



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 35769 DE 2012
() 07 JUN 2012

Radicación No. 10-088052

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

**EI SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 9 numeral 4 del Decreto 4886 de 2011 y artículo 47 numeral 9 del Decreto 2153 de 1992, respectivamente y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos [...]" y "[...] el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional."

SEGUNDO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º, numerales 2 y 3 del Decreto 4886 de 2011 es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "En su condición de autoridad nacional de protección de la competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales." y "Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."

CUARTO: Que el presente trámite se inició con ocasión de la queja presentada por GUSTAVO ADOLFO RUSSI NAVARRETE, representante legal de la CONSTRUCTORA GISAICO S.A, el 12 de julio de 2010 a la Superintendencia de Servicios Públicos, la cual remite mediante radicados número 10-088052 del 19 de julio de 2010, a la Superintendencia de Industria y Comercio para poner en conocimiento de esta, la presunta infracción de normas de protección de la competencia por parte de la empresa EMTELCO S.A.

El quejoso solicitó en su escrito, la suspensión del proceso de adjudicación de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 por las siguientes razones¹:

¹Expediente No. 10-88052, cuaderno No. 1, folios 1 y 2.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

1. En el formato para la presentación de la propuesta, aparece el nombre de la firma FUREL, quien era uno de los posibles proponentes, y que fue el único proponente en presentar una oferta.
2. Se violan los principios de equidad y, transparencia, que incluso se encuentran consignados en el Manual de Ética empresarial de EMTELCO S.A, al permitir que las empresas que participaron en la elaboración del Presupuesto Oficial del proyecto, puedan participar también en la ejecución de las obras.
3. La única firma que presentó oferta fue FUREL S.A, firma que participo en la elaboración del presupuesto, y que aparecía mencionada en los formatos de los proponentes. Adicionalmente, era imposible que algún proponente presentara una propuesta por ese valor o por uno inferior.
4. El día de la entrega de las cotizaciones se solicitó se hiciera apertura de los sobres y se hiciera pública la oferta presentada por FUREL, pero la respuesta fue negativa.

QUINTO: Que con el fin de determinar si existía mérito para iniciar una averiguación preliminar por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esta Delegatura requirió la siguiente información, durante la etapa de queja:

5.1. Pruebas aportadas al expediente:

5.1.1. Documentales

Requerimientos de información a EMTELCO S.A, remitidos el 30 de julio de 2010. Los cuales fueron allegados mediante comunicación del 23 de agosto de 2010. La siguiente fue la información solicitada:

- 5.1.1.1. Copia del Presupuesto Oficial de la solicitud pública de ofertas SPO-002-2010.
- 5.1.1.2. Pliego de condiciones de la solicitud pública de ofertas SPO-002-2010.
- 5.1.1.3. Listado de personas que consultaron o adquirieron el pliego de condiciones.
- 5.1.1.4. Cronograma del proceso de solicitud pública de ofertas SPO-002-2010.
- 5.1.1.5. Lista de proponentes que participaron para la adjudicación de dicha solicitud pública.
- 5.1.1.6. Comentarios a los pre-pliegos y respuestas a la aclaración de pliegos.
- 5.1.1.7. Copia de las ofertas de cada uno de los oferentes
- 5.1.1.8. Estudio de evaluación de las propuestas.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

SEXTO: Que mediante memorando radicado con el No. 10-88052-3², de fecha 26 de enero de 2011 esta Delegatura impartió instrucciones al Grupo de Protección de la Competencia para adelantar una averiguación preliminar en el mercado referido a la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 realizada por la empresa de economía mixta EMTELCO S.A. Los resultados de las actuaciones surtidas dentro de esta averiguación preliminar se exponen así:

6.1. Pruebas recaudadas

6.1.1. Documentales

La siguiente fue la información solicitada:

Requerimientos de información adicional enviados a EMTELCO S.A, remitidos el 30 de noviembre de 2010. Los cuales fueron atendidos el 27 de diciembre de 2010.

- 6.1.1.1. Copia del contrato mediante el cual se contrató a SOPORTICA S.A para elaborar el diseño objeto de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010.
- 6.1.1.2. Soporte económico del diseño del objeto de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010 presentado por SOPORTICA S.A.
- 6.1.1.3. Presupuesto discriminado por ítem, descripción, unidad, cantidades, valor unitario y valor total que, motivados por la "Solicitud de Cotización con fines Presupuestales" del 27 de abril de 2010, presentaron los proponentes SOLITEC E.U, GAIA, FUREL S.A, LARCO S.A y UNE.
- 6.1.1.4. Estudio elaborado a las cotizaciones que se presentaron a fin de determinar el presupuesto oficial de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010.
- 6.1.1.5. La matriz comparativa de precios y cantidades con base en la cual se identificó el presupuesto oficial de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010.
- 6.1.1.6. Discriminación del presupuesto oficial de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 por ítem, descripción, unidad, cantidades, valor unitario y valor total.

Dificultad afrontada por la SIC en el análisis de la información

Debido a que los documentos enviados por la empresa EMTELCO no llegaron en la forma debida, principalmente porque los enunciados remitían a número de folios que no correspondían con la forma como se presentaron, resultado necesario

² Expediente No. 10-88052, cuaderno No. 5, folio 1183.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

requerir nuevamente información. La mencionada solicitud se envió el 2 de febrero de 2011 y fue atendida el día 17 de febrero de 2011.

6.1.1.7. El soporte económico del diseño del objeto de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010 presentado por SOPORTICA S.A.

6.1.1.8. El estudio elaborado a las cotizaciones que se presentaron a fin de determinar el presupuesto oficial de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010.

6.1.1.9. La matriz comparativa de precios y cantidades con base en la cual se identificó el presupuesto oficial de la solicitud pública de oferta SPO-002-2010.

6.1.1.10. El Presupuesto Oficial definitivo de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 cuyo valor fue de cuatro mil cien millones de pesos (\$4.100.000.000), discriminado de acuerdo a los siguientes elementos: ítem, descripción, unidad, cantidades, valor unitario y valor total.

6.1.1.11. Los siguientes ejercicios realizados en el estudio de mercado previo a la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, titulado "EMTELCO DESDE UNA NUEVA SEDE, UNA ESTRATEGIA GANADORA", que permitieron establecer el presupuesto oficial:

a. La cotización que incluía el suministro de equipos asociados a los componentes tecnológicos y de aire acondicionado.

b. El presupuesto ajustado tras el análisis de acabados

c. EMTELCO, con el fin de establecer un presupuesto que no solo se ajustara a los recursos disponibles, sino que reconociera las ofertas del mercado, elaboró para su análisis, con ayuda del asesor dos posibles propuestas más:

- La primera, construida con base en los mejores precios entre oferentes.
- La segunda, una propuesta que incluía acabados, ajustados al 60%.

6.1.1.12. Propuesta con los mejores precios obtenidos a fin de constituir el presupuesto oficial.

6.1.1.13. Las adiciones realizadas al presupuesto oficial de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, realizadas antes de la fecha de cierre de la misma.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- 6.1.1.14. El contrato suscrito entre EMTELCO S.A. y FUREL S.A, con ocasión de la adjudicación obtenida por este último proponente, producto de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010.
- 6.1.1.15. Las modificaciones realizadas al contrato suscrito entre EMTELCO S.A. y FUREL S.A.
- 6.1.1.16. Las adiciones o adendas realizadas al presupuesto de obra del contrato suscrito entre EMTELCO S.A. y FUREL S.A.
- 6.1.1.17. Los cambios de precios realizados al presupuesto inicial del contrato suscrito entre EMTELCO S.A. y FUREL S.A.
- 6.1.1.18. Las modificaciones a las especificaciones técnicas de la obra objeto del contrato entre EMTELCO S.A. y FUREL S.A.
- 6.1.1.19. Datos personales del funcionario dentro de EMTELCO S.A, quien tuvo a su cargo la dirección del proceso para Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 y del contrato que en virtud del mismo se suscribió entre EMTELCO S.A y FUREL S.A.

6.1.2 Testimonios

6.1.2.1. El día 20 de mayo de 2011 fue citado al señor GUSTAVO ADOLFO RUSSI, representante legal de la empresa CONSTRUCTORA GISAICO S.A. y quejoso en este proceso. Mediante comunicación radicada con el No. 10-088052-009 se excusa y solicita le sea enviado el cuestionario.

6.1.2.2. Testimonio rendido el día 8 de febrero de 2012 por el señor HERNÁN MORENO PÉREZ, representante legal de la empresa FUREL S.A., en el curso del cual se estableció la participación de esta empresa antes y después de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010.

6.1.2.3. Respuestas ofrecidas al cuestionario enviado por esta Superintendencia y radicado el día 17 de abril de 2012, por la señora ADRIANA MARIA AMAYA POSADA, antigua coordinadora del proyecto de traslado de sedes de la empresa EMTELCO S.A., en el cual explicó todo el proceso adelantado con ocasión de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010.

OCTAVO: Que como resultado de la averiguación preliminar, esta Delegatura refiere en particular al marco normativo al cual se sujeta la conducta puesta en conocimiento de esta Entidad.

8.1. Los acuerdos restrictivos de la competencia en el sistema jurídico colombiano

De forma general, la libre competencia, como valor constitucional, está prevista en el artículo 333 de la Carta Política. Respecto de la forma particular a las prácticas restrictivas de la competencia, la primera referencia en nuestro ordenamiento, aun

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

vigente, se encuentra en el artículo 1 de la Ley 155 del 14 de diciembre de 1959³, norma que la doctrina de esta Superintendencia ha denominado como la "*cláusula general de protección de la competencia*"⁴.

Además de la cláusula general de protección de la competencia, el ordenamiento jurídico colombiano establece en el Decreto 2153 de 1992, la caracterización de las prácticas que son consideradas, de forma general, como restrictivas de la libre competencia. Dentro de las mismas se identifican los acuerdos, los actos restrictivos y los abusos de posición de dominio.

Ahora bien, en el marco de los acuerdos contrarios a las normas sobre libre competencia, se encuentran de forma explícita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, aquellos acuerdos "*que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*"

8.2. De la colusión en las licitaciones

Tal como indica el lenguaje usado por el legislador, el numeral noveno del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 describe dos tipos de conductas anticompetitivas, bajo en mismo verbo rector. En primer lugar, considera anticompetitivo y reprochable todo acuerdo que "*tenga por objeto*" la colusión en las licitaciones o concursos. En segundo lugar, se considera contrario a la libre competencia, aquel acuerdo que tenga como efecto: i) la distribución de adjudicaciones de contratos, ii) distribución de concursos o iii) la fijación de términos de las propuestas.

En este orden de ideas, para que la conducta adelantada por los agentes que participan de un mismo mercado se encuadre en lo dispuesto por el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es necesario que exista un comportamiento de dos o más sujetos que compiten, para que lleguen a un acuerdo. Además, que dicho acuerdo debe demostrar la voluntad o consenso entre las partes, independientemente de su naturaleza jurídica o forma, y que se produzcan con ocasión de un proceso contractual adelantado por entidades públicas sometidas al régimen de Contratación Pública derivado de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007.

Cabe resaltar que dentro de las normas de competencia, tanto el objeto como el efecto de una conducta son considerados como restrictivos de la libre competencia, de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos acuerdos resultan reprochables. En este sentido, se entiende por objeto la potencialidad que tiene una conducta de causar daño en un mercado, sin que para ello sea necesario que se produzca el resultado esperado, a contrario sensu, en la conducta por efecto, el resultado lesivo se produce en el mercado independientemente de la intención inicial de los agentes.

³ Este artículo fue modificado por el Artículo 1 del Decreto Especial 3307 de 1963.

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 52209 del 10 de octubre de 2009.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

En consecuencia, cualquier forma de acuerdo que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de contratación estatal (que en esencia deben adelantarse conforme a reglas iguales y transparentes entre todos los participantes), al momento de la asignación de las licitaciones o concursos, resulta no solo violatoria de las normas de libre competencia sino que también resultan en contravía de las normas del Estatuto de Contratación Estatal.

De igual forma, así como las conductas anticompetitivas son reprimidas por su objeto, también pueden serlo por su efecto, el cual se constituye como el resultado que un comportamiento determinado ocasiona o produce sobre el mercado. Es decir, independientemente que el agente hubiese buscado un resultado concreto, si éste se presenta debe ser reprochada la conducta que lo ocasionó, razón por la cual la configuración de cualquiera de los dos aspectos es suficiente para que tenga lugar la infracción.

NOVENO: Que en el presente caso, esta Delegatura determinó preliminarmente el mercado relevante presuntamente afectado, como el que se ilustra a continuación:

9.1 Definición preliminar del mercado afectado

El primer paso para el análisis de la competencia es delimitar el mercado relevante. El mercado relevante para este caso hace referencia al mercado que ha sido o está siendo distorsionado por la presunta realización de prácticas anticompetitivas. Para su definición, se identifican aquellos bienes o servicios que por tener similares características y finalidades de uso satisfacen las mismas necesidades de consumo de los demandantes en un mercado dado, este se determina combinado el mercado de producto y el mercado geográfico.

De forma preliminar, el mercado relevante presuntamente afectado, en el presente caso, se circunscribe a la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 realizada por la empresa de economía mixta EMTELCO S.A., cuyo objeto era la:

"CONTRATACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS DE REMODELACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS TÉCNICAS, ESTRUCTURALES Y ARQUITECTÓNICAS DE UN INMUEBLE QUE HA TOMADO EN ARRENDAMIENTO UBICADO EN LA CALLE 14 NO. 52 A 174 DEL BARRIO GUAYABAL, MUNICIPIO DE MEDELLÍN CON LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA".

En los procesos licitatorios, la competencia no se presenta entre todas aquellas personas que presten o estén en capacidad de prestar los servicios objeto de licitación, sino que se limita a aquellas personas que decidan presentar una oferta para participar dentro del proceso de selección.

DECIMO: Que esta Delegatura procedió a realizar un análisis del acervo probatorio recaudado en la presente averiguación preliminar con el fin de establecer si efectivamente pudo haberse presentado un acuerdo que tuviese como objeto o por efecto la colusión de la mencionada licitación.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

10.1. Consideraciones de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

Frente a la queja presentada por la CONSTRUCTORA GISAICO S.A respecto a una posible violación del Régimen de Promoción de la Competencia en la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, resulta procedente exponer los siguientes aspectos:

La queja se fundamenta principalmente, en la aparición de la expresión “#REF!-[2]FURELOBRA CIVIL'IF173” en la celda G657 del archivo en Excel llamado “Formulario de Precios Unitarios 2010 06 30”, que era el formato en que debían presentar los proponentes el presupuesto ofertado para la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010. Consideraba el quejoso que al aparecer en el formulario de invitación la referencia la sigla FUREL, esta circunstancia determinaba una inicial ventaja o una característica referida a la oferta que posteriormente apareció como participante en la solicitud pública de ofertas. En concepto del quejoso, esa, esa circunstancia implicaba una discriminación o favorecimiento a la propuesta de la empresa FUREL S.A.

Este hecho por si solo, no prestaba merito suficiente para considerar que se había incurrido en alguna práctica restrictiva de la competencia, en especial la que se refiere a la colusión en licitaciones, pues basados en la múltiple información aportada por EMTELCO S.A, se encontraron otros hechos que muestran lo contrario:

- Se pudo evidenciar que previamente a la invitación objeto de este análisis, EMTELCO S.A mediante la solicitud pública de consultoría SPC -014-2009 se realizó un proceso de contratación, con el propósito de contratar un proveedor que prestara los servicios de asesoría y consultoría durante el proceso de selección, adquisición y/o construcción de la nueva sede de EMTELCO S.A, que soportaría la operación en el Poblado. Se escogió como contratista a la firma SOPORTICA S.A, que quedo vinculada con EMTELCO S.A mediante Contrato 074-2009 suscrito el 16 de octubre de 2009. En la cláusula 1.2.2.1 del anexo de “*especificaciones y alcance del objeto, personal de respaldo y valores del contrato*”, se establece como obligación de SOPOTICA S.A durante la segunda etapa del contrato, que se refiere a la intervención física en sedes, la entrega del siguiente producto: “*Aportar el componente técnico y coordinar la elaboración de los estudios previos y de los términos de referencia que viabilizan la realización de las obras de adecuación, remodelación, diseños de los espacios, de la sede seleccionada, según los requerimientos de EMTELCO, para ser publicados página web EMTELCO*”⁵.
- El día 22 de abril de 2010, EMTELCO adelantó una solicitud de cotización, consistente en un proceso de invitación con fines presupuestales para identificar el posible presupuesto requerido para desarrollar el proyecto objeto de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010. El objeto de esta solicitud era “*recibir propuestas con fines presupuestales que le permitan*

⁵Expediente 10-088052, Cuaderno No.5, Folio 1019

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

*ejecutar las intervenciones técnicas, estructurales y arquitectónicas, según diseños presentados por la compañía; para un inmueble que ha tomado en arrendamiento y en el que instalara su operación ubicado en la calle 14 No. 52 A 174 del Barrio Guayabal*⁶. Esta solicitud de cotización fue enviada a las siguientes personas: CONCVIL, CONSTRUCTORA ODINSA, GARECO LTDA, CARLOS MARIO YEPES, ESTRUCTURAS CIVILES, ECIVILES, FUREL, CONVEL S.A, FRANCISCO VELEZ, JHVIE y ARQUITECTURA E INTERIORES. Del conjunto de empresas invitadas solo se recibieron propuestas por parte de FUREL S.A, GAIA, SOLITEC, UNE Y LARCO S.A. De estas sólo aparecían completas las propuestas presentadas por SOLITEC, FUREL y GAIA.

- Con estas tres cotizaciones hicieron varios análisis para establecer el presupuesto oficial. De estos se resalta que EMTELCO S.A, con la asesoría de SOPORTICA S.A, elaboró dos propuestas: La primera se construyo con base en los mejores precios encontrados entre oferentes. Y la segunda una propuesta con acabados ajustados al 60%. Basados en estos ejercicios establecieron un precio promedio por componente según las cotizaciones y construyeron una propuesta con los mejores precios obtenidos a fin de construir el presupuesto oficial. Este ejercicio previo permitió generar un presupuesto oficial de \$4.100.000.000⁷.

Por lo anterior, frente al primer argumento de la queja referido a que la mención del nombre FUREL en el formato para la presentación de propuestas, hubiera podido representar una ventaja competitiva para este proponente; resultó un argumento sin respaldo. Téngase en cuenta que la explicación, respaldada con lo informado por funcionarios de EMTELCO ante esta Superintendencia, fue que

⁶Radicación 10-088052, Cuaderno No.5, Folio 1083

⁷Ver numeral 6.1.2.3. Cuestionario remitido el día 17 de abril de 2012 con radicado No. 10-88052-00017-0001, por la señora ADRIANA MARIA AMAYA POSADA, antigua coordinadora del proyecto de traslado de sedes de la empresa EMTELCO S.A., respuesta a la Pregunta No. 20: "(...) PREGUNTA 20. EXPLIQUE EN DETALLE COMO SE LELGÓ (Sic) A DETERMINAR EL PRESUPUESTO OFICIAL DE LA SOLICITUD PÚBLICA DE OFERTAS SPO-002-2010?

Respuesta: Una vez recibidas las cotizaciones presentadas con fines presupuestales por GAIAA, FUREL S.A., SOLITEG, UNE Y LARCO, se precedió de la siguiente manera:

- *Se elaboró un cuadro comparativo en cada uno de los ítems cotizados con sus especificaciones y los valores considerados por el cotizante.*
- *Este ejercicio entregó unos valores iniciales.*
- *Como consecuencia de análisis internos con el contratista SOPORTICA S.A. los integrantes del equipo del proyecto y el Director de EMTELCO S.A., se revisaron en diferentes oportunidades, los ítems, la descripción acabados cotizados y valores propuestos, pues cuanto los presupuestos recibidos como oferta excedían los límites de la capacidad de la empresa.*
- *Con estos resultados se hicieron análisis mas detallados y se generaron propuestas de modificaciones en los acabados a fin de lograr el establecimiento de un presupuesto que estuviera dentro de las posibilidades financieras de la compañía.*
- *Por ello generó un presupuesto a partir de los mejores precios ofertados y otro un presupuesto con acabados ajustados al 60% hasta lograr un presupuesto oficial de cuatro mil cien millones de pesos (\$4.100.000.000.00) (...)"*

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

dicha mención se consignó por error mecanográfico en los formatos de la invitación pública. Pero esa referencia por sí sola, no representó una facilidad o ventaja competitiva para un oferente en particular ó un obstáculo para otros proponentes que demostraron inicialmente interés en participar.

En este orden de ideas, la expresión que aparece en la celda es de referencia y se utiliza cuando se quiere traer un valor que se encuentra en otra hoja u otro archivo si el presupuesto fue determinado usando las cotizaciones presentadas. Así las cosas, lo más probable es que haya sido un error tipográfico, pues no existen pruebas que indiquen lo contrario.

Frente al segundo argumento, que se refiere a la presunta violación de los principios de equidad y transparencia, al permitir que las empresas que participaron en la elaboración del Presupuesto Oficial del proyecto, puedan participar también en la ejecución de las obras, hay que aclarar, que el presupuesto oficial de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, fue elaborado por EMTELCO S.A con ayuda del asesor y consultor SOPOTICA S.A. La indagación preliminar aquí adelantada permitió conocer un aspecto relevante en este caso, y es el referido al régimen de contratación aplicable, en este caso a EMTELCO, dada su naturaleza jurídica.

Le resulta aplicable la Ley 1150 de 2007 que estableció en sus artículos 13 y 14 un régimen excepcional para las sociedades de economía mixta, donde sólo se estableció como obligatorio el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de la contratación pública (artículo 8 de la Ley 80 de 1993) y el cumplimiento de los principios de la función administrativa. Por lo que, siguiendo este régimen la única firma que no podría de participar en el proceso de Solicitud Pública de Ofertas SPO-02-2010 era SOPORTICA S.A por haber participado en los diseños de la nueva sede y elaboración de términos de referencia de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010.

Es una práctica común en el mercado de obras civiles privadas, que el contratante interesado en una obra formule previamente una solicitud de cotización a varios agentes del mercado con el fin de elaborar con dichas cotizaciones el presupuesto oficial de la futura contratación, sin que esto configure un impedimento para participar en la licitación respectiva. La restricción y las inhabilidades surgen cuando el proponente participó directamente en la elaboración del presupuesto oficial de la licitación pública o en los diseños de la obra. Esta circunstancia no se evidenció en el proceso de contratación aquí evaluado, pues SOPORTICA S.A. no presentó oferta dentro de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010.

7 Frente al tercer argumento, que se refiere a que la única firma que presentó oferta fue FUREL S.A, firma que participó en la elaboración del presupuesto, y que aparecía mencionada en los formatos de los proponentes. Al respecto, ya hemos aclarado que basados en la información solicitada se puede afirmar que la firma FUREL S.A no participó en la elaboración del Presupuesto Oficial, sino que simplemente fue una de las empresas que participaron en la cotización del

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

presupuesto. Con un presupuesto de cotización más alto que el presupuesto oficial definitivo⁸.

Adicionalmente, el señor Moreno argumentó que era imposible que algún proponente presentara una propuesta por ese valor o por uno inferior⁹. Este

⁸ En testimonio rendido por el señor HERNAN MORENO PEREZ, representante legal de la firma FUREL S.A, el día 8 de febrero de 2012 afirmó lo siguiente:

"(...) Pregunta: Ustedes presentaron una cotización y después una oferta económica, ¿porqué podrían diferir estos dos valores, o sea que cambiaría de la cotización a la presentación?"

Respuesta: Del momento de la referencia uno la pone más cara porque usted no puede crear en las ofertas de su conocimiento a son de nada, mejor dicho usted no puede quemar las cartas de una, me hago entender, porque entonces si usted pone el mejor precio y se filtra la información a la hora de presentar la licitación puedes perder, de esta referencia nadie, nadie se va a barato, pues sería muy estúpido irse barato, la gente se va caro, o ustedes no la harían.

(...)

Pregunta: ¿Consideraba usted que el presupuesto de la solicitud publica de oferta CCPO-002-2010 era bajo para la obra que había que realizar?

Respuesta: Lo otro es que si usted tiene cualquier presupuesto ahora que saque, ninguno es bueno, pero usted con suficiencia tiene que buscarle la comba al palo, o sea minas de oro ya no hay, usted tiene que saber, hombre cuanto nos deja cual es el riesgo y cuanto nos podemos ganar, negocios de mas del 8 del 10% no hay, utilidades de mas del 3% es imposible sacar en esos negocios.

Pregunta: Pero si usted realizó la cotización o el referencial y usted nos dijo que este era más alto, pues porque esa es una estrategia entonces, ¿por qué dice ahorita que después el presupuesto es mas bajo, las entidades lo bajan de acuerdo a las cotizaciones?

Respuesta: Los contratantes cogieron una metodología perversa y es que cogen el precio más malo de cada ítem de cada proponente, me hago entender.

Pregunta: Pero ese ítem por estrategia igual no estaría inflado?

Respuesta: Por ejemplo un carretero, un carretero, por ejemplo un carretero, GISAICO o hablemos de un CONINSA que no maneja muy bien la parte de comunicaciones no sabe un precio y cree que es muy fácil, lo pone barato lo que pasa es que aquí el no saber es un arma de doble filo, o se va muy por encima o muy por debajo, porque no conoce la actividad un tipo que maneje puentes sabe muy bien al detalle cuanto le vale hacer su estructura en puentes, porque es un quehacer de todos los días, pero repito el que no lo sabe hacer se puede equivocar y se puede ganar equivocadamente la licitación, los contratantes, con estos rfi, lo digo porque lo estoy viviendo a diario, buscan el ítem mas barato de cada rfi y con eso arman la plantilla. (Silencio) y miren cualquier contratante, miren Telefónica, vaya a Bancolombia y verán que todos buscan el ítem mas barato de cada contratante, que hace uno, no mire aquí no soy capaz, uno pone los precios de uno así, de sencillo. (...)"

⁹En testimonio rendido por el señor HERNAN MORENO PEREZ, representante legal de la firma FUREL S.A, el día 8 de febrero de 2012 afirmó lo siguiente: .

"(...) Pregunta: ¿Por qué cree, porque razón cree usted que solo ustedes presentaron oferta en dicho proceso, porque si uno incurre en una compra de pliegos en una visita de obra, porque razón a la hora de entregar propuesta fueron ustedes los únicos?"

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

despacho considera que no se puede afirmar si esto es cierto o no, pero se puede concluir que si se presentaron es porque tienen eficiencias que les permiten desarrollar la obra a ese precio o porque a pesar de tener el presupuesto ajustado esperan poder generar ganancia de alguna forma. Por lo tanto, esto por si solo, no da merito sobre una posible violación al Régimen de Protección a la Competencia.

Frente al argumento de que el día de la entrega de las cotizaciones se solicitó la apertura de los sobres y se hiciera pública la oferta presentada por FUREL S.A, a lo que EMTELCO S.A se negó. Debemos aclarar que no existe norma legal que obligue a la contratante en una licitación a abrir los sobres que contienen los precios y al menos leer el presupuesto. Sólo están obligados a hacerlo cuando así lo establezcan los términos de referencia. En el caso de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, los términos de referencia en el numeral 1.5 establecen las condiciones de la entrega de las cotizaciones donde se estipula que ***“Las COTIZACIONES (...) deberán ser presentadas en original y dos copias debidamente foliadas, los cuales serán colocadas dentro de sobres o paquetes separados, debidamente cerrados y marcados con el número de la contratación, objeto de la misma, nombre del OFERENTE e identificación del original y copia”***¹⁰. (Subrayado fuera de texto).

En ninguna parte de los términos de referencia se establece que los sobres con las cotizaciones deban abrirse, y solo se menciona en el numeral 1.11 que EMTELCO realizaría el estudio jurídico-contractual, técnico y financiero y la evaluación económica para la evaluación de las cotizaciones, dentro de un término de hasta cinco (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la fecha del entrega de las cotizaciones, tal como ocurrió. Adicionalmente, la “apertura de sobres” o “audiencia de cierre” es un trámite establecido para las entidades públicas cuyos procedimientos de contratación deben ajustarse a la Ley 80 de

Respuesta: Tengo otros casos en UNE donde hemos sido únicos proponentes, pero yo la verdad, lo, lo que les puedo decir es especular, repito la gente que compró pliegos por lo que ustedes me leyeron ahí son grandes constructores, son grandes empresas, que en un trabajo de estos no tienen la economía de escala que tiene una empresa mediana, creo y puede que me equivoque que GISAICO es carretero, CONVEL es un gran constructor, otro que se mencionó por ahí PORTICOS es un gran constructor de edificios y eso era un chicharrón, si ustedes dimensionan el objeto del contrato para que sepan era coger una bodega, una bodega vieja hacerle una reforma civil y adecuar unos puestos de trabajo para un call center, eso es un muñequero, si alguien que sepa de obras civiles mira eso, eso es el chicharrón mas grande del mundo entero. (...)

Adicionalmente, en el cuestionario de testimonio remitido el día 17 de abril de 2012 con radicado No. 10-88052-00017-0001 por la señora ADRIANA MARIA AMAYA POSADA, en la respuesta No. 29 afirmó:

“(...) PREGUNTA 29. ¿POR QUÉ CREE QUE UNA SOLA EMPRESA PRESENTÓ OFERTA EN LA SOLICITUD PUBLICA DE OFERTAS SPO-002-2010?

Respondido: Desde los análisis hechos frente a la presentación de un solo oferente, precisando que éste es un juicio de nuestra parte se pudieron presentar varias situaciones:

- Lo ajustado del presupuesto.
- Lo ajustado de los tiempos para ejecutar la obra (...)

¹⁰Radicación 10-088052, Cuaderno No.2, Folio 279.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

1993, pero que en el caso de las sociedades de economía mixta, como el caso de EMTELCO S.A., no les obliga por tener un régimen especial.

Finalmente, se pudo evidenciar que a lo largo del contrato suscrito entre EMTELCO S.A y FUREL S.A. sucedieron dos modificaciones en las cuales se prorrogó el plazo para la ejecución del mismo y se realizaron cambios en las especificaciones, pues a la obra ya no se le realizó el acabado del cielo a la vista con tubos expuestos sino que se hizo un cielo raso con los conductos de aire dentro del plenum, de tal forma que no era necesario usar metálicos sino en fibra de vidrio, lo cual es más barato.

Por lo anterior, se puede concluir que del material probatorio recaudado no existieron maniobras colusorias o acuerdos previos que tuvieran como fin lograr a través de las adiciones y cambios de especificación del contrato, una practica proscrita por las leyes sobre protección de la competencia.

10.2. Conclusiones de la averiguación preliminar.

De conformidad con el análisis expuesto, esta Delegatura no encuentra mérito que determine la necesidad de abrir una investigación por la presunta contravención de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en la medida que el análisis realizado a la información allegada al expediente permitió determinar lo siguiente:

- a.) Que el proceso de selección contractual para el presente caso, a pesar de tener carácter público, no estaba sujeto a los procedimientos de selección que están previstos para las entidades públicas, al ser EMTELCO una sociedad de economía mixta, la cual por sus características se podía acoger a la excepción establecida por los artículos 13 y 14 de la Ley 1150 de 2007 y que sólo exige que se dé cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto por el artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y a los principios de la función administrativa previstos por los artículos 209 y 267 de la Constitución Política de 1991.
- b.) Que la mención de la expresión "#REF!-[2]FURELOBRA CIVIL'IF173" en la celda G657 del archivo en Excel llamado "Formulario de Precios Unitarios 2010 06 30", que fue el formato en que debían presentar los proponentes el presupuesto ofertado para la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010, se dio por un error tipográfico al elaborar un presupuesto basado en los precios que aparecían en las tres cotizaciones previas presentadas por tres empresas: SOLITEC, GAIA y FUREL S.A.
- c.) La firma FUREL S.A. sólo presentó una cotización previa Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 atendiendo la solicitud que envió EMTELCO a varias empresas. Sin embargo, esta empresa no participó en los diseños de la obra, ni en la elaboración de los términos de referencia para lo cual la empresa EMTELCO S.A. había contratado a la empresa SOPOTICA S.A. Esta última nunca presentó un oferta al interior del procedimiento contractual objeto de estudio.

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

- d.) Por el hecho de que sólo se hubiera presentado una propuesta a la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 o que no se hubieran abierto los sobres, sin estar obligados por la Ley o los términos de referencia a ello, no se puede inferir que existieron maniobras colusorias al interior de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010. Ya se mencionó que no hay indicio ni prueba que señale que hubo previa concertación entre la Entidad contratante y los proponentes.
- e.) No existe ninguna evidencia de que al interior de la Solicitud Pública de Ofertas SPO-002-2010 se hubieran desarrollado entre las empresas EMTELCO S.A. y FUREL S.A. acuerdos que en virtud a lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tuvieran *"por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas."*

Por todo lo anterior, y con la información allegada al expediente no se encuentran elementos de mérito para abrir una investigación por la presunta realización de conductas contrarias a la libre competencia y en consecuencia se debe proceder a archivar la presente averiguación preliminar.

En mérito de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR el archivo del expediente radicado con el número 10-88052, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al señor GUSTAVO ADOLFO RUSSI NAVARRETE, en su calidad de quejoso y Gerente de la CONSTRUCTORA GISAICO S.A. entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 07 JUN 2012

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia


CARLOS PABLO MARQUEZ ESCOBAR

07 JUN 2012

RESOLUCIÓN NÚMERO 35769 DE 2012 Hoja N°. 15

Por la cual se archiva una averiguación preliminar

Aprobó: PABLO MARQUEZ
Revisó: BLANCA CASTRO y
JULIO CASTAÑEDA
Proyectó: NICOLÁS LEZACA y
RODRIGO MILLÁN.

NOTIFICAR:

Señor
ALEJANDRO RIBERO RUEDA
Representante Legal
CONSTRUCTORA GISAICO S.A.
Carrera 42 No. 45 B Sur 176
Envigado, Antioquia