

Bogotá D.C., 11 de Febrero de 2014.

Señores
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Atn. Dr. Wilmar Darío González Buriticá
Gerente de Contratación
Ciudad

Asunto: Concurso de Méritos Abierto No. VJ-VGC-CM-017-2013. Interventoría Técnica, Financiera, Contable, Jurídica, Administrativa, Operativa, Medio Ambiental y Socio - Predial, del contrato de concesión No. 006 de 2007: "Proyecto área Metropolitana de Cúcuta y Norte de Santander".

Estimados señores:

La entidad no puede solicitar información diferente a la exigida en el Pliego de Condiciones y este exige únicamente que los documentos consorciales tengan 1 representante legal y 1 suplente, vinculados al Líder. En consecuencia, según consta en el certificado de existencia y representación legal de Consultor e Ingeniería Civil S.A., su representante legal ha sido designado como representante legal del Consorcio y el suplente del Líder, está vinculado mediante un contrato de prestación de servicios, que se allegó a la Agencia.

La ANI hoy está desechando la propuesta de Consorcio CSLVC por presunta ausencia de vinculación al Líder de 2 suplentes adicionales, excediendo con ello las facultades otorgadas en el pliego por las razones que se exponen a continuación:

- Las reglas son claras para la participación de estructuras plurales

El numeral 4.4.2.2 del Pliego de Condiciones determinó cuáles eran las condiciones que debían cumplir los Consorcios o Uniones Temporales según fuere el caso, así:

- a) Acreditar la existencia, vigencia, representación legal y la capacidad jurídica de todos y cada uno de los miembros de la estructura de tal manera que sea claro que todos los representantes cuentan con facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los integrantes, en todos los aspectos que se requieran para la presentación de la propuesta y para la suscripción y ejecución del contrato de interventoría a través de la forma asociativa escogida, en los términos previstos en el presente pliego de condiciones. En este sentido, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación legal de las personas jurídicas que conforman el Consorcio y en el mismo documento consorcial se ha dejado claramente establecido que

sus representantes legales cuentan con plenas facultades para representar al Consorcio en ejercicio del objeto contractual.

- b) En el documento privado de creación de la forma asociativa o de manera separada se podrá otorgar poder por parte de los miembros de dicha forma asociativa a un(unos) representante(s) común(es). Esta condición es potestativa, no obligatoria.
- c) Acreditar un término mínimo de duración del consorcio o de la unión temporal, por lo menos igual al plazo total estimado del contrato de interventoría y cinco (5) años más. Se cumple a cabalidad.
- d) Cuando una Propuesta sea presentada por dos o más personas a través de las figuras de consorcio o Unión Temporal, deberá consignarse de manera clara y expresa en el documento privado de asociación si la misma se da en calidad de consorcio o unión temporal, y en este último caso señalarán los términos y extensión de la participación de cada uno de los miembros de la unión temporal en la propuesta y en el contrato. Este requisito se acreditará con el original del documento privado mediante el cual se constituyan el consorcio o la unión temporal. Con el original del documento privado de constitución se estableció la figura consorcial, la solidaridad y la extensión de la participación de las 3 personas jurídicas y de la persona natural que lo conforman.
- e) Para constituirse en unión temporal, deberá expresarse así de manera clara y explícita; de otra forma, en el caso de propuestas presentadas por dos o más personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, se presumirá la intención de concurrir al presente proceso en consorcio, con los efectos y consecuencias que dicha forma de asociación conlleve para los miembros de la respectiva estructura plural, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993. También se presumirá la intención de concurrir al presente proceso en Consorcio, con los efectos señalados, cuando el acuerdo de unión temporal no señale con claridad los términos y extensión de la participación de cada uno de los miembros de la unión temporal en la propuesta y en el contrato. No es del caso.
- f) Adicionalmente, en el caso que se presente una propuesta bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, cada miembro de la respectiva estructura plural deberá tener en cuenta que, en caso de resultar adjudicatario, la composición del respectivo consorcio o unión temporal, durante el desarrollo del contrato de interventoría, deberá ajustarse a la siguiente regla: Salvo autorización expresa de la Agencia, el miembro original del consorcio o unión temporal, que aparezca en la propuesta y que haya sido LIDER deberá permanecer como miembro de la misma, y mantener su porcentaje de participación original

(acreditado en la propuesta) durante el plazo de ejecución del contrato, en los términos descritos en el numeral 4.1.3., en caso de que por parte de la Agencia se autorice su no permanencia, deberá sustituirle por una persona natural o jurídica con las mismas condiciones y alcances del LIDER saliente.¹

2 Prevalece lo sustancial sobre lo formal

La ANI, no debe perder de vista al momento de la evaluación de la propuesta cuál es el objeto del proceso licitatorio y los objetivos que se pretenden conseguir, que a todas luces es claro no se verán alterados por el hecho que en el documento consorcial se hubiese dejado establecido mayor número de representantes legales suplentes, a los exigidos en el pliego de condiciones, pues ello hace parte de la liberalidad y libre consentimiento de los firmantes. Los suplentes 3 y 4 del representante legal del Consorcio son los representantes legales de las firmas integrantes del Consorcio y gozan de plenas facultades para velar por el cumplimiento del objeto estatal y se encuentran vinculados al Lider, por el hecho mismo de haber suscrito el documento de asociación, pues entre ellos subsiste un vínculo contractual y solidario para ejecutar el contrato, ante la eventualidad de resultar adjudicados, razón por la cual no era dable allegar ningún documento adicional, habida cuenta que el documento consorcial original hace parte la propuesta y constituye una declaración formal de la voluntad de las partes integrantes del Consorcio de acatar las reglas de participación y de ejecución contractual.

En este sentido, el Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en anteriores procesos licitatorios manifestando a las entidades que al evaluar las propuestas prima lo sustancial sobre lo formal, como es el caso que nos ocupa, sin olvidar los principios de transparencia, debido proceso y selección objetiva.

El artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, sobre selección objetiva indica en el Párrafo 1º que la "ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación

¹ LIDER. Es aquel integrante de la estructura plural oferente, esté o no obligado a inscribirse en el RUP, que tendrá bajo su responsabilidad la designación del representante legal de la estructura plural, es decir si el líder es una persona jurídica, debe tener vinculado a su empresa a dicho representante legal y a su suplente; deberá tener como mínimo un porcentaje de participación en la estructura plural de no menos el sesenta por ciento (60%), encontrándose obligado a acreditar como mínimo el sesenta por ciento (60%) de la experiencia general, la cual se determinará a partir de la sumatoria de los valores de contratos acreditados en la experiencia general, en SMMLV de acuerdo con el numeral 2.8 del presente pliego, y quien será directamente responsable por la designación y gestión del director y subdirectores de la interventoría. Todos los proponentes que presenten propuesta a través de una estructura plural, deberán designar un LIDER con el pleno cumplimiento de los requisitos aquí descritos. En caso de que el LIDER de una estructura plural sea una persona natural, éste deberá ser designado como representante legal de la misma

de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización". (Subraya fuera del texto).

A su vez, el Decreto 734 de 2012, mediante el cual se reglamentaron parcialmente las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, dispuso en el artículo 2.2.8, lo siguiente:

"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 2º, 3º y 4º del artículo 5º 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, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso 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 22 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".

Puntualmente, el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto No. 1992 del 20 de mayo de 2010, interpretó lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, así:

"Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias."

El efecto pretendido en consecuencia es la primacía de lo sustancial sobre lo formal, determinándose que no podrá rechazarse una propuesta por ausencia de documentos, si con ellos no se altera la capacidad de los proponentes. En este caso, ha quedado claro que la vinculación de los señores Germán Silva Fajardo y Guillermo Díaz al Consorcio se deriva del documento privado de constitución, que refleja las condiciones contractuales de asociación para la ejecución de un contrato. Dicho de otro modo, su relación con el Líder es intrínseca, se deriva del contrato de asociación suscrito en virtud del artículo 7 de la ley 80 de 1993, en calidad de representantes legales de las personas jurídicas que integran el consorcio y que ejecutarán la propuesta, cumpliendo así con el 100% de los requisitos jurídicos, económicos y técnicos exigidos en el pliego de condiciones.

Así pues habiendo respondido y subsanado la aclaración solicitada por la Entidad, que sólo habría podido efectuarse si para ésta, la inquietud era de tipo formal, debe primar para el Comité Evaluador el fondo sobre la forma.

A pesar de todo lo anterior y a sabiendas que lo planteado cumple estrictamente con lo dispuesto en el pliego de condiciones, manifestamos a la Entidad que en aras de evitar controversias con respecto a la interpretación que se puede dar a nuestro documento consorcial, renunciamos a la inclusión del segundo y tercer suplente indicado en el documento privado, por cuanto su designación consecuencia del acuerdo de voluntades suscrito por las sociedades que lo componen, resulta accesorio y no indispensable para el desarrollo del objetivo propuesto.

Finalmente, no sobra expresar que Consorcio CSLVC ha demostrado su interés en actuar como un colaborador del Estado, gozando para ello con la capacidad jurídica, la experiencia, las condiciones técnicas, financieras y de organización administrativa suficientes para satisfacer los fines del Estado.

Cordialmente,



EDWIN DÍAZ PINZÓN
Representante Legal Proponente No 4.
Consorcio CSLVC