



Bogotá D.C., 26 de abril de 2021

Señores,
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
Calle 24ª # 59-42

Asunto: Observaciones a las Ofertas presentadas en el
Proceso de Contratación No. VJ-VE-APP-IPB-001-2020

Respetados Señores:

Dentro de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-001-2020, cuyo objeto es *“el otorgamiento de una concesión que, bajo el esquema de Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, permita llevar a cabo financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto Nueva Malla Vial del Valle del Cauca – Corredor Accesos Cali y Palmira”* (el *“Proceso de Selección”* o la *“Licitación”*), respetuosamente presentamos las siguientes observaciones a las Ofertas¹ presentadas en la presente Licitación:

1. Cupo de Crédito Específico:

En virtud de la Sección 4.3.1 del Pliego de Condiciones la acreditación del Cupo de Crédito Específico es uno de los requisitos que integran la Capacidad Financiera.

La Sección 4.3.3 del Pliego de Condiciones establece que *“[e]n caso de Estructuras Plurales para la acreditación de Capacidad Financiera podrá ser acreditada por uno o varios Integrantes, incluyendo los (i) Líderes y (ii) aquellos que, no obstante no tienen la calidad de Líderes, concurren a la acreditación de los requisitos relativos a Capacidad Financiera **(esta circunstancia debe ser señalada expresamente en la Carta de Presentación de la Oferta (Anexo 2) so pena de no considerarse las credenciales de los respectivos Integrantes para efectos de la verificación de la Capacidad Financiera)**”*².

¹ Los términos que se encuentren en mayúscula en el presente documento que no estén expresamente definidos, tendrán el significado otorgado en el Pliego de Condiciones y/o en el Contrato.

² Énfasis añadido.



En línea con lo anterior, esta misma Sección determina que los Líderes y quienes sin serlo acreditan Capacidad Financiera deberán mantener el porcentaje de participación aún después de la presentación de la Oferta y durante el Contrato bajo los términos establecidos en éste.

Por otra parte, la Sección 9.6.1(q) define expresamente que la ANI deberá rechazar las Ofertas “*cuando no se acredite alguno de los requisitos establecidos en este Pliego de Condiciones*”.

De conformidad con lo anterior, para una correcta acreditación del requisito habilitante de Capacidad Financiera, los Oferentes que se presentaron a la Licitación bajo un esquema de Estructura Plural debían indicar expresamente en el Anexo 2 – Carta de Presentación de la Oferta – los miembros que serían: (i) Líderes; o (ii) aquellos que sin serlos acreditarían la Capacidad Financiera requerida en el Pliego de Condiciones.

En caso de que una Estructura Plural acredite un requisito de los que componen la Capacidad Financiera – Cupo de Crédito Específico – a través de un miembro que no tenga la calidad (i) o (ii) del párrafo anterior, la ANI no podría considerar dichas credenciales en su evaluación. Es más, en virtud de lo dispuesto en la Sección 9.6.1(q) del Pliego de Condiciones, la Oferta que se presente por una Estructura Plural en donde un miembro que no sea Líder o que no haya sido mencionado en el Anexo 2 como acreditante de Capacidad Financiera, sea quien acredite un requisito de la Capacidad Financiera como lo es el Cupo de Crédito Específico, debe ser rechazada.

Frente a este último punto debe resaltarse que, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el Artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, “[d]urante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso”. Es decir, el vicio de haber acreditado un requisito habilitante, como lo es el Cupo de Crédito el cual hace parte de la denominada Capacidad Financiera, a través de un miembro que no tiene y no puede tener ya la condición de Líder ni tampoco de acreditante de Capacidad Financiera debido a que no fue incluido como tal en el Anexo 2, es una situación que no puede solucionarse en esta etapa del proceso de selección. Permitir la presentación de un nuevo Anexo 2 en donde se incluya un nuevo Líder o un nuevo integrante acreditante de Capacidad Financiera constituiría una vulneración de lo dispuesto en el Artículo 5 antes referido.

Lo anterior, se confirma con lo dispuesto en la Sección 4.3.3 la cual establece que no podrán ser tenidas en cuenta por la ANI las credenciales que presente un miembro de una Estructura Plural que no tenga capacidad para hacerlo. Se reitera, el Pliego de Condiciones es concluyente al manifestar que la condición de Líder o de acreditante de Capacidad Financiera debe establecerse de manera expresa en la Carta de Presentación de la Oferta (Anexo 2) *so pena de no considerarse las credenciales de los respectivos Integrantes para efectos de la verificación de la Capacidad Financiera*.

El Consejo de Estado ha establecido una línea jurisprudencial que es enfática en proscribir la mejora o modificación de las ofertas con posterioridad a la fecha máxima de presentación de las mismas, escudándose en una supuesta subsanación de un requisito que no otorga puntaje. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado analizando la posibilidad de subsanar aspectos financieros y contables de una oferta estableció³:

La Sección Tercera del Consejo de Estado desarrolló una línea jurisprudencial que consiste en “hacer prevalecer el aspecto sustancial del requisito exigible en la licitación pública, sobre su forma de presentación” sin que, bajo esta excusa, se pueda modificar o mejorar la propuesta.

En línea con lo anterior, esta misma Sala en Sentencia de 20 de febrero de 2017 reiteró que los requisitos susceptibles de ser subsanados “*son aquellos que no afectan la asignación del puntaje de las ofertas*”. Sin embargo, también fue enfática en determinar que la facultad de subsanar no da derecho a modificar o mejorar la ofertada presentada⁴:

*Es de precisar en [e]ste punto que la facultad en cabeza de los proponentes de subsanar sus propuestas, **de ninguna forma les confiere la posibilidad de aportar nuevos documentos que modifiquen o mejoren la oferta inicial, ello teniendo en cuenta que los procesos de selección se rigen por el principio de igualdad y permitir que un proponente pueda mejorar su oferta en la etapa de calificación necesariamente implicaría una trasgresión de dicho principio constitucional***

Así las cosas, si un Oferente presentó un Cupo de Crédito Específico, requisito de la Capacidad Financiera, a través de un miembro que no es Líder ni tampoco fue expresamente designado como acreditante de Capacidad Financiera en el Anexo 2 por el mismo Oferente, dicho defecto no puede ser subsanado con la presentación de otro Cupo de Crédito Específico otorgado a un miembro de la Estructura Plural habilitado para acreditar este requisito, ni tampoco mediante la presentación de un nuevo Anexo 2. Proceder de esta manera, significaría una mejora o modificación de la Oferta con posterioridad a la Fecha de Cierre establecida en el cronograma del Pliego de Condiciones, y una grave vulneración de lo dispuesto tanto en el Artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 como en lo regulado en la Sección 4.3.3 del Pliego de Condiciones.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, se explicará los defectos que tuvieron ciertos Oferentes en la acreditación del Cupo de Crédito Específico, los cuales no pueden ser subsanados e irremediablemente generan el rechazo de sus Ofertas:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020030095901 del 27 de enero de 2015, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 81001233100019970067801 del 20 de febrero de 2017, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



a. Proponente Estructura Plural Ruta de la Caña:

El Oferente Estructura Plural Ruta de la Caña está conformado por: (i) Obrascón Huarte Laín S.A. Sucursal Colombia (“OHL”); y (ii) Termotécnica Coindustrial S.A.S.

Dicho Oferente estableció en el literal (w) del Anexo 2 – Carta de Presentación de la Oferta– que *“los requisitos relativos a Experiencia en Inversión y Capacidad Financiera serán acreditados por OBRASCÓN HUARTE LAÍN S.A.”* (folio 0009).

Adicionalmente, en el literal (x) de dicho Anexo 2, este Oferente también determinó que el único Líder sería OHL y declaró que conocía y aceptaba las obligaciones que se derivan de la anterior declaración (folio 0010).

Asimismo, la Estructura Plural Ruta de la Caña definió expresamente en el Anexo 18 – Documento de Constitución de Estructura Plural – que OHL sería el Líder y omitió cualquier mención a que Termotécnica Coindustrial S.A.S. acreditaría los requisitos habilitantes de Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión (Folios 0176 a 180).

Por tanto, es claro que este Oferente conscientemente y en reiteradas ocasiones determinó que OHL sería el único miembro de la Estructura Plural que acreditaría la Capacidad Financiera.

No obstante, y contradictoriamente con sus declaraciones, este Oferente presentó un Cupo de Crédito Específico que fue otorgado a Termotécnica Coindustrial S.A.S. (Folio 0182), tal y como fue ratificado en el documento de subsanación presentado el 12 de abril de 2021 (página 58 y ss.).

En esta medida, este Oferente acreditó un requisito de la Capacidad Financiera – el Cupo de Crédito Específico –, a través de uno de sus miembros que no tenía la capacidad para ello, puesto que no es Líder ni tampoco fue incluido en el Anexo 2 como un miembro que sin serlo acreditaría el requisito de Capacidad Financiera.

Por tanto, en virtud de lo explicado en el punto (1) anterior del presente documento, la ANI debe proceder a rechazar esta Oferta en cumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en la Ley.



b. Estructura Plural ACP Prosperidad

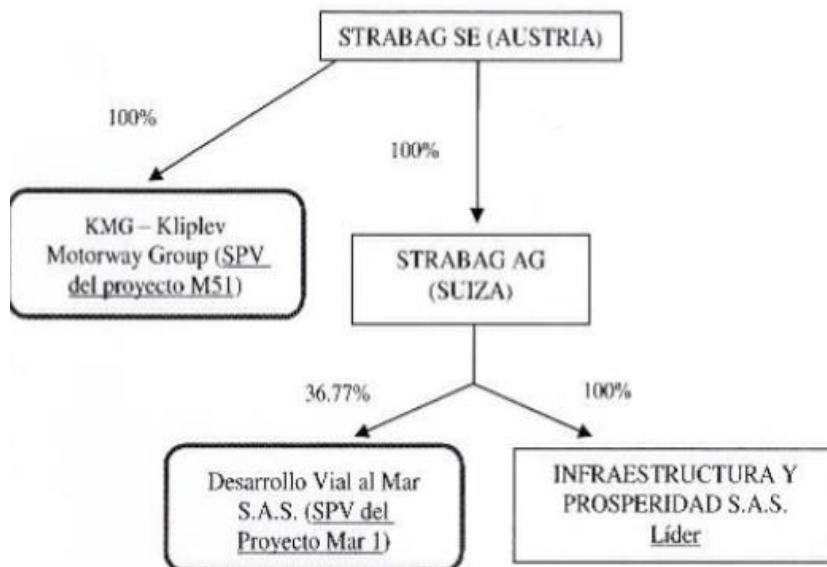
El anterior supuesto también se presenta en la Oferta de la Estructura Plural ACP Prosperidad, conformada por (i) Infraestructura y Prosperidad S.A.S.; y (ii) Strabag AG.

Este Oferente estableció expresamente en los literales (w) y (x) del Anexo 2 – Carta de Presentación de la Oferta – que Infraestructura y Prosperidad S.A.S. iba a acreditar la Capacidad Financiera a través de su matriz Strabag **SE** y que esta misma sociedad iba a ser el único Líder de dicha Estructura Plural (folio 015). Adicionalmente, este Oferente estableció expresamente que ningún otro miembro diferente al Líder acreditaría Capacidad Financiera.

Asimismo, la Estructura Plural ACP Prosperidad manifestó en el Anexo 18 que el único Líder es Infraestructura y Prosperidad S.A.S. Por tanto, es claro que este Oferente conscientemente y en reiteradas ocasiones determinó que la anterior sociedad sería el único miembro de la Estructura Plural que acreditaría la Capacidad Financiera, a través de su matriz Strabag **SE**.

De lo anterior, es importante resaltar que la sociedad Strabag **AG** (cuyo domicilio principal es en Suiza) es uno de los miembros de la Estructura Plural ACP Prosperidad, mientras que Strabag **SE** (cuyo domicilio principal es en Austria) es la sociedad matriz a través de la cual este Oferente declaró y se obligó a acreditar la Capacidad Financiera. Lo anterior se evidencia en el esquema del Anexo 8 (folio 0787):

de manera esquemática la relación entre (i) **Infraestructura y Prosperidad S.A.S. (Líder)** y **Strabag SE** (matriz), teniendo en cuenta que a través de esta última se acreditaron los Requisitos Habilitantes relativos a Capacidad Financiera; e (ii) **Infraestructura y Prosperidad S.A.S. (Líder)** y **Strabag AG** (controlada por matriz), teniendo en cuenta que a través de esta última se acreditan los Requisitos Habilitantes relativos a la Experiencia en Inversión.



Sin embargo, el Cupo de Crédito Específico no fue otorgado por Strabag SE sino por Strabag **AG** quien no tiene ni puede ya tener la condición de Líder ni de integrante acreditante de Capacidad Financiera.

En esta medida, este Oferente acreditó un requisito de la Capacidad Financiera a través de uno de sus miembros que no tenía la capacidad para ello, puesto que no es Líder ni tampoco fue incluido en el Anexo 2 como un miembro que sin serlo acreditaría el requisito de Capacidad Financiera.

En consecuencia, en virtud de lo explicado en el punto (1) anterior del presente documento, la ANI debe proceder a rechazar esta Oferta en cumplimiento de lo dispuesto en el Pliego de Condiciones y en la Ley.

2. Falta de Capacidad Jurídica para suscribir y presentar la Oferta

Como es de conocimiento de la ANI, la Capacidad Jurídica es un requisito habilitante en virtud del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

La Sección 4.1 del Pliego de Condiciones establece que la Capacidad Jurídica de los Oferentes debe ser acreditada por todos y cada uno de los miembros de una Estructura Plural. Por su parte, la Sección 4.1.4 determina que las personas extranjeras con sucursal en Colombia, que no actúen a través del representante legal de su sucursal, deberán acreditar un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para la presentación de la Oferta, para participar y comprometer a su representando durante todas las instancias de la Licitación, para suscribir el SPV, para suministrar la información que sea solicitada por la ANI, entre otros.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha determinado que un oferente debe acreditar y tener la Capacidad Jurídica requerida en la Ley y en el Pliego de Condiciones al momento de presentar la oferta. En el caso que esto no ocurra, la respectiva oferta debe ser rechazada, ya que esta carencia no puede ser subsanada con posterioridad. Es decir, un oferente no puede adquirir Capacidad Jurídica retroactivamente a través de un acto posterior a la fecha de presentación de la oferta que le otorgue dicha capacidad.

Por ejemplo, en Sentencia del 16 de mayo de 2016, el Consejo de Estado determinó que⁵:

En efecto, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para la participación en el proceso de selección y en parte alguna la ley está permitiendo que quien carezca de capacidad jurídica pueda presentar una propuesta y quede entonces facultado, hasta el momento de la adjudicación, para que adquiera la capacidad y se habilite retroactivamente como proponente.

Entender las cosas de otra manera conduce a desconocer los principios más elementales del negocio jurídico y, en especial, de la contratación estatal [...]

Los integrantes de la Estructura Plural Ruta de la Caña otorgaron un poder al señor Diego Mauricio Pérez León como representante común para que suscribiera los documentos requeridos en el Pliego de Condiciones y realizara los demás actos establecidos en la Sección 4.14. No obstante, como bien lo advirtió la ANI desde el 5 de abril de 2021, OHL no acreditó la capacidad del poderdante –Sr. José Antonio Fernández Gallar – para otorgar esta clase de poder.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600019980106302 de 16 de mayo de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



A pesar de la oportunidad de subsanación que otorgó la entidad, tal y como quedó establecido en el informe de evaluación publicado el pasado 19 de abril, este Oferente no acreditó un documento que probará que el Sr. Fernández tenía capacidad para otorgar dicho poder y, por ende, no subsanó este defecto que afecta gran mayoría de los documentos presentados en esa Oferta, por ejemplo, la Carta de Presentación de la Oferta y los documentos que otorgan puntaje adicional.

En consecuencia, este Oferente no acreditó que el representante común tuviera la Capacidad Jurídica para suscribir los documentos de la Licitación y actuar en nombre de todos los integrantes de dicha Estructura Plural. Por ende, la ANI debe rechazar esta Oferta.

Agradecemos de antemano su disposición a la presente.

Atentamente,

Juan Antonio López Ruiz
Representante Legal
Sociedad Constructora de Colombia Copasa S.A.S.