Medellín, marzo 26 de 2021

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVÍAS
Dirección de Contratación
Calle 25G # 73B-90, Complejo Empresarial Central Point
Bogotá D.C.

REFERENCIA: LICITACIÓN PÚBLICA No. **LP-DT-061-2020**.

OBJETO: "REALIZAR LA CONTRATACIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN Y/O MEJORAMIENTO Y/O REHABILITACIÓN Y/O MANTENIMIENTO DE LOS CORREDORES VIALES INCLUIDOS EN EL PROGRAMA DE OBRA PUBLICA "VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN, VISIÓN 2030", LOCALIZADOS EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA.

MÓDULO 1: **"**CONSTRUCCIÓN, GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL, AMBIENTAL SOSTENIBLE DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO TÚNEL GUILLERMO GAVIRIA ECHEVERRI SECTOR 01 (TÚNEL DEL TOYO) EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, EN MARCO DE LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA, MEDIANTE EL PROGRAMA DE OBRA PÚBLICA "VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN VISIÓN 2030"".

MÓDULO 2: "CONSTRUCCIÓN, GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL, AMBIENTAL SOSTENIBLE DE LAS VÍAS DE ACCESO AL PROYECTO TÚNEL GUILLERMO GAVIRIA ECHEVERRI SECTOR 02 (TÚNEL DEL TOYO) EN EL DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, EN MARCO DE LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA, MEDIANTE EL PROGRAMA DE OBRA PÚBLICA "VÍAS PARA LA LEGALIDAD Y LA REACTIVACIÓN VISIÓN 2030"".

ASUNTO: SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA POTESTAD VERIFICADORA DE LA ENTIDAD SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS HABILITANTES – CAPACIDAD RESIDUAL

Respetados señores,

CAMILO ÁNGEL MACHADO, actuando como representante legal del **CONSORCIO TOYO EUTC - HB (Proponente No. 05)**, de manera respetuosa y estando dentro de la oportunidad prevista para ello, solicitamos a la Entidad, en su calidad de directora del proceso de selección, ejercer su Potestad Verificadora respecto del cumplimiento de Requisitos Habilitantes y Capacidad Residual de Contratación por parte del Proponente **No 03 – CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.**, solicitando la aplicación de los correctivos legales procedentes, de la siguiente manera:

1. RESPECTO DE LA "EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD RESIDUAL PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS (CR), CAPACIDAD FINANCIERA Y CAPACIDAD ORGANIZACIONAL"

En el Informe Final de Evaluación, se le da a este proponente una calificación como hábil. No obstante, validando el Formato 5C – SCE con el cual se acredita la Capacidad Residual de Contratación, se observaron las siguientes inconsistencias en la información suministrada respecto del Contrato de Orden No. 10 (suscrito con la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI).

En efecto, en el Formulario 5C, el Proponente No. 03, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., reporta el Contrato de Orden No. 10, por valor de $2.752.552.193.011 correspondiente al "Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 016 de 2015" suscrito por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI con la "Concesión Ruta al Mar S.A.S. CORUMAR S.A.S.".

El valor reportado en dicho contrato, si bien corresponde al valor inicial consignado en la Parte Especial del "Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 016 de 2015", no incluyó la **"Compensación por Riesgos por Sobrecostos"** que fue reconocida en el marco de dicho Contrato de Concesión a través de **Otrosí No. 14 del 19 de junio de 2019**, en el cual se incluyó al contrato de concesión una compensación por valor de **CATORCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($14.271.912.632).**

En efecto, en la cláusula Cuarta del citado Otrosí, publicado en el enlace del Secop de dicho contrato (https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-20-448), figura lo siguiente:

CLÁUSULA CUARTA. COMPENSACIÓN POR RIESGOS POR SOBRECOSTOS: Las Partes, sin perjuicio de lo establecido en las cláusulas tercera y quinta del presente Otrosí, determinan que el valor en constantes (precios del Mes de Referencia) de la Compensación por Riegos de Sobrecostos que en el presente Otrosí se reconoce es CATORCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($14.271.912.632) DEL MES DE REFERENCIA, discriminados así:

i. Un sobrecosto neto por las Intervenciones de Obras de Construcción y Mejoramiento no previstas de TRECE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN PESOS ($13.997.183.821) DEL MES DE REFERENCIA, valor que incluye la respectiva gestión Social, Ambiental y Predial.
ii. Un sobrecosto neto por Operación y Mantenimiento no previsto de DOCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS ONCE PESOS ($274.728.811) DEL MES DE REFERENCIA, valor que incluye la gestión Social y Ambiental.

PARAGRAFO PRIMERO: El derecho económico a la Compensación por Riesgo sobre el valor identificado en el numeral (i) anterior como Sobrecosto, será efectivamente causado y compensado con la suscripción del Acta de Terminación de la Unidad Funcional 7 o el Acta de Terminación Parcial de la Unidad Funcional que incluya las intervenciones asociadas al Subsector 7.2, y con la actualización del valor del sobrecosto que será consignado en un Acta de Cálculo de Compensación de Riesgos por Sobrecosto. Para ello, la Fiduciaria trasladará dicho valor de los recursos de la Subcuenta Autónoma de Soporte a la Cuenta Proyecto del Patrimonio Autónomo, con la presentación de las Actas citadas en el presente parágrafo primero. En todo caso y para los efectos de la aplicación de las fórmulas contenidas en la Sección 3.5(b)(i) de la Parte General, el mes en que se hará el cálculo del VRm (Mes i) para el sobrecosto que en el presente Otrosí se reconoce, corresponderá al mes en que se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional 7 o el Acta de Terminación Parcial de la Unidad Funcional que incluya las intervenciones asociadas al Subsector 7.2.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El valor identificado en el numeral (ii) anterior como sobrecosto, será compensado efectivamente de la siguiente manera: Se distribuirá en partes anuales iguales desde la fecha en que se suscriba la primera Acta de Cálculo de la Retribución de la Etapa de Operación y Mantenimiento, hasta que venza el Plazo Inicial del Contrato, y en cada Acta de Cálculo para la Compensación del Riesgo de Sobrecosto de Operación y Mantenimiento -que será suscrita anualmente-, se reconocerá la proporción que corresponda para cada año, previa constatación de haberse suscrito las Actas de Cálculo de la Retribución de la respectiva anualidad. Conforme se establece en la Sección 3.16(j) de la Parte General del Contrato de Concesión, la Fiduciaria trasladará dicho valor de los recursos de la Subcuenta Autónoma de Soporte a la Cuenta Proyecto del Patrimonio Autónomo, con la respectiva presentación del Acta de Cálculo de Compensación de Riesgos por Sobrecosto y las Actas de Cálculo de la Retribución del año que corresponda.

Es claro que con esta compensación se pagará al concesionario la materialización del riesgo de cambio de obras, como claramente se señala en los literales f), g) y h) del numeral V de la parte considerativa del Otrosí No. 14. Veamos:

f) Que con el fin de armonizar las disposiciones contractuales, para el caso nos ocupa en el presente Otrosí, y las disposiciones legales contenidas en la Ley 1508 de 2012, es necesario precisar y regular que, si bien el valor del riesgo que atañe a construcción y mejoramiento, y su respectiva gestión Social, Ambiental y Predial ($ 13.997.183.821) se calcula en el presente Otrosí, el pago efectivo se hará una vez la infraestructura esté disponible, cumpla con los niveles de servicios exigidos en el Contrato y se suscriba el Acta de Terminación de la Unidad Funcional o el Acta de Terminación Parcial de Unidad Funcional según sea el caso que corresponda, mes en el cual las Partes suscribirán también la respectiva actualización del valor de la compensación de riesgos que se consignará en el Acta de Cálculo para la Compensación del Riesgo, en las condiciones pactadas en el clausulado del presente Otrosí.

g) Que con la misma finalidad anterior, en cuanto al valor del riesgo que atañe con la Operación y Mantenimiento y a la gestión Social y Ambiental ($274.728.811), si bien éste se calcula en el presente Otrosí, el pago efectivo se hará durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, en las condiciones pactadas en el clausulado del presente Otrosí.

h) Que para garantizar el pago de la materialización del *Riesgos Costos*$_i$ -en la modalidad del riesgo por sobrecostos-, en virtud de la aplicación de la Sección 8.1(g) de la Parte General del Contrato en concordancia con las Secciones 3.5(b)(i)(1) y 13.3 (n) de la misma Parte, el valor de $14.271.912.632 pesos del Mes de Referencia, llevado a pesos corrientes estimados a diciembre 26 de 2022, será depositado en una nueva subcuenta que para el efecto se creará dentro de la Subcuenta Autónoma de Soporte del Patrimonio Autónomo, para lo cual la ANI dará la respectiva instrucción a la Fiduciaria en las condiciones pactadas en el presente Otrosí.

Así pues, en el reporte del Contrato de Orden No. 10 presentado en el Formulario 5C por el Proponente No. 03 CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. se omitió reportar al valor del contrato la suma de **CATORCE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS ($14.271.912.632),** lo cual genera una inconsistencia en la información frente a la acreditación y cálculo de la Capacidad Residual del Proponente No. 03 que obliga a la Entidad a dar aplicación al numeral 3.10 del Pliego de Condiciones.

2. RESPECTO DE LA "EVALUACIÓN TÉCNICA"

2.1 Contrato de Orden No. 3 (Suscrito con INVIAS)

En respuesta a la observación presentada por el Proponente No. 05 frente al Contrato de Orden No. 3 (suscrito con INVÍAS) del Proponente No. 03, la Entidad concluyó:

> "Por lo anterior, se informa que el contrato ofrecido por el proponente No. 3 Construcciones El Cóndor se evalúa de acuerdo con el porcentaje de participación que se encuentre inscrito en el RUP, tal como lo indica el pliego de condiciones en los literales mencionados, en consecuencia, la Entidad no acoge la observación realizada.
>
> Con relación a la segunda observación realizada referente al contrato de orden No. 3 (929 de 1997 suscrito con INVIAS) ofrecido por el Proponente No. 3 Construcciones El Cóndor, la entidad procedió a verificar lo indicado, evidenciando que en la certificación allegada se menciona que la construcción del

puente fue realizada por un tercero, sin embargo, el contrato fue objeto de cesión a Construcciones El Cóndor SA, por lo que la experiencia se admite para el cesionario y no se reconoce para el cedente, hecho que se encuentra contemplado en el pliego de condiciones en su numeral 3.5.5 DOCUMENTOS VÁLIDOS PARA LA ACREDITACIÓN DE LA EXPERIENCIA REQUERIDA, Literal E:

"(…)
E. *Para los contratos que hayan sido objeto de cesión, el contrato deberá encontrarse debidamente inscrito y clasificado en el RUP o en uno o alguno de los documentos considerados como válidos para la acreditación de experiencia de la empresa cesionaria, según aplique****. La experiencia se admitirá para el cesionario y no se reconocerá experiencia alguna al cedente.***
(…)" Subrayado y negrita fuera de texto

Por lo anterior, la experiencia ofrecida por parte del proponente No. 3 Construcciones El Cóndor se considera válida, toda vez que el pliego de condiciones establece que para los contratos que hayan sido objetos de cesión, la experiencia será tenida en cuenta para el cesionario siempre y cuando esta se encuentre inscrita en el RUP."

Ahora bien, a pesar de lo manifestado por la Entidad, debe considerarse que, según certificado de INVIAS de fecha 05 de diciembre de 2013, el contrato No. 929 de 1997 tiene las siguientes condiciones:

Fecha Inicio:	21/01/1998
Fecha Terminación:	1/08/2000
Plazo Total (días):	923,00
Valor Total del Contrato:	$ 8.291.690.483,94
Año Terminación:	2.000
SMMLV Año Terminación:	$ 260.100
Valor Total del Contrato (SMMLV):	31.878,86

El cual cuenta con las siguientes dimensiones totales:

Longitud total del Puente (m)	284,00
Luz mayor del Puente (m)	128,70

En este mismo documento, el INVIAS informa sobre la cesión a CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR de la siguiente manera:

Fecha Cesión:	1/09/1999
Días Ejecutados a la Cesión:	588,00
% en Plazo a la Cesión:	63,71%
Valor Total Ejecutado - El Cóndor:	$ 3.404.640.150,04
Año Terminación:	2.000
SMMLV Año Terminación:	$ 260.100

Valor Total del Contrato (SMMLV) - Reportado en el RUP de El Cóndor (#54):	13.089,74
% Ejecutado por el Cóndor Vs. Total Contrato:	41,06%

Claramente, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., reporta en su RUP (bajo # 54) un valor del contrato de 13.089,74 SMMLV que son los equivalentes a los $3.404.640.150,04 ejecutados por CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., una vez realizada la cesión y no los $8.291.690.483,94 del valor total del contrato 929 de 1997.

El valor ejecutado por CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. dentro del contrato 929 de 1997, reportado por INVIAS en el certificado equivale al 41,06% del valor total del contrato 929 de 1997.

Es decir, que CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. tiene reportado en su RUP un 41,06% del total del contrato 929 de 1997, por lo cual, las dimensiones del puente no pueden ser consideradas en un 100%.

Adicional, el mismo certificado expedido por INVIAS indica "***Que según acta de acuerdo de fecha agosto 10 de 1999, el CONSORCIO AUGUSTO RUIZ CORREDOR Y CIA LTDA – PUENTES Y TORONES LTDA – INCIPAL LTDA INGENIERO CONSTRUCTORES Y CONSULTORES POVEDA ALVAREZ LTDA – RICARDO POVEDA CONCREARMANDO LTDA, fueron los que construyeron el puente objeto del contrato 929 de 1997***", de donde se desprende claramente que en virtud del acuerdo de voluntades llevado a cabo entre el cedente y el cesionario no podría este valerse de la experiencia de una obra real y efectivamente ejecutada por otro, situación que es concordante con lo establecido en el pliego de condiciones en el numeral 3.5.6.PARA SUBCONTRATOS, según el cual "*En todo caso, la experiencia será válida para quien efectivamente haya ejecutado las actividades exigidas*". Siendo claro que este proponente no fue quien ejecutó la obra pues así se encuentra certificado por el INVIAS, no es posible que ahora pretenda acreditar la experiencia en puente en la que no participó en su construcción.

Lo anterior que quiere decir, que CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. no construyó la estructura del PUENTE COMBEIBA, tal como lo indica el INVIAS, sino otras obras por valor de $3.404.640.150,04, equivalentes al 41,06% del total del contrato 929 de 1997, que, en caso de querer afectar las longitudes del puente, equivaldría en dimensionamiento a lo siguiente:

Longitud total del Puente Combeima (m)	284,00
Luz mayor del Puente Combeima (m)	128,70
% El Cóndor, según valor ejecutado:	41,06%
Longitud del Puente – El Cóndor (m)	116,61
Luz del Puente - El Cóndor (m)	52,85

Es tan evidente lo anterior, que en consideración a ello CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. reporta en su RUP respecto de este contrato, un valor ejecutado de $3.404.640.150,04, equivalentes a 13.089,74 SMMLV, es decir, un 41,06% del valor total del contrato 929 de 1997; con lo cual, es absolutamente imposible e impensable que a pesar de que el mismo proponente solo reconozca haber ejecutado el 41,06% de ese contrato, la Entidad le admita como experiencia el 100% de la misma.

En este evento, la Entidad le reconoce más ejecución a este Proponente que la que él mismo tiene reportada e inscrita en el RUP, situación a todas luces es inadmisible y que obliga a la Entidad a reconsiderar lo consignado sobre la habilitación y acreditación de experiencia por parte de del Proponente No. 03, respecto al Contrato de Orden No. 03, con información que reposa en la misma Entidad y que es certificada por ella misma en donde es claro que lo ejecutado por el proponente son obras adicionales al puente más no la construcción de la estructura como tal, lo cual es el requisito de experiencia que debe verificar la entidad para el cumplimiento de la experiencia exigida en los pliegos de condiciones.

2.2 Contrato de Orden No. 2
(Suscrito con CONCONCRETO S.A.)

Sobre la acreditación de experiencia a través del Contrato de Orden No. 2, en respuesta a la observación presentada por el Proponente No. 05, la Entidad concluyó:

> *"De esta forma, para el comité evaluador no es procedente desconocer la información que acredita el oferente en su Registro Único de Proponentes, so pena de vulnerar los derechos del oferente cuyos documentos están siendo objeto de estudio.*
>
> *Por lo anterior, se informa que el contrato ofrecido por el proponente No.3 CONSORCIO CM PUTUMAYO se evalúa de acuerdo al porcentaje de participación que se encuentre inscrito en el RUP, tal como lo indica el pliego de condiciones en los literales mencionados, en consecuencia, la Entidad no acoge la observación realizada.*
>
> *En consecuencia, la Entidad no acoge las observaciones realizadas."*

Sea lo primero manifestar que desconcierta el tratamiento desigual que la Entidad otorga frente a situaciones similares (en nuestro concepto, iguales) y que, de hecho, conciernen al mismo Proponente No. 03. En tal sentido, sorprende que en la Licitación Pública LP-DT-062, frente al Contrato de Orden No. 3 (Suscrito con LA CONCESIÓN COSTERA CARTAGENA BARRANQUILLA) y aportado por el integrante del Proponente No. 03 CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA, la Entidad le haya dado mérito a la información contractual aportada por el propio oferente y hubiera concluido que el porcentaje de participación acreditado por este integrante del oferente es del **22.5%**, a pesar de que la información que éste mismo integrante tiene reportada en el RUP (Contrato de Orden No. 88 del RUP) corresponda al **30%**.

En efecto, en el Informe Final de Evaluación de la LP-DT-061, la Entidad señaló (pág. 10):

> - *"De otra parte, es importante agregar, que de acuerdo con la certificación del subcontrato expedida el día 22 de octubre de 2020, allegada con la propuesta inicial, se indica que la Sociedad Concesionaria celebro el contrato EPC con JOINT VENTURE CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA – RIZZANI DE ECCHER SPA, quien se encuentra constituido por: CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA con una participación del 75% y RIZZANI DE ECCHER SPA con una participación del 25%. De igual manera, en dicha certificación se indica la conformación del CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA, en donde CONSTRUCTORA MECO SA SUCURSAL tiene una participación del 30%.*
>
> - *Una vez revisado el RUP de CONSTRUCTORA MECO SA SUCURSAL COLOMBIA (integrante que pretende acreditar la experiencia del citado contrato) bajo el número de consecutivo 88, se registra un porcentaje de participación del 30%, el cual corresponde al porcentaje de participación que tuvo dicho integrante en el CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA. No obstante lo anterior, no se puede desconocer que el CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA a su vez hace parte de la estructura plural*

que conforma el subcontratista: JOINT VENTURE CONSORCIO DE DISEÑOS COSTERA – RIZZANI DE ECCHER SPA, con una participación del 75% dentro de la citada estructura plural, tal y como se encuentra consignado en el RUP de CONSTRUCTORA MECO SA SUCURSAL COLOMBIA.

- *Así las cosas, el porcentaje de participación a tener en cuenta para efectos de evaluación del integrante CONSTRUCTORA MECO SA SUCURSAL COLOMBIA en el contrato de orden No. 3 es del 22.5%."*

Así las cosas, frente al Contrato de Orden No. 5 (suscrito con CONCONCRETO S.A.) por el Proponente No. 03, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., la Entidad, habiendo conocido la inexactitud de la participación que este integrante tuvo en el consorcio que ejecutó este contrato, inquieta que haya decidido atenerse estrictamente a la información que este oferente tiene reportada en el RUP, a pesar de que la información documental que pudo verificar, permite arribar a una conclusión muy diferente.

En tal sentido, debemos precisar que el Proponente No. 03, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., pretende acreditar experiencia en túneles, aportando el Contrato de Orden No. 05 suscrito entre el **CONSORCIO** CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A. y la CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., el cual en el certificado suscrito por INVIAS de fecha 30 de Julio de 2004 se reporta lo siguiente:

TOTAL CONTRATO CONCONCRETO 0061/98	
Valor Total del Proyecto ($):	**$ 159.383.998.640,95**
Longitud Total Excavada (m):	**3.440,65**

Según lo certificado por el mismo INVIAS en documento suscrito el 27 de agosto de 2003, el subcontrato del cual CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. hizo parte del CONSORCIO CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A. y la CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., fue autorizado por la Entidad en un porcentaje del 49% del valor del contrato principal, lo cual implica las siguientes condiciones:

SUBCONTRATO (TUNELESA + EL CONDOR + ESTYMA)	
% del subcontrato en Contrato Principal	**49,00%**
Valor del Subcontrato	**$ 78.098.159.334,07**
Año Terminación	2.002
SMMLV año Terminación	$ 309.000,00
Valor subcontrato según SMMLV	252.744,85
Valor reporteado en RUP por Proponente	**252.744,85**
Long. Excavada en subcontrato (m)	**1.685,92**

Dado que el valor reportado en el RUP de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. es de 252.744,85 SMMLV, claramente se evidencia que dicha empresa reporta como valor total del contrato suscrito entre el CONSORCIO CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A. y la CONSTRUCTORA CONCONCRETO, el 49% del valor total del contrato suscrito entre CONCONCRETO e

INVIAS. De ello se desprende, en consecuencia, que la longitud total excavada ejecutada por el CONSORCIO CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A. no es de 3.440,65 ml que es el total del contrato 0061/98 si no de 1.685,92 ml., es decir, el equivalente al porcentaje del total subcontratado al Consorcio del que hizo parte.

Primero, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. pretende acreditar el 100% de la longitud del túnel excavado del contrato 0061/98 suscrito entre INVIAS y CONSTRUCTORA CONCONCRETO, equivalente a 3.440,65 ml, pero esta situación no se corresponde con la realidad, teniendo en cuenta que la autorización del INVIAS para la ejecución de las obras fue de solo el 49% y no del total del contrato, es decir, 1.685,92 ml.

Esto se puede evidenciar claramente comparando las cantidades reportadas tanto en el certificado de INVIAS de fecha 30 de julio de 2004, como en el de CONCONCRETO, en donde las cantidades reportadas por ambos corresponden al 100% de las obras objeto del contrato 0061/98, lo cual demuestra que las cantidades reportadas no son las ejecutadas por CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. sino que son las informadas por CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., para el total del contrato 0061/98 suscrito con INVIAS.

Veamos un recorte las actividades certificadas:

CANTIDADES DE OBRA EJECUTADA:

ACTIVIDAD	UNIDAD	CANTIDAD
Excavación subterránea tipo III	m3	51,238.56
Excavación subterránea tipo V	m3	130,155.73
Excavación subterránea tipo IV	m3	80,488.67
Empradizado	m2	726.20
Remoción de Derrumbes	m3	1,744.00
Arcos de acero estructural	kg	1,190,352.56
Pernos de Anclaje tipo A1 sencillo con lechada	ml	253,851.20
Pernos de Anclaje tipo A1 sencillo con resina	ml	23,438.00

MEDELLÍN Teléfono (57) (4) 402 5700 / Fax (57) (4) 402 5786 | **BOGOTÁ** Teléfono (57) (1) 620 2166 / Fax (57) (1) 214 6333 | **BARRANQUILLA** Teléfono (57) (5) 318 5560
contactenos@conconcreto com | www.conconcreto.com | Nit. 890.901.110 - 8

Cantidades reportadas por CONCONCRETO

CANTIDADES DE OBRA EJECUTADAS A 22 DE JULIO DE 2002.

ACTIVIDAD	CANTIDAD TOTAL EJECUTADA	UNIDAD
Excavación subterránea tipo III	51.018,80	m3
Excavación subterránea tipo IV	130.923,98	m3
Excavación subterránea tipo V	80.030,95	m3
Empradizado	726,20	m2
Remoción de derrumbes	1.744,00	m3
Arcos de acero estructural	1.181.240,14	kg.
Pernos de anclaje tipo A1 sencillo con lechada	253.045,20	ml
Pernos de anclaje tipo A1 sencillo con resina	23.382,00	ml
Malla de acero D=5.0 mm 150x150		m2

Cantidades reportadas por INVIAS

Aceptar lo anterior, equivaldría tanto a señalar que el subcontratista hubiere ejecutado el 100% de la obra que le fue contratada por el INVIAS a CONSTRUCTORA CONCONCRETO S.A., por valor de $**159.383.998.640,95,** valor que corresponde al total del contrato, y que dista ampliamente del valor del subcontrato entre CONSTRUCTORA CONCONCRETO y el consorcio subcontratista por valor de **$78.098.159.334,07,** el que efectivamente corresponde al 49% que el INVÍAS autorizó subcontratar.

Segundo, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A pretende acreditar que su participación dentro del CONSORCIO CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A., fue del 67,3%, para lo cual demostramos según acta de acuerdo de consorcio que la participación de las empresas fue realmente la siguiente:

TUNELESA S.A.:	34,6%
ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS:	32,7%
CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.:	**32,7%**
TOTAL:	**100,0%**

Así las cosas, afectando los 1.685,92 ml, correspondientes al 49% del subcontrato, que pretende inválidamente acreditar este Oferente, tenemos lo siguiente:

% de El Cóndor en Consorcio	**67,30%**
Long. Excavada El Cóndor (m)	1.134,62

No obstante lo anterior, y como se observó con antelación, el porcentaje real de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. en dicho subcontrato es del 32,7%, toda vez que este oferente pretende acreditar además de su participación real en dicho consorcio, la que ejecutó el integrante TUNELESA S.A., producto de una escisión, experiencia que claramente no es posible transferir en ninguna de las dos modalidades de escisión que contempla nuestra legislación mercantil.

Sobre este aspecto, es importante señalar que la Guía de Asuntos Corporativos (G-ACPC-02) expedida por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente "ANCP – CCE", sobre la adquisición de experiencia señala:

> **III Transferencia de la experiencia de las personas jurídicas**
>
> **La experiencia de las personas jurídicas es de carácter personal y en principio es intransferible. Por lo tanto, no es posible trasladar la experiencia de un proponente a otro en eventos de escisión o liquidación de una persona jurídica**, ni que la experiencia sea enajenada por una persona jurídica en favor de otra persona jurídica o natural.

De otro lado, en **Concepto C-708** del 9 de diciembre de 2020[1], sobre la imposibilidad absoluta de acreditar experiencia derivada de una escisión en cualquiera de sus dos modalidades, la ANCP – CCE, concluyó:

> **"2.3 La escisión y sus efectos sobre la experiencia de las sociedades comerciales**
> […]
> Bajo las premisas anteriores, ahora se analiza la escisión que es una figura con dos modalidades reguladas en la Ley 222 de 1995. La primera se refiere a una sociedad que no se «disuelve» ni se

[1] Concepto que reitera lo señalado en los Conceptos anteriores de la ANCP-CCE: C-002 del 20 de febrero de 2020, C-491 del 27 de julio de 2020 y C-584 del 31 de agosto de 2020 y que fue ratificado en concepto posterior de la ANCP-CCE: C–002 del 9 de febrero de 2021.

«liquida», es decir, permanece sin modificaciones ni reformas, pero fracciona su patrimonio para transferir una o varias partes, a una o varias sociedades existentes o por crearse. En este caso, la escisión se refiere al patrimonio de la sociedad, sin incluir ningún otro aspecto, lo cual significa que la sociedad continúa con un patrimonio reducido debido al fraccionamiento, pero no existe ninguna otra implicación para la persona jurídica como su desaparición por «disolverse» o «liquidarse».

De conformidad con lo anterior, esta Agencia considera que las sociedades que reciben una parte del patrimonio de una sociedad que continúa existiendo, no implica que adquieran su experiencia, pues no es posible que varias sociedades tengan la misma experiencia, duplicándola tantas veces se haya fraccionado el patrimonio, porque la experiencia pertenece a quien la adquirió ejecutando los contratos a su cargo. En tal sentido, esta sigue perteneciendo a la persona jurídica que se escindió.

La segunda modalidad se trata de una sociedad que se «disuelve» sin «liquidarse», y también existe fraccionamiento del patrimonio con el mismo fin, esto es, para transferirlo a otras sociedades existentes o para destinarlo a la creación de sociedades nuevas. Como se observa, participa una sociedad –la que se escinde– y otras que reciben la transferencia del patrimonio en bloque, pero disolviéndose la sociedad que se escinde.

En la primera modalidad de escisión, teniendo en cuenta que la sociedad continúa sin alteraciones, conserva su experiencia, de manera que no la transfiere porque para ello tendría que «disolverse» –pero no «liquidarse», puesto que la «liquidación» implicaría que desaparece la persona y así su experiencia–. Para explicarlo hay que volver a la definición de «disolución», donde la persona jurídica no desaparece y solo puede hacer trámites para «liquidarse»; sin embargo, hay una excepción a esa regla y es, precisamente, la figura que aquí se explica, donde la sociedad realiza actuaciones para escindirse. En la primera modalidad de escisión no existe «disolución», lo que significa que la persona continúa por sí misma y puede adquirir experiencia, pero no puede transferirla porque le pertenece a ella que fue quien la adquirió y la conserva.

Por otro lado, a pesar de que en *la segunda modalidad* existe «disolución», no hay transferencia de la experiencia porque la persona jurídica fraccionada deja de ser quién es y desaparece, quedando dividida en varias sociedades nuevas o existentes que reciben su patrimonio, sin que sea posible determinar cuál de todas las sociedades que recibieron parte del patrimonio de la sociedad escindida tiene la experiencia.

Tampoco es posible que todas las sociedades que recibieron el patrimonio acrediten la misma experiencia multiplicándola tantas veces sea posible, porque la experiencia es de quien la adquirió, y esa persona jurídica no puede continuar en otra persona, porque desapareció, quedando fraccionada en 2 o más partes. En efecto, admitir la posibilidad de que se transfiera y se multiplique la experiencia, desconocería la noción y finalidad de la experiencia como personal, esto es, que se adquiere por la participación en actividades iguales o similares a las que se van a contratar. Además, tampoco responde a la *transferencia* de la experiencia, que se daría si la persona jurídica sigue siendo quien es, pero a través de otra, como sucede en figuras como la fusión." [Subrayado fuera de texto original]

Así pues, con el Contrato de Orden No. 02 (TÚNEL BUENAVISTA), el Proponente No. 03 solo podrá acreditar una experiencia igual a su porcentaje de participación en el CONSORCIO CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. – TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A. Y ESTYMA S.A., es decir, del **32,7%**, pero no podrá hacer valer para sí la experiencia que fue adquirida por otro, en este caso por TÚNELES Y MINERÍA S.A. – TUNELESA S.A., como consecuencia de la escisión.

Aplicado lo anterior, la única experiencia que este proponente puede acreditar respecto a este subcontrato, es la siguiente:

% de El Cóndor en Consorcio	**32,70%**
Long. Excavada El Cóndor (m)	551,30

Considerado todo lo anterior, es claro que estamos frente a un claro evento de inexactitud entre la información entregada por el integrante de este Proponente y la que éste mismo tiene registrada en el RUP, situación que obliga a la Entidad a dar aplicación a la consecuencia prevista en el pliego de condiciones en su numeral 1.11, el cual contempla una consecuencia clara y única para cuando se presenta información inexacta. En efecto, el pliego señala:

> ***1.1. INFORMACIÓN INEXACTA***
> *La Entidad se reserva el derecho de verificar integralmente la información aportada por el Proponente. Para esto, puede acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades respectivas.*
>
> ***Cuando exista inconsistencia entre la información suministrada por el Proponente y la efectivamente verificada por la Entidad, la información que pretende demostrar el Proponente se tendrá por no acreditada.***
>
> *La Entidad compulsará copias a las autoridades competentes en aquellos eventos en los cuales la información aportada tenga inconsistencias sobre las cuales pueda existir una posible falsedad, sin que el Proponente haya demostrado lo contrario, y procederá a rechazar la oferta.*

Así pues, en este caso es evidente la inexactitud entre la información suministrada por el proponente para acreditar su participación en el Contrato de Orden No. 03 (suscrito con CONCONCRETO S.A.), esto es, la que se desprende de los documentos obrantes en el expediente de la licitación de la reportada por este integrante en el RUP; por ello, la consecuencia no es otra distinta a que dicha información se tenga por no acreditada, tal y como expresamente lo prevé el pliego. Lo anterior, sin perjuicio de que, en el evento en que la Entidad llegase a considerar que sobre dicha información, además de la inexactitud, pueda existir una falsedad, deberá dar aplicación al literal H, del numeral 1.15 del Pliego de condiciones, el cual prevé:

> ***1.15 "CAUSALES DE RECHAZO***
>
> *Son causales de rechazo las siguientes:*
> *[…]*
> *H. Que el Proponente aporte información inexacta sobre la cual pueda existir una posible falsedad en los términos de la sección 1.11."*

Ahora bien, sobre este particular, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente "ANCP – CCE", en Concepto No. 4201912000006711 del 12 de noviembre de 2019, aplicable al presente caso por ser la misma redacción y contexto de esta regulación, señaló:

> ***"2.1.2 Inconsistencia de uno de los contratos aportados***
>
> *Usted pregunta: ¿si el proponente presenta 3 contratos, y en uno de ellos se presentan inconsistencias con la información presentada en el RUP, pero con los otros dos contratos cumple los requisitos solicitados en el pliego, se habilita el proponente o se rechaza? Para resolver lo anterior, en primer lugar se estudiará la forma cómo se deben tratar a las inconsistencias de la*

información presentada en la oferta y, en segundo lugar, la posibilidad de habilitar al proponente con dos de los 3 contratos aportados.

El Documento Base o Pliego Tipo, en el numeral "1.11 Información inexacta", establece que si existe información aportada por el proponente que sea inconsistente, inexacta o incoherente, la entidad tiene el derecho de verificar la información presentada por el proponente, y para esto puede acudir a las autoridades, personas, empresas o entidades respectivas. Frente esta verificación puede suceder que: i) si existe inconsistencia entre la información suministrada por el proponente y la efectivamente verificada por la entidad, ésta podrá concluir que la información se entiende como no acreditada, y, ii) en los casos en los que exista una presunta falsedad, la entidad compulsará copias a las autoridades competentes y rechazará la oferta.

En este sentido, si existe inconsistencia de la información registrada en el RUP y el contrato que aportó el proponente, la información se entenderá no acreditada, y, por lo tanto, no se podrá tener como válido el contrato para habilitar al proponente. Ahora, si se demuestra que existe una presunta falsedad, se debe rechazar la oferta.

Ahora, ¿si el proponente aporta otros dos contratos se podrá acreditar el requisito habilitante de experiencia? La entidad debe verificar si con los demás el proponente se habilita, a pesar de que uno de ellos presenta inconsistencias. En otras palabras, si bien a pesar de que el proponente aportó un contrato que tiene inconsistencias, la entidad debe verificar si los demás lo habilitan, y por lo tanto no se puede rechazar. En consecuencia, la entidad deberá confirmar que con los demás que tiene en su poder, y frente a los cuales no requirió solicitar subsanación o no existe inconsistencia, se puede habilitar al proponente, y de esta forma no rechazar la oferta.

En consecuencia, no es la regla general que la entidad rechace a un proponente por las inconsistencias en uno de los contratos aportados y la información registrada en el RUP, ya que la entidad debe tener la certeza de que ninguno de los demás contratos aportados permite habilitarlo, porque si a pesar de que alguno contiene información inconsistente, si se habilita con los otros la entidad no podrá rechazar la oferta, porque la entidad debe adoptar las acciones necesarias para no rechazar la oferta de un proponente, sino garantizar la pluralidad de oferentes.

Así las cosas, siendo evidente la inexactitud de la información reportada por el Proponente No. 03, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., frente al Contrato de Orden No. 3, inconsistencia reconocida y verificada por la Entidad, se solicita tener por no acreditado dicho contrato o, en caso de encontrar una falsedad, dar aplicación a la causal de rechazo prevista en el literal H, del numeral 1.15 del pliego de condiciones.

En todo caso, de persistir alguna duda para la Entidad, es claro que el ordenamiento jurídico le otorga el remedio legal para proceder en estos casos, pues el artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, modificado por artículo 221 del Decreto Ley 019 de 2012, en su numeral 6.3, inciso 3º, expresamente prevé:

ARTÍCULO 6o. DE LA VERIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE LOS PROPONENTES. <*Artículo modificado por el artículo 221 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:*>
[…]

Cuando en desarrollo de un proceso de selección una entidad estatal advierta la existencia de posibles irregularidades en el contenido de la información del RUP, que puedan afectar el cumplimiento de los requisitos exigidos al proponente dentro del proceso de que se trate, podrá suspender el proceso de selección e impugnar ante la Cámara de Comercio la inscripción*, para lo cual no estarán obligadas a prestar caución. Para el trámite y adopción de la decisión las Cámaras de*

Comercio tendrán un plazo de veinte (20) días. De no haberse adoptado una decisión en el término anterior, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el RUP.

Siendo ello así y que es indudable que la información registrada en el RUP por el Proponente No. 03, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., frente al Contrato de Orden No. 03 no corresponde con la acreditada documentalmente en la presente licitación, solicitamos a la Entidad dar aplicación a la norma anteriormente invocada; lo anterior en el evento de que no considere suficiente dar aplicación al numeral 1.11 del pliego de condiciones y tener por no acreditada la información relativa a este contrato.

Atentamente,



CAMILO ÁNGEL MACHADO
Representante Legal
CONSORCIO TOYO EUTC – HB

ANEXOS:

1. Otrosí No. 14 de 19 de junio de 2019 al Contrato de Concesión bajo el Esquema de APP No. 016 de 2015.