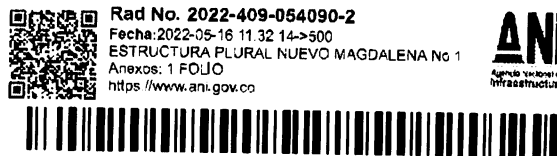




Bogotá D.C., 16 de mayo de 2022



Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Ciudad

Referencia: Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021

Asunto: Observaciones al Informe Preliminar de Evaluación publicado en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022

Camilo Ernesto Forero Barrera, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Representante Común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, cuyos integrantes son las sociedades extranjeras Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y encontrándome dentro del término establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, me dirijo respetuosamente a ustedes para controvertir el Informe Preliminar de Evaluación publicado por la entidad en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022 (en adelante el "**Informe de Evaluación**").

1. Observación de la ANI sobre el Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 conformado por las sociedades extranjeras Acciones Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V.

En el numeral 9º del Informe de Evaluación, correspondiente a la verificación de los factores de selección de los oferentes, la ANI señala como "*no aportado*" el Factor de Selección de Apoyo a la Industria Nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, motivo por el cual no le son otorgados los cien (100) puntos que corresponden por tal concepto.

A renglón seguido, la entidad contratante señala lo siguiente:

"Efectuada la revisión de la propuesta presentada, se encuentra que la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 no aportó el Anexo 14 suscrito por el representante común de la

estructura plural, por medio del cual el proponente manifieste a la entidad cual es la regla de origen que invoca, contenida en el Tratado o Acuerdo Comercial, en el evento en que exista alguna regla de origen de los servicios distinta a la regla de origen señalada en la Sección 5.4.3 (b) del pliego de condiciones”.

2. Respuesta del Oferente a la observación de la ANI respecto al Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 conformado por las sociedades extranjeras Acciones Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V.

2.1 El Oferente sí aportó el Factor de Selección de Apoyo a la Industria Nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 e identificó el Acuerdo Comercial y la regla de origen en los documentos de su Oferta.

Contrario a lo manifestado por la ANI en el Informe de Evaluación, el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 sí cumplió con el deber de identificar el Acuerdo Comercial y la regla de origen que le facultan para obtener el puntaje por trato nacional en los términos de las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

En efecto, a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta, la entidad puede verificar que el Oferente allegó los apartes del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, en el que se establece el deber de todas las entidades públicas que conforman el Estado colombiano de otorgar trato nacional a las sociedades de origen de alguno de los países signatarios de dicho acuerdo, dentro de los cuales se encuentran el Reino de los Países Bajos (para el caso de Cintra Latam Highways B.V.) y el Reino de España (para el caso de Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L.).

Más específicamente, se encuentra el Artículo 175 de dicho Acuerdo Comercial (disposición que contempla el deber del Estado colombiano de otorgar trato nacional en el marco de procesos de contratación pública para las sociedades de origen los países firmantes del Acuerdo) y la regla de origen de servicios para el caso de procesos de contratación pública tal como exige el Pliego de Condiciones.

En cuanto al deber de las entidades estatales colombianas de otorgar trato nacional a las mercancías y servicios de origen de cualquiera de los países signatarios del Acuerdo Comercial, a continuación me permito transcribir el literal (b) del numeral 1º del Artículo 175 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, texto del que se desprende de forma clara e inequívoca que el reconocimiento del derecho a trato nacional debe ser inmediato e incondicional:

ARTÍCULO 175

Principios generales

1. *Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta:*

(...)

*(b) cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán **inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la Parte UE, y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios**, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores.*
(Resaltado fuera del texto original).

Lo allegado en dichos folios (1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta) constituye la prueba de la voluntad del proponente de acogerse a la regla de origen respectiva con la correspondiente indicación del acuerdo comercial en los términos de las referidas Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones, tal como se exige en el aparte final de la Nota 1 del Anexo 14 según el cual los Oferentes Extranjeros con derecho a trato nacional deben “*indicar el instrumento jurídico o comercial en el que se regula la regla de origen del correspondiente país*” y “*señalar los anexos requeridos para demostrar el origen de los servicios en el correspondiente país*”.

2.2 La Ley 80 de 1993, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, la Ley 816 de 2003 y el Decreto 1082 de 2015 no exigen ningún formalismo para acreditar el trato nacional y la regla de origen por parte de un proponente extranjero.

En adición a lo manifestado en el numeral 2.1 anterior, la ANI debe tener en cuenta que según lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, así como en el Decreto 1082 de 2015 (incluso después de que fuese modificado por el Decreto 680 de 2021), los Oferentes Extranjeros no deben suscribir un formato predeterminado ni acreditar requisito formal adicional alguno para tener derecho al trato nacional, sino sencillamente manifestar su intención de acogerse al contenido del acuerdo comercial aplicable y a la regla de origen en él contenida.

Los Acuerdos Comerciales en materia económica en Colombia tienen una jerarquía normativa análoga a las leyes ordinarias, razón por la cual los actos administrativos de las entidades estatales (como serían los pliegos de condiciones de cualquier licitación pública) están siempre subordinados a lo que se establezca en los Acuerdos Comerciales y, como es apenas natural, los

actos administrativos tienen facultades limitadas para desarrollar y aplicar lo que se acuerda bilateral o multilateralmente en los tratados internacionales. La misma Ley 816 de 2003 que regula de forma genérica el tratamiento de servicios nacionales por la suscripción de acuerdos comerciales establece que los acuerdos prevalecen frente a la misma legislación nacional¹. Como consecuencia de lo anterior, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea (que contempla el derecho automático de los Oferentes Extranjeros de obtener trato nacional) no puede ser modificado unilateralmente por una entidad pública mediante la imposición de requisitos formales tales como el diligenciamiento estricto y textual de la Nota 1 del Anexo 14.

Ahora, al hacer una revisión del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, no se encontró ninguna disposición que especificara la forma en que se debe acreditar el trato nacional y/o invocar la regla de origen en cualquier instancia de un proceso de contratación pública. Además, las diferentes normas que desarrollan el concepto de trato nacional y regla de origen dentro del ordenamiento jurídico tampoco imponen en los Oferentes Extranjeros el requisito de incorporar la acreditación del trato nacional e invocar la regla de origen en un formato o bajo unas condiciones específicas.

Por su parte, el texto del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 que reglamenta las referidas disposiciones legales sobre trato nacional es claro e inequívoco en que para el otorgamiento de trato nacional a Oferentes Extranjeros cobijados por un acuerdo comercial, no es necesario acreditar requisito distinto alguno a la vigencia y aplicabilidad de dicho acuerdo:

*ARTÍCULO 2.2.1.2.4.1.3. EXISTENCIA DE TRATO NACIONAL. **La entidad estatal debe conceder trato nacional a:** (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.*

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en

¹ Ver Artículo 4º de la Ley 816 de 2003: *ARTÍCULO 4o. La presente ley se aplicará sin perjuicio de lo previsto en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.*

particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

(...) (Resaltado fuera del texto original)

La regla anterior fue reiterada a su vez en el Decreto 680 de 2021, mediante el cual se modifica el concepto de *Servicios Nacionales* previsto en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, según el cual:

- a. “(...) *las Entidades Estatales deben otorgar tratamiento de servicios nacionales y en consecuencia otorgar el puntaje de que trata la Ley 816 de 2003 a aquellos que se encuentren cubiertos por acuerdos internacionales ratificados por la República de Colombia, en los términos pactados, la normativa de la Comunidad Andina, o la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad*”; y
- b. “*los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda (...)*”.

El tenor literal del referido Decreto es claro en indicar que el Oferente Extranjero (i) tiene derecho a trato nacional cuando se encuentre cubierto por un acuerdo comercial ratificado por la República de Colombia y (ii) tiene plenas facultades para decidir si se acoge a la regla de origen de Servicios Nacionales dispuesta en el Decreto o a cualquier regla de origen aplicable según el Acuerdo Comercial que le corresponda. Por su parte, el Decreto no indica la forma en la que la acreditación de dicha regla de origen debe ser presentada ante la entidad estatal, sino que simplemente le permite al Oferente Extranjero definir en su oferta la regla aplicable.

En línea exactamente con lo anterior, el Acto de Apertura del presente proceso licitatorio -que hace parte integral del Pliego de Condiciones - reconoce expresamente el derecho de “*las ofertas de bienes y servicios de países con los cuales Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes que cubren el presente proceso de contratación [de ser] tratados como ofertas de bienes y servicios colombianos [por lo que] tendrán derecho al puntaje para estimular la industria nacional establecida en el Pliego de Condiciones*”. A continuación los apartes relevantes del referido acto administrativo que, repito, hace parte integral del Pliego de Condiciones, en el que además se establece que en lo que corresponde al Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y la

Unión Europea no existe excepción o restricción alguna para el otorgamiento del puntaje por trato nacional:

Que el proceso de contratación está sujeto a los Acuerdos Comerciales que se indican a continuación y en consecuencia, las ofertas de bienes y servicios de países con los cuales Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes que cubren el presente proceso de contratación, serán tratados como ofertas de bienes y servicios colombianos y tendrán derecho al puntaje para estimular la industria nacional establecida en el respectivo Pliego de Condiciones

Acuerdo Comercial		Entidad Estatal incluida [Si/No]	Presupuesto del Proceso de Contratación superior al valor del Acuerdo Comercial [Si/No]	Excepción aplicable al Proceso de Contratación [Si/No]	Proceso de Contratación cubierto por el Acuerdo Comercial [Si/No]
Alianza Pacífica	Chile	SI	SI	NO	SI
	Peru	SI	SI	NO	SI
	México	SI	SI	NO	SI
Costa Rica		SI	SI	NO	SI
Canadá		SI	SI	NO	SI
Chile		SI	SI	NO	SI
Estados Unidos		SI	SI	NO	SI
Triángulo Norte	Guatemala	SI	SI	SI (21)*	NO
	Salvador	SI	SI	NO	SI
	Honduras	SI	SI	NO	SI
Estados AELC		SI	SI	NO	SI
México		SI	SI	NO	SI
Unión Europea		SI	SI	NO	SI
Corea		SI	SI	NO	SI
Israel		SI	SI	NO	SI

Ahora, si bien las entidades estatales están plenamente facultadas para expedir formatos que sean de su preferencia para que los Oferentes diligencien información respecto del trato nacional y la regla de origen en los procesos de contratación pública, éstos no tienen ningún fundamento normativo que tácita o explícitamente requiera que la acreditación de tales requisitos deba hacerse con formalidades específicas. Por lo tanto, una interpretación según la cual cualquier requerimiento formal que proponga la ANI para acreditar el trato nacional y regla de origen es de obligatorio cumplimiento, *so pena* de tomar como *no aportados* los demás documentos que confirman la acreditación e invocación del trato nacional y la correspondiente regla de origen, implicaría que un acuerdo multilateral puede ser modificado unilateralmente por una entidad pública mediante un acto administrativo, conclusión que no tiene fundamento en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico colombiano.

Como consecuencia de lo anterior, bajo la ley vigente cuando se trate de Oferentes Extranjeros que hayan invocado un acuerdo comercial y una regla de origen para el otorgamiento de trato

nacional, es deber de todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública otorgar (sin condicionamientos ni restricciones) tratamiento de Servicios Nacionales a Oferentes Extranjeros cuyo país de origen haya suscrito un acuerdo comercial con la República de Colombia y dicho Oferente haya manifestado su intención de acogerse al derecho contemplado en el respectivo acuerdo, según corresponda.

Lo anterior es consistente además con lo establecido en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente de fecha noviembre de 2021, en el que se establece con meridiana claridad que *“En los casos en que exista Trato Nacional por reciprocidad, la Entidad Estatal **debe otorgar** a los bienes, servicios y/o proveedores extranjeros, el mismo trato que da a los bienes, servicios y/o proveedores nacionales **y en consecuencia dar a esas ofertas el puntaje adicional de que trata la Ley 816 de 2003**”*. (Resaltado fuera del texto original)

Más adelante, dicha Agencia resalta además que *“en Colombia, los Acuerdos Comerciales son aprobados e incorporados a la normativa nacional por medio de una Ley de la República. Dado que los Acuerdos Comerciales materializan los compromisos internacionales asumidos por los Estados Parte –y adicionalmente se encuentran incorporados a nuestra legislación interna–, las Entidades Estatales colombianas **deben cumplir en sus Procesos de Contratación con las obligaciones incluidas en los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia**”*. (Resaltado fuera del texto original)

Más allá de que el derecho al trato nacional que otorga un Tratado de Libre Comercio suele ser la columna vertebral de ese tipo de Tratados, la lógica jurídica que se desprende de las anteriores normas es, entonces, que (i) los países signatarios de dichos Tratados esperan que a sus connacionales les sea reconocido tal derecho en los demás países en virtud del Tratado mismo sin condicionamientos, procedimientos, ni requisitos adicionales; (ii) las entidades estatales en Colombia están para cumplir con ese mandato cuando se trata de Oferentes Extranjeros en Colombia; y (iii) las autoridades colombianas, por su parte, deben hacer lo propio para hacer cumplir ese mandato en los demás países signatarios del Tratado cuando sean los colombianos quienes aspiran a que les sea otorgado dicho trato nacional en un país extranjero.

En consecuencia, partiendo de que es claro que la existencia del trato nacional se configura desde (i) la entrada en vigor del Acuerdo Comercial entre Colombia y la Unión Europea y (ii) que la regla de origen se invocó oportuna y apropiadamente bajo la Oferta, no puede privarse al Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 de los cien (100) puntos por apoyo a la industria nacional según lo establecido en las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

2.3 Precedentes de la ANI en materia de trato nacional a Oferentes Extranjeros que manifiesten su intención de acogerse a un acuerdo comercial y a la regla de origen en él contenida

En adición al carácter obligatorio y vinculante de los mandatos normativos que contemplan el deber de las entidades estatales en Colombia de otorgar trato nacional a los Oferentes Extranjeros que manifiesten su intención de acogerse a dicho beneficio por estar cobijados por un Acuerdo Comercial suscrito por la República de Colombia, la ANI debe tener en cuenta sus propios precedentes, que le son obligatorios según lo establecido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que me permito transcribir a continuación:

*ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias **de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos.** (...).* (Resaltado fuera del texto original)

Al efectuar un análisis de la presentación del requisito de *Apoyo a la Industria Nacional* en otros procesos de selección de Licitación Pública convocados por la misma ANI, es posible observar que el Anexo de declaración de porcentaje de bienes nacionales solo es requisito para Oferentes que no prestarán servicios nacionales o en aquellos casos en que la totalidad de la estructura plural no fuera considerada de origen nacional.

En el caso de Oferentes Extranjeros que manifestaran su intención de acogerse al trato nacional derivado de un acuerdo comercial suscrito por la República de Colombia solo se ha requerido acreditar la vigencia y aplicabilidad del tratado existente.

A continuación me permito transcribir extractos de algunos de los pliegos de condiciones de procesos de licitación recientemente adjudicados por la ANI en vigencia de los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, del párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea (cuerpos normativos que no han sido modificados desde la tramitación de dichos procesos y la convocatoria del proceso de licitación de la referencia):

- (a) Accesos Norte II y Malla Vial del Valle del Cauca (5G):

5.4.5 Se otorgará un puntaje máximo de cien (100) puntos de acuerdo con lo dispuesto en este Pliego de Condiciones de la siguiente manera:

- (a) **Servicios nacionales:** De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5.4.1 de este Pliego de Condiciones a los servicios considerados como nacionales se otorgará el siguiente puntaje:

FACTOR PROTECCIÓN A LA INDUSTRIA NACIONAL		
Puntaje máximo posible en este factor = 100 puntos		
SUBCRITERIO	CONDICIONES	PUNTAJE
SERVICIOS DE ORIGEN NACIONAL	La totalidad de la Estructura Plural u Oferente individual deben cumplir y ser: Personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana y: Personas jurídicas extranjeras o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que hayan acreditado la reciprocidad o trato nacional, así como las Estructuras Plurales integradas por dichas personas.	100 puntos

- (b) Pliegos de Condiciones de todas las licitaciones públicas para la celebración de los Contratos de APP de 4G

6.4. INCENTIVO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y RECIPROCIDAD

- 6.4.1 De conformidad con la Ley 80 de 1993, 816 de 2003 y Decreto 1082 de 2015 se consideran Oferentes de servicios nacionales los servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana.
- 6.4.2 En cumplimiento del principio de reciprocidad, igualmente se consideran Oferentes de servicios nacionales los prestados por (a) los Oferentes provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) los servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los Oferentes de servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por Oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.
- 6.4.3 La ANI verificará en el SECOP que la certificación que se establece en el literal b) del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 se encuentre publicada en el evento que un Oferente Extranjero pretenda recibir trato nacional de conformidad con el numeral 6.4.2 de este Pliego de Condiciones.

62

LICITACIÓN PÚBLICA NO VJ-VE-APP-IPB-002-2015
PLIEGO DE CONDICIONES

- 6.4.4 En caso que el documento de que trata el numeral 6.4.3 anterior no esté publicado en el SECOP, el Oferente deberá adjuntarlo en su Oferta, en caso de no hacerlo no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos, para el caso de servicios nacionales establecido en el numeral 8.6.1 de este Pliego de Condiciones.
- 6.4.5 Para efectos de lo establecido en el artículo 2.2.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 téngase como tercer factor de escogencia.

(Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2015)

En la evaluación de las Ofertas que fueron presentadas en dichos procesos de selección, la ANI aplicó de manera objetiva las disposiciones normativas a las que se ha hecho referencia y otorgó - sin condicionamientos ni requerimientos formales adicionales- el trato nacional a los Oferentes Extranjeros que manifestaron su intención de acogerse a un acuerdo comercial que les permitiera obtener dicho puntaje.

Teniendo en cuenta además que los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea no han sufrido modificación alguna antes de que fuera convocado el proceso de licitación que nos

ocupa, no existe motivo alguno para que la ANI aplique un criterio distinto en un caso en el que el supuesto de hecho es absolutamente idéntico o, como dice la norma, “(...) *en situaciones que [tienen] los mismos supuestos fácticos y jurídicos*”.

2.4 El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal en las actuaciones de las autoridades estatales exige que los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, incluso en factores puntuables en materia contractual

En distintas oportunidades el Consejo de Estado y la Agencia de Colombia Compra Eficiente se han encargado de resaltar el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en las actuaciones contractuales y administrativas del Estado².

De conformidad con dicho principio, las entidades estatales deben evitar que las formalidades impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto. Así las cosas, es claro que todo funcionario público debe actuar siempre considerando que las formalidades no pueden entorpecer la consecución del objetivo perseguido por una norma sustancial y, por consiguiente, los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, pues “*el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo*”³.

La conclusión según la cual el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 “*no aportó*” la documentación necesaria para obtener el puntaje de Apoyo a la Industria Nacional por el simple hecho de no haber manifestado su intención de acogerse al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea bajo el texto estricto de la Nota 1 del Anexo 14, es un argumento netamente formalista, que desconoce abiertamente los principios que rigen la actividad contractual del Estado según se establece en la Ley 80 de 1993⁴.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 24 de julio de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-02482-01 (28.0419). C.P. Mauricio Fajardo Gómez y CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 20 de febrero de 2020. Rad. No. 47001-23-33-000-2018-00035-01(63854). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA., Sentencia de fecha 12 de junio de 2014. Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324). C.P. Enrique Botero Gil.

De hecho, según lo indicado en repetidas oportunidades por Colombia Compra Eficiente, los formatos aportados por la ANI para la presentación de las ofertas en el marco de un proceso de selección cumplen una función instrumental, de manera que, en caso de presentarse los requisitos para acceder al puntaje en un documento distinto al formato, es deber de la autoridad estatal verificar que este otro formato incluya los requisitos mínimos solicitados en el Pliego y, de cumplirse con tales requisitos, admitir la documentación aportada para el otorgamiento del puntaje.

Al respecto, en Concepto C-397 de fecha 30 de junio de 2020⁵, al analizar la obligatoriedad del uso de un formato para la acreditación de vinculación de personal en condición de discapacidad para el otorgamiento del puntaje adicional establecido en la ley para tal concepto, Colombia Compra Eficiente estableció lo siguiente:

“El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas obliga a que en supuestos de hecho como el de la pregunta cinco, donde la acreditación de los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.6 tiene lugar mediante vehículo distinto del referido formato, el examen en virtud del cual se determina la procedencia del puntaje adicional deba trascender de una simple constatación del debido uso del formato. En tal situación, estando los requisitos para acceder al puntaje adicional consignados en el artículo 2.2.1.2.4.2.6, la correspondiente entidad, en virtud del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formas, deberá proceder a verificar si los documentos mediante los que se acredita el cumplimiento del referido artículo efectivamente cumplen con lo allí establecido, y si, en consecuencia, procede el puntaje adicional.”

(...)

La acreditación de esta información, a pesar de ser suministrada en documento distinto del «Formato 8 — Vinculación de personas con discapacidad», permite determinar si un Oferente cumple o no con los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.6, para que se otorgue el puntaje adicional en cuestión. En ese orden, el hecho de que esta información sea presentada en un medio distinto del referido formato no obsta para que la entidad que adelanta el proceso de contratación determine si se cumplieron los requisitos establecidos en el reglamento y si materialmente procede otorgar el puntaje”. (Resaltado fuera del texto original)

⁵ Rad No. 2202013000005533.

Una situación similar fue analizada en Concepto C-704 de fecha del 11 de diciembre de 2020⁶, en el que dicha entidad estableció que los formatos puestos a disposición por las entidades contratantes “cumplen una función instrumental, asociada a la estandarización de los Documentos del Proceso de contratación, que sirve para que se facilite a los Oferentes la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a puntajes”. (Resaltado fuera del texto original)

De igual forma, al haberle sido preguntado a la entidad si un oferente estaría incurriendo en una causal de rechazo al no presentar oferta económica tal como lo especifica la forma de presentación de la propuesta en el formato del Sobre No. 2 puesto a disposición por la entidad, Colombia Compra Eficiente indicó con absoluta claridad que:

“Sobre el particular ya se ha pronunciado esta Agencia, concretamente respecto de la versión 1 de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, determinando que el hecho de que un Oferente presente su oferta en un vehículo distinto del Formulario 1, no puede significar un motivo suficiente para su rechazo de plano. Esto dado que, si bien la oferta es un aspecto sometido a puntaje en el marco de un proceso selección, el uso del referido formulario no lo es. Por tanto, esta entidad ha considerado que los eventos en los que la oferta no es presentada en el Formulario 1 ameritan la posibilidad de subsanar de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, parágrafo 1”. (Resaltado fuera del texto original)

A partir de tales consideraciones, es perfectamente dable establecer que, ante la hipótesis de factor puntuable presentada en un documento distinto al que se requiera en el respectivo Pliego de Condiciones, la entidad al momento de evaluar dicho factor deberá valorar si, independientemente del documento en que esta haya sido presentada, el ofrecimiento realizado se ajusta o no a las requerimientos mínimos legales con los que debe cumplir la oferta para el correspondiente proceso de contratación.

Este principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal está en línea además con el deber de todas las entidades públicas en el marco de la actividad contractual del Estado de evaluar las ofertas que le sean presentadas a partir de criterios objetivos que permitan la selección de la mejor oferta bajo criterios de calidad y precio (principio de selección objetiva). El otorgamiento del puntaje a un Oferente Extranjero que por su origen tiene derecho a Trato Nacional no pretende favorecer a

⁶ Rad No. 2202013000011975.

dicho oferente, sino a la misma entidad pública que en su actividad contractual debe propender por tener una pluralidad de ofertas y seleccionar la mejor oferta bajo criterios objetivos y no formales.

Según lo establecido en las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones y la Nota 1 del Anexo 14, un Oferente Extranjero tiene derecho a trato nacional cuando en la oferta (i) se identifique el Acuerdo Comercial suscrito por la República de Colombia que le faculte a dicho oferente para obtener el puntaje y (ii) se indique la regla de origen contenida en dicho Acuerdo.

Repito, a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta la entidad puede verificar que el Oferente sí allegó los apartes del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, en el que se establece el deber de todas las entidades públicas que conforman el Estado colombiano de otorgar trato nacional a las sociedades de origen de alguno de los países signatarios de dicho acuerdo, dentro de los cuales se encuentran el Reino de los Países Bajos (para el caso de Cintra Latam Highways B.V.) y el Reino de España (para el caso de Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L.).

De lo anterior se colige que la propuesta del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 es clara al incluir e invocar el trato nacional y la regla de origen que requieren tanto las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones como la Nota 1 del Anexo 14, cumpliendo así con los requerimientos mínimos de la oferta para el correspondiente proceso de contratación. La voluntad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 de acogerse al derecho que le asiste de obtener trato nacional bajo los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, es expresa, manifiesta e incontrovertible.

La Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 decidió acogerse a la regla de las Secciones 5.4.3(c) y 5.4.4(a) del Pliego de Condiciones por lo que su único requisito sustancial era el de manifestar su intención de acogerse al acuerdo comercial que le resulte aplicable e invocar la regla de origen contenida en dicho acuerdo. El tratado existente y debidamente acreditado, como ya se mencionó, fue el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Perú y Ecuador y la regla de origen invocada fue aquella que se manifestó a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1.

Por lo tanto, no puede privarse al Oferente de los cien (100) puntos que otorga el Pliego de Condiciones por el simple hecho de haberse acreditado los requisitos mínimos que exige el Pliego de Condiciones a través de un formato diferente a aquel puesto a disposición de la entidad contratante, formato que -de paso- está específicamente dirigido para que aquellas Ofertas que contengan servicios extranjeros que incluyan un compromiso de vinculación de un porcentaje de empleados colombianos según lo establecido en la Sección 5.4.7 del Pliego de Condiciones.

Tal privación (o la interpretación en la que se basaría) va exactamente en contravía de los conceptos de la Agencia de Colombia Eficiente antes citados, según los cuales lo jurídicamente relevante no es usar o diligenciar el Anexo respectivo, sino acreditar correcta, oportuna y objetivamente (eso sí) una condición particular, un trato preferencial, un requisito objetivo, un Tratado Internacional y/o una regla de origen.

2.5 En caso de que la entidad contratante considere que es de su preferencia que el Oferente diligencie la Nota 1 del Anexo 14 con la información que éste ya presentó en otro formato, es jurídicamente viable que la entidad lo solicite al tratarse de un requisito netamente formal

De lo anterior se desprende que si la entidad considera que, para efectos de “estandarización” de las ofertas (según lo establece el Concepto C-704 de fecha del 11 de diciembre de 2020 arriba mencionado), es conveniente que el Oferente Extranjero reitere la invocación del Acuerdo Comercial y/o la regla de origen mediante el texto de la Nota 1 del Anexo 14, tanto la ANI como el Oferente están en su derecho de solicitar/aportar dicho texto sin que por ello se entienda que el Oferente ha modificado, sustituido o subsanado la Oferta ya presentada.

Repetimos, la Nota 1 del Anexo 14 puesta a disposición por la ANI cumple una función meramente instrumental y -en cualquier caso- contendría exactamente la misma información que fue aportada inicialmente con la Oferta y que es suficiente para reconocer el derecho del Oferente a que le sea otorgado el trato nacional bajo las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

Lo anterior, en tanto dicho documento no es necesario para comparar las propuestas presentadas por los Oferentes, pues, como se ha venido explicando, el requisito de acreditar la existencia del trato nacional y la correspondiente regla de origen se cumplió y se cumplió explícita y oportunamente por el Oferente, al haber incluido en su oferta (bajo su propio formato, si se quiere interpretar así) la información sustancial, objetiva y relevante que la propia Nota 1 del Anexo 14 exigía incluir: el Acuerdo Comercial y la respectiva regla de origen en el cual se reconoce dicha condición.

Por este motivo, la entrega del texto de la Nota 1 del Anexo 14 no modifica las condiciones de comparación de propuestas, pues el supuesto fáctico que sirve de objeto para comparar las mismas, esto es, la existencia de trato nacional, es una circunstancia cumplida desde que el Acuerdo Comercial respectivo haya sido invocado y se encuentre vigente. En este sentido, partir de que la entrega del texto de la Nota 1 del Anexo 14 configura la existencia de un factor de selección sería dejar de reconocer una circunstancia de hecho que los artículos 1º de la Ley 816 de 2003 y 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 obliga a ser reconocida por parte de las entidades estatales.

El argumento mencionado también se fundamenta en que no se estaría acreditando una situación que existe con posterioridad al cierre del Proceso de Selección, en tanto el reconocimiento del derecho al trato nacional se entiende existente desde que entró en vigor el Acuerdo Comercial entre Colombia y la Unión Europea.

Como consecuencia de lo anterior, me permito:

- a. Reiterar que las sociedades integrantes de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 son de origen español y neerlandés.
- b. Reiterar que la República de Colombia y la Unión Europea suscribieron un Tratado de Libre Comercio que fue debidamente ratificado en el territorio nacional y del cual hacen parte el Reino de España y el Reino de los Países Bajos.
- c. Reiterar que, según lo establecido en el Artículo 175 de dicho Acuerdo Comercial, el Estado colombiano tiene el deber de otorgar al Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 trato nacional, por tener las sociedades que integran la Estructura Plural origen en países firmantes de dicho Acuerdo, y que dicho Artículo contiene la regla de origen que es aplicable al presente proceso de contratación.

Si se manifestaran dichas reiteraciones en la Nota 1 del Anexo 14, es claro que el texto de la misma no agrega ningún requisito sustancial adicional ni certifica una circunstancia que haya ocurrido con posterioridad al cierre del presente proceso de selección, según se observa a continuación:

“Manifiesto que los servicios ofrecidos para la eventual ejecución del objeto contractual son originarios del Reino de España y Reino de los Países Bajos, países con el que la República de Colombia tiene vigente Acuerdo Comercial en los términos del literal A del numeral 5.4.4 del Pliego de Condiciones. A efectos de demostrar el origen de los servicios, me acojo a la regla de origen prevista en el artículo 175 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Ecuador y Perú, para lo cual adjunto la siguiente documentación: Parte pertinente del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador referenciados a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta”.

Por lo anterior, al presente escrito se adjunta la Nota 1 en el Anexo 14 en los mismos términos y con la misma información que ya fue incorporada en la Oferta radicada ante la ANI el pasado martes 26 de abril de 2022.

2.6 Esta situación no es similar a aquellos casos en donde se ha negado la *subsanción* del documento pues se trata de la reiteración del contenido de la oferta y de un requisito que no está previsto como una exigencia de Ley (casos de puntaje por vinculación de personal en condición de discapacidad para Sacyr y CCECC en licitaciones de Malla Vial de Valle del Cauca y Accesos Norte II).

La presente situación no es equiparable a situaciones similares en los que la ANI ha optado por no otorgar puntaje por la ausencia de requisitos legales incorporados en los Pliegos de Condiciones de un proceso de licitación pública.

Me refiero específicamente al caso de Sacyr Concesiones Colombia S.A.S en la licitación para la adjudicación de un contrato de concesión para la Nueva Malla Vial del Valle del Cauca, y de la Estructura Plural Viales del Norte, integrada por China Civil Engineering Construction Corporation Sucursal Colombia – CCECC y China Railway Construction Corporation International Investment Co. Ltd – CRCCII, para la licitación del proyecto de Accesos Norte II, donde a dichos oferentes no les fue otorgado el puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad dado que el Anexo 17A no estaba firmado por el revisor fiscal de las sociedades oferentes.

Para el caso de la licitación de la Nueva Malla Vial del Valle del Cauca y Accesos Norte II, Sacyr Concesiones Colombia S.A.S y la Estructura Plural Viales del Norte, respectivamente, aportaron el Anexo 17A – Acreditación de vinculación de personal en condiciones de discapacidad – firmado únicamente por su representante legal. Ante tal situación, la ANI observó que el documento debía venir firmado también por el revisor fiscal de la sociedad para así cumplir con el requerimiento del Artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 392 de 2018. Al ser un factor puntuable no se les permitió *subsancar* dicho error.

En la situación descrita anteriormente se observa que el requisito de firma por el revisor fiscal no es un requisito arbitrario de la ANI para el respectivo proceso de selección. Por el contrario, se trata de un requisito expresamente exigido en el Decreto 392 de 2018 que establece que para obtener el puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad, “*la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.*” De esta forma, no es argumentable por los proponentes en este caso que la firma del revisor fiscal en el Anexo 17A era meramente una formalidad exigida por la entidad contratante ya que en efecto la incorporación de dicha firma permite ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión.

La situación de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 es opuesta a la ya descrita. La Nota 1 del Anexo 14 no tiene un fundamento normativo expreso, como sí lo tiene el Anexo de puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad, por lo que la reiteración de lo ya manifestado en la propuesta no constituye en forma alguna una modificación, sustitución o subsanación de un aspecto de la Oferta. Repito, el documento puesto a disposición por la ANI para obtener el puntaje relativo al apoyo a la industria nacional es meramente instrumental, y su exigibilidad no se deriva de ninguna norma.

En este sentido, al ser un requisito netamente formal que no tiene incidencia en los aspectos sustanciales de la Oferta y que por lo tanto no tiene una incidencia en la ponderación de las ofertas: (i) la manifestación de acogimiento al trato nacional y la regla de origen correspondientes puede ser efectuada en un formato diferente al de la Nota 1 del Anexo 14, como en efecto se hizo en la Oferta remitida por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 y (ii) en caso de que la entidad contratante considere que es de su preferencia que el Oferente diligencie la Nota 1 del Anexo 14 con la información que éste ya presentó en otro formato, se tenga como aportada la Nota 1 del Anexo 14 en los mismos términos y condiciones en que la información fue expresada por el Oferente en los documentos correspondientes de su Oferta sin que por ello se entienda que el Oferente ha modificado, sustituido o subsanado su oferta.

2.7 Si la ANI considera que el Oferente no manifestó su intención de acogerse al Acuerdo Comercial suscrito entre Colombia y la Unión Europea, existen argumentos razonables para sostener que las Ofertas que no contienen servicios extranjeros -según estos se definen en el Pliego de Condiciones- no debían diligenciar ni aportar el Anexo 14 para la obtención del puntaje

Si la ANI optara por desechar lo manifestado en los capítulos anteriores del presente documento, la entidad no puede perder de vista que los principios que rigen la actividad contractual del Estado incorporados en la Ley 80 de 1993 imponen el deber de las entidades públicas de resolver favorablemente a los oferentes las posibles contradicciones que contenga el Pliego de Condiciones en el momento de evaluar las ofertas que le sean sometidas a su consideración.

Así ha sido reiteradamente interpretado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, tanto en el caso de que existan contradicciones en los pliegos de condiciones, como en aquellos casos en que los pliegos induzcan a error a los oferentes en el momento de confeccionar sus ofrecimientos. A continuación me permito transcribir algunos apartes de una providencia de fecha 26 de abril de 2006 sobre este particular:

El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la

*administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, **comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción,** tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), **de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas,** y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.*

*Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”. Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, **que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró**⁷. (Resaltado fuera del texto original)*

Más recientemente, en providencia de fecha 10 de marzo de 2011, respecto de las posibles contradicciones o ambigüedades en la confección de los pliegos de condiciones, el Alto Tribunal reiteró el criterio referido en los siguientes términos:

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 26 de abril de 2006. Rad. No. 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito con el ingeniero Eraso Burbano, es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea⁸. (Resaltado fuera del texto original)

Por último, en una reciente providencia de fecha 5 de marzo de 2020 el Consejo de Estado estableció lo siguiente:

Así las cosas, una vez expedido por la entidad [el pliego de condiciones] es obligatorio no solo para los oferentes sino para la entidad misma y, por lo tanto, resulta intangible, es decir, inmodificable.

Salvo en aquellos casos en los que sea necesario efectuar la aclaración de puntos oscuros o ambiguos que impidan una interpretación uniforme por los proponentes y ello solo es posible antes del cierre de la respectiva licitación o concurso, pues una vez este se produce y se inicia la etapa de evaluación de las ofertas, la intangibilidad del pliego de condiciones se torna absoluta.

Esta última característica, hace que surja para la administración la carga de claridad y precisión, consistente en la asunción de las consecuencias que se deriven de la elaboración y redacción del pliego, de tal manera que de presentarse cláusulas contradictorias, ambiguas o confusas, las mismas deberán interpretarse en contra de la administración, que fue quien lo elaboró, teniendo en cuenta que previo a su confección, ha debido cumplir la entidad con el deber de planeación que está inmerso en cualquier actividad contractual que adelante y que implica establecer con antelación a la apertura

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Rad. No. 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666). C.P. Danilo Rojas Betancourth

*de los procesos de selección de contratistas, todos los elementos de juicio necesarios para la obtención de una contratación eficaz y eficiente*⁹. (Resaltado fuera del texto original)

Ahora, en el presente caso considera la ANI que el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 debía aportar el Anexo 14 para que le fuera otorgado el puntaje por trato nacional según se establece en la Sección 5.4.3(c) del Pliego de Condiciones. No obstante, la misma ANI desconoce que una lectura integral del Pliego de Condiciones permiten concluir a un Oferente Extranjero la falta de necesidad de suscribir dicho documento o de replicar su contenido literal y exacto para que dicho oferente fuera considerado como un Oferente de servicios nacionales con derecho a que le fueran otorgados los cien (100) puntos por tal concepto.

En primer lugar, en la Sección 7.1.1 del Pliego de Condiciones no se hace referencia alguna a la necesidad de incluir el Anexo 14 como parte de los documentos de la Oferta para la obtención del puntaje por trato nacional. A continuación el texto de la referida Sección:

7.1 CONTENIDO DE CADA UNO DE LOS SOBRES

7.1.1 Sobre No. 1

Los siguientes documentos deberán estar contenidos en el sobre No. 1 de la Oferta y deberán ser presentados por el Oferente en el mismo orden que se establece a continuación y cumpliendo los requisitos contenidos en este Pliego de Condiciones. El sobre debe contener:

(a) La Carta de Presentación de la Oferta, según el formato que se suministra para el efecto (ANEXO 2).

(b) Tabla de contenido de la Oferta, indicando todos los numerales con su respectiva página.

(c) Documentos mediante los cuales se acredita la Capacidad Jurídica del Oferente en los términos y condiciones de este Pliego de Condiciones.

(d) Los documentos mediante los cuales se acredita la Experiencia en Inversión descrita en el numeral 4.2 del presente Pliego.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 5 de marzo de 2020. Rad. No. 25000-23-26-000-2005-01092-01. C.P. María Adriana Marín.

(e) Los documentos mediante los cuales se acredita la situación de control, si fuere el caso, en los términos del numeral 4.4 del presente Pliego.

(g) La Garantía de Seriedad de la Oferta.

(h) La Oferta de Mano de Obra Local.

(i) El Factor de Calidad, en las condiciones establecidas en el numeral 5.5 y el ANEXO 19 de este Pliego de Condiciones.

(j) ANEXO 17 A – Acreditación de Vinculación Laboral de personas en condición de discapacidad (Criterio de Asignación de Puntaje) con los respectivos soportes.

(k) ANEXO 17B – Acreditación de Vinculación Laboral de personas en condición de discapacidad (Criterio de Desempeño) con los respectivos soportes.

(l) ANEXO 3 – Acuerdo de Garantía.

(m) ANEXO 4 – Acuerdo de Permanencia.

(n) ANEXO 5 – Declaración de Beneficiarios Reales, Situación de Control y Diagrama de la Estructura Organizacional.

(o) ANEXO 7 – Certificado de pago de aportes de seguridad social y parafiscales, conforme con lo señalado en este (sic) Pliego de Condiciones.

(p) El Pacto de Transparencia, de conformidad con el ANEXO 6.

(q) La acreditación de la reciprocidad en los términos del numeral 5.4 de este Pliego de Condiciones, si fuere el caso.

(r) ANEXO 8: El organigrama que refleje la estructura organizacional de conformidad con lo señalado en el numeral 4.4.2(b) del presente Pliego.

(s) ANEXO 15: Modelo pagos realizados a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales OPCION (10 a).

(t) ANEXO 18: Documento Constitución Estructura Plural.

(u) ANEXO 11: Cupo de Crédito Específico con los soportes correspondientes.

(...) (Resaltado fuera del texto original)

Como es posible observar, en la Sección del Pliego de Condiciones en la que se enlista taxativamente el contenido del Sobre No. 1 no se incluye el Anexo 14 como el documento a través del cual el Oferente Extranjero debe manifestar su intención de que le sea otorgado el trato nacional.

A lo anterior debemos agregar además que a renglón seguido, el mismo Pliego de Condiciones establece que el Oferente debe limitar el contenido de su Oferta al listado taxativamente definido por la ANI y que cualquier documento adicional *“no será tenido en cuenta para efectos de la evaluación, ni producirán efecto jurídico alguno independientemente de su contenido”*.

Esta ambigüedad en el Pliego de Condiciones incluso fue advertida por otro Oferente en su escrito de respuesta frente a las observaciones de la ANI a sus documentos. De forma tal que no es solo la interpretación aislada de uno los proponentes, sino que incluso en una Estructura Plural conformada por tres sociedades -colombianas todas y con amplia experiencia en licitaciones pública ante la ANI- también concluyó que el Anexo 14 no era necesario para la obtención del trato nacional.

Además de lo anterior, las Secciones 5.4.1, 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones también permiten concluir a un Oferente Extranjero que no es necesario suscribir el Anexo 14 o de replicar su contenido literal y exacto para que dicho oferente fuera considerado como un Oferente de servicios nacionales con derecho a que le fueran otorgados los cien (100) puntos por tal concepto. A continuación el texto de las referidas disposiciones:

a. Sección 5.4.1

5.4.1 De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 816 de 2003, el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 680 de 2021, se consideran Oferentes de servicios nacionales, los servicios que sean prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, o por personas naturales o jurídicas extranjeras con trato nacional o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana o por una Estructura Plural conformada por estos.

Es claro que según lo establecido en la Ley 80, la Ley 816, el Decreto 1082 y su modificación del Decreto 680 son Oferentes de servicios nacionales los Oferentes a los que los cobije un acuerdo comercial.

b. Sección 5.4.4(a)

5.4.4 Para los efectos de este Pliego de Condiciones, se consideran extranjeros a los cuales les aplica el trato nacional aquellos que derivan tal condición de alguna de las siguientes fuentes:

(a) Un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional y se encuentre vigente en Colombia y aplique para este Proceso de Selección. Para acreditar esta condición, el Oferente o miembro del Oferente Plural deberá indicar el tratado o acuerdo que lo cubre y la regla de origen de lo (sic) servicios que invoca, en el evento en que exista alguna en el acuerdo o tratado. De no invocar ninguna regla de origen, se aplicará la señalada en la Sección 5.4.3(b).

Es claro que para los efectos del Pliego de Condiciones (y en el mismo sentido de la Sección 5.4.1 anterior) que se consideran extranjeros a los que les aplica trato nacional aquellos Oferentes a los que los cubre un acuerdo comercial.

c. Sección 5.4.6

5.4.6 Las Ofertas que contengan servicios nacionales en los términos descritos en la Sección 5.4.3 tendrán cien (100) puntos.

Resulta a todas luces llamativo además que en otro proceso de licitación pública que la ANI se encuentra tramitando en la actualidad (Proyecto Buga – Buenaventura)¹⁰ y que tiene un objeto idéntico al de este proceso, en el Pliego de Condiciones la entidad: (i) reitera el deber de la ANI de otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los Oferentes Extranjeros con derecho a trato nacional en virtud de un acuerdo comercial que le resulte aplicable a dicho proceso¹¹; (ii) permite a los Oferentes Extranjeros manifestar su intención de acogerse al acuerdo comercial que le resulte aplicable y a la regla de origen en él contenida sin requisitos adicionales algunos¹²; y (iii) replica exactamente en los mismos términos el listado de los documentos que debe incorporar el Oferente en el Sobre No. 1, donde tampoco aparece el Anexo 14¹³. Lo mínimo que espera un Oferente Extranjero al participar en uno o varios procesos de selección, que tienen un mismo objeto y que son convocados por una misma entidad, es que en la confección de los Pliegos de Condiciones y en el momento de evaluar las ofertas haya uniformidad de criterio.

¹⁰ Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-004-2021.

¹¹ Ver Acto Administrativo de Apertura y Secciones 5.4.3 y 5.4.4 del Pliego de Condiciones.

¹² Ver Secciones 5.4.3(c) y 5.4.4(a) del Pliego de Condiciones.

¹³ Ver Sección 7.1.1 del Pliego de Condiciones.

Es claro entonces que la ANI debe otorgar los cien (100) puntos a los Oferentes que según las Secciones 5.4.1 y 5.4.4(a) se consideren Oferentes con derecho a trato nacional; sin condicionamientos, ni requisito adicional alguno.

Si agregamos que el Anexo 14 y su Nota 1 no tienen una instrucción precisa e inequívoca para su diligenciamiento (como sí la tienen los demás anexos), la falta de claridad del Pliego de Condiciones es aún mayor. Creemos que hay por lo menos tres interpretaciones plausibles respecto de la forma en que un Oferente Extranjero con derecho a trato nacional debe llenar el formato de la ANI: (i) ¿debe ofrecer un compromiso de vincular un 0% de trabajadores colombianos? (ii) ¿debe no ofrecer trabajadores colombianos e incluir (que solo se puede entender como agregar) la Nota 1 con la señalación del Acuerdo correspondiente? o (iii) ¿debe incluir la Nota 1 en cualquier parte de su Oferta indicando el Acuerdo aplicable para que le otorguen el puntaje?

Y si nos remitimos a la Sección 5.4.3(c), a diferencia de las Secciones 5.4.3(a), 5.4.3(b) y 5.4.7 del Pliego de Condiciones en donde el Oferente tiene el deber de suscribir el Anexo 14, la Adenda No. 5 habla de manifestar el contenido de la Nota 1 como parte de su Oferta. Es decir, mientras que en unos escenarios se suscribe el Anexo 14 (lo que equivale a firmar), en el otro específico que le aplica al presente caso, el Oferente no debe suscribir el Anexo sino manifestar el contenido de la Nota 1. Lo que además confirma que para los Oferentes Extranjeros a los que les aplique el trato nacional y hayan decidido acogerse al mismo, no es la firma del Anexo la que otorga el derecho a trato nacional, sino la indicación del Acuerdo del que se desprenda dicho derecho.

En consecuencia, la omisión de la ANI de enlistar el Anexo 14 en el listado de documentos que deben ser incluidos en el Sobre No. 1, así como la redacción de las demás disposiciones del Pliego de las que se deriva que se consideran extranjeros a los que les aplica el trato nacional aquellos oferentes de origen de un país signatario de un acuerdo comercial suscrito por Colombia, son motivo suficiente para que en la evaluación de la Oferta presentada por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 la ANI acate el criterio de interpretación del Consejo de Estado referido en los párrafos precedentes y se abstenga de incurrir en una decisión contraria a derecho que además comportaría un posible desconocimiento de un tratado internacional suscrito por la República de Colombia.

3. **Solicitud**

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, amablemente solicitamos que se modifique la casilla de *APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Anexo 14* del numeral 9º del Informe de Evaluación publicado en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022 para que en lugar de señalar como “no aportado” el Anexo 14 de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, se establezca que el Oferente invocó una regla de origen prevista en un acuerdo comercial suscrito



por la República de Colombia en los términos de las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones por lo cual se le debe otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional.

Con toda atención,

Camilo Ernesto Forero Barrera

Representante Común

Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1

ANEXO 14
FORMATO DE PROMOCIÓN DE SERVICIOS
NACIONALES

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Calle 24A Nro. 59-42
Bogotá D.C.

El abajo firmante, actuando como representante común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, conformada por Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., presento declaración de porcentaje de servicios nacionales, en desarrollo del proceso No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021, abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”) con el objeto de *“Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión cuyo objeto será el otorgamiento de una concesión que, bajo el esquema de Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, permita llevar a cabo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor “PUERTO SALGAR – BARRANCABERMEJA”, de acuerdo con el alcance descrito en el Contrato Parte Especial, el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato”*.

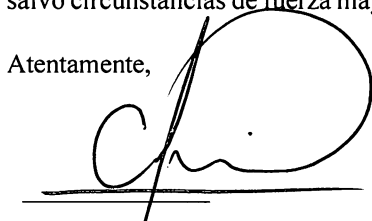
Declaro(amos) bajo la gravedad del juramento- con ocasión de la presente Licitación Pública que en la Oferta presentada nos comprometemos a vincular un porcentaje de empleados colombianos o contratistas por prestación de servicios colombianos del _____ % del total del personal requerido para el cumplimiento del Contrato de Concesión.

Nota 1: Incluir en el caso de proponentes extranjeros con derecho a trato Nacional que manifiesten su voluntad de acogerse a la regla de origen de su país, aplicable en virtud del respectivo acuerdo comercial, caso en el que NO aplicará la noción de Servicios Nacionales del artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015: Manifiesto que los servicios ofrecidos para la eventual ejecución del objeto contractual son originarios del Reino de España y Reino de los Países Bajos, países con el que la República de Colombia tiene vigente Acuerdo Comercial en los términos del literal A del numeral 5.4.4 del Pliego de Condiciones. A efectos de demostrar el origen de los servicios, me acojo a la regla de origen prevista en el artículo 175 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Ecuador y Perú, para lo cual adjunto la siguiente documentación:

Parte pertinente del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador referenciados a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta.

En todo caso, nos comprometemos a mantener este porcentaje durante toda la ejecución del proyecto, salvo circunstancias de fuerza mayor, previamente comprobadas y calificadas como tales por la ANI.

Atentamente,



Camilo Ernesto Forero Barrera
Representante Común Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1

COPIA

Bogotá D.C., 16 de mayo de 2022



Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Ciudad

Referencia: Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021

Asunto: Observaciones al Informe Preliminar de Evaluación publicado en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022

Camilo Ernesto Forero Barrera, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de Representante Común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, cuyos integrantes son las sociedades extranjeras Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., de conformidad con lo establecido en el numeral 2º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, y encontrándome dentro del término establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones, me dirijo respetuosamente a ustedes para controvertir el Informe Preliminar de Evaluación publicado por la entidad en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022 (en adelante el "Informe de Evaluación").

1. Observación de la ANI sobre el Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 conformado por las sociedades extranjeras Acciones Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V.

En el numeral 9º del Informe de Evaluación, correspondiente a la verificación de los factores de selección de los oferentes, la ANI señala como "no aportado" el Factor de Selección de Apoyo a la Industria Nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, motivo por el cual no le son otorgados los cien (100) puntos que corresponden por tal concepto.

A renglón seguido, la entidad contratante señala lo siguiente:

"Efectuada la revisión de la propuesta presentada, se encuentra que la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 no aportó el Anexo 14 suscrito por el representante común de la

estructura plural, por medio del cual el proponente manifieste a la entidad cual es la regla de origen que invoca, contenida en el Tratado o Acuerdo Comercial, en el evento en que exista alguna regla de origen de los servicios distinta a la regla de origen señalada en la Sección 5.4.3 (b) del pliego de condiciones”.

2. Respuesta del Oferente a la observación de la ANI respecto al Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 conformado por las sociedades extranjeras Acciones Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V.

2.1 El Oferente sí aportó el Factor de Selección de Apoyo a la Industria Nacional de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 e identificó el Acuerdo Comercial y la regla de origen en los documentos de su Oferta.

Contrario a lo manifestado por la ANI en el Informe de Evaluación, el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 sí cumplió con el deber de identificar el Acuerdo Comercial y la regla de origen que le facultan para obtener el puntaje por trato nacional en los términos de las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

En efecto, a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta, la entidad puede verificar que el Oferente allegó los apartes del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, en el que se establece el deber de todas las entidades públicas que conforman el Estado colombiano de otorgar trato nacional a las sociedades de origen de alguno de los países signatarios de dicho acuerdo, dentro de los cuales se encuentran el Reino de los Países Bajos (para el caso de Cintra Latam Highways B.V.) y el Reino de España (para el caso de Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L.).

Más específicamente, se encuentra el Artículo 175 de dicho Acuerdo Comercial (disposición que contempla el deber del Estado colombiano de otorgar trato nacional en el marco de procesos de contratación pública para las sociedades de origen los países firmantes del Acuerdo) y la regla de origen de servicios para el caso de procesos de contratación pública tal como exige el Pliego de Condiciones.

En cuanto al deber de las entidades estatales colombianas de otorgar trato nacional a las mercancías y servicios de origen de cualquiera de los países signatarios del Acuerdo Comercial, a continuación me permito transcribir el literal (b) del numeral 1° del Artículo 175 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, texto del que se desprende de forma clara e inequívoca que el reconocimiento del derecho a trato nacional debe ser inmediato e incondicional:

ARTÍCULO 175

Principios generales

1. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta:

(...)

(b) cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la Parte UE, y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propios mercancías, servicios y proveedores.
(Resaltado fuera del texto original).

Lo allegado en dichos folios (1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta) constituye la prueba de la voluntad del proponente de acogerse a la regla de origen respectiva con la correspondiente indicación del acuerdo comercial en los términos de las referidas Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones, tal como se exige en el aparte final de la Nota 1 del Anexo 14 según el cual los Oferentes Extranjeros con derecho a trato nacional deben “*indicar el instrumento jurídico o comercial en el que se regula la regla de origen del correspondiente país*” y “*señalar los anexos requeridos para demostrar el origen de los servicios en el correspondiente país*”.

2.2 La Ley 80 de 1993, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, la Ley 816 de 2003 y el Decreto 1082 de 2015 no exigen ningún formalismo para acreditar el trato nacional y la regla de origen por parte de un proponente extranjero.

En adición a lo manifestado en el numeral 2.1 anterior, la ANI debe tener en cuenta que según lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, así como en el Decreto 1082 de 2015 (incluso después de que fuese modificado por el Decreto 680 de 2021), los Oferentes Extranjeros no deben suscribir un formato predeterminado ni acreditar requisito formal adicional alguno para tener derecho al trato nacional, sino sencillamente manifestar su intención de acogerse al contenido del acuerdo comercial aplicable y a la regla de origen en él contenida.

Los Acuerdos Comerciales en materia económica en Colombia tienen una jerarquía normativa análoga a las leyes ordinarias, razón por la cual los actos administrativos de las entidades estatales (como serían los pliegos de condiciones de cualquier licitación pública) están siempre subordinados a lo que se establezca en los Acuerdos Comerciales y, como es apenas natural, los

actos administrativos tienen facultades limitadas para desarrollar y aplicar lo que se acuerda bilateral o multilateralmente en los tratados internacionales. La misma Ley 816 de 2003 que regula de forma genérica el tratamiento de servicios nacionales por la suscripción de acuerdos comerciales establece que los acuerdos prevalecen frente a la misma legislación nacional¹. Como consecuencia de lo anterior, el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea (que contempla el derecho automático de los Oferentes Extranjeros de obtener trato nacional) no puede ser modificado unilateralmente por una entidad pública mediante la imposición de requisitos formales tales como el diligenciamiento estricto y textual de la Nota 1 del Anexo 14.

Ahora, al hacer una revisión del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, no se encontró ninguna disposición que especificara la forma en que se debe acreditar el trato nacional y/o invocar la regla de origen en cualquier instancia de un proceso de contratación pública. Además, las diferentes normas que desarrollan el concepto de trato nacional y regla de origen dentro del ordenamiento jurídico tampoco imponen en los Oferentes Extranjeros el requisito de incorporar la acreditación del trato nacional e invocar la regla de origen en un formato o bajo unas condiciones específicas.

Por su parte, el texto del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 que reglamenta las referidas disposiciones legales sobre trato nacional es claro e inequívoco en que para el otorgamiento de trato nacional a Oferentes Extranjeros cobijados por un acuerdo comercial, no es necesario acreditar requisito distinto alguno a la vigencia y aplicabilidad de dicho acuerdo:

ARTÍCULO 2.2.1.2.4.1.3. EXISTENCIA DE TRATO NACIONAL. La entidad estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

El Ministerio de Relaciones Exteriores debe expedir el certificado por medio del cual se acredite la situación mencionada en el literal (b) anterior en relación con un Estado en

¹ Ver Artículo 4º de la Ley 816 de 2003: *ARTÍCULO 4o. La presente ley se aplicará sin perjuicio de lo previsto en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.*

particular, lo cual no es requerido para acreditar las situaciones a las que se refieren los literales (a) y (c) anteriores. Para constatar que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional en un Estado, el Ministerio de Relaciones Exteriores debe revisar y comparar la normativa en materia de compras y contratación pública del respectivo Estado para lo cual puede solicitar el apoyo técnico del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de Colombia Compra Eficiente, dentro de sus competencias legales.

(...) (Resaltado fuera del texto original)

La regla anterior fue reiterada a su vez en el Decreto 680 de 2021, mediante el cual se modifica el concepto de *Servicios Nacionales* previsto en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, según el cual:

- a. “(...) las Entidades Estatales deben otorgar tratamiento de servicios nacionales y en consecuencia otorgar el puntaje de que trata la Ley 816 de 2003 a aquellos que se encuentren cubiertos por acuerdos internacionales ratificados por la República de Colombia, en los términos pactados, la normativa de la Comunidad Andina, o la existencia de certificados de trato nacional por reciprocidad”; y
- b. “los extranjeros con trato nacional que participen en el Proceso de Contratación de manera singular o mediante la conformación de un proponente plural, podrán definir en su oferta si aplican la regla de origen aquí prevista, o cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda (...)”.

El tenor literal del referido Decreto es claro en indicar que el Oferente Extranjero (i) tiene derecho a trato nacional cuando se encuentre cubierto por un acuerdo comercial ratificado por la República de Colombia y (ii) tiene plenas facultades para decidir si se acoge a la regla de origen de Servicios Nacionales dispuesta en el Decreto o a cualquier regla de origen aplicable según el Acuerdo Comercial que le corresponda. Por su parte, el Decreto no indica la forma en la que la acreditación de dicha regla de origen debe ser presentada ante la entidad estatal, sino que simplemente le permite al Oferente Extranjero definir en su oferta la regla aplicable.

En línea exactamente con lo anterior, el Acto de Apertura del presente proceso licitatorio -que hace parte integral del Pliego de Condiciones - reconoce expresamente el derecho de “*las ofertas de bienes y servicios de países con los cuales Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes que cubren el presente proceso de contratación [de ser] tratados como ofertas de bienes y servicios colombianos [por lo que] tendrán derecho al puntaje para estimular la industria nacional establecida en el Pliego de Condiciones*”. A continuación los apartes relevantes del referido acto administrativo que, repito, hace parte integral del Pliego de Condiciones, en el que además se establece que en lo que corresponde al Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y la

Unión Europea no existe excepción o restricción alguna para el otorgamiento del puntaje por trato nacional:

Que el proceso de contratación está sujeto a los Acuerdos Comerciales que se indican a continuación y en consecuencia, las ofertas de bienes y servicios de países con los cuales Colombia tiene Acuerdos Comerciales vigentes que cubren el presente proceso de contratación, serán tratados como ofertas de bienes y servicios colombianos y tendrán derecho al puntaje para estimular la industria nacional establecida en el respectivo Pliego de Condiciones:

Acuerdo Comercial		Entidad Estatal incluida [Si/No]	Presupuesto del Proceso de Contratación superior al valor del Acuerdo Comercial [Si/No]	Excepción aplicable al Proceso de Contratación [Si/No]	Proceso de Contratación cubierto por el Acuerdo Comercial [Si/No]
Alianza Pacífica	Chile	SI	SI	NO	SI
	Perú	SI	SI	NO	SI
	México	SI	SI	NO	SI
Costa Rica		SI	SI	NO	SI
Canadá		SI	SI	NO	SI
Chile		SI	SI	NO	SI
Estados Unidos		SI	SI	NO	SI
Triángulo Norte	Guatemala	SI	SI	SI (21)*	NO
	El Salvador	SI	SI	NO	SI
	Honduras	SI	SI	NO	SI
Estados AELC		SI	SI	NO	SI
México		SI	SI	NO	SI
Unión Europea		SI	SI	NO	SI
Corea		SI	SI	NO	SI
Israel		SI	SI	NO	SI

Ahora, si bien las entidades estatales están plenamente facultadas para expedir formatos que sean de su preferencia para que los Oferentes diligencien información respecto del trato nacional y la regla de origen en los procesos de contratación pública, éstos no tienen ningún fundamento normativo que tácita o explícitamente requiera que la acreditación de tales requisitos deba hacerse con formalidades específicas. Por lo tanto, una interpretación según la cual cualquier requerimiento formal que proponga la ANI para acreditar el trato nacional y regla de origen es de obligatorio cumplimiento, *so pena* de tomar como *no aportados* los demás documentos que confirman la acreditación e invocación del trato nacional y la correspondiente regla de origen, implicaría que un acuerdo multilateral puede ser modificado unilateralmente por una entidad pública mediante un acto administrativo, conclusión que no tiene fundamento en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico colombiano.

Como consecuencia de lo anterior, bajo la ley vigente cuando se trate de Oferentes Extranjeros que hayan invocado un acuerdo comercial y una regla de origen para el otorgamiento de trato

nacional, es deber de todas las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública otorgar (sin condicionamientos ni restricciones) tratamiento de Servicios Nacionales a Oferentes Extranjeros cuyo país de origen haya suscrito un acuerdo comercial con la República de Colombia y dicho Oferente haya manifestado su intención de acogerse al derecho contemplado en el respectivo acuerdo, según corresponda.

Lo anterior es consistente además con lo establecido en el Manual para el Manejo de los Acuerdos Comerciales en Procesos de Contratación expedido por la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente de fecha noviembre de 2021, en el que se establece con meridiana claridad que *“En los casos en que exista Trato Nacional por reciprocidad, la Entidad Estatal debe otorgar a los bienes, servicios y/o proveedores extranjeros, el mismo trato que da a los bienes, servicios y/o proveedores nacionales y en consecuencia dar a esas ofertas el puntaje adicional de que trata la Ley 816 de 2003”*. (Resaltado fuera del texto original)

Más adelante, dicha Agencia resalta además que *“en Colombia, los Acuerdos Comerciales son aprobados e incorporados a la normativa nacional por medio de una Ley de la República. Dado que los Acuerdos Comerciales materializan los compromisos internacionales asumidos por los Estados Parte –y adicionalmente se encuentran incorporados a nuestra legislación interna–, las Entidades Estatales colombianas deben cumplir en sus Procesos de Contratación con las obligaciones incluidas en los Acuerdos Comerciales suscritos por Colombia”*. (Resaltado fuera del texto original)

Más allá de que el derecho al trato nacional que otorga un Tratado de Libre Comercio suele ser la columna vertebral de ese tipo de Tratados, la lógica jurídica que se desprende de las anteriores normas es, entonces, que (i) los países signatarios de dichos Tratados esperan que a sus connacionales les sea reconocido tal derecho en los demás países en virtud del Tratado mismo sin condicionamientos, procedimientos, ni requisitos adicionales; (ii) las entidades estatales en Colombia están para cumplir con ese mandato cuando se trata de Oferentes Extranjeros en Colombia; y (iii) las autoridades colombianas, por su parte, deben hacer lo propio para hacer cumplir ese mandato en los demás países signatarios del Tratado cuando sean los colombianos quienes aspiran a que les sea otorgado dicho trato nacional en un país extranjero.

En consecuencia, partiendo de que es claro que la existencia del trato nacional se configura desde (i) la entrada en vigor del Acuerdo Comercial entre Colombia y la Unión Europea y (ii) que la regla de origen se invocó oportuna y apropiadamente bajo la Oferta, no puede privarse al Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 de los cien (100) puntos por apoyo a la industria nacional según lo establecido en las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

2.3 Precedentes de la ANI en materia de trato nacional a Oferentes Extranjeros que manifiesten su intención de acogerse a un acuerdo comercial y a la regla de origen en él contenida

En adición al carácter obligatorio y vinculante de los mandatos normativos que contemplan el deber de las entidades estatales en Colombia de otorgar trato nacional a los Oferentes Extranjeros que manifiesten su intención de acogerse a dicho beneficio por estar cobijados por un Acuerdo Comercial suscrito por la República de Colombia, la ANI debe tener en cuenta sus propios precedentes, que le son obligatorios según lo establecido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que me permito transcribir a continuación:

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. (...). (Resaltado fuera del texto original)

Al efectuar un análisis de la presentación del requisito de *Apoyo a la Industria Nacional* en otros procesos de selección de Licitación Pública convocados por la misma ANI, es posible observar que el Anexo de declaración de porcentaje de bienes nacionales solo es requisito para Oferentes que no prestarán servicios nacionales o en aquellos casos en que la totalidad de la estructura plural no fuera considerada de origen nacional.

En el caso de Oferentes Extranjeros que manifestaran su intención de acogerse al trato nacional derivado de un acuerdo comercial suscrito por la República de Colombia solo se ha requerido acreditar la vigencia y aplicabilidad del tratado existente.

A continuación me permito transcribir extractos de algunos de los pliegos de condiciones de procesos de licitación recientemente adjudicados por la ANI en vigencia de los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, del párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea (cuerpos normativos que no han sido modificados desde la tramitación de dichos procesos y la convocatoria del proceso de licitación de la referencia):

- (a) Accesos Norte II y Malla Vial del Valle del Cauca (5G):

5.4.5 Se otorgará un puntaje máximo de cien (100) puntos de acuerdo con lo dispuesto en este Pliego de Condiciones de la siguiente manera:

- (a) **Servicios nacionales:** De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5.4.1 de este Pliego de Condiciones a los servicios considerados como nacionales se otorgará el siguiente puntaje:

FACTOR PROTECCIÓN A LA INDUSTRIA NACIONAL		
Puntaje máximo posible en este factor = 100 puntos		
SUBCRITERIO	CONDICIONES	PUNTAJE
SERVICIOS DE ORIGEN NACIONAL	La totalidad de la Estructura Plural u Oferente individual deben cumplir y ser: Personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana y; Personas jurídicas extranjeras o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que hayan acreditado la reciprocidad o trato nacional, así como las Estructuras Plurales integradas por dichas personas.	100 puntos

- (b) Pliegos de Condiciones de todas las licitaciones públicas para la celebración de los Contratos de APP de 4G

6.4. INCENTIVO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y RECIPROCIDAD

- 6.4.1. De conformidad con la Ley 80 de 1993, 816 de 2003 y Decreto 1082 de 2015 se consideran Oferentes de servicios nacionales los servicios prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana.
- 6.4.2. En cumplimiento del principio de reciprocidad, igualmente se consideran Oferentes de servicios nacionales los prestados por: (a) los Oferentes provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) los servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno nacional haya certificado que los Oferentes de servicios nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por Oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.
- 6.4.3. La ANI verificará en el SECOP que la certificación que se establece en el literal b) del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 se encuentre publicada en el evento que un Oferente Extranjero pretenda recibir trato nacional de conformidad con el numeral 6.4.2 de este Pliego de Condiciones.

62

LICITACIÓN PÚBLICA NO. VI-VE-APP-IPB-002-2015 PLIEGO DE CONDICIONES

- 6.4.4. En caso que el documento de que trata el numeral 6.4.3 anterior no esté publicado en el SECOP, el Oferente deberá adjuntarlo en su Oferta, en caso de no hacerlo no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos, para el caso de servicios nacionales establecido en el numeral 8.6.1 de este Pliego de Condiciones.
- 6.4.5. Para efectos de lo establecido en el artículo 2.2.1.2.2.9 del Decreto 1082 de 2015 téngase como tercer factor de escogencia

(Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. VI-VE-APP-IPB-002-2015)

En la evaluación de las Ofertas que fueron presentadas en dichos procesos de selección, la ANI aplicó de manera objetiva las disposiciones normativas a las que se ha hecho referencia y otorgó - sin condicionamientos ni requerimientos formales adicionales- el trato nacional a los Oferentes Extranjeros que manifestaron su intención de acogerse a un acuerdo comercial que les permitiera obtener dicho puntaje.

Teniendo en cuenta además que los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el parágrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea no han sufrido modificación alguna antes de que fuera convocado el proceso de licitación que nos

ocupa, no existe motivo alguno para que la ANI aplique un criterio distinto en un caso en el que el supuesto de hecho es absolutamente idéntico o, como dice la norma, “(...) *en situaciones que [tienen] los mismos supuestos fácticos y jurídicos*”.

2.4 El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo formal en las actuaciones de las autoridades estatales exige que los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, incluso en factores puntuables en materia contractual

En distintas oportunidades el Consejo de Estado y la Agencia de Colombia Compra Eficiente se han encargado de resaltar el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal en las actuaciones contractuales y administrativas del Estado².

De conformidad con dicho principio, las entidades estatales deben evitar que las formalidades impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto. Así las cosas, es claro que todo funcionario público debe actuar siempre considerando que las formalidades no pueden entorpecer la consecución del objetivo perseguido por una norma sustancial y, por consiguiente, los contenidos de fondo deben prevalecer sobre las simples formalidades, pues “*el derecho formal o adjetivo, valga decir, el que rige el procedimiento tiene una función instrumental, pese a que de él depende la garantía del principio de igualdad ante la ley y en su aplicación y el freno a la arbitrariedad, no es un fin en sí mismo*”³.

La conclusión según la cual el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 “*no aportó*” la documentación necesaria para obtener el puntaje de Apoyo a la Industria Nacional por el simple hecho de no haber manifestado su intención de acogerse al Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea bajo el texto estricto de la Nota 1 del Anexo 14, es un argumento netamente formalista, que desconoce abiertamente los principios que rigen la actividad contractual del Estado según se establece en la Ley 80 de 1993⁴.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 24 de julio de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-02482-01 (28.0419). C.P. Mauricio Fajardo Gómez y CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 20 de febrero de 2020. Rad. No. 47001-23-33-000-2018-00035-01(63854). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-499 de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA., Sentencia de fecha 12 de junio de 2014. Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02027-01(21324). C.P. Enrique Botero Gil.

De hecho, según lo indicado en repetidas oportunidades por Colombia Compra Eficiente, los formatos aportados por la ANI para la presentación de las ofertas en el marco de un proceso de selección cumplen una función instrumental, de manera que, en caso de presentarse los requisitos para acceder al puntaje en un documento distinto al formato, es deber de la autoridad estatal verificar que este otro formato incluya los requisitos mínimos solicitados en el Pliego y, de cumplirse con tales requisitos, admitir la documentación aportada para el otorgamiento del puntaje.

Al respecto, en Concepto C-397 de fecha 30 de junio de 2020⁵, al analizar la obligatoriedad del uso de un formato para la acreditación de vinculación de personal en condición de discapacidad para el otorgamiento del puntaje adicional establecido en la ley para tal concepto, Colombia Compra Eficiente estableció lo siguiente:

“El principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas obliga a que en supuestos de hecho como el de la pregunta cinco, donde la acreditación de los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.6 tiene lugar mediante vehículo distinto del referido formato, el examen en virtud del cual se determina la procedencia del puntaje adicional deba trascender de una simple constatación del debido uso del formato. En tal situación, estando los requisitos para acceder al puntaje adicional consignados en el artículo 2.2.1.2.4.2.6, la correspondiente entidad, en virtud del principio de primacía del derecho sustancial sobre las formas, deberá proceder a verificar si los documentos mediante los que se acredita el cumplimiento del referido artículo efectivamente cumplen con lo allí establecido, y si, en consecuencia, procede el puntaje adicional.

(...)

La acreditación de esta información, a pesar de ser suministrada en documento distinto del «Formato 8 — Vinculación de personas con discapacidad», permite determinar si un Oferente cumple o no con los requisitos del artículo 2.2.1.2.4.2.6, para que se otorgue el puntaje adicional en cuestión. En ese orden, el hecho de que esta información sea presentada en un medio distinto del referido formato no obsta para que la entidad que adelanta el proceso de contratación determine si se cumplieron los requisitos establecidos en el reglamento y si materialmente procede otorgar el puntaje”. (Resaltado fuera del texto original)

⁵ Rad No. 2202013000005533.

Una situación similar fue analizada en Concepto C-704 de fecha del 11 de diciembre de 2020⁶, en el que dicha entidad estableció que los formatos puestos a disposición por las entidades contratantes “cumplen una función instrumental, asociada a la estandarización de los Documentos del Proceso de contratación, que sirve para que se facilite a los Oferentes la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a puntajes”. (Resaltado fuera del texto original)

De igual forma, al haberle sido preguntado a la entidad si un oferente estaría incurriendo en una causal de rechazo al no presentar oferta económica tal como lo especifica la forma de presentación de la propuesta en el formato del Sobre No. 2 puesto a disposición por la entidad, Colombia Compra Eficiente indicó con absoluta claridad que:

“Sobre el particular ya se ha pronunciado esta Agencia, concretamente respecto de la versión 1 de los Documentos Tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, determinando que el hecho de que un Oferente presente su oferta en un vehículo distinto del Formulario 1, no puede significar un motivo suficiente para su rechazo de plano. Esto dado que, si bien la oferta es un aspecto sometido a puntaje en el marco de un proceso selección, el uso del referido formulario no lo es. Por tanto, esta entidad ha considerado que los eventos en los que la oferta no es presentada en el Formulario 1 ameritan la posibilidad de subsanar de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, parágrafo 1”. (Resaltado fuera del texto original)

A partir de tales consideraciones, es perfectamente dable establecer que, ante la hipótesis de factor puntuable presentada en un documento distinto al que se requiera en el respectivo Pliego de Condiciones, la entidad al momento de evaluar dicho factor deberá valorar si, independientemente del documento en que esta haya sido presentada, el ofrecimiento realizado se ajusta o no a las requerimientos mínimos legales con los que debe cumplir la oferta para el correspondiente proceso de contratación.

Este principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal está en línea además con el deber de todas las entidades públicas en el marco de la actividad contractual del Estado de evaluar las ofertas que le sean presentadas a partir de criterios objetivos que permitan la selección de la mejor oferta bajo criterios de calidad y precio (principio de selección objetiva). El otorgamiento del puntaje a un Oferente Extranjero que por su origen tiene derecho a Trato Nacional no pretende favorecer a

⁶ Rad No. 2202013000011975.

dicho oferente, sino a la misma entidad pública que en su actividad contractual debe propender por tener una pluralidad de ofertas y seleccionar la mejor oferta bajo criterios objetivos y no formales.

Según lo establecido en las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones y la Nota 1 del Anexo 14, un Oferente Extranjero tiene derecho a trato nacional cuando en la oferta (i) se identifique el Acuerdo Comercial suscrito por la República de Colombia que le faculte a dicho oferente para obtener el puntaje y (ii) se indique la regla de origen contenida en dicho Acuerdo.

Repito, a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta la entidad puede verificar que el Oferente sí allegó los apartes del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, en el que se establece el deber de todas las entidades públicas que conforman el Estado colombiano de otorgar trato nacional a las sociedades de origen de alguno de los países signatarios de dicho acuerdo, dentro de los cuales se encuentran el Reino de los Países Bajos (para el caso de Cintra Latam Highways B.V.) y el Reino de España (para el caso de Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L.).

De lo anterior se colige que la propuesta del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 es clara al incluir e invocar el trato nacional y la regla de origen que requieren tanto las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones como la Nota 1 del Anexo 14, cumpliendo así con los requerimientos mínimos de la oferta para el correspondiente proceso de contratación. La voluntad del Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 de acogerse al derecho que le asiste de obtener trato nacional bajo los artículos 20 y 21 de la Ley 80 de 1993, el párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 y el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la Unión Europea, es expresa, manifiesta e incontrovertible.

La Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 decidió acogerse a la regla de las Secciones 5.4.3(c) y 5.4.4(a) del Pliego de Condiciones por lo que su único requisito sustancial era el de manifestar su intención de acogerse al acuerdo comercial que le resulte aplicable e invocar la regla de origen contenida en dicho acuerdo. El tratado existente y debidamente acreditado, como ya se mencionó, fue el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Perú y Ecuador y la regla de origen invocada fue aquella que se manifestó a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1.

Por lo tanto, no puede privarse al Oferente de los cien (100) puntos que otorga el Pliego de Condiciones por el simple hecho de haberse acreditado los requisitos mínimos que exige el Pliego de Condiciones a través de un formato diferente a aquel puesto a disposición de la entidad contratante, formato que -de paso- está específicamente dirigido para que aquellas Ofertas que contengan servicios extranjeros que incluyan un compromiso de vinculación de un porcentaje de empleados colombianos según lo establecido en la Sección 5.4.7 del Pliego de Condiciones.

Tal privación (o la interpretación en la que se basaría) va exactamente en contravía de los conceptos de la Agencia de Colombia Eficiente antes citados, según los cuales lo jurídicamente relevante no es usar o diligenciar el Anexo respectivo, sino acreditar correcta, oportuna y objetivamente (eso sí) una condición particular, un trato preferencial, un requisito objetivo, un Tratado Internacional y/o una regla de origen.

2.5 En caso de que la entidad contratante considere que es de su preferencia que el Oferente diligencie la Nota 1 del Anexo 14 con la información que éste ya presentó en otro formato, es jurídicamente viable que la entidad lo solicite al tratarse de un requisito netamente formal

De lo anterior se desprende que si la entidad considera que, para efectos de “estandarización” de las ofertas (según lo establece el Concepto C-704 de fecha del 11 de diciembre de 2020 arriba mencionado), es conveniente que el Oferente Extranjero reitere la invocación del Acuerdo Comercial y/o la regla de origen mediante el texto de la Nota 1 del Anexo 14, tanto la ANI como el Oferente están en su derecho de solicitar/aportar dicho texto sin que por ello se entienda que el Oferente ha modificado, sustituido o subsanado la Oferta ya presentada.

Repetimos, la Nota 1 del Anexo 14 puesta a disposición por la ANI cumple una función meramente instrumental y -en cualquier caso- contendría exactamente la misma información que fue aportada inicialmente con la Oferta y que es suficiente para reconocer el derecho del Oferente a que le sea otorgado el trato nacional bajo las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones.

Lo anterior, en tanto dicho documento no es necesario para comparar las propuestas presentadas por los Oferentes, pues, como se ha venido explicando, el requisito de acreditar la existencia del trato nacional y la correspondiente regla de origen se cumplió y se cumplió explícita y oportunamente por el Oferente, al haber incluido en su oferta (bajo su propio formato, si se quiere interpretar así) la información sustancial, objetiva y relevante que la propia Nota 1 del Anexo 14 exigía incluir: el Acuerdo Comercial y la respectiva regla de origen en el cual se reconoce dicha condición.

Por este motivo, la entrega del texto de la Nota 1 del Anexo 14 no modifica las condiciones de comparación de propuestas, pues el supuesto fáctico que sirve de objeto para comparar las mismas, esto es, la existencia de trato nacional, es una circunstancia cumplida desde que el Acuerdo Comercial respectivo haya sido invocado y se encuentre vigente. En este sentido, partir de que la entrega del texto de la Nota 1 del Anexo 14 configura la existencia de un factor de selección sería dejar de reconocer una circunstancia de hecho que los artículos 1º de la Ley 816 de 2003 y 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082 de 2015 obliga a ser reconocida por parte de las entidades estatales.

El argumento mencionado también se fundamenta en que no se estaría acreditando una situación que existe con posterioridad al cierre del Proceso de Selección, en tanto el reconocimiento del derecho al trato nacional se entiende existente desde que entró en vigor el Acuerdo Comercial entre Colombia y la Unión Europea.

Como consecuencia de lo anterior, me permito:

- a. Reiterar que las sociedades integrantes de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 son de origen español y neerlandés.
- b. Reiterar que la República de Colombia y la Unión Europea suscribieron un Tratado de Libre Comercio que fue debidamente ratificado en el territorio nacional y del cual hacen parte el Reino de España y el Reino de los Países Bajos.
- c. Reiterar que, según lo establecido en el Artículo 175 de dicho Acuerdo Comercial, el Estado colombiano tiene el deber de otorgar al Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 trato nacional, por tener las sociedades que integran la Estructura Plural origen en países firmantes de dicho Acuerdo, y que dicho Artículo contiene la regla de origen que es aplicable al presente proceso de contratación.

Si se manifestaran dichas reiteraciones en la Nota 1 del Anexo 14, es claro que el texto de la misma no agrega ningún requisito sustancial adicional ni certifica una circunstancia que haya ocurrido con posterioridad al cierre del presente proceso de selección, según se observa a continuación:

“Manifiesto que los servicios ofrecidos para la eventual ejecución del objeto contractual son originarios del Reino de España y Reino de los Países Bajos, países con el que la República de Colombia tiene vigente Acuerdo Comercial en los términos del literal A del numeral 5.4.4 del Pliego de Condiciones. A efectos de demostrar el origen de los servicios, me acojo a la regla de origen prevista en el artículo 175 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Ecuador y Perú, para lo cual adjunto la siguiente documentación: Parte pertinente del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador referenciados a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta”.

Por lo anterior, al presente escrito se adjunta la Nota 1 en el Anexo 14 en los mismos términos y con la misma información que ya fue incorporada en la Oferta radicada ante la ANI el pasado martes 26 de abril de 2022.

2.6 Esta situación no es similar a aquellos casos en donde se ha negado la *subsanción* del documento pues se trata de la reiteración del contenido de la oferta y de un requisito que no está previsto como una exigencia de Ley (casos de puntaje por vinculación de personal en condición de discapacidad para Sacyr y CCECC en licitaciones de Malla Vial de Valle del Cauca y Accesos Norte II).

La presente situación no es equiparable a situaciones similares en los que la ANI ha optado por no otorgar puntaje por la ausencia de requisitos legales incorporados en los Pliegos de Condiciones de un proceso de licitación pública.

Me refiero específicamente al caso de Sacyr Concesiones Colombia S.A.S en la licitación para la adjudicación de un contrato de concesión para la Nueva Malla Vial del Valle del Cauca, y de la Estructura Plural Viales del Norte, integrada por China Civil Engineering Construction Corporation Sucursal Colombia – CCECC y China Railway Construction Corporation International Investment Co. Ltd – CRCCII, para la licitación del proyecto de Accesos Norte II, donde a dichos oferentes no les fue otorgado el puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad dado que el Anexo 17A no estaba firmado por el revisor fiscal de las sociedades oferentes.

Para el caso de la licitación de la Nueva Malla Vial del Valle del Cauca y Accesos Norte II, Sacyr Concesiones Colombia S.A.S y la Estructura Plural Viales del Norte, respectivamente, aportaron el Anexo 17A – Acreditación de vinculación de personal en condiciones de discapacidad – firmado únicamente por su representante legal. Ante tal situación, la ANI observó que el documento debía venir firmado también por el revisor fiscal de la sociedad para así cumplir con el requerimiento del Artículo 2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 392 de 2018. Al ser un factor puntuable no se les permitió *subsancar* dicho error.

En la situación descrita anteriormente se observa que el requisito de firma por el revisor fiscal no es un requisito arbitrario de la ANI para el respectivo proceso de selección. Por el contrario, se trata de un requisito expresamente exigido en el Decreto 392 de 2018 que establece que para obtener el puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad, “*la persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda, certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección.*” De esta forma, no es argumentable por los proponentes en este caso que la firma del revisor fiscal en el Anexo 17A era meramente una formalidad exigida por la entidad contratante ya que en efecto la incorporación de dicha firma permite ponderar las ofertas en su real y efectiva dimensión.

La situación de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 es opuesta a la ya descrita. La Nota 1 del Anexo 14 no tiene un fundamento normativo expreso, como sí lo tiene el Anexo de puntaje adicional por vinculación de personal en condiciones de discapacidad, por lo que la reiteración de lo ya manifestado en la propuesta no constituye en forma alguna una modificación, sustitución o subsanación de un aspecto de la Oferta. Repito, el documento puesto a disposición por la ANI para obtener el puntaje relativo al apoyo a la industria nacional es meramente instrumental, y su exigibilidad no se deriva de ninguna norma.

En este sentido, al ser un requisito netamente formal que no tiene incidencia en los aspectos sustanciales de la Oferta y que por lo tanto no tiene una incidencia en la ponderación de las ofertas: (i) la manifestación de acogimiento al trato nacional y la regla de origen correspondientes puede ser efectuada en un formato diferente al de la Nota 1 del Anexo 14, como en efecto se hizo en la Oferta remitida por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1 y (ii) en caso de que la entidad contratante considere que es de su preferencia que el Oferente diligencie la Nota 1 del Anexo 14 con la información que éste ya presentó en otro formato, se tenga como aportada la Nota 1 del Anexo 14 en los mismos términos y condiciones en que la información fue expresada por el Oferente en los documentos correspondientes de su Oferta sin que por ello se entienda que el Oferente ha modificado, sustituido o subsanado su oferta.

2.7 Si la ANI considera que el Oferente no manifestó su intención de acogerse al Acuerdo Comercial suscrito entre Colombia y la Unión Europea, existen argumentos razonables para sostener que las Ofertas que no contienen servicios extranjeros -según estos se definen en el Pliego de Condiciones- no debían diligenciar ni aportar el Anexo 14 para la obtención del puntaje

Si la ANI optara por desechar lo manifestado en los capítulos anteriores del presente documento, la entidad no puede perder de vista que los principios que rigen la actividad contractual del Estado incorporados en la Ley 80 de 1993 imponen el deber de las entidades públicas de resolver favorablemente a los oferentes las posibles contradicciones que contenga el Pliego de Condiciones en el momento de evaluar las ofertas que le sean sometidas a su consideración.

Así ha sido reiteradamente interpretado por el Consejo de Estado en su jurisprudencia, tanto en el caso de que existan contradicciones en los pliegos de condiciones, como en aquellos casos en que los pliegos induzcan a error a los oferentes en el momento de confeccionar sus ofrecimientos. A continuación me permito transcribir algunos apartes de una providencia de fecha 26 de abril de 2006 sobre este particular:

El pliego de condiciones, tal y como se explicó, recoge las condiciones y reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras a las cuales debe sujetarse tanto el proceso licitatorio como la posterior relación contractual. Es por eso que la obligación por parte de la

administración de fijar previamente y consignar en los pliegos de condiciones o términos de referencia los criterios de selección y la forma de evaluarlos según dimana de la Ley 80 de 1993, en condiciones de objetividad, igualdad y justicia, comporta una extraordinaria carga de corrección, claridad y precisión al momento de su redacción, tanto para garantizar la libre concurrencia de los interesados al proceso de selección, quienes de antemano deben conocer esos criterios y reglas que regirán en el estudio de sus ofertas en caso de que decidan participar, como para su válida aplicación por parte de la entidad estatal (numeral 2 del artículo 30 y numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras), de suerte que en el estudio de las propuestas esas reglas no se presten a confusión o dudas y permitan en condiciones de transparencia e igualdad el cotejo y la comparación de las ofertas presentadas, y con la atribución de los efectos que animaron su concepción en el proceso, que no pueden ser otros que asegurar una escogencia objetiva y evitar la declaratoria de desierta de la licitación o concurso.

Un proceder contrario, no se ajusta al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, según el cual las entidades y los servidores públicos entre otros aspectos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, y responderán en el caso de que hubieren abierto licitaciones o concursos “cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos”. Se recuerda también que el numeral de 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, al cual ya se hizo referencia en la presente providencia, consagró las pautas y parámetros que, en armonía con los principios y otras disposiciones de la citada ley, debe cumplir con estricto rigor la entidad estatal al elaborar los pliegos de condiciones, so pena de ineficacia por violación a las mismas y del control de legalidad por parte del juez por vía de las acciones correspondientes; y además, que las cláusulas confusas o pobres serán interpretadas en contra de la administración, por ser quien las elaboró⁷. (Resaltado fuera del texto original)

Más recientemente, en providencia de fecha 10 de marzo de 2011, respecto de las posibles contradicciones o ambigüedades en la confección de los pliegos de condiciones, el Alto Tribunal reiteró el criterio referido en los siguientes términos:

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 26 de abril de 2006. Rad. No. 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito con el ingeniero Eraso Burbano, es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea⁸. (Resaltado fuera del texto original)

Por último, en una reciente providencia de fecha 5 de marzo de 2020 el Consejo de Estado estableció lo siguiente:

Así las cosas, una vez expedido por la entidad [el pliego de condiciones] es obligatorio no solo para los oferentes sino para la entidad misma y, por lo tanto, resulta intangible, es decir, inmodificable.

Salvo en aquellos casos en los que sea necesario efectuar la aclaración de puntos oscuros o ambiguos que impidan una interpretación uniforme por los proponentes y ello solo es posible antes del cierre de la respectiva licitación o concurso, pues una vez este se produce y se inicia la etapa de evaluación de las ofertas, la intangibilidad del pliego de condiciones se torna absoluta.

Esta última característica, hace que surja para la administración la carga de claridad y precisión, consistente en la asunción de las consecuencias que se deriven de la elaboración y redacción del pliego, de tal manera que de presentarse cláusulas contradictorias, ambiguas o confusas, las mismas deberán interpretarse en contra de la administración, que fue quien lo elaboró, teniendo en cuenta que previo a su confección, ha debido cumplir la entidad con el deber de planeación que está inmerso en cualquier actividad contractual que adelante y que implica establecer con antelación a la apertura

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Rad. No. 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666). C.P. Danilo Rojas Betancourth

de los procesos de selección de contratistas, todos los elementos de juicio necesarios para la obtención de una contratación eficaz y eficiente⁹. (Resaltado fuera del texto original)

Ahora, en el presente caso considera la ANI que el Oferente Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 debía aportar el Anexo 14 para que le fuera otorgado el puntaje por trato nacional según se establece en la Sección 5.4.3(c) del Pliego de Condiciones. No obstante, la misma ANI desconoce que una lectura integral del Pliego de Condiciones permiten concluir a un Oferente Extranjero la falta de necesidad de suscribir dicho documento o de replicar su contenido literal y exacto para que dicho oferente fuera considerado como un Oferente de servicios nacionales con derecho a que le fueran otorgados los cien (100) puntos por tal concepto.

En primer lugar, en la Sección 7.1.1 del Pliego de Condiciones no se hace referencia alguna a la necesidad de incluir el Anexo 14 como parte de los documentos de la Oferta para la obtención del puntaje por trato nacional. A continuación el texto de la referida Sección:

7.1 CONTENIDO DE CADA UNO DE LOS SOBRES

7.1.1 Sobre No. 1

Los siguientes documentos deberán estar contenidos en el sobre No. 1 de la Oferta y deberán ser presentados por el Oferente en el mismo orden que se establece a continuación y cumpliendo los requisitos contenidos en este Pliego de Condiciones. El sobre debe contener:

(a) La Carta de Presentación de la Oferta, según el formato que se suministra para el efecto (ANEXO 2).

(b) Tabla de contenido de la Oferta, indicando todos los numerales con su respectiva página.

(c) Documentos mediante los cuales se acredita la Capacidad Jurídica del Oferente en los términos y condiciones de este Pliego de Condiciones.

(d) Los documentos mediante los cuales se acredita la Experiencia en Inversión descrita en el numeral 4.2 del presente Pliego.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de fecha 5 de marzo de 2020. Rad. No. 25000-23-26-000-2005-01092-01. C.P. María Adriana Marín.

(e) Los documentos mediante los cuales se acredita la situación de control, si fuere el caso, en los términos del numeral 4.4 del presente Pliego.

(g) La Garantía de Seriedad de la Oferta.

(h) La Oferta de Mano de Obra Local.

(i) El Factor de Calidad, en las condiciones establecidas en el numeral 5.5 y el ANEXO 19 de este Pliego de Condiciones.

(j) ANEXO 17 A – Acreditación de Vinculación Laboral de personas en condición de discapacidad (Criterio de Asignación de Puntaje) con los respectivos soportes.

(k) ANEXO 17B – Acreditación de Vinculación Laboral de personas en condición de discapacidad (Criterio de Desempate) con los respectivos soportes.

(l) ANEXO 3 – Acuerdo de Garantía.

(m) ANEXO 4 – Acuerdo de Permanencia.

(n) ANEXO 5 – Declaración de Beneficiarios Reales, Situación de Control y Diagrama de la Estructura Organizacional.

(o) ANEXO 7 – Certificado de pago de aportes de seguridad social y parafiscales, conforme con lo señalado este (sic) Pliego de Condiciones.

(p) El Pacto de Transparencia, de conformidad con el ANEXO 6.

(q) La acreditación de la reciprocidad en los términos del numeral 5.4 de este Pliego de Condiciones, si fuere el caso.

(r) ANEXO 8: El organigrama que refleje la estructura organizacional de conformidad con lo señalado en el numeral 4.4.2(b) del presente Pliego.

(s) ANEXO 15: Modelo pagos realizados a mipymes, cooperativas o asociaciones mutuales OPCION (10 a).

(t) ANEXO 18: Documento Constitución Estructura Plural.

(u) ANEXO 11: Cupo de Crédito Específico con los soportes correspondientes.

(...) (Resaltado fuera del texto original)

Como es posible observar, en la Sección del Pliego de Condiciones en la que se enlista taxativamente el contenido del Sobre No. 1 no se incluye el Anexo 14 como el documento a través del cual el Oferente Extranjero debe manifestar su intención de que le sea otorgado el trato nacional.

A lo anterior debemos agregar además que a renglón seguido, el mismo Pliego de Condiciones establece que el Oferente debe limitar el contenido de su Oferta al listado taxativamente definido por la ANI y que cualquier documento adicional *“no será tenido en cuenta para efectos de la evaluación, ni producirán efecto jurídico alguno independientemente de su contenido”*.

Esta ambigüedad en el Pliego de Condiciones incluso fue advertida por otro Oferente en su escrito de respuesta frente a las observaciones de la ANI a sus documentos. De forma tal que no es solo la interpretación aislada de uno los proponentes, sino que incluso en una Estructura Plural conformada por tres sociedades -colombianas todas y con amplia experiencia en licitaciones pública ante la ANI- también concluyó que el Anexo 14 no era necesario para la obtención del trato nacional.

Además de lo anterior, las Secciones 5.4.1, 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones también permiten concluir a un Oferente Extranjero que no es necesario suscribir el Anexo 14 o de replicar su contenido literal y exacto para que dicho oferente fuera considerado como un Oferente de servicios nacionales con derecho a que le fueran otorgados los cien (100) puntos por tal concepto. A continuación el texto de las referidas disposiciones:

a. Sección 5.4.1

5.4.1 De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 816 de 2003, el Decreto 1082 de 2015 y el Decreto 680 de 2021, se consideran Oferentes de servicios nacionales, los servicios que sean prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia, o por personas naturales o jurídicas extranjeras con trato nacional o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana o por una Estructura Plural conformada por estos.

Es claro que según lo establecido en la Ley 80, la Ley 816, el Decreto 1082 y su modificación del Decreto 680 son Oferentes de servicios nacionales los Oferentes a los que los cobije un acuerdo comercial.

b. Sección 5.4.4(a)

5.4.4 Para los efectos de este Pliego de Condiciones, se consideran extranjeros a los cuales les aplica el trato nacional aquellos que derivan tal condición de alguna de las siguientes fuentes:

(a) Un tratado o acuerdo comercial en el que se haya negociado dicho trato nacional y se encuentre vigente en Colombia y aplique para este Proceso de Selección. Para acreditar esta condición, el Oferente o miembro del Oferente Plural deberá indicar el tratado o acuerdo que lo cubre y la regla de origen de lo (sic) servicios que invoca, en el evento en que exista alguna en el acuerdo o tratado. De no invocar ninguna regla de origen, se aplicará la señalada en la Sección 5.4.3(b).

Es claro que para los efectos del Pliego de Condiciones (y en el mismo sentido de la Sección 5.4.1 anterior) que se consideran extranjeros a los que les aplica trato nacional aquellos Oferentes a los que los cubre un acuerdo comercial.

c. Sección 5.4.6

5.4.6 Las Ofertas que contengan servicios nacionales en los términos descritos en la Sección 5.4.3 tendrán cien (100) puntos.

Resulta a todas luces llamativo además que en otro proceso de licitación pública que la ANI se encuentra tramitando en la actualidad (Proyecto Buga – Buenaventura)¹⁰ y que tiene un objeto idéntico al de este proceso, en el Pliego de Condiciones la entidad: (i) reitera el deber de la ANI de otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional a los Oferentes Extranjeros con derecho a trato nacional en virtud de un acuerdo comercial que le resulte aplicable a dicho proceso¹¹; (ii) permite a los Oferentes Extranjeros manifestar su intención de acogerse al acuerdo comercial que le resulte aplicable y a la regla de origen en él contenida sin requisitos adicionales algunos¹²; y (iii) replica exactamente en los mismos términos el listado de los documentos que debe incorporar el Oferente en el Sobre No. 1, donde tampoco aparece el Anexo 14¹³. Lo mínimo que espera un Oferente Extranjero al participar en uno o varios procesos de selección, que tienen un mismo objeto y que son convocados por una misma entidad, es que en la confección de los Pliegos de Condiciones y en el momento de evaluar las ofertas haya uniformidad de criterio.

¹⁰ Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-004-2021.

¹¹ Ver Acto Administrativo de Apertura y Secciones 5.4.3 y 5.4.4 del Pliego de Condiciones.

¹² Ver Secciones 5.4.3(c) y 5.4.4(a) del Pliego de Condiciones.

¹³ Ver Sección 7.1.1 del Pliego de Condiciones.

Es claro entonces que la ANI debe otorgar los cien (100) puntos a los Oferentes que según las Secciones 5.4.1 y 5.4.4(a) se consideren Oferentes con derecho a trato nacional; sin condicionamientos, ni requisito adicional alguno.

Si agregamos que el Anexo 14 y su Nota 1 no tienen una instrucción precisa e inequívoca para su diligenciamiento (como sí la tienen los demás anexos), la falta de claridad del Pliego de Condiciones es aún mayor. Creemos que hay por lo menos tres interpretaciones plausibles respecto de la forma en que un Oferente Extranjero con derecho a trato nacional debe llenar el formato de la ANI: (i) ¿debe ofrecer un compromiso de vincular un 0% de trabajadores colombianos? (ii) ¿debe no ofrecer trabajadores colombianos e incluir (que solo se puede entender como agregar) la Nota 1 con la señalación del Acuerdo correspondiente? o (iii) ¿debe incluir la Nota 1 en cualquier parte de su Oferta indicando el Acuerdo aplicable para que le otorguen el puntaje?

Y si nos remitimos a la Sección 5.4.3(c), a diferencia de las Secciones 5.4.3(a), 5.4.3(b) y 5.4.7 del Pliego de Condiciones en donde el Oferente tiene el deber de suscribir el Anexo 14, la Adenda No. 5 habla de manifestar el contenido de la Nota 1 como parte de su Oferta. Es decir, mientras que en unos escenarios se suscribe el Anexo 14 (lo que equivale a firmar), en el otro específico que le aplica al presente caso, el Oferente no debe suscribir el Anexo sino manifestar el contenido de la Nota 1. Lo que además confirma que para los Oferentes Extranjeros a los que les aplique el trato nacional y hayan decidido acogerse al mismo, no es la firma del Anexo la que otorga el derecho a trato nacional, sino la indicación del Acuerdo del que se desprenda dicho derecho.

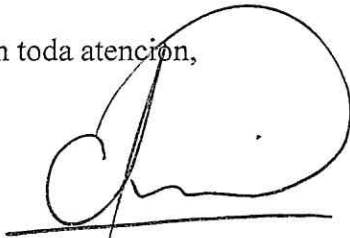
En consecuencia, la omisión de la ANI de enlistar el Anexo 14 en el listado de documentos que deben ser incluidos en el Sobre No. 1, así como la redacción de las demás disposiciones del Pliego de las que se deriva que se consideran extranjeros a los que les aplica el trato nacional aquellos oferentes de origen de un país signatario de un acuerdo comercial suscrito por Colombia, son motivo suficiente para que en la evaluación de la Oferta presentada por la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1 la ANI acate el criterio de interpretación del Consejo de Estado referido en los párrafos precedentes y se abstenga de incurrir en una decisión contraria a derecho que además comportaría un posible desconocimiento de un tratado internacional suscrito por la República de Colombia.

3. Solicitud

De conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas, amablemente solicitamos que se modifique la casilla de *APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL – Anexo 14* del numeral 9º del Informe de Evaluación publicado en el SECOP el pasado 9 de mayo de 2022 para que en lugar de señalar como “no aportado” el Anexo 14 de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, se establezca que el Oferente invocó una regla de origen prevista en un acuerdo comercial suscrito

por la República de Colombia en los términos de las Secciones 5.1.2, 5.4.1, 5.4.3(c), 5.4.4(a) y 5.4.6 del Pliego de Condiciones por lo cual se le debe otorgar el puntaje por apoyo a la industria nacional.

Con toda atención,



Camilo Ernesto Forero Barrera
Representante Común
Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1

ANEXO 14
FORMATO DE PROMOCIÓN DE SERVICIOS
NACIONALES

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Calle 24A Nro. 59-42
Bogotá D.C.

El abajo firmante, actuando como representante común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, conformada por Acciona Concesiones de Infraestructuras S.L. y Cintra Latam Highways B.V., presento declaración de porcentaje de servicios nacionales, en desarrollo del proceso No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021, abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura ("ANI") con el objeto de *"Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión cuyo objeto será el otorgamiento de una concesión que, bajo el esquema de Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, permita llevar a cabo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor "PUERTO SALGAR – BARRANCABERMEJA", de acuerdo con el alcance descrito en el Contrato Parte Especial, el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato"*.

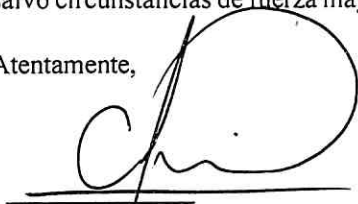
Declaro(amos) bajo la gravedad del juramento- con ocasión de la presente Licitación Pública que en la Oferta presentada nos comprometemos a vincular un porcentaje de empleados colombianos o contratistas por prestación de servicios colombianos del _____ % del total del personal requerido para el cumplimiento del Contrato de Concesión.

Nota 1: Incluir en el caso de proponentes extranjeros con derecho a trato Nacional que manifiesten su voluntad de acogerse a la regla de origen de su país, aplicable en virtud del respectivo acuerdo comercial, caso en el que NO aplicará la noción de Servicios Nacionales del artículo 2.2.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015: Manifiesto que los servicios ofrecidos para la eventual ejecución del objeto contractual son originarios del Reino de España y Reino de los Países Bajos, países con el que la República de Colombia tiene vigente Acuerdo Comercial en los términos del literal A del numeral 5.4.4 del Pliego de Condiciones. A efectos de demostrar el origen de los servicios, me acojo a la regla de origen prevista en el artículo 175 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia, Ecuador y Perú, para lo cual adjunto la siguiente documentación:

Parte pertinente del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador referenciados a folios 1593 a 1602-L del Sobre No. 1 de la Oferta.

En todo caso, nos comprometemos a mantener este porcentaje durante toda la ejecución del proyecto, salvo circunstancias de fuerza mayor, previamente comprobadas y calificadas como tales por la ANI.

Atentamente,



Camilo Ernesto Forero Barrera
Representante Común Estructura Plural Nuevo Magdalena No.1