

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES
PROCESO SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA CON PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-001-2023/ VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2023
AEROPUERTO INTERNACIONAL RAFAEL NUÑEZ DE LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS



PREPARADO POR



OCTUBRE DE 2023

1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO
Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias	Termotécnica Coindustrial S.A.S	Requisitos habilitantes jurídicos en relación con el Garante

RESPUESTA: Una vez revisada la información aportada por el oferente dentro de su oferta, el Comité Evaluador consideró dentro del informe preliminar que la Sociedad Garante ÚNICA S.A.S no había aportado el Acta de Asamblea de Accionistas en donde se autorizara y aprobara al representante legal (Luis Eduardo Bencardino) para suscribir el acuerdo de garantía aportado al presente proceso, en los términos del numeral 3.5 del Pliego de Condiciones Definitivo.

Dicha solicitud se hace teniendo en cuenta que dentro de las facultades del representante legal contenidas en el Certificado de Existencia y Representación Legal de UNICA S.A.S, se requería autorización previa de la Asamblea de Accionistas, para:

“Ejecutar todos los actos y celebrar contratos que atiendan al cumplimiento del objeto social y solicitar autorización y aprobación previa de la asamblea de accionistas para: (...) celebrar actos o contratos en donde el patrimonio de la sociedad se establezca como garantía de una obligación u obligaciones propias, de un tercero o de una sociedad”

Encontrándose dentro del plazo de traslado de dicho informe, TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.S presentó documento de subsanación, en el cual reposa el extracto de Acta de Asamblea de Accionistas No. 200 del 22 de septiembre de 2023 de la sociedad ÚNICA S.A.S, en donde se autoriza al representante legal para suscribir el Acuerdo de Garantía en calidad de Garante respecto al proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPV-001-2023 que se lleva a cabo por parte de LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI cuyo objeto es “SELECCIONAR LA OFERTA MAS FAVORABLE PARA LA ADJUDICACION DE UN (1) CONTRATO DE CONCESION BAJO EL ESQUEMA DE APP, CUYO OBJETO ES: LA FINANCIACION, CONSTRUCCION, OPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y REVERSION

TANTO DEL LADO AIRE COMO DEL LADO TIERRA DEL AEROPUERTO INTERNACIONAL RAFAEL NUÑEZ DE LA CIUDAD DE CARTAGENA DE INDIAS”.

Ahora bien, respecto a la observación presentada por la Estructura Plural Aeropuerto Cartagena de Indias, el pasado 13 de octubre, TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.S dio respuesta en los siguientes términos:

Con relación a las afirmaciones realizadas por parte de la Estructura Plural del Aeropuerto de Cartagena (Originador), nos permitimos aclarar que, la sociedad y su representante, SI CUENTAN con la capacidad para suscribir el acuerdo de garantía, esto debido a que, en primer lugar, el objeto social de la sociedad UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S. en su numeral 33 establece que, la sociedad podrá *“Desarrollar, en general, cualquier otra actividad lícita dentro del territorio colombiano y en el extranjero.”* y, en segundo lugar, el artículo trigésimo noveno de los estatutos, en relación con las funciones de la Asamblea General en el numeral 38 señala: *“Autorizar a los representantes legales para avalar obligaciones de accionistas o terceros, suscribirlas como fiador, codeudor o garante o deudor solidario”*.

(...)

Es claro que, la sociedad UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S. dentro de su objeto social tiene contemplado desarrollar cualquier actividad lícita, siendo así un objeto social abierto, el cual permite realizar cualquier tipo de actividad lícita tanto en Colombia como en el extranjero, sin limitarse este objeto social a actividades específicas, por lo cual, el suscribir acuerdo de garantías y avalar obligaciones de terceros está incluido en dicha facultad, así mismo, se cuenta con la respectiva autorización de la Asamblea de Accionistas autorizando al Representante Legal para avalar a terceros, esto, en concordancia con los Estatutos de la Compañía, por lo cual, se profirió el acta de Asamblea de Accionistas No. 200 del veintidós (22) de septiembre de 2023.

Considerando que el numeral 33 del objeto social indica que la sociedad puede desarrollar en general cualquier otra actividad lícita dentro del territorio Colombiano y en el extranjero y que el representante legal de la sociedad garante cuenta con la autorización de la asamblea de accionistas para la suscripción del acuerdo de garantía en los términos del pliego de condiciones, el comité evaluador encuentra que la capacidad jurídica de la sociedad ÚNICA S.A.S se encuentra debidamente acreditada.

Posteriormente, el día 14 de octubre, mediante correo electrónico el oferente Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias remitió documento de contra observaciones, en el cual, respecto a la capacidad jurídica del garante del oferente Termotécnica Coindustrial S.A.S indicó lo siguiente:

“Para subsanar el requerimiento realizado por la ANI en el Informe Preliminar de Evaluación respecto del Acuerdo de Garantía, Termotécnica allega un acta de la Asamblea de Accionistas de la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. En dicha acta, la Asamblea de Accionistas autoriza al representante legal para suscribir un Acuerdo de Garantía con las siguientes características:

“La Asamblea de Accionistas autoriza (...) al representante legal de la empresa, para suscribir ACUERDO DE GARANTIA en calidad de garante respecto del proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPV-001-2023 (...). El acuerdo de garantía tiene como acreedor o beneficiario a LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, como oferente y deudor garantizado a TERMOTECNICA COINDUSTRIAL SAS; (...).” (Énfasis añadido al texto original). Al respecto, se debe poner de presente que el Acuerdo de Garantía para el Proceso de Selección indica en su literal (iv) que “el deudor garantizado es el SPV que se constituya de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones (...)”. Con base en esto, el acta que allega la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. incluye una autorización inidónea frente al Proceso de Selección que nos ocupa, pues el alcance del acta no confiere al representante legal de la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. una autorización para que ésta garantice obligaciones del SPV (o “deudor garantizado”), sino para que garantice obligaciones de Termotécnica (que es tan solo el futuro accionista del SPV). Dicho de otra manera, el representante legal de la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. no obtuvo ni tiene autorización de su Asamblea de Accionistas para suscribir un Acuerdo de Garantía en el que el deudor garantizado sea el SPV o, lo que es lo mismo, a Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. no le fue autorizado garantizar obligaciones de personas o sociedades distintas a Termotécnica. Como si lo anterior fuera poco, reiteramos lo señalado en el memorial de observaciones al Informe Preliminar de Evaluación el pasado 9 de octubre de 2023: la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. tiene una limitación estatutaria para avalar las obligaciones del futuro SPV. Como se observa a folio 59 de la Oferta de Termotécnica, la sociedad solo tiene permitido avalar, previa autorización de su Asamblea de Accionistas, obligaciones de otras sociedades en las cuales tenga

participación directa. Es decir, incluso si Termotécnica hubiera obtenido una autorización de la Asamblea de Accionistas de Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. para firmar un Acuerdo de Garantía en el que el futuro SPV es el deudor garantizado, cosa que no ocurrió, la sociedad Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas S.A.S. no tiene habilitación estatutaria y por tanto no tiene Capacidad Jurídica para suscribir el Acuerdo de Garantía del Proceso de Selección, teniendo en cuenta que dicha sociedad no tendrá participación directa en el SPV” (...)

Teniendo en cuenta el Acuerdo de Garantía aportado por el oferente el cual actúa como garante la sociedad ÚNICA S.A.S y en calidad de oferente TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.S, y en calidad de deudor garantizado el SPV que se constituya y de conformidad con el acta de asamblea aportada, según la cual al representante legal de ÚNICA S.A.S le fueron conferidas amplias facultades para suscribir el acuerdo de garantía y en general para suscribir todos los actos necesarios para llevar a buen término los fines propuestos, es claro para la Entidad que se encuentra debidamente soportada la capacidad jurídica con la que cuenta en garante.

Adicional a lo anterior y de conformidad con los estatutos aportados, al ser ÚNICA S.A.S una sociedad por acciones simplificada puede ejercer cualquier actividad comercial o civil lícita, dentro de las cuales quedaría enmarcada la de avalar obligaciones de TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.S y celebrar todos aquellos actos que se requieran en caso de ser adjudicatarios del presente proceso.

Mediante escrito allegado el 24 de octubre el oferente Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias insiste en la ausencia de capacidad jurídica para otorgar el acuerdo de garantía y cuestiona al acta de la asamblea aportada reiterando en términos generales los argumentos expuestos.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con el análisis presentado, la observación presentada por la Estructura Plural Aeropuerto Cartagena de Indias no procede.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO
Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias	Andino Inversiones Global S.A	Cupo de crédito/ compromiso irrevocable de inversión/ Respaldo Fondo de Capital Privado

RESPUESTA:

Teniendo en cuenta la documentación aportada por ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A al momento del cierre del presente proceso, durante el informe preliminar de evaluación se solicitó al oferente dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 3.12 relacionado con el CUPO DE CRÉDITO.

En virtud de lo anterior, ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A mediante comunicación allegada el 09 de octubre de 2023 a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, indicó expresamente que “acudió a presentar un compromiso irrevocable de inversión de un fondo de capital privado ya que a pesar de realizar de manera diligente todas las solicitudes encaminadas a obtener un cupo de crédito que cumpliera con todas las reglas establecidas en la sección 3.12 del pliego de condiciones, ningún banco aceptable otorgó dicho cupo de crédito”

Así mismo, dentro del informe preliminar publicado por la ANI se advirtió que la certificación aportada indica que el fondo de capital privado denominado ENQUI DELTA UNO S1-23 está en proceso de creación.

Respecto a esta observación, ANDINO INVERSIONES GLOBAL indicó:

Como se puede observar, los fondos de capital privado del exterior deben estar constituidos de conformidad con la regulación aplicable en su domicilio. En virtud de ello, se debe aclarar que, si bien la certificación aportada señala que la creación del fondo se encuentra en trámite, esto se refiere a que se está haciendo el trámite registral correspondiente ante los registros públicos de Perú; sin embargo, ello no implica que la sociedad no está válidamente constituida bajo la normativa de la República de Perú.

Lo anterior se corrobora mediante documento de constitución privado de fecha 02 de agosto de 2023 (folios 425 a 436 de la oferta), en el cual se establecieron todas las condiciones para el funcionamiento del fondo. Esto sumado a que en la oferta se remite acta del comité de inversiones No. 001-S2-2023 (folio 424 de la oferta) en la cual se deja constancia que el fondo ya se encontraba funcionando y adquiriendo compromisos tal como allí se indica, conforme a lo establecido en sus estatutos y en la ley aplicable.

Revisada la información presentada por el oferente a folios 423 al 436 de la oferta, en primer lugar se observó lo siguiente: A folio 423 se hizo entrega de un compromiso irrevocable de inversión suscrito por Luis F. Pérez – Costa, quien actúa en calidad del accionista del gestor profesional del fondo ENQUI DELTA UNO – S1-23 (El fondo), indicando que la creación de dicho fondo se encuentra en trámite. De conformidad con el numeral 3.3.2 del pliego de condiciones, el compromiso debe acreditarse mediante una certificación expedida por la sociedad administradora del fondo de capital privado o de su gestor profesional, situación que no se cumple toda vez que el Sr. Luis F. Pérez está actuando en calidad de accionista del gestor profesional, mas no como representante ni de la sociedad administradora del fondo, ni de su gestor profesional.

Además no se hizo entrega del documento de existencia y representación de la sociedad administradora del fondo de capital privado o de su gestor profesional, ya que dentro de la información aportada con los documentos de la oferta, solo se remitió un documento privado de constitución de sociedad anónima cerrada, el cual se encuentra dirigido a notario público para ser elevado a escritura pública, sin embargo no se hace entrega del registro de personas jurídicas o documento equivalente.

En segundo lugar, no existe soporte documental que dé cuenta de la creación del Fondo de Capital Privado, ni se logró identificar la duración del mismo, la cual no podrá ser inferior a ocho (8) años, puesto que en el compromiso irrevocable se indica que este se encuentra en trámite de creación y mediante documento de subsanación del 09 de octubre, el oferente manifestó que dicha creación estaba contenida en el documento privado de fecha 02 de agosto de 2023, obrante a folios 425 a 436 de la oferta, en el cual se establecieron todas las condiciones para el funcionamiento del fondo. Lo anterior no fue de recibo para la entidad, toda vez que dicho documento no corresponde a la creación del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23 sino a la constitución de la sociedad anónima cerrada,

denominada GESTORA ENQUI CAPITAL S.A.C, cuyos accionistas son: Luis F. Pérez. Costa y ENQUI CAPITAL S.A.C, sociedad que tiene por objeto “dedicarse a la gestión y administración de fondos de inversión por oferta privada (...)”.

Adicionalmente, en dicho documento no se logró evidenciar que la sociedad GESTORA ENQUI CAPITAL S.A.C fuera efectivamente la gestora del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.

En tercer lugar, se aporta a folio 424 el Acta 001 del comité e inversiones del fondo ENQUI DELTA UNO S1-23, en la cual intervinieron el señor Luis F. Pérez Costa como presidente del comité de inversiones y el señor Rodrigo Villarán en calidad de representante de la sociedad gestora ENQUI CAPITAL S.A.C. No obstante, no se pueden verificar las facultades del comité de inversiones. Lo anterior, en los términos del numeral 3.3.3 del pliego de condiciones.

En cuarto lugar, en los documentos aportados no se logró verificar que el Sr. Luis F. Pérez -Costa contara con facultades para suscribir el compromiso irrevocable de inversión, en los términos del numeral 3.3.4 del pliego de condiciones.

Finalmente, en los términos del numeral 3.3.2 (ii) no se logró evidenciar que la inversión fuera admisible para el fondo, toda vez que no se conoce el reglamento o la política de inversión de este.

Lo anterior, implicó que la Entidad dando aplicación al numeral 6.2 del pliego de condiciones según el cual *“en el evento en que la ANI no advierte la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al precalificado, no necesario para la comparación de ofertas y no los haya requerido en el informe de evaluación, podrá requerir al precalificado, otorgándole un término igual al establecido para el informe de evaluación con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la ANI ajustará el cronograma contenido en el numeral 2.3 de este pliego de condiciones”*, el día 18 de octubre de 2023, requiriera al proponente ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A para dar cumplimiento a los requisitos relacionados con el compromiso irrevocable de inversión.

En respuesta a lo requerido, el oferente el día 23 de octubre presentó documento de respuesta mediante el cual se anexan los siguientes documentos:

1. Anexo 2, carta de presentación de la oferta en la cual indica que la oferta se encuentra respaldada por Gestora Enqui Capital SAC, mas no señala que el respaldo esta otorgado directamente por el Fondo ENQUI DELTA UNO S1-23.
2. Reglamento de participación del Fondo Enqui Delta Uno S1-23
3. Escritura de constitución de gestora Enqui Capital S.A.C

4. Poder dirigido a Notario y otorgado a Luis F. Pérez -Costa para la firma del compromiso irrevocable de inversión sin tramite de apostilla.

Frente a la respuesta presentada por ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A, se procederá a abordar cada uno de los requisitos requeridos dentro del proceso en los siguientes términos:

Numeral 3.3.1: Todos los Oferentes que hayan acreditado durante la Precalificación la Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión de un Fondo de Capital Privado en virtud de una Carta de Intención, deberán aportar junto con su Oferta un Compromiso Irrevocable de Inversión de dicho Fondo.

Lo dispuesto en este numeral no resulta aplicable a ANDINO INVERSIONAL GLOBAL S.A toda vez que no se acredita capacidad financiera ni experiencia en inversión a través del Fondo de Capital Privado.

Numeral 3.3.2: El Compromiso se acreditará mediante una certificación expedida por la sociedad administradora del Fondo de Capital Privado, o de su gestor profesional si este es extranjero, en la cual se indique: i) que existe un Compromiso Irrevocable de Inversión de recursos líquidos del Fondo a favor del Oferente o del SPV para el desarrollo del Proyecto por un monto superior o equivalente al indicado en la Carta de Intención, ii) que la inversión es admisible para el Fondo, iii) que la única condición para el desembolso es la Adjudicación de la Selección Abreviada de Menor Cuantía al Oferente.

Frente al romanillo i) relacionado con la existencia de un compromiso irrevocable de inversión, se pone de presente que este fue aportado desde la presentación de la oferta por parte del precalificado, lo cual nunca fue objeto de requerimiento. Sin embargo, dado que el compromiso de inversión debía acreditarse mediante una certificación expedida por la sociedad administradora del fondo de capital privado o de su gestor profesional, en el requerimiento de subsane realizado al oferente se indicó que dentro de la documentación aportada no se lograba verificar que la persona que suscribe el documento actuara en calidad de representante de la sociedad administradora del Fondo de Capital Privado, ni de su gestor profesional, motivo por el cual esta información debía ser debidamente acreditada.

Frente a este punto se hará referencia en el desarrollo de la respuesta correspondiente al numeral 3.3.4, la cual se abordará más adelante.

Por otro lado, respecto al romanillo ii) del numeral 3.3.2 de pliego de condiciones (que la inversión es admisible para el Fondo), en el literal i) del artículo 7 del Reglamento de Participación del Fondo se dispone dentro de las inversiones secundarias "Otras alternativas

que sean evaluadas por el Comité de Inversiones”. En ese sentido, teniendo en cuenta el Acta del comité de inversiones que obra a folio 424 de la propuesta, se logra evidenciar que la inversión es admisible para el fondo.

Finalmente, el romanillo iii) del citado numeral del pliego de condiciones tampoco fue objeto de requerimiento, toda vez que este fue verificado dentro de los documentos entregados por el oferente.

Numeral 3.3.3: Adicionalmente, se deberá aportar junto con la Oferta el extracto original del acta del comité de inversiones del Fondo de Capital Privado, u órgano equivalente en la jurisdicción respectiva, de la sesión en la cual éste aprobó dicho Compromiso Irrevocable de Inversión.

Frente a lo requerido en este numeral, en documento complementario al informe preliminar se indicó que no era posible verificar las facultades del comité de inversiones.

El Reglamento de Participación del Fondo en su artículo 14 dispone lo siguiente:

“Artículo 14º.- Comité de Inversiones y Procedimiento para la toma de decisiones El Comité de Inversiones elegido por GEC tendrá a su cargo las decisiones de inversión que se realicen con los recursos del FONDO, de acuerdo con la política de inversiones descrita en este documento.

El Comité de Inversiones estará compuesto por tres (3) miembros y se reunirá por lo menos una vez cada trimestre y cuando las circunstancias así lo requieran. Los miembros del Comité de Inversiones son designados por GEC y podrán ser removidos indistintamente por esta o por la ASAMBLEA, por razones justificadas. El Comité de Inversiones es responsable de realizar la gestión permanente de las inversiones del FONDO, de conformidad con lo establecido en el presente REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN y las demás normas aplicables vigentes.

El Comité de Inversiones es responsable del cumplimiento de las siguientes funciones, respecto del FONDO:

- a) Identificar y analizar oportunidades de inversión, en concordancia con la Política de Inversión.*
- b) Ejecutar sus políticas de inversión.*
- c) Supervisar las valorizaciones de sus inversiones.*
- d) Evaluar y efectuar seguimientos a sus activos.*
- e) Aprobar su estrategia de inversión y hacer el seguimiento de ésta.*

- f) Establecer lineamientos de la Metodología de Valorización de las Inversiones.
- g) Aprobar o ratificar la determinación del Valor Razonable de los activos, cuando corresponda

(...)”

Pese a que no se aporta el acto mediante el cual se eligen a los miembros que conforman el Comité, de acuerdo con la disposiciones del artículo, ibidem, se encuentra que el Comité de Inversiones cuenta con la facultades requeridas de conformidad con el numeral 3.3.3 del pliego de condiciones.

Numeral 3.3.4: Las facultades de quien suscriba el Compromiso Irrevocable de Inversión para obligar al Fondo, se acreditarán (i) mediante declaración juramentada o certificación expedida por parte del Representante Legal de la Sociedad Administradora del Fondo, y/o (ii) con la copia del contrato de vinculación del gestor profesional, en los cuales conste que el gerente, gestor profesional o fund manager, tiene la facultad para suscribir el Compromiso Irrevocable de Inversión de acuerdo con el reglamento del Fondo.

Respecto a este numeral, en documento complementario al informe preliminar se advirtió que, dentro de la documentación aportada no se lograba verificar que la persona que suscribiera el documento actuara en calidad de representante de la sociedad administradora del Fondo de Capital Privado, ni de su gestor profesional.

En la documentación adjunta a la respuesta frente al documento complementario del informe preliminar, se evidencia un poder de representación mediante el cual se el señor Rodrigo Villarán Contavalli en calidad de representante legal de la Gestora Enqui Capital S.A.C. otorga facultades al señor Luis F. Pérez Costa.

Dicho poder se encuentra dirigido a Notario, más no cuenta con el registro de escritura pública solicitado en el mismo poder aportado. Así mismo, se evidencia que este no fue apostillado de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia, requisito que era necesario en los términos del numeral 5.4 del pliego de condiciones por tratarse de un documento intervenido por funcionario público. En ese sentido, la capacidad jurídica del señor Luis F. Pérez no se logra acreditar en debida forma, pues al no contar con la apostilla el documento no puede considerarse válido

Requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia para los Fondos de Pensiones.

El párrafo del artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 del 2015 como se mencionó en el documento complementario al informe preliminar dispone “En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera de Colombia para los Fondos de Pensiones”.

Si bien es cierto que la definición de Fondo de Capital de Privado contenida en el pliego de condiciones establece que *“para todos los efectos, se debe entender como fondos de capital privado constituidos en el exterior, aquellos fondos creados por fuera de Colombia que, de conformidad con la regulación aplicable en su domicilio se consideren o tengan la naturaleza de fondos de capital privado, independientemente de la denominación, de la forma organizacional, legal o corporativa que dichos fondos asuman según la ley en su jurisdicción y de los instrumentos de inversión subyacentes en que estos inviertan”*, no se puede perder de vista que el marco legal del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación y del contrato que se derive de su adjudicación, está conformado por la Constitución Política, las Leyes de la República de Colombia, en especial por las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007, 1474 de 2011, Decreto Ley 019 de 2012, 1508 de 2012, 1682 de 2013, 1882 de 2018 y 2069 de 2020, incluidos sus decretos reglamentarios, los Códigos Civil y de Comercio, y demás normas concordantes y que dichas normas se presumen conocidos por los oferentes. Lo anterior en concordancia con el numeral 2.1 del pliego de condiciones.

En ese sentido, ANDINO INVERSIONES GLOBAL se encuentra en obligación de certificar que el Fondo de Capital Privado que lo respalda cumple con los requisitos de admisibilidad de inversiones de que trata el párrafo del artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 del 2015.

En relación con la forma en que debe acreditarse dicho requisito, se hace necesario mencionar lo siguiente:

El pliego de condiciones definitivo de la etapa de selección Abreviada dentro de sus capítulos no hizo alusión a los requisitos que debía cumplir los Fondos de Capital Privado, toda vez que estas disposiciones fueron desarrolladas en el numeral 4.6 del documento de invitación a precalificar, el cual hace parte integral del proceso.

Pese a no estar incluidas las condiciones que deben acreditar los fondos de capital privado para participar dentro del proceso de selección abreviada a través de respaldo a manifestantes/precalificados, esto no constituye una imposibilidad de que los precalificados pudieran presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, toda vez que el Decreto 1082 así lo dispone y además esta situación fue permitida y reglamentada desde el documento de invitación.

En ese sentido, resultaría contrario a la norma concluir que el compromiso irrevocable de inversión aportado por ANDINO INVERSIONES GLOBAL no pueda ser tenido en cuenta dentro del marco del presente proceso, máxime cuando en el proceso de precalificación se indica de manera expresa que el respaldo de que trata el numeral 4.6.1 de la invitación a precalificar *“no constituirá Compromiso*

Irrevocable de Inversión” ya que este “sólo en caso de ser presentada la Oferta en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, deberá allegarse junto con la Oferta como compromiso en firme, irrevocable, so pena de no ser considerada dicha Oferta.”

Ahora bien, el hecho de que el otorgamiento del respaldo por parte del fondo de capital privado durante el proceso de precalificación no corresponda a un requisito previo que constituya una imposibilidad de presentar un compromiso irrevocable de inversión en la etapa del proceso de selección abreviada, no significa que el Fondo de Capital Privado que respalde al oferente no deba cumplir con las condiciones exigidas para la participación de estos.

Así las cosas, la forma de acreditar que el Fondo de Capital Privado cumple con los requisitos de admisibilidad de inversiones de que trata el párrafo del artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 del 2015, se debía presentar una certificación suscrita por el gerente del fondo de capital privado, el representante legal del gestor profesional o Fund manager en la que conste cumplir los requisitos de admisibilidad, lo cual fue solicitado a través de documento complementario al informe preliminar y el cual no fue aportado por el precalificado.

Lo anterior teniendo en cuenta que se trata de un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, y por tanto las reglas que rigen el proceso están contenidas tanto en el pliego de condiciones del proceso de selección abreviada como en el documento de invitación a precalificar, con todos sus anexos.

Precisamente el pliego de condiciones en las definiciones contenidas en el pliego de condiciones, numeral 1.3.45, establece como “Oferta Hábil” aquella Oferta que, por cumplir con los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones, será considerada para ser evaluada por la ANI conforme a los factores de escogencia. Por lo que, los requisitos exigidos en el documento de invitación a precalificar no pueden desconocerse en esta etapa del proceso.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, en virtud del deber de responsabilidad, publicidad y transparencia que le asiste a las Entidades Públicas, fue necesario solicitar al precalificado de manera clara y objetiva vía subsanación el cumplimiento de este requisito y de otros, que le son exigibles tanto por el proceso como por el reglamento legal colombiano.

Por consiguiente, no le asiste razón al oferente ANIDNO INVERSIONES GLOBAL S.A cuando afirma que *“Dicho lo anterior, los requisitos indicados en la sección 3.3 del Pliego de Condiciones deberían ser los únicos que deberían tener en cuenta la entidad contratante al momento de realizar la evaluación del compromiso irrevocable de inversión y, como ya se señaló previamente, se cumplen cada uno de estos requisitos”,* ya que era su deber haber realizado una revisión de todos los documentos que hacen parte del presente proceso,

especialmente en este caso, donde la participación de los fondos de capital privado se encontraba reglamentado en el documento de invitación a precalificar, puesto que la participación de estos fondos solo es permitida mediante el respaldo a oferentes Individuales o los integrantes de una Estructura Plural, tal y como lo regula la sección 4.6 del documento de invitación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 de 2015.

En el mismo sentido, se hace exigible que la duración del Fondo de Capital Privado sea por lo menos de ocho (8) años contados a partir de la Fecha de Cierre del proceso, lo cual debía ser certificado por la sociedad administradora del Fondo o su Fund manager si el fondo es extranjero. Sin embargo, en el reglamento de participación se observa que la duración de dicho fondo es de cinco (5) años, contados a partir del 12 de septiembre de 2023, prorrogable hasta por un periodo de un (1) año adicional, por lo que la duración del Fondo no cumple con los requisitos del proceso.

Para mayor claridad se pone de presente las siguientes reglas establecidas en el documento de Invitación, relacionadas con los Fondos de capital Privado:

1. Numeral 4.6 dispuso que para la participación de los Fondos de Capital Privado debía mediar una carta de intención y que solo en caso de ser presentada la oferta en el Proceso de selección abreviada debía allegarse junto con la oferta el compromiso en firme e irrevocable, compromiso que fue aportado por el precalificado. Sobre este punto es importante precisar que la carta de intención se exigía para cuando existiera respaldo del Fondo sin circunscribir dicho requisitos a aquellos manifestantes que estuvieran respaldando la capacidad financiera o la experiencia en inversión, sino en términos generales cuando se hiciera uso del respaldo de un Fondo.
2. A partir del numeral 4.6.2. hasta el 4.6.7 se señaló expresamente los requisitos que debían certificar los administradores del Fondo cuando la experiencia en inversión y la capacidad financiera fuera acreditada a través de un Fondo, y en el desarrollo de este numera se permitió que: *Sin embargo, los Manifestantes que cuentan con el respaldo de Fondos de Capital Privado, podrán acreditar la Capacidad Financiera o de financiación sin acudir a la del respectivo fondo que lo respalda, caso en el cual la acreditación de estos requisitos se rige por las demás normas de la presente Invitación.*
3. Por su parte el numeral 4.6.8 de manera clara y contundente establecido los requisitos de los Fondos de Capital privado que respalden a los manifestantes, requisitos que fueron requeridos en el documento de subsane, pues solo hasta esta etapa del proceso la Entidad tuvo conocimiento de dicho respaldo. Dichos requisitos se encontraban establecidos en la etapa de la precalificación en la cual la Entidad reglamentó y estableció las condiciones para que los Fondos puedan participar en el proceso de selección y estas reglas no pueden desconocerse por parte de la Entidad ni por parte de los participantes.

Por su parte el Pliego de condiciones de la selección abreviada dispuso:

3.12.1 Cupo de Crédito (b) En el caso de un Oferente individual respaldado por un Fondo de Capital Privado o Estructuras Plurales donde sólo uno de los Integrantes acredita Patrimonio Neto y éste acredita dicho requisito respaldado por un Fondo de Capital Privado, se sustituirá el Cupo de Crédito Específico por el Compromiso Irrevocable de Inversión del que trata el numeral 3.3 de este Pliego de Condiciones, por lo cual quedará eximido de presentar el Anexo 9.

Así las cosas, no puede pretender el precalificado a esta instancia del proceso, omitir condiciones exigidas, por no haber considerado estos aspectos desde la elaboración de su oferta, pues el hecho, de que no haya podido obtener un cupo crédito y optar por aportar el compromiso irrevocable de inversión, no lo exonera del cumplimiento de las reglas establecidas en el documentos de invitación y que fueron anteriormente señaladas y más aún, reglas de amplio conocimiento por parte de los participantes. Pues es claro que, si un precalificado se encuentra respaldado por un Fondo de capital privado, debe cumplir con todos los requisitos establecidos para tal efecto en las reglas del proceso.

Y fue precisamente, para garantizar la integralidad del proceso, ahondar en garantías y procurar una selección objetiva, que la Entidad mediante documento de subsanación requirió al proponente para que diera estricto cumplimiento a las exigencias relacionadas con la participación del Fondo de Capital privado, participación que fue solo conocida para la Entidad en la etapa de la selección abreviada, reiterando que, para que la oferta sea tenida como válida debe cumplir tanto con las condiciones de la invitación (etapa de precalificación) como con los requisitos del Pliego de condiciones de la selección abreviada y las reglas relacionadas con la participación de los Fondos de Capital privado se encontraban contenidas en la invitación y son de obligatorio cumplimiento.

Finalmente es importante advertir que la Entidad se encontraba plenamente facultada para solicitar la subsanación antes citada, en virtud del numeral 6.2 del pliego de condiciones según el cual *“en el evento en que la ANI no advierte la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al precalificado, no necesario para la comparación de ofertas y no los haya requerido en el informe de evaluación, podrá requerir al precalificado, otorgándole un término igual al establecido para el informe de evaluación con el fin de que los allegue. En caso de que sea necesario, la ANI ajustará el cronograma contenido en el numeral 2.3 de este pliego de condiciones”*.

Así las cosas, y dado que el precalificado no dio cumplimiento a los requisitos relacionados con el respaldo del Fondo de Capital Privado y el compromiso irrevocable de inversión, la oferta no se puede ser considerada hábil.

De conformidad con lo expuesto, el Precalificado que no allegue el Cupo de Crédito Específico, en las condiciones establecidas en el numeral 3.12.1. no se le realizará la apertura del sobre económico, y su Oferta será rechazada por no cumplir los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, sin que haya lugar a hacer efectiva la Garantía de Seriedad de la Oferta.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO
Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias	Andino Inversiones Global S.A	Garantía de Seriedad

RESPUESTA: Encontrándose dentro de los términos de traslado del informe preliminar, el oferente ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A remitió el 09 de octubre de 2023 la respuesta respecto al requerimiento de subsane de la garantía de seriedad en los siguientes términos:

Respuesta de Andino Inversiones Global S.A.

Sea lo primero señalar que Andino Inversiones Global S.A. hace parte de Grupo Andino, un conglomerado peruano de empresas que desarrollan y operan infraestructura portuaria y aeroportuaria, ofreciendo servicios logísticos aeroportuarios y marítimos.

Grupo Andino, al tener como base la República de Perú, gestionó la garantía de seriedad de la oferta ante el Banco de Crédito del Perú la cual fue debidamente otorgada y aprobada dentro del plazo establecido en el cronograma del proceso de selección bajo la modalidad de carta de crédito stand-by. Sin embargo, tal como lo dispone la Sección 3.11.(c) del Pliego de Condiciones, en caso tal de que la garantía sea otorgada por un banco aceptable extranjero, éste debía autorizar el pago a través de un banco aceptable establecido y legalmente autorizado para operar en Colombia.

Dicho esto, posterior al otorgamiento y aprobación por parte del Banco de Crédito del Perú, éste emitió el mensaje Swift al Banco de Bogotá para que este procediera a emitir la garantía en Colombia. La garantía fue expedida por el Banco de Bogotá el mismo 28 de septiembre de 2023; sin embargo, por cuestiones logísticas, no fue posible incluirla en la oferta.

Así las cosas, se adjuntan a este escrito los siguientes documentos:

- (i) Garantía bancaria de seriedad de la oferta No. 06780017239 expedida por el Banco de Bogotá S.A. el 28 de septiembre de 2023.
- (ii) Carta de confirmación de garantías bancarias emitida por el Banco de Bogotá S.A.
- (iii) Certificado de existencia y representación legal del Banco de Bogotá S.A. expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Atendiendo a la solicitud presentada por el oferente Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias, el comité evaluador verificó que el documento aportado cumpliera con las condiciones del pliego de condiciones y las disposiciones del Decreto 1082 de 2015 y adicionalmente, solicitó a la Entidad bancaria BANCO DE BOGOTÁ la acreditación de la validez de la garantía presentada como se muestra a continuación:

De: Garantías Bancarias Digitales <gbancarias@bancodebogota.com.co>
Enviado el: lunes, 2 de octubre de 2023 5:13 p. m.
Para: Laura Stephania Puentes Rincon <lpuentes@ani.gov.co>
CC: DEFCONSUM DEFCONSUM <DEFCONSUM@bancodebogota.com.co>
Asunto: RE: Rad. 20237030353131

Buen día

El Banco de Bogota, después de validar en sus aplicaciones, confirma que la Garantía Bancaria de Seriedad No 06780017239, se expidió con la siguiente información.

- Ordenante: ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A.
- Beneficiario: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI
- Valor garantía: \$3.126.754.266.00 COP
- Objeto: Para garantizar la seriedad y firmeza de la oferta en marco del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación N° VJ-VE-APP-IPV-001-2023/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2023.
- Fecha de vencimiento: 28062024

Cordialmente,

Garantías Bancarias Digitales
Calle 12B # 8ª – 30 Piso 3 Bogotá - Colombia
gbancarias@bancodebogota.com.co
Calle 12 B No. 8A – 30 Piso 3 Torre A Edificio Banco del Comercio (Bogotá)
 Imagen que contiene Texto Descripción generada automáticamente

El día 14 de octubre, mediante correo electrónico el oferente Estructura Plural Aeropuerto de Cartagena de Indias remitió documento de contra observaciones, en el cual, respecto a la garantía de seriedad del oferente ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A indicó lo siguiente:

“En su escrito de Observaciones Andino reconoce que, respecto de la Garantía de Seriedad de la Oferta, “por cuestiones logísticas, no fue posible incluirla en la oferta”. Esta situación implica el deber ineludible de la ANI de rechazar la Oferta presentada por Andino por existir la siguiente prohibición legal en el parágrafo 3º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007: PARÁGRAFO 3. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma. Esta disposición fue replicada por la ANI en el numeral 3.11.8 del Pliego de Condiciones, el cual establece que “de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, la no presentación de la Garantía de Seriedad de la Oferta junto con la Oferta traerá como consecuencia el rechazo de ésta”. Valga mencionar que, dentro los documentos aportados extemporáneamente por Andino junto con el escrito de Observaciones, está la Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta No. 06780017239 expedida por el Banco de Bogotá S.A. Si bien ese documento debió presentarse junto con la Oferta y entonces no podía presentarse con posterioridad, es el propio documento el que explica la razón por la cual Andino no lo presentó oportunamente. Veamos: Tal como se desprende del tenor literal de la Garantía Bancaria otorgada por el Banco de Bogotá en favor de

18

PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTIA CON PRECALIFICACIÓN No VJ-VE-APP-IPV-001-2023/ VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2023/

Andino, dicha Garantía fue emitida el 28 de septiembre de 2023 a las 22:33:46 UTC (17:33:46 hora de Colombia), es decir 7 horas y 33 minutos después de la Fecha de Cierre, como se puede ver a continuación:

DECIMO PRIMERO. - Este documento ha sido expedido en forma de mensaje de datos a través de medios electrónicos y únicamente es válido con la firma digital del apoderado especial, o representante legal del Banco según corresponda. El Beneficiario de la Garantía podrá verificar su autenticidad y condiciones a través del envío de un correo electrónico al buzón gbancarias@bancodebogota.com.co

En constancia de lo anterior este documento se firma en Bogotá, a los veintiocho (28) días del mes de septiembre de 2023.

Firmado digitalmente por:

Rafael Arango Calle

28 sep. 2023 22:33:46 UTC

RAFAEL ARANGO CALLE
C.C. 79.156.675 DE BOGOTÁ
VICEPRESIDENTE DE BANCA EMPRESAS
BANCO DE BOGOTÁ S.A

No hay forma alguna de entender que la Garantía de Seriedad de la Oferta de Andino fue presentada “junto con la Oferta” si la misma no solo no fue incluida dentro del Sobre No. 1 al momento de presentar su Oferta, sino que además fue expedida en una fecha y hora posterior a la Fecha de Cierre. El defecto es claro, incuestionable e insubsanable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 6.2 del Pliego de Condiciones.

En ese sentido, al encontrarse debidamente subsanado este requisito por parte del precalificado ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A, la presentación observación no procede.”

Frente a esta observación la Entidad se permite hacer las siguientes consideraciones:

La garantía de seriedad de la oferta tiene sustento en el principio de irrevocabilidad de la oferta, la cual protege a la Entidad contratante ante la ocurrencia de los siguientes riesgos: i) la no suscripción del contrato sin justa causa por parte del adjudicatario; ii) el retiro de la oferta después de vencido el plazo fijado para la presentación de las ofertas; iii) la no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el plazo para la adjudicación o la suscripción se prorrogue, siempre que la misma no sea inferior a tres (3) meses y iv) la falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado de la garantía de cumplimiento del contrato.

Respecto al tiempo, la norma dispone que debe estar vigente entre la fecha de presentación de la propuesta y hasta la fecha de aprobación de la garantía única de cumplimiento.

Una vez revisada la Garantía aportada por el proponente ANDINO INVERSIONES GLOBAL S.A se evidencia que este indica que la fecha de emisión es el 28 de septiembre de 2023 y que la duración (fecha de vencimiento) es hasta las 3:00 pm hora local colombiana del 28 de junio de 2024.

A diferencia del contrato de seguro contenido en una póliza, en donde se indica la fecha y hora de la vigencia de la garantía, en el presente caso, la garantía bancaria aportada por el oferente expedida por BANCO DE BOGOTÁ no indica de manera expresa la hora de inicio de la garantía, sino que solo hace referencia a la hora de terminación. De conformidad con la literalidad de la garantía bancaria aportada, la cobertura de la misma es a partir del día 28 de septiembre, sin que se mencione la hora en la cual inicia dicha cobertura, siendo claro que la vigencia cubre desde la citada fecha.

Si bien la declaración decimo primera del documento indica que “únicamente es válido con la firma digital del apoderado especial, o representante legal del Banco según corresponda”, no le es viable a la entidad concluir que al haberse firmado dicha garantía en una hora posterior al cierre del proceso, la misma no cuente con la cobertura que se indica expresamente en su encabezado.

Adicionalmente, es importante advertir que desde el momento mismo de la presentación de las ofertas el documento que se aportó que daba cuenta de la garantía bancaria y de sus condiciones y ésta fue directamente verificada por la entidad ante el Banco de Bogotá, como se mencionó anteriormente y por tanto, tampoco es posible afirmar que la garantía bancaria no haya sido presentada, pues si este hubiese sido el caso, para la Entidad habría sido imposible obtener la verificación de la misma.

Así las cosas, para la Entidad la oferta desde el momento de su presentación estuvo acompañada de la garantía de seriedad de la oferta, la cual debió ser objeto de subsanación como efectivamente lo hizo el proponente mediante documento allegado el 09 de octubre.

Elaborado por: COMITÉ EVALUADOR KONFIRMA S.A.S.
Aprobado por: Agencia Nacional de Infraestructura ANI