COMITÉ EVALUADOR
INVITACIÓN PÚBLICA ESPUFLAN 001-2022 (SECOP 050-2022)
ACTA FINAL

DECISIÓN FINAL SOBRE EL INFORME DE EVALUACIÓN DE ELEGIBILIDAD

El Comité evaluador del proceso denominado Invitación Pública ESPUFLAN 001-2022 (SECOP 050 – 2022), se reunió virtualmente el día de hoy 28 de julio de 2022 a las 12:00 m., a fin de revisar la información allegada por el proponente Promesa de Sociedad Futura AQUAFLANDES S.A. ESP., teniendo en cuenta la Solicitud de fecha 26 de julio de 2022 para la subsanación de la póliza de seriedad, y a lo cual se había otorgado como plazo máximo para aportar la póliza hasta el día 28 de julio de 2022 a las 12:00 m.

Por lo anterior, procedemos a brindar informe definitivo al sobre No. 01, previas las siguientes consideraciones:

Que frente al informe de evaluación de elegibilidad de fecha 15 de julio de 2022, el comité de evaluador recibió observaciones al informe de elegibilidad por cada uno de los proponentes, por lo que a través de comunicación del 22 julio de 2022 se corrió traslado a los dos oferentes: Promesa de Sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P. y Sociedad Futura Prometida AQUAFLANDES S.A. E.S.P., con el fin de que presentaran aclaraciones y/o comentarios.

Al cierre del 25 de julio de 2022, se recibió las aclaraciones y/o observaciones por cada uno de los proponentes; las cuales fueron analizadas por el comité evaluador y se decidió solicitar a la Sociedad Futura Prometida AQUAFLANDES S.A. E.S.P. la subsanación de la póliza de seriedad de la oferta.

A continuación se presenta el análisis y decisión final por parte del comité evaluador frente a la elegibilidad de los proponentes:

AQUAFLANDES S.A. ESP:

1. Cumplimiento del requisito financiero:

Una vez analizada la propuesta contenida en el Sobre N° 1 del proponente AQUAFLANDES S.A. ESP, el Comité Evaluador advirtió que no se cumplió con el requisito financiero contenido en el numeral 3.5.1. del Pliego de Condiciones, además que no se pudo hacer el ejercicio de verificar si con los patrimonios individuales de cada uno de los participantes de la sociedad futura podría alcanzar el tope mínimo, y por esa razón se solicitó la aclaración y anexar los documentos relacionados con estados financieros de las personas naturales que no lo allegaron.

Una vez recibido los documentos y analizados los argumentos expuestos por el Proponente, dentro del plazo fijado, se constató que dicho requisito no se cumplía, razón por la cual se expidió el informe de elegibilidad el 15 de julio de 2022, en el cual

se declaró que el Proponente AQUAFLANDES S.A. ESP no cumplía y, por ende, se declaró no elegible.

En dicho Informe, el Comité expuso de manera extensa los argumentos por los cuales considera acertada su decisión y que no le asiste razón al Proponente AQUAFLANDES S.A. ESP en su interpretación del proceso contractual adelantado por ESPUFLAN ESP y de los Pliegos de la Invitación Pública.

En efecto, se hizo un análisis sobre las reglas establecidas en los numerales 3.1. y 3.5.1. de los Pliegos, sobre quienes podían participar y los requisitos y documentos que debían allegar los Proponentes, de acuerdo con su naturaleza y condiciones. Se expuso con claridad que, en el caso de los Proponentes Plurales (Promesa de Sociedad Futura), se debía contar con un socio operador que debía cumplir unos requisitos para integrar la sociedad y cumplir con la experiencia en operación de sistemas de acueducto y alcantarillado y demostrar un buen manejo promedio del indicador de pérdidas de agua.

En lo relacionado con el requisito financiero se demostró por el Comité que era claro que el mismo lo debía cumplir el Proponente, sea singular o plural, y en los casos de las promesas de sociedad futura el socio operador podía cumplirlo, pero en esa eventualidad se debía ponderar de acuerdo con su participación en la sociedad prometida, para determinar el patrimonio neto requerido del Proponente. Es decir, se tomarían los patrimonios individuales de los socios y se ponderaría de conformidad con la participación en la sociedad, y la sumatoria de todos tendría que dar igual o superior a los 25 mil millones requeridos; con lo cual, ya sea el socio operador, o sumados todos los integrantes de proponente se podría cumplir el requisito. Esta forma de cumplir el requisito fue expuesta por ESPUFLAN en la respuesta dada a una solicitud de aclaración, denominada observación # 32, publicada el 1 de junio.

También se aclaró lo referente a los numerales 2.4.2., en lo que hace relación a la información relevante contenida en respuesta a preguntas y las adendas cuando se hace modificación al Pliego, y 3.5.2., 3.5.3 de los requisitos financieros y formas de cumplirlos, con los documentos requeridos. También se aclaró lo referente a la aplicabilidad del Decreto 1082 de 2015.

Sin embargo, en aras de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción que le asiste al Proponente, se corrió traslado del informe para hacer las observaciones que considerara cada uno de los Proponentes y, posteriormente, se hizo lo mismo con las observaciones presentadas para que hicieran sus comentarios y expresaran sus argumentos de defensa, como bien lo establecen los Pliegos.

El proponente AQUAFLANDES S.A. ESP manifiesta desacuerdo con lo decido por el Comité de Evaluación, reitera nuevamente los argumentos expuestos en el escrito de aclaración, y adicionalmente expresa lo siguiente:

"De conformidad con las reglas y principios de la ley 80 de 1993 y el Decreto 734 de 2012, las entidades estatales no pueden incluir o modificar en los documentos del proceso de licitación pública las condiciones habilitantes, los factores técnicos y

económicos de escogencia y los sistemas de ponderación distintos a los señalados en los documentos tipo. A su vez, el fundamento legal vigente de la regla de la inalterabilidad se encuentra contenido en el artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, donde se señala que previa justificación, se deben de representar buenas prácticas contractuales que procuren el adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública."

Para el Comité es claro que la Ley 80 de 1993 es la ley que establece el régimen de contratación de la administración pública. El decreto 734 de 2012 fue un decreto reglamentario del Estatuto General de la Administración Pública y el mismo fue derogado por el decreto 1510 de 2013, y éste, a su vez, fue recogido en la compilación del decreto 1082 de 2015 que es el decreto único reglamentario del sector de planeación nacional; así pues, se trata de normas que no aplican al proceso de contratación de ESPUFLAN, por cuanto de conformidad con la ley 142 de 1994 ésta se rige por las normas del derecho privado y, aunque los principios de la contratación pública contenidos en las normas atrás citadas pueden observarse por tratarse de una entidad pública, no aplica en lo referente a la utilización de los documentos tipo a que hace relación el Proponente.

De todas formas, se recalca que en lo que hace relación al proceso contractual de ESPUFLAN y lo citado por el Proponente, en ningún momento se hizo una modificación de los requisitos habilitantes o se incluyeron nuevas condiciones a las ya definidas en el pliego de condiciones, y mucho menos se puede entender que para dicho proceso se debió utilizar los pliegos tipo de la contratación pública.

No es cierto que lo decidido por el Comité Evaluador sea ajeno a lo que establece expresamente el pliego de condiciones definitivo ni que se trate de una modificación sin previa adenda, con lo cual se pudiera entender que haya existido desconocimiento al principio de inalterabilidad. En efecto, el numeral 3.1 del pliego de condiciones es claro en señalar que, para la acreditación de la aptitud legal de los participantes, sea como proponente singular o plural, se deben adjuntar los documentos que se requieren para cada caso, según la naturaleza y condiciones del mismo.

Y en el inciso tercero de dicho numeral se dice muy claro que, en todo caso, los proponentes dentro de esta Invitación Pública que se presenten bajo la figura de Promesa de Sociedad Futura deben tener entre sus miembros un Socio Operador con <u>experiencia directa o indirecta en operación integral de sistemas de acueducto y alcantarillado, que cumpla los requisitos establecidos en el numeral 3.5.1. de este Pliego,</u> la cual debe tener como mínimo una participación en el capital de la sociedad futura de por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%).

Así mismo, como bien lo señala el proponente, en el numeral 3.5.1. cuyo título es experiencia y requisitos financieros requeridos, señala que cada proponente deberá acreditar su experiencia diligenciando los formularios del volumen número IV del pliego; pero en el caso de proponente plural el socio operador podrá acreditar la experiencia requerida. Dice así:

"3.5. Experiencia y capacidad

<u>El Proponente deberá acreditar la siguiente experiencia y capacidad</u>:

3.5.1. Experiencia y requisitos financieros requeridos

<u>Cada Proponente deberá acreditar su experiencia</u> diligenciando los formularios del Volumen IV del Pliego de Condiciones, y demás información a ser incorporada dentro del Sobre No.1, indicando el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(…)

III. Que al treinta y uno (31) de diciembre del año 2021, o al cierre del ejercicio contable inmediatamente anterior a la apertura de esta Invitación Pública, tenía un patrimonio neto (entendido como activo total menos pasivo total) mínimo de VEINTICINCO MIL MILLONES DE PESOS (COL$25.000'000.000.oo)

(…)"

Ahora, el numeral 3.5.2 de los Pliegos dice:

"3.5.2. Forma de acreditar capacidad financiera

Para efecto de acreditar capacidad financiera se debe anexar la siguiente información dentro del Sobre No. 1:

i. Estados financieros

Los Estados Financieros deben corresponder a una copia de los estados de situación financiera y de resultados base NIIF del Proponente, <u>de cada uno de los integrantes del Proponente plural, debidamente auditados y presentados a la asamblea de accionistas con corte al 31 de diciembre de 2021</u>."

Por ello, no es cierto que en los Pliegos de Condiciones se imponga la carga al Socio Operador de demostrar que cumple el requisito financiero faltante, puesto que a él solo se le permitió demostrar la experiencia en operación de acueducto y alcantarillado, así como en reducción de pérdidas, pero los demás requisitos son de Proponente. La única manera de que el socio operador pudiera por sí solo cumplir el requisito financiero del patrimonio neto es que, de acuerdo a la ponderación de su porcentaje de participación en la sociedad futura, arrojara una cifra igual o superior a los 25 mil millones de pesos.

Lo expuesto también encuentra sustento en el numeral 3.5.3. en cuanto a la forma de acreditar la experiencia, para lo cual se solicita que el proponente diligencie el formulario N° 4, sea singular o plural, y en el caso de ser plural, el socio operador lo debe suscribir también. Veamos:

"3.5.3. Forma de acreditar la experiencia en operación de Acueducto y Alcantarillado

El Proponente deberá diligenciar el Formulario No. 4, el cual deberá ser firmado por el representante legal del Proponente, sea singular o plural. En el caso de Proponente plural, también debe ser diligenciado por el representante legal del integrante del grupo que, como Socio Operador, acredite la experiencia exigida en el numeral 3.5.1 de este Pliego."

Finalmente, se debe advertir que, de conformidad con el numeral 2.4.2. sobre preguntas y respuestas, las modificaciones al Pliego se incorporarán mediante adenda, pero la información relevante sobre preguntas y respuesta que no implique modificación al pliego se entiende incorporados al mismo a partir de la fecha en que se absuelva cada una de las inquietudes formuladas.

Por lo tanto, no le asiste razón a AQUAFLANDES cuando afirma que se debió expedir una adenda para incorporar la respuesta dada a la observación #32, porque nunca se modificó el pliego en relación con el cumplimiento del requisito financiero del patrimonio neto, pero si se precisó cómo debía cumplirse el requisito cuando se tratara de proponente plural, lo cual acepta que conoció el mismo AQUAFLANDES el día 1 de junio de 2022, mucho antes de presentar su propuesta. Dice así:

"2.4.2. Información sobre preguntas y respuestas

Cualquier Interesado podrá solicitar por escrito aclaraciones al Pliego, al Contrato y al Anexo Técnico, así como a los demás documentos del proceso, mediante comunicación dirigida al Agente Especial de ESPUFLAN E.S.P., desde la fecha de apertura de la Invitación Pública y hasta la fecha límite para formular preguntas y observaciones al Pliego.

Las modificaciones a los Pliegos de Condiciones como resultado de las respuestas se incorporarán a partir de la fecha en que se expida la Adenda y, en general, ***toda la información relevante sobre preguntas y respuestas se incorporará a los Pliegos de Condiciones a partir de la fecha en que se absuelva cada una de las inquietudes que se hayan formulado****. Igualmente, se dejará copia de tal aclaración o información en el Cuarto de Datos.*

Por lo tanto, las respuestas no se considerarán como una modificación del Pliego de Condiciones hasta tanto sean adoptadas por Adenda debidamente suscrita por el Agente Especial y dada a conocer en debida forma. Igualmente, ni las consultas ni las respuestas producirán efectos suspensivos sobre el plazo de presentación de las Propuestas."

Por lo anterior, el Comité ratifica la decisión de que el proponente AQUAFLANDES S.A. ESP no cumplió con el requisito financiero del numeral 3.5.1. y, por tal razón, no puede ser habilitado como elegible en el presente proceso, para lo cual, en este punto,

además de lo aquí expuesto, reitera los argumentos dados en el Informe de elegibilidad del 15 de julio de 2022.

2. Subsanación póliza de seriedad de la oferta:

De conformidad con lo expuesto por el proponente AQUALIA FLANDES S.A.S. ESP, referente al incumplimiento de los requisitos establecido para la póliza de seriedad de la oferta presentada por el proponente AQUAFLANDES, se tiene que el detalle del consolidado de los amparos y exclusiones si se encuentra dentro de la póliza de conformidad con lo verificado por el Comité, en tanto los amparos asegurados hacen relación a lo requerido y determinado en el pliego de condiciones definitivo de la invitación pública.

En lo que hace relación al tomador, efectivamente el numeral 4.2.2.1 del Pliego de Condiciones dispone que el tomador lo debe ser el Proponente, y en caso de promesa de sociedad futura el tomador debe ser todas y cada una de las personas integrantes y se debe señalar el nombre de todas y cada una de ellas. Dice así:

> ***4.2.2.1. Requisitos generales y plazo***
>
> *(…)*
>
> *En la **Garantía de Seriedad** de la **Propuesta** deberá indicarse que el tomador es el **Proponente** o que los tomadores y afianzados son todas y cada una de las personas integrantes del **Proponente plural** que suscribirán el contrato de **Promesa de Sociedad Futura**, señalando expresamente el nombre de todas y cada una de ellas."*

Por lo tanto, el Comité Evaluador encontró que la Póliza de Seriedad de la Oferta aportada por el Proponente AQUAFLANDES S.A. ESP fue presentada con Tomador CENTROAGUAS ESP, que participa como socio operador dentro de la sociedad prometida, y por lo tanto la misma debía corregirse en el sentido de incluir como tomadores todos y cada uno de los integrantes del proponente plural, requisito saneable que se solicitó corregir y se le concedió como plazo hasta el jueves 28 de julio a las 12:00 M.; de lo contrario, este requisito se tendría como incumplido.

Así pues, AQUAFLANDES S.A. ESP, en cumplimiento del plazo otorgado, allegó hoy 28 de julio de 2022, vía correo electrónico enviado a las 11:59 a.m., copia de la Póliza corregida incluyendo como tomador a todos los integrantes de la Promesa de Sociedad, con lo cual el Comité acepta que este requisito se ha subsanado.

AQUAFLANDES S.A. ESP:

En lo que respecta a la propuesta (Sobre No. 1) presentada por este proponente, no se recibió ninguna observación posterior al informe de evaluación de elegibilidad de fecha 15 de julio de 2022.

Por lo anterior, por parte del comité Evaluador se confirma la decisión inicial.

DECISIÓN DEL COMITÉ

Por todo lo anterior, siendo la 1:00 p.m. del día 28 de julio de 2022, el Comité decidió por unanimidad que la sociedad futura AQUAFLANDES S.A. ESP NO ES HABILITADO como elegible, quedando únicamente como Proponente AQUALIA FLANDES S.A.S. ESP, elegible en la presente Invitación Pública.

Hace parte integral de esta acta, la matriz de evaluación Final producto del proceso de revisión adelantado por el Comité Evaluador a los documentos del Sobre No. 1, así como a las respuestas y documentos presentados por la promesa de Sociedad Futura AQUAFLANDES S.A. E.S.P., y Promesa de Sociedad Futura AQUALIA FLANDES S.A.S. E.S.P., de conformidad.

Por lo anterior, se precederá a la publicación del informe de *Decisión Final Sobre El Informe de Evaluación de Elegibilidad* y matriz de evaluación final de propuestas (Sobre N° 1), lo cual se realizará a través del SECOP I y la página web de la entidad.

COMITÉ EVALUADOR

MAGDALENA BARÓN FERREIRA
Asesor Financiero F.E.

HENRY LIZARAZO OCAMPO
Asesor Jurídico F.E.

ANDRÉS HERMIDA MALDONADO
Asesor Técnico F.E.
E.S.P.

JAVIER HERNANDO GUAYARA RAMÍREZ
Director Técnico Operativo – ESPUFLAN

LINA MARCELA BARRERA GONZÁLEZ
Subgerente - ESPUFLAN E.S.P.