

CONSORCIO PROES-BRAIN

OF-016-01

Bogotá, 6 de Diciembre de 2013

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Vicepresidencia Jurídica

Atn. WILMAR DARIO GONZÁLEZ BURITICÁ

Gerente de Contratación

Avenida Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4. Segundo piso
Bogotá D.C.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Rad No. 2013-409-049766-2

Fecha: 06/12/2013 12:28:03->703

OEM: CONSORCIO PROES - BRAIN

Anexos: 3 FOLIOS



Referencia: **Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-016-2013**

Asunto: **Observaciones Informe de Evaluación Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-016-2013 de la Propuesta entregada por el CONSORCIO PROES-BRAIN.**

Respetados Señores,

De manera atenta, nos permitimos realizar las siguientes observaciones al informe de evaluación del Concurso de Méritos en Asunto.

En atención a la calificación de NO CUMPLE en la Capacidad Jurídica y Capacidad Financiera, argumentando la Entidad lo siguiente: (...) "Al proponente No. 3 CONSORCIO PROES - BRAIN no se le otorga puntaje toda vez que no cumple con el indicador financiero de Crecimiento EBITDA, por cuanto el EBITDA del año 2012 fue \$153.223.397 menor al año 2011 cuyo valor fue \$249.111.423. Tampoco presentó la certificación del garante (Anexo No. 4), documento que aunque sea presentado, no modificaría la condición de NO HABIL obtenida por no cumplir con la capacidad financiera, como se anotó." (...) el CONSORCIO PROES-BRAIN se permite realizar las siguientes objeciones:

- Remitimos la documentación necesaria para subsanar lo anterior, teniendo como referente los términos del artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, que indica **"Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto. Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.**

Calle 106 N° 57-23 Oficina 603-C Teléfono (1)2534080
Email: licitaciones@incoplansa.com - alopez@proescolombia.com
Bogotá D.C. - Colombia

CONSORCIO PROES-BRAIN

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta”.

Por tanto, nos permitimos aportar al presente escrito, certificación del garante (Anexo No. 4).

- Por medio de la presente cordialmente le solicitamos modifique el informe evaluación donde nos inhabilita para participar dentro del presente proceso y en su lugar nos habilite la Capacidad Financiera y de esta forma ser evaluados dentro del presente proceso de acuerdo con las siguientes observaciones:

1. Situación fáctica del presente proceso de selección.

La entidad en su informe de evaluación determina que nuestra propuesta no cumple financieramente por lo siguiente:

“El integrante PROYECTOS Y ESTRUCTURAS S.A.S. no presenta información de EBITDA y BRAIN S.A.S. no cumple con Crecimiento EBITDA, por cuanto el EBITDA del año 2012 fue \$153.223.397 menor al año 2011 cuyo valor fue \$249.111.423”.

Respecto del primer integrante del presente consorcio, consideramos que el análisis hecho al EBITDA de esta empresa es equivocado por cuanto se descartó de contera dicho indicador al no haberse presentado informes financieros de dos años tal como lo establece el numeral 4.10.5 del pliego de condiciones, el cual establece:

“4.10.5 INDICADOR DE CRECIMIENTO EBITDA:

El proponente individual o por lo menos uno de los integrantes del proponente plural, deberá acreditar, a través del diligenciamiento del Formatos pertinentes con la información a corte de diciembre de los dos últimos años fiscales, un indicador de crecimiento EBITDA que refleje una variación positiva. Este indicador no aplica para aquellas empresas que tengan menos de dos (2) años de constituidas.

Se entenderá que existe variación positiva en el EBITDA, cuando el último año fiscal presente utilidades mayores respecto del año inmediatamente anterior o cuando las utilidades negativas del último año fiscal si estas existieren, sean inferiores a las del año inmediatamente anterior.” (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, la entidad inhabilita nuestra propuesta para participar dentro del presente proceso sin embargo, dicho análisis no se encuentra acorde

CONSORCIO PROES-BRAIN

con la regla de interpretación fijada en el pliego de condiciones, la cual se encuentra en el numeral 1.9 que señala:

"1.9 INTERPRETACIÓN DEL PLIEGO

Este pliego de condiciones debe ser interpretado como un todo y sus disposiciones no deben ser entendidas de manera separada de lo que indica su contexto general. Por lo tanto, se entienden integrados a éste los Anexos que lo acompañan y Adendas a que hubiere lugar. La interpretación y entendimiento del Pliego se regirá por los siguientes parámetros: (...)"

Es por esto que el pliego de condiciones debía ser aplicado de manera sistemática, incluyendo así todas las reglas fijadas y en especial las que se mencionan en los siguientes puntos.

2. INDUCCIÓN AL ERROR.

El error inducido por la entidad radica en que por una parte no permite la participación de proponentes o integrantes que no posean un indicador EBITDA comparativo de dos años, mientras que por otra parte de sus pliegos de condiciones si lo admite.

Este equivoco se evidencia si se enfrenta el numeral 4.10.5 del pliego de condiciones, anteriormente citado, con el numeral 4.10 el cual señala de manera literal lo siguiente:

"4.10 CAPACIDAD FINANCIERA

La capacidad financiera de los proponentes se acreditará mediante los indicadores establecidos en el presente numeral, verificándose a partir del RUP para los proponentes o miembros de estructura plural obligados a inscribirse en dicho registro de conformidad con la normatividad vigente, y respecto de los proponentes o miembros de estructura plural NO obligados a inscribirse en el RUP se verificará en la información suministrada en los formatos 2 y 5 que deberán ser presentados con la propuesta.

Dichos formatos deberán registrar en todos los casos, información tomada de los balances generales y el estado de pérdidas y ganancias de la compañía en el cual se reflejen los resultados correspondientes al último año fiscal, que hayan sido tomados como base para decretar dividendos y para la liquidación del impuesto de renta o su equivalente, debidamente aprobados por la asamblea de accionistas, junta de socios o el órgano social competente, correspondientes al último cierre anual ordinario, y en el caso del indicador EBITDA, correspondientes a los últimos dos cortes o ejercicios fiscales, o al último año si tiene menos de dos (2) años de constituida, conforme a la legislación del país de origen."(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo establecido en el punto anterior, es claro que la entidad ha inducido a error a este proponente como quiera que le permite exhibir un indicador EBITDA positivo tomado de un ejercicio comparativo de los últimos dos años de ejercicio financiero y fiscal o, del último año si tiene menos de dos años de constituida; mientras que en otro aparte del pliego no permite realizar dicho ejercicio de evaluación de EBIDTA en empresas que tengan menos de dos años de constituida.

CONSORCIO PROES-BRAIN

En este sentido, se recuerda a la entidad que ante la necesidad de efectuar interpretaciones a las reglas de un procedimiento de selección por ausencia de claridad plena e incuestionable de su contenido, debe darse aplicación, al postulado consagrado en el artículo 1624 del Código Civil, criterio rector de interpretación en este tipo de procesos de selección, y que claramente expresa que *"las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella"*.

Es por esto que, al existir un equívoco, la entidad debe aplicar la norma teniendo más favorable al proponente que en este caso se trata de permitirle al integrante PROES acreditar cumplir con el criterio de EBITDA.

3. FINALIDAD DE LAS REGLAS DE SELECCIÓN.

Por si fuera insuficiente los argumentos presentados con anterioridad para que la entidad proceda a entender que nuestra propuesta cumple con todo lo exigido en las reglas de selección, vale la pena poner de presente a la entidad que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido enfática en manifestar que la interpretación del pliego de condiciones, ante la dificultad de regular de manera puntual todos los aspectos y circunstancias que pueden presentarse en desarrollo del procedimiento de selección, debe realizarse en conjunto, con miras a revelar la intención de la entidad contratante y su finalidad con la contratación, en los siguientes términos, tal como se establece en la sentencia de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del 5 de Marzo de 1993, Expediente 6265:

Siendo, pues, "la ley del contrato", como es común reconocerlo, el pliego de condiciones, como toda ley, es susceptible de interpretación en cuanto sea necesario aplicar sus normas a circunstancias dudosas o ambiguas; es, por consiguiente, objeto de interpretación, en sí mismo y en consideración a su carácter de "ley", e instrumento para interpretar el contrato resultante, en tanto antecedente del mismo. En este orden de ideas, la aplicación del pliego a las circunstancias, muchas veces imprevistas e imprevisibles, que se presenten en desarrollo de la licitación, no puede ser el resultado de una operación simplemente mecánica; corresponderá al intérprete asistir activamente al encuentro del precepto jurídico con los hechos para lograr el sentido que más se acomode a la justicia y a la conveniencia pública. (Subrayado fuera de texto)

Igualmente ha dicho el H. Consejo de Estado en sentencia de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del 7 de Mayo de 1993, Expediente 5906:

El pliego de condiciones, en razón de las normas de Derecho que contiene, reguladores del proceso licitatorio, es objeto de interpretación como cualquier otra norma jurídica, hecha la humana consideración de la imposibilidad en que se encuentra la entidad licitante, de prever, con absoluta exactitud, todas las circunstancias que se van a presentar en el desarrollo del concurso. Para tal labor, el intérprete estará bien guiado si acude con ayuda de un criterio teleológico, a la

Calle 106 N° 57-23 Oficina 603-C Teléfono (1)2534080
Email: licitaciones@incoplansa.com - alopez@proescolombia.com
Bogotá D.C. - Colombia

CONSORCIO PROES-BRAIN

razón de ser de la exigencia que consagraron los pliegos y cuyo cumplimiento por uno de los proponentes es discutido por los demás o por la propia administración. (Subrayado fuera de texto).

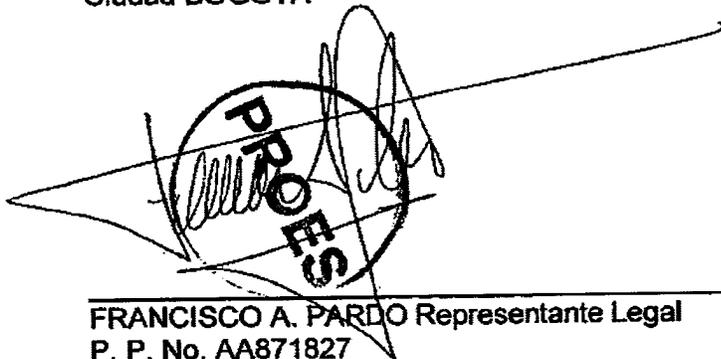
En otra ocasión manifestó el Consejo de Estado, en sentencia de la sección tercera de la sala de lo contencioso administrativo del 28 de Abril de 2005, Expediente. 12025:

La Sala ha reconocido la imposibilidad que existe para la administración de regular al detalle todas las circunstancias que se puedan presentar en dicho proceso, por lo cual resulta importante analizar las disposiciones del pliego de una manera integral, para desentrañar a partir de su estudio la finalidad perseguida por la entidad con el procedimiento de selección y las características que surgen como relevantes para ella a la hora de tomar la decisión de adjudicación. (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, y como quiera que nuestra propuesta no solamente cumple con todos los criterios de selección, sino que también es la propuesta que siendo hábil obtendría el mayor puntaje, cordialmente le reiteramos nuestra solicitud de que se acepte nuestra propuesta toda vez cumplimos con todos los requisitos exigidos por la entidad en el pliego de condiciones.

Atentamente,

CONSORCIO PROES-BRAIN conformado por (PROYECTOS Y ESTRUCTURAS ESPECIALES S.A.S y BETTIN RECURSOS AMBIENTALES E INGENIERIA S.A.S "BRAIN INGENIERIA SAS")
FRANCISCO A. PARDO
P. P. No. AA871827
Dirección de correo Calle 106 #57-23 of. 603
Correo electrónico: rpajaro@proescolombia.com – alopez@proescolombia.com
Telefax 57-1-2534080
Ciudad BOGOTA



FRANCISCO A. PARDO Representante Legal
P. P. No. AA871827

Calle 106 N° 57-23 Oficina 603-C Teléfono (1)2534080
Email:licitaciones@incoplansa.com - alopez@proescolombia.com
Bogotá D.C. - Colombia



**SEGUROS
DEL
ESTADO S.A.**

NIT. 950.009.579-5

ANEXO 4

CERTIFICACIÓN DEL GARANTE

Diciembre 06 de 2013

Pólizas Nro. 15-44-101117722*0

Tipo o ramo de la póliza: Cumplimiento Estatal (Seriedad de la Oferta)

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
Ciudad

JESUS ENRIQUE CAMACHO GUTIERREZ, obrando en mi condición de Representante Legal, según consta en el certificado de existencia y representación Legal expedido por la Superintendencia Financiera que se adjunta, de **SEGUROS DE ESTADO S.A.** dentro del marco del Concurso de Meritos Abierto N. VJ-VE-VGC-CM-016-2013; bajo la gravedad del juramento, me permito certificar las condiciones de colocación para el Seguro de Cumplimiento Póliza No. **15-44-101117722*0**

RETENCIÓN, COASEGURO Y REASEGURO	PARTICIPACIÓN
Porcentaje de respaldo de Reaseguro facultativo	0%
Porcentaje de retención propia (retención neta, contrato automático, etc.)	100%
Coaseguro	0%

Igualmente declaro bajo la gravedad del juramento, que la nómina de reaseguros es la que a continuación se expresa, los cuales se encuentran debidamente inscritos en el REACOEX, de acuerdo con la Legislación Colombiana vigente.

Nombre o razón social	País de origen	% de Respaldo	Calificación	Entidad Calificadora	Datos de Contacto		
					Nombre Completo	Correo electrónico	Teléfono
Alterra Reinsurance Europe Public Limited Company (Antes ALTERRA REINSURANCE EUROPE LIMITED)	Irlanda	17.50%	A	Standar & Poor's	Sonia Galvis	sonia.galvis@alterra-la.com	6126989

Proyectó: Adriana Nación Marango
Página 1 de 1



SEGUROS DEL ESTADO S.A.

NIC 855.000.778.6

Nombre o razón social	País de origen	% de Respaldo	Calificación	Entidad Calificadora	Datos de Contacto		
					Nombre Completo	Correo electrónico	Teléfono
Transatlantic Reinsurance Company	U.S.A	17.50%	A	A.M. Best	Juan Carlos Roa	jroa@transre.com	786-437 39 00
R-Versicherung AG Rückversicherung-Reinsurance	Alemania	7.50%	A+	Standard & Poor's	Michael Mathieu	michael.mathieu@r.v.de	611 533-9410
N.V. Nationale Borg	Holanda	10.00%	A-	Standard & Poor	Ivo Nijenhuis	Ivo.Nijenhuis@nationaleborg.nl	31615054 438 international 1 305 583 0531 USA
Reaseguradora Patria S.A.	México	15.00%	A-	A.M. Best	Norma Guerra	nguerro@repaia.com.mx	5255-5683-4900
Navigators Insurance Company	U.S.A	12.50%	A	A.M. Best	Laura Jensen	ljensen@navg.com	786 871 5333
Atradius Reinsurance Ltd	Irlanda	5.00%	A-	Standard & Poor	Elvira Panos	Tilen Mihalic	353-1-602-9231
Aspen Insurance UK Limited antes (Wilmington Reinsurance)	Reino Unido	5.00%	A	Standard & Poor	Julien Molinier	julien.molinier@aspensure.com	41 44 213 51 16
Everest Reinsurance Company	U.S.A.	10.00%	A+	A.M. Best	Eikin Velazquez	Eikin.Velazquez@everestre.com	305 371 82 00
Novae Syndicates Limited	Inglaterra	2.50%	A+	Standard & Poor	Christoph Nienhaus	cnienhaus@novae.com	41 0 44 564 31 01
Endurance Specialty Insurance Limited	Bermuda	5.00%	A	A.M. Best	Micaela Cojocar	mcojocar@endurance.fm	41 44 21 32 5 48
Arch Reinsurance Europe Underwriting Limited	Irlanda	2.50	A+	Standard & Poor	Magdalena Cano	Magdalena.cano@archire.eu	414 421 788 12

Proyector: Adriana Rincón Narango
Página 1 de 2