



PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

CONVOCATORIA N° PAF-ATF-O-050 -2016

OBJETO: CONTRATAR LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS “AMPLIACIÓN CAPTACIÓN Y PRODUCCIÓN SISTEMA DE ACUEDUCTO REGIONAL ARJONA-TURBACO”.

INFORME DEFINITIVO DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

CONSIDERACIONES PREVIAS

De conformidad con los Términos de Referencia:

“1.28.2 INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

De la verificación de requisitos habilitantes basados en la propuesta inicial y los documentos aportados en la etapa de subsanación, se elaborará un informe que será suscrito por los evaluadores, en el que conste el cumplimiento o no de los requisitos habilitantes de orden jurídico, técnico y financiero exigidos en los presentes términos de referencia, así como la indicación expresa de las solicitudes de subsanación y las subsanaciones, y se dejará constancia de los proponentes que no hayan subsanado los requisitos habilitantes en el término otorgado por la entidad.

La Entidad publicará el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes en la fecha establecida en el cronograma del presente proceso de selección, en la página web de Findeter, www.findeter.gov.co y en la página web de la CONTRATANTE, y permanecerá a disposición de los participantes los días señalados en el cronograma, para que dentro de ese término los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes”.

Que el día veintitrés (23) de Febrero de 2017, la Contratante publicó el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, el cual arrojó los siguientes resultados:

CUADRO DE PROPONENTES Y VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

CONSECUTIVO INTERNO	PROPONENTE	REQUISITOS HABILITANTES				RECHAZADO
		Jurídicos	Financieros	Técnicos	HABILITADO	
1	UNIÓN TEMPORAL ACUEDUCTO ARJONA 2017	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	NO	SI
2	CONSORCIO ACUEDUCTO ARJONA 2017	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	NO	SI
3	CONSORCIO ACUEDUCTO ARJONA - TURBACO	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
4	CONSORCIO EL LIBERTADOR	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
5	CONSORCIO BOLIVAR 2017	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
6	CONSORCIO GRAN ALIANZA	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO CUMPLE	NO	SI
7	CONSORCIO EHP GAMBOTE 2017	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
8	CONSORCIO ABASTECIMIENTO REGIONAL	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
9	CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL BOLIVAR	CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	NO	SI
10	CONSORCIO ALIANZA YDN TURBACO	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI	NO
11	CONSORCIO RAED	NO CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	NO	SI

No obstante lo anterior, los Términos de Referencia señalan la posibilidad de presentar observaciones a dicho informe, así:

“1.29. OBSERVACIONES AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES.

Los proponentes podrán dentro del término establecido en el cronograma del presente proceso de selección, formular observaciones al Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, dentro de los términos y fecha establecidos en el cronograma, a través del correo electrónico grupo-icat@findeter.gov.co o en la Calle 103 # 19 – 20 Bogotá, D.C.

Los proponentes con ocasión de esta potestad, no podrán adicionar, subsanar, modificar o mejorar sus propuestas o allegar documentos que sean objeto de calificación”.

“1.30. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES

La entidad dentro del término establecido en el cronograma publicará el Informe Definitivo de Requisitos Habilitantes, el cual deberá contener los resultados de los proponentes cuyas propuestas se encuentren habilitadas o no, y se darán respuesta a las observaciones recibidas, señalando expresamente si se aceptan o rechazan las mismas”.

Que conforme a la Adenda No. 10 Modificatoria del Cronograma de la presente Convocatoria, los proponentes contaban hasta el 27 de Febrero de 2017, para presentar observaciones al Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes.

Que dicho término transcurrió, presentándose las siguientes observaciones:

1). Mediante Email del 27 de Febrero de 2017, el Representante Legal del Proponente No. 8 CONSORCIO ABASTESIMIENTO REGIONAL, presentó la siguiente observación:

Respetados señores,

Con gran sorpresa recibimos el último informe de evaluación de requisitos habilitantes del proceso de selección que nos ocupa, documento según el cual el evaluador da respuesta a las subsanación de las observaciones propuestas a nuestra oferta, mismas que por cierto resultan ser de carácter jurídico y no técnico, como de forma equivocada se estableció desde el inicio.

Con relacion a dicho escrito y sus respuestas, no queda más que establecer nuestro total desacuerdo con lo allí indicado para lo cual nos permitimos expresar los argumentos en contrario que son aplicables y que deben ser tenidos en consideración, pues dicho escrito resulta ser del todo atentatorio de la ley y por supuesto de los derechos que nos asisten a nosotros y a todos los proponentes con base en las siguientes consideraciones a saber:

LA OBLIGATORIEDAD DE CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA:

Sea lo primero mencionar que contrario a lo indicado por el evaluador en su escrito de respuesta, a pesar de que el proceso de selección que nos ocupa se rige por el derecho privado, la NAURALEZA DE LOS RECURSOS QUE ADMINISTRA LA CONTRATANTE ES PÚBLICA, por ello le son perfectamente aplicables y vinculantes los PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA que no solo deben observarse en sus actuaciones, sino cumplirse de conformidad con la ley, en tal sentido no es dable al contratante imponer a su arbitrio condiciones contrarias al ordenamiento jurídico y menos aun imponer obligaciones de imposible cumplimiento induciendo a los proponentes a ser partícipe de su yerro so pena de deshabilitarlos.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta lo previsto sobre el caso en el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011 – Estatuto Anticorrupción – y el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

LAS SUCURSALES SON ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO, NO SON PERSONAS JURÍDICAS DISTINTAS A ASU CASA MATRIZ.

De la misma manera es menester recordar que aun poniendo las consideraciones que cuestionamos en el plano del derecho privado, el contratante esta obligado al imperio de la ley, no siéndole dable establecer y hacer exigibles condiciones contrarias a derecho, aun si se consignaron en el pliego de condiciones, las cuales bien es sabido por todos estan llamadas a no producir efectos jurídicos.

Al respecto de nuevo recordamos el texto literal del artículo 263 del Código de Comercio Colombiano, mismo que a partir de su sólo lectura da perfecta claridad al asunto así:

*"Artículo 263. **SON SUCURSALES LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO** abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad". (Negrilla y subrayas fuera del texto).*

Sin perjuicio de lo expuesto y abordando el fondo del asunto llama la atención la falta de claridad y errores crasos del evaluador sobre la NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SUCURSALES las cuales se encuentran bien definidas en la ley, al caso en el artículo 263 del Código de Comercio Colombiano el cual le es plenamente aplicable y vinculante al Contratante indistintamente del régimen jurídico bajo el cual actúa, al punto que a partir de su equivocada interpretación ilegal al extremo de imponer obligaciones ilegales y por su puesto de imposible cumplimiento establecidas en su escrito cuando literalmente expresa:

*"Así las cosas, si una sociedad pretendía que se le aceptara la experiencia de **otra sociedad** por ser esta su matriz o subordinada". (Negrillas y subrayas fuera del texto).*

Aquí se hace absolutamente evidente el error del evaluador, pues para no aceptar la experiencia de la casa matriz, se refiere a ella como **OTRA SOCIEDAD**, distinta a la sucursal, siendo que como ya quedamos demostrado según lo dispuesto en el artículo 263 del Código de Comercio Colombiano, las SUCURSALES SON SIMPLEMENTE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO, NO SON PERSONAS JURÍDICAS DIFERENTES DE SU CASA MATRIZ.

O dicho en otras palabras, las SUCURSALES NO SON OTRA SOCIEDAD, y entendemos que sobra explicar que LOS ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO NO SON PERSONAS JURÍDICAS.

LA IMPOSIBILIDAD LEGAL Y FÁCTICA DE FORMAR CONSORCIOS O UNIONES TEMPORALES, POR PARTE DE UNA EMPRESA CONSIGO MISMA.

Continuando con los errores del evaluador, en el informe y refiriéndose a las sucursales y las matrices expresó:

"debió hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal."

El error aquí expresado es de tal magnitud que sugiere el evaluador que las sucursales y sus matrices a efectos de validar su experiencia, que es la misma y es una sola, efectúen entre sí formas asociativas las cuales implican conformar un componente plural que por simple lógica no es posible DE HACERSE tratándose DE UNA MISMA PERSONA JURÍDICA, situación descrita que no solo es equivocada y grosera sino que en el plano jurídico resulta ilegal y por ende de imposible cumplimiento.

LA RESPONSABILIDAD ÚNICA E INDIVISIBLE DE LA CASA MATRIZ DE UNA SOCIEDAD RESPECTOS DE SUS SUCURSALES PUES SE TRATA DE UNA MISMA PERSONA JURÍDICA.

Nuevamente el evaluador incurre en una grave falta al afirmar que

"Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria atrás referida."

La afirmación antes expuesta por sí sola resulta equivocada pues a la luz de la ley y a la disposición legal antes indicada, y como las sucursales NO SON UNA PERSONA JURÍDICA DISTINTA DE SU MATRIZ, sino un ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DE LA MISMA SOCIEDAD, que como un ÚNICO PROPONENTE actúa en el proceso de selección, pretender que deben formar la casa matriz y su sucursal un consorcio o unión temporal sería lo mismo que pedir que estas formas asociativas se

realicen entre "YO – casa matriz - con YO – SUCURSAL", puesto que como lo ha indicado la ley, las dos son UNA MISMA Y ÚNICA PERSONA JURÍDICA.

Sobra insistir en que pedir que se formen esos consorcios o uniones temporales "YO CON YO", no sólo es un imposible legal, sino un absurdo fáctico.

Con respecto a la afirmación aquí expresada le reiteramos al evaluador que su solicitud no es solo ilegal por conrariar la ley, sino que además es innecesaria pues tal y como lo expreso con total claridad el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son solo establecimiento de comercio de la matriz lo cual indica que esta no solo es solidaria sino que es responsable de las obligaciones adquiridas por virtud del contrato pues se trata de LA MISMA PERSONA JURÍDICA, no de dos sociedades diferentes como se pretende hacer ver.

Visto lo anterior queda claro que el informe de evaluación que nos ocupa demuestra un grado de desconocimiento de la ley tal, que se tiende a confundir las figuras jurídicas de sociedad subordinada, sociedad filial, sociedad controlada y la sucursal; pues mientras que las tres primeras figuras corresponden a personas jurídicas diferentes a su matriz, siendo aplicables las afirmaciones del evaluador; en el caso de la sucursal esta es solo un establecimiento de comercio luego es la misma persona jurídica que su matriz, luego las afirmaciones efectuadas por el evaluador para ese caso en particular no son aplicables ni de recibo a la luz de la ley.

Por último solo resta por solicitarle al evaluador que atendiendo los argumentos fácticos y jurídicos aquí esbozados, proceda a revisarlos en detalle y en consecuencia proceda a la corrección del informe de evaluación en lo pertinente, validando en nuestro caso los contratos presentados por la matriz a efectos de acreditar la experiencia correspondiente, pues no se trata de una persona jurídica diferente a la sucursal siendo una y otra una sola y el proponente en este proceso de selección.

A la par solicitamos que la adjudicación del contrato que resulte de este proceso de selección se lleve a cabo en audiencia pública y con previa convocatoria a los entes de control Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación, a efectos de que habiendo conocido del caso que aquí nos ocupa con anelación cumplan con su deber de vigilar las actuaciones del contratante mismas que según aquí se evidencia pueden resultar ilegales y lesivas para el erario público.

Cordial saludo,

RESPUESTA

Conforme a la observación del interesado, la Contratante no encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a los principios propios de la función administrativa, ni mucho menos, como se indica en la observación, se hayan establecido obligaciones de imposible cumplimiento, como tampoco, el establecimiento de requisitos que indujeran a los proponentes a errores para su inhabilitación dentro del proceso.

Lo anterior, por cuanto en los Términos de Referencia que rige la presente convocatoria se establecieron las reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los bienes o servicios que se pretenden contratar, de modo que cada convocatoria contiene sus propios requisitos adecuados y proporcionales, las reglas particulares de participación, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y jurídicas como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección, que garanticen la selección del oferente que cuente con los requisitos y experticia necesarios para la cabal y correcta ejecución del proyecto, los que además de ser de conocimiento previo de todos los interesados en participar, son objeto de verificación de cumplimiento por parte de los proponentes que participen, quienes deberán acreditar los requisitos exigidos para que su propuesta sea habilitada técnica, jurídica como financieramente.

De igual manera, conforme a la observación del interesado, la Contratante tampoco encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los términos de referencia, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara**, independientemente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.

De esta manera, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal C, del subnumeral “**3.1.3.1.1. REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**”, lo siguiente:

“(…)

C. No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas”.

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.

Así las cosas, **independientemente de que ostenten la misma personería jurídica o del grado de dependencia o vinculación que alcancen las sucursales respecto de su matriz**, cuando la propuesta sea presentada por la matriz, la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de los Términos de Referencia se realizarán respecto de ésta, de modo que las condiciones exigidas en los Términos de Referencia serán ostentadas por la Matriz en

su condición de Proponente, y en ese orden de ideas, si el proponente es la Sucursal, la verificación de cumplimiento de los requisitos de los Términos de Referencia se validarán de la sucursal en su condición de proponente, sin que estas condiciones se consideren limitantes o restrictivas del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria pero de manera independiente.

Lo que guarda estrecha relación con las reglas establecidas en los Términos de Referencia, en los que se establece con precisión que no se acepta la experiencia de la matriz cuando el proponente es la Sucursal legalmente establecida en Colombia, de modo que, la experiencia que se acepta será la que acredite la sucursal directamente en su condición de proponente, esto es, que la sucursal haya realizado las actividades, funciones, obligaciones que se acreditan, por cuanto ésta, en caso de resultar adjudicataria la que suscriba y ejecute el contrato, asuma las responsabilidades contractuales y garantice la ejecución del proyecto, ya que igualmente fue sobre la sucursal que se hizo la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de orden Jurídico, Técnico y Financiero.

Por lo tanto, como se señaló líneas arriba, las condiciones que rigen la convocatoria fueron conocidas por todos los interesados, ya que son de público conocimiento desde la publicación de los Términos de Referencia, de modo que, antes de presentar su oferta, los proponentes tenían pleno conocimiento que no sería de recibo la acreditación de experiencia de la sociedad controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por la matriz, o de la filial o sus subordinadas, por lo tanto, no son de recibo las observaciones tendientes a que la Contratante en este momento del proceso modifique la condición prevista en los Términos de Referencia al aceptarse la acreditación de experiencia de la empresa matriz de las sucursales que presentaron propuesta, esto es, que son proponentes directos en la convocatoria e independientemente de que ostenten la misma condición de persona jurídica.

Las reglas, requisitos o condiciones de la convocatoria establecidos en los Términos de Referencia son de estricto cumplimiento para los interesados en participar, so pena de que su propuesta no quede habilitada, de modo que tanto la Contratante como los proponentes se ciñen a las reglas contenidas en los Términos de Referencia y demás anexos que hacen parte de la contratación, por lo que, no es dable para la Contratante aceptar o modificar las condiciones que no estén contempladas en los mismos o que no se hayan aceptado mediante adenda.

En consecuencia, como es de conocimiento de los proponentes el incumplimiento de los requisitos habilitantes conlleva a que la propuesta no quede habilitada, de modo que el rechazo o la descalificación de las ofertas no depende de la libre discrecionalidad de la Contratante, sino que para rechazar o descalificar una propuesta la Contratante se sujeta a determinadas reglas que se encuentran previamente establecidas en los Términos de Referencia, de modo que la propuesta no fue habilitada con sustento en una circunstancia objetiva que conduce a la aplicación de una condición o regla de acreditación de experiencia, que valga señalar, ya era conocida por cada proponente desde la expedición de los Términos de Referencia y de la cual no se formularon observaciones por parte de los interesados en la tapa correspondiente del proceso.

Finalmente, es preciso señalar que cada interesado y ahora proponente contó con la posibilidad de conocer y estructurar sus propuestas, las cuales debían ceñirse a las reglas contenidas en los Términos de Referencia, tanto es que, el numeral 1 del Formato No. 1 (Carta de Presentación de la Propuesta) presentada por los proponentes con la propuesta, manifiestan expresamente:

“...En mi calidad de proponente declaro:

“1. Que conozco los Términos de Referencia de la presente convocatoria, sus adendas e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los demás documentos relacionados con los trabajos, y acepto cumplir todos los requisitos en ellos exigidos. ...

2. De igual forma manifiesto que acepto las consecuencias que se deriven por el incumplimiento de los requisitos a que se refiere el numeral anterior.

(...)

5. Que conozco y acepto en un todo las leyes generales y especiales aplicables a este proceso de selección. ...

9. Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, sus causales de rechazo y declaratoria de desierta, y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes. ...” entre otros.

Es decir, que los interesados manifiestan en igualdad de condiciones su pleno conocimiento de todas y cada una de las exigencias establecidas para participar en las convocatorias y la aceptación de cumplimiento.

Conforme a lo expresado como respuesta a esta observación, respecto de este proponente no se procederá a hacer ninguna modificación al resultado del Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, publicado el día veintitrés (23) de Febrero de 2017.

2). Mediante Oficio radicado en la Entidad el 27 de Febrero de 2017, el Representante Legal del Proponente No. 9 CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL BOLIVAR, presentó la siguiente observación:

“La Entidad Contratante indica:

"Mediante comunicado radicado en Findeter N° 120171000014425 del 16 de Febrero de 2017, El proponente aclara que a folio 78 el certificado entregado en su propuesta corresponde única y exclusivamente a las actividades ejecutadas por CONSORCIO CONINTUROBRESKA, el cual se considera válido para acreditar la experiencia específica solicitada en los términos de referencia en cuanto a valor y experiencia en construcción de planta de tratamiento de agua potable de más de 200 Ips. Sin embargo y de conformidad con la observación hecha por el interesado, se aclara que la parte contratante del proceso es el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO - ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., el cual es de naturaleza privada así como el régimen de contratación del proceso.

Indicado lo anterior, el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., ha configurado unos Términos de Referencia, que de ningún modo restringe la participación de las empresas extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia.

No obstante lo anterior, dada la envergadura del proyecto, se ha confeccionado para esta convocatoria unas reglas de participación precisas en aras de garantizar la capacidad técnica, jurídica y financiera, que permitan la efectiva ejecución y materialización del proyecto en los términos establecidos.

Conforme a la observación del interesado, la Contratante no encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los términos de referencia, y respuesta a observaciones a los proponentes, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar es única y exclusivamente del proponente que se presenta.

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, razón por la cual “No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas. Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal”, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra. (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, si una sociedad pretendía que se le aceptara la experiencia de otra sociedad por ser esta su matriz o subordinada, debió hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal. Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria atrás referida. (Subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta que en el contrato 1 la experiencia que se acredita corresponda a la firma OBRESCA CA, el cual no es integrante del actual proponente plural, y teniendo en cuenta lo indicado en los Términos de Referencia de la actual convocatoria, el proponente NO CUMPLE con la verificación de requisitos habilitantes, por tanto se da la condición de NO HABILITADO para continuar con el proceso de selección'.

No obstante lo anterior, son varios los reparos encontrados en los argumentos expuestos por la Entidad Contratante, los cuales se irán desarrollando teniendo en cuenta el orden expuesto en el análisis señalado por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO — ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER-FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., así:

1. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE

La Entidad en su escrito de observaciones reitera en este punto lo siguiente:

'(...) se estableció claramente, que la a experiencia a acreditar es única y exclusivamente del proponente que se presenta. (...)'

A pesar de esto, es preciso señalar, que dando cabal cumplimiento a lo señalado por la Entidad Contratante en los Términos de Referencia del Proceso que nos convoca; el Consorcio Acueducto Regional Bolívar, integrado por las sociedades KMA CONSTRUCCIONES S.A. y OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A. Sucursal Colombia, en su condición de proponente, acreditó la experiencia requerida a través del Contrato No. 97.7182-1, cuyo objeto fue la Continuación de la Construcción de la Planta de Aguas Residuales La Mariposa, Estado de Carabobo, suscrito entre el Consorcio CONINTUR OBRESCA y el Ministerio de Ambiente y de los Recursos Naturales.

Contrato, que no fue objeto de reparo en cuanto su contenido prestacional y objeto contractual atendiendo los condicionamientos técnicos de experiencia requerida por la Entidad Contratante.

De allí, que al ser un contrato ejecutado por el Consorcio del que hacía parte la Sociedad OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A., y aportado en esta oportunidad de cara a la acreditación de la experiencia exigida en la Convocatoria No. PAF-AFT-0-050-2016 (Ampliación, Captación y Producción Sistema de Acueducto Regional Arjona-Turbaco); por la misma sociedad extranjera como integrante del Consorcio Acueducto Regional Bolívar, integrado en conjunto con la sociedad KMA Construcciones S.A., no se entiende cómo el Equipo Evaluador del proceso en mención, califica de NO CUMPLE, los requisitos en este punto exigidos de conformidad con los Términos de Referencia, máxime, cuando el reparo señalado no hace mención alguna al objeto contractual del contrato aportado para el efecto por parte del Consorcio cuestionado.

Es así, que en este punto, encontramos pertinente recordar a la Entidad Contratante que Obras Especiales OBRESCA C.A., como sociedad extranjera que emprende actividades permanentes en Colombia, en los términos señalados por los Artículos 471¹, y 474² del Código de Comercio y como lo viene haciendo desde el año 1994, a partir de la decisión de constituir una Sucursal en Colombia y del acto de incorporación para el efecto; **SÓLO** puede actuar en el Territorio Nacional como persona jurídica válidamente reconocida por el Estado Colombiano, a través de la sucursal constituida para tal, denominada Obras Especiales OBRESCA C.A. Sucursal Colombia, como se evidencia en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sucursal en comento:

“(…) ESTABLECIMIENTO DE SUCURSAL: E.P. NO. 3.554 NOTARIA 19 DE SANTAFE DE BOGOTA DEL 24 DE OCTUBRE DE 1.994, INSCRITA EL 27 DE MARZO DE 1.995 BAJO EL NO. 60203 DEL LIBRO VI, SE PROTOCOLIZARON COPIAS AUTENTICAS DE LA FUNDACION DE LA SOCIEDAD OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A DOMICILIADA EN CARACAS DE SUS ESTATUTOS Y DE LA RESOLUCION QUE ACORDO EL ESTABLECIMIENTO EN COLOMBIA DE UNA SUCURSAL. — (...)”.

En este punto es de anotar, que la sociedad Venezolana OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A, no es una persona jurídica diferente a su Sucursal Colombiana, sino que de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico Colombiano es la forma de actuar que tiene dicha compañía en Colombia.

A estos efectos, llamamos la atención de la Entidad, en el sentido que si un proponente extranjero que actúe de manera directa, y resulta adjudicatario del proceso, ¿no deberá acaso constituir una sucursal en Colombia a efectos de suscribir y ejecutar el contrato?, o ¿durante la ejecución del contrato no deberá actuar por conducto de su sucursal?, o ¿no se entiende que ha emprendido negocios permanentes en Colombia, y por lo tanto en lo sucesivo deberá actuar por intermedio de su sucursal?

¿O es que la entidad contratante pretende que sea la sociedad extranjera quien suscriba y ejecute el contrato sin que medie la intervención de una sucursal?; sobre esto último recordemos que de acuerdo con el Código de Comercio Colombiano, ejecutar un contrato con una entidad que maneja recursos públicos, implica emprender negocios permanentes en Colombia, para lo cual debe constituir o tenerse constituida una sucursal?.

¹ **ARTÍCULO 471. <REQUISITOS PARA EMPRENDER NEGOCIOS PERMANENTES EN COLOMBIA>**. Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y 2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país.

² **ARTÍCULO 474. <ACTIVIDADES QUE SE TIENEN COMO PERMANENTES>**. Se tienen por actividades permanentes para efectos del artículo 471, las siguientes:

1) Abrir dentro del territorio de la República establecimientos mercantiles u oficinas de negocios aunque éstas solamente tengan un carácter técnico o de asesoría; 2) **INTERVENIR COMO CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS O EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS;** 3) Participar en cualquier forma en actividades que tengan por objeto el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado; (...) (Negrillas y subrayas fuera del original).

Por otro lado, queremos resaltar lo errado de la manifestación de la entidad, cuando afirma lo siguiente:

'..Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración v ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria atrás referida. (Subrayas fuera del texto).

Manifestamos que sus afirmaciones son completamente erradas, dado que como puede verse en el parte citado y subrayado respecto de una sucursal, al ser la misma persona jurídica de su Principal, no existe la necesidad que esta última suscriba documento alguno para comprometerse con la ejecución del contrato, ya que con el hecho que la sucursal (establecimiento de comercio que por medio de su representante legal actúa en nombre y por cuenta de la Principal; tal como lo indica nuestro Código de Comercio y diferentes conceptos de la Superintendencia de Sociedades) suscriba los documentos, de manera automática está comprometiéndolo a su Principal, motivo por el cual, debe entenderse que no son personas jurídicas diferentes y por tanto la experiencia de la Principal debe ser validada, ya que la está acreditando (para el caso que nos ocupa) a través de su sucursal.

Así las cosas, reiteramos en esta oportunidad a la Entidad, la solicitud respetuosa de convalidar la documentación aportada por el Consorcio Acueducto Regional Bolívar, y calificar como **CUMPLE**, en lo que respecta a los Requisitos Técnicos Habilitantes (objeto del reproche al que se da respuesta a través del presente documento). Lo anterior, como quiera que el Consorcio Acueducto Regional Bolívar, encontrándose dentro de los presupuestos establecidos por los Términos de Referencia en cuanto la Existencia y Representación Legal³, a través de la Estructura Plural integrada por las sociedades KMA Construcciones S.A., de nacionalidad colombiana y Obras Especiales OBRESCA C.A. Sucursal Colombia, de nacionalidad venezolana (como se observa en los Certificados de Existencia y Representación Legal allegados dentro de la documentación requerida dentro del proceso que nos convoca); aportó un contrato válido (no cuestionado en lo que corresponde a su objeto contractual) de cara a los requerimientos en este sentido señalados por la Entidad.

2. Reglas Para la Acreditación de Experiencia Específica del Proponente

En lo que corresponde a estos criterios y/o condicionamientos, la Entidad Contratante en su Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, señaló:

"En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, razón por la cual 'No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas. Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal", indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra".

³ 1...) **2.1.1. EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL.** El proponente, persona jurídica nacional o extranjera con sucursal y/o domicilio en Colombia, deberá acreditar su existencia y representación legal, aportando el certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente, en el cual se verificará: (...) 6. Término de constitución: Que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria al cierre de la presente convocatoria. Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. (...)-.

Sin embargo, a pesar de lo indicado en este sentido por la Entidad, son varias las precisiones que consideramos pertinente señalar:

- Sea lo primero indicar que los Términos de Referencia Definitivos publicados por la Entidad Contratante, en lo que corresponde a las Reglas en mención, dispuso:

*“(...) 3.1.3.1.1. **REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE***

(...)

No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas. (...)”.

Es así, que la única prohibición y/o condicionamiento válido y exigible en este sentido, a los Proponentes interesados en la convocatoria de la referencia, es aquella relacionada con intentar acreditar la experiencia requerida a través de las sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas.

Condicionamiento que de ninguna forma, se ve quebrantado por la fórmula de acreditación de experiencia propuesta por el Consorcio Acueducto Regional Bolívar, ya que en este caso no estamos frente a una situación de control, fenómeno que se pretende regular con el pliego de condiciones; sino que por el contrario, estamos frente a una sociedad extranjera que actúa de manera directa a través de su sucursal (entidad jurídica que no es independiente la sociedad extranjera, sino que se toma como un establecimiento de comercio para que pueda adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio nacional), dando cumplimiento a la normativa mercantil prevista para el efecto.

Afirmación, que encuentra sustento, al poner de presente al Equipo Evaluador que el Consorcio Acueducto Regional Bolívar, al estar integrado por las sociedades KMA Construcciones S.A. y Obras Especiales OBRESCA C.A. Sucursal Colombia, ésta última, en su condición de consorciado del Proponente y como prolongación en el territorio Colombiano, de su Principal (Obras Especiales OBRESCA C.A.), podía válidamente aportar un contrato debidamente suscrito y ejecutado por Obras Especiales OBRESCA C.A., sociedad extranjera de nacionalidad venezolana, domiciliada en la ciudad de Caracas, dada la total identidad que existe entre una Principal y su sucursal establecida fuera de su domicilio principal.

Entendimiento que en múltiples oportunidades ha reconocido la Superintendencia de Sociedades (organismo técnico y máxima autoridad en términos societarios al interior del país⁴), así:

"(...) la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad. Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir una autonomía operativa a la sucursal, y con el fin de obtener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en el desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que se les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de sus representantes, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem. «La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio" (...)"⁵

"(...) De las disposiciones citadas, se infiere sin lugar a dudas que en cualquier caso la sucursal, sea nacional o extranjera no es un ente autónomo diferente a la matriz toda vez que no goza de personería jurídica independiente: se trata de un establecimiento de comercio que hace parte de la sociedad y del cual ésta se vale para desarrollar los negocios que comprenden su objeto social" (...)"⁶

-Ahora, en cuanto a lo traído a colación por la Entidad Contratante al mencionar en su Informe de Validación de los Requisitos Habilitantes, lo siguiente:

"(...) "Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal", indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra:".

Debemos partir diciendo que la expresión "Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal," es en sí un pleonasma, como quiera que la "Experiencia de la Respectiva Sucursal" "supone intrínsecamente hablar de la experiencia de la sociedad extranjera domiciliada fuera del territorio colombiano (para el caso que nos ocupa), atendiendo el concepto de identidad que existe entre una sociedad extranjera y su sucursal (antes señalado y avalado reiterativamente no sólo por la Superintendencia de Sociedades, sino por reconocidos doctrinantes de la materia).

⁴ Encargado además de la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales.

⁵ Concepto 220-10038 del 12 de marzo de 2002, Superintendencia de Sociedades.

⁶ Doctrinas y Conceptos Jurídicos- Superintendencia de Sociedades 2000, páginas 664,665 y 666.

Así las cosas, la Entidad Contratante al indicar que sólo se aceptará la experiencia de la respectiva sucursal (cuando se trate de sociedades extranjeras, como personas jurídicas válidamente reconocidas en los Términos de Referencia, para participar en el precitado Proceso de Selección); no hace otra cosa, que convalidar la experiencia que aporte una sucursal en representación de su Principal, como prolongación dentro del Territorio Nacional, de determinada sociedad extranjera cuyo domicilio principal se encuentra por fuera del territorio del Estado Colombiano.

Por otro lado, es importante resaltar que la regla citada "Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal", además de contrariar el ordenamiento jurídico Colombiano, es una regla que no se encuentra dentro del Pliego de Condiciones que nos ocupa, razón por la cual entendemos que es una condición nueva que está imponiendo el Comité Evaluador, lo cual a todas luces es ilegal y contraría el principio de transparencia, publicidad y selección objetiva, que deben guardar todos los procesos de selección en los que medien recursos públicos.

Ahora, si bajo la afirmación «Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal', indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.»; el entendimiento del Equipo Evaluador nos ubica en el supuesto en que para el caso específico de las sociedades extranjeras que quisieran participar, sólo se les tendría como válida la experiencia que pudieran acreditar a través de los contratos ejecutados por su sucursal, en el territorio nacional, tendríamos que decir al respecto, que tal exigencia comportaría en sí misma, un criterio subjetivo de exclusión de participantes, limitando la participación dentro del proceso que nos convoca, casi que sólo a contratistas locales, impidiendo de tajo una real selección objetiva de contratistas, propósito último de entidades como FINDETER, que aunque se estructuran como de derecho privado, excluidas del Régimen de la Contratación Pública, si deben guiarse por los principios orientadores descritos en los Artículos 209 y 267 de la Constitución Política del país.

De hecho, ubicarnos bajo el supuesto anterior implica para la Entidad Contratante el desconocimiento de la normatividad Colombiana que en materia comercial regula las actuaciones de las sociedades extranjeras al interior del territorio nacional; como quiera que para las mismas, cuando deciden ejecutar actividades comerciales de carácter permanente deben hacerlo única y exclusivamente a través de la sucursal que para el efecto constituyen en Colombia y la cual se comporta como un simple establecimiento de su Principal con quien además comparten una única identidad.

Es más, un entendimiento de este tipo, se erige sin vergüenza alguna, como una efectiva limitación a la libertad de empresa e iniciativa privada proscrita en el artículo 333 de la Constitución Nacional, garantía de quienes incluso llegan al país y se someten a las normas comerciales con el único propósito de abrirse espacios a mercados por fuera de su domicilio principal.

Finalmente, encontramos preciso señalar, que es mucho más frecuente de lo que imaginamos, que en la cotidianidad se confundan los conceptos de sucursales y filiales, pero no obstante ello, mal haría un Equipo Evaluador desarrollar un argumento que parte de un concepto errado, por lo que pareciera tenerse dada la descripción de lo expuesto por el mismo, tanto en su Documento de Subsancibilidad, como lo reiterado en su Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes.

De este modo, siendo las Sucursales de Sociedades Extranjeras en Colombia, simples establecimientos de comercio de las mismas, con vocación de representación de su Principal y entendiéndose estas como una misma persona, dado que una es la prolongación de la otra (como se ha explicado a lo largo de



este documento), mal haría entonces en cercenarse la posibilidad que tiene de participar una sociedad extranjera a través de su sucursal en Colombia (única opción válida para el efecto), estando ésta, de conformidad con lo precitado en este sentido por los Términos de Condiciones de la Convocatoria No. PAF-AFT-0-050-2016 — Ampliación, Captación y Producción Sistema de Acueducto Regional Arjona-Turbaco; esto es, que se encuentre inscrita con cinco (5) años de antelación a la fecha de cierre de la referida convocatoria, y con lo que cabalmente cumple la sociedad OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A. Sucursal Colombia, inscrita desde el año 1995 en Colombia, cuando se oficializó el acto de incorporación, dada la decisión de constituir una Sucursal en Colombia, dado el interés de ampliar el horizonte de su objeto social fuera de su domicilio principal (Caracas, Venezuela).

De allí, que de lo expuesto con antelación, respetuosamente reiteramos la solicitud ya antes elevada a la Entidad Contratante, por medio de la Respuesta que se dio en primer término a su Documento de Subsanción del pasado diez (10) de Febrero del año en curso.

Es decir, que se acepte la experiencia acreditada por parte del CONSORCIO ACUEDUCTO REGIONAL BOLÍVAR, como quiera que el contrato aportado por OBRAS ESPECIALES OBRESCA SUCURSAL COLOMBIA, en su condición de consorciado, no lo hace como persona jurídica ajena a la sociedad OBRAS ESPECIALES OBRESCA C.A., sino como un establecimiento de comercio de la misma, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., Colombia, que actúa en nombre y representación de la sociedad extranjera y que tiene la virtualidad no sólo de representarla sino de ser equiparada como una misma identidad.

RESPUESTA

Conforme a la observación del interesado, la Contratante se permite dar respuesta a sus observaciones en los siguientes términos:

Los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria establecieron reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los bienes o servicios que se pretenden contratar, de modo que cada convocatoria contiene sus propios requisitos adecuados y proporcionales, las reglas particulares de participación, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y jurídicas como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección, que garanticen la selección del oferente que cuente con los requisitos y experticia necesarios para la cabal y correcta ejecución del proyecto, los que además de ser de conocimiento previo de todos los interesados en participar, son objeto de verificación de cumplimiento por parte de los proponentes que participen, quienes deberán acreditar los requisitos exigidos para que su propuesta sea habilitada técnica, jurídica como financieramente.

De igual manera, conforme a la observación del interesado, la Contratante tampoco encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los Términos de Referencia, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara**, independientemente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.

De esta manera, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal C, del subnumeral “3.1.3.1.1. REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE”, lo siguiente:

“(…)

C. No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas”.

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.

Así las cosas, **independientemente de que ostenten la misma personería jurídica o del grado de dependencia o vinculación que alcancen las sucursales respecto de su matriz**, cuando la propuesta sea presentada por la matriz, la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de los Términos de Referencia se realizarán respecto de ésta, de modo que las condiciones exigidas en los Términos de Referencia serán ostentadas por la Matriz en su condición de Proponente, y en ese orden de ideas, si el proponente es la sucursal, la verificación de cumplimiento de los requisitos de los Términos de Referencia se validarán de la sucursal en su condición de proponente, sin que estas condiciones se consideren limitantes o restrictivas del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria, pero de manera independiente.

Conforme a lo anterior y en atención a los cuestionamientos que propone el proponente en su observación, respecto a que:

“(…), llamamos la atención de la Entidad, en el sentido que si un proponente extranjero que actúe de manera directa, y resulta adjudicatario del proceso, ¿no deberá acaso constituir una sucursal en Colombia a efectos de suscribir y ejecutar el contrato?, o ¿durante la ejecución del contrato no deberá actuar por conducto de su sucursal?, o ¿no se entiende que ha emprendido negocios permanentes en Colombia, y por lo tanto en lo sucesivo deberá actuar por intermedio de su sucursal?

¿O es que la entidad contratante pretende que sea la sociedad extranjera quien suscriba y ejecute el contrato sin que medie la intervención de una sucursal?; sobre esto último recordemos que de acuerdo con el Código de Comercio Colombiano, ejecutar un contrato con una entidad que maneja recursos públicos, implica emprender negocios permanentes en Colombia, para lo cual debe constituir o tenerse constituida una sucursal?.

La Contratante, frente a estos cuestionamientos aclara al proponente que de ninguna forma los presentes Términos de Referencia **restringen la capacidad de ejercicio de la Sucursal de la Empresa Extranjera establecida en Colombia que llegase a ser adjudicataria del proceso**, por cuanto, como primera medida, nos encontramos en una etapa precontractual y no de ejecución del Contrato; y segundo, porque la regla en cuestión va única y exclusivamente dirigida para la acreditación de experiencia.

Se reitera nuevamente al proponente que si una empresa extranjera pretendía participar dentro de la convocatoria como oferente, esta podía efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual debería acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas.

Lo que guarda estrecha relación con la regla establecida en los Términos de Referencia, en los que se estableció con precisión que no se acepta la experiencia de la matriz cuando el proponente es la Sucursal legalmente establecida en Colombia, de modo que, la experiencia que se acepta será la que acredite la sucursal directamente en su condición de proponente, esto es, que la sucursal haya realizado las actividades, funciones, obligaciones que se acreditan, por cuanto ésta, en caso de resultar adjudicataria, es la que suscriba y ejecute el contrato, asuma las responsabilidades contractuales y garantice la ejecución del proyecto, ya que igualmente fue sobre la sucursal que se hizo la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de orden Jurídico, Técnico y Financiero.

Por lo tanto, como se señaló líneas arriba, las condiciones que rigen la convocatoria fueron conocidas por todos los interesados, ya que son de público conocimiento desde la publicación de los Términos de Referencia, de modo que, antes de presentar su oferta, los proponentes tenían pleno conocimiento que no sería de recibo la acreditación de experiencia de la sociedad controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por la matriz, o de la filial o sus subordinadas, por lo tanto, no son de recibo las observaciones tendientes a que la Contratante en este momento del proceso modifique la condición prevista en los Términos de Referencia al aceptarse la acreditación de experiencia de la empresa matriz de las sucursales que presentaron propuesta, esto es, que son proponentes directos en la convocatoria e independientemente de que ostenten la misma condición de persona jurídica.

Las reglas, requisitos o condiciones de la convocatoria establecidos en los Términos de Referencia son de estricto cumplimiento para los interesados en participar, so pena de que su propuesta no quede habilitada, de modo que tanto la Contratante como los proponentes se ciñen a las reglas contenidas en los Términos de Referencia y demás anexos que hacen parte de la contratación, por lo que, no es dable para la Contratante aceptar o modificar las condiciones que no estén contempladas en los mismos o que no se hayan aceptado mediante adenda.

En consecuencia, como es de conocimiento de los proponentes el incumplimiento de los requisitos habilitantes conlleva a que la propuesta no quede habilitada, de modo que el rechazo o la descalificación de las ofertas no depende de la libre discrecionalidad de la Contratante, sino que para rechazar o descalificar una propuesta la Contratante se sujeta a determinadas reglas que se encuentran previamente establecidas en los Términos de Referencia, de modo que la propuesta no fue habilitada con sustento en una circunstancia objetiva que conduce a la aplicación de una condición o regla de acreditación de experiencia, que valga señalar, ya era conocida por cada proponente desde la expedición de los términos de referencia y de la cual no se formularon observaciones por parte de los interesados en la tapa correspondiente del proceso.

Finalmente, es preciso señalar que cada interesado y ahora proponente contó con la posibilidad de conocer y estructurar sus propuestas, las cuales debían ceñirse a las reglas contenidas en los Términos de Referencia, tanto es que, el numeral 1 del Formato No. 1 (Carta de Presentación de la Propuesta) presentada por los proponentes con la propuesta, manifiestan expresamente:

“...En mi calidad de proponente declaro:

“1. Que conozco los Términos de Referencia de la presente convocatoria, sus adendas e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los demás documentos relacionados con los trabajos, y acepto cumplir todos los requisitos en ellos exigidos. ...

2. De igual forma manifiesto que acepto las consecuencias que se deriven por el incumplimiento de los requisitos a que se refiere el numeral anterior.

(...)

5. Que conozco y acepto en un todo las leyes generales y especiales aplicables a este proceso de selección. ...

9 Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, sus causales de rechazo y declaratoria de desierta, y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes. ...” entre otros.

Es decir, que los interesados manifiestan en igualdad de condiciones su pleno conocimiento de todas y cada una de las exigencias establecidas para participar en las convocatorias y la aceptación de cumplimiento.

Conforme a lo expresado como respuesta a esta observación, respecto de este proponente no se procederá a hacer ninguna modificación al resultado del Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, publicado el día veintitrés (23) de Febrero de 2017.

3). Mediante Oficio radicado en la Entidad el 27 de Febrero de 2017, el Representante Legal del Proponente No. 11 CONSORCIO RAED, presentó la siguiente observación:

“El día veintitrés (23) de febrero de 2017 fue publicado el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes y en la página 2 de dicho documento se presenta un resumen de la evaluación realizada, en el cual se indica que la participación de CONSORCIO RAED ha sido rechazada del proceso de selección arriba señalado, en atención a que no cumple con los requisitos técnicos y jurídicos.

CONSORCIO RAED discrepa de tal apreciación y considera que reúne los requisitos para ser habilitado y continuar participando en el proceso, por los motivos que señala a continuación.

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS JURÍDICOS.

*La posición de la entidad directora del proceso de selección respecto a este punto es confuso, pues, mientras en una sección del documento¹ indica que CONSORCIO RAED no subsanó el hecho que la sucursal de ROVER ALCISA COLOMBIA no cumpliera con los cinco años de constitución en Colombia, ya que a la fecha de cierre de la convocatoria, solo tenía 4.8 años, al finalizar la evaluación y emitir concepto² al respecto, expresa, en mayúsculas, negrillas y con subrayado, que CONSORCIO RAED **“ESTÁ HABILITADO JURÍDICAMENTE”** (Mayúscula, negrillas y subrayado propio).*

*No obstante, lo anterior, continuando la lectura de la sección denominada Concepto, se encuentra que si bien el Proponente estaría jurídicamente habilitado, manifiesta que no cumple con el “Término de constitución exigido en los Términos de Referencia, esto es, que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. **Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Es de anotar que la Sucursal fue Inscrita** el 04 de Junio de 2012, y el cierre de la presente Convocatoria fue el 31 de Enero de 2017.” (Cursiva fuera de texto, negrillas propias.)*

Si se realiza una interpretación por contexto, en los términos en que lo prevé el artículo 303 del Código Civil Colombiano, se colige que la voluntad de la entidad es rechazar al proponente por el motivo aquí indicado, rechazo que se surte, desconociendo los argumentos jurídicos puestos de presente por CONSORCIO RAED en documento radicado el día 16 de febrero de 2017 a las 16:52 con no. de radicación: 120171000014510, conforme a los cuales, la restricción realizada por la Entidad Directora del proceso de selección, en el sentido de impedir la participación de personas jurídicas extranjeras con sucursales en Colombia constituidas en plazo inferior a cinco (5) años anteriores a la fecha de cierre del proceso, constituye una violación al ordenamiento jurídico Colombiano, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

¹ Findeter - Convocatoria N° PAF-ATF-O-050 – 2016 Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes – Página 49.

² Findeter - Convocatoria N° PAF-ATF-O-050 – 2016 Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes – Página 51.

En consecuencia, a lo anterior, CONSORCIO RAED solicita se complemente el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes realizado y publicado por esa Entidad el día veintitrés (23) de febrero de 2017 y en aplicación de los principios de legalidad, publicidad y, sobre todo, de transparencia, a los cuales se encuentra subordinado el presente proceso de selección, indique cuales son los fundamentos jurídicos de fondo que le llevan a no habilitar jurídicamente a este CONSORCIO.

Tal como se indicó en la comunicación radicada el día 16 de febrero de 2017 a las 16:52 con no. de radicación: 120171000014510, condicionar la participación de personas jurídicas extranjeras con sucursales en Colombia a que la fecha de constitución de dichas sucursales sea mínima de cinco años anteriores a la fecha de cierre del proceso de selección, es una exigencia restrictiva, subjetiva y carente de asidero jurídico, principalmente por las razones que brevemente de describen a continuación y que, como se dijo al inicio del párrafo, se indicaron in extenso en la comunicación precitada.

-El Código de Comercio Colombiano regula lo relacionado a las sociedades extranjeras en el país y, en el artículo 471, prevé expresamente que para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio y que para tales efectos deberá:

“1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y 2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país.”

Lo anterior evidencia que la Entidad que adelanta el proceso de selección está estableciendo requisitos no previstos por la norma, ya que las sociedades extranjeras pueden celebrar negocios en Colombia simplemente con la acreditación de los anteriores requisitos, siendo indiferente su fecha de constitución.

-La sucursal es una extensión de la sociedad principal, de manera que si la fecha de constitución resultare un requisito relevante para la participación dentro del proceso de selección, debería tomarse la fecha de constitución de la sociedad principal, ya que la sucursal no es personas jurídicas diferentes, sino que depende jurídica y económicamente de esa sociedad principal.

-La antigüedad de la sucursal no es un factor que ofrezca, ni legal, ni circunstancialmente, un respaldo adicional al Contratante ni que garantice la satisfacción del interés público; en efecto, la finalidad de la constitución de sucursales es completamente diferente y fue expresada por el Consejo de Estado en sentencia de 6 de agosto de 1985, que pese a su fecha de emisión, continúa teniendo vigencia dado que versa sobre el espíritu de la norma: “Lo que previó el ordenamiento jurídico al obligar a dichas sociedades a abrir sucursales en Colombia **fue incorporarlas al sistema jurídico y económico del país y asegurar que ellas, mediante mandatarios residentes aquí, estén en capacidad de responder cualquier requerimiento oficial o particular en forma inmediata y efectiva al igual que las demás personas nacionales o extranjeras, residentes en el territorio nacional**”⁴. (Cursiva, subrayado y negrilla fuera de texto).

³ **CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. ARTICULO 30.** “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. (...)”

-La Superintendencia de Sociedades en oficios contentivos de conceptos emitidos durante los años de 20155 y 20166, no solo han ratificado la posición del Consejo de Estado, sino que han señalado que quien ostenta la capacidad jurídica, entendida esta como la capacidad para endeudarse y contraer obligaciones de cualquier tipo, es la compañía extranjera que *“ha trascendido las fronteras de su domicilio a través de su establecimiento de comercio”*.

-Los requisitos habilitantes, de acuerdo a lo expresado por Colombia Compra Eficiente, ente rector en materia de contratación, cuyas directrices, si bien principalmente están dirigidas a entidades que se rigen por el Estatuto de Contratación Estatal, tienen como finalidad lograr una mayor transparencia y eficiencia dentro de los procesos de contratación, es decir, la aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, que como ya se indicó, si le son aplicables al presente proceso.

Así entonces, los requisitos habilitantes, para Colombia Compra Eficiente se definen así: “Los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación.” (Cursiva y negrilla fuera de texto)

Partiendo entonces que los requisitos habilitantes tienen el propósito de determinar la capacidad de un proponente y que a la luz de la normatividad vigente en la materia, la jurisprudencia y otros criterios auxiliares de interpretación de la Ley, la constitución de la sucursal genera los mismos efectos, desde el día uno (1) al año quinto (5) como se solicita en el presente proceso, no se ve de que forma la antigüedad de la constitución de una sucursal, puede constituir un elemento que le indique al ente Contratante, que el proponente se encuentra en mejor condición de cumplir con el contrato a celebrar y por ello, se solicita a la Entidad directora del proceso de selección indique, (I) Los fundamentos jurídicos que sustentan su exigencia y por los cuales, CONSORCIO RAED no se encuentra habilitado jurídicamente para participar en el proceso y (II) Atienda los argumentos expuestos por el Consorcio, tanto en el presente escrito, como en la comunicación radicada el día 16 de febrero de 2017 a las 16:52 con no. de radicación: 120171000014510 y se pronuncie respecto de cada uno de ellos.

Finalmente llama la atención que la misma Entidad, en Informes de Verificación de Requisitos Habilitantes realizados respecto de otros procesos de selección, como por ejemplo en la Convocatoria No. PAF-EUC-O-005-2016 cuyo objeto era Contratar la “Ejecución De Estudios, Diseños, Construcción y Puesta En Funcionamiento de un Colegio y un Centro de desarrollo infantil ubicados en la Urbanización Vida Nueva en el Municipio De Soacha, Departamento De Cundinamarca” entre otros, si ha atendido, con argumentos jurídicos suficientes, esto es, citando normas de las codificaciones civiles y comerciales, jurisprudencias de las altas corporaciones, etc, las observaciones formuladas por los proponentes, mientras que en el presente proceso, se limitan a presentar un precario concepto de cuatro renglones, desprovisto de cualquier análisis jurídico y además, contradictorio.

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Eduardo Suescún Monroy, fecha: 6 de agosto de 1985. Compañía Minera Marathon Ltda Vs. Carbocol y la Nación.

5 Superintendencia de Sociedades Oficio 220-131628 de 29 de febrero de 2015.

6 Superintendencia de Sociedades Oficio 220-047982 de 29 de febrero de 2016

7 Superintendencia de Sociedades Oficio 220-131628 de 29 de febrero de 2015

RESPUESTA

Conforme a la observación del proponente, se procederá a hacer un ajuste a la evaluación del proponente por cuanto le asiste razón en cuanto la contradicción presentada en la plantilla, donde se muestra al proponente como habilitado cuando claramente el resultado de la evaluación no deriva esa condición.

Ahora bien, en cuanto a sus observaciones se aclara al proponente que dada la envergadura del proyecto, se ha confeccionado para esta convocatoria unas reglas de participación precisas en aras de garantizar la capacidad técnica, jurídica y financiera, que permitan la efectiva ejecución y materialización del proyecto en los términos establecidos.

Para tales efectos se dispuso en el Numeral 6 del *Subnumeral 2.1.1. EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL* de los Términos de Referencia, lo siguiente:

“Que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria al cierre de la presente convocatoria. **Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria**”. (Negrilla y Subrayado por fuera del texto original)

Conforme a la observación del interesado, la Contratante no encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los términos de referencia, se estableció claramente el término de constitución mínimo exigido respecto del proponente que se presentara, condición que no fue cumplida por el integrante del Consorcio, **ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA**. Es de anotar que la Sucursal fue Inscrita el 04 de Junio de 2012, y el cierre de la presente Convocatoria fue el 31 de Enero de 2017, por lo que claramente el integrante del Consorcio no cumplió el requisito habilitante de orden jurídico, así haya sido por un estrecho margen.

De esta forma, es preciso aclararle al proponente que el proceso brindó la oportunidad para que éste subsanara su oferta de conformidad con los requerimientos efectuado por la Contratante, y ante la no subsanación satisfactoria por parte del proponente, pues no pudo acreditar el termino de constitución mínimo y exigido de la sucursal, se publicaron los resultados de la evaluación en el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, en los que el proponente fue inhabilitado jurídicamente para continuar en el proceso por el no cumplimiento de lo exigido por los Términos de Referencia.

CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS TÉCNICOS.

En atención del documento **“INFORME DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES”**, que establece en su página 98 el no cumplimiento de los requisitos mínimos habilitantes en su componente del numeral **b.**, y en relación a esto, que FINDETER indica como soporte del rechazo de la propuesta, entre otros:



“...Indicado lo anterior, el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., ha configurado unos Términos de Referencia, que de ningún modo restringe la participación de las empresas extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia.

No obstante lo anterior, dada la envergadura del proyecto, se ha confeccionado para esta convocatoria unas reglas de participación precisas en aras de garantizar la capacidad técnica, jurídica y financiera, que permitan la efectiva ejecución y materialización del proyecto en los términos establecidos (...).

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, razón por la cual “No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas. Tratándose de sucursales de sociedades extranjeras sólo se aceptara la experiencia de la respectiva sucursal”, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.

Así las cosas, si una sociedad pretendía que se le aceptara la experiencia de otra sociedad por ser esta su matriz o subordinada, debió hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal. Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria atrás referida...”

De lo anterior, es necesario indicar que si bien es cierto se tiene una naturaleza privada en el proceso de selección en curso, no es menos cierto que esta libertad no faculta al PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., a generar situaciones jurídicas diferentes a las asociadas a la conformación de la Unidad de Matriz y Sucursal, las cuales están previamente definidas en la legislación Colombiana y tratados comerciales.

Este tema ha sido tema de discusión, y al respecto la Superintendencia de Sociedades ha sido clara en definir y conceptuar en relación de la naturaleza jurídica de las sucursales y matrices en el territorio Colombiano:

“...220-30783

Sobre el particular y partiendo de la base que en la consulta no se precisa como prestarían sus servicios los funcionarios ni qué actividad desarrollarían, es pertinente realizar las siguientes consideraciones:

La legislación mercantil establece unos parámetros para diferenciar entre sociedades extranjeras y sucursales de sociedades extranjeras. En efecto, el artículo 419 del Código de Comercio estipula:

"Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior".

De lo transcrito se desprende que el régimen colombiano, en su interés de ubicar la llamada sociedad extranjera, para efectos de determinación del tratamiento de la inversión extranjera, fundamenta la figura en 2 premisas:

- a. Que se haya constituido bajo las leyes de otro país y
- b. Que tenga domicilio principal en el exterior.

Así mismo, la ley colombiana no se encarga de definir lo que es una sucursal de sociedad extranjera, tan solo el artículo 471 del Código de Comercio, dispone que si la sociedad foránea va a establecer negocios de carácter permanente en Colombia deberá abrir una sucursal con domicilio en el territorio nacional.

A su vez el artículo 497 *ibidem*, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras el régimen de las nacionales, lo cual permite ubicar un concepto de lo que es una sucursal de sociedad extranjera.

En efecto, el artículo 263 del Código de Comercio, prescribe que:

"Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad..."

Así las cosas, se debe entender por sucursal de sociedad extranjera, el o los establecimientos de comercio abiertos por ésta en el territorio nacional para la ejecución de actividades permanentes en los términos del artículo 474 del Código de Comercio.

Lo anterior permite precisar que la sucursal nacional o extranjera, no es un ente autónomo distinto de la matriz, por cuanto que no goza de personería jurídica independiente..."

En otro pronunciamiento, la Superintendencia de sociedades ha ratificado:

"...Por su parte, como ha sido opinión reiterada de la Entidad, las sucursales de las sociedades extranjeras son una prolongación en el territorio nacional de la sociedad cuyo domicilio se encuentra en el exterior, es un establecimiento de comercio que se incorpora al país con el fin de que la sociedad en el exterior desarrolle las actividades de carácter permanentes señaladas en el documento de incorporación. Lo expuesto pone de presente, que la titular de la personería jurídica es de la sociedad en el exterior o casa matriz al paso que las sucursales son establecimientos a través de los cuales actúa la sociedad dentro del territorio nacional.

Así lo ha expresado la Entidad en diversos pronunciamientos, uno de ellos, a través del Oficio 220- 58283 de 1996, se refirió en los siguientes términos "(...) En cuanto a las sucursales de las sociedades extranjeras, si bien la ley no las define, el artículo 497 del Código de Comercio, por remisión, hace aplicable a la situación de las sociedades extranjeras, el régimen de las nacionales, lo cual nos permite esbozar una definición de la sucursal de sociedad extranjera, así: son sucursales de compañías extranjeras, los establecimientos de comercio abiertos por éstas en el territorio nacional.

Así las cosas, si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las

disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem “La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio...”

Con fundamento en lo anterior, podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo.” Oficio 220-116279 Del 22 de Agosto de 2013-09-05

En este entendido, teniendo en cuenta el anterior concepto y lo argumentado por parte de los evaluadores en la parte técnica, existe una incoherencia en lo mencionado en la parte motiva de la decisión de esta evaluación, ya que quien se está obligando ante la entidad de adelantar la obra no es la sucursal colombiana de la compañía, si no la casa Matriz Espina & Delfin S.L., quien para efectos prácticos se estableció en el país por medio del establecimiento de comercio conocido como Sucursal, y quien a su vez conforme a la normativa en materia de acreditación de la experiencia como proponente en procesos de contratación con las entidades del Estado, tiene registrada ante la Cámara de Comercio de Bogotá la experiencia técnica y financiera.

Con base a esto, cuando los evaluadores hacen la siguiente apreciación: “Así las cosas, si una sociedad pretendía que se le aceptara la experiencia de otra sociedad por ser esta su matriz o subordinada, debió hacer uso de los esquemas asociativos estipulados en los términos de referencia y constituir un proponente plural, bien sea consorcio o unión temporal. Se realiza esta exigencia toda vez que si se acepta la experiencia de una sociedad matriz o subordinada, ésta tendría que responder de manera solidaria por la celebración y ejecución del contrato, condición que sólo es posible con la suscripción del documento de constitución del consorcio o de la unión temporal en el cual se incluya la cláusula de responsabilidad solidaria atrás referida.” Esta desconociendo la existencia de una unidad de materia en relación a que la sucursal colombiana no es otra cosa que una extensión de la casa matriz en Colombia y quien se está obligando no es otra que la casa matriz, quien es a su vez es quien responderá ante la entidad en la ejecución a cabalidad de la obra contrata; y no como se está argumentando en este caso, ya que es imposible asociarme yo con yo, tal y como lo menciona los evaluadores como medio de solución al momento del rechazo de la experiencia aportada en la propuesta presentada...”

Como puede observarse, el concepto y análisis efectuado por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER - FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A., desconoce en su integridad, y es contrario a lo conceptuado en su momento por la Superintendencia de Sociedades, autoridad en la Materia.

De lo anterior y lo soportado previamente por el consorcio dentro del proceso, nuevamente se reitera que Espina & Delfin Colombia es una sucursal de la Matriz Espina & Delfin S.L., y en consecuencia, la experiencia presentada en el proceso no puede ser objeto de ser descalificación, por una apreciación al margen del ordenamiento jurídico, y que desconoce que Espina & Delfin Colombia es una sociedad extranjera.

Teniendo en cuenta lo expuesto y el documento previo de contestación de observaciones (adjunto), amablemente reconsiderar la respuesta dada, solicitando responder y motivar de fondo la respuesta dada, ya que si bien es cierto el proceso tiene naturaleza privada, sus medios de control corresponden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

RESPUESTA

De igual manera, conforme a la observación del interesado, la Contratante tampoco encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los Términos de Referencia, se estableció claramente, que la experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara**, independientemente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.

De esta manera, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal C, del subnumeral “**3.1.3.1.1. REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE**”, lo siguiente:

“(…)

C. No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas”.

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.

Así las cosas, **indistintamente de que ostenten la misma personería jurídica o del grado de dependencia o vinculación que alcancen las sucursales respecto de su matriz**, cuando la propuesta sea presentada por la matriz, la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de los Términos de Referencia se realizarán respecto de ésta, de modo que las condiciones exigidas en los Términos de Referencia serán ostentadas por la Matriz en su condición de Proponente, y en ese orden de ideas, si el proponente es la sucursal, la verificación de cumplimiento de los requisitos de los Términos de Referencia se validarán de la sucursal en su condición de proponente, sin que estas condiciones se consideren limitantes o restrictivas del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes, deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria, pero de manera independiente.

Se reitera nuevamente al proponente que si una empresa extranjera pretendía participar dentro de la convocatoria como oferente, esta podía efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual debería acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas.

Lo que guarda estrecha relación con la regla establecida en los términos de referencia, en los que se estableció con precisión que no se acepta la experiencia de la matriz cuando el proponente es la Sucursal legalmente establecida en Colombia, de modo que, la experiencia que se acepta será la que acredite la sucursal directamente en su condición de proponente, esto es, que la sucursal haya realizado las actividades, funciones, obligaciones que se acreditan, por cuanto ésta, en caso de resultar adjudicataria, es la que suscriba y ejecute el contrato, asuma las responsabilidades contractuales y garantice la ejecución del proyecto, ya que igualmente fue sobre la sucursal que se hizo la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de orden Jurídico, Técnico y Financiero.

Por lo tanto, como se señaló líneas arriba, las condiciones que rigen la convocatoria fueron conocidas por todos los interesados, ya que son de público conocimiento desde la publicación de los Términos de Referencia, de modo que, antes de presentar su oferta, los proponentes tenían pleno conocimiento que no sería de recibo la acreditación de experiencia de la sociedad controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por la matriz, o de la filial o sus subordinadas, por lo tanto, no son de recibo las observaciones tendientes a que la Contratante en este momento del proceso modifique la condición prevista en los Términos de Referencia al aceptarse la acreditación de experiencia de la empresa matriz de las sucursales que presentaron propuesta, esto es, que son proponentes directos en la convocatoria e independientemente de que ostenten la misma condición de persona jurídica.

Las reglas, requisitos o condiciones de la convocatoria establecidos en los Términos de Referencia son de estricto cumplimiento para los interesados en participar, so pena de que su propuesta no quede habilitada, de modo que tanto la Contratante como los proponentes se ciñen a las reglas contenidas en los Términos de Referencia y demás anexos que hacen parte de la contratación, por lo que, no es dable para la Contratante aceptar o modificar las condiciones que no estén contempladas en los mismos o que no se hayan aceptado mediante adenda.

En consecuencia, como es de conocimiento de los proponentes el incumplimiento de los requisitos habilitantes conlleva a que la propuesta no quede habilitada, de modo que el rechazo o la descalificación de las ofertas no depende de la libre discrecionalidad de la Contratante, sino que para rechazar o descalificar una propuesta la Contratante se sujeta a determinadas reglas que se encuentran previamente establecidas en los Términos de Referencia, de modo que la propuesta no fue habilitada con sustento en una circunstancia objetiva que conduce a la aplicación de una condición o regla de acreditación de experiencia, que valga señalar, ya era conocida por cada proponente desde la expedición de los términos de referencia y de la cual no se formularon observaciones por parte de los interesados en la tapa correspondiente del proceso.

Finalmente, es preciso señalar que cada interesado y ahora proponente contó con la posibilidad de conocer y estructurar sus propuestas, las cuales debían ceñirse a las reglas contenidas en los Términos de Referencia, tanto es que, el numeral 1 del Formato No. 1 (Carta de Presentación de la Propuesta) presentada por los proponentes con la propuesta, manifiestan expresamente:

“...En mi calidad de proponente declaro:

“1. Que conozco los Términos de Referencia de la presente convocatoria, sus adendas e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los demás documentos relacionados con los trabajos, y acepto cumplir todos los requisitos en ellos exigidos. ...

2. De igual forma manifiesto que acepto las consecuencias que se deriven por el incumplimiento de los requisitos a que se refiere el numeral anterior.

(...)

5. Que conozco y acepto en un todo las leyes generales y especiales aplicables a este proceso de selección. ...

9 Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, sus causales de rechazo y declaratoria de desierta, y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes. ...” entre otros.

Es decir, que los interesados manifiestan en igualdad de condiciones su pleno conocimiento de todas y cada una de las exigencias establecidas para participar en las convocatorias y la aceptación de cumplimiento.

Conforme a lo expresado como respuesta a esta observación, respecto de este proponente no se procederá a hacer ninguna modificación al resultado del Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, publicado el día veintitrés (23) de Febrero de 2017.

4). Mediante Oficio radicado en la Entidad el 27 de Febrero de 2017, el Representante Legal del Proponente No. 02 CONSORCIO ACUEDUCTO ARJONA 2017, presentó la siguiente observación:

Respecto al informe de verificación de requisitos habilitantes de orden técnico, el contrato aportado por Jairo Efraín Cerón Martínez No. 300-GAA-COC-032-200B, cuyo objeto es “REALIZACIÓN BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, A PRECIO GLORIA FIJO, SIN REAJUSTE, LOS DISEÑOS DEFINITIVOS Y POSTERIOR CONSTRUCCIÓN DE LA ALTERNATIVA DE INTERVENCIÓN ÓPTIMA DE LA PTAP DE PUERTO MALLARINO CON EL FIN DE MITIGAR LOS EFECTOS DE LOS PICOS DE TURBIDAO Y/O CONTAMINACIÓN DEL RIO CAUCA, DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI”. SI CUMPLE con la experiencia requerida en cuanto a que: “MÍNIMO uno de los contratos y/o proyectos aportados debe garantizar la construcción de una Planta de Tratamiento de Agua Potable, con capacidad igual o superior a 200 l/s.”

Al ser un contrato "llave en mano" se entiende que el contratista se obliga frente a la entidad contratante, a cambio de un precio, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra o proyecto determinado, en la cual el contratista asume la obligación de ejecutar todo tipo de actividades (diseños, obras, suministros, transporte, equipos, personal especializado, financiación etc.) y de incorporar materias o áreas involucradas (ingeniería civil, hidráulica, mecánica, etc.), en la ejecución de un proyecto, respondiendo a su vez por las mismas y entregando en un determinado la totalidad del mismo, "listo para funcionar".

Al ser un contrato "llave en mano" se entiende que el contratista se obliga frente a la entidad contratante, a cambio de un precio, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra o proyecto determinado, en la cual el contratista asume la obligación de ejecutar todo tipo de actividades (diseños, obras, suministros, transporte, equipos, personal especializado, financiación etc.) y de incorporar materias o áreas involucradas (ingeniería civil, hidráulica, mecánica, etc.), en la ejecución de un proyecto, respondiendo a su vez por las mismas y entregando en un determinado la totalidad del mismo, "listo para funcionar".

Sobre el origen o surgimiento del contrato Llave en mano, refiere Enrique Daniel Butlow: “La idea lectora del "CONTRATO LLAVE EN MANO", nació en realidad en el ámbito de los contratos de ingeniería donde se exigía algo más que un proyecto, dirección y construcción. Éste "algo más" era ni más ni menos que el perfeccionamiento y entrenamiento para poder hacer funcionar correctamente un emprendimiento complejo, como podría serlo por ejemplo una planta de tratamiento de agua, un sistema de comunicaciones o un complejo habitacional con su infraestructura urbana”.

Ahora bien, el mismo contrato en su objeto dice, “(...) POSTERIOR CONSTRUCCIÓN DE LA ALTERNATIVA DE INTERVENCIÓN ÓPTIMA DE LA PTAP DE PUERTO MALLARINO (...)”, una “alternativa” es identificar y describir de todas las alternativas posibles, la que más se adapte a las necesidades del proyecto a fin de lograr el objetivo propuesto, que en este caso es la construcción de la PLANTA DE TRATAMIENTO DE PUERTO MALLARINO.

Al aplicar esta alternativa de Intervención, se evita sobrestimar y/o sobre dimensionar cualquier tipo de proyecto y constituye una solución a diversos problemas que se pueden presentar cuando no existe alguna alternativa factible de implementar.

Al buscar una Alternativa de Intervención Óptima, se busca cambiar significativamente el dimensionamiento y los beneficios del proyecto sin alterar de ninguna manera el objetivo principal del contrato, permitiendo hacer una buena evaluación de las necesidades del proyecto y evitando incurrir en gastos innecesarios.

En la documentación aportada en nuestra propuesta y que a su vez soportan este contrato, se especifica que se realizó una intervención a una planta de tratamiento de agua potable con un caudal igual a 6600 l/s donde se realizaron estructuras hidráulicas nuevas en concreto reforzado tales como box culvert, vertederos y cárcamo de bombas, con lo cual cumple con la condición de experiencia de la específica.

RESPUESTA

Conforme a la observación del interesado, la Contratante se permite dar respuesta a sus observaciones en los siguientes términos:

El Contrato N° 300-GAA-COC-032-2008 aportado con la propuesta, si bien tiene como objeto: “REALIZACIÓN BAJO LA MODALIDAD LLAVE EN MANO, A PRECIO GLOBAL FIJO, SIN REAJUSTE, LOS DISEÑOS DEFINITIVOS Y POSTERIOR CONSTRUCCIÓN DE LA ALTERNATIVA DE INTERVENCIÓN ÓPTIMA DE LA PTAP DE PUERTO MALLARINO CON EL FIN DE MITIGAR LOS EFECTOS DE LOS PICOS DE TURBIDAO Y/O CONTAMINACIÓN DEL RIO CAUCA, DE LA CIUDAD DE SANTIAGO DE CALI”, no permite identificar que se haya realizado la construcción de una planta de tratamiento de agua potable, tal como lo exigen los Términos de Referencia, en su numeral 3.1.3.1. EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE, que indica:

(...)

MÍNIMO uno de los contratos y/o proyectos aportados debe garantizar la construcción de una Planta de Tratamiento de Agua Potable, con capacidad igual o superior a 200 l/s. Para el presente proceso, el conjunto de Obras Civiles que conforman la PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE PTAP Y/O PLANTA DE TRATAMIENTO AGUA RESIDUAL, deben estar integradas por estructuras en concreto reforzado (...), además se establece:

Para el presente proceso, el conjunto de Obras Civiles que conforman la PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE PTAP Y/O PLANTA DE TRATAMIENTO AGUA RESIDUAL, deben estar integradas por estructuras en concreto reforzado.

Teniendo en cuenta lo anterior y una vez verificadas las certificaciones y/o documentos aportados para acreditar la experiencia, se observa que las actividades ejecutadas, tienen relación con el sistema de bombeo y la sistematización y automatización de la PTAP de Puerto Mallarino, actividades mismas que no refieren a la construcción de una planta de tratamiento de agua potable integrando estructuras en concreto reforzado, tal como se indica en la certificación aportada en los folios 173 a 176, donde se encuentran las especificaciones de la estación de bombeo construida y cuyo caudal de diseño es de 6,6, M3/SEG.

Por tal motivo, el contrato es tenido en cuenta para acreditar la experiencia general requerida en (...) *LA CONSTRUCCIÓN, O AMPLIACIÓN Y/U OPTIMIZACIÓN DE ESTACIÓN DE BOMBEO QUE INCLUYA INSTALACIÓN DE EQUIPOS DE BOMBEO (...)* y aporta a la condición de valor, mas no puede ser tenida en cuenta para la experiencia particular en *CONSTRUCCIÓN DE PLANTAS DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE PTAP*, por lo que se reitera el resultado de la evaluación.

Ahora bien, respecto al Contrato No. 3 correspondiente al “COLECTOR SUR DE LA CAÑADA EDAR DEL POLÍGONO FUENTE DEL JARRO Y EDAR DE PATERNA (VALENCIA)”, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1.28.2 de los Términos de Referencia, en atención al documento identificado en el asunto, específicamente en torno a la experiencia acreditada por el integrante TORRESCAMARA Y CÍA. DE OBRAS S.A., nos permitimos presentar las siguientes observaciones.

En primer lugar se llama la atención sobre la imprecisión, suponemos involuntaria, en la que se incurre al citar las condiciones para la acreditación de la experiencia específica en el informe de evaluación aquí observado, donde se añade una referencia a las sucursales de sociedades extranjeras QUE NO EXISTE en los Términos de Referencia ni en ninguna de las adendas publicadas durante el proceso de selección, pues en de forma taxativa en el literal c del numeral 3.1.3.1.1 se señala es lo siguiente:

“[...] C. No se acepta lo acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de lo filial o sus subordinadas. (...)”

Igualmente, en ninguna de las causales de rechazo establecidas en el numeral 1.36 de los Términos de Referencia se indica lo señalado por le entidad en el informe de verificación que se observa en cuanto a las sucursales en Colombia de las personas jurídicas extranjeras.

Por otro lado, se reitera en su integridad lo señalado en nuestra comunicación del 16 de febrero de 2017, radicada en la entidad como respuesta a las solicitudes de subsanación.

Se retoma de dicho documento de forma particular lo relativo a la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la naturaleza misma de las Sucursales de sociedades extranjeras, en tanto esta con una sola persona jurídica, la sucursal se considera en si como un establecimiento de comercio de la sociedad extranjera que se establece en nuestro país para efectos de ejercer actividades de carácter permanente. Así las cosas, la persona jurídica que participa como integrante es TORRESCÁMARA Y CIA. OE OBRAS S.A., es ésta la que responde por las obligaciones adquiridas, es ésta la que se obliga.

Por tanto, nada más alejado a la realidad jurídica que lo señalado en el informe como causa para desconocer la experiencia invocada por el citado integrante señalando que “se estableció claramente, que lo o experiencia o acreditar es única y exclusivamente del proponente que se presenta”.

De conformidad con lo establecido en el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Para el caso de personas jurídicas extranjeras a su vez el artículo 471 del Código de Comercio exige "que, para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, ésta deberá establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos: 1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y 2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la Bancaria, según el caso, permiso para funcionar en el país.

En conclusión, podríamos señalar que son sucursales de compañías extranjeras, los establecimientos de comercio abiertos por éstas en el territorio nacional.

Si bien es cierto que nuestro sistema tiende a conferir autonomía operativa a la sucursal y que, con el fin de tener mecanismos de control jurídicos, contables y tributarios, ordena que estos establecimientos observen durante su permanencia en el país y en desarrollo de sus actividades permanentes las disposiciones legales por las cuales se rigen las sociedades colombianas, esto no significa que les conceda capacidad jurídica como si se tratase de sociedades distintas a la principal. Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 del Código de Comercio "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio..."

Por tanto, la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal ciertas facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capital empresarial.

Así lo ha señalado insistentemente la Superintendencia de Sociedades en varios conceptos, en los siguientes términos: "(...) Al respecto, me permito informarle que en distintos pronunciamientos por vía de consulta, esta Superintendencia se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la sucursal de sociedad extranjera como una prolongación de la casa matriz y al respecto se ha indicado que aunque la sucursal tenga una cierta autonomía administrativa que le permite manejar los negocios del exterior en Colombia o de Colombia en el exterior, según que se trate de sucursal de sociedad extranjera en Colombia o sucursal de sociedad colombiana en el exterior, en el territorio nacional o por fuera de él, en ninguno de los casos, la sucursal constituye una persona Jurídica distinta del ente principal y en tal virtud, por sustracción de materia mal puede existir una situación de control, cuando no existen dos entes con personería jurídica [...]". (Oficio Superintendencia de Sociedades 220-032228 del 03 de abril de 2013)'

Por tanto, cuando se busca analizar la situación de una sucursal respecto de lo que comúnmente se denomina "casa matriz" es preciso entender que no se trata de dos personas jurídicas o sujetos de derecho distinto, son una misma persona, que, por operatividad, interés comercial, económico, crecimiento operacional,

decide extenderse por territorios distintos a los de su domicilio principal, por tanto es ABSOLUTAMENTE improcedente hablar de situación de control o subordinación cuando no hay dos personas o entes de derecho distinto.

De igual forma lo preciso el doctor José Ignacio Narváez que "(...) el concepto de sucursal supone dependencia económica y jurídica de la principal, y existe titularidad de una misma persona Jurídica de la principal con tratamiento legal unitario. Ostenta el mismo nombre, mantiene la unidad de empresa, no tiene capital propio ni responsabilidad separada, aunque dentro de las Relaciones internas esté invertida de una relativa autonomía administrativa (...)"²¹. (Destacado y Subrayado).

Por consiguiente, es claro que la sucursal no es una sociedad distinta a la principal, a diferencia de lo que ocurre con las filiales, subsidiarias o subordinadas; la sucursal está constituida con dependencia económica y jurídica de la sociedad principal, tiene unidad de empresa, nombre, responsabilidad compartida, dependencia para su constitución, supresión o variación del máximo órgano social de la principal. Así mismo lleva contabilidad especial, siendo la matriz y su sucursal una sola sociedad. La responsabilidad derivada de las actuaciones de la sucursal respecto a su Matriz es ilimitada ya que es una misma sociedad.

Se deriva así mismo de tal identidad de personalidad jurídica la prohibición de existencia de más de una sucursal de una sociedad extranjera en Colombia. Se puede establecer otros establecimientos de comercio, pero no bajo la figura de la sucursal. Dicha conclusión se analiza en el Oficio 220- 037204 de 28 de mayo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades, en donde se prohíbe la existencia de más de una sucursal de sociedad extranjera básicamente en consideración a la capacidad jurídica, pues quien detenta la capacidad es la sociedad extranjera como persona jurídica que es y no su sucursal, por tanto se ha de señalar que el permitir que se establezca más de una sucursal en el territorio nacional sería como admitir que la persona jurídica cuenta con más de una capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuando en realidad dicho atributo de la personalidad es único e intransferible.

No solo en las normas Comerciales se hace esta referencia, a modo de ejemplo se recuerda la reglamentación tributaria, especialmente el artículo 21 del Estatuto Tributario que establece que son extranjeras las sociedades constituidas bajo las leyes de otro país, con domicilio principal en el exterior. De esta forma, por ser la sucursal una prolongación de la casa matriz y no una sociedad diferente, el régimen tributario aplicable a las sucursales de sociedades extranjeras será en general el establecido en el Estatuto Tributario para las sociedades extranjeras y, además, algunas disposiciones especiales. De la lectura de los artículos 20 y 21 del Estatuto Tributario se extrae que las sociedades extranjeras, y por lo tanto las sucursales de sociedades extranjeras, solamente estarán gravadas sobre sus rentas de fuente nacional.

Respecto de la situación particular de nuestro integrante es preciso reiterar que al señalar Sucursal en Colombia no se hace referencia a otra persona jurídica distinta a TORRESCÁMARA y CÍA. DE OBRAS S.A., el sujeto de derecho es uno solo, la experiencia adquirida y acreditada en el presente proceso corresponde a una sola persona jurídica.

Cuando TORRESCAMARA Y CIA DE OBRAS S.A. participa en un proceso de selección a través de su sucursal en Colombia e invoca su experiencia en un proceso de contratación, está invocando su propia experiencia, ya que es una sola persona jurídica, reiteramos, un solo sujeto de derecho.

Por tanto, no se encuentra incurso en la situación descrita en el literal C) del numeral 3.1.3.1.1., de los Términos de Referencia del presente proceso y pretender aplicar esta regla a nuestro integrante sería como pretender castigarle por cumplir la normatividad comercial, que como se citó anteriormente, en virtud del artículo 471 del Código de Comercio exige que toda persona jurídica extranjera para que pueda emprender negocios permanentes en Colombia deberá establecer una sucursal en Colombia bajo las condiciones en dicha norma establecidas. Mucho menos se encontraría en el supuesto fáctico que se deriva de la interpretación de los Términos de Referencia que se cita en el informe de verificación al señalar que dada la envergadura del proyecto se requiere que la experiencia invocada sea del mismo proponente que participa en el presente proceso, pues se reitera aquí participa TORRESCAMARA Y CÍA. DE OBRAS S.A. y su sucursal no es una persona jurídica distinta.

Aplicar la arbitraria interpretación de la entidad llevaría al absurdo de considerar las distintas sucursales de una entidad financiera establecida a lo largo de nuestro país como personas jurídicas distintas de aquella establecida en el domicilio principal de la entidad, por ejemplo en el caso de Bancolombia S.A. cada sucursal sería una persona jurídica distinta de la empresa existente en Medellín; o en otros casos, como en el campo que nos ocupa, sería como señalar si Construcciones Con concreto S.A., empresa de reconocida experiencia en el sector de la construcción no pudiese invocar como experiencia aquellos proyectos que gestiona a través de las oficinas que tienen en ciudades distintas a su domicilio principal que es la ciudad de Medellín.

Conforme lo expuesto es claro que el argumento jurídico esbozado por la entidad para desconocer la experiencia del integrante TORRESCAMARA Y CÍA. DE OBRAS S.A. no es aplicable a la situación jurídica de la misma, pues quien invoca la experiencia es directamente quien está participando como integrante del Consorcio Acueducto Arjona 2017.

Se recuerda frente a este particular que las causales de rechazo o de exclusión de una oferta no son discrecionales de la entidad ni pueden corresponder a una interpretación subjetiva de las reglas de contratación, pues ello conllevaría a una nulidad del procedimiento mismo por violación de los principios constitucionales y legales que le son aplicables, especialmente aquellos establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Si bien es cierto las entidades estatales ostentan cierta autonomía en la confección los términos y condiciones del proceso de contratación y, por lo tanto, tienen la facultad para incorporar los requisitos que deben reunir los oferentes, dicha autonomía en modo alguno es absoluta, en tanto en su ejercicio no podrán desconocerse las reglas y principios de orden constitucional y legal que orientan el ejercicio de sus funciones, por tanto la decisión del rechazo de las propuestas no puede depender de la libre discrecionalidad de la entidad contratante; así, la objetividad en la selección impone que la descalificación de las ofertas provenga únicamente de la ponderación de los resultados derivados de un riguroso proceso de evaluación, plenamente ajustado a la ley y a los términos de referencia, cuyos resultados, además de ser conocidos por cada proponente, también deben ser conocidos por sus competidores con el propósito de controvertirlos.

Aunado a lo anterior, si se analiza el actuar de la entidad contratante a la luz de las reglas del derecho privado, su interpretación de los Términos de Referencia y la decisión de desconocer la experiencia aportada por el integrante TORRESCAMARA Y CÍA. DE OBRAS S.A. transgrede el principio de buena fe en el período

precontractual establecida en el artículo 863 del Código de Comercio e incurre de forma palmaria en un abuso del derecho de su posición dominante en el presente proceso (artículo 830 del CCo).

En consecuencia, con fundamento en los argumentos que han sido expuestos en nuestro oficio del 16 de febrero de 2017 y en el presente, se insta a la entidad a aplicar el ordenamiento jurídico vigente, especialmente los principios constitucionales y legales, la Ley Comercial que le es aplicable, y se recuerda a la entidad que independientemente del régimen jurídico especial que se le aplica a su actividad contractual, se trata de contratos estatales sujetos a las reglas y principios propios de esa naturaleza, al manejo de los recursos públicos y la satisfacción del interés general que encierran estos proyectos; razón por demás suficiente para enviar copia de estas actuaciones a la Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación y Secretaría de Transparencia de la Presidencia.

Finalmente, es preciso recordar a la entidad que de persistir en su interpretación arbitraria e ilegal frente a las personas jurídicas extranjeras que participan en el presente proceso, pues se reiteran son éstas las que están participando, se puede derivar, de forma grave y negligente, una causal de nulidad tanto del proceso como del subsecuente contrato de obra.

En los anteriores términos y amparados en la Ley aplicable se le solicita a la entidad modificar lo señalado en el informe de verificación de los requisitos habilitantes respecto de la experiencia aportada por el integrante TORRESCAMARA Y CÍA. DE OBRAS S.A., procediendo a valorar la experiencia por éste aportada y evaluar nuestra oferta como CUMPLE en los aspectos técnicos.

RESPUESTA

Conforme a la observación del interesado, la Contratante se permite dar respuesta a sus observaciones en los siguientes términos:

Los Términos de Referencia que rigen la presente convocatoria establecieron reglas, pautas y lineamientos tendientes a obtener los bienes o servicios que se pretenden contratar, de modo que cada convocatoria contiene sus propios requisitos adecuados y proporcionales, las reglas particulares de participación, las condiciones de experiencia, capacidad financiera y jurídicas como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección, que garanticen la selección del oferente que cuente con los requisitos y experticia necesarios para la cabal y correcta ejecución del proyecto, los que además de ser de conocimiento previo de todos los interesados en participar, son objeto de verificación de cumplimiento por parte de los proponentes que participen, quienes deberán acreditar los requisitos exigidos para que su propuesta sea habilitada técnica, jurídica como financieramente.

De igual manera, conforme a la observación del interesado, la Contratante tampoco encuentra que haya alguna contrariedad del requisito previsto en los Términos de Referencia con respecto a la legislación colombiana, ya que desde la misma publicación de los términos de referencia, se estableció claramente, que la a experiencia a acreditar **era única y exclusivamente del proponente que se presentara**, indistintamente de que ostenten la misma persona jurídica o del grado de dependencia que alcancen las sucursales respecto de su matriz.

De esta manera, los Términos de Referencia fueron precisos en señalar en el literal C, del subnumeral “3.1.3.1.1. REGLAS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPECÍFICA DEL PROPONENTE”, lo siguiente:

“(…)

C. No se acepta la acreditación de experiencia de sociedades controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz, o de la filial o sus subordinadas”.

En consecuencia, la experiencia requerida para participar en la presente convocatoria se le exigió directamente al oferente, indistintamente de la relación de dependencia entre una y otra.

Así las cosas, **independientemente de que ostenten la misma personería jurídica o del grado de dependencia o vinculación que alcancen las sucursales respecto de su matriz**, cuando la propuesta sea presentada por la matriz, la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de los Términos de Referencia se realizarán respecto de ésta, de modo que las condiciones exigidas en los Términos de Referencia serán ostentadas por la Matriz en su condición de Proponente, y en ese orden de ideas, si el proponente es la sucursal, la verificación de cumplimiento de los requisitos de los Términos de Referencia se validarán de la sucursal en su condición de proponente, sin que estas condiciones se consideren limitantes o restrictivas del mercado o de la participación, toda vez que en las convocatorias se permite la participación de sociedades extranjeras y de sus sucursales legalmente establecidas en Colombia, las cuales en su condición de proponentes deben acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva convocatoria, pero de manera independiente.

Se reitera nuevamente al proponente que si una empresa extranjera pretendía participar dentro de la convocatoria como oferente, esta podía efectivamente acreditar su propia experiencia, para lo cual debería acreditar todos los requisitos exigidos en los Términos de Referencia para las personas jurídicas.

Lo que guarda estrecha relación con la regla establecida en los Términos de Referencia, en los que se estableció con precisión que no se acepta la experiencia de la matriz cuando el proponente es la Sucursal legalmente establecida en Colombia, de modo que, la experiencia que se acepta será la que acredite la sucursal directamente en su condición de proponente, esto es, que la sucursal haya realizado las actividades, funciones, obligaciones que se acreditan, por cuanto ésta, en caso de resultar adjudicataria, es la que suscriba y ejecute el contrato, asuma las responsabilidades contractuales y garantice la ejecución del proyecto, ya que igualmente fue sobre la sucursal que se hizo la verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes de orden Jurídico, Técnico y Financiero.

Por lo tanto, como se señaló líneas arriba, las condiciones que rigen la convocatoria fueron conocidas por todos los interesados, ya que son de público conocimiento desde la publicación de los Términos de Referencia, de modo que, antes de presentar su oferta, **los proponentes tenían pleno conocimiento que no sería de recibo la acreditación de experiencia** de la sociedad controladas por el proponente o por los miembros de la estructura plural, **o de su matriz**, o de sociedades controladas por la matriz, o de la filial o sus subordinadas, por lo tanto, no son de recibo las observaciones tendientes a que la Contratante en este

momento del proceso modifique la condición prevista en los Términos de Referencia al aceptarse la acreditación de experiencia de la empresa matriz de las sucursales que presentaron propuesta, esto es, que son proponentes directos en la convocatoria e independientemente de que ostenten la misma condición de persona jurídica.

Las reglas, requisitos o condiciones de la convocatoria establecidos en los Términos de Referencia son de estricto cumplimiento para los interesados en participar, so pena de que su propuesta no quede habilitada, de modo que tanto la Contratante como los proponentes se ciñen a las reglas contenidas en los Términos de Referencia y demás anexos que hacen parte de la contratación, por lo que, no es dable para la Contratante aceptar o modificar las condiciones que no estén contempladas en los mismos o que no se hayan aceptado mediante adenda.

En consecuencia, como es de conocimiento de los proponentes el incumplimiento de los requisitos habilitantes conlleva a que la propuesta no quede habilitada, de modo que el rechazo o la descalificación de las ofertas no depende de la libre discrecionalidad de la Contratante, sino que para rechazar o descalificar una propuesta la Contratante se sujeta a determinadas reglas que se encuentran previamente establecidas en los Términos de Referencia, de modo que la propuesta no fue habilitada con sustento en una circunstancia objetiva que conduce a la aplicación de una condición o regla de acreditación de experiencia, que valga señalar, ya era conocida por cada proponente desde la expedición de los términos de referencia y de la cual no se formularon observaciones por parte de los interesados en la tapa correspondiente del proceso.

Finalmente, es preciso señalar que cada interesado y ahora proponente contó con la posibilidad de conocer y estructurar sus propuestas, las cuales debían ceñirse a las reglas contenidas en los Términos de Referencia, tanto es que, el numeral 1 del Formato No. 1 (Carta de Presentación de la Propuesta) presentada por los proponentes con la propuesta, manifiestan expresamente:

“...En mi calidad de proponente declaro:

“1. Que conozco los Términos de Referencia de la presente convocatoria, sus adendas e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como los demás documentos relacionados con los trabajos, y acepto cumplir todos los requisitos en ellos exigidos. ...

2. De igual forma manifiesto que acepto las consecuencias que se deriven por el incumplimiento de los requisitos a que se refiere el numeral anterior.

(...)

5. Que conozco y acepto en un todo las leyes generales y especiales aplicables a este proceso de selección. ...

9 Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, sus causales de rechazo y declaratoria de desierta, y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes. ...” entre otros.



Es decir, que los interesados manifiestan en igualdad de condiciones su pleno conocimiento de todas y cada una de las exigencias establecidas para participar en las convocatorias y la aceptación de cumplimiento.

Conforme a lo expresado como respuesta a esta observación, respecto de este proponente no se procederá a hacer ninguna modificación al resultado del Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes, publicado el día veintitrés (23) de Febrero de 2017.

SE ANEXA A ESTE INFORME LA MATRIZ DE EVALUACIÓN JURÍDICA CON EL AJUSTE RESPECTIVO DEL PROPONENTE No. 11 CONSORCIO RAED.

Se expide a los tres (03) días del mes de Marzo de dos mil diecisiete (2017).

PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.)

PROGRAMA AGUA PARA LA PROSPERIDAD

INFORME INDIVIDUAL DE VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE ORDEN JURÍDICO.



CONVOCATORIA N° PAF-ATF-O-050-2016

OBJETO: LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS "AMPLIACIÓN CAPTACIÓN Y PRODUCCIÓN SISTEMA DE ACUEDUCTO REGIONAL ARJONA-TURBACO".

No. INTERNO DEL PROPONENTE: 11
NOMBRE DEL PROPONENTE: CONSORCIO RAEDINTEGRANTES:
ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA (40%)
ESPINA & DELFIN COLOMBIA (60%)

REPRESENTANTE LEGAL: FERNANDO VIEITES PÉREZ, identificado con Cédula de Extranjería No. 414.406

	VERIFICACIÓN INICIAL	FOLIO	REQUERIMIENTO	SUBSANACIÓN	OBSERVACIONES
1. EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL					
El proponente, persona jurídica nacional o extranjera con sucursal y/o domicilio en Colombia, deberá acreditar su existencia y representación legal, aportando el certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente, en el cual se verificará:					
Fecha de expedición del certificado de existencia y representación legal: No podrá ser mayor a treinta (30) días calendario anteriores a la fecha prevista para el cierre del plazo del presente proceso. Cierre: 31 de Enero de 2017	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			ESPINA & DELFIN COLOMBIA: 16 de Enero de 2017 ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA: 30 de Enero de 2017.
Objeto social: Deberá estar relacionado con el objeto a contratar o contemplar las actividades que guarden relación con el mismo.	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			El objeto social de cada una de las personas jurídicas se encuentran relacionado con el objeto de la Convocatoria.
Facultades del representante legal: Las facultades de quien ejerce la representación legal deberán habilitarlo para la presentación de la oferta, la suscripción del contrato que se derive del presente proceso de selección en caso de resultar favorecido con la adjudicación, así como para comprometer a la sociedad.	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			No se observan restricciones ni limitaciones respecto de los Representantes Legales de cada una de las personas jurídicas que conforman el Consorcio.
Limitaciones del representante legal: En el evento que del contenido del Certificado expedido por la Cámara de Comercio, se desprenda que el representante legal tiene restricciones para presentar la propuesta y/o contratar y obligarse en nombre de la misma, deberá acreditar la autorización mediante la cual el órgano competente lo faculta para presentar la propuesta y celebrar el contrato en el evento de ser seleccionado y si se requiere establecer las facultades del Representante Legal en los estatutos, deberá anexar copia de la parte pertinente de los mismos. Dicha autorización debe haber sido otorgada previamente al cierre del presente proceso de selección. La ausencia definitiva de autorización suficiente o el no aporte de dicho documento dentro del término requerido por la entidad, o la acreditación de la misma con posterioridad al cierre, determinará la falta de capacidad jurídica para presentar la propuesta, y por tanto se procederá a su rechazo.	N.A.				
Domicilio: Que la persona jurídica cuenta con domicilio o sucursal domiciliada y debidamente registrada en Colombia.	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			ESPINA & DELFIN COLOMBIA: Bogotá D.C. ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA: Bogotá
Término de constitución: Que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria.	NO CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10	El integrante del Consorcio ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA no se encuentra constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Los Términos de Referencia exigen que Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria.	NO SUBSANÓ	ESPINA & DELFIN COLOMBIA: Inscrita el 11 de Marzo de 2011. ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA: Inscrita el 04 de Junio de 2012.
Término de duración: Que el término de duración sea igual al plazo de ejecución del contrato y cinco (5) años más.	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			ESPINA & DELFIN COLOMBIA: Hasta el 10 de Marzo de 2031. ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA: Hasta el 25 de Mayo de 2052.
El nombramiento del revisor fiscal, en caso que proceda.	CUMPLE	3 a 7 y 8 a 10			ESPINA & DELFIN COLOMBIA: John Harold Sanchez Barrios. ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA: Fabio Díaz Iriarte
La persona jurídica extranjera sin sucursal y/o domicilio en Colombia, deberá acreditar este requisito con el documento equivalente en su país de origen. El documento equivalente aportado se entenderá prestado bajo la gravedad de juramento, situación que se entenderá prestado con la presentación de la propuesta.	N.A.				
2. CÉDULA DE CIUDADANÍA					
En caso de persona natural el proponente deberá allegar copia de la cédula de ciudadanía por ambas caras.	N.A.				
En caso de persona jurídica, el proponente deberá allegar copia por ambas caras de la cédula de ciudadanía del representante legal.	N.A.				
En caso de persona natural extranjera con domicilio en Colombia y de persona jurídica extranjera con establecimiento de comercio o sucursal en Colombia, se deberá allegar copia de la cédula de extranjería o permiso de residencia del proponente persona natural o del representante legal de la persona jurídica o administrador de la sucursal.	CUMPLE	15 y 16			FERNANDO VIEITES PÉREZ QUINTELA, identificado con Cédula de Extranjería No. 414.406 / Francisco José Utrilla Ocaña, identificado con CE Temporal No. 413201.
En caso de persona natural extranjera sin domicilio en Colombia y de persona jurídica extranjera sin establecimiento de comercio o sucursal en Colombia, se deberá allegar copia del pasaporte del proponente persona natural o del representante legal de la persona jurídica.	N.A.				
3. CERTIFICADO DE RESPONSABILIDAD FISCAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA					
Presentar el Certificado de Responsabilidad Fiscal emitido por la Contraloría General de la República, del proponente en caso de persona natural y del proponente y del representante legal en caso de personas jurídicas, en el cual se indique que no se encuentra(n) reportado(s). NOTA: (En caso de no presentarse o haberse aportado con vigencia distinta a la requerida, consultar y dejar constancia)	CUMPLE	18 y 19			No se observan antecedentes de tipo Fiscal
Dicho certificado deberá haber sido expedido dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a la fecha de cierre del presente proceso de selección. En caso de no aportar el certificado, la CONTRATANTE al momento de la verificación, consultará los antecedentes correspondientes, en la página web de la Contraloría General de la República.	CUMPLE	18 y 19			Certificados expedidos los días 20 y 26 de Enero de 2017.
La persona natural y jurídica extranjera sin domicilio y/o sucursal en Colombia, deberá igualmente presentar la certificación de que trata el inciso anterior, en el cual conste que no se encuentra reportado; en caso de no aparecer registrada deberá acreditar dicho requisito con el documento equivalente en su país de origen, salvo que este requisito o la autoridad no esté establecida, para lo cual el proponente así lo deberá manifestar bajo la gravedad de juramento.	N.A.				
4. CERTIFICADO DE ANTECEDENTES DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN					

Presentar el Certificado de Antecedentes Disciplinarios emitido por la Procuraduría General de la Nación, del proponente en caso de persona natural, y del proponente y representante legal en caso de persona jurídica, en el cual se certifique que no se encuentra(n) reportado(s) como inhabilitado para contratar en el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad "SIRI" de la Procuraduría General de la Nación. NOTA: (En caso de no presentarse o haberse aportado con vigencia distinta a la requerida, consultar y dejar constancia)	CUMPLE	21 a 24			No se observan antecedentes de tipo Disciplinario
Certificado que deberá tener fecha de expedición no mayor a treinta (30) días calendario, anteriores a la fecha de cierre del presente proceso de selección. En caso de no aportar el certificado, la CONTRATANTE al momento de la verificación, consultará los antecedentes correspondientes.	CUMPLE	21 a 24			Certificados expedidos los días 20 y 26 de Enero de 2017.
La persona natural y jurídica extranjera sin domicilio y/o sucursal en Colombia, deberá igualmente presentar la certificación de que trata el inciso anterior, en el cual conste que no se encuentra reportado; en caso de no aparecer registrada deberá acreditar dicho requisito con el documento equivalente en su país de origen, salvo que este requisito o la autoridad no esté establecida, para lo cual el proponente así lo deberá manifestar bajo la gravedad de juramento. Lo anterior, sin perjuicio que la CONTRATANTE al momento de la verificación consulte los antecedentes correspondientes en la página web de la Procuraduría General de la Nación.	N.A.				
5. CONSTANCIA ANTECEDENTES JUDICIALES					
Presentar la constancia de consulta de antecedentes judiciales suministrado por la Policía Nacional para el proponente, sea persona natural o jurídica o los miembros del consorcio o unión temporal o sus representantes. NOTA: (En caso de no presentarse o haberse aportado con vigencia distinta a la requerida, consultar y dejar constancia)	CUMPLE	26 y 27			Se aportan certificados Judiciales sin que se registren antecedentes penales.
6. APODERADOS					
El proponente podrá presentar propuestas directamente o a través de apoderado, evento en el cual deberá anexar el poder otorgado en legal y debida forma, en el que se confiera al apoderado, de manera clara y expresa, facultades amplias y suficientes para actuar, obligar y responsabilizar al proponente en el trámite del presente proceso y en la suscripción del contrato.	N.A.				
El apoderado podrá ser una persona natural o jurídica, pero en todo caso deberá tener domicilio permanente, para efectos de este proceso, en la República de Colombia, y deberá estar facultado para representar al proponente, a efectos de adelantar en su nombre de manera específica las siguientes actividades: (i) Formular propuesta para el proceso de selección de que tratan estos Términos de Referencia; (ii) Dar respuesta a los requerimientos y aclaraciones que solicite la CONTRATANTE en el curso del presente proceso; (iii) Recibir las notificaciones a que haya lugar; (iv) Suscribir el contrato en nombre y representación del adjudicatario.	N.A.				
El poder otorgado deberá cumplir con los requisitos exigidos en el Código General del Proceso para la constitución de apoderados (artículo 74), así como con los aspectos referidos a la autenticación.	N.A.				
El poder que otorguen las personas naturales o jurídicas extranjeras deberá cumplir igualmente con los requisitos exigidos en el Código General del Proceso para la constitución de apoderados (artículo 74) y en caso de otorgarse en el país del domicilio de la persona extranjera, deberá cumplir con los requisitos de autenticación y legalización de documentos expedidos por la autoridad competente en el extranjero o de apostille, según el caso.	N.A.				
7. GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA PROPUESTA					
El proponente sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, deberá constituir a su costa y presentar con su oferta una garantía de seriedad de la propuesta expedida por una Compañía de Seguros legalmente establecida y autorizada para funcionar en Colombia, a favor de entidades particulares. La garantía de seriedad de la propuesta se debe constituir en los siguientes términos:	CUMPLE	29 a 31			Aseguradora: Seguros del Estado No. póliza: 18-45-101089001 No. anexo: 0 No. certificado:
Amparos de la Garantía de Seriedad: La Garantía de Seriedad deberá cubrir los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento.	CUMPLE	29 a 31			Seriedad de la Oferta
Valor asegurado: La Garantía de Seriedad deberá ser equivalente al 10% del valor total del presupuesto del proyecto. (Presupuesto: \$27.342.526.641,00)	CUMPLE	29 a 31			Valor asegurado: \$ 2,734.252664.10
Vigencia: La Garantía de Seriedad deberá tener una vigencia de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha prevista para el cierre del proceso y en caso de la prórroga del cierre, deberá constituirse a partir de la nueva fecha del cierre. (31 de Enero de 2017)	CUMPLE	29 a 31			Desde el 31 de Enero de 2017 hasta el 31 de Mayo de 2017
Asegurado/Beneficiario: El asegurado/beneficiario es el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. NIT 830.055.897-7.	CUMPLE	29 a 31			
Tomador/Afianzado: La Garantía de Seriedad deberá tomarse con el nombre del proponente como figura en el documento de identidad y tratándose de consorcio o unión temporal a nombre de éste y no de su representante legal y deberá indicar los integrantes del mismo y su porcentaje de participación según conste en el documento de constitución.	CUMPLE	29 a 31			CONSORCIO RAED , integrado por: ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA (40%) ESPINA & DELFIN COLOMBIA (60%)
Se debe aportar el soporte de pago de la prima. No es de recibo la certificación de No expiración por falta de pago, ni soporte de transacción electrónica.	NO CUMPLE		Se requiere al proponente para que conforme a lo exigido en los Términos de Referencia, allegue soporte de pago de la prima. No es de recibo la certificación de No expiración por falta de pago, ni soporte de transacción electrónica.	SUBSANÓ	El proponente aportó certificación expedida por la compañía aseguradora donde se indica el pago efectivo de la Póliza.
La Garantía de seriedad debe estar suscrita por la Aseguradora y el Tomador.	CUMPLE	29 a 31			
Confirmación de la información con la Empresa Aseguradora que emitió la póliza.	CUMPLE				Póliza verificada en la página wb: https://www.segurosdelestado.com.co/ConsultaPoliza/default.aspx
8. SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS Y ADMINISTRACIÓN DEL TERRORISMO					
El proponente, su representante legal o su apoderado, según corresponda, no podrán encontrarse reportados en el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo – SARLAFT. En consecuencia, con la presentación de la propuesta se entenderá otorgada la autorización para realizar esta verificación.	CUMPLE				Información verificada en la plataforma de listas restrictivas sin que se presente ningún reporte.
9. REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO O SU EQUIVALENTE					
El proponente sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, con domicilio y/o sucursal en Colombia, deberá presentar el certificado de Registro Único Tributario - RUT.	CUMPLE	34 a 35			
En caso de ser el proponente persona natural o jurídica extranjera sin domicilio y/o sucursal en Colombia, no aplica este requisito para la presentación de la propuesta, pero si resulta adjudicatario deberá inscribirse en el Registro Único Tributario (RUT) ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia.	N.A.				
10. CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CON LOS SISTEMAS GENERALES DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL Y APORTES PARAFISCALES					
El proponente deberá acreditar que se encuentra al día a la fecha de cierre del proceso de selección, con el pago de los aportes parafiscales generados de la nómina de sus empleados de los últimos seis (6) meses con destino a los sistemas de salud, riesgos profesionales, pensiones y aportes a las Cajas de Compensación Familiar, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y Servicio Nacional de Aprendizaje.	CUMPLE	53 y 59			
En caso tal que NO se encuentre obligado a cancelar aportes parafiscales y de seguridad social, por no tener personal a cargo, deberá declarar esta circunstancia bajo la gravedad de juramento.	N.A.				

En el evento que NO se encuentre obligado a cancelar aportes a SENA, ICBF y Salud por encontrarse en los supuestos establecidos en la Reforma Tributaria (Ley 1607 de 2012 – Decreto 1828 de 2013) y pagar el Impuesto sobre la renta para la Equidad CREE, deberá declarar esta circunstancia bajo la gravedad de juramento y así mismo aportar la certificación de cumplimiento de pago de aportes a pensiones, riesgos profesionales y Cajas de Compensación generados de la nómina de los empleados de los seis (6) meses anteriores a la fecha de cierre.	N.A.				
En las anteriores circunstancias, las personas jurídicas lo harán mediante certificación expedida y firmada por el revisor fiscal (cuando de acuerdo con la Ley esté obligado a tenerlo o cuando por estatutos así se dispuso), o por el representante legal cuando no esté obligado a tener revisor fiscal. Si el proponente es una persona natural la acreditación de este pago se hará mediante declaración juramentada.	CUMPLE	53 y 59			
La persona natural nacional deberá además acreditar el cumplimiento de esta obligación con la planilla o comprobante de pago de los aportes a la seguridad social y aportes parafiscales (si aplican) como mínimo del mes inmediatamente anterior a la fecha prevista para el cierre de la presente convocatoria.	N.A.				
11. REQUERIMIENTO TITULACIÓN COMO INGENIERO CIVIL O INGENIERO SANITARIO PERSONA NATURAL					
En consonancia con lo previsto en la Ley 842 de 2003 y demás normas concordantes, con el fin de no permitir el ejercicio ilegal de la Ingeniería, la persona natural que pretenda participar en la presente convocatoria ya sea de manera individual o como integrante de un proponente plural (consorcio o unión temporal) deberá acreditar que posee título como Ingeniero Civil o Ingeniero Sanitario, para lo cual deberá adjuntar copia de su matrícula profesional y copia del certificado de vigencia de matrícula profesional y antecedentes disciplinarios expedido por el COPNIA, el cual se debe encontrar vigente.	N.A.				
12. ABONO DE LA OFERTA					
Si el representante legal o apoderado del proponente individual persona jurídica nacional o extranjera o el representante legal o apoderado de la estructura plural, no posee título de Ingeniero Civil o Ingeniero Sanitario, la oferta deberá ser avalada por un Ingeniero Civil o Ingeniero Sanitario, para lo cual deberá adjuntar copia de su matrícula profesional y copia del certificado de vigencia de matrícula profesional expedida por el COPNIA, el cual se debe encontrar vigente.	CUMPLE	37 y 39			La oferta se encuentra abonada por el Ingeniero Civil SERGIO ANDRES LOZANO NIÑO, quien aporta Matrícula Profesional y Certificado Copnia.
13. CERTIFICACIÓN DEL REVISOR FISCAL					
La persona jurídica nacional o extranjera con domicilio y/o sucursal en Colombia, deberá allegar certificación expedida por el Revisor Fiscal en el que conste si se trata de una sociedad anónima abierta o cerrada. Este requisito sólo será exigible para las sociedades anónimas.	CUMPLE	42			Se aporta certificación donde se indica que la empresa ROVER ALCISA S.A. es una Sociedad Anonima Cerrada.
La persona jurídica extranjera sin domicilio y/o sucursal en Colombia, deberá acreditar este requisito con el documento equivalente en su país de origen. El documento equivalente aportado se entenderá prestado bajo la gravedad de juramento, situación que se entenderá prestado con la presentación de la propuesta.	N.A.				
14. DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DEL PROPONENTE PLURAL					
El proponente deberá presentar el documento de constitución de proponente plural a través de las figuras asociativas de consorcio o unión temporal, en el cual constará por lo menos: 1. Nombre y domicilio de los constituyentes, acompañado de la cédula de ciudadanía, cédula de extranjería o pasaporte de cada uno de los integrantes de la estructura plural y de su representante legal, según corresponda, de acuerdo con la normatividad vigente. Cuando la cédula de ciudadanía o de extranjería se encuentre en trámite, la contraseña expedida por la Registraduría Nacional del Servicio Civil Colombiana se tendrá como documento válido.	CUMPLE	12 y 13			
2. El objeto del consorcio o unión temporal, el cual deberá ser el mismo del objeto a contratar.	CUMPLE	12 y 13			
3. La designación de un representante que deberá estar facultado para actuar en nombre y representación del consorcio o unión temporal; igualmente, podrá designarse un suplente que lo remplace en los casos de ausencia temporal o definitiva.	CUMPLE	12 y 13			FERNANDO VIEITES PÉREZ, identificado con Cédula de Extranjería No. 414.406
4. La indicación del domicilio de la figura asociativa.	CUMPLE	12 y 13			Crra 19 No. 95 - 31 Of. 511 Bogotá / fernando.vietes@espinaydelfin.com / angela.hernandez@espinaydelfin.com / edc.licitaciones@gmail.com / lkobregon@roveralcis.com
5. Señalar si la participación es a título de consorcio o unión temporal, y en este último caso, señalaran expresamente las actividades, términos y extensión de la participación de cada uno de sus integrantes en la propuesta y en la ejecución del contrato.	CUMPLE	12 y 13			ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA (40%) ESPINA & DELFIN COLOMBIA (60%)
6. La manifestación clara y expresa de que quienes integran el consorcio o unión temporal responderán por el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, para los miembros del consorcio solidaria e ilimitada respecto a las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato y limitada conforme a la participación de los miembros para el caso de la unión temporal.	CUMPLE	12 y 13			Numeral 6
7. En ningún caso la distribución porcentual podrá ser superior al 100%.	CUMPLE	12 y 13			
Al acta de constitución del consorcio o unión temporal se le deberá anexar la documentación que acredite la existencia y representación legal de cada uno de sus integrantes y la capacidad necesaria, como lo son, los certificados de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio, actas de Junta Directiva y poderes y tratándose de personas jurídicas de derecho público acto de creación (si aplica), resolución de nombramiento, acta de posesión y fotocopia de la cédula del representante legal, junto con la certificación del Jefe de Personal, o quien haga sus veces sobre la vigencia del nombramiento del representante legal.	CUMPLE				
Si el representante legal tiene limitaciones para presentar la oferta, comprometer o contratar a nombre de la persona jurídica, deberá presentar copia del órgano social competente, en el que conste que el representante legal está facultado para presentar la propuesta y celebrar el contrato en el evento de ser seleccionado.	N.A.				
Sus integrantes, apoderados y representantes no podrán encontrarse reportados en el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo – SARLAFT o en la Lista Clinton.	CUMPLE				
Las personas jurídicas extranjeras que participen en consorcio o unión temporal podrán constituir un solo apoderado común, y en tal caso, bastará para todos los efectos la presentación del poder común otorgado por todos los integrantes, con los requisitos de autenticación, consularización, legalización y/o apostilla y traducción exigidos en el Código de Comercio de Colombia, además de los señalados en estos Términos de Referencia. El poder a que se refiere este párrafo podrá otorgarse en el mismo acto de constitución del Consorcio o Unión Temporal.	N.A.				
Cada proponente, sea que participe en forma individual o constituido como consorcio o unión temporal, deberá presentar solamente una oferta.	CUMPLE				
15. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES					
No podrán participar en el presente proceso de contratación, ni celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, quienes se encuentren incurso en las causales de inhabilidad e incompatibilidad señaladas en la Constitución y en Ley, en cumplimiento de lo establecido en los artículos 13 y 15 de la Ley 1150 de 2007. <u>Esta situación se entenderá verificada con el aporte de la certificación de la Procuraduría General de la Nación y la suscripción de la carta de presentación de la propuesta.</u> <u>NOTA: Verificar que los proponentes no modifiquen el numeral 8 de la Carta de Presentación.</u>	CUMPLE	52 a 51			El proponente no reporta antecedentes de tipo fiscal, disciplinario y penal.
16. PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO					

El plazo general del Contrato es de DIECIOCHO (18) MESES, contados a partir de la suscripción del Acta de Inicio Global	CUMPLE	52 a 51			
17. CONFLICTO DE INTERÉS.					
manera individual o como integrante de un consorcio o unión temporal, un proponente no podrá presentar propuesta ni suscribir contrato, por encontrarse incurso en conflicto de interés, cuando: 1.23.1. Se incurra en las causales previstas en la Ley 734 de 2002, artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes. 1.23.2. Haya suscrito contrato de interventoría con Findeter o con la Contratante, o su cónyuge, compañero o compañera permanente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y/o primero civil o sus socios en sociedades distintas de las anónimas abiertas, durante el plazo de ejecución y hasta la liquidación del mismo. Este conflicto lo será también respecto de los beneficiarios reales de las mismas personas 1.23.3. Hayan participado en la estructuración, evaluación, aprobación, viabilización, financiación del proyecto objeto de la presente convocatoria, así como en la estructuración de los Términos de Referencia y en la evaluación y selección del proceso de contratación. El conflicto de interés se predicará igualmente, respecto de (i) los cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad y/o primero civil con cualquier persona que en cumplimiento de sus deberes u obligaciones legales, contractuales o funcionales, participaron en la convocatoria, en los términos anteriormente señalados y (ii) los beneficiarios reales de las mismas personas 1.23.4. Hayan participado como interventores o consultores en la elaboración de los diseños del proyecto objeto de la presente convocatoria. Esta prohibición también rige para los beneficiarios reales de las mismas personas. NOTA: Verificar que los proponentes no modifiquen el numeral 8 de la Carta de Presentación. NOTA: verificar Formato No. 6	NO CUMPLE		Se requiere al proponente para que aporte debidamente diligenciado el Formato No. 6 contenido en los Términos de Referencia y que corresponden al Formato de Declaración Juramentada Inexistencia Conflicto de Interés	SUBSANÓ	El proponente aportó Declaración Juramentada Inexistencia Conflicto de Interés.
18. CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA					
No podrá ser modificado el contenido de la carta de presentación de la propuesta. (VERIFICAR QUE LOS NUMERALES NO SEAN MODIFICADOS)	CUMPLE	52 a 51			

CAUSALES DE RECHAZO DE NATURALEZA JURÍCA.		
(Si el proponente está habilitado jurídicamente, todos los campos deben estar diligenciados con NO)	¿ESTÁ INCURSO? (SI-NO)	OBSERVACIONES.
1.36.1. No estar la propuesta ajustada y abarcar la totalidad de los requisitos o condiciones técnicas exigidas.	NO	
1.36.2. Cuando el proponente, persona jurídica o natural, ya sea en forma individual, como socio o constituido como consorcio o unión temporal, presente más de una oferta, las propuestas presentadas serán rechazadas.	NO	
1.36.3. Cuando la propuesta económica presentada para el proyecto o los precios unitarios o ítem, luego de las correcciones aritméticas, sea inferior a los valores mínimos o superior a los valores máximos establecidos en los presentes términos de referencia para la respectiva propuesta económica o el respectivo ítem.	NO	
1.36.4. Cuando el valor total de la propuesta no incluya IVA.	NO	
1.36.5. Cuando la propuesta se presente extemporáneamente o en lugar distinto al indicado en los Términos de Referencia.	NO	
1.36.7. Cuando el proponente no presente junto con la propuesta técnica la oferta económica o viceversa.	NO	
1.36.8. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o unión temporal, se encuentre incurso en las causales de inhabilidades, incompatibilidad o conflicto de interés, establecidas por la Constitución, la Ley y los términos de referencia.	NO	
1.36.9. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o unión temporal se encuentre incurso en alguna prohibición para presentar propuesta de las establecidas en los presentes Términos de Referencia	NO	
1.36.10. Cuando la propuesta presente enmiendas, tachaduras o entrelíneas que impidan la selección objetiva.	NO	
1.36.11. Cuando la propuesta técnica y económica sea parcial o totalmente ilegible.	NO	
1.36.12. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o unión temporal o sus representantes se encuentre(n) reportado(s) en el Boletín de Responsables Fiscales, expedido por la Contraloría General de la República.	NO	
1.36.13. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o Unión Temporal o sus representantes se encuentre(n) reportado(s) como inhabilitado para contratar en el Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad "SIRI" de la Procuraduría General de la Nación.	NO	
1.36.14. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o unión temporal o sus representantes tenga(n) antecedentes judiciales.	NO	
1.36.15. Cuando el proponente, sea persona natural o jurídica o alguno de los miembros del consorcio o unión Temporal o sus representantes esté(n) reportados en el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo – SARLAFT.	NO	
1.36.16. Si dentro del plazo otorgado para subsanar los requisitos habilitantes, el proponente no lo hiciera y con los soportes existentes no cumpla con los requisitos habilitantes.	NO	
1.36.17. Cuando el proponente no cumpla con los requisitos habilitantes establecidos en los términos de referencia.	SI	
1.36.18. Cuando se presente propuesta parcial, alternativa y/o condicionada.	NO	
1.36.19. Cuando en la etapa de subsanación, se modifiquen los porcentajes de participación de los integrantes del proponente plural	NO	
1.36.20. Cuando la constitución del proponente ocurra con posterioridad al cierre del proceso o se le otorgue al representante legal las facultades requeridas con posterioridad al cierre.	NO	
1.36.21. Cuando el proponente en la propuesta haga algún ofrecimiento que incumpla disposiciones legales.	NO	
1.36.22. En los demás casos establecidos en los Términos de Referencia y en la Ley.	NO	

CONCEPTO.
Tras la verificación de los documentos presentados para acreditar el cumplimiento de los requisitos habilitantes de carácter jurídico del Proponente No. 11 CONSORCIO RAED, se concluye que el mismo NO ESTÁ HABILITADO JURÍDICAMENTE , por cuanto el integrante del Consorcio, ROVER ALCISA SUCURSAL EN COLOMBIA , no cumple con el Término de constitución exigido en los Términos de Referencia, esto es, que la persona jurídica se encuentre constituida con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Tratándose de sucursales, deberá acreditar que se encuentra inscrita en Colombia con cinco (5) años de antelación al cierre de la presente convocatoria. Es de anotar que la Sucursal fue inscrita el 04 de Junio de 2012, y el cierre de la presente Convocatoria fue el 31 de Enero de 2017.