o con base en el personal que se tiene en el mes en que se presenta la propuesta?</i></p> <p>2. <i>Solicita aclarar a que se refiere el requisito establecido al final del numeral 5.1.1.1.13, el cual indica lo siguiente: “(...) Esta regla será aplicable tanto para la determinación del valor de la transacción como el del cierre financiero, según corresponda.”</i></p> <p><i>El numeral 5.1.1.13 del 5.1.1.1 REGLAS ESPECIALES DE ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA ESPECÍFICA, señala:</i></p> <p><i>5.1.1.1.13 En caso de contratos acreditados mediante experiencia en estructuras plurales anteriores, se evaluarán de la siguiente manera: (i) si el porcentaje de participación en la estructura plural anterior fue igual o mayor al treinta por ciento (30%), se tendrá como válido el cien por ciento (100%) de dicha experiencia, (ii) si el porcentaje de participación en la Estructura Plural Anterior fue menor al treinta por ciento (30%), se tendrá en cuenta la experiencia en forma proporcional al porcentaje de participación que se haya tenido, para todos los efectos. Esta regla será aplicable tanto para la determinación del valor de la transacción como el del cierre financiero, según corresponda.</i></p>	<p><u>Respuesta al numeral 1.</u></p> <p>Para efectos de acreditar la capacidad de organización del proponente, se deberá diligenciar el Formato 10 con base en la información del personal vinculado mediante una relación contractual en la cual se desarrollen actividades de consultoría tomada del Registro Único de Proponentes.</p> <p><u>Respuesta al numeral 2.</u></p> <p>La Entidad mediante adenda aclarará el numeral 5.1.1.1.13 del pliego de condiciones, en el sentido de eliminar el párrafo que expresa que: “Esta regla será aplicable tanto para la determinación del valor de la transacción como el del cierre financiero, según corresponda”.</p>
5	INGEOCIM LTDA – Liliana Rincón	<p>1. <i>Solicita aclarar respecto al capital real y el capital de trabajo, los demás proponentes “deben” aportar según el porcentaje % de participación en este proceso, o si el integrante líder cumple</i></p>	<p><u>Respuesta pregunta 1.</u></p> <p>La Entidad aclara al observante que de acuerdo con el</p>

		<p><i>con lo solicitado, es válido?</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 2. <i>Solicita aclarar si el número del personal para Co - Capacidad de Organización, es el certificado en el RUP o es el personal que se tenga a la fecha del cierre del presente proceso?</i> 3. <i>Solicita a la ANI, teniendo en cuenta que la entidad da respuesta a las solicitudes de aclaración realizadas al Pliego de Condiciones hasta el 15 de julio, y el cierre es el 19 de julio, prorrogar la fecha del cierre.</i> 	<p>numeral 4.10.4.1 del Pliego de Condiciones del proceso, se establece que el CAPITAL REAL DEL PROPONENTE, debe ser acreditado para mínimo el 60% del presupuesto oficial, en los siguientes términos:</p> <p>“- El LIDER, debe acreditar por lo menos el 50% del capital real requerido.</p> <p>Los demás miembros de la Figura Asociativa, para acreditar el capital real restante, <u>sumaran su capital real de manera proporcional a su participación en la figura asociativa</u>” (negrilla y subrayado fuera del texto).</p> <p>Así mismo, en el numeral 4.10.4.4, establece que el Proponente deberá acreditar un CAPITAL DE TRABAJO mínimo del 25% del valor del presupuesto, cumpliendo con los siguientes requisitos:</p> <p>“- El LIDER, debe acreditar por lo menos el 50% del capital de trabajo mínimo requerido.</p> <p>Los demás miembros de la Figura Asociativa, para acreditar el capital de trabajo restante, <u>sumaran su capital de trabajo de manera proporcional a su participación en el proponente plural</u>” (negrilla y subrayado fuera del texto).</p> <p><u>Respuesta pregunta 2.</u></p> <p>Para efectos de acreditar la capacidad de organización del proponente, se deberá diligenciar el Formato 10 con base en la información del personal vinculado mediante una relación contractual en la cual se desarrollen actividades</p>
--	--	--	---

			<p>de consultoría tomada del Registro Único de Proponentes.</p> <p><u>Respuesta pregunta 3.</u> La fecha indicada en el cronograma para las Respuestas a las solicitudes de aclaración respecto del Pliego de Condiciones, se mantiene, no obstante, en el evento en que surjan modificaciones que deben lugar a cambios sustanciales, la Entidad podrá modificar la fecha para la Presentación de las Propuestas, de tal manera que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para organizar y presentar sus propuestas.</p>
6	<p>SERVINC LTDA – Aura Sepúlveda – Andrea Caicedo</p>	<p>1. <i>Solicita confirmar si se aceptan dentro de la experiencia general Contratos de Interventoría a Concesiones Viales, sin importar que estos no se incluyan en la Experiencia Especifica, ya que el pliego requiere contratos de Interventoría a Proyectos de Infraestructura Vial y entendemos que Interventoría a Concesiones Viales son Proyectos de Infraestructura Vial.</i></p>	<p>La Entidad aclara que en esta etapa de respuesta a observaciones, NO se efectúa revisión previa de la experiencia a ser acreditada por los Proponentes, pues es deber de los Interesados analizar si sus Propuestas cumplen con lo previsto en el Pliego de condiciones. No obstante lo anterior, en atención a los temas tratados en la pregunta, a continuación se hacen las siguientes precisiones:</p> <p>En el numeral 4.10.2, se establece que la EXPERIENCIA GENERAL se debe acreditar con contratos de “INTERVENTORÍA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE”, los cuales corresponden, según las Definiciones del numeral 1.3, a: “Infraestructura de Transporte”. Son todas aquellas</p>

obras relacionadas exclusivamente con: Infraestructura Vial, de puertos, aeropuertos, Sistemas de Transporte Terrestre Masivo de Pasajeros o Infraestructura Férrea de pasajeros o de carga, urbano o interurbano.

Mientras, la EXPERIENCIA ESPECÍFICA, se acreditan con contratos de **“SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL”**, que de acuerdo con las Definiciones, establecidas en el numeral 1.3, corresponden a:

“ (h) “Infraestructura de Transporte Vial”: a) Son las obras de infraestructura de carreteras pavimentadas con un ancho de carril mayor o igual a 3.50 metros, que pueden incluir bermas Cunetas y/o Obras de Drenaje, ; ó b) Las obras de infraestructura de carreteras primarias pavimentadas que cumplen la función básica de integración de ciudades o localidades entre sí, y/o conexión con zonas portuarias o fronterizas; y/o las obras de infraestructura de carreteras secundarias pavimentadas que unen cabeceras municipales entre sí y/o que provienen de una cabecera municipal y conectan con una carretera primaria. Únicamente para efectos del presente Pliego de Condiciones, 1 debe entenderse que esta definición no incluye pistas de aeropuertos, líneas férreas, puertos o sistemas de transporte hídrico, de 3 hidrocarburos, transmisión y distribución de energía eléctrica.”

Adicionalmente, la Entidad aclara que el Pliego de Condiciones del presente concurso de méritos NO limita la presentación de un mismo contrato que cumpliendo con

			<p>lo solicitado para la experiencia general y cumpliendo con lo solicitado para la experiencia específica pueda ser acreditado por un proponente.</p>
--	--	--	--

OTRAS OBSERVACIONES EFECTUADAS AL PLIEGO DE CONDICIONES

7	<p>INPROCOLOMBIA SAS / Departamento de Licitaciones</p>	<p>Teniendo en cuenta lo acontecido en pasados procesos con su Entidad, respecto a la clasificación de las Mipymes, solicitamos a ustedes definir en esta etapa del proceso, como tendrán en cuenta las Empresas que estan clasificadas como Mipyme según la Ley 590 del 2000 y Ley 905 de 2004.</p> <p>Es de tener presente que se da prioridad a las Mipymes de acuerdo al Dec 734 de 2012, independiente de que sean Micro ó Pequeña ó Mediana Empresa, pues estas tres son las que conforman una Mipyme.</p> <p>Por lo anterior solicitamos a ustedes definir de manera detallada como debe cumplir un proponente su acreditación de Micro ó Pequeña ó Mediana.</p> <p>Según nuestra interpretación a la Legislación y a la lectura de los Pliegos de Condiciones, a manera de ejemplo citamos: <u>"si una empresa tiene 11 empleados y tiene 10.000 SMMLV en activos totales, esta esta dentro de los rangos de MIPYME, pues para Pequeña empresa: debe tener Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, y para Mediana empresa debe tener unos Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes";</u> por tanto a nuestro entender MI-PY-ME abarca tres tipos de empresa pues es MICRO y PEQUEÑA y MEDIANA, y cualquiera de estas es MIPYME.</p> <p>Sin embargo para los proponentes es importante tener clara cual es el entender de la Entidad respecto a la clasificación de Mipymes, para de esa manera definir si</p>	<p>La Entidad, dará cumplimiento a lo consagrado en el pliego de condiciones y en las disposiciones legales vigentes artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004.</p> <p>El criterio indicado en el pliego se encuentra en concordancia con la normatividad citada y el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, emitido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, referente a la clasificación de Mipymes.</p> <p>Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años, en este sentido se realizará la verificación de la condición de MIPYME atendiendo lo dispuesto en el Pliego de Condiciones.</p> <p>En la actualidad se encuentra vigente el régimen de transición establecido en el artículo 6.4.6 del Decreto 734 de 2012, en lo referente al RUP, por lo tanto a la fecha se encuentran registros vigentes y en firme bajo el Decreto 1464 de 2010, donde las Cámaras de Comercio no verificaban la situación de MIPYME de las empresas, motivo por el cual la ANI debe verificar dicha situación.</p>
---	--	---	---

		<p>cumplen y pueden presentarse al proceso licitatorio.</p>	<p>En aras de garantizar la condición de mipyme al momento del cierre del proceso, así como de verificar esta situación en igualdad de condiciones para todos los oferentes, la ANI realizará la constatación respectiva bajo el mismo criterio, el cual es acorde con la normatividad vigente.</p> <p>Lo anterior, se complementa con la respuesta dada en este escrito a la observación 3 - Audiencia de Aclaraciones planteada por el GRUPO POSSO S.A.S – David Godoy.</p>
8	<p>OBRAS Y PROYECTOS S.A - Francisco Sierra</p>	<p>De manera respetuosa solicitamos a ustedes aclarar como se definiría el desempate de mipymes en cuanto al tamaño de las empresas, el número de empleados y el valor de los activos totales.</p> <p>Entendemos que el decreto 734 del 2012 en su artículo 4.2.5.3. y 4.2.5.4. factores de desempate define:</p> <p>4.2.5.3. Si se presenta empate o este persiste y entre los empatados se encuentren Mipymes, se preferirá a la Mipyme nacional, sea proponente singular, o consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, conformada únicamente por Mipymes nacionales.</p> <p>4.2.5.4. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme, este se preferirá.</p> <p>Ahora bien en la ley 590 de 2000 modificada por la ley 905 de 2004 se define como Mipyme (Mi= Micro, Py= Pequeña, Me= Mediana):</p> <p>1. Mediana empresa:</p>	<p>La Entidad, dará cumplimiento a lo consagrado en el pliego de condiciones y en las disposiciones legales vigentes artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004.</p> <p>El criterio indicado en el pliego se encuentra en concordancia con la normatividad citada y el concepto No. OJ 558 del 21 de febrero de 2012, emitido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, referente a la clasificación de Mipymes.</p> <p>Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años, en este sentido se realizará la verificación de la condición de MIPYME atendiendo lo dispuesto en el Pliego de Condiciones.</p> <p>En la actualidad se encuentra vigente el régimen de transición establecido en el artículo 6.4.6 del Decreto 734</p>

		<p>a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, y</p> <p>b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.</p> <p>2. Pequeña empresa:</p> <p>a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, y</p> <p>b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes</p> <p>3. Microempresa:</p> <p>a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores, y</p> <p>b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes</p> <p>Teniendo en cuenta que el desempate va dirigido a Mipymes, es decir micros, pequeñas y medianas empresas, entendemos que desde que una empresa cumpla con algunos de los rangos ya sea de activos ó de personal que esten dentro de la calificación de micro ó pequeña ó mediana empresa es clasificada como Mipyme y tiene un lugar de selección en los criterios de desempate. Es correcta nuestra interpretación?</p>	<p>de 2012, en lo referente al RUP, por lo tanto a la fecha se encuentran registros vigentes y en firme bajo el Decreto 1464 de 2010, donde las Cámaras de Comercio no verificaban la situación de MIPYME de las empresas, motivo por el cual la ANI debe verificar dicha situación.</p> <p>En aras de garantizar la condición de mipyme al momento del cierre del proceso, así como de verificar esta situación en igualdad de condiciones para todos los oferentes, la ANI realizará la constatación respectiva bajo el mismo criterio, el cual es acorde con la normatividad vigente.</p> <p>Lo anterior, se complementa con la respuesta dada en este escrito a la observación 3 - Audiencia de Aclaraciones planteada por el GRUPO POSSO S.A.S – David Godoy.</p>
9	<p>INTEGRAL INGENIEROS CONSULTORES – Luz Adriana Tobon</p>	<p>Con relación al proceso de referencia solicitamos amablemente se tenga en cuenta la siguiente petición de aclaración:</p> <p>En el pliego de condiciones Numeral 4.10.4.3 RAZON DE ENDEUDAMIENTO se indica que “El Proponente y en caso de Figuras Asociativas todos sus miembros, deberán acreditar una razón de endeudamiento 24 menor del noventa por ciento (90%)”.</p> <p>Solicitamos este Nivel de Endeudamiento sea ajustado según las recomendaciones que</p>	<p>La Entidad ha estudiado la solicitud del observante y ha considerado pertinente mantener la RAZON DE ENDEUDAMIENTO menor del 90 %, tal como se establece en el numeral 4.10.4.3 del Pliego de Condiciones del presente Concurso de Méritos, considerando que ésta garantiza el buen desarrollo del Proyecto. Por lo tanto, NO se acepta la propuesta emitida por el observante.</p>

		hace la Cámara Colombiana de la Infraestructura según su estudio en el sector que es de 60% -70%.	
10	SIGA INGENIERIA Y CONSULTORIA SUCURSAL COLOMBIA - Jaime Ruiz castro	La presente tiene por objeto solicitar la ampliación de fecha para la entrega de propuestas en el proceso VJ-VE-CM-009-2013 con el fin de dar mayor oportunidad de participación a los oferentes.	La fecha indicada en el cronograma para el cierre y entrega de propuestas, se mantiene, no obstante, en el evento en que surjan modificaciones que deben lugar a cambios sustanciales, la Entidad podrá modificar la fecha para la Presentación de las Propuestas, de tal manera que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para organizar y presentar sus propuestas.
11	LICITACIONES Y CONCURSOS JASEN LTDA - Luis Alejandro Gonzalez Camargo	<p>1. Dado que los requisitos de capacidad financiera solicitada para los proponentes, corresponden al último año fiscal (fecha de corte 31 de diciembre de 2012), solicitamos a la Entidad que la acreditación de la calidad de Mipymes y Mipymes Nacional, también corresponda al último año fiscal, es decir con corte al 31 de diciembre de 2012.</p> <p>2. Teniendo en cuenta la ambigüedad entre el numeral 4.10.2.2, el cual menciona: "<u>En caso de contratos acreditados mediante experiencia en estructuras plurales anteriores, se evaluarán de la siguiente manera: (i) si el porcentaje de participación en la estructura plural anterior fue igual o mayor al treinta por ciento (30%), se tendrá como válido el ciento por ciento (100%) de dicha experiencia, (ii) si el porcentaje de participación en la Estructura Plural Anterior fue menor al treinta por ciento (30%), se tendrá en cuenta la experiencia en forma proporcional al porcentaje de participación que se haya tenido, para todos los efectos.</u>" y el numeral 4.10.2.9, el cual menciona: "<u>Si una misma experiencia fuere aportada por dos o más proponentes que la hayan adquirido en una forma asociativa anterior, la misma será tomada en cuenta únicamente en el porcentaje de participación que se tuvo en la estructura anterior</u>", solicitamos a la entidad suprimir el parámetro establecido en el numeral 4.10.2.9, dado que la evaluación de un proponente no puede estar supeditada a la presentación de otro.</p>	<p><u>Respuesta numeral 1.</u> La Entidad solicita para evaluación de la capacidad financiera información al 31 de diciembre de 2012, último año fiscal, información que será evaluada de acuerdo con lo indicado en el Pliego de Condiciones. No obstante, para la Acreditación de la calidad de Mipymes, el proponente interesado deberá diligenciar el Formato 3 de acuerdo con las instrucciones contenidas en el mismo, y la información aquí se debe certificar a la fecha del cierre, esto con el fin de ser tomada en cuenta como Criterio de Desempate, de acuerdo con el numeral 5.1.4 del Pliego de Condiciones.</p> <p><u>Respuesta numeral 2.</u> La Entidad acoge la observación del interesado y aclarara el Pliego de Condiciones mediante Adenda, la cual será publicada en el SECOP.</p>
12	INTERDISEÑOS – Ingenieros Consultores – Luz Amparo Valnecia Fandiño / Luz Stella Junco	1. Entendemos que para acreditar la experiencia específica solicitada son válidos contratos de Interventoría de Concesiones de Vías Urbanas. ¿es correcta nuestra interpretación?	<p><u>Respuesta pregunta 1.</u> De acuerdo con el numeral 5.1.1, la EXPERIENCIA</p>

	<p>2. Entendemos que el Anexo No. 8 Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad debe incluirse únicamente en el Sobre No. 1A, toda vez que este requisito es evaluable y por ende no debe ser incluido también el en Sobre No. 1. ¿Es correcta nuestra interpretación?.</p> <p>3. El numeral 4.10.2.2, establece: <i>“En caso de contratos acreditados mediante experiencia en estructuras plurales anteriores, se evaluarán de la siguiente manera: (i) si el porcentaje de participación en la estructura plural anterior fue igual o mayor al treinta por ciento (30%), se tendrá como válido el ciento por ciento (100%) de dicha experiencia, (ii) si el porcentaje de participación en la Estructura Plural Anterior fue menor al treinta por ciento (30%), se tendrá en cuenta la experiencia en forma proporcional al porcentaje de participación que se haya tenido, para todos los efectos.”.</i></p> <p>De otra parte el numeral 4.10.2.9, establece: <i>“Si una misma experiencia fuere aportada por dos o más proponentes que la hayan adquirido en una forma asociativa anterior, la misma será tomada en cuenta únicamente en el porcentaje de participación que se tuvo en la estructura anterior.”.</i></p> <p>De acuerdo con lo citado en los párrafos anteriores, solicitamos a la Entidad eliminar el numeral 4.10.2.9, toda vez que en el numeral 4.10.2.2 establece que si se tiene mínimo el 30% de la participación se valdrá el 100% del contrato sin importar si una misma experiencia es aportada por dos o más proponentes.</p> <p>Solicitamos a la Entidad corregir el Formato 3 Acreditación de la calidad de Mipymes y Mipymes Nacional, toda vez que están solicitando información relacionada con el número de empleados y activos totales al año 2013, información que todavía a la fecha no se tiene porque la información financiera se presenta anualmente con corte a 31 de diciembre. Además, para la evaluación de la capacidad financiera la entidad está requiriendo se presente dicha información al 31 de diciembre de 2012, último año fiscal.</p>	<p>ESPECÍFICA debe acreditarse con contratos, que tengan por Objeto o Alcance, lo siguiente: “SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL”, que de acuerdo con las Definiciones, establecidas en el numeral 1.3, corresponden a:</p> <p><i>“(h) “Infraestructura de Transporte Vial”: a) Son las obras de infraestructura de carreteras pavimentadas con un ancho de carril mayor o igual a 3.50 metros, que pueden incluir bermas Cunetas y/o Obras de Drenaje, ; ó b) Las obras de infraestructura de carreteras primarias pavimentadas que cumplen la función básica de integración de ciudades o localidades entre sí, y/o conexión con zonas portuarias o fronteras; y/o las obras de infraestructura de carreteras secundarias pavimentadas que unen cabeceras municipales entre sí y/o que provienen de una cabecera municipal y conectan con una carretera primaria. Únicamente para efectos del presente Pliego de Condiciones, 1 debe entenderse que esta definición no incluye pistas de aeropuertos, líneas férreas, puertos o sistemas de transporte hídrico, de 3 hidrocarburos, transmisión y distribución de energía eléctrica.”</i></p> <p>Por lo anterior, según lo requerido en el pliego, NO sería válido para la experiencia específica, acreditar contratos de interventoría de concesiones de vías urbanas. Teniendo en cuenta la observación realizada por el interesado, la Entidad estudiará la posibilidad de incorporar dentro de la definición de Infraestructura de Transporte Vial las vías urbanas y de considerarlo pertinente llevará a cabo la modificación mediante adenda.</p>
--	--	--

			<p><u>Respuesta pregunta 2.</u></p> <p>La ANI aclarara el Pliego de Condiciones mediante Adenda, la cual será publicada en el SECOP.</p> <p><u>Respuesta pregunta 3.</u></p> <p>La Entidad acoge la observación y aclarara el Pliego de Condiciones mediante Adenda, la cual será publicada en el SECOP.</p> <p><u>Respuesta a la solicitud de corregir el Formato 3 Acreditación de la calidad de Mipymes y Mipymes Nacional.</u></p> <p>La Entidad solicita para evaluación de la capacidad financiera información al 31 de diciembre de 2012, último año fiscal, información que será evaluada de acuerdo con lo indicado en el Pliego de Condiciones. No obstante, para la Acreditación de la calidad de Mipymes, el proponente interesado deberá diligenciar el Formato 3 de acuerdo con las instrucciones contenidas en el mismo, y la información aquí se debe certificar a la fecha del cierre, esto con el fin de ser tenida en cuenta como Criterio de Desempate, de acuerdo con el numeral 5.1.4 del Pliego de Condiciones.</p>
13	INGELOG S.A – Daniel Alfredo Tovar Gonzalez / Luz Myriam Castañeda	1. Página 32, líneas 16 a 28. “(...) Para efectos de acreditar cada uno de los requisitos habilitantes se resalta que la única información, valores y experiencia que se tendrá como válida será la relacionada directamente con actividades de consultoría que estén	<p><u>Respuesta a la observación 1.</u></p> <p>La experiencia que se presente como requisito habilitante puede ser acreditada con contratos adicionales o contratos</p>

	<p><i>certificadas y que conste en el RUP (...)</i>” subrayado y negrita fuera del texto. Se entiende que para acreditar la experiencia tanto general como específica de los proponentes, no será necesario que todos los contratos se encuentren relacionados en el RUP, toda vez, que tal como se establece en el decreto 734 de 2012, para relacionar la experiencia acreditada de las personas jurídicas se determinará mediante la acreditación de máximo los diez mejores contratos ejecutados desde la adquisición de la personería jurídica, cuyo objeto se relacione con la consultoría, por lo mencionado anteriormente, es evidente, que al existir un tope máximo permitido para la acreditación de la experiencia, existirán contratos que no se encuentren relacionados en el RUP. Favor confirmar.</p> <p>2. Solicitamos aclarar a la entidad, si se entiende que la interventoría objeto del proceso en referencia, tiene una duración de 36 meses, de los cuales 20 meses son de etapa de pre construcción y construcción, las mediciones exigidas en el anexo 4, metodología y plan de cargas de trabajo, solo serán necesarias una vez terminada dicha etapa. Lo anterior teniendo en cuenta que en la actualidad existe un corredor y el proyecto se llevara a cabo sobre este y las mediciones solo serán exigidas en la etapa de operación, específicamente las de índice de estado, adicionalmente, solicitamos aclarar si dicha medición se realizará en los kilómetros origen destino mencionados en los estudios previos, sus ramales y por cada carril. Favor aclarar.</p> <p>3. Respetuosamente solicitamos mantener las exigencias establecidas en los pre pliegos para acreditar la capacidad financiera a que se refieren los pliegos de condiciones en las páginas 47 y 48 de los pliegos de condiciones.</p> <p>4. Se entiende que para acreditar la experiencia general, son totalmente VALIDOS los contratos de interventoría de mantenimiento, adecuación, repavimentación en vías urbanas realizadas a la infraestructura de transporte masivo, así como los contratos de interventoría de construcción de vías, según los criterios exigidos en los pliegos de condiciones. Favor confirmar.</p> <p>5. CAPITULO V “Evaluación y calificación”, numeral 5.5.1. Experiencia específica; entendemos que son completamente validos los contratos cuyo por objeto la (i)</p>	<p>distintos a los relacionados en el RUP, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones.</p> <p><u>Respuesta a la observación 2.</u></p> <p>Esta Entidad aclara que la duración del Contrato de Interventoría, es de Treinta y Seis (36) meses, de los cuales se estima que los cuatro (4) meses iniciales corresponden a la Etapa de Preconstrucción, los siguientes dieciséis (16) meses la Etapa de Construcción, y los últimos dieciséis (16) meses la Etapa Operación y Mantenimiento.</p> <p>El alcance es la rehabilitación sobre la calzada existente, para la longitud origen (PR 63+000 Loboguerrero) – destino (Buga, PR 118+418) definidos en los apéndices del contrato de concesión.</p> <p>Por otra parte, en cuanto a los indicadores de estado y de operación, deberán ser medidos en las etapas de construcción y, de operación y mantenimiento, tal como se define en los apéndices del contrato de concesión, que puede ser consultado por los interesados en el SECOP bajo el proceso licitatorio VJ-VE-LP-005-2012 que llevó a cabo la Entidad.</p> <p><u>Respuesta a la observación 3.</u></p> <p>En atención a la observación emitida por el interesado, se aclara que los indicadores de: Capital Real del Proponente, Índice de Liquidez, Razón de Endeudamiento y Capital de Trabajo para la acreditación de Capacidad Financiera se mantienen en el pliego de condiciones definitivo, con respecto al prepliego del Concurso de Méritos.</p>
--	---	--

	<p>Construcción y/u (ii) Operación y Mantenimiento de Concesiones de proyectos de infraestructura de transporte vial. Favor confirmar.</p> <p>6. Respetuosamente solicitamos a la entidad aumentar el número de contratos objeto de asignación de puntaje, para por lo menos 4, tal y como se han venido exigiendo en procesos anteriores o 5 contratos como en un principio estaba establecido en los pliegos, esto con el fin de exigir una experiencia importante, que le dé la tranquilidad a la entidad de que el proponente adjudicatario realmente posea la suficiente experiencia para tan importante proyecto. Así las cosas, que el mínimo puntaje se obtenga con por lo menos 2 contratos debidamente soportados tal y como se exige en los pliegos de condiciones.</p> <p>7. En concordancia con el punto anterior y con referencia a la experiencia específica, respetuosamente solicitamos aclarar a la entidad si existe alguna exigencia particular en cuanto a número de kilómetros a acreditar en el número de contratos solicitados se refiere. Pues ha sido habitual, que se exija el 1.5 o 2 veces el número de kilómetros del proyecto a concursar.</p> <p>8. Solicitamos ampliar el plazo de entrega de la propuesta, en por lo menos cinco (5) días más.</p> <p>9. Respetuosamente solicitamos revisar las dedicaciones del personal exigido, pues por experiencia conocemos que las establecidas allí, especialmente para el Director y Subdirector no corresponden a la realidad y su dedicación fácilmente supera el 50% de su tiempo.</p> <p>10. Páginas 37 a 38 líneas 52 a 2. Se entiende que para acreditar la actividad económica reportada bajo el sistema CIUD, es totalmente válida la actividad 7110 “Actividades de arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica”, correspondiente a la cuarta versión del CIUD. Favor confirmar.</p> <p>11. Página 34, líneas 31 y 33. Se entiende que para el caso de las empresas extranjeras</p>	<p>En el caso del Indicador de Crecimiento EBITDA, la Entidad consideró modificación sobre este debido a solicitudes por parte de los observantes del proceso.</p> <p><u>Respuesta a la observación 4.</u></p> <p>La Entidad aclara que en esta etapa de respuesta a observaciones, NO se efectúa revisión previa de la experiencia a ser acreditada por los Proponentes, pues es deber de los Interesados analizar si sus Propuestas cumplen con lo previsto en el Pliego de condiciones. No obstante lo anterior, en atención a los temas tratados en la pregunta, a continuación se hacen las siguientes precisiones:</p> <p>En el numeral 4.10.2, se establece que la EXPERIENCIA GENERAL se debe acreditar con contratos de “INTERVENTORÍA EN PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE”, los cuales corresponden, según las Definiciones del numeral 1.3, a todas aquellas obras relacionadas exclusivamente con: Infraestructura Vial, de puertos, aeropuertos, Sistemas de Transporte Terrestre Masivo de Pasajeros o Infraestructura Férrea de pasajeros o de carga, urbano o interurbano y que cumplan con los demás requerimientos establecidos en el Pliego de Condiciones para la experiencia general.</p> <p><u>Respuesta a la observación 5.</u></p> <p>De acuerdo con el numeral 5.1.1, la EXPERIENCIA</p>
--	---	---

	<p>que se presentan a través de su sucursal en Colombia, como quiera que dicha sucursal no es una persona jurídica diferente de la persona jurídica extranjera, se tendrá en cuenta la fecha de constitución de esta última, más no de la sucursal. Favor confirmar.</p> <p>12. Página 47, líneas 38 a 42. Se entiende que para las empresas extranjeras con sucursal en Colombia, NO será necesario aportar los estados financieros, para acreditar la capacidad financiera, ya que esta información será verificada con la registrada en el RUP, vigente y en firme. Favor confirmar.</p>	<p>ESPECÍFICA debe acreditarse con contratos, que tengan por Objeto o Alcance, lo siguiente: “SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL”, que de acuerdo con las Definiciones, establecidas en el numeral 1.3, corresponden a: <i>“Infraestructura de Transporte Vial”</i>: <i>a) Son las obras de infraestructura de carreteras pavimentadas con un ancho de carril mayor o igual a 3.50 metros, que pueden incluir bermas Cunetas y/o Obras de Drenaje, ; ó b) Las obras de infraestructura de carreteras primarias pavimentadas que cumplen la función básica de integración de ciudades o localidades entre sí, y/o conexión con zonas portuarias o fronteras; y/o las obras de infraestructura de carreteras secundarias pavimentadas que unen cabeceras municipales entre sí y/o que provienen de una cabecera municipal y conectan con una carretera primaria. Únicamente para efectos del presente Pliego de Condiciones, 1 debe entenderse que esta definición no incluye pistas de aeropuertos, líneas férreas, puertos o sistemas de transporte hídrico, de 3 hidrocarburos, transmisión y distribución de energía eléctrica.”</i> Por lo tanto, la experiencia que se pretenda acreditar debe enmarcarse en las anteriores definiciones.</p> <p><u>Respuesta a la observación 6.</u> En el Pliego de Condiciones definitivo del presente Concurso de Méritos, la Entidad ajustó el número de contratos, donde este cambio fue considerado por la Entidad, debido a solicitudes llevadas a cabo por parte de los observantes del proceso, en aras de incrementar la participación en el mismo. Por lo anterior NO se acepta la</p>
--	---	--

solicitud del observante.

Respuesta a la observación 7.

La Entidad aclara, que de acuerdo con el numeral 5.1.1, la EXPERIENCIA ESPECÍFICA debe acreditarse con contratos que cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que tengan por Objeto o Alcance, lo siguiente: **“SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL”**, y, 2. El valor mínimo de cada contrato será el cincuenta por ciento (50%) del valor del presupuesto oficial estimado.

Por lo anterior, NO es exigencia del presente Concurso de Méritos, el número de kilómetros a acreditar en cada contrato.

Respuesta a la observación 8.

La fecha indicada en el cronograma para el cierre y entrega de propuestas, se mantiene, no obstante, en el evento en que surjan modificaciones que deben lugar a cambios sustanciales, la Entidad podrá modificar la fecha para la Presentación de las Propuestas, de tal manera que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para organizar y presentar sus propuestas.

Respuesta a la observación 9.

Esta Entidad aclara que las dedicaciones de los profesionales del presente Concurso de Méritos, fueron establecidas mediante un análisis técnico adelantado por la Entidad que llevó a establecer el presupuesto en función de las actividades y responsabilidades de cada

cargo, dando por resultado lo requerido en el Pliego de Condiciones y sus Anexos. Por lo anterior, se mantiene la dedicación planteada para los profesionales requeridos en el presente proceso.

Respuesta a la observación 10.

Teniendo en cuenta que las Actividades de arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica, están relacionadas directamente con el objeto del presente proceso, es correcto su entendimiento.

Respuesta a la observación 11.

Es correcto el entendimiento.

Debe cumplirse con lo indicado en el numeral 4.4 Existencia y Representación Legal.

La constitución debe ser de un (1) año de anterioridad a la fecha de cierre, y el término de duración es por lo menos igual al plazo total estimado del contrato y cinco (5) años más, lo anterior, independiente de la fecha de creación de la sucursal.

Respuesta a la observación 12.

El Pliego de Condiciones establece que la capacidad financiera de los proponentes se acreditará mediante los indicadores establecidos en el numeral 4.10.4., verificándose a partir del RUP (para los proponentes o miembros de Figura Asociativa obligados a inscribirse en dicho registro de conformidad con la normatividad

			<p>vigente) y el diligenciamiento de los formatos que para tal fin trae consigo el Pliego de Condiciones. Asimismo el pliego también establece que en el caso de empresas extranjeras, deberán diligenciar los formatos que para tal fin están dispuestos en el pliego de condiciones, donde los estados financieros de los cuales se tome la información deberán estar preparados de conformidad con los estándares internacionales de reporte financiero –IFRS, y deberán encontrarse DEBIDAMENTE AUDITADOS Y DICTAMINADOS. El pliego también da la opción a la empresa extranjera de además de diligenciar los formatos de presentar estados financieros bajo los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia – COLGAAP -, caso en el cual la información contable que se obtenga de los mismos deberá presentarse debidamente certificada por Contador Público Colombiano.</p>
14	<p>GRUPO POSSO S.A.S – Juan David Kuhn Corredor</p>	<p><i>1. En cuanto a la definición y criterios de clasificación de las 'Mipymes' (observación a la postura e interpretación dada sobre el tema por la entidad).</i></p> <p style="text-align: center;">PROBLEMAS JURÍDICOS</p> <p>1. ¿Cuál es la norma vigente que define a las Mipymes, qué se entiende por Mipymes y cuáles son los criterios o categorías según dicha norma?</p> <p>2. ¿La entidad estatal que está adelantando un proceso de selección de contratista, mediante acto administrativo (pliego de condiciones) puede desconocer la definición legal vigente de 'Mipymes' (micro, pequeña y mediana empresa), evaluando erróneamente, de contera, la calidad jurídica y empresarial del proponente?</p> <p style="text-align: center;">HECHOS</p> <p>1. En el pliego de condiciones del Concurso de Méritos (proceso VI-VGC-CM-009-2013) numeral 5.1.4.3., como política de la Agencia Nacional de Infraestructura en cuanto a la</p>	<p>Remitirse a la respuesta dada en el punto 3. (Mismo observante).</p>

definición y clasificación de 'Mipymes', entiende por ellas la entidad que "... *para estos efectos se considerarán Mipymes nacionales tanto aquellas sociedades nacionales que cumplan las dos (2) condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 modificada por la Ley 905 de 2004, como las extranjeras que cumpliendo las dos condiciones previstas para cada categoría (Micro o pequeña o mediana empresa) de la misma norma citada, hayan acreditado reciprocidad.*"

2. La definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por las siguientes legislaciones: Ley 590 de 2000 artículo 2°, Ley 905 de 2004 artículo 2° (subrogación), Ley 1151 de 2011 artículo 75 (subrogación) y, finalmente, Ley 1450 artículo 43 (subrogación o modificación).
3. Así pues, en nuestro ordenamiento jurídico actual vigente, al tenor del artículo 43 de la ley 1450 y en virtud de su parágrafo segundo (2°), que subroga el art. 2 de la ley 590 a su vez modificado por la ley 905, art. 2, transitoriamente y mientras se expide la reglamentación de dicho artículo 43 por parte del Ejecutivo, las 'Mipymes' se siguen definiendo por lo preceptuado en el artículo 2° de la ley 590.
4. El día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en "virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013" en la que, básicamente, se reitera en su posición arguyendo que para la determinación de la calidad de Mipymes se ha fundado en el art. 2 de la ley 590 con su modificatoria por la ley 905.

TRES ALTERNATIVAS A MANERA DE ESTADO DE LA CUESTIÓN

Teniendo en cuenta los hechos descritos supra, como se dijo en el hecho segundo, y apreciable en el cuadro comparativo con el cual se ilustra el cambio normativo que ha sufrido la definición de las Mipymes, que se anexa, dicha definición y criterios de clasificación de lo que se entiende por 'Mipymes' ha discurrido por diferentes legislaciones, así: Ley 590 artículo 2° que entró en vigencia el 12 de julio de 2000, Ley 905 artículo 2° y que subrogó el art. 2 de la ley 590 a partir del 2 de agosto de 2004, luego, la Ley 1151 de 2011 artículo 75 que modificó nuevamente el art. 2 de la ley 590 y rigió a partir del 25 de julio y, finalmente y actualmente vigente, la Ley 1450 artículo 43 que subroga o modifica, otra vez, el art. 2 de la ley 590 de 2000.¹

Por lo anterior, se hace preciso realizar tres análisis para determinar el estado de la cuestión normativa que regula la materia, siendo los dos primeros sendas observaciones al pliego de condiciones del Proceso Número VJ-VE-CM-009-2013 y, el tercer análisis, a más de una observación, un llamado de atención, precisamente sobre el estado de la cuestión que, como colaboradores del Estado, elevamos para su respectivo pronunciamiento.

¹Nota: el cuadro comparativo con el cual se ilustra el cambio normativo que ha sufrido la definición de las Mipymes, con la normativa mentada, se anexa como documento adjunto al presente oficio.

1. *Primer análisis (observación al numeral 5.1.4.3 del pliego de condiciones):*

Dentro de la postura oficial de la entidad, que arguye se debe dar aplicación al art. 2 de la ley 590 a su vez modificado por la ley 905 de 2004, solicitamos efectuar una Corrección en la interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000, para evitar una Violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa y violación a los principios de la Actuación y Función Administrativa, por indebida interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000, modificado por la ley 905.

En la ley 590 se define una Mipyme de la siguiente manera:

Texto original de la Ley 590 de 2000:

ARTÍCULO 2. Para todos los efectos, se entiende por micro, pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a los siguientes parámetros:

1. Mediana Empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores;
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña Empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores;
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.001) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores;
- b) Activos totales por valor inferior a quinientos uno (501) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

PARAGRAFO 1o. Para la clasificación de aquellas micro, pequeñas y medianas empresas que presenten combinaciones de parámetros de planta de personal y activos totales diferentes a los indicados, el factor determinante para dicho efecto, será el de activos totales. (Negrillas nuestras)

Nótese como la norma, simple y llanamente, menciona como parámetros de lo que se entiende por Mipyme, la planta de personal, por un lado, y por otro lado, activos, tomando como criterio determinante para la especificación de qué se entiende por Mipyme los activos de las empresas.

Luego, en la ley 905 de 2004, art. 2, que modifica el art. 2 de la ley 590, se crea una nueva definición de Mipyme y dice:

Texto modificado por la Ley 905 de 2004:

ARTÍCULO 20. Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

PARÁGRAFO. Los estímulos beneficios, planes y programas consagrados en la presente ley, se aplicarán igualmente a los artesanos colombianos, y favorecerán el cumplimiento de los preceptos del plan nacional de igualdad de oportunidades para la mujer. (Negrillas nuestras)

Ahora bien, si analizamos la definición legal anteriormente dada de lo que se entiende por 'Mipymes', tenemos que decir, en una lectura integral de la norma y conforme a los criterios de interpretación del Código Civil que supletivamente rigen la materia, que una 'Mipyme' es la que responda a dos de los siguientes parámetros: planta o activos (dentro de las categorías micro, pequeña, mediana empresa). Por tanto, ha de recordarse, los artículos 27, 28 y 30 del Código Civil, esto es, que debe interpretarse la norma, en su contexto, en su sentido natural y obvio, y sin desatender su tenor literal por ser su sentido muy claro.² Pero, a diferencia de la anterior norma (art. 2 L.590) nos introduce un elemento semántico, normativo, que es disyuntivo y es la "o" y esta letra "o" es determinante en cuanto a la interpretación, porque en esta norma se funda la Agencia Nacional de Infraestructura para decir qué se entiende por Mipymes.

² ARTÍCULO 27. <INTERPRETACION GRAMATICAL>. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

ARTÍCULO 28. <SIGNIFICADO DE LAS PALABRAS>. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

ARTÍCULO 30. <INTERPRETACION POR CONTEXTO>. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. (Todas las cursivas son nuestras).

Luego, como se puede observar en lo dispuesto por la norma, cuando esta dice que una 'Mipyme' es "la que responda a dos de los siguientes parámetros", refiere a los parámetros contenidos en los numerales 1, 2 y 3 (mediana, pequeña, y microempresa), y además si se mira la formación semántica de la norma, se puede ver que los requisitos exigidos por la misma son alternativos más no simultáneos, es decir que la empresa considerada 'Mipyme' puede responder indistintamente a dos de los siguientes parámetros: planta de personal o activos, más no conjuntamente los dos. Y es así, porque la norma claramente lo ha permitido que sea planta de personal o activos como criterios auxiliares indistintos para determinar la calidad empresarial. **Ha de tenerse en cuenta que la norma en su construcción semántica incluye la letra "o", como criterio disyuntivo, más no conjuntivo como lo ve la ANI, lo que indica por cuál criterio se puede optar para determinar en qué categoría se encuentra una empresa.** Luego, no es tan cierto que sean simultáneamente los dos parámetros o requisitos para entender qué es una 'Mipyme' lo que exige la ley; es decir, una 'Mipyme' puede ser aquella empresa que tenga una planta de personal de mediana empresa pero un activo de pequeña empresa o, en otro ejemplo, puede ser también una empresa que tenga planta de personal de microempresa y un activo de pequeña o mediana empresa.

Así las cosas, y en la postura de la A.N.I. contrastada en los pliegos de condiciones, se colige que no puede el pliego de condiciones exigir lo que no está en la ley, puesto que viola el principio de legalidad y contraviene el principio de buena fe que debe tener en cuenta los servidores públicos y las entidades públicas en sus actuaciones administrativas, toda vez, que están interpretando indebidamente la normatividad legal, esto es, sobreponiendo un acto administrativo sobre la ley lo cual no puede ser porque jerárquicamente es la ley superior a un acto administrativo. Como se ha dicho, la ley no exige que simultáneamente se aplique los dos criterios basta con tener uno de ellos para ser considerado Mipyme, es más, lo que busca la norma y, de hecho, hay que tener presente, es que los dos requisitos, aunque no simultáneamente en la misma categoría, convaliden de que efectivamente se trata de una Mipyme, es decir, que se contenga un número de empleados dentro del rango Mipymes y un número de activos dentro del rango de Mipymes, cosa distinta sería que estuvieran alguno de los dos criterios, o incluso los dos, por fuera de rango que pide la ley, lo que obviamente ya no sería o no se podría considerar como una Mipyme; de lo contrario nos preguntamos, ¿qué pasaría entonces con el proponente o la empresa que tiene un número empleados que se ubica dentro del criterio de pequeña empresa pero con un número de activos que se ubica dentro de mediana empresa? o, así mismo, ¿un número de empleados que se ubica dentro de microempresa pero un valor o número de activos que se ubica dentro de pequeña empresa? Por ello, y ante la posibilidad de combinar los criterios o parámetros, sabiamente el legislador en la ley 590 señaló que el factor determinante para definir qué se entiende por Mipyme serían los activos.

Luego, si nos acogemos a la conceptualización rígida, estrecha y excluyente del pliego de condiciones, que incorpora la Agencia Nacional de Infraestructura, habríamos de decir que entonces ninguna empresa de las que se encuentre en esta situación podría ser considerada como Mipyme, obviamente tampoco como empresa de gran escala o gran empresa, en conclusión, no sería ninguna clase de empresa y no podría ser catalogada como empresa en cualquiera de los criterios dados por la ley.

Además, la A.N.I. desconoce con su postura la sentencia del Consejo Estado del 23 de mayo de 2012. Sala Contencioso Administrativo. (Sección Tercera), C.P.: Gil Botero, Enrique. Expediente

40743, única que se ha pronunciado sobre la materia, sobre la definición de las "Mipymes", a propósito de la demanda del numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2473 de 2010 en el que se incluyó como criterio de desempate la preferencia a quienes tienen calidad de Mipymes respecto de los que no la tienen, y expresa:

"Para que una unidad de explotación económica tenga la connotación de Mipyme, es necesario que responda a dos parámetros: el número de trabajadores que hacen parte de su planta de personal y los activos totales con los que cuenta. Así, la ley señala: 1. La mediana empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 51 y 200 trabajadores o que tenga unos activos totales por un valor entre 100.000 y 610.000 Unidades de valor Tributaria; 2. La pequeña empresa es aquella que tiene una planta de personal entre 11 y 50 trabajadores o que tenga activos totales por un valor entre 501 y 5000 salarios mínimos legales vigentes, y; 3. La microempresa es aquella que no tiene una planta de personal superior a 10 trabajadores o activos totales por un valor inferior a 500 salarios mínimos legales mensuales. Se trata entonces de una ley que pretende el fomento de empresas que por su tamaño o capacidad económica no podrían competir en condiciones de igualdad con aquellas industrias que se caracterizan por tener a su disposición amplios recursos tanto materiales como humanos. (Las negrillas y subrayas son nuestras).

Como se puede observar, **la misma jurisprudencia repite lo que la ley requiere o entiende por Mipyme, es decir, no exige que una Mipyme cumpla los requisitos de manera conjunta o simultánea** sino que se puede cumplir con uno de los requisitos para ostentar tal calidad.

Aparte, como ya se había manifestado en los hechos, el día dos (2) de julio del presente año, la A.N.I. emite respuesta de las observaciones al pliego de condiciones en "virtud de la convocatoria al proceso [...] VJ-VGC-CM-008-2013" en los siguientes términos:

Se le aclara al interesado que el criterio de desempate relativo a la calidad de Mipymes previsto en los numerales 5.1.2 y 5.1.3 del pliego de condiciones se incluyó en este documento con fundamento en el artículo 2 de la Ley 590 de 2000 modificado por la Ley 905 de 2004, que al tenor literal expresa:

[...]

De la disposición legal transcrita se desprende que debe considerarse Mipymes toda unidad de explotación económica que responda a dos de los criterios previstos en la misma clasificación.

Es decir, y a título de ejemplo si algún proponente pretende acreditar a calidad de Mipymes referido a la clasificación de Microempresa deberá tener una planta de personal no superior a los diez trabajadores y activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley. En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. C/J 558 del 21 de febrero de 2012. Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.

Por las razones anteriores, consideramos que la definición de Mipymes dada por la agencia nacional de infraestructura en el pliego de condiciones no es procedente con la política y mandato legal, por ser violatoria del principio constitucional de la libertad de concurrencia, además, **resulta inadmisiblesu postura así expresada y que funda en la que considera ser la correcta**

interpretación del art. 2 de la ley 590 cuando dice: *Teniendo en cuenta lo señalado, mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley. En concordancia con lo anterior, se pronunció sobre esta materia el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el concepto No. CJ 558 del 21 de febrero de 2012. Por otro lado se resalta, que ésta ha sido la política de la Entidad en los procesos adelantados en los últimos años y en esta misma línea se realizará la verificación de la condición de MIPYME.* (Las negritas son nuestras).

Y decimos que es inadmisibles, primero, porque desconoce la entidad sus propias palabras que rezan *“mal haría la entidad en darle una interpretación que no se encuentra prevista en la ley”* cuando precisamente está haciendo lo contrario y, segundo, porque afirmar que ha sido política de la entidad dar la interpretación en comento al art. 2 de la ley 590 con su modificación por la ley 905, es tanto como decir, coloquialmente, “que como las cosas se han venido haciendo mal, entonces, es posible seguir las haciendo mal”. Así, y valga la analogía, de ser esa la posición de la entidad para el manejo de todos sus asuntos, no debería haberse aceptado la observación de la modificación de la minuta del contrato contenida en los pliegos del proceso VJ-VGC-CM-008-2013, con la cual se excluyen de la misma las cláusulas excepcionales o exorbitantes por no contarse con la autorización legal y, por el contrario, deberían seguir elaborando como lo han venido haciendo, dichos contratos. Nótese, entonces, que no se tratan de argumentaciones de carácter jurídico.

Además, también se ha referido al tema de las ‘Mipymes’ en el Decreto 734 de 2012 en los siguientes artículos, con los que se observan que la norma vigente sobre la materia es el artículo 43 de la ley 1450:

Artículo 4.1.1. Promoción del desarrollo en la contratación pública y los beneficios que otorgará el Gobierno Nacional para Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (Mipymes). *Por medio del presente decreto se establecen las pautas para que en los procesos de contratación que adelanten las entidades públicas se fijen condiciones preferenciales y convocatorias limitadas a Mipymes, de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1450 de 2011; beneficios que se aplicarán, dependiendo de su tamaño empresarial, de conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011.*

Artículo 4.1.2. Convocatoria limitada a Mypes. *En los procesos de selección de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, la convocatoria se limitará exclusivamente a Mypes (micro y pequeña empresa), siempre y cuando se verifiquen los siguientes requisitos: [...]*

Parágrafo 3°. *De conformidad con el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011 y las normas que lo reglamente, se seguirán los criterios allí establecidos para determinar las micro, pequeñas y medianas empresas, con el fin de poder acceder a los beneficios o condiciones preferenciales de cada una de ellas.*

Del Decreto se observa, que el artículo, conjuntamente con el art. 4.1.4 para Mipymes (micro, pequeña y mediana empresa), que el Reglamento ya hace referencia a las Mypes (micro y pequeña empresa), lo cual quiere decir que el Decreto 734 reglamenta la combinación de los dos factores o parámetros, a saber: trabajadores y activos. Así, de acuerdo a lo anterior, lo que la ley 1450 del 2.011 y la ley 590 del 2.000 tienen como propósito es que la Mypimes se diferencien de las grandes empresas; por lo tanto, también pueden haber micro y mediana empresa.

Por ello se está violentado la ley y el decreto con el pliego de condiciones, porque la figura de Mypes existe en el ordenamiento jurídico y si se tiene una Mypes, por analogía jurídica, también deben ser aceptadas las Mipymes. Luego, si las Mypes ya están regladas, igualmente hace que las también lo estén, por lo cual tienen el derecho a ser catalogadas como tal bajo las siguientes

combinaciones: Micro y pequeña empresa, micro y mediana empresa, y pequeña y mediana empresa, que se diferencian, de esta manera, de las grandes empresas. Estas tres combinaciones están cumpliendo con lo que dice la Ley 905 de 2004, porque cumplen con los criterios o parámetros de la ley; así las Mipymes están dentro de las Mypes.

Finalmente, con la postura de la A.N.I. se está impidiendo el acceso de las Mipymes a los procesos de licitación al poner requisitos o trabas innecesarias y que no están en la ley con lo cual dificulta su presentación y participación en los procesos de contratación. Con ello, se estarían vulnerando los mandatos legales en ese sentido como el artículo 32 de la ley 1450 y el título cuarto del decreto 734 de 2012. De hecho, **no se entiende como la Agencia Nacional de Infraestructura, resulta ser la única entidad del país con una posición equívoca e interpretación errada de la norma contenida en el art. 2 de la ley 590 y, aún así, considere tener la razón.** Al efecto, baste entrar al SECOP y analizar los distintos pliegos de condiciones de las más variadas instituciones donde se observa que los criterios para determinar que se entiende por Mipymes no son del estilo restrictivo que está planteando la A.N.I. en sus pliegos. (Al efecto, se anexan copias simples donde se cita la norma que en diferentes procesos utilizan para la definición de Mipymes diferentes entidades nacionales).

Así las cosas, lo estipulado en el pliego de condiciones (numeral 5.1.4.3.) ha de tenerse como **ineficaz de pleno derecho**, esto es, **por no escrita y que no produce efecto vinculante alguno** para las partes, **por ser contraria a la previsión normativa** de la ley 80 de 1993 (art. 24, num. 5, lit. f), **y por contravenir expresamente lo estipulado en el literal d) del mismo artículo que reza: “No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”** (El subrayado es nuestro).

Además, la postura asumida por la entidad, esto es, interpretar de forma errónea e indebida el artículo 2 de la ley 590 modificado por la ley 905, art. 2, contraviene el *principio de legalidad* que deben observar los funcionarios y las entidades públicas, no sólo porque no tiene en cuenta la propia ley como tampoco el artículo 23 de la ley 80 y los artículos 1º y 2º del C.P.A.C.A.

2. Segundo análisis (observación al numeral 5.1.4.3 del pliego de condiciones):

La norma vigente para definir qué se entiende por Mipyme y, por tanto, aplicable como criterio para su clasificación es únicamente la ley 590, por disposición expresa de la ley 1450, art. 43.

Para entender este segundo análisis, valga realizar una precisión temporal en cuanto al transcurso legislativo que ha hecho la definición de Mipymes como indicábamos inicialmente. Así, recordando que la primera noción surgió con la ley 590, luego modificada por la ley 905, ha de traerse a colación la ley 1151 de 2007, art. 71, que posterior a la ley 905 modifica el artículo 2º de la 590 y por ende el art. 2 de la ley 905; en esta ocasión nos dice el legislador que se entiende por Mipymes:

Texto modificado por la Ley 1151 de 2007:

Derogado por el art. 276, Ley 1450 de 2011

Artículo 75. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, quedará así:

ARTÍCULO 2. Para todos los efectos, se entiende por **micro, incluidas las famiempresas, pequeña y mediana empresa**, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, **que responda conjuntamente a los siguientes parámetros:**

1. Número de Trabajadores Permanentes.
2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales.

El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para las diferentes categorías empresariales, a saber: Microempresas, Pequeñas Empresas y Medianas Empresas.

PARÁGRAFO 10. Los estímulos, beneficios, planes y programas consagrados en la presente ley se aplicarán igualmente a los artesanos colombianos y favorecerán el cumplimiento de los preceptos del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para la Mujer.

PARÁGRAFO 20. Las definiciones contenidas en el artículo 20 de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 20 de la Ley 905 de 2004, continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo. (Negrillas nuestras)

Así, se entiende por Mipymes la que responde a los siguientes parámetros, haciendo salvedad que ya no se habla de planta de personal o activos, sino que nos habla de trabajadores y factor de ventas brutas; tampoco acude a un factor determinante para definir la Mipyme, como en norma anterior. Y, como elemento adicional, en su párrafo 2°, dice que las definiciones contenidas en el artículo segundo de la ley 590, modificado por el artículo segundo de la ley 905, continuarán vigentes mientras se reglamenta los parámetros nuevos en esta ley incorporados.

Visto lo anterior, pasamos de pleno al segundo análisis o estado de la cuestión en la materia y consiste, como se anunciaba en el título de esta observación, que la norma vigente para definir qué se entiende por Mipyme y por tanto aplicable para su clasificación es, únicamente, el artículo 2° de la ley 590 por disposición expresa de la ley 1450 en su art. 43 y no la ley 905 como aduce la entidad. La razón es la siguiente, teniendo en cuenta los criterios de vigencia y derogación de las normas y las fechas de publicación de las leyes mentadas en el diario oficial, la única ley que, finalmente, se mantiene vigente es la ley 1450 y que modifica el artículo dos (2) de la ley 590 como expresamente lo dice y, también, dice que dicho artículo dos (2) quedará en la siguiente forma:

Texto modificado por la Ley 1450 de 2011:

ARTÍCULO 20. DEFINICIONES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011. Ver párrafo 20, sobre entrada en vigencia (NOTA: el párrafo nada dice sobre la entrada en vigencia, eso lo dice es el art. 276). El nuevo texto es el siguiente:>

Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así: **"Artículo 2°. Definiciones de tamaño empresarial.** Para todos los efectos, se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. **Para la clasificación por tamaño**

empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:

1. Número de trabajadores totales.
2. Valor de ventas brutas anuales.
3. Valor activos totales.

Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que considere necesario.

Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo³. (Negrillas nuestras)

Entonces, con el art. 43 de la ley 1450 se modifica el artículo 2° de la ley 590, así, la ley 1450 en su art. 43 dice qué se entiende ya no por Mipyme sino por empresa, bajo los siguientes criterios: trabajadores, ventas brutas y activos totales, luego, el parágrafo uno (1) dice que el gobierno nacional deberá reglamentar la materia, esto es, los criterios o parámetros: trabajadores, ventas brutas, activos totales por lo que, mientras llega la reglamentación (que se está esperando del año 2007), las definiciones contenidas en el art. 2° de la ley 590 continuarán vigentes; pero, nótese bien que la norma sólo refiere a la ley 590 y no a la ley 590 modificada por la ley 905 como aparece en la anterior norma (art. 75 de la ley 1151). Así pues, está expresamente ordenado por el art. 43 de la ley 1450 que únicamente la ley 590 será la que regule la materia, esto es, que sus definiciones contenidas en el art. 2° son las que continuarán vigentes para definir qué se entiende por Mipyme. (Véase la diferencia con la ley 1151, parágrafo 2°, que decía que eran las definiciones de la ley 590, art. 2°, modificado por la ley 905 la que se aplicarían).

Así las cosas, únicamente se entenderá por Mipyme lo que dice la ley 590 en su artículo 2°, esto es, Mipyme será la que cumpla con los siguientes parámetros: planta de personal o activos y el factor determinante para decir qué es una Mipyme será el valor de sus activos.

Con todo, sobre cuál es la norma que debe actualmente definir a las Mipymes ha de decirse que no hay claridad al respecto y para la muestra citamos la información de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo³ sobre la noción de tamaño empresarial de las Mipymes que ha conceptualado:

"En Colombia, y mientras se reglamenta el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, los parámetros vigentes para clasificar las empresas por su tamaño son las siguientes (sic) artículo 2° de la Ley 590 de 2000, modificado por el artículo 2° de la Ley 905 de 2004). Disposición que exige el cumplimiento de las dos condiciones de cada uno de los tipos de empresa.

Microempresa

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Pequeña empresa

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores,
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Mediana empresa

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores.
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Además, dice el Ministerio que: "Según el Memorando Oj -1568 del 25 de mayo de 2012 de la Oficina Jurídica del Ministerio de Comercio Industria y Turismo

"Definición de las Micro Pequeña y Mediana Empresa, en aplicación del parágrafo 2o del artículo 43 d la ley 1450 de 2011 en los siguientes términos.

Debe observarse que La ley 1450 de 2011 dispuso en el Parágrafo 2o de su artículo 43 que: "Las definiciones contenidas en el artículo 2o de la ley 590 de 2000 continúan vigentes hasta entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo".

Por ello y mientras no se reglamente el artículo 43 de la ley 1450 de 2011, deberá estarse a las definiciones contempladas en el artículo 2o de la ley 905 de 2004, en las cuales se refiere de manera exclusiva a la " Mediana Empresa pequeña Empresa y Microempresa" lo anterior, en aplicación a lo dispuesto en los parágrafos 1 y 2 del artículo 43 de la ley 1450 de 2011"

En todo caso, atendiendo a lo expuesto en este análisis, la A.N.I. también debería modificar el pliego de condiciones puesto que estaría aplicando una ley derogada, es decir, el art. 2° de la ley 905; luego, no puede la entidad decir que una Mipyme es lo que diga la ley 905 puesto que la ley 1450, en su artículo 43, dice que las definiciones que continuarán vigentes son únicamente las contenidas en la ley 590 y no habla de otra ley, verbigracia: la ley 590 que haya sido modificada por la ley 905.

En conclusión, es la ley 590, art. 2°, la que expresamente debe aplicarse para definir qué se entiende por Mipyme, mientras se reglamente la materia y en atención a los criterios de

derogación y vigencia de las normas contenidas en código civil y en la ley 153 de 1887. Esta observación la hacemos para poder dilucidar cuál es la norma que debe ser aplicada, si la ley 590 modificada por la 905 o simple y llanamente la ley 590 y teniendo en cuenta el desarrollo de este segundo análisis y observación, concluimos que es única y expresamente la ley 590 art. 2° la norma aplicable para definir, con sus criterios, qué es una Mipyme.

3. Tercer análisis (observación al numeral 5.1.4.3 del pliego de condiciones):

Teniendo en cuenta que el art. 43 de la ley 1450 modificó el art. 2 de la ley 590, pero, el art. 276 de la ley 1450 deroga expresamente el art. 2 de la ley 590 y conforme a los criterios de derogación de las leyes y solución de antinomias, especialmente con fundamento en el art. 14 de la ley 153 de 1887 se ha de entender que actualmente no hay una norma que defina una Mipyme.

El título del análisis es así, y con fundamento en el artículo 14 de la ley 153 de 1887 donde dispone que la sola mención de la norma no revive la ley, se ha de entender, entonces, que actualmente no hay norma que defina qué es una Mipyme o regule la materia, toda vez que si observamos el artículo 276 de la ley 1450, deroga expresamente el artículo dos (2) de la ley 590.

Previamente analicemos los arts. 43 y 276 de la ley 1450:

Texto modificado por la Ley 1450 de 2011:

ARTÍCULO 20. DEFINICIONES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011. Ver parágrafo 2o. sobre entrada en vigencia (NOTA: el parágrafo nada dice sobre la entrada en vigencia, eso lo dice el art. 276). El nuevo texto es el siguiente:>

Artículo 43. Definiciones de tamaño empresarial. El artículo 2° de la Ley 590 de 2000, quedará así:
"Artículo 2°. Definiciones de tamaño empresarial. Para todos los efectos, se entiende por empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. **Para la clasificación por tamaño empresarial, entiéndase micro, pequeña, mediana y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:**

1. Número de trabajadores totales.
2. Valor de ventas brutas anuales.
3. Valor activos totales.

Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará los rangos que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificidades sectoriales en los casos que considere necesario.

Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que proliera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo". (Negrillas nuestras)

ARTÍCULO 276. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. [...] **Deroga en especial** el artículo 9o del Decreto 1300 del 29 de julio de 1932; los artículos 3o y 4o del Decreto 627 de 1974; 19 de la Ley 55 de 1985; 9o de la Ley 25 de 1990; elimínase la periodicidad de dos (2) años prevista en el artículo 2o de la Ley 1ª de 1991 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Portuaria y en el artículo 15o de la Ley 106 de 1993 para la presentación y aprobación de los Planes de Expansión Vial, 21 de la Ley 180 de 1994; el inciso segundo del artículo 151 de la Ley 223 de 1995; el numeral 5 del artículo 2o de la Ley 549 de 1999; **los artículos 2o, 19, 20, 21, 22 y 23 de la Ley 590 de 2000;** 10, 11 y el parágrafo del artículo 12 de la Ley 681 de 2001; parágrafo 3o del artículo 19 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 9o de la

Ley 1383 de 2010; párrafo 2o del artículo 7o de la Ley 872 de 2003; 2o, inciso 2o del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007; 32 y 33 de la Ley 1176 de 2007; artículo 69 de la Ley 1341 de 2009 exceptuando su inciso segundo; párrafo 2o del artículo 12 y el artículo 30 de la Ley 1382 de 2010 y el párrafo del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. (Negrillas nuestras)

Estudiadas las normas pasamos a explicar de la siguiente manera, el artículo 276 nos dice cuál es la vigencia y las derogatorias que la ley hace y que rigen a partir de la fecha de su aplicación. Luego, en el inciso segundo del art. 276 nos dice que deroga en especial el artículo dos (2) de la ley 590 y otros de la ley 1590; así la ley 1450 ha derogado el artículo segundo de la ley 590.

Así, volviendo al desarrollo que se ha mencionado, tenemos que el artículo 43 de la ley 1450 modifica o dice cómo quedará el artículo segundo (2) de la ley 590, pero, más adelante, en la misma ley 1450 en el artículo 276 nos está derogando expresamente el artículo dos (2) de la ley 590; entonces, en un principio la ley nos modifica el artículo 2° de la ley 590 pero, finalmente nos está derogando dicho artículo. Es por esta razón que decimos que, actualmente, no hay definición alguna de lo que se deba entender por Mipyme, porque conforme a los criterios de derogación de las leyes, una ley es derogada cuando otra ley expresamente lo dice, artículo 70 y 71 del código civil, y aquí expresamente la ley 1450 está diciendo en su artículo 276 que se derogue el artículo 2° de la ley 590, además debe tenerse en cuenta el artículo 14 la ley 153 de 1887, aún vigente, que expresa:

ARTÍCULO 14. Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.

Entonces, como se observa de la lectura de este artículo, el art. 2 de la ley 590 es una norma derogada, de la cual apenas ha quedado una referencia o mención en el párrafo segundo del art. 43 de la ley 1450 que dice:

Parágrafo 2°. Las definiciones contenidas en el artículo 2° de la Ley 590 de 2000 continuarán vigentes hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo".(Negrillas nuestras)

Así, teniendo en cuenta el tránsito legislativo que ha hecho, con la ley 1450, el art. 2 de la ley 590, se reitera y como se puede ver en el párrafo segundo de la ley 1450, artículo 43, es fácil deducir que el art. 2 de la ley 590 ha quedado como una mera referencia, que no es el artículo dos (2) de la ley 590. Ahora bien, volviendo al artículo 14 de la ley 153 de 1887, una ley derogada no revive por las referencias ni por haber sido derogada la ley que la derogó y, además, nos dice que una disposición derogada sólo recobra fuerza en la forma que reaparezca en una ley nueva. Entonces, quiere esto decir que el párrafo dos (2) del art. 43 de la ley 1450 no es la ley o el artículo 2° de la ley 590.

En conclusión, el artículo 43 de la ley 1450 dice que se modifique el artículo dos (2) de la ley 590, pero el artículo 276 de la misma ley 1450 derogó expresamente el artículo 2° de la ley 590; por tanto, queda apenas una referencia del artículo dos (2) de la ley 590 en el párrafo segundo del artículo 43 de la ley 1450 y esto no es una ley sino una sola referencia y la sola referencia no revive la ley. Entonces, si queremos utilizar los criterios para la definición de una Mipyme, o qué se entiende por ella, se deberá expedir una nueva norma que reproduzca dichos criterios del artículo segundo ya citado.

II. Observación respecto a los requisitos de experiencia indicados en el numeral 4.10.2.14. del pliego de condiciones.

HECHOS

Dice el pliego de condiciones en el numeral 4.10.2.14, cómo se validaría la experiencia de una persona jurídica:

Será válida la experiencia de los socios de una persona jurídica cuando ella no cuente con más de tres (3) años de constituida en los términos del artículo 2.2.7 del Decreto 734 de 2012 solamente para la experiencia general. Para el efecto el socio deberá cumplir con lo establecido en el numeral 1.7 del presente pliego de condiciones.

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿en un proceso de selección de concurso de méritos de un consultor, a efectos de establecer los requisitos habilitantes, cual es la experiencia exigible y que debe verificarse por la entidad cuando el proponente (persona jurídica) surge como producto de una fusión o escisión empresarial?

¿desconoce la entidad, dentro de un proceso de selección de concurso de méritos, el reglamento a través de su pliego de condiciones, cuando exige como requisito habilitante de un proponente persona jurídica en lo dispuesto en el artículo 2.2 siete frente al 6.2.2.2?

En cuanto a la observación plantada y con todo respeto, consideramos se estaría limitando la concurrencia de oferentes o proponentes, puesto que la experiencia que se puede sumar no es lo que indica el pliego, sino como lo indica el artículo 6.2.2.3 en concordancia con los arts. 3.3.4.3, 6.2.1.4. y 6.1.1.2 del mismo decreto.

En efecto, la experiencia acumulable de una persona jurídica que se presenta a un concurso de méritos como consultor podría ser de cinco (5) años.

Tenemos entonces que tanto la ley como el decreto esto es, la ley 1150 y el decreto 734, en cuanto a lo que se entiende por requisitos habilitantes nos dice la ley 1150 en el artículo cinco de la selección objetiva, que por requisitos habilitantes entiende la capacidad jurídica financiera y de organización y el decreto 734 nos dice que por requisitos habilitantes entienden las condiciones de

experiencia capacidad jurídica financiera y de organización en su artículo 6.1.1.2, así, ya hay un marco jurídico que nos dice que es requisito habilitante la experiencia.

Ahora bien, en el pliego de condiciones en el numeral citado se exige para la habilitación de un proponente, que la experiencia de los socios de la persona jurídica menor a tres años puede ser acumulable, y teniendo en cuenta que estamos en un concurso de méritos de consultoría, se estaría desconociendo con esta exigencia el artículo 6.2.2.3 del mismo decreto, norma que trata sobre el procedimiento y verificación de los requisitos habilitantes de los consultores. Norma que nos dice que la experiencia a verificar está fundada en la experiencia probable y acreditada, cuando es de una persona jurídica que tiene menos de cinco años y puede ser la experiencia probable determinada por el promedio de tiempo aritmético de los socios que la pueden aportar.

Al estar la experiencia probable relacionada estrictamente con la actividad consultora y acorde con el objeto social del contrato y de la persona jurídica, entonces tenemos que la experiencia se funda en la experiencia probable y acreditada al tenor del artículo 6.2.2.3 que la probable para personas jurídicas que tienen menos de 60 meses en su adquisición; podrá la experiencia probable ser determinada por el promedio de tiempo de los socios que la pueden aportar y que esta experiencia se relaciona estrictamente con la actividad consultora y acorde con los requisitos de la persona jurídica.

A partir de la norma, dice que la experiencia acreditada para la persona jurídica se determinará de la siguiente manera y es que la acreditación de máximo de sus 10 mejores contratos desde la adquisición de la personería jurídica medidos en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En caso que el proponente ha participado en procesos de fusión o escisión, se medían estos contratos y se tomarán exclusivamente los contratos o el porcentaje de los mismos como han sido asignados en dicho proceso de fusión o escisión.

Visto lo anterior, tenemos que detenernos en el artículo quinto de la ley 11 50 numeral cuarto y entonces, claramente dice que siguiendo el decreto o se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente. Por tanto, es viable y válido tener en cuenta como experiencia del oferente en lo preceptuado en el artículo 6.2.2.3 ya citado y no como en el pliego de condiciones en su numeral ya citado, que dice la entidad se fundada en el artículo 2.2.7 del decreto 7 34, toda vez que debe tenerse en cuenta es como experiencia que suma a la persona jurídica el término de cinco años y no de tres años desde la adquisición de la misma en virtud de en el marco legal vigente.

De esta manera, inclusive, estaría garantizando el principio de selección objetiva que se encuentra por encima del pliego y de la facultad discrecional de la administración, ya que el decreto está por encima del pliego es lo correcto; de lo anterior se confirma por el artículo sexto de la ley 11 50 que habla de verificaciones de las condiciones del proponente que el inciso tercero ordena

Entonces, es como lo define el reglamento, es decir el decreto 734 que ya lo hizo en el artículo 6.2.2.3 ya citado y en consonancia con el artículo 3.3. 4.3 que habla de los criterios de evaluación,

Por lo anterior, solicitamos entonces sea la experiencia aquella directamente relacionada con el concurso o proceso en exceso de la mínima habilitante. Visto lo anterior y volviendo artículo 6.2.2.3 que nos dice que la experiencia se compone de experiencia probable y acreditada y que la experiencia probable para la persona jurídica menor a cinco años puede ser la del promedio de los de los socios que le pueden trasladar, entonces, ha de concluirse que es el artículo 6.2.2 específico sobre un tema como es el traslado la experiencia y no el 2.7.7. el que ha de tenerse en cuenta y por tanto a aplicar como norma criterio de evaluación y de calificación de la experiencia del proponente.

Los requisitos habilitantes, esto es, la experiencia que sirve precisamente para habilitar un proponente a partir de su experiencia probable y acreditada y repito siendo que la experiencia probable como requisito habilitante para los consultores personas jurídicas menores a cinco años puede ser la promedio de la experiencia que los socios le pueden trasladar o lo que es lo mismo dicha experiencia puede ser traslado por sus socios mal haría la entidad en desconocer e inobservar esta norma de carácter específico por una de carácter general como es el requisito del artículo 2.7.7 máxime cuando la experiencia probable puede acreditarse el devenir en experiencia acreditada al tenor del artículo 6.2.2.3, inciso quinto que tiene que ver con el registro único de proponentes por ello debe apelarse y tenerse en cuenta el criterio solución de antinomias y prelación de las normas del de del derecho contenido en el Código Civil y normas complementarias donde sabiamente legislador dispuso que la norma que regla con especificidad a un tema prima sobre la norma general que también lo regular

Conclusiones y recomendaciones a partir de las observaciones I y II realizadas en el presente documento:

Vista la exposición anterior, es probable se dé una violación al principio de legalidad, por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, porque los funcionarios no pueden actuar por fuera de la ley, especialmente por *aplicación indebida e interpretación errónea de la norma* (art. 137 del C.P.A.C.A.), por tanto, la postura de la ANI (el contenido del pliego de condiciones respecto de lo que se entiende por Mipyme) debe ser considerado ilegal y carente de validez, luego, debe tenerse como una cláusula ineficaz de pleno derecho (cf. Art 24 L.80).

Se trata de la conformidad de los actos de la entidad con el ordenamiento jurídico en general, y el sometimiento de los funcionarios y la entidad al derecho, además, en virtud de los principios constitucionales y de la función administrativa que irradian el proceso de contratación, el funcionario no sólo debe observar el cumplimiento de la norma (ley 1450 o ley 590, más Decreto 734, según corresponda), sino que debe velar por el cumplimiento de los fines de la misma ley, esto es, promover la participación y acceso al mercado de la mipymes, aplicando e interpretando en debida forma la ley (ya sea el art. 2 de la ley 590 o su modificatoria o el art. 43 de la ley 1450, como el Decreto 734 según el caso) porque de lo contrario se rompe el principio y la presunción de legalidad del pliego de condiciones y del proceso mismo.


La consecuencia sería, de seguir manteniendo la entidad esta posición, la eventual declaratoria de nulidad de este proceso de selección en atención al num. 4 del art. 44 de la ley 80, precisamente por ser una de las causales de nulidad del contrato el que se declare la nulidad absoluta de los

actos en que en que se haya fundado (como lo es el pliego de condiciones). Por ello, insistimos, que la indebida interpretación y aplicación del art. 2 de la ley 590 o su modificatoria o del art. 43 de la ley 1450 que está haciendo la ANI, puede conllevar a la anulación del acto administrativo (pliego de condiciones) en concordancia con el art. 137 del nuevo C.P.A.C.A. por violarse la ley como norma superior y por desvío de poder por no corresponder el acto con la finalidad de la ley y es así, porque la entidad aunque actuando con las formas legales y dentro de sus competencias, está imponiendo su parecer con un fin opuesto al del art. 2 de la ley de la ley 590 o del art. 43 de la ley 1450, y debe recordarse que la conducta de la administración es regida por los fines de la ley más no la voluntad del funcionario máxime cuando lo que dispone no hace parte de su facultad discrecional.

Es por todo lo anterior, que insistimos se modifique o articule en el pliego de condiciones la definición de Mipymes, de acuerdo a la normatividad vigente y de esta manera permitir ser un puente o un medio para el desarrollo de la promoción de la pequeña y mediana empresa y no un obstáculo para la consecución de las políticas nacionales y así evitar una violación al Estatuto General de la Contratación Administrativa por indebida interpretación del artículo 2° de la ley 590 de 2000 y violación a los principios de la Actuación y Función Administrativa.

Con todo, y en gracia de discusión, respetuosamente sugerimos a la A.N.I. se realice la suspensión del proceso de selección y contratación en curso, para que pueda ser ajustado a derecho, evitando así violar el mismo, puesto que de continuar como se viene desarrollando podría conllevar finalmente a la nulidad de los actos del proceso y del futuro contrato. Además, teniendo en cuenta que únicamente las entidades estatales pueden elevar peticiones a la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, respetuosamente solicitamos a la Agencia Nacional de Infraestructura se sirva consultar a dicha corporación sobre el alcance e interpretación, así como su vigencia, de la definición contenida en el artículo 2 de la ley 590, o se determine con claridad cuál sería la norma aplicable en la materia. Así mismo, se pide a la entidad, oficie a la Dirección de micro, pequeña y mediana empresa –mipymes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, al Consejo Superior de la Microempresa y al Consejo de la Pequeña y Mediana Empresa, a la Cámara Colombiana de Infraestructura, para que conceptúen sobre el particular planteado en esta observación, por ser de su competencia, en cuanto a la vigencia, aplicación y definición de la normativa que refiere a las Mipymes.

Atentamente,



JUAN DAVID KUHN CORREDOR.
C.C. 1.010.167.093 de Bogotá.
Coordinador de Licitaciones.
Elaboró: David Godoy.
Asesor Jurídico.
C.C. Archivo.

Remitirse a la respuesta dada en el punto 3. (mismo observante).

Cuadro comparativo de las distintas leyes que han regulado la definición y clasificación de las 'micro, pequeña y mediana empresa'.

Texto original de la Ley 999 de 2004:	Texto modificado por la Ley 999 de 2004:	Texto modificado por la Ley 1414 de 2007: Decreto por el art. 275, Ley 1560 de 2011	Texto modificado por la Ley 1410 de 2007:
<p>ARTÍCULO 2. Para todos los efectos, se entiende por micro, pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a los siguientes parámetros:</p> <p>1. Mediana Empresa:</p> <p>a) Pauta de personal entre cincuenta y una (51) y ochenta (80) trabajadores;</p> <p>b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) y quince mil (15.000) salidas mínimas mensuales legales vigentes.</p> <p>2. Pequeña Empresa:</p> <p>a) Pauta de personal entre once (11) y treinta (30) trabajadores;</p> <p>b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salidas mínimas mensuales legales vigentes.</p> <p>3. Microempresa:</p> <p>a) Pauta de personal no superior a los diez (10) trabajadores;</p> <p>b) Activos totales por valor inferior a quinientos uno (501) salidas mínimas mensuales legales vigentes.</p> <p>PARAGRAFO 3º. Para la clasificación de empresas micro, pequeñas y medianas se tendrán en cuenta los indicadores de participación de planta de personal y activos totales diferentes a los indicados, el factor determinante para dicho efecto, será el de activos totales (heptas numeris).</p>	<p>ARTÍCULO 2º. Para todos los efectos, se entiende por micro, mediana y pequeña empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a los siguientes parámetros:</p> <p>1. Mediana empresa:</p> <p>a) Pauta de personal entre cincuenta y uno (51) y ochenta (80) trabajadores, o y ochenta (80) trabajadores, o</p> <p>b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salidas mínimas mensuales legales vigentes.</p> <p>2. Pequeña empresa:</p> <p>a) Pauta de personal entre once (11) y treinta (30) trabajadores, o</p> <p>b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salidas mínimas mensuales legales vigentes o.</p> <p>3. Microempresa:</p> <p>a) Pauta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,</p> <p>b) Activos totales cobijada la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salidas mínimas mensuales legales vigentes o.</p> <p>PARAGRAFO. Los estratos beneficiarios, planes y programas de desarrollo social, de vivienda, aplicación, subsidios a los estratos vulnerables, y fomento al cumplimiento de las prescripciones del plan nacional de traslado de oportunidades para la mujer, heptas numeris.</p>	<p>ARTÍCULO 2º. Para todos los efectos, se entiende por micro, mediana y pequeña empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda conjuntamente a los siguientes parámetros:</p> <p>1. Número de Trabajadores Permanentes.</p> <p>2. Valor de las Ventas Brutas Anuales y/o Activos Totales.</p> <p>El Gobierno Nacional reglamentará los ratios que aplicarán para los diferentes categorías empresariales, a saber: Microempresa, Pequeña Empresa y Mediana Empresa.</p> <p>PARAGRAFO 1º. Los estratos, beneficios, planes y programas contemplados en la presente ley se aplicarán igualmente a los sectores informales y favorecidos al cumplimiento de los proyectos del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para la Mujer.</p>	<p>ARTÍCULO 2º. Para todos los efectos, se entiende por micro, mediana y pequeña empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, en el área rural o urbana. Para la clasificación por tamaño empresarial, entendido micro, pequeño, mediano y gran empresa, se podrá utilizar uno o varios de los siguientes criterios:</p> <p>1. Pauta de personal entre cinco (5) y treinta (30) trabajadores.</p> <p>2. Valor de las Ventas Brutas Anuales.</p> <p>3. Valor de los Activos Totales.</p> <p>Para efectos de los beneficios otorgados por el Gobierno Nacional a las micro, pequeñas y medianas empresas el criterio determinante será el valor de ventas brutas anuales.</p> <p>Parágrafo 1º. El Gobierno Nacional reglamentará los ratios que aplicarán para los tres criterios e incluirá especificaciones detalladas en los casos contemplados.</p> <p>Parágrafo 2º. Las definiciones contenidas en el artículo 2º de la Ley 999 de 2004, continuará vigente hasta tanto entre en vigor las normas reglamentarias que promita el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el presente artículo. (heptas numeris)</p>

GRUPO POSSO S.A.S – Juan David Kuhn Corredor

FONADE
PROCESO No. MCC 117-2012
ESTADO: ADJUDICADO

En el siguiente enlace se puede consultar los documentos relacionados con el proceso mencionado

<http://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=3593>

y las reglas de participación

http://www.fonade.gov.co/Contratos/Documentos/3593_2012121405174512%20REGLAS%20P ARTICIPACION%20MCC%20117-2012.pdf

1.11 CERTIFICACIÓN DE MIPYME - LEY 905 DE 2004 (aplica como criterio de desempate)

El oferente que conforme lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 905 del 2 de agosto de 2004, y demás normas vigentes y aplicables sobre la materia tenga la condición de **MIPYME** deberá acreditar tal circunstancia mediante certificación expedida por un contador o revisor fiscal según corresponda.

Para efectos de la acreditación de esta circunstancia por parte de oferentes individuales o integrantes de oferentes plurales, que ostenten la condición de extranjeros sin sucursal en Colombia, se dará aplicación al principio de reciprocidad.

NOTA: La omisión de la información requerida en este numeral al momento de la presentación de la oferta, no será subsanable por ser criterio de desempate, en todo caso, la no presentación de la información requerida no restringe la participación del oferente, ni es causal de rechazo de la oferta.

2.4.7. DESEMPATE DE OFERTAS

En caso de empate, FONADE aplicará los criterios de desempate de conformidad con las siguientes reglas sucesivas y excluyentes:

3. De persistir el empate, se preferirá al oferente que acredite la condición de Mipyme nacional, sea oferente singular, o consorcio, unión temporal conformada únicamente por Mipymes nacionales.

Si no se presenta la circunstancia antes enunciada y entre los empatados se encuentran consorcios, uniones temporales o promesas de sociedad futura en los que tenga participación al menos una Mipyme nacional, éste se preferirá

INVIAS-INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

PROCESO No. CMA-SGT-SRT-023-2013

ESTADO: ADJUDICADO.

En el siguiente enlace se puede consultar el pliego de condiciones definitivo y el documento normatividad y anexos donde se encuentra el anexo a calidad de MIPYME:

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-15-1553208>

5.7. ACREDITACIÓN COMO MIPYME

El revisor fiscal o contador, según corresponda, de Micro-pequeñas y Medianas Empresas deberá aportar certificación bajo la gravedad de juramento, que se entiende prestado con la presentación del documento, en la que acredite, que la empresa cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2º de la Ley 905 del 2 de agosto de 2004 y el Decreto 0734 del 13 de abril de 2012 y demás normas vigentes y aplicables sobre la materia.

En caso de Consorcios o Uniones Temporales, dicha manifestación deberá hacerse por el Revisor Fiscal o Contador Público, según el caso, de cada uno de los integrantes.

En caso de sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que presenten propuesta, podrán acreditar la calidad de Mipymes, siempre y cuando hayan acreditado RECIPROCIDAD, de conformidad con el numeral 5.6 del presente pliego de condiciones. En el evento de no acreditar RECIPROCIDAD no se tendrá en cuenta la certificación que acredite la calidad Mipyme.

En caso de sociedades extranjeras con sucursal en Colombia quien deberá acreditar la calidad de Mipymes será la sociedad matriz, a través del revisor fiscal o contador o quien haga sus veces en el país de origen. Esta certificación deberá incluir la información relativa a la sociedad matriz y la de su sucursal, a efectos de acreditar los requisitos de que trata la Ley 905 de 2004.

- 5.6. RECIPROCIDAD

La RECIPROCIDAD aplica para aquellos proponentes e integrantes de Consorcios o Uniones Temporales de origen extranjero, ya sea que tengan o no domicilio o sucursal en Colombia, que deseen el tratamiento de proponente nacional para el presente proceso.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4.2.6 del Decreto 0734 de 2012, la acreditación del trato nacional otorgado a bienes y servicios nacionales en países con los cuales Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras públicas se realizará mediante certificación expedida por el Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual contendrá lo siguiente:

i. Lugar y fecha de expedición de la certificación.

ii. Número y fecha del Tratado

iii. Objeto del Tratado

		<p>IDU – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO</p> <p>PROCESO No. IDU-CMA-DTC-004-2013</p> <p>ESTADO: CELEBRADO</p> <p>En el siguiente enlace se puede consultar el pliego de condiciones definitivo https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-15-1534477</p> <p>2.2.11 ACREDITACIÓN DE LA CONDICION DE MIPYMES.</p> <p>Para la acreditación de la condición de MIPYME el proponente individual y todos y cada uno de los integrantes de los Consorcios o Uniones Temporales, deberán anexar certificación debidamente suscrita por el contador público o revisor fiscal en la cual acredite el parámetro de los Activos Totales y del parámetro de la Planta de Personal, <u>de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, modificatoria del artículo 2º de la Ley 590 de 2000.</u></p> <p>El IDU tendrá en cuenta esta certificación únicamente para efectos de las reglas de desempate contenidas en el pliego de condiciones en el numeral sobre la materia.</p> <p>3.7 DESEMPATES.</p> <p>Para el caso de empate entre varias propuestas que se encuentren en igualdad en el puntaje total, se tendrán en cuenta, en su orden y de manera sucesiva y excluyente los siguientes criterios de desempate:</p> <p>4. Si aplicando lo anterior persiste el empate, se preferirá al oferente que haya acreditado la condición de Mipyme nacional, de conformidad con la definición de Mipyme <u>contenida en el Artículo 43 de la Ley 1450 de 2011, modificatoria del Artículo 2º de la Ley 590 de 2000, teniendo en cuenta los rangos establecidos en dicha ley (L.590/00), hasta tanto entren a regir las normas reglamentarias que profiera el Gobierno Nacional sobre la materia.</u> La acreditación del parámetro de los Activos Totales y de la Planta de personal, se verificará mediante certificación debidamente suscrita por el contador público o revisor fiscal, de acuerdo con lo establecido en el <u>Art. 43 de la Ley 1450 de 2011, modificatoria del Art. 2º de la Ley 590 de 2000.</u></p> <p>En el caso de Consorcio o Unión Temporal, se preferirá al proponente conformado únicamente por Mipymes nacionales.</p> <p>5. Si no hay lugar a la hipótesis prevista en el numeral anterior y entre los empatados se encuentran consorcios o uniones temporales, en los que tenga participación al menos una Mipyme, se preferirá éste proponente.</p> <p>Para la aplicación de las reglas 4 y 5, no habrá lugar a desempate por distinción entre micros, pequeñas o medianas empresas, ni por diferencia de porcentajes de participación ni por ningún otro criterio diferente a los atrás expresados.</p> <p>NOTA: Para efectos del presente numeral, la acreditación de la condición de vinculación laboral de personal con limitaciones ó para la acreditación de condición de Mipyme, se deberá efectuar al momento de la presentación de la oferta, no será subsanable por ser criterio de desempate. En todo caso, la no presentación de la información requerida no restringe la participación del oferente, ni es causal de rechazo de la oferta.</p>	
16	INZETT S.A.S – Armando Linas Marulanda	<p>1. En el pliego de condiciones del mencionado concurso de méritos, el numeral 4.10.2.7 establece lo siguiente:</p> <p>4.10.2.7. Para efectos de la evaluación, se consideran contratos válidos para la</p>	<p><u>Respuesta pregunta 1 y 2.</u></p> <p>El pliego de condiciones de ninguna manera establece una</p>

		<p>acreditación de la experiencia general: (i) Aquellos ejecutados por un contratista en virtud de una relación contractual de primer orden con el ente contratante, o (ii) los derivados de aquella relación inicial, en segundo orden, siempre y cuando la certifique directamente el contratista de primer orden en favor del proponente y este a su vez los haya ejecutado directamente. (Esta última previsión aplica únicamente para contratos derivados de contratos de Concesión celebrados en Colombia o con organismos multilaterales celebrados en Colombia)</p> <p>De acuerdo al numeral transcrito anteriormente, se permite acreditar como Experiencia General subcontratos que hayan sido celebrados con Concesionarios pero únicamente cuando se deriven de contratos de concesión celebrados en Colombia. Con respecto a este requisito o exigencia, solicitamos que se modifique el pliego de condiciones en el sentido de que dicha regla sea permitida también para los subcontratos derivados de contratos de concesión celebrados en el extranjero, dando aplicación al principio de reciprocidad; para lo cual los proponentes que acrediten estos subcontratos, deben acreditar certificación del principio de reciprocidad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012, lo cual les permite a los proponentes extranjeros tener el mismo tratamiento que las personas de origen Colombiano.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. No es muy claro en el pliego de condiciones si la regla indicada para la Experiencia General en el numeral 4.10.2.7, transcrito anteriormente, aplica también para la Experiencia Específica, por lo cual solicitamos que se dé la misma aplicación a lo planteado en el numeral anterior; es decir, que para la Experiencia Específica se puedan acreditar subcontratos derivados de contratos de concesión celebrados en el extranjero. 3. Por último solicitamos aplazamiento de la fecha de cierre, pues el plazo entre la fecha de apertura y la fecha de cierre del proceso es muy poco tiempo teniendo en cuenta la importancia de este. 	<p>discriminación para los oferentes extranjeros, al contrario iguala a los proponentes nacionales y extranjeros respecto de la forma de acreditar la experiencia necesaria, toda vez que independientemente de que el proponente sea nacional o extranjero deberá acreditar la experiencia de acuerdo con lo requerido en el pliego de condiciones.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, la ANI da aplicación al principio de reciprocidad.</p> <p><u>Respuesta pregunta 3.</u></p> <p>La fecha indicada en el cronograma para el cierre y entrega de propuestas, se mantiene, no obstante, en el evento en que surjan modificaciones que deben lugar a cambios sustanciales, la Entidad podrá modificar la fecha para la Presentación de las Propuestas, de tal manera que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para organizar y presentar sus propuestas.</p>
--	--	---	--

<p>17</p>	<p>BEATRIZ EUGENIA GONZALEZ CARDENAS</p>	<p>1. En el pliego de condiciones del mencionado concurso de méritos, el numeral 4.10.2.7 establece lo siguiente:</p> <p>4.10.2.7. Para efectos de la evaluación, se consideran contratos válidos para la acreditación de la experiencia general: (i) Aquellos ejecutados por un contratista en virtud de una relación contractual de primer orden con el ente contratante, o (ii) los derivados de aquella relación inicial, en segundo orden, siempre y cuando la certifique directamente el contratista de primer orden en favor del proponente y este a su vez los haya ejecutado directamente. (Esta última previsión aplica únicamente para contratos derivados de contratos de Concesión celebrados en Colombia o con organismos multilaterales celebrados en Colombia)</p> <p>Según entiendo del numeral citado, se permite acreditar como Experiencia General subcontratos que hayan sido celebrados con Concesionarios pero únicamente cuando se deriven de contratos de concesión celebrados en Colombia. Con respecto a este requisito o exigencia, solicitamos que se modifique el pliego de condiciones en el sentido que dicha regla sea permitida también para los subcontratos derivados de contratos de concesión celebrados en el extranjero, dando aplicación al principio de reciprocidad; para lo cual los proponentes que acrediten estos subcontratos, deben acreditar certificación del principio de reciprocidad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012, lo cual les permite a los proponentes extranjeros tener el mismo tratamiento que las personas de origen Colombiano.</p> <p>2. No es muy claro en el pliego de condiciones si la regla indicada para la Experiencia General en el numeral 4.10.2.7, transcrito anteriormente, aplica también para la Experiencia Específica, por lo cual solicitamos que se dé la misma aplicación a lo planteado en el numeral anterior; es decir, que para la Experiencia Específica se puedan acreditar subcontratos derivados de contratos de concesión celebrados en el extranjero.</p> <p>3. Por último solicitamos aplazamiento de la fecha de cierre, pues el plazo entre la fecha de apertura y la fecha de cierre del proceso es muy poco tiempo teniendo en cuenta la importancia de este.</p>	<p><u>Respuesta pregunta 1 y 2.</u></p> <p>El pliego de condiciones de ninguna manera establece una discriminación para los oferentes extranjeros, al contrario iguala a los proponentes nacionales y extranjeros respecto de la forma de acreditar la experiencia necesaria, toda vez que independientemente de que el proponente sea nacional o extranjero deberá acreditar la experiencia de acuerdo con lo requerido en el pliego de condiciones.</p> <p>De acuerdo con lo anterior, la ANI da aplicación al principio de reciprocidad.</p> <p><u>Respuesta pregunta 3.</u></p> <p>La fecha indicada en el cronograma para el cierre y entrega de propuestas, se mantiene, no obstante, en el evento en que surjan modificaciones que deben lugar a cambios sustanciales, la Entidad podrá modificar la fecha para la Presentación de las Propuestas, de tal manera que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para organizar y presentar sus propuestas.</p>
-----------	---	--	---

18 CAMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA – Jorge Alberto Marín Gómez

Bogota, 11 de julio de 2013

Doctor
HECTOR JAIME PINILLA ORTIZ
Vicesidencia Jurídica - Gerencia de Contratación
Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Bogota, D.C.

*Ref: Observaciones al concurso de méritos abierto No VJ-VE-CM-009-2013 -
Interventoría del contrato de concesión bajo un esquema de asociación público
privada que se deriva del proceso licitatorio VJ-VE-LP-005-2012 correspondiente
al corredor "Loboguerrero-Buga"*

Respetado Doctor Pinilla

Hemos revisado los requisitos establecidos en el pliego de condiciones definitivo para el concurso de méritos VJ-VE-CM-009-2013 cuyo objeto es *"INTERVENTORÍA TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, JURÍDICA, ADMINISTRATIVA, OPERATIVA, MEDIO AMBIENTAL Y SOCIO PREDIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO UN ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE SE DERIVE DEL PROCESO LICITATORIO VJ-VE-LP-005-2012 CORRESPONDIENTE AL CORREDOR "LOBOGUERRERO-BUGA"*, inspirados en un afán que no es distinto al de colaborar para que la contratación de este proyecto sea exitosa y por tanto, aporte al fortalecimiento de la competitividad. Sobre el particular nos permitimos plantear las recomendaciones que señalamos a continuación:

Requisitos de Capacidad Financiera

En el numeral 4.10.4.5 **INDICADOR DE CRECIMIENTO EBITDA**, el proponente individual o por lo menos uno de los integrantes del proponente plural, deberá acreditar un indicador de crecimiento EBITDA que refleje alguna de las siguientes opciones:

- Una relación igual o superior al 0,7 al comparar el último año fiscal con el penúltimo año fiscal o,
- Una variación positiva en caso de que el EBITDA del penúltimo año fiscal sea negativo.

Las relaciones anteriormente especificadas no se aplican para los que tengan menos de dos (2) años fiscales.

Consideramos que si bien en la segunda opción se acepta una variación positiva del indicador debería manejarse solo está, sin entrar a diferenciar el cumplimiento de un rango específico como lo sugiere la primera opción.



Remitente: Jorge Alberto Marín Gómez
Destinatario: HECTOR PINILLA
Folio: 2
Para: Acción/Cuando

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No: 2013-409-027027-2
Fecha: 11/07/2013 18:31:37 -> 700
DE: CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUC
ANEXO SIN ANEXOS



Esta Entidad aclara que en el numeral 4.10.4.5 "INDICADOR DE CRECIMIENTO EBITDA", el proponente individual o por lo menos uno de los integrantes del proponente plural, tiene dos opciones para poder acreditar el cumplimiento del indicador de crecimiento EBITDA, es decir no está obligado al cumplimiento de las dos opciones, esto en aras de incrementar la participación en el presente proceso.



CÁMARA COLOMBIANA
DE LA INFRAESTRUCTURA

Para la CCI es muy importante este proceso y el desarrollo del mismo, por lo cual abocamos por unas reglas que brinden la pluralidad de oferentes necesaria que den tranquilidad a la entidad y a la ciudadanía de contratar con las empresas más idóneas en la realización del mismo, pero siempre guiando una relación equilibrada en lo que se necesita y lo que se realizará.

Cordialmente,



JORGE ALBERTO MARÍN GÓMEZ
Vicepresidente Técnico

19	CPT S.A – Cindy Ruiz	<p>Por medio de la presente respetuosamente nos permitimos presentar una observación sobre el Pliego de Condiciones del Concurso de la referencia con el conocimiento de la fecha establecida en el Pliego está vencida, pero dada la trascendencia que tiene para nuestra firma consideramos necesario hacerla.</p> <p>En este Concurso y en otros abiertos por la Agencia Nacional de Infraestructura con objetos similares se ha establecido como Experiencia General los Contratos de Interventoría en Proyectos de Infraestructura de Transporte y como Experiencia Específica contratos en Supervisión o Interventoría de Concesiones de Infraestructura de Transporte Vial.</p> <p>Para poder participar en estos Concursos, aun cuando no está establecido en el Pliego, se requiere contar con los dos tipos de experiencia, o sea, que solo pueden participar aquellas firmas que acreditan la experiencia específica establecida, pues estas firmas también cumplen la Experiencia General y no requieren conformar Consorcio o Unión Temporal con firmas que tengan solo la Experiencia General.</p> <p>Esto ha conducido a que la contratación de Interventorías de Concesiones Viales se concentre en unas pocas Empresas y que las demás Empresas Consultoras tales como la nuestra con una experiencia mayor a 38 años, jamás puedan adquirir experiencia en esta área.</p> <p>Esta concentración es la contratación estatal y la exclusión de las demás empresas consultoras creemos no es sana ni conveniente para la Entidad Contratante, no ayuda a tener la transparencia necesaria y no corresponde al propósito del actual Gobierno.</p> <p>Por esta razón muy respetuosamente se solicita reexaminar los requerimientos de Experiencia Específica que permita que otras firmas con experiencia en Contratos similares tengan la oportunidad de adquirir experiencia en este tema.</p> <p>A título de ejemplo nos permitimos sugerir admitir también como Experiencia Específica los siguientes tipos de Contratos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contratos de Interventoría de construcción, mantenimiento, rehabilitación, mejoramiento o pavimentación de vías primarias y secundarias - Contratos de Interventoría o supervisión técnica, operativa, legal, financiera de concesiones de saneamiento básico <p>Respecto al último tipo de contratos debe anotarse que el INCO admitió como Experiencia Específica Contratos de Interventoría o Supervisión de Concesiones de Saneamiento Básico en varios Concursos de Interventoría de Concesiones Viales, tal como la Interventoría para el Contrato de Concesión para la reconstrucción y operación del Ferrocarril de Occidente y en otros Concursos, lo cual facilita la participación de otras firmas.</p>	<p>Para el presente concurso de méritos la Entidad ha considerado necesario que la experiencia específica a solicitar se enmarque dentro de la SUPERVISIÓN O INTERVENTORÍA DE CONCESIONES DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE VIAL, para lo cual ha requerido que se pueda acreditar desde uno hasta máximo tres contratos, ya que considera que ésta es una experiencia acorde con el objeto y tipo de contrato que se pretende adjudicar. Por lo anterior NO se acepta la solicitud del observante de ampliar esta experiencia en contratos de supervisión o interventoría diferente al de Concesiones.</p>
----	----------------------	--	---

Bogotá D.C., Julio 15 de 2013.

Proyectó aspectos jurídicos: OMAF- Abogada Gerencia Contratación – Vicepresidencia Jurídica.

Proyectó aspectos jurídicos: CASC-Abogado Gerencia Estructuración - Vicepresidencia Jurídica.

Proyectó aspectos financieros y técnicos: PLEL- Asesora Gerencia Financiera – Vicepresidencia Estructuración.

Revisó aspectos jurídicos: Wilmar Dario González Buritica - Gerente de Contratación – Vicepresidencia Jurídica.

Revisó aspectos jurídicos: Diana Patricia Bernal Pinzón – Gerente de Estructuración – Vicepresidencia de Estructuración.

Revisó aspectos financieros: Claudia Maritza Soto - Gerente Financiera - Vicepresidencia de Estructuración

Revisó aspectos técnicos: Camilo Andres Jaramillo Berrocal – Gerente de Proyectos Viales -Vicepresidencia de Estructuración.