

RESPUESTA OBSERVACIONES  
LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021  
CORREDOR PUERTO SALGAR - BARRANCABERMEJA



PREPARADO POR



MAYO 2022

## OBJETO DE LA LICITACIÓN

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.

### 1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
P5 ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1	P2 ESTRUCTURA PLURAL VALLE DEL RIO 1	ANEXO 28 A MPYME, COOPERATIVAS O ASOCIACIONES MUTUALES (CRITERIO DE DESEMPATE)	El criterio de desempate no debe ser tenido en cuenta

#### Respuesta:

Al respecto el Comité Evaluador se permite aclarar que el contenido del Anexo 28 aportado por el Proponente ESTRUCTURA PLURAL VALLE DEL RIO 1 no fue objeto de pronunciamiento en los informes publicados por la Entidad en los que solo se hizo referencia a la existencia de este, ya que dicho Anexo solo cobra relevancia en aquellos casos donde se presenten empates entre los proponentes.

No obstante, teniendo en cuenta la observación presentada por el Proponente ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1, se realizó la verificación de la situación expuesta, evidenciando que el romanillo iii), literal b, subnumeral 10 del numeral 8.8 del Pliego de Condiciones establece los siguiente:

“(iii) ni la MIPYME, cooperativa o asociación mutua ni sus accionistas, socios o representantes legales sean empleados, socios o accionistas de los miembros de los Integrantes de la Estructura Plural, para lo cual se debe diligenciar el ANEXO 28”

Al revisar los documentos aportados para acreditar requisitos habilitantes dentro del presente proceso, se evidencia que el Integrante STRABAG BRVZ es el único accionista de INFRAESTRUCTURA Y PROPERIDAD S.A.S tal y como lo enuncia el Proponente No. 5 en su observación, motivo por el cual no se cumple con la regla para obtener el criterio de desempate contenida en el Pliego de condiciones, ya que es claro que el único accionista del integrante INFRAESTRUCTURA Y PROSPERIDAD S.A.S, quien acredita la calidad de MYPIME en el presente caso, es a su vez Integrante de la Estructura Plural.

En efecto, como lo manifiesta el Proponente N° 2 ESTRUCTURA PLURAL VALLE DEL RIO 1 dentro de la “Respuesta a las observaciones de otros oferentes para el proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021”, el Anexo 28 no corresponde a un requisito habilitante ni tampoco a factores de selección, por lo que la desestimación de este Anexo no afecta los resultados publicados en el Informe Preliminar.

En ese sentido, se aclara que caso de presentarse un empate entre dos (2) o más propuestas hábiles, no será tenido en cuenta el Anexo 28 presentado por el proponente y por tanto la observación procede.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
P5 ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1	P3 ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	La certificación expedida por IFERCAT (Folios 67 a 69) no se encuentra debidamente apostillada, teniendo en cuenta que no se apostilló la firma del funcionario que firmó la certificación sino la de un Notario.

**Respuesta:** El pasado 20 de mayo, el proponente N° 3 ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA allegó a la Entidad pronunciamiento en relación con las observaciones realizadas entre los Proponentes en el marco del Informe de Evaluación Preliminar, en donde manifiesta lo siguiente:

*“En todo caso, es importante resaltar que, sin perjuicio de que IFERCAT es una entidad adscrita a la Administración de la Generalitat de Catalunya, es una entidad con régimen especial en la que su personal no tiene la condición de funcionario público, pues de conformidad con la estructura administrativa de la Generalitat de Catalunya, IFERCAT no tiene la condición de Administración Pública. Por lo anterior, IFERCAT no cuenta con una entidad intermedia que certifique la firma del suscriptor de la certificación que la Estructura Plural presentó, de tal forma, que cuando el notario autentificó el documento, éste lo hizo no solo en calidad de funcionario público, sino en calidad de entidad intermedia de IFERCAT. A manera de referencia, tomamos como ejemplo la certificación aportada por la Estructura Plural en la que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de España, acreditó la ejecución del proyecto de Autovía A-2, por parte de un concesionario en el que OHL era integrante. En esta certificación, se evidencia que la firma apostillada corresponde a la del Oficial Mayor de la Dirección*

General de Organización e Inspección, la cual, para ese caso, es la entidad intermedia del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de España, por lo que la apostilla sí recayó sobre la suscripción de dicho funcionario.

De esta forma, se entiende que IFERCAT, al no contar con una entidad intermedia que acredite la calidad de sus funcionarios, como sí la tiene el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana de España, el notario, en el caso de la certificación de IFERCAT, actuó como dicha entidad intermedia. Por lo anterior, se reitera que la apostilla realizada sobre la certificación mencionada es correcta y cumple con lo establecido en el Pliego de Condiciones”

Teniendo en cuenta lo anterior y de acuerdo con la Circular Externa Única proferida por Colombia Compra Eficiente, la cual dispone: “De acuerdo con el Manual para el Funcionamiento Práctico de la Convención de la Apostilla, el país de origen del documento puede tener una autoridad que verifica y certifica ciertos documentos públicos (autoridad intermedia) y otra autoridad centralizadora que es quien emite la Apostilla. En consecuencia, las Entidades Estatales deben aceptar la Apostilla expedida por la autoridad centralizadora correspondiente”, Así las cosas, se observa que la apostilla aportada por el Proponente cumple con lo dispuesto en el Pliego de Condiciones, toda vez que da cuenta de la firma y el título del Notario, en calidad de autoridad intermedia, por el cual no procede la observación presentada por el Proponente N° 5 ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
<b>P5</b> <b>ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1</b>	<b>P3</b> <b>ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA</b> <b>PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA</b>	GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA	Los amparos de la Garantía de seriedad de la oferta no cumplen con lo establecido en la sección 4.1.14 (a) (vii) del pliego de condiciones.

**Respuesta:**

El pliego de condiciones en el numeral 4.1.14, literal a) romanillo vii) establece que la garantía de seriedad cubrirá:

1. La no ampliación de la vigencia de la Garantía de Seriedad de la Oferta cuando el plazo para la Adjudicación o para suscribir el Contrato es prorrogado, siempre que la prórroga sea inferior a tres (3) meses.
2. El retiro de la Oferta después de vencida la Fecha de Cierre
3. La no suscripción del Contrato por parte del SPV sin justa causa.
4. El no otorgamiento de la Garantía de Única de Cumplimiento en los términos definidos en el Contrato, por parte del SPV.

Una vez revisado el contenido de la Póliza aportada por el proponente, se evidencia que la misma incluye los amparos en los términos consagrados en el artículo 2.2.1.2.3.1.6 del Decreto 1082 de 2015, a saber:

**“Artículo 2.2.1.2.3.1.6. Garantía de los Riesgos derivados del incumplimiento de la oferta.** La garantía de seriedad de la oferta debe cubrir la sanción derivada del incumplimiento de la oferta, en los siguientes eventos:

1. La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o para suscribir el contrato es prorrogado, siempre que tal prórroga sea inferior a tres (3) meses.
2. El retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas.
3. La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario.
4. La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato”

A folio 175 de la oferta consta expresamente lo siguiente:

NOTA: EN CONCORDANCIA CON EL ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.6. DEL DECRETO 1082 DE 2015, LA GARANTÍA DE LOS RIESGOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA. LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUBRE LA SANCIÓN DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA, EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

1. LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL PLAZO PARA LA ADJUDICACIÓN O PARA SUSCRIBIR EL CONTRATO ES PRORROGADO, SIEMPRE TAL PRÓRROGA SEA INFERIOR A TRES (3) MESES.
2. EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENCIDO EL PLAZO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS.
3. LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL ADJUDICATARIO.
4. LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

\*\*\*\*\* FIN PÓLIZA \*\*\*\*\*

Si bien los numerales 3 y 4 de la cobertura de la póliza no hacen referencia específicamente al SPV sino al Adjudicatario, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1.3.5 del Pliego de Condiciones, habrá de entenderse *Adjudicatario* como *“el oferente que, habiendo presentado una Oferta Hábil y de conformidad con lo señalado en el presente Pliego de Condiciones, ha obtenido la mayor puntuación en los factores de escogencia y cumplido con las condiciones del presente Pliego de Condiciones, haciéndose titular de la obligación de constituir el SPV, y del derecho y la obligación a que se suscriba el Contrato de Concesión”*.

Por lo anterior, los amparos de la Garantía de Seriedad resultan suficientes puesto que el pliego de condiciones establece en el numeral 4.1.14, literal a) romanillo v) que *“las garantías deberán cumplir con los requisitos señalados para cada una de ellas en el Decreto 1082 de 2015 (Parte 2 Título 1 Capítulo 2 Sección 3 Subsección 1, 2, 3 y 4), según se modifique o adicione”*, por lo tanto, cumple con lo establecido por la Entidad en el Pliego de condiciones.

El proponente **ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA** allega pronunciamiento en relación con esta observación la cual es de recibo por parte del Comité Evaluador.

En ese sentido, la Observación presentada por el Proponente ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1 no procede.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
P5 ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1	P3 ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA	PACTO DE TRANSPARENCIA	El anexo 6 se encuentra suscrito por el Representante común y no por cada uno de los representantes de los integrantes

**Respuesta:**

El Pliego de Condiciones en el romanillo iii) del numeral 4.1.5 indica *“Los Integrantes de la Estructura Plural deberán constituir uno o varios Representante(s) Común(es) con capacidad de obligar a la Estructura Plural, en los términos del presente Pliego de Condiciones y quien(es) será(n) para todos los efectos el(los) interlocutor(es) válido(s) ante la ANI durante el Proceso de Selección. En el evento que el Representante Común actúe en nombre y representación de cada uno de los Integrantes de la Estructura Plural, para la suscripción de los Anexos y demás documentos que se deban aportar dentro del Proceso de Selección de forma individual, deberá indicarse de manera expresa esta facultad en el documento en el que se otorgue el poder correspondiente, incluyendo la autorización para que acepte y obligue a sus representados en el cumplimiento de los compromisos y declaraciones que se hacen extensivos durante la ejecución del Contrato.*(Negrilla fuera del texto original)

En los términos de Anexo 18 “Documento de Constitución de Estructura Plural” aportado por el proponente, el Representante Común cuenta con poder especial para suscribir documentos en nombre de cada uno de los integrantes de la Estructura Plural, tal y como y se evidencia a continuación:

4. Designamos como representantes comunes a DIEGO MAURICIO PÉREZ LEÓN con c.c. 79.916.745 de Bogotá y a LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERÓN, identificado con c.c. 73.103.823 de Cartagena, a quienes se les otorga a través del presente documento poder especial, amplio y suficiente para representar, obligar y suscribir documentos en nombre de cada uno de los Integrantes de la Estructura Plural durante el Proceso de Selección y hasta la constitución del SPV, en los términos señalados en el Pliego de Condiciones. Dentro de las cuales se encuentra comprendida la de suscribir documentos en nombre de la Estructura Plural, así como suscribir los anexos, y demás documentos que se requieran por parte de cada integrante del proponente plural.

Esto permite concluir que el señor DIEGO MAURICIO PÉREZ LEÓN se encontraba plenamente facultado para suscribir todos los anexos en nombre y representación de cada uno de los integrantes de la Estructura Plural.

Teniendo en cuenta que dentro de las declaraciones contenidas en el documento se incluye a ambos integrantes del Oferente, pese a que el documento se encuentra firmado por el Representante Común, se entiende que en virtud de las facultades contenidas en el Anexo 18, este suscribió el Anexo 6 correspondiente al Pacto de Transparencia en representación de todos los integrantes del Oferente, cumpliendo así con lo establecido en el numeral 4.1.9 del Pliego de Condiciones.

El proponente **ESTRUCTURA PLURAL RUTA AL MAGDALENA PUERTO SALGAR BARRANCABERMEJA** allega pronunciamiento en relación con esta observación la cual es de recibo por parte del Comité Evaluador.

En ese sentido, la Observación presentada por el Proponente ESTRUCTURA PLURAL DEL RIO GRANDE 1 no procede.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
P1- ESTRUCTURA PLURAL NUEVO MAGDALENA 1	INFORME PRELIMINAR	ANEXO 14- APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL (FACTOR DE SELECCIÓN)	Solicita que se le otorgue el trato Nacional al cual tiene derecho y se le asigne el puntaje de Industria Nacional

**Respuesta:**

**REGULACIÓN DE LA REGLA DE ORIGEN DE LOS SERVICIOS NACIONALES EN EL MARCO DE LA NORMATIVA VIGENTE EN COLOMBIA**

La Ley 816 de 2003 "Por medio de la cual se apoya a la industria nacional a través de la contratación pública" obliga a las Entidades Estatales indistintamente de su régimen de contratación a incluir un puntaje para la promoción de la industria nacional en los procesos de selección de contratistas que se adelanten a través de licitaciones, convocatorias o concursos públicos o mediante cualquier modalidad de contratación, salvo en las que la Ley no obligue a solicitar más de una propuesta.

En ese sentido, el artículo 2 de la mencionada Ley, dispone que dentro de los criterios de calificación de las propuestas, las Entidades deberán asignar un puntaje comprendido entre el diez (10) y el veinte por ciento (20%), para estimular la industria colombiana cuando los proponentes oferten bienes o servicios nacionales, o tratándose de bienes o servicios extranjeros, la entidad contratante establecerá un puntaje comprendido entre el cinco (5) y el quince por ciento (15%), para incentivar la incorporación de componente colombiano de bienes y servicios profesionales, técnicos y operativos.

El Decreto 1082 de 2015 en su numeral 2.2.1.1.3.1 definía como servicios nacionales aquellos "prestados por personas naturales colombianas o residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación colombiana."

No obstante, en los términos del Decreto 680 de 2021 esta definición fue sustituida, entendiéndose que en los contratos que deban cumplirse en Colombia, un servicio es colombiano si se cumplen dos condiciones:

1. Si es prestado por una persona natural, colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional
2. Y además:
  - a. usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación, o
  - b. vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano, según corresponda

Esta nueva regla de origen cobra sentido si se tienen en cuenta las consideraciones que justificaron la modificación respecto a la forma en que debe entenderse el concepto de SERVICIO NACIONAL, toda vez que la definición anterior permitía que los proponentes obtuvieran el puntaje relacionado el estímulo a la industria nacional de que trata el artículo 2 de la Ley 816 de 2003, sin que el mismo se viera reflejado en el uso de bienes o servicios colombianos durante la ejecución del respectivo contrato, ya que estos no eran evaluados.

En ese sentido, con la regla de origen contenida en el Decreto 680 de 2021 se buscó generar un verdadero incentivo a la industria nacional, ya que evalúa al proponente y a los servicios a prestar con criterios de verificación objetiva, en el sentido que busca que sean las Entidades Públicas quienes definan los bienes colombianos relevantes de acuerdo con la información analizada en la etapa de planeación del proceso de contratación, el porcentaje de participación de los bienes en el presupuesto y la existencia de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales o de manera subsidiaria, en aquellos casos donde no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, las Entidades Estatales deberán otorgar el puntaje a aquellos proveedores que se comprometan a vincular un porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al cuarenta por ciento (40%) del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato.

Finalmente, frente a los extranjeros con trato nacional, el Decreto, ibidem, dispone:

*"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. En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista.**"*

#### **APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL PROPONENTE ESTRUCTURA PLURAL NUEVO MAGDALENA NO. 1**

La sección 5.4.2 del numeral 5.4. del pliego de condiciones dispone lo siguiente:

*"Como consecuencia de lo señalado en la Sección 5.4.3, para efectos de lo previsto en el artículo 2.2.1.2.4.2.9 del Decreto 1082 de 2015, la ANI efectuó un análisis mediante el memorando número 20217020148393 de fecha 10 de noviembre de 2021, concluyó de acuerdo con lo expuesto en el Documento de Análisis, "resulta razonable, en materia de APP, dada la naturaleza de este tipo de contratos, sus elementos esenciales, el régimen de riesgos asociados a su ejecución, y las prestaciones que de estos se derivan, aplicar la subregla prevista en el penúltimo inciso del artículo 2 del Decreto 680 de 2021".*

El inciso del artículo 2 del Decreto 680 de 2021 a su vez indica:

*"En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato"*

De acuerdo con lo anterior y en atención a lo previsto como regla de origen de servicio nacional vigente en Colombia, los oferentes para efectos del presente proceso y de acuerdo con lo que se estipuló en el Pliego de Condiciones, debían acreditar dos condiciones, a saber:

- i) Ser una persona natural, colombiana, residente en Colombia, persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana, extranjero con trato nacional o proponente plural conformado por estos, y
- ii) Vincular un porcentaje mínimo de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, de al menos el 40% del personal requerido para el cumplimiento del contrato.

Lo anterior se ve reflejado en el numeral 5.4.3 del pliego de condiciones, literales a) y b).

Sin embargo, en cumplimiento del inciso 3 del artículo 1 del Decreto 680 de 2021, la Entidad en el literal c) del citado numeral del pliego de condiciones, el cual fue modificado mediante la Adenda No. 5, establece que se consideran ofertas que contienen servicios nacionales:

*“(c) Las Ofertas presentadas por Oferentes Individuales que sean extranjeros a los cuales les aplique el trato nacional **e invoquen** una regla de origen de servicios contenida en el tratado, acuerdo comercial o normatividad comunitaria, **distinta a la señalada en la Sección 5.4.3(b) anterior**. La regla de origen **que se invoque** se manifestará en el Anexo 14 (ver Nota 1 del referido anexo) adjuntando los documentos por medio de los cuales se acredite la regla de origen correspondiente.”*

En este sentido, es claro que aquellos proponentes extranjeros con trato nacional que quisieran invocar una regla de origen de servicios contenido en el tratado, diferente a la de incluir compromiso de vincular en el desarrollo del objeto contractual un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, de al menos el cuarenta por ciento (40%) del personal requerido para el cumplimiento del Contrato, debían manifestar en el anexo 14 la regla de origen aplicable y adicionalmente adjuntar los documentos por medio de los cuales esta fuera acreditada.

En relación con el Proponente ESTRUCTURA PLURAL NUEVO MAGDALENA NO. 1 se presenta la siguiente situación:

Efectivamente, como lo indica el Señor Camilo Ernesto Forero en la respuesta al documento de comentarios de la entidad y en el documento de observaciones al Informe Preliminar del proceso de licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-002-2021, el oferente aportó copia de algunos de los apartes del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea y sus Estados miembros por una parte y Colombia y Perú, por otra, como consta en los folios 1602A a 1602L.

Respecto a estos documentos, **la Entidad reconoce que ambos integrantes cuentan con Trato Nacional**, lo cual no ha sido objeto de discusión en el presente proceso, sin embargo, el hecho de aportar copia de algunos de los apartes del Acuerdo Comercial con la Unión Europea, no permite al Comité Evaluador establecer cuál es la regla de origen que el Oferente pretende hacer valer en el proceso de selección, y que de llegar a existir, la misma consista en una diferente a la regla de origen prevista en el literal b) del numeral 5.4.3 del pliego de condiciones, ya que el Oferente debía invocar la regla de origen correspondiente, y de no hacerlo, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 680 de 2021: “ (...) *En aquellos casos en que no se indique en la oferta la regla de origen a aplicar, la Entidad Estatal deberá evaluar la oferta de acuerdo con la regla de origen aquí prevista.* ”

De conformidad con lo anterior cabe señalar que la discusión no gira en torno a la pregunta de si el proponente es extranjero con trato nacional o no, sino en la manera en que los proponentes debían acreditar, a la luz del Pliego de Condiciones, el factor de Apoyo a la Industria Nacional para efectos de que a sus propuestas se les asignara el puntaje correspondiente, el cual las entidades estatales deben aplicar en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 816 de 2003.

Por lo anterior, para efectos de demostrar el cumplimiento de este criterio de evaluación, en el caso de lo dispuesto en el literal c) del numeral 5.4.3 del pliego de condiciones, el Proponente debía manifestar en el Anexo 14 la regla de origen que invocaba, manifestación que debía realizar el representante común de la Estructura Plural. Esta manifestación no fue incluida en el anexo 14 ni en ningún otro documento de la propuesta. Por lo tanto, no se trata de un tema de forma, como lo pretende hacer ver el proponente, sino que se trata de la ausencia de un ofrecimiento que debía hacer el proponente para que fuese acreedor al puntaje de industria nacional, ofrecimiento que no fue hecho y que contrario a lo manifestado por el observante, SI tiene sustento normativo de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 680 de 2021.

Al respecto, es preciso señalar que el concepto de regla de origen es distinto del concepto de trato nacional al cual tienen derecho aquellos servicios originarios de países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales, conceptos que el observante pareciera confundir, pues no es cierto que por el hecho de existir un Acuerdo Comercial vigente con la Unión Europea, automáticamente se esté acreditando alguna regla de origen en los términos del Decreto 680 de 2021. Al tenor de lo dispuesto en los considerandos del Decreto 680 de 2021 “... *las reglas de origen son los criterios necesarios para determinar la procedencia nacional de un bien o servicio*”, reglas de origen que se regulan y contemplan en los respectivos Acuerdos Comerciales, y que de llegar a existir en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea, el oferente tenía el deber de invocar y de ser el caso, aportar los documentos correspondientes para acreditar esa regla de origen invocada, la cual se insiste, no es el Acuerdo Comercial propiamente dicho.

Una vez analizada la documentación aportada para acreditar la regla de origen correspondiente, se encuentra que en ninguno de los documentos aportados con la propuesta, existe manifestación alguna en ese sentido, realizada por parte del representante común de la Estructura Plural Nuevo Magdalena No. 1, y que incluir en la propuesta copia de algunos de los apartes del Acuerdo Comercial aplicable con la Unión Europea, no equivale a una manifestación de voluntad ni puede sustituir el requisito contemplado en el pliego de condiciones, consistente en **INVOCAR** la regla de origen correspondiente, más aún cuando con la información que se encuentra en las copias del Acuerdo Comercial que fueron aportadas, ni siquiera es posible establecer de manera clara e inequívoca, cuál habría sido la regla de origen que el proponente pudo haber invocado para apartarse de la regla de origen prevista en el Decreto 680 de 2021.

Al respecto, lo que se encuentra a folio 1602K de la propuesta es lo siguiente:

#### Reglas de origen

6. Para los efectos de la contratación pública cubierta, ninguna Parte aplicará a las mercancías o servicios importados de o suministrados por otra Parte reglas de origen que sean diferentes de las que la Parte aplique en ese mismo momento en el curso de transacciones comerciales normales a las importaciones o al suministro de las mismas mercancías y servicios procedentes de la misma Parte.

Dicho aparte del Acuerdo Comercial incluido por el Oferente en su propuesta, no contempla una regla de origen en particular, aplicable a los servicios originarios de los Estados signatarios de dicho Acuerdo, pues lo único que allí se contempla es que las Partes entre sí no se puede aplicar reglas de origen distintas a las que la otra Parte aplique en ese mismo momento, a las mercancías o servicios procedentes de la misma Parte, pero sin que se indique una regla de origen en concreto o distinta a la contemplada en el Decreto 680 de 2021.

En consecuencia, si se entiende que la Regla de Origen que pretende invocar el proponente es la contenida en el Folio 1602K, los integrantes del proponente ESTRUCTURA PLURAL NUEVO MAGDALENA No. 1, estarían obligados a realizar el ofrecimiento previsto en los literales a) y b) del numeral 5.4.3, por ser esta una de las condiciones *sine qua non* para obtener la calificación de servicio nacional, por ser esta la regla de origen aplicable en Colombia.

Durante el periodo de observaciones al Informe de Evaluación Preliminar, agrega el observante que el artículo 175 del Acuerdo Comercial con la Unión Europea contiene la regla de origen a la cual decidió acogerse el oferente, la cual establece lo siguiente:

## 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).

Nótese como la disposición del Acuerdo Comercial que se cita, no corresponde a una regla de origen (entendida ésta como los criterios o requisitos para determinar la procedencia nacional o no de un bien o servicio), sino que corresponde al trato nacional o compromiso adquirido por Colombia, en virtud del cual, a las ofertas de bienes y servicios extranjeros se les concederá en Colombia, el mismo tratamiento o un trato no menos favorable que el trato otorgado a los bienes o servicios colombianos.

Pues bien, precisamente en virtud de dicho Trato nacional, es claro para la entidad que los servicios extranjeros provenientes de la Unión Europea NO están recibiendo un trato menos favorable que el otorgado a los oferentes colombianos para efectos de la asignación de puntaje por concepto de Apoyo a la Industria Nacional, pues en uno y otro caso, el pliego de condiciones contempló los requisitos que debían cumplirse para acreditar el origen “nacional” de los servicios ofertados, siendo para los oferentes colombianos, no solo acreditar la condición de ser una persona natural colombiana o residente en Colombia, o una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o un proponente plural conformado por estos, sino que adicionalmente debían asumir el compromiso de vincular un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos no inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato (Anexo 14); mientras que para los oferentes extranjeros con derecho a trato nacional, no era suficiente que existiera un Acuerdo Comercial vigente con Colombia sino que tenían el deber de escoger una (1) de dos opciones: (i) aplicar la regla de origen prevista en el Decreto 680 de 2021, esto es, asumir el compromiso de vincular un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos no inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato (Anexo 14), ó (ii) aplicar cualquiera de las reglas de origen aplicables según el Acuerdo Comercial respectivo, regla de origen que debía ser invocada por el representante común de la estructura plural (Anexo 14), pues de no indicar la regla de origen a aplicar, de

acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 680 de 2021 *“la entidad deberá evaluar la oferta con la regla de origen aquí prevista”*. Como se puede observar, no existe ninguna exigencia, requisito adicional o un trato menos favorable en relación con el trato otorgado a los colombianos en relación con la acreditación de dicho factor de escogencia, y por el contrario, se da pleno cumplimiento a lo establecido en el artículo 3º de la Ley 816 de 2003 según el cual:

*“Artículo 3º. El oferente extranjero deberá cumplir con los mismos requisitos, procedimientos, permisos y licencias previstos para el oferente colombiano y acreditar su plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país.”*

En este sentido, en marco de lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1 del Decreto 680 de 2021 y el Pliego de Condiciones del presente proceso, resulta claro que el proponente en caso de ser extranjero con Trato Nacional, tenía la carga de definir dentro de la oferta, si aplicaba la regla de origen vigente en Colombia o cualquiera de las reglas aplicables según el Acuerdo Comercial o la normativa comunitaria que corresponda, so pena de que la Entidad estatal evaluara la oferta de acuerdo con la regla de origen prevista en la normativa hasta aquí expuesta, lo que significa que no era necesario aportar documentos que acreditaran la existencia de Acuerdos Comerciales, sino que el deber consistía en realizar una manifestación expresa de querer apartarse de la definición de Servicio Nacional prevista en el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, invocando la regla de origen contenida en el Acuerdo Comercial respectivo. Así lo hizo saber la ANI en la segunda matriz de respuestas a las observaciones extemporáneas presentadas al pliego de condiciones del presente proceso de selección, en respuesta dada a la observación No. 631, así:

***“Observación No. 631 realizada por Zuleta Abogados S.A.S:***

*Anexo 14 - Promoción de Servicios Nacionales o con Trato Nacional: Amablemente le solicitamos a la ANI aclarar la forma en la que debe ser diligenciado el Anexo 14 cuando un Integrante de una Estructura Plural, por su nacionalidad, le aplique el trato nacional. ¿Es necesario adjuntar el tratado o acuerdo respectivo? ¿Es necesario adjuntar la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la que trata el literal (b) del artículo 2.2.1.2.4.1.3 del Decreto 1082?*

**RESPUESTA ANI:**

*Se aclara al interesado en relación con su primera pregunta que no es necesario adjuntar el tratado o acuerdo respectivo. Según el numeral 5.4.4(a) del Pliego de Condiciones, el Oferente individual o integrante de la Estructura Plural, deberá indicar el tratado o acuerdo que lo cubre y la regla de origen de los servicios que invoca, en el evento en que exista alguna en el acuerdo o tratado y el Oferente individual o integrante de la Estructura Plural decida acogerse a ella, en cuyo caso, **deberá diligenciar el Anexo 14 adjuntando la documentación que según lo establecido en el Acuerdo o Tratado, deba presentarse a efectos de demostrar la regla de origen contemplada en el Acuerdo o Tratado respectivo (Nota 1 del Anexo 14).***

*De no invocar ninguna regla de origen, se aplicará la regla de origen señalada en la Sección 5.4.3 (b) del pliego de condiciones, esto es, el compromiso de vincular un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos de por lo menos el 40% del total de personal requerido para el cumplimiento del Contrato de Concesión. La oferta de vinculación de personal colombiano será efectuada mediante la manifestación contenida en el segundo párrafo del Anexo 14 con el ofrecimiento del porcentaje correspondiente, así como con el compromiso señalado en el último párrafo del referido anexo.*

*Así mismo, es preciso indicar que, **para el caso de Estructuras Plurales, el Anexo 14 deberá ser suscrito exclusivamente por el Representante Común de la Estructura Plural.***

*Tratándose de su segunda pregunta, se aclara que el referido certificado se deberá adjuntar, siempre que no se encuentre publicado en la página web de Colombia Compra Eficiente, pues de no hacerlo, el factor de Apoyo a la Industria Nacional será calificado como extranjero sin derecho a trato nacional, según lo dispuesto en la Sección 5.4.4(c) del Pliego de Condiciones.*

*Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde al Proponente cumplir todos los términos y condiciones previstos en el Pliego de Condiciones y, en este caso, los del numeral 5.4 del mismo, para efectos del factor de Apoyo a la Industria Nacional.*

*Finalmente se informa al observante que la Sección 5.4 del Pliego de Condiciones fue aclarada mediante Adenda N° 5, la cual se encuentra publicada en el SECOP I y en la página web de la entidad, para consulta de todos los interesados.” (Resaltado fuera del texto).*

Así mismo, es preciso manifestar que las reglas para la acreditación de este factor de calificación, fueron dadas a conocer con la suficiente antelación y en condiciones de igualdad para todos los proponentes que decidieron participar en el presente proceso de selección, siendo la modificación de la definición de servicios de origen nacional introducida por el Decreto 680 de 2021, de obligatoria aplicación y cumplimiento para todos aquellos procesos de selección cuya resolución de apertura se expidió a partir de los 2 meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, es decir, a partir del 22 de agosto de 2021, y ello explica la razón por la cual, el observante echa de menos que en los proyectos de Asociación Público Privada recientemente adjudicados por la Agencia, no se hubiese regulado en el pliego de condiciones, la modificación introducida por el Decreto 680 de 2021, pues se trata de procesos de selección cuya resolución de apertura se expidió con anterioridad a dicha fecha. Así las cosas, no son aceptables las manifestaciones realizadas por el observante según las cuales, no existe uniformidad de criterio por parte de la entidad o que en dichos procesos la ANI “*si 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*” pues como ya se explicó, en el presente caso no se discute la aplicación del Acuerdo Comercial con la Unión Europea y el trato nacional que allí se contempla, sino la no acreditación de un requisito previsto en el Decreto 680 de 2021 para considerar que un servicio es de origen nacional, y que aplicaba no solo a los oferentes colombianos sino también a los extranjeros con derecho a trato nacional, en procesos de contratación abiertos a partir del 22 de agosto de 2021.

De otra parte, en relación con las supuestas contradicciones del pliego de condiciones o diversas interpretaciones que en sentir del observante, podía tener la lectura del pliego de condiciones en relación con el Factor de Apoyo a la Industria Nacional, se considera que además de ser improcedentes con fundamento en las razones de hecho y de derecho ampliamente expuestas en precedencia, no debe olvidarse que los proponentes también tienen un deber de diligencia al momento de confeccionar sus ofrecimientos, de manera que si una vez realizada la lectura integral del pliego de condiciones, el interesado en participar en un proceso de selección considera que existen reglas ambiguas o que le impiden formular un ofrecimiento claro, completo y ajustado a las reglas de participación previstas en el pliego de condiciones, es su deber expresar a la administración en la oportunidad procesal correspondiente, los comentarios u observaciones a los documentos del proceso y respecto de los cuales considera necesita algún tipo de aclaración en particular, no siendo la etapa de evaluación de las propuestas la oportunidad prevista en la ley para ello. Al respecto, se tiene que de 7 proponentes que participan en el presente proceso, 5 proponentes entendieron la regla y conforme a ella estructuraron y presentaron sus ofertas, razón por la cual no son de recibo los argumentos que en ese sentido, pretende hacer valer el observante.

Con lo hasta aquí expuesto, la Entidad no acoge los argumentos presentados por el proponente ESTRUCTURA PLURAL NUEVO MAGDALENA No. 1 y reitera que, con relación al Apoyo a la industria nacional como factor de selección, no se asigna puntaje (0 puntos), por considerar que no se cumple con los requisitos exigidos dentro del numeral 5.4 del pliego de condiciones, resaltando que al proponente bajo ninguna circunstancia se le está negando el trato Nacional al que tiene derecho.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
<p align="center"><b>P6- ESTRUCTURA PLURAL TRONCAL MAGDALENA</b></p>	<p align="center"><b>INFORME PRELIMINAR</b></p>	<p align="center">ANEXO 14- APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL (FACTOR DE SELECCIÓN)</p>	<p align="center">Solicita que se le asigne el puntaje de Industria Nacional en tanto los integrantes son empresas nacionales.</p>

**Respuesta:**

Respecto al proponente ESTRUCTURA PLURAL TRONCAL MAGDALENA se presenta la siguiente la situación:

El proponente se encuentra integrado por 3 personas jurídicas constituidas bajo la legislación colombiana, a saber: ODINSA S.A, PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S y MHC INGENEIRIA S.A.S, como consta en los respectivos certificados de existencia y representación legal aportados en el Sobre No.1. En ese sentido, la Entidad no desconoce en ningún momento la calidad de nacional de todos los integrantes y por ende de la Estructura Plural como proponente. Por lo tanto, no es objeto de discusión que el Proponente no debía acreditar reciprocidad.

No obstante, no es posible admitir que la naturaleza del Anexo 14 sea *“una ratificación de la exigencia sustancial prevista en el numeral 5.4 del pliego de condiciones”* como lo afirma el proponente en la respuesta en relación con los requerimientos previos y comentarios de la Entidad, en donde se pretende hacer ver dicho anexo como un requisito meramente formal, cuando en realidad este se constituye en el verdadero ofrecimiento que los proponentes debían realizar, de acuerdo con la normativa vigente en materia de definición de servicio nacional y de apoyo a la industria nacional como criterio que otorga puntaje, como se pasa a explicar a continuación:

Como ya se indicó previamente, el Decreto 680 de 2021 modificó parcialmente el artículo 2.2.1.1.1.3.1 de la subsección 3 de la Sección 1 del Capítulo 1 del Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, respecto a la definición de Servicio Nacional, en la cual se indica que *“en los contratos que deben cumplirse en Colombia un servicio es colombiano si además de ser prestado por una persona natural colombiana o por un residente en Colombia, por una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana o por un proponente plural conformado por estos o por estos y un extranjero con trato nacional, usa los bienes nacionales relevantes definidos por la Entidad Estatal para la prestación del servicio que será objeto del Proceso de Contratación o vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano según corresponda”*

Lo anterior significa que, con la nueva regla de origen prevista en el citado Decreto, no basta con que el proponente sea una persona natural colombiana o residente en Colombia, o una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación colombiana, sino que además requiere que este :1) use bienes nacionales relevantes, lo cual no es aplicable en el presente proceso de contratación de acuerdo con lo establecido en el numeral 5.4.2 del pliego de condiciones o 2) de manera subsidiaria, vinculen el porcentaje mínimo de personal colombiano requerido para el desarrollo del contrato.

Así mismo, el artículo 2 del citado Decreto dispone:

*“(…) En aquellos casos en que, de acuerdo con el objeto contractual, no existan bienes colombianos relevantes o no exista oferta nacional de los mismos en el Registro de Productores de Bienes Nacionales, **la Entidad Estatal otorgará el puntaje de que trata el inciso primero del artículo 2 de la Ley 816 de 2003 al proponente que vincule el porcentaje mínimo establecido por la Entidad Estatal de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, que no podrá ser inferior al 40% del total de empleados y contratistas asociados al cumplimiento del contrato (…)**”* (Negrilla fuera del texto original)

Frente al porcentaje mínimo exigido tanto por la normativa vigente como por el Pliego de Condiciones equivalente al 40%, el Proponente Estructura Plural Troncal Magdalena dentro de la respuesta dada a la Entidad a los comentarios y requerimientos previos manifiesta que: *“(…) dicho porcentaje se encuentra acreditado a lo largo de diferentes formatos de nuestra propuesta como son:*

- *Anexo 2 – Carta de Presentación de la Propuesta*
- *Anexo 7 – Certificado de Aportes de Seguridad Social y Parafiscales*
- *Anexo 12 – Oferta Mano de obra Local*
- *Anexo 17 A – Acreditación de vinculación laboral de personas en condición de discapacidad*
- *Anexo 19 – Factor de Calidad*
- *Contrato Parte General*
- *Contrato Parte Especial*
- *Apéndices al Contrato (en especial el personal mínimo requerido en los Apéndices 6, 7 y 8)”* (…)

Los anexos relacionados por el proponente, mediante los cuales se acreditan requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pueden dar cuenta que el proponente tiene contratado personal colombiano para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios, pero no necesariamente da cuenta de que existe un compromiso de vinculación de este porcentaje de

empleados y contratistas para el cumplimiento del objeto a contratar por medio del presente proceso de selección. Igual razonamiento aplica para el argumento expuesto por el proponente durante el periodo de observaciones al Informe de Evaluación Preliminar, en el cual manifiesta que al estar conformada la estructura plural en un 100% por integrantes colombianos, ello supone que el porcentaje requerido está acreditado con la misma oferta y que supera con creces el 40% que pide la norma.

Esto último es fundamental dentro de la lectura que se haga de la situación, ya que la norma pretende que el otorgamiento de puntaje para la promoción de la industria nacional en procesos de contratación de servicios se haga efectivamente a aquellos proponentes que vinculen empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, pero que adicionalmente estos estén asociados al contrato que resultará del proceso de contratación.

Teniendo en cuenta que la vinculación del personal es un hecho futuro que solo se logrará una vez se suscriba el respectivo contrato con el proponente que resulte adjudicatario del proceso, la única forma que tiene la Entidad de garantizar que haya una vinculación del personal colombiano mínimo requerido para la ejecución del proyecto, es que exista un compromiso expreso por parte de cada uno de los proponentes.

De esta manera, el Anexo 14 se convierte en un elemento sustancial dentro del proceso de contratación, ya que constituye el ofrecimiento real por parte de los oferentes mediante el cual éstos se comprometen a cumplir con lo requerido durante la ejecución del Contrato de Concesión.

En ese sentido, es claro que el Anexo 14 no consiste en una mera formalidad, ni tampoco debe considerarse un documento adicional, ya que como se explicó, no basta con que el proponente sea colombiano y ni siquiera que este demuestre que para el giro ordinario de sus negocios tiene contratado personal colombiano, sino que es absolutamente necesario que exista por parte de los oferentes un compromiso de vinculación de mínimo el 40% de personal colombiano para la ejecución del contrato, dado que la exigencia es en relación con el contrato que surgirá del proceso de contratación y no con lo que el proponente acredite tener al momento de cierre del proceso. Esto cobra relevancia cuando se comprende la intención del Decreto 680 de 2021, ya que lo que busca esta nueva regla de origen es precisamente evitar que se otorgue puntaje de Apoyo a la Industria Nacional y que este incentivo no se vea reflejado en el uso de bienes o servicios colombianos durante la ejecución del respectivo contrato, situación que se venía presentando con la regla de origen anterior y que dio lugar a la modificación de la definición de Servicio Nacional.

En cuanto a lo establecido por la Entidad en el pliego de condiciones en el numeral 5.4.3, se confirma entonces que era necesario que la oferta incluyera un compromiso de vincular al desarrollo del objeto contractual un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, de al menos el cuarenta por ciento (40%) del personal requerido para el cumplimiento del Contrato, toda vez que el literal a), aplicable a las estructuras plurales de acuerdo con el literal d) dispone lo siguiente:

5.4.3 De conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 816 de 2003 y el artículo 2.2.1.1.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015 se consideran Ofertas que contienen servicios nacionales:

- (a) Las Ofertas presentadas por Oferentes Individuales que sean personas naturales colombianas, personas naturales residentes en Colombia o por personas jurídicas constituidas bajo las leyes de Colombia, cuya Oferta incluya el compromiso de vincular en el desarrollo del objeto contractual un porcentaje de empleados o contratistas por prestación de servicios colombianos, de al menos el cuarenta por ciento (40%) del personal requerido para el cumplimiento del Contrato. La oferta de vinculación de personal colombiano será efectuada mediante la suscripción del **Anexo 14**.

Así las cosas, al no haberse aportado el Anexo 14 por parte del proponente Estructura Plural Troncal Magdalena, no es posible para la Entidad otorgar el puntaje previsto en el numeral 5.4.6 del Pliego de Condiciones, dado que no se cumplen las condiciones para considerar que se trata de un Servicio Nacional en los términos del Decreto 680 de 2021, al no existir dentro de la propuesta presentada, un ofrecimiento respecto a la vinculación de personal colombiano para el desarrollo del Contrato de Concesión.

Así mismo, en ambos casos, la falta de presentación del Anexo 14 para la fecha de cierre del proceso, resulta insubsanable de acuerdo con las reglas de subsanabilidad previstas en el pliego de condiciones en concordancia con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la ley 1882 de 2018, según las cuales, únicamente son subsanables todos aquellos requisitos de la Oferta **que no afecten la asignación de puntaje**, los cuales deben ser solicitados por la ANI y deben ser entregados por los Oferentes hasta el término de traslado del informe de evaluación.

En la situación que se presenta con los proponentes mencionados, la omisión del Anexo 14 afecta la asignación de puntaje por concepto del Factor de Apoyo a la Industria Nacional y en ese sentido, permitir su presentación con posterioridad a la fecha de cierre del proceso, comportaría una mejora de la propuesta presentada.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
P6- ESTRUCTURA PLURAL TRONCAL MAGDALENA	INFORME PRELIMINAR	EXPERIENCIA EN INVERSIÓN	Subsanación certificado concesionario como entidad deudora suscrito por Revisor Fiscal (CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA)

**Respuesta:**

El proponente allega respuesta satisfactoria, por lo que se entiende subsanada la observación contenida en el Informe Preliminar y se le otorga la calificación de CUMPLE, la cual se verá reflejada en el Informe Final publicado por la Entidad.

Ahora bien, respecto de la inquietud del proponente relacionado con la solicitud de Subsanación efectuada por la Entidad para el proceso, bajo el entendido que en un proceso anterior este requisitos no se había solicitado, nos permitimos aclarar lo siguiente:

Específicamente en el proceso LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-APP-IPB-001-2020, la Entidad estableció en el Pliego de Condiciones, en relación con la experiencia en inversión lo siguiente:

*“(...) 4.2.12 Cuando la experiencia presentada por el proponente sea de un contrato celebrado con la ANI, bastará con el diligenciamiento del Anexo 9. (...)”.*

Así las cosas para el contrato de la CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA aportado en este proceso, no fue necesario solicitar ningún documento adicional en los precisos términos del Pliego de Condiciones tal como lo afirma el proponente, puesto que al tratarse de un contrato celebrado con la Entidad no era necesario aportar información adicional.

Cosa distinta sucede con el presente proceso de selección, toda vez que el Pliego de Condiciones indicó en el mismo numeral lo siguiente:

*“(...) 4.2.12 Cuando la experiencia presentada por el Oferente sea de un contrato celebrado con la ANI, bastará con el diligenciamiento del **ANEXO 9**, el cual será verificado por la ANI y se **deberán aportar los documentos señalados en el numeral 4.2.10 relacionados con la financiación y los desembolsos.** (...)”* (negritas ajenas al texto original)

Así las cosas y dada la nueva exigencia del Pliego, no obstante tratarse del mismo contrato, fue necesario solicitar el subsane requerido, toda vez que la misma contiene información relacionada con la financiación y los desembolsos, además tanto el concesionario como la Fiduciaria son entidades deudoras, las cuales deben suministrar dicha información de acuerdo con la exigencia del Pliego de Condiciones

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
<b>P4-ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA MAGDALENA MEDIO</b>	<b>P7-SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S</b>	TRABAJADORES EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD (FACTOR DE SELECCIÓN)	El proponente no acreditó el factor de Selección conforme a los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones

**Respuesta:**

En los términos del numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 5.6 del Decreto 1082 de 2015, el pliego de condiciones dispone: “Para su acreditación, el Oferente debe presentar el ANEXO 17A, suscrito por el representante legal o el revisor fiscal, cuando éste exista de acuerdo con los requisitos de ley, en el cual certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del Oferente o sus Integrantes a la Fecha de Cierre del Proceso de Selección”

A reglón seguido indica: *“Adicionalmente, debe presentar el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, en el cual se acredite el número mínimo de personas en condición de discapacidad en la planta de personal del Oferente, el cual deberá estar vigente a la Fecha de Cierre del Proceso de Selección”*

De acuerdo con lo anterior, es claro que se debe certificar 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 y para ello se hace necesario el diligenciamiento, en este caso, del ANEXO 17A.

Este documento, junto con la certificación expedida por el Ministerio del Trabajo, la cual debe estar vigente para la fecha de cierre del proceso, permite verificar el número de trabajadores en condición de discapacidad, frente al número total de trabajadores con los que cuenta el proponente en su planta de personal a la fecha de cierre, de tal manera que la entidad que adelanta el proceso de selección pueda verificar si el proponente cumple con los mínimos establecidos.

Respecto a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2.2.1.2.4.2.6 5.6 del Decreto 1082 de 2015, a través de los conceptos C-026 del 11 de febrero de 2020, C-335 del 29 de mayo de 2020, C-397 del 30 de junio de 2020, C-555 del 24 de agosto de 2020 y C – 743 de 2020 del 15 de diciembre de 2020–radicados No. 2202013000000877, 2202013000004376, 2202013000005533 y 2202013000012020, la Agencia Nacional de Contratación Pública explicó que *“una interpretación teleológica de la referida disposición conduce a entender que a lo que apunta la norma, al referirse a la fecha de cierre, es a que el hecho que acredita el cumplimiento del primero de los requisitos, esto es, la conformación de la planta de personal del proponente, es el momento del cierre del período para la presentación de ofertas. Lo anterior con la finalidad de que la entidad, antes de proceder a la evaluación, no tenga dudas de cuál es el mínimo de trabajadores en situación de discapacidad que resulta aplicable al proponente con ocasión al rango en el que se ubica su planta de personal, para poder determinar si se cumple el segundo requisito”*

De esa forma se establece la fecha de cierre como una limitación temporal en la que debe enmarcarse la circunstancia de la que da cuenta el proponente, más no que dicho Anexo necesariamente deba ser suscrito y presentado en dicha fecha, so pena de no asignarse el puntaje adicional.

Para el caso del proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, este aporta debidamente diligenciado el anexo correspondiente, suscrito por ALEJANDRO UMAÑA OCAMPO en calidad de revisor fiscal con fecha del 11 de abril de 2022. Adicionalmente presenta el Informe especial del Revisor Fiscal de esta misma fecha en la cual se informa lo siguiente:

Con base en el resultado de los procedimientos enumerados anteriormente, informo que la información incluida en el presente Informe y en la carta adjunta preparada por la Administración de la Compañía, se encuentra de acuerdo con documentación soporte en poder de la Administración de la Compañía, de fecha 15 de diciembre de 2021.

Adicionalmente, dentro del Anexo 17A el proponente manifiesta que **a la fecha de cierre del proceso** el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal es de veintitrés (23), lo cual coincide con la información que reposa en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual si bien es cierto tiene fecha del 15 de diciembre de 2021, se encuentra vigente a la fecha de cierre del proceso teniendo en cuenta que dicha constancia es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de expedición.

En ese orden de ideas, el hecho de que un proponente suscriba el Anexo que certifique su planta de personal con anterioridad a la fecha de cierre, en sí mismo no atenta contra la finalidad de la norma, dado que, con la presentación del referido Anexo, se compromete a mantener tal circunstancia cuando menos hasta la fecha programada para el cierre, para beneficiarse de la asignación del puntaje adicional en los términos en los que su planta de personal se lo permite, sin que adicionalmente, exista alguna prueba en contrario que demuestre que para la fecha de cierre del proceso, el proponente no tuviese vinculada en la planta de personal, el número total de trabajadores certificado por el revisor fiscal en el Anexo 17A.

El proponente observado mediante replica allegó sus argumento respecto de la observación presentada, los cuales son de recibo para la Entidad.

En ese sentido, no procede la observación presentada por el Proponente **ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA MAGDALENA MEDIO**.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN
<b>P4-ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA MAGDALENA MEDIO</b>	<b>PROPONENTES 1,2,3,5,6 Y 7</b>	FACTOR DE CALIDAD "CONSTRUCCIÓN DE CARRILES DE ACCESO A ESTACIONES DE PESAJE"	Los proponentes fallaron en ofertar el factor de calidad conforme lo exigido en el ítem 2 de la sección 5.5.1 del pliego de condiciones y 5.2.1, numeral 2, del Apéndice Técnico 1.

**Respuesta:**

El numeral 5.5 del Pliego de Condiciones dispone que al Oferente que presente el factor de calidad se le otorgarán hasta cuarenta (40) puntos, teniendo en cuenta los ítems ofertados así:

Ítem	Factor de Calidad	Alcance	Puntaje
1	Rehabilitación de pasos poblados	De acuerdo con lo definido en la Sección 5.2.1 numeral 1 del Apéndice Técnico 1	15
2	Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje	De acuerdo con lo definido en la Sección 5.2.1 numeral 2 del Apéndice Técnico 1	15
3	Grano Caucho Reciclado	De acuerdo con lo definido en la Sección 5.2.1 numeral 3 del Apéndice Técnico 1	10

Como se evidencia, el alcance contenido en el Pliego de Condiciones señala que el ítem 2 "Construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje" será de acuerdo con lo definido en la Sección 5.2 numeral 2 del Apéndice Técnico 1, el cual a su vez indica:

## 2. Construcción de carriles de acceso a Estaciones de pesaje.

El Concesionario deberá ejecutar la construcción de carriles de acceso con una longitud mínima de 1,0 Km, en cada una de las calzadas de la estación de pesaje fija localizada en el PR4+0100 de la Ruta Nacional 4513. Los carriles de acceso deberán cumplir las siguientes especificaciones

Requisitos Técnicos	Carriles de Acceso a Estación de pesaje
Longitud de referencia (Km)	1,0
Número de carriles de acceso por calzada mínimo (un)	1
Ancho de Carril de acceso mínimo (m)	3,65
Ancho de Berma externo mínimo (m)	0,50
Tipo de Berma	Pavimentada
Cuneta	Cuneta externa en concreto
Acabado de la rodadura (Flexible - Rígido)	Flexible / Rígido
Acceso a predios	Si

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que tanto en el Pliego de Condiciones como en el Apéndice Técnico 1 se está haciendo referencia a una Estación de **Pesaje**.

Ahora, si bien el Anexo 19 publicado por la Entidad -el cual fue presentado por los proponentes observados- contiene un error involuntario de digitación en su texto, la remisión que se hace en este documento al numeral 2 de la Sección 5.2 del Apéndice Técnico 1 no da lugar a interpretar que el ofrecimiento que hacen los proponentes en el presente proceso consiste en uno diferente al que allí se encuentra contenido.

Así las cosas, de la lectura completa del texto incorporado en el Anexo 19, y a partir de una interpretación sistemática del pliego de condiciones, es claro y se entiende que lo ofertado por los proponentes en el segundo ítem del Anexo 19, corresponde a la construcción de Carriles de Acceso a Estaciones de Pesaje siendo ésta la interpretación que se aplique para la etapa de ejecución del contrato, por lo que la observación presentada por la ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA MAGDALENA MEDIO no procede.

La totalidad de los proponentes observados presentaron en sus escritos las réplicas correspondientes frente a la observación presentada, las cuales son de recibo para la Entidad.

Elaborado por: COMITÉ EVALUADOR KONFIRMA S.A.S.

VJ-VE-APP-IPB-002-2021