

**MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES**

LICITACION PÚBLICA No. SEA-LP-002-2009

OBJETO:

“Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial, social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el Corredor Vial “Transversal de las Américas Sector 1”, denominado Corredor Vial del Caribe”

**INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE
EVALUACIÓN PRELIMINAR E INFORME DE EVALUACIÓN DEFINITIVO A LICITACIÓN
PÚBLICA SEA-LP-002-2009**

Una vez publicado el informe preliminar de evaluación de precalificación de las propuestas los proponentes presentaron observaciones al mismo, aportaron documentos y aclararon información como se indica a continuación y en tal sentido el Instituto Nacional de Concesiones procede a dar respuesta a cada una de ellas.

1.1. OBSERVACIONES DE CARÁCTER JURIDICO

PROPONENTE No. 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF

El PROPONENTE obtuvo calificación jurídica de ADMISIBLE, desde el informe preliminar de evaluación y no tiene ninguna observación por parte de los demás oferentes, por lo tanto su calificación jurídica es ADMISIBLE

PROPONENTE No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF

Ante la observación realizada por la entidad en el informe preliminar el proponente presenta el poder especial otorgado al representante de la promesa de sociedad futura de conformidad con lo exigido en los pliegos de condiciones y en el informe de evaluación preliminar.

RESPUESTA A OBSERVACIONES PRESENTADAS CONTRA EL PROPONENTE No 2

- Observación presentada por el proponente 5 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015200-2

De la inhabilidad para licitar y celebrar contratos con los entidades estatales, señaladas en el literal h) de la ley 80 de 1993 y la causal de rechazo 7.11.12 del pliego de condiciones.

“La sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS como integrante del proponente No 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF y la sociedad GRUPO ODINSA S.A. integrante del proponente No 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF, tanto en su junta directiva, como con sus socios/accionistas entre sí, tienen un vínculo familiar que encuadra dentro de la causal establecida en el literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993”

INHABILIDAD PARA CONTRATAR DEL PROPONENTE 2, En particular al integrante HB Estructuras Metálicas.

Deberá ser rechazada la propuesta en atención a lo dispuesto en el literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 en concordancia con lo establecido en los numerales 7.11.12, 7.11.13 y 7.11.23 y 6.7 de los pliegos.

De la inhabilidad para licitar y celebrar contratos con las entidades estatales, la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS como integrante del proponente No 2 VIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PSF y la sociedad GRUPO ODINSA Integrante del proponente No 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF, tanto en su junta directiva, como con sus socios/accionistas entre sí, tienen un vínculo familiar que encuadra dentro de la causal de inhabilidad establecida en el literal h) del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80.

El Grupo ODINSA, en el cuarto renglón principal WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA y FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA son hermanos, solicitan que el INCO oficie a fin de solicitar los registros civiles.

El señor WILLIAM DE JESUS VELEZ SIERRA además de ser miembro de la Junta Directiva del Grupo ODINSA es a su vez accionista mayoritario consolidando su participación en la misma que sobrepasa el 13%, a través de las empresas de su propiedad Eléctricas de Medellín, Termotécnicas Coindustriales S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS que a su vez hacen parte del Grupo de accionistas que controlan el 59.16% del Grupo ODINSA S.A., quienes suscribieron un acuerdo de control desde marzo de 2007 por cinco años para ir unidos en las decisiones de voto en la Asamblea de accionistas y donde convinieron que no venderán a terceros su participación accionaria, tal y como se evidencia en documento adjunto publicado en la página web del Grupo Odinsa S.A. y en las páginas de internet.

De la conformidad accionaria de las sociedades GRUPO ODINSA SA y HB ESTRUCTURAS METALICAS SA puede establecerse que el señor WILLIAM VELEZ SIERRA ejerce una posición de dominio sobre las políticas económicas y administrativas de estas sociedades, a pesar de que se encuentra protegido por el velo corporativo.

ODINSA

- WILLIAM VELEZ SIERRA, es uno de los accionistas mayoritarios con el 13% de la sociedad Grupo Odinsa.*
- WILLIAM VELEZ SIERRA, como propietario de las empresas eléctricas de Medellín, Termotécnica Coindustrial S.A. y HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. hace parte del grupo de accionistas que controlan el 59.16% del grupo ODINSA.*
- WILLIAM VELEZ SIERRA, es hermano suplente del cuarto renglón de la junta directiva de ODINSA quien autorizó en acta de junta directiva a participar a esta empresa en la licitación, el señor FRANCISCO VELEZ SIERRA, a través de la propuesta N 1 VIAS DE LAS AMÉRICAS.*
- WILLIAM VELEZ SIERRA y su hermano FRANCISCO VELEZ SIERRA al conformar ambos el cuarto renglón de la Junta Directiva, están informados del Comité de Estrategia de la empresa.*

HB ESTRUCTURAS METALICAS

- *WILLIAN VELEZ SIERRA es socio mayoritario de dos de las empresas accionistas de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS.*
- *WILLIAN VELEZ SIERRA es hermano de la representante legal y accionista de dos de las empresas accionistas de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS, la señora BLANCA LUZ SIERRA VELEZ que a su vez es hermana del señor FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA cuarto renglón suplente de la Junta Directiva de ODINSA.*
- *WILLIAN VELEZ SIERRA es hermano de los miembros de Junta Directiva de las empresas accionarias de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS, las señoras GLORIA ELENA DEL SOCORRO VELEZ SIERRA, CLAUDIA MARIA VELEZ SIERRA y del señor HERNANDO ANTONIO VELEZ SIERRA que a su vez son hermanos del señor FRANCISCO LUIS VELEZ SIERRA cuarto renglón suplente de la Junta Directiva de ODINSA*

Por tanto es evidente que el señor WILLIAM VELEZ SIERRA tiene intereses en la sociedad ODINSA como en HB ESTRUCTURAS METALICAS ejerciendo control económico como administrativo sobre los destinos de estas dos sociedades, y en consecuencia, se trata de una misma persona que participa con intereses económicos en dos promesas futuras diferentes."

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2. Rad. 2009-409-015601-2

Manifiesta que no hay inhabilidad de los proponentes para participar en la licitación Pública SEA-LP-002-2009, fundamenta su defensa en que ODINSA es una sociedad anónima abierta y cumple con todos los requisitos exigidos en el Decreto 679 de 1994, esto es, tiene 578 accionistas para el 30 de mayo de 2010, tiene sus acciones inscritas en bolsa de valores, y ninguna persona natural o jurídica tienen más del 30% de sus acciones.

Aunado al hecho de haber corrido el velo corporativo por parte de los Otros Proponente, Venimos a explicar la composición accionaria de las sociedades cuestionadas como "propiedad de William Vélez Sierra" y que efectivamente encuentra arraigo en la tradición jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos del estudio del régimen de inhabilidades e incompatibilidades:

- La sociedad Eléctricas de Medellín S.A. , sociedad anónima cerrada, posee el 6.52% de acciones en ODINSA S.A. los accionistas de aquella sociedad son: María Restrepo con el 24.99%, Juan David Restrepo con el 0.01%, William Vélez Sierra con el 25% y Sandra Vélez con el 25 %
- La sociedad Termotécnica Coindustrial S.A. sociedad anónima cerrada, posee el 6.31% de acciones de ODINSA. Las acciones de aquella son William Vélez con el 45.22% Mario Restrepo con 35.31%, Sandra Veles con el 8.31%, David Benavides con el 6.51% y Francisco Luis Vélez con el 4.5%
- HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A sociedad anónima cerrada, posee el 0.13% de las acciones de ODINSA. Las acciones de aquella son: Promotora Metrosur S.A en liquidación voluntaria con el 49.70%, Kevran Limited 39.10%, Sadelec S.A. 10.19%. Inversiones Giganton s.a. 0.95% e Inversiones Casa Grande S.A. 0.06%

Las tres sociedades cuestionadas tienen en total el 12.96% de las acciones de ODINSA lo que no constituye de manera alguna una situación de control ni una posición de dominio sobre las políticas económicas y administrativas de las dos sociedades. Ni las tres conjuntamente ni de manera separada tienen un porcentaje que les permita tener la situación de control. Tampoco las tres sociedades conjuntamente tienen porcentaje que les permita controlar, a su vez, al grupo de control de ODINSA que está compuesto por el 59.15% de su totalidad accionaria.

Sostiene el proponente que la sociedad ODINSA S.A. es una sociedad anónima abierta y con respecto de ella es imposible jurídicamente predicar la inhabilidad aquí regulada, por lo que resulta absolutamente inaplicable esta norma.

Adicionalmente precia que las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

INCO responde:

El proponente sostiene que entre los proponente No 1 y 2 se configura la causal de rechazo fijada en el pliego de condiciones.

El numeral 7.11.12 del pliego de condiciones, que reguló varias reglas para la participación en este proceso de selección, así señaló que no podrían participar:

1. Una misma persona (natural o jurídica) en más de una propuesta.
2. Una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, entendida éstas en los términos fijados en el numeral 3.5. del Pliego
3. En el caso de personas naturales, no podrán participar en más de una propuesta, quienes se encuentren dentro del tercer grado de consanguinidad o afinidad o en el primer grado civil.

Ahora bien, en el caso objeto de estudio, es importante analizar y precisar si la empresa Grupo Odinsa S.A., **MAP** de VÍAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PSF (Proponente 1) y la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A, integrante **NO MAP** (con un 7.5%) de VÍAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PSF (Proponente 2), se encuentran en alguna de las situaciones descritas en los numerales 1 y 2 antes señalados. No se analizará la tercera situación pues ella aplica para las personas naturales proponentes o integrantes de estructuras plurales.

Sobre este aspecto es procedente recordarle a quien hace la observación, que las personas jurídicas son una entidad colectiva con personalidad jurídica propia y diferente a la de los socios que en ella concurren.

De otro lado, es evidente que las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. son personas jurídicas diferentes, por su constitución, su objeto, su composición accionaria, etc., de manera que no se presenta la primera de las situaciones descrita en el Pliego de Condiciones, esto es, participar la misma persona en más de una propuesta.

Ahora bien, el Pliego indicó que: "**habrá control o se considerará matriz**", cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (i) Tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o
- (ii) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o
- (iii) Ejerce, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

De acuerdo con la información que consta en el Certificado de Existencia y Representación de la empresa "GRUPO ODINSA S.A.", aportado con la propuesta, ésta es una Sociedad comercial

constituida bajo la forma de sociedad anónima, que tiene registradas situaciones de control sobre las siguientes empresas subordinadas:

ODINSA HOLDING INC.
AUTOPISTAS DE LOS LLANOS S.A.
ODINSA P I S.A.
ODINSA SERVICIOS LTDA.
AUTOPISTA DEL CAFÉ S.A.
COSNSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A.
INTERNET POR AMÉRICA S.A.
INTERNET POR COLOMBIA S.A.

Por su parte la sociedad HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es una sociedad anónima, sobre la cual no está registrada ninguna situación de control y tampoco ejerce control sobre sociedad alguna.

En consecuencia, es claro que tampoco se configura la segunda situación prohibida en el numeral 7.11.12. una misma persona en más de una propuesta, a través de una sociedad controlada o su matriz, pues GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no son matrices una de otra, y ninguna ejerce control sobre la otra.

La información suministrada por quien presenta la observación, relativa a los vínculos del señor WILLIAM VÉLEZ SIERRA en sociedades anónimas que son accionistas de sociedades que a su vez tienen acciones en las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., no está debidamente acreditada pues no fueron aportados los documentos en los que conste la composición accionaria y la titularidad de las acciones de las empresas mencionadas por quien hace la observación, y se reitera, no existen constancias en los certificados de Existencia y Representación de las referidas personas jurídicas que demuestren la situación de control entre una y otra.

Por lo anotado, no se configura ninguna de las situaciones prohibidas en el numeral 7.11.12 del Pliego de Condiciones y por ende no es de recibo la observación efectuada por el proponente. En el caso que nos ocupa, es bien sabido que las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, por constituir prohibiciones al ejercicio de un cargo o al desempeño de una actividad, son de aplicación restrictiva, no pueden aplicarse por analogía a circunstancias similares: *“Ha señalado esta corporación que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por ende, con exclusión de un criterio extensivo.”* (Corte Constitucional Sentencia C-903-2008).

La Ley 80 de 1993 establece de manera expresa el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el artículo 8, estableciendo, entre otros eventos, que son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

“g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.”

Es claro que la inhabilidad prevista en el literal g) se predica de las personas naturales que participen en el proceso de selección, ya sea como proponentes individuales o como integrantes de proponentes plurales; circunstancia que no corresponde al presente caso ya que ninguno de los integrantes de los dos proponentes observados, es persona natural, sus integrantes son todas PERSONAS JURÍDICAS.

Ahora bien, respecto del supuesto de hecho previsto en el literal h) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, debe precisarse que contempla varios elementos que deben presentarse en su conjunto para que pueda predicarse la existencia de la inhabilidad:

1. Sociedades distintas de las anónimas abiertas.
2. Vínculo de parentesco entre sus representantes legales o socios

Sobre el primer elemento, el Decreto 679 de 1994, artículo 5º, de manera expresa indicó que para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, son sociedades anónimas abiertas las que reúnan las siguientes condiciones:

1. Tengan más de trescientos accionistas.
2. Ninguna persona sea titular de más del treinta por ciento de las acciones en circulación.
3. Sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

De acuerdo con la información allegada al presente proceso licitatorio, las sociedades GRUPO ODINSA S.A. es sociedades anónimas abiertas, de manera que no están subsumidas en el supuesto de hecho descrito para que se presente la inhabilidad referida.

Sobre este punto debe advertirse que las observaciones presentadas a las empresas GRUPO ODINSA S.A. y HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., por los otros proponentes, no se refieren a la existencia de una de las inhabilidades previstas en el artículo 8º de la Ley 80 de 1993, tales observaciones son precisas en cuanto se dirigen a establecer la presunta configuración de una de las prohibiciones contenidas en el numeral 3.2.2. del Pliego de Condiciones, esto es, participar una empresa en otra propuesta a través de su matriz o de una sociedad controlada, en los términos regulados en el Pliego.

De otro lado, aceptando, en gracia de discusión, que no son sociedades anónimas abiertas, procede entonces verificar si entre los representantes legales y socios de las sociedades objeto de la observación, existe alguno de los grados de parentesco indicados en el literal h) del numeral 1º del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

De la información que obra en la Licitación, se tiene que el representante legal de GRUPO ODINSA S.A. es LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA, y el de HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A. es LUIS EDUARDO BENCARDINO CALDERON

Así mismo, se evidencia que quienes son socios de GRUPO ODINSA S.A., son otras personas jurídicas y no la persona natural WILLIAM VÉLEZ, de manera que no puede predicarse la existencia de vínculo de parentesco alguno entre los representantes legales y socios de las empresas cuestionadas.

Por lo anotado, no se configura la inhabilidad prevista en el literal h) del numeral 1º del artículo 8º de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, al no configurar los elementos exigidos en la norma no se presenta el quebrantamiento alegado por el proponente No. 5, y por tanto, NO procede la observación, y el proponente continuará ADMISIBLE.

- **OBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No. 1 CONTRA EL PROPONENTE No. 2, RADICADO 2010-409-015198-2**

Acerca de la forma de acreditar la situación de control, respecto de la matriz, la controlada o la controlada por su matriz.

La experiencia acreditada en construcción en general como para la experiencia en construcción de carreteras y la de puentes y viaductos, es experiencia adquirida por sociedades distintas que no ostenta la calidad de matriz o sociedad controlada por la matriz del integrante del proponente. OHL COLOMBIA LTDA.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No. 2. Rad. 2009-409-015601-2

El proponente No 2, explica la situación de control reiterando que la sociedad matriz es OBRASCON HUARTE LAIN S.A., fundamentando su afirmación en lo siguiente;

“ARTICULO 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARAGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos. legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior”.

Sostiene que de acuerdo con la normatividad citada que el control puede ser ejercido de manera directa o por intermediación, y presenta el siguiente diagrama para aclarar la situación de control

OBRASCON HUARTE LAIN S.A. – **Sociedad Matriz**
OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U - **Filial**
OHL COLOMBIA LTDA - **Subordinada**.

Arguye que el único documento que debe tenerse en cuenta para demostrar la situación de control es el Certificado de existencia y representación, y cita: *“Que por documento privado de representante legal del 13 de abril de 2010, inscrito el 22 de abril de 2010 bajo el número 01378000 del libro IX, comunico la Sociedad Matriz:*

Obrascon Huarte Lain S.A. Domicilio: (Fuera del País) Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”

Adicionalmente, allega un documento, visible a folio 0007, en el cual establece la situación de control.

INCO responde:

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones y en armonía con las disposiciones del código de comercio artículos 260 y 261 modificados por los artículos 26 y 27 de la ley 222 de 1995, realizan una importante distinción sobre la manera de ejercer el control: Control directo por parte de la matriz y el control por intermediación ejercido a través de las subsidiarias de la matriz, para el caso en estudio aún cuando la matriz mantiene el poder decisorio, se vale para ese efecto del concurso de otra u otras entidades a las que también controla.

Al respecto debe precisarse que de acuerdo con las reglas del pliego de condiciones (numeral 3.5.) el proponente o los miembros de una estructura plural, podrán acreditar los requisitos habilitantes por si mismos o:

- 1) a través de sociedades controladas,
- 2) a través de su matriz
- 3) a través de sociedades controladas por su matriz.

Para lo anterior, el pliego indicó que: **“habrá control o se considerará matriz”** cuando la sociedad cuyos requisitos habilitantes se presentan por parte del proponente:

- (i) tiene el cincuenta por ciento 50% o más del capital o
- (ii) tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere o
- (iii) ejerce en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Todo lo anterior, en los términos previstos en el código de comercio colombiano.

Establece así el artículo 260 del código de comercio (modificado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995) que “una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, **bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**”.

Revisada la propuesta presentada por Vías de las Américas S.A.S.- Promesa de Sociedad Futura, se encuentra que efectivamente en el certificado de existencia y representación legal del integrante OHL Colombia Ltda. Consta que sobre ella existe una situación de control y certifica: “POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 13 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 22 DE ABRIL DE 2010 BAJO EL NUMERO 01378000 DEL LIBRO IX, COMUNICÓ LA SOCIEDAD MATRIZ OBRASCON HUARTE LAIN S.A. DOMICILIO (FUERA DEL PAIS) QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACION DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA”.

En efecto, esta situación de control fue aclarada en los siguientes términos:

“Se aclara la situación de control del 13 de abril de 2010 inscrita (...) en el sentido de indicar que ésta se ejerce **A TRAVÉS** de la sociedad OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U.”

En los documentos aportados por el proponente 2 VIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PSF en su propuesta, reposa la escritura de protocolización y elevación a público de certificación de OHL S.A. número 1211 del 13 de abril de 2010, mediante la cual se solicitó a la cámara de comercio el registro de la situación de control y en donde consta:

“III. EXPLICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONTROL.

*OHL COLOMBIA LTDA se encuentra bajo una situación de subordinación, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, respecto a la Sociedad **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** debido a que esta última controla a la sociedad española OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U, por poseer el 100% de su capital accionario y a su vez, OBRACON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U controla en un 99.9% a OHL COLOMBIA LTDA, por poseer el 99.9% de su capital accionario. Adicionalmente, **OBRASCON HUARTE LAIN S.A.** posee el 0.1% del capital accionario de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA”*

“IV. CONFIGURACIÓN SITUACIÓN DE CONTROL.

El 19 de marzo de 2007 fue constituida la Sociedad OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., siendo OBRASCON HUARTE LAIN S.A. su único accionista y por lo tanto propietaria del 100% de su capital social. A su vez, el 19 de diciembre de 2008, fue constituida OHL COLOMBIA LTDA, siendo sus accionistas OBRASCON HUARTE LAIN CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U., por poseer el 99.9% de su capital accionario y OBRASCON HUARTE LAIN S.A. por poseer el 0.1% restante”.

De conformidad a lo anotado, es claro que OHL COLOMBIA LTDA. Integrante del proponente No 2 VIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PSF promesa de sociedad futura, es subsidiaria de la empresa española OHL S.A., es decir, ésta es su MATRIZ, por encontrarse sometida a su control por intermedio de la sociedad OHL CONSTRUCCION INTERNACIONAL S.L.U., la cual tiene la condición de subordinada de OHL S.A.

En conclusión queda demostrado que OHL S.A. es MATRIZ de OHL COLIMBIA LTDA. En los términos fijados en el Código de Comercio de Colombia. Por consiguiente, no es de recibo la observación formulada y si es procedente aceptar que OHL COLOMBIA LTDA. Acredite los

requisitos habilitantes para este proceso licitatorio, por intermedio de los requisitos de su MATRIZ de acuerdo con lo previsto en el numeral 3.5.1 del pliego de condiciones.

- **Observación presentada por el proponente 5 contra el proponente 2. Radicado No. 2010-409 015200-2**

De acuerdo a lo estipulado en el Certificado de cámara de comercio de LATINCO s.a. y específicamente las limitaciones contenidas a folio 35 de la propuesta en estudio, se encuentra la siguiente restricción a las facultades del Representante Legal, el cual requerirá la autorización de la Junta Directiva;

“1) Adquirir, gravar, limitar, celebrar actos jurídicos o enajenar activos fijos, en todos los casos, cuyo valor exceda de tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”

CONTRAOBSERVACIÓN PROPONENTE 2

El representante legal solicitó a la junta directiva la autorización correspondiente, la cual fue otorgada de manera amplia, general y sin limitación alguna.

RESPUESTA DEL INCO

De conformidad con el numeral 3.3.1. (ii) del pliego, “*cuando el representante legal tenga limitaciones estatutarias para presentar la propuesta, suscribir el contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de propuesta, la participación en la licitación y/o para la contratación en caso de resultar adjudicatario, se deberá presentar en la propuesta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente, que autorice la presentación de la propuesta, la celebración del contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar adjudicatario*”. Así, la presente observación no prospera toda vez que la Junta directiva de Latinoamericana de Construcciones S.A.-LATINCO S.A., autorizó mediante acta al representante legal para la presentación de la propuesta, la suscripción del contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar adjudicatario.

Adicionalmente, en dicho documento los miembros de la junta directiva facultaron de poder amplio y suficiente al representante legal para proceder y contratar todos los actos que se requieran en los términos de los pliegos de condiciones de la presente licitación pública SEA-LP- 002-2009 y entre otras, lo autorizó además para nombrar apoderado con facultades amplias y suficientes para realizar cualquiera de las actividades señaladas en la presente acta y en general para obligar a la sociedad en los términos del presente documento.

Es importante destacar que el extracto de acta indica “Los miembros presentes de la junta directiva de manera unánime declaran que las autorizaciones conferidas al representante legal y/o representante legal suplente y/o presidente corporativo y/o gerente ejecutivo de la sociedad se deben entender tan amplias y suficientes que este no puedan decir que le faltó alguna para actuar y contratar a nombre de LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. LATINCO S.A. en los términos que exigen los sendos pliegos de condiciones”(...

Por consiguiente, las autorizaciones otorgadas al Representante Legal, se ajustan a las disposiciones señaladas en los pliegos de condiciones y no se encuentra autorización expresa alguna para la suscripción de un contrato de obra pública.

Objeción al acta de autorización de la Junta Directiva de Latinco S.A. para participar en la licitación SEA –LP-002-2009, se autoriza a folio 38 así;

“Suscribir cualquier contrato, documento y/o declaración que se requiera dentro de las etapas de la presentación de las propuestas, evaluación de las mismas y adjudicación de las licitaciones, incluidos la carta de presentación de la propuesta, los formularios y anexos señalados en los pliegos de condiciones respectivos, las pólizas de seguros exigidas, las garantías bancarias, los contratos de crédito, el contrato de obra pública a precios unitarios y demás documentos requeridos para la contratación”.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2 Rad. No 2010-409-015601-2

Sostiene que el Representante legal se encuentra debidamente facultado para suscribir el contrato de concesión dentro de la licitación SEA –LP-002-2009.

INCO responde:

La observación NO prospera, toda vez que tal como se puede establecer en el mismo aparte citado, la Junta Directiva de Latinco S.A., autorizó al Representante Legal de la sociedad para suscribir cualquier contrato dentro de la licitación que nos ocupa, la cual se encuentra debidamente identificada en la mencionada acta.

Adicionalmente, con la siguiente inscripción, la Junta Directiva invistió de poder amplio y suficiente al representante legal para realizar y suscribir todos los actos que se requieran dentro de la licitación en la cual participan, así:

“Los miembros presentes de la Junta Directiva de manera unánime declararon que las autorizaciones conferidas al representante legal y/o representante legal suplente y/o Presidente Corporativo y/o Gerente Ejecutivo de la sociedad se deben entender tan amplias y suficientes que este no pueda decir que le faltó alguna para actuar y contratar a nombre de LATINOAMERICA DE CONSTRUCCIONES SA LATINCO SA en los términos que exijan los sendos pliegos de condiciones”.

Por consiguiente, el representante legal de la sociedad *LATINOAMERICA DE CONSTRUCCIONES S.A LATINCO S.A* se encuentra debidamente facultado por la Junta Directiva para suscribir el contrato de concesión, en caso de ser adjudicatario, por lo que continua ADMISIBLE.

- **Observación presentada por el proponente 4 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015188-2**

Sostiene el proponente No. 4, que la situación de control es ejercida por Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U. y no por OHL S.A. Adicionalmente manifiesta que, no es posible constatar la existencia de situación de control que permita al miembro del proponente acreditar los requisitos habilitantes que le eran requeridos a través de su socio capitalista minoritario, quien apenas cuenta con el 0.1% de las cuentas de OHL COLOMBIA LTDA.

La totalidad de la experiencia acreditada por Vías de las Américas PSF (Proponente No 2), corresponde a contrataciones realizadas directa o indirectamente por la empresa OHL S.A, empresa que como se demostró anteriormente no ejerce situación de control respecto de OHL Colombia Ltda, por lo que toda esta experiencia deber ser desestimada y con ello, declarar como NO ADMISIBLE en la capacidad técnica.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2. Rad. 2009-409-015601-2

El proponente No 2, explica la situación de control reiterando que la sociedad matriz es OBRASCON HUARTE LAIN S.A., fundamentando su afirmación en los siguientes;

“ARTICULO 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisorio en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARAGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos. legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

Sostiene que de acuerdo con la normatividad citada que el control puede ser ejercido de manera directa o por intermediación, y presenta el siguiente diagrama para aclarar la situación de control

OBRASCON HUARTE LAIN S.A. – **Sociedad Matriz**

OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U - **Filial**

OHL COLOMBIA LTDA - **Subordinada.**

Arguye que el único documento que debe tenerse en cuenta para demostrar la situación de control es el Certificado de existencia y representación, y cita

“Que por documento privado de representante legal del 13 de abril de 2010, inscrito el 22 de abril de 2010 bajo el número 01378000 del libro IX, comunico la Sociedad Matriz:

Obrascon Huarte Lain S.A. Domicilio: (Fuera del Pais) Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”

Adicionalmente, allega un documento, visible a folio 0007 del radicado **2009-409-015601-2**, en el cual establece la situación de control.

INCO responde:

Se reitera la respuesta dada a las observaciones realizada por el Proponente No 5.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2.**

De conformidad con el capital y socios de la Sociedad OHL Colombia se puede establecer que Huarte Lain Construcción Internacional S.L.U. tiene el control del proponente.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2. Rad. 2009-409-015601-2

El proponente No 2, explica la situación de control reiterando que la sociedad matriz es OBRASCON HUARTE LAIN S.A., fundamentando su afirmación en los siguientes;

“ARTICULO 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.*
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisorio en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.*
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.*

PARAGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

Sostiene que de acuerdo con la normatividad citada que el control puede ser ejercido de manera directa o por intermediación, y presenta el siguiente diagrama para aclarar la situación de control

OBRASCON HUARTE LAIN S.A. – **Sociedad Matriz**
OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U - **Filial**
OHL COLOMBIA LTDA - **Subordinada.**

Arguye que el único documento que debe tenerse en cuenta para demostrar la situación de control es el Certificado de existencia y representación, y cita

“Que por documento privado de representante legal del 13 de abril de 2010, inscrito el 22 de abril de 2010 bajo el número 01378000 del libro IX, comunico la Sociedad Matriz:

Obrascon Huarte Lain S.A. Domicilio: (Fuera del Pais) Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”

Adicionalmente, allega un documento, visible a folio 0007 del radicado No **2009-409-015601-2**, en el cual establece la situación de control.

INCO responde:

Se reitera la respuesta otorgada.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

El valor del presupuesto aprobado por la Junta Directiva de la sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A, LATINCO S.A. es inferior al presupuesto real de la licitación.

De conformidad de el pliego de condiciones 7.11.15 será causal de rechazo cuando limitaciones para presentar la propuesta y no se adjunte la autorización del órgano social para la presentación de la misma o presente una autorización que resulte insuficiente de conformidad con lo exigido en el presente pliego

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE NO 2

Manifiesta el proponente que el representante legal de la sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A, LATINCO S.A. se encuentra debidamente facultado por la Junta Directiva y que el presupuesto expresado en la Junta Directiva fue a título enunciativo, con el propósito de identificar el proceso de selección.

INCO responde:

En el Extracto de Acta No. 82 de la Junta Directiva Latinoamericana de Construcciones S.A. el presidente de la Junta Directiva informa acerca del interés de la sociedad de participar en dos (2) procesos licitatorios abiertos por el Instituto Nacional de Concesiones. En este documento se identifica claramente el proceso el cual se adelanta así:

“La licitación Pública No SEA-LP-002-2009, PROYECTO “Transversal de las Américas” cuyo objeto es “Seleccionar la Propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a un Concesionario de una Concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación, según corresponda, del Proyecto Vial Transversal de las Américas y, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el corredor denominado Transversal de Las Américas, en el Sector 1 llamado Corredor Vial del Caribe, cuyo presupuesto oficial es de \$1.678.754.000.000.00”

En la observación se hace referencia directa a que el valor señalado en el acta de la Junta no corresponde al presupuesto real de la licitación, sobre el particular, es necesario advertir que el Instituto a través del SECOP fijó la cifra de \$1.678.754.000.000.00 como el valor de la licitación, por tanto, al coincidir la cifra expresada por la sociedad con la cifra señalada por el Instituto no habrá lugar a la observación. No obstante, en el numeral 5.4.1. del pliego de condiciones está señalando que la oferta económica deberá ser inferior a \$1.760 billones, y el valor expresado por el proponente a todas luces es menor a esa cifra.

Por otra parte, no obstante encontrarse el valor de la licitación conforme con la información suministrada por la entidad, el Representante Legal se encuentra investido de poder suficiente para participar en la licitación Pública SEA-LP-002-2009, razón por la cual, la observación no será acogida.

“Los miembros presentes de la Junta Directiva de manera unánime declararon que las autorizaciones conferidas al representante legal y/o representante legal suplente y/o Presidente Corporativo y/o Gerente Ejecutivo de la sociedad se deben entender tan amplias y suficientes que este no pueda decir que le faltó alguna para actuar y contratar a nombre de LATINOAMERICA DE CONSTRUCCIONES SA LATINCO SA en los términos que exijan los sendos pliegos de condiciones”.

Por lo anterior, el proponente No 2 continúa ADMISIBLE.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

Es válido acreditar la experiencia de la matriz OHL S.A. cuando la controladora de la sociedad OHL COLOMBIA LTDA es OHL INTERNACIONAL S.L.U, lo cual de no acontecer genera que la Experiencia técnica y la capacidad financiera del proponente deba ser desestimada con la correspondiente calificación de PROPUESTA RECHAZADA.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2. Rad. 2009-409-015601-2

El proponente No 2, explica la situación de control reiterando que la sociedad matriz es OBRASCON HUARTE LAIN S.A., fundamentando su afirmación en lo siguiente;

“ARTICULO 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

ARTICULO 27. PRESUNCIONES DE SUBORDINACION. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

ARTICULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisorio en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

PARAGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos. legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

PARAGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

Sostiene que de acuerdo con la normatividad citada que el control puede ser ejercido de manera directa o por intermediación, y presenta el siguiente diagrama para aclarar la situación de control

OBRASCON HUARTE LAIN S.A. – **Sociedad Matriz**
OHL CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL S.L.U - **Filial**

OHL COLOMBIA LTDA - Subordinada.

Arguye que el único documento que debe tenerse en cuenta para demostrar la situación de control es el Certificado de existencia y representación, y cita

“Que por documento privado de representante legal del 13 de abril de 2010, inscrito el 22 de abril de 2010 bajo el número 01378000 del libro IX, comunico la Sociedad Matriz:

Obrascon Huarte Lain S.A. Domicilio: (Fuera del País) Que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”

Adicionalmente, allega un documento, visible a folio 0007, en el cual establece la situación de control.

INCO responde:

Se reitera la respuesta dada a esta observación.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

El poder otorgado al señor Ricaurte carece de la rigurosidad legal requerida en tanto que el mismo fue conferido de manera conjunta por el Consejo de Administración de la sociedad OHL S.A., a través de un acta de Consejo de Administración, cuando el otorgamiento de dicho poder debió realizarse a través del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad, quien a su vez, es quien cuenta con la capacidad para el otorgamiento de poderes en la sociedad.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE NO 2.

De conformidad con los estatutos de la OBRASCON HUARTE LAIN S.A. el Consejo de Administración es la autoridad competente para apoderar al señor Miguel Ricaurte, de acuerdo con los estatutos de la misma, literal h) *“Ostentar sin limitación alguna las facultades delegables de la Junta Directiva”*,

INCO responde:

Si bien es cierto el poder es conferido por el Consejo de Administración de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., también lo es que, este Consejo se encuentra facultado para otorgar este tipo de poderes al ostentar la representación legal de la sociedad, situación que se verifica en los estatutos de la sociedad, a folio 76 de la propuesta en el “Capítulo III de los Administradores de la Sociedad”.

De la misma forma, en los estatutos se señalan de forma expresa las facultades del Consejo de Administración, encontrándose entre ellas la de otorgar la firma social y la representación de la Sociedad a favor de cualesquiera personas, delegando las facultades que en cada caso estime oportunas. Por lo anterior, NO procede la observación en estudio, y el proponente continúa ADMISIBLE

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

El poder otorgado por la promesa de sociedad futura debía estar suscrito con presentación de notario. Este requisito se considera NO SUBSANABLE

CONTRAOBSERVACIÓN DEL PROPONENTE NO 2

Confirma que el poder que reposa en la propuesta presenta los sellos de presentación personal.

INCO responde:

Tal como se observa a folios 598 y reverso de la propuesta todos los miembros de la Promesa de Constitución de Sociedad Vías de las Américas S.A.S. hicieron la presentación personal de su firma, por tanto no hay lugar a la observación, y el proponente continúa ADMISIBLE.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

La propuesta de VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA compuesta por Odinsa S.A., Construcciones El Condor y Valorcom S.A., con lo cual la propuesta presentada por las sociedades OHL COLOMBIA LTDA, LATINCO SA Y HB ESTRUCTURAS METALICAS debe ser rechazada.

- WILLIAM VELEZ SIERRA es integrante de la junta Directiva del grupo ODINSA
 - La sociedad Grupo ODINSA es integrante de VÍAS DE LAS AMERICAS S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.
 - WILLIAM VELEZ SIERRA a su vez, es accionista de la sociedad HB ESTRUCTURAS METALICAS S.A. como puede verificarse en documentos adjuntos.
- **Observación presentada por el Proponente No 1 respecto las observaciones del proponente 3. Radicado No 2010-409-0157552-2 de 13 de Julio de 2010**

“3.1. OBSERVACIÓN FRENTE A REQUISITOS HABILITANTES. INHABILIDADES”

Se ha dicho por parte de este objetante que el Doctor William Vélez participa en dos propuestas. La primera, según el quejoso, es la Propuesta No1 de la que hace parte la Sociedad Grupo ODINSA S.A. y la segunda es la propuesta No.2 a través del miembro HB ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A”. Las circunstancias que describe el objetante referente al Dr. William Vélez, ADEMÁS DE NO SER CIERTAS, no corresponden al supuesto contemplado en el las (sic) literales g) y h) del artículo 8.1 de la ley 80 de 1993

El precepto citado tiene como finalidad prevenir que una misma persona, sea esta natural o jurídica, participe en mas de una propuesta, o que lo hagan las sociedades por esa persona controladas o su matriz, y sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y afinidad, en ninguno de los anteriores supuestos incurre quienes presentamos la propuesta No1, como tampoco el grupo ODINSA S.A. ni el Dr. William Vélez. Valga señalar que el doctor William Vélez no está participando de ninguna forma en la licitación, como integrante de la propuesta No1. Tampoco el Dr. William Vélez es uno de los integrantes de la estructura plural que presentó la propuesta No 2.

En esta Licitación quien participa como integrante de la Estructura Plural que presentó la propuesta No1, es el Grupo Odinsa, que es, en todo caso, una sociedad anónima abierta.

En efecto, la Sociedad Grupo Odinsa S.A. es una sociedad anónima abierta puesto que reúne los 3 requisitos que establece el decreto 679 de 1994:

- *Grupo ODINSA S.A. tiene más de 300 acciones;*
- *Ninguna persona (accionista) es titular de más del 30% de las acciones en circulación;*
- *Sus acciones están inscritas en la Bolsa de Valores de Colombia*

En consecuencia, esta es otra razón adicional a las anteriormente señaladas, por la cual es absolutamente claro que en este caso, no se configura la inhabilidad prevista en las letras numerales (sic) g) y h) del artículo 8.1 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, el Dr. Vélez no tiene el control del grupo Odinsa S.A. y ni siquiera es uno de sus accionista. El hecho de ocupar un renglón de la Junta Directiva no significa ni se traduce en manera alguna que esta sociedad sea controlada por el Dr. Vélez.

Estando claro que el Dr. Vélez, persona natural, no participa en la Licitación y que quien lo hace, como integrante de la Estructura Plural que presentó la propuesta No 1 es la sociedad Grupo Odinsa S.A., en la que, se reitera, el Dr. Vélez no tiene control, no se configura ninguna trasgresión a la ley. Con ninguna finalidad ni bajo ningún pretexto, pueden equipararse situaciones que son bien distintas y para las cuales la ley asigna diferentes regímenes y alcances.

No es lo mismo la persona natural que la sociedad anónima, menos cuando se trata de una anónima abierta como es el caso de Grupo Odinsa S.A. Tampoco puede desconocerse la personalidad e individualidad de las personas jurídicas ni romperse de semejante manera el velo corporativo de ellas.

En consecuencia, tenemos que el supuesto de la norma sobre inhabilidades no se presenta en este caso puesto que:

- *El Dr. William Vélez no participa en ninguna de las Estructuras Plurales que se presentaron a la Licitación;*
- *El Dr. William Vélez ni es accionista ni controla a la sociedad Grupo Odinsa S.A. el hecho de que sea miembro de su Junta Directiva no significa, en manera alguna, que tenga su control de la sociedad.*

En tanto, preciso es concluir que el Dr. William Vélez no se ha presentado en más de una propuesta. Es más, ni siquiera se ha presentado en una sola propuesta. Sólo es accionista en una de las sociedades que se presentó en Licitación, situación ésta que no infringe ninguna disposición legal ni del Pliego de Condiciones.

La simple lectura de las aseveraciones del quejoso pone de manifiesto que sus acusaciones no tienen ningún asidero en la realidad y que no se está infringiendo ningún precepto legal ni de los Pliegos de Condiciones.

Por último, debemos advertir que el precedente relacionado con la Licitación Pública No IDU-LP-DG-022-2007 cuya aplicación pretende el proponente quejoso corresponde a supuestos totalmente distintos al del presente caso”.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE No 2. Rad. 2009-409-015601-2
Manifiesta que no hay inhabilidad de los proponentes para participar en la licitación Pública SEA-LP-002-2009, fundamenta su defensa en que ODINSA es una sociedad anónima abierta y cumple con todos los requisitos exigidos en el Decreto 679 de 1994, adicionalmente, cita los artículos 6 y 121 de la Constitución Política.

INCO responde:

Se reitera la respuesta dada a la observación presentada por el proponente 5.

- **Observación presentada por el proponente 3 contra el proponente 2. Radicado No 2010-409-015201-2**

Frente a OHL S.A. Se afirma que el apoderado especial de la sociedad OHL S.A. no está facultado para suscribir o presentar la FIANZA.

Frente a OHL COLOMBIA LTDA. Cada uno de los integrantes de la Propuesta de Sociedad Futura que tengan calidad de MAP deberán presentar la FIANZA y por tanto, actuar en calidad de Fiador de las obligaciones que la sociedad Concesionaria que se deriven de la adjudicación.

CONTRAOBSERVACIÓN PRESENTADA POR EL PROPONENTE NO 2

El proponente señala que a folio 88 de la propuesta se le confiere al presentante legal de la sociedad para;

“Suscribir los contratos de fianza y suscribir y otorgar cualquier otro tipo de garantía que exija el INCO, así como los demás contratos jurídicos y financieros que se requieran de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones de la licitación SEA-LP-002-2009”.

INCO responde:

Frente a OHL S.A

En el poder otorgado por Obrascon Huarte Lain S.A. al señor Miguel Ricaurte Lombana, visible a folio 088 de la propuesta, se le otorga poder especial y amplio como en derecho se requiera y sin ningún tipo de limitación, haciendo la siguiente precisión, *“...el apoderado queda ampliamente facultado para actuar por obligar y responsabilidad al Poderdante y en general, realizar todos los actos jurídicos necesarios para participar y comprometer al Poderdante individualmente en las diferentes etapas e instancias de la Licitación Pública No SEA-LP-002-2009, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la propuesta hasta la constitución de la Sociedad Futura (la sociedad prometida), el otorgamiento de certificaciones, documentos, y la celebración del respectivo contrato, su ejecución y liquidación y, en especial, pero sin limitarse a, las siguientes actividades...”*

De igual forma, en el mismo documento se hace una remisión expresa al contrato de fianza, *“Suscribir los contratos de fianza y suscribir y otorgar cualquier otro tipo de garantía que exija el INCO, así como los demás contratos jurídicos y financieros que se requieran de conformidad con lo establecido en los pliegos de condiciones de la licitación SEA-LP-002-2009”*

Por consiguiente, al encontrarse expresamente facultado para constituir la fianza el señor Miguel Ricaurte, y adicionalmente, ostentar las facultadas ilimitadas que lo facultan para suscribir y presentar todos los documentos requeridos en esta licitación, la observación no procede.

Frente a OHL COLOMBIA LTDA.

De conformidad con el pliego de condiciones literal h) Miembro Acreditativo del Proponente o MAP, es la o las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras o Fondos de Capital Privado, en una Estructura Plural que tienen una participación mínima en la Estructura Plural, que tienen una participación mínima del 25% y que deberá acreditar al menos uno de los requisitos habilitantes establecidos en los numerales 4.1., 4.2 y 4.3.

La participación del MAP en la Estructura Plural se determinará con base en las siguientes reglas: ...ii) Para las Promesas de Sociedad Futura y SPV corresponde a la participación del MAP en el capital social y en el porcentaje de participación en la ejecución de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión.

Entonces revisada la composición accionaria de la promesa de Sociedad Futura, se considera que OHL Colombia Ltda es el Miembro Acreditativo del Proponente o MAP.

Por otra parte, en el numeral 3.5.2. del pliego de condiciones se especifica que, cuando se acredite los requisitos habilitantes de la sociedad matriz, es esta sociedad, quien deberá suscribir la FIANZA. Así pues, al encontrarse acreditada la condiciones de sociedad matriz de la OBRASCON HUARTE LAIN S.A., esta fianza cumple con los requisitos exigidos en el pliego de condiciones, pues se encontraría facultada para garantizar las obligaciones adquiridas por el proponente OHL COLOMBIA LTDA.

Por otra parte, a folio 623 de la propuesta el miembro MAP de la Promesa de Sociedad Futura, OHL COLOMBIA LTDA, garantiza las obligaciones adquiridas por el proponente VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S.

Al no proceder ninguna de las observaciones propuestas en contra del **PROPONENTE No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF** se considera ADMISIBLE.

PROPONENTE No. 3 PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS

- **Observación del proponente Vías de las Américas SAS PSF, al proponente Metrovías de las Américas SAS PSF.**

Mediante documento radicado INCO 2010-409-015187-2 del 08/07/10, el proponente VIAS DE LAS AMERICAS SAS., manifiesta:

“Observación sobre la capacidad e información jurídica,

Exigencia del pliego de condiciones

El pliego de condiciones dispone como requisitos en los ordinales i. y ii. Literal b. del numeral 3.3.1. CAPACIDAD E INFORMACION JURIDICA, para las personas jurídicas de nacionalidad colombiana, los siguientes:

Deberá presentar un original del certificado de existencia y representación legal, expedido por la cámara de comercio de su domicilio. El certificado no podrá tener una vigencia superior a sesenta (60) días contados desde la fecha de presentación de la propuesta, con este certificado se deberá acreditar:

Cuando el representante legal tenga limitaciones estatutarias para presentar la propuesta, suscribir el contrato o realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la propuesta, la participación en la licitación y/o en la contratación en caso de resultar adjudicatario, se deberá prestar con la propuesta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente, que autorice la presentación de la propuesta, la celebración del contrato y la realización de los demás actos requeridos para la contratación en caso de resultar adjudicatario”(negritas fuera del texto)

Documentos de la propuesta.

Observa el proponente que *“el certificado de existencia y representación legal de la sociedad CASS CONSTRUCTORES Y CIA EN SCA, miembro de la estructura plural, tiene limitaciones para constituir fianzas a favor de terceros, en consecuencia debe tener autorización de la junta directiva. A folio 24 de la propuesta se adjunta el acta de junta de socios en la que se autoriza al representante legal para presentar la oferta y participar en la promesa, sin embargo dicho documento no incluye la autorización expresa para constituir la fianza, atribución que por su particular naturaleza requiere mención específica y particular. Por consiguiente el representante legal no se encuentra debidamente facultado para otorgar la fianza incluida en la propuesta”.*

A partir de los argumentos expuestos solicita el proponente el rechazo de METROVIAS DE LAS AMERICAS por falta de capacidad jurídica.

INCO responde:

Es cierto que el certificado de existencia y representación legal del integrante CASS CONSTRUCTORES Y CIA EN SCA., presenta limitación para la constitución de fianzas y también lo es que el acta de junta de socios allegada al proceso, no tiene manifestación expresa en el sentido autorizar la suscripción de la fianza, además que este documento no es pertinente para autorizar la suscripción de la fianza por cuanto lo indicado por el certificado de existencia y representación legal es que para ser fiador, se debe autorizar por la asamblea general de accionistas.

Sin embargo, la no autorización para la suscripción de la fianza no implica incapacidad jurídica para la presentación de la propuesta, evento este último que es el tipificado en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 como insubsanable; por consiguiente el integrante CASS CONSTRUCTORES Y CIA EN SCA, del proponente METROVIAS DE LAS AMERICAS debe allegar al proceso la autorización de la asamblea de accionistas, que autorice la suscripción de la fianza.

Mediante documento radicado INCO 2010-101-009398-1 del 14/07/10, fue requerido el proponente PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS, para que allegara el documento que permitiera verificar la facultad del representante legal de CASS CONSTRUCTORES Y CIA EN SCA., para suscribir la fianza aportada al proceso licitatorio en las condiciones establecidas en el pliego de condiciones y en la ley.

El PROPONENTE PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS, mediante documento radicado 2010-409-016315-2 del 19 de julio de 2010, allega a la Entidad copia del acta de junta de socios N JD O11 del 2 de Junio de 2010 del integrante CASS CONSTRUCTORES Y CIA EN SCA., en esta se observa con claridad que se otorga al representante legal las facultades suficientes para gestionar el proceso SEA-LP-02-2009 y de manera precisa que tiene capacidad “para obrar en calidad de deudor solidario y a su vez de garante, fiador o deudor de terceros” (...) Por lo anterior y conforme a los términos del artículo 186 del código de comercio, el representante legal del integrante esta suscrito para suscribir la fianza, de manera que la calificación jurídica del proponente es ADMISIBLE.

PROPONENTE No. 4 CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010, el proponente ante la evaluación preliminar realizada por la entidad realiza las siguientes observaciones al Informe de Evaluación Preliminar emitido con respecto a su propuesta:

“(...) En el informe preliminar bajo examen se concluye que la entidad “se ve abocada a RECHAZAR la propuesta presentada por el Consorcio Transversal Américas 2010 ...”

Esta determinación, afortunadamente tan solo preliminar, se adopta porque a juicio del Evaluador, las declaraciones juramentadas que los integrantes extranjeros del Consorcio, CONTROLADORA DE OPERACIONES EN INFAESTRUCTURA S.A. de C.V. CONOISA, e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V., ICA, no cumplieron los requisitos establecidos en el numeral 3.3.2, Interesados Extranjeros, literal b) numeral (ii) 1, en razón a que expresamente no se utilizó en dichas declaraciones las palabras “Autoridad” u “organismo” ni expresamente se dijo que en México no había “Autoridad” u “organismo” que certifique lo solicitado en el numeral, que no es cosa distinta al

objeto social, la existencia de la sociedad, su fecha de constitución, vigencia, representación legal y limitaciones para contratar, en caso de existir.

La supuesta omisión de que adolecerían para el Evaluador nuestras declaraciones, además de dar lugar a no aceptar esos documentos, genera por extensión y de manera absurda que todos los demás que aparecen en la oferta como son las escrituras de constitución, certificaciones expresas sobre acreditación de los puntos relativos a la capacidad jurídica, protocolización por escritura pública de tales certificaciones, tampoco sean tenidas en cuenta.

Esta situación, según el informe, configura causal de rechazo de la propuesta, contenida en el numeral 4 de la Sección 7.11 del Pliego de Condiciones, el cual señala que habrá lugar a ese rechazo "Cuando exista error u omisión en los documentos que acrediten la capacidad de contratación del proponente y todos y cada uno de los miembros de la estructura plural."

La recta y cabal aplicación de la ley y el pliego de condiciones NO puede dar lugar, ni por asomo, al rechazo de la oferta habida cuenta que no es cierto que no se haya acreditado la capacidad jurídica de los integrantes del consorcio, ni lo es que las declaraciones juramentadas desatienden los requisitos dispuestos para el efecto ni mucho menos que este es el único evento dispuesto en el Pliego y adoptado por el oferente para probar dicha capacidad. Resulta realmente preocupante, por decir lo menos, que en una licitación tan importante y vital, con cuantía demasiado importante y con participación de firmas nacionales y extranjeras del más alto nivel, el Comité Evaluador, produzca un documento sin el rigor jurídico que se esperaría y con yerros de orden conceptual y jurídico, fácilmente evitables si se hubiera revisado y analizado con el detenimiento necesario, la ley colombiana, la jurisprudencia y la doctrina.

Para fundamentar este aserto que se apoya, en lo pertinente, en jurisprudencia del Consejo de Estado, como se observa más adelante, resulta necesario analizar los siguientes aspectos: (i) Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica; (ii) previsiones normativas sobre la capacidad jurídica en materia de contratación pública; (iii) exigencias dispuestas en el Pliego de Condiciones; (iv) el registro mercantil en México; (v) Caso concreto y (vi) Conclusiones.

1. Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica.

En Colombia la capacidad jurídica de las personas tiene claro contenido en la Ley, por lo que su alcance y definición debe provenir de lo dispuesto en ella, sin que sea dable a ninguna autoridad u entidad desconocer, limitar restringir o modificar esa noción en ningún tipo de documento o acto administrativo cuya condición ya ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia, en relación con el pliego de condiciones.

La aproximación hacia una definición de la capacidad jurídica para celebrar actos o negocios jurídicos, categoría a la que pertenece la oferta presentada en desarrollo de una licitación pública y el contrato estatal pertinente, debe iniciarse por la recta inteligencia de lo dispuesto en el artículo 1502 C.C., a cuyo tenor : *"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º Que recaiga sobre un objeto lícito; 4º. Que tenga una causa lícita."*

La capacidad jurídica que enuncia el numeral 1º transcrito, está definida en el segundo inciso bajo estos términos: "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el consentimiento o la autorización de otra".

Para el caso de las personas naturales, esa capacidad se regula en el artículo 1503 C.C., en los siguientes términos:

“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaz”. En tratándose de las personas jurídicas, el artículo 99 del C. de Co. preceptúa: “La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto ...”.

Así las cosas, estricto sensu, una sociedad mercantil tiene capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos, cuando el objeto de los mismos, se encuentre cobijado por su objeto social. De no suceder así, la sociedad no tendrá capacidad. Por supuesto que en cuanto la persona jurídica carece de aptitud sicofísica para construir actos voluntarios, resulta menester, entonces, ligar el tema de la capacidad, con la determinación de “el nombre y domicilio de la persona o personas que han de representar legalmente a la sociedad, precisando sus facultades y obligaciones, cuando esta función no corresponda por la ley o por el Contrato a todos o algunos asociados” (artículo 110, numeral 12º C. de Co.)

De esta manera, en nuestro país una persona jurídica no tiene “capacidad” para contratar o “capacidad jurídica” cuando: (i) el contrato pretendido no se subsuma en su objeto social; (ii) estando subsumido, se suscribe por una persona sin capacidad para representar a la sociedad. A contrario sensu se legitima el contrato cuando el objeto social permite la realización del mismo y quien vincula a la sociedad es su representante legal o su apoderado, legítimamente constituido.

En stricti iuris, no puede negarse la capacidad jurídica si se configuran los puntos indicados en los numerales (i) y (ii) anteriores. Esto es lo que atañe al concepto jurídico de capacidad. Cosa distinta es su acreditación, para lo cual existen diversas formas de hacerlo, siendo la más común la que proviene del certificado de existencia y representación expedido por las cámaras de comercio en ejercicio de la función pública del registro mercantil. No es la única por cuanto en Colombia se encuentran autorizadas las sociedades de hecho, las cuales al no haber nacido por escritura pública no se registran mercantilmente. Empero, nadie puede esgrimir, tal como reiteradamente lo ha dejado sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que por la ausencia de ese certificado la sociedad no tiene capacidad si ella emana claramente de su objeto social.

Este punto sirve para demostrar fehacientemente que una cosa es el cumplimiento del requisito de fondo sobre capacidad y muy otra y harto diferente, la manera de su acreditación, lo cual constituye un aspecto probatorio de lo esencial. Materia sobre la cual volveremos más adelante.

En el contexto normativo indicado y examinado el punto bajo otra perspectiva, se tiene que la capacidad jurídica de las sociedades es una realidad material que se adquiere desde el acto de constitución, es decir, existe desde la expresión de la voluntad de los socios contratantes quienes son los que le dan alcance y contenido, requiriéndose por la ley, para el caso de las sociedades mercantiles, de la solemnidad del otorgamiento de la Escritura Pública de Constitución, por lo cual la sociedad tiene la connotación de Sujeto Jurídico desde este momento.

Es así que el artículo 110 del Código de Comercio ha indicado que:

“La sociedad comercial se constituirá por Escritura Pública ...”

Complementariamente, y para dar publicidad a su existencia y capacidad la Ley ha indicado que el objeto social, los socios, la razón social, etc., deben constar en el Registro Mercantil y de Instrumentos Públicos, por lo cual el artículo 111 del Código de Comercio señala:

“Copia de la escritura social, será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal.”

“Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad del inmueble.”

Esto tal como lo señala el Consejo de Estado que expresa:

“Para el caso de las sociedades mercantiles, el ordenamiento legal somete a inscripción ante las cámaras de comercio respectivas, entre otros actos, la constitución, reformas estatutarias y las escrituras de disolución y liquidación de las sociedades.”

Pero es necesario tener en cuenta que esta inscripción no tiene efecto alguno ni se relaciona con la tenencia o ausencia de capacidad jurídica; es simplemente un medio de oponibilidad.

Con lo dicho se demuestra de manera incontrovertible que la capacidad jurídica de una sociedad comercial existe por sí misma como un atributo de la persona jurídica, independientemente del medio probatorio establecido por la ley para su acreditación o prueba. Todo ello, por supuesto, en el marco del objeto social.

2º Previsiones normativas sobre la capacidad jurídica en materia de contratación pública.

El Estatuto General de Contratación Estatal, contenido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, no reguló la capacidad jurídica. Se limitó a señalar en su artículo 6 que “Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”

A pesar de la crítica que se ha formulado a esta norma debido a que pareciera que olvidó a las personas jurídicas habida cuenta que el concepto de capacidad legal solo es propio de personas naturales, lo que llevaría al absurdo de concluir que la ley no confirió capacidad a contratar a estas ficciones jurídicas, hoy es claro que también las personas morales pueden suscribir contratos estatales en condiciones y con fundamentos similares a los señalados en el derecho privado, recordados en el anterior acápite de este escrito. Ello en virtud de la remisión que se hace al régimen común y al derecho mercantil en el inciso primero del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Por manera que la llamada capacidad jurídica que no es cosa diferente a la capacidad para contratar de que trata el aludido artículo 6, en materia de contratación estatal está vinculada, para el caso de personas naturales, a la capacidad legal y para el caso de personas jurídicas a su objeto social y a su representación que es lo que constituye el elemento esencial de la capacidad jurídica. Cosa muy distinta a la manera de su acreditación, en donde, por diversos motivos puede recurrirse a otras formas probatorias distintas al certificado de existencia y representación.

Certificado aquel que NO ES EL REQUISITO DE FONDO QUE PERMITE DEMOSTRAR LA CAPACIDAD JURÍDICA sino un medio probatorio, si se quiere a manera de regla general pero no

exclusivo. Esto supone que si a pesar de que en un pliego de condiciones se exige para "acreditar" la capacidad jurídica, un certificado tal, y un oferente no lo adjunta, la entidad no está legitimada a rechazar la propuesta si se comprueba que se tiene capacidad, esto es, que el objeto social permite la celebración del contrato y que a la sociedad la representa la persona estatutariamente señalada. Ello podría hacerse, por ejemplo, con la escritura pública de constitución de la sociedad, la cual es prueba idónea de la capacidad para contratar. Siempre y cuando, por supuesto, las escrituras correspondientes se encuentren aportadas en la propuesta.

Tan eso es así, que el artículo 17 del decreto reglamentario 4881 de 2008, regulatorio de los documentos soportes sobre la capacidad jurídica, permite expresamente probar esa capacidad a través de otro documento emitido por autoridad competente; es decir que se enfatiza nuevamente el concepto ya indicado que proviene de la recta aplicación de normas legales, en cuya virtud el requisito de fondo o esencial que debe demostrar todo oferente es que su objeto le permite celebrar el contrato estatal y que está plenamente satisfecha la representación legal. No participa de la naturaleza esencial la manera de su prueba, la cual tiene en el certificado de existencia y representación la regla general, más no la única y exclusiva.

Ahora bien, gracias a pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con apoyo de la doctrina foránea, fundamentalmente argentina y española (Marienhoff y García de Enterría, respectivamente), nuestra ley de contratación llevó al derecho objetivo un principio fundamental que salía al paso de posturas oficiales que dejaban de lado ofertas muy buenas por incumplimientos, errores u omisiones meramente formales o rituales y luego propiciaban grandes condenas al Estado por no hacer primar lo esencial sobre lo formal.

*Afortunadamente hoy en día, contamos con dos normas fundamentales que con rigor deben aplicar las entidades estatales en sus procesos de selección y que son las que de manera FLAGRANTE se violentan hasta ahora en el Informe Preliminar cuestionada y **con ello los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad.***

Nos referimos concretamente a los artículos 5, párrafo 1º de la Ley 1150 de 2007 y 10 del Decreto Reglamentario 2474 de 2008. Por su importancia a continuación los transcribimos en ese orden:

"Párrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización."

"Artículo 10. Reglas de Subsanción. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia o podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y en presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio

contemplado en el inciso anterior. (el texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00 (36054), confirmado mediante sentencia de agosto 6 de 2009).

Será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en la solicitud o en el pliego no responda al requerimiento que le haga la entidad subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta, esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 22 del presente Decreto.

En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso. (lo subrayado es nuestro.)

Armonizando las dos normas y dejando de lado la posible ilegalidad de la norma reglamentaria al contemplar aspectos relativos a los requisitos habilitantes (capacidad jurídica) como insubsanable, siendo que la ley superior no lo hizo, resulta que :

- 1) *La selección objetiva se integra por dos aspectos. De un lado, lo llamados requisitos habilitantes que tienen que ver con la capacidad jurídica y con las condiciones de experiencia, capacidad financiera, y de organización de los proponentes (artículo 5º, numeral 1º de la Ley 1150 de 2007) y, del otro los factores de escogencia (artículo 5º numeral 2º de la Ley 1150 de 2007).*
- 2) *Los requisitos habilitantes hacen relación al **oferente** y corresponden a condiciones respecto de las cuales se tiene o no se tiene (capacidad jurídica, experiencia, capacidad financiera, etc.) y de manera independiente al medio probatorio utilizado por lo que no confieren puntaje sino que dan lugar al llamado pasa o no pasa.*
- 3) *Los factores de selección son los que confieren puntaje e indican, en consecuencia, la oferta más favorable.*
- 4) *La ausencia de requisitos o la falta de documentos relativos a los requisitos habilitantes **NO DAN LUGAR AL RECHAZO DE LAS OFERTAS**. Por el contrario, se permite subsanarlos. Ello en cuanto se trata de condiciones inherentes a la persona del oferente. Como quiera, se insiste, que se trata de una **condición inherente al oferente, respecto de la cual no se puede desprender ni desconocer**, el olvido probatorio” constituye un aspecto formal, habida consideración que lo importante es que se cumpla con la condición en su esencia, esto es, que tenga en realidad capacidad, que tenga la experiencia solicitada, que tenga la capacidad financiera requerida, etc.*
- 5) *Defectos no formales, es decir no relativos a “sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, y cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma expresa y perentoria lo exijan leyes especiales” (artículo 25 numeral 15 inciso 1º de la Ley 80 de 1993), que correspondan a factores de selección que impidan la comparación, vale decir, la evaluación de las ofertas, son los que dan lugar, según la ley, **AL RECHAZO DE LOS OFRECIMIENTOS RECIBIDOS**.*
- 6) *La disposición reglamentaria indica en su inciso quinto que **“en ningún caso la entidad podrá ... permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta”**. En términos jurídicos y en pleno respeto de la ley, es evidente que el rechazo de este requisito habilitante (capacidad jurídica) se configura cuando el **OFERENTE NO TIENE CAPACIDAD** o lo que es lo mismo, el objeto social de la persona moral no permite la celebración del negocio jurídico o cuando lo hace a través de una persona que no es*

representante ni tiene poder para vincularla. Es que según el Diccionario de la Lengua Española, falta significa, "carencia o privación de alguna cosa", esto llevado a (sic) tema que se estudia, traduce, ni mas ni menos, en que lo que no se puede subsanar es que el oferente NO TENGA CAPACIDAD, , más no cuando teniéndola, la entidad encuentre algún defecto en la manera de su acreditación, que sea de paso indicar, no existe en nuestra oferta, ya que se cumple tanto en el fondo (capacidad jurídica) como en la manera de su acreditación (declaraciones juramentadas, escrituras de constitución, constancias protocolizadas sobre el objeto social, la capacidad de los representantes legales, duración y límites.

- 7) *De manera categórica esa ha sido la postura de la doctrina y del Consejo de Estado. Al efecto, basta recordar que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto radicado con número 1927, del 6 de noviembre de 2008 indicó:*

"De las normas transcritas se establece un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal y en todo caso, una premisa de que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes.

En este sentido, el artículo 10º del decreto 2474 de 2008, transcrito, señala en su último inciso, que en ningún caso la entidad podrá señalar los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones (...)

"En esta medida, la Ley 1150 de 2007 y las normas reglamentarias citadas aclaran la forma de entender los procesos contractuales, puesto que al darle fundamento legal al saneamiento de los factores que no influyen en la comparación de las propuestas, sitúa el derecho del interesado a ser escogido para celebrar el contrato con el hecho de tener la mejor propuesta para el Estado y no simplemente en el haber cumplido con las formalidades inherentes al proceso de selección (tomada de la nueva contratación pública en Colombia, primera edición, Gonzalo Suárez Beltrán, Legis. 2009. Páginas 220 y 221).

- 8) *Así mismo resulta importante transcribir estos apartes del reciente concepto que sobre estas materias ha emitido el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil a propósito de una consulta elevada por el Ministro de Transporte, doctor Andrés Uriel Gallego Henao:*

"Las disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias, de esa manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrá rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesario para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.

(...)

Lo expuesto ... significa que la posibilidad de subsanar debe referirse o recaer sobre las circunstancias ocurridas antes del cierre del respectivo proceso, esto es, del vencimiento del plazo para presentar ofertas, razón por la cual lo que se subsana es la prueba y no la condición habilitante o un elemento de la propuesta (radicación número 1992 11001-03-06-000-2010- 00034-00. Mayo 20 de 2010. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

3º Exigencias dispuestas en el Pliego de Condiciones

*Sea o primero advertir algo elemental y de perogrullo que lamentablemente en el asunto de autos es desconocido de manera incomprensible por el evaluador. Tiene ello que ver con que **el pliego de condiciones debe ajustarse a la normatividad vigente y que por eso mismo, no puede una entidad modificar, alterar, precisar, limitar, ampliar o dejar de lado las normas y principios que regulan la actividad contractual del Estado.** De hacerlo en sus pliegos, o peor, aún en sus evaluaciones y determinaciones que están en el tercer lugar de la “pirámide reguladora del proceso” se genera responsabilidad patrimonial de la entidad y muy seguramente responsabilidad disciplinaria y fiscal.-*

Bajo ese contexto, debemos recordar que la capacidad jurídica de los interesados extranjeros aparece regulada en la sección 3.3.2. del pliego de condiciones. El literal b) acápite (ii) regula lo concerniente a las personas jurídicas extranjeras en los siguientes términos: “las personas jurídicas extranjeras deberán cumplir los siguientes requisitos: (1) Acreditar su existencia y representación legal, para lo cual deberá presentar un documento expedido por la autoridad competente en el país de su domicilio, expedido por lo menos dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la Propuesta, en el que conste su existencia, objeto, fecha de constitución, vigencia, nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la capacidad para comprometerla jurídicamente y sus facultades señalando expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la Propuesta. En el evento en que conforme a la jurisdicción de incorporación del Proponente extranjero no hubiese un documento que contenga la totalidad de la información, presentarán los documentos que sean necesarios para acreditar lo solicitado en el presente literal expedidos por las respectivas autoridades competentes. Si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna autoridad o entidad que certifique la información aquí solicitada, el Proponente extranjero deberá presentar una declaración juramentada de una persona con capacidad para vincular y representar a la sociedad en la conste que (A) no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado en el presente numeral; y (B) la información requerida en el presente numeral; y (C) la capacidad para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay. “

Sobre este aspecto se puede indicar:

- 1) No se está regulando lo que en esencia constituye la capacidad jurídica habida cuenta que es un punto reservado a la Ley. Lo que hace es señalar la manera (forma) en que debe cumplirse con este requisito habilitante.*
- 2) En primer lugar, “adecua” la situación general propia de Colombia, cual es la existencia de certificados de existencia y representación a posibles circunstancias ocurridas en el exterior mediante la presentación de un documento expedido por autoridad competente, en el que conste lo que en verdad es trascendental para la capacidad jurídica, cual es el objeto social, la representación y sus límites. Adicionalmente, solicita otros aspectos propios de los estatutos sociales que de todas maneras no hacen alusión a tal capacidad. En esta hipótesis el INCO esperaría un documento semejante o que haga las veces de dicho certificado de las cámaras de comercio.*

3) *El segundo supuesto que contempla, ocurre cuando en LA JURISDICCIÓN DE INCORPORACIÓN DEL PROPONENTE EXTRANJERO, NO HUBIESE UN DOCUMENTO QUE CONTenga LA TOTALIDAD DE LA INFORMACIÓN, en cuyo evento presentarán:*

- a- Los documentos que sean necesarios para acreditar lo solicitado en el presente literal expedidos por las respectivas autoridades competentes.*
- b- Si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna*
- c-*

(...)

6º. Conclusión

A manera de conclusiones de lo explicado en Capítulos precedente (sic), podemos indica de manera categórica que:

- 1. La capacidad jurídica es un concepto de orden legal que no puede ser regulado en el pliego de condiciones. En este documento es dable reglamentar la manera de su acreditación, lo que en si mismo, no equivale a los requisitos de fondo de dicha capacidad.*
- 2. En México la manera de acreditar la capacidad jurídica, es a través de las escrituras públicas de constitución o de reforma, los cual se prueba enfática y contundentemente por medio de:*
 - Concepto expedido por la firma de Abogados Representación Jurídica Especializada S.C. obrante en el acápite 3.1 de los anexos de este escrito.*
 - Concepto expedido por el Bufete Carrillo Gamboa S.C., visible en el acápite 3.2, de los anexos a este escrito. Vale la pena señalar que este bufete es uno de los más importantes y representativos del país azteca, como se evidencia del Escrito sobre la semblanza de la firma que se incluye a continuación del concepto.*
 - Las convocatorias públicas indicadas en el acápite No, 1 de estas obseraciones, numerales a., b.,c.,d.,e.,f. y g, publicada en la página web de contratación (CompraNet), semejante al SECOP que regula la ley 1150 de 2007 y amparadas por la ley de Obra Pública y Servicios relacionados con las mismas de México, en cuyo artículo 2, numeral II., se define Compra Net como un sistema electrónico de información pública gubernamental sobre obras públicas y servicios relacionados con las mismas. Por lo mismo, estos documentos son plena prueba de que en México, la existencia y representación de personas jurídicas (Capacidad jurídica), se prueba por medio de los instrumentos públicos de constitución y reforma.*
 - Certificado de la Embajada de México en Colombia*
- 3. El Registro Público de Comercio de México no es una autoridad sino un servicio que tiene como objeto exclusivo dar publicidad a los actos mercantiles, tal como de manera categórica y con apoyo de la normatividad mexicana lo explica el concepto del Bufete Carrillo Gamboa S.C.*
- 4. De ese Registro no es posible obtener una certificación que dé cuenta sobre la capacidad jurídica y las que se pueden lograr de él son actos de mera consulta que sólo servirán para acreditar la inscripción del comerciante.*
- 5. A las Cámaras de Comercio en México no se les ha asignado por ley el registro del comercio, por lo que no expiden certificados de existencia y representación de sociedades inscritas en tal registro.*

Con fundamento en todo lo dicho, se solicita al INCO revertir su tesis de rechazo de la propuesta del Consorcio Transversal Américas 2010 y en su lugar declararlo como ADMISIBLE en la Evaluación Jurídica por haber cumplido con la demostración de capacidad jurídica.

Sin aceptar que existe error en nuestra oferta, ni equivocación u omisión en las declaraciones juramentadas en cuestión, se adjuntan declaraciones juramentadas de CONOISA (No. 2.1 de este escrito) y de ICA (No. 2.2.) en las cuales se reitera, puntualiza y concluye que la declaración inicial se ajusta en un todo al pliego de condiciones y que, por lo mismo, es claro que en ellas se determina que en México no hay autoridad o entidad que certifique lo solicitado en el numeral 3.3.2.

Todo lo cual reafirma el cumplimiento de los requisitos habilitantes, lo cual imperiosa e incuestionable debe ser declarado por la entidad contratante, so pena de violentar la ley y el pliego de condiciones.

Conviene precisar que con la documentación indicada, no se está MEJORANDO ni MODIFICANDO nuestra propuesta. Simplemente de está haciendo claridad acerca de una situación que parece no ha sido adecuadamente entendida por el Comité Evaluador. No debe perderse de vista que la información que reposa en nuestra oferta, prueba fehacientemente la capacidad de las dos sociedades mexicanas y que lo que ahora hacemos es dar claridad sobre un hecho conexo.

Principios mínimo (sic) de defensa, contradicción y debido proceso, respaldan nuestro derecho de hacer ver el error en que se incurrió (sic) dicho Comité Evaluador, para lo cual estamos legitimados a presentar las pruebas suficientes e idóneas que controvierten la postura del mismo. Ello en cumplimiento de claros mandatos constitucionales y legales e incuestionables posturas jurisprudenciales (...)"

INCO responde:

Sea lo primero advertir que la Entidad no comparte las manifestaciones efectuadas por el proponente CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 en el sentido que “*no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado es lo mismo que manifestar que no existe un documento que contenga la totalidad de la información solicitada*”¹ por cuanto las hipótesis que conllevan una y otra declaración son bastante diferentes.

En efecto una cosa es no tener un documento que reúna todos los requisitos solicitados por el Pliego de Condiciones, (existencia, objeto, fecha de constitución, vigencia, nombre del representante legal de la sociedad o de la persona o personas que tengan la capacidad para comprometerla jurídicamente y sus facultades señalando expresamente, si fuere el caso, que el representante no tiene limitaciones para presentar la Propuesta), y otra muy diferente es no tener una autoridad que certifique lo solicitado en el Pliego. Lo primero implica que pueda que existan varios documentos expedidos por una o varias autoridades en los que se certifique la existencia de los requisitos solicitados por el Pliego; mientras que lo segundo implica que no existe ninguna entidad u autoridad con la posibilidad de emitir uno o varios documentos que contengan lo solicitado por el Pliego.

Así las cosas, el Pliego de Condiciones, con el ánimo de permitir la participación del mayor número de participantes, tanto nacionales como extranjeros, y en atención a la existencia de las situaciones anteriormente planteadas, previó diferentes maneras para acreditar los requisitos antes mencionados de la siguiente manera: 1º . Permitió que los mencionados requisitos se probaran mediante la presentación de un certificado de existencia y representación legal o su equivalente en otras jurisdicciones. 2º. Consciente de la posibilidad de que dicho certificado, entendido como un

¹ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 6 de julio de 2010, folio 17.

único documento contentivo de todos los requisitos solicitados en el pliego, no existiera en la jurisdicción de incorporación del Proponente, permitió que los proponentes allegaran **todos** los documentos que fueran necesarios para acreditar lo solicitado en el Pliego de Condiciones siempre y cuando estos fueran **expedidos por las respectivas autoridades competentes** 3°. Finalmente el Pliego de Condiciones estableció que si en la jurisdicción de incorporación no existiese ninguna autoridad o entidad que certificara la información solicitada, el Proponente extranjero debería presentar una declaración juramentada de una persona con capacidad para vincular y representar a la sociedad en la constara que (A) no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado en el presente numeral; y (B) la información requerida en el presente numeral; y (C) la capacidad para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.

Así las cosas el Pliego prevé la existencia de tres situaciones diferentes y regula la manera en que los proponentes podrían acreditar los requisitos solicitados, previendo para cada situación una forma específica de acreditación de requisitos.

Ahora bien, tampoco comparte la entidad la afirmación del Proponente en el sentido de afirmar que por el hecho de no existir formato de declaración juramentada las afirmaciones contenidas en ella quedaban sujetas a la forma propia de cada oferente. Lo anterior por cuanto si bien es cierto que no existía un formato, el Pliego era inequívoco en cuanto al contenido de la declaración, siendo claro que la declaración juramentada debía estipular y constar que ***“(A) no existe autoridad u organismo que certifique lo solicitado en el presente numeral; y (B) la información requerida en el presente numeral; y (C) la capacidad para vincular y representar a la sociedad de la persona que efectúa la declaración y de las demás personas que puedan representar y vincular a la sociedad, si las hay.”***

Por otra parte, dado que el contexto en el cual fue usado el término jurisdicción en el numeral 3.3.2 del Pliego (jurisdicción de incorporación del proponente), tampoco es de recibo la afirmación del proponente mediante la cual manifiesta “ en Colombia y muchos países el término jurisdicción entraña autoridad y poder del Estado”, puesto que aquí la palabra jurisdicción está seguida directamente por las palabras de incorporación, lo cual en contexto debe ser entendido como la ley al amparo de la cual fue constituida la sociedad y de ninguna manera puede referirse a poder del Estado.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los integrantes extranjeros del CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 han aclarado que en su jurisdicción de incorporación no existe una “autoridad o entidad que pueda expedir un documento semejante al certificado de existencia y representación con la información solicitada en el numeral 3.3.2”² y toda vez que manifestado que la forma de acreditar la existencia y representación legal de una sociedad en México es a través de escrituras públicas de constitución o de reforma³ las cuales habían sido aportadas desde la presentación de su oferta inicial y en consecuencia no implican subsanación alguna a la propuesta inicial, el INCO procedió al análisis juicioso y detallado de la mismas pudiendo constatar que en ellas se encuentra probada la capacidad de las sociedades mexicanas.

No obstante lo anterior, como bien lo afirma el proponente en su escrito *“el artículo 1502 C.C., a cuyo tenor: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1° Que sea legalmente capaz; 2° Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3° Que recaiga sobre un objeto lícito; 4°. Que tenga una causa lícita.” (Negrilla fuera del texto original).*

² Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 6 de julio de 2010, folios 95 y 102.

³ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 6 de julio de 2010, folio 31.

En este orden de ideas, resulta necesario acudir al concepto de capacidad legal contenido en el artículo 99 del Código de Comercio el cual establece que *“La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”*

Así las cosas, tal y como lo afirma el doctrinante y autoridad en materia comercial Francisco Reyes Villamizar *“La característica más sobresaliente de la personalidad jurídica está dada por la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones que no son imputados a sus socios o accionistas individualmente considerados, sino en forma directa, al ente legal autónomo que surge al constituirse regularmente la sociedad. Las personas jurídicas, al igual que las naturales tienen capacidad de goce y de ejercicio (...) al tiempo que la capacidad de ejercicio de las sociedades está limitada físicamente, la de goce está legalmente restringida (...) La capacidad de goce está circunscrita al desarrollo de aquellas actividades o negocios que estén previstos dentro del objeto social”*⁴

Así pues nada más cierto que lo que afirma el Proponente cuando manifiesta que *“estricto sensu, una sociedad mercantil tiene capacidad para presentar ofertas y celebrar contratos, cuando el objeto de los mismos, se encuentre cobijado por su objeto social. De no suceder así, la sociedad no tendrá capacidad”*⁵

Por otra parte, bien es sabido que los actos mercantiles para poder surtir efectos ante terceros deben ser inscritos en el registro mercantil, así lo señala el Código de Comercio colombiano en su artículo 111 el cual dispone que:

“Copia de la escritura social, será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal. Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, dicha escritura deberá ser registrada en las cámaras de comercio que correspondan a los lugares de dichas sucursales, si no pertenecen al mismo distrito de la cámara del domicilio principal.

Cuando se hagan aportes de inmuebles o de derechos reales relativos a dicha clase de bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, la escritura social deberá registrarse en la forma y lugar prescritos en el Código Civil para los actos relacionados con la propiedad del inmueble.”

A su vez el artículo 112 del mencionado Código establece que:

“Mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes a los socios”.

⁴ Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Editorial Temis, Bogotá 2004, Tomo I página 205 y ss.

⁵ Comunicación con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 6 de julio de 2010, folio 4.

Así las cosas, en derecho colombiano, aunque la sociedad tenga capacidad jurídica para contratar, dicha capacidad solamente es susceptible de ser ejercida ante terceros una vez se haya efectuado el respectivo registro ante la cámara de comercio del domicilio principal de la sociedad.

De manera similar, el Código de Comercio Mexicano establece en su artículo 19 que *“La inscripción o matrícula en el registro mercantil será potestativa para los individuos que se dediquen al comercio y obligatoria para todas las sociedades mercantiles por lo que se refiere a **constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación y para los buques(...).**”*

En este orden de ideas en México, al igual que en Colombia, la inscripción en el registro mercantil es obligatoria para los comerciantes y en ella es necesario inscribir los actos que según la propia ley lo requieran tales como:

“Artículo 21. Existirá un folio electrónico por cada comerciante o sociedad, en el que se anotarán:

- I. Su nombre, razón social o título;*
- II. La clase de comercio u operaciones a que se dedique*
- III. La fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones*
- IV. El domicilio con especificación de las sucursales que hubiere establecido*
- V. Los instrumentos públicos en los que se haga constar la **constitución de las sociedades mercantiles así como los que contengan su transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación.***

(...)

*XII. El cambio de denominación o razón social, domicilio, **objeto social**, duración y aumento o disminución del capital mínimo fijo.*

(...)” (negrilla fuera del texto)

Ahora bien de manera muy similar a lo que ocurre en Colombia, de acuerdo con el artículo 27 del Código de Comercio de México:

“La falta de registro de los actos cuya inscripción sea obligatoria, hará que éstos sólo produzcan efectos jurídicos entre los que lo celebren, y no podrán producir perjuicio a terceros, el cual sí podrá aprovecharse de ellos en lo que le fueran favorables”

De acuerdo con lo anterior, las escrituras públicas de constitución de las sociedades mexicanas así como aquellas en las que se reforme el objeto social deberán ser inscritas en el registro mercantil de dicho país.

Así las cosas, toda vez que la escritura número 169,231 obrante a folios 090 a 104 de la Propuesta, mediante la cual se reforma el objeto social de la empresa CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUTURA S.A. de C.V., CONOISA, la cual de acuerdo con la normatividad anteriormente citada debe ser inscrita en el registro mercantil del domicilio social de la empresa para producir efectos ante terceros, no cuenta con el sello que evidencia que la misma ha sido inscrita en el Registro Mercantil del Distrito Federal de México y por cuanto hasta tanto dicha inscripción no sea inscrita en el correspondiente Registro Mercantil, el objeto social de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUTURA S.A. de C.V., CONOISA no es suficiente para contraer las

obligaciones derivadas del contrato de concesión objeto de la presente licitación⁶, lo cual como ya se ha puesto de manifiesto evidencia la falta de capacidad de la citada sociedad, por lo que en la propuesta no se demuestra que con anterioridad a la fecha de cierre de la Licitación dicha escritura fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil mexicano, pues esta es la única manera en que su objeto social, con alcance suficiente para contraer las obligaciones derivadas de la presente licitación, es oponible a terceros tales como el INCO. Por lo anterior la entidad se ve abocada a reiterar el RECHAZO al PROPONENTE CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010.

Por otra parte, una vez revisada las escrituras públicas aportadas por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V. ICA, las cuales obran a folios 145 a 220, se observa que la Escritura Pública de Constitución de ICA tiene a folio 148 un sello mediante el cual consta que dicha escritura fue registrada en el Registro de Comercio el 30 de diciembre de 1947 bajo el número 516 a fojas 369 del volumen 228, libro 3.

No obstante lo anterior, la Escritura Pública No. 163,292 de 25 de agosto de 2005, mediante la cual se reforma, entre otras cosas, el objeto social de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V., ICA, reforma que según lo expuesto anteriormente debe ser inscrita en el Registro Mercantil Mexicano para ser oponible a terceros y toda vez que en la misma no consta el sello de dicho registro; por las razones anteriormente expuestas el INCO se ve abocado a reiterar el RECHAZO del PROPONENTE CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010.

Respecto de esta última escritura (No. 163,292), con Rad. 2010-409-016349-2 del 19 de julio de 2010, queda claro para esta entidad, dados los argumentos de la defensa, que este instrumento público no modificó el objeto social, pues por el contrario obedeció a una compulsión de los estatutos sociales. En ese sentido, se acepta la aclaración para este aspecto.

En consecuencia, la calificación jurídica del proponente **CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010** es **NO ADMISIBLE**.

- **Observación del Proponente No. 1. VIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015198-2 de 06 julio de 2010, el proponente ante la evaluación preliminar realizada por la entidad realiza las siguientes observaciones al Proponente No. 4. CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010:

*"En relación con la capacidad jurídica estamos totalmente de acuerdo con la evaluación realizada por el INCO, en cuanto a los vicios presentados por esta propuesta compartiendo por tanto la calificación de **RECHAZO** de la misma, no sin antes advertir que dado la omisión presentada se refiere a asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar la oferta por parte del proponente, los mismos son por expresa orden legal (Decreto 2474 de 2008) **NO SUBSANABLES**. Siendo así, el INCO no podrá aceptar ningún tipo de documento que pretenda enmendar esta*

⁶ En efecto de acuerdo con la escritura pública 169,231 el objeto social de CONIOSA anterior a esta escritura el cual sí tiene constancia de haber sido inscrito en el registro mercantil y que en consecuencia sí es oponible a terceros, es: " A) promover, organizar y desarrollar empresas comerciales e industriales de servicios B) Elaborar estudios de mercado, análisis financieros, planes y sistemas para la organización, operación y control de negocios; C) Proporcionar servicios de tesorería y de asistencia técnica en relaciones bancarias, operaciones bursátiles, fiduciarias y concesionarias. D) La representación, comisión, corretaje o mediación de y entre empresas del país o del extranjero. E) La obtención o el otorgamiento de préstamos, avales, garantías u obligación solidaria a favor o por cuenta de personas físicas o morales con las que relación comercial de servicios o de interés mutuo. F) La prestación de servicios profesionales de la rama contable, fiscal, jurídica, de relaciones industriales y en general servicios de administración. G) La suscripción, adquisición, la emisión o enajenación y en general la realización de actos jurídicos que tengan por objeto acciones, partes sociales, obligaciones y toda clase de títulos valor. H) La obtención o el otorgamiento de garantías personales y reales u obligación solidaria a favor o por cuenta de personas físicas o morales que tengan relación comercial de servicios o de interés mutuo. I) La adquisición de bienes muebles e inmuebles necesarios para su establecimiento y para el desarrollo de su objeto social y en general la celebración de todos los actos jurídicos convenientes o necesarios para dicho fin."

omisión, tal como lo dispone la mencionada norma y el numeral 3.1.1 de los Pliegos de Condiciones de la Licitación en referencia.”

INCO responde:

Véase la respuesta al Proponente No. 4 Consorcio Transversal Américas 2010.

- **Observación del PROPONENTE No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.**

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015200-2 de 06 julio de 2010, el proponente ante la evaluación preliminar realizada por la entidad realiza las siguientes observaciones al Proponente No. 4. CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010:

“ El INCO, con absoluto acierto ha encontrado que esta estructura plural no cumplió a cabalidad con los requerimientos del pliego de condiciones respecto a informar de manera veraz que no existe una autoridad u organismo que certifique lo establecido en el numeral 3.3.2 literal (b) numeral (ii) 1, ya que tanto “CONTROLADORA DE OPERACIONES EN INFRAESTRUCTURA” CONOISA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE”; como “INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS” ICA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, hicieron referencia a la ausencia de un “documento” y no a la ausencia de una “autoridad” que era lo requerido por el pliego de condiciones.

No obstante lo anterior, es necesario que sean tenidas en cuenta una serie de consideraciones adicionales que inhabilitan de forma total esta oferta en el evento en que el INCO decidiera reconsiderar su decisión de rechazar la oferta que se ha presentado por parte de este consorcio.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

3.1 OBSERVACIÓN RESPECTO DE LA FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD “CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA” CONOISA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE

Para efectos de formular la observación que se realiza a continuación, ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSF, solicitó la autorizada opinión de la firma de abogados BAKER & MC KENZIE ABOGADOS S.C. (México), con el fin de ilustrar debidamente al INCO respecto de la observación que se formula. En la citada opinión profesional claramente se ilustra que, la legislación mexicana prevé que la existencia de una sociedad mercantil se acredita mediante la exhibición de su escritura constitutiva, debidamente formalizada ante notario público mexicano.

La legislación mexicana prevé además que la escritura de constitución y sus reformas debe estar inscrita igualmente ante el Registro Público de Comercio, el cual le asigna a cada sociedad un número de folio de registro mercantil. Para el caso de la ciudad de México, a cada escritura se le imprime un sello en la escritura constitutiva que señala el folio mercantil asignado, el cual, para el caso de la sociedad “CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V.” CONOISA es el número 272, 102, tal y como se observa en los folios 063 y 087 de la oferta presentada por el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010.

De la misma forma el artículo 21 del Código de Comercio Mexicano establece que la reformas que deben ser inscritas en el registro son las siguientes:

“ ...

V. Los instrumentos públicos en los que se haga constar... la transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación [de sociedades mercantiles];

...

XII. El capítulo de denominación o razón social, domicilio, objeto social, duración y el aumento o disminución del capital mínimo fijo.”.

En consecuencia, la reformas estatutarias que se realicen a una sociedad mercantil mexicana, en cuanto al cambio en el objeto social, deberán ser registradas en el mismo folio y contar con el sello de inscripción en el registro público

Pues bien, de la revisión minuciosa de los documentos presentados para acreditar capacidad jurídica por parte de la sociedad “CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V.” CONOISA tenemos que la reforma estatutaria realizada el día 12 de mayo de 2010, por la cual se amplía el objeto social, no se encuentra inscrita ante el registro público de comercio, toda vez que el sello que acredita la inscripción de la citada escritura no se encuentra en el documento que el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 aportó. Se encuentra un aportille que permite determinar que el documento se otorgó ante un Notario Público debidamente facultado para tales efectos pero el sello del registro público de instrumentos se omitió y por tal razón no puede tenerse en cuenta esa escritura pública; toda vez que, no se encuentra totalmente acreditado la existencia legal conforme a la ley mexicana ni conforme a lo solicitado por los pliegos de condiciones.

*La escritura pública que no se encuentra registrada, y que obra a folios 090 a 104 de la oferta que presentó CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 es la reforma al objeto social de la sociedad CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA, a través de la cual pretendían ampliar la capacidad establecida estatutariamente de forma inicial a la sociedad, con el fin de permitirle a esta: **“participar, invertir, financiar, promover, organizar, y desarrollar todo tipo de asociaciones empresariales, estructuras plurales de sociedad, consorcios empresariales y toda clase de empresas con el fin de invertir en licitaciones o concursos nacionales o internacionales”** (Negrilla y subrayado extratextual)*

Como corolario de lo anterior, necesario es concluir que aunado a los vicios que presenta la manifestación jurada que fuera realizada por CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V. CONOISA, los cuales por su gravedad llevaron consigo el rechazo por parte del INCO, es necesario que se tenga en cuenta además, que si no hubiere sido de esta manera, la mencionada sociedad carecería de la capacidad jurídica necesaria para poder celebrar el contrato a través del cual se instrumenta el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, ya que su objeto social, esto es, el que se encuentra debidamente registrado y que tiene efectos frente a terceros como el INCO, no le permite participar en un consorcio, ni presentarse en la licitación que nos ocupa, ni ejecutar proyectos de ingeniería, ni ejecutar contratos de concesión.

Es tan evidente lo anterior, que si hubiese sido de otra forma, esto es, si CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V. CONOISA, tuviese suficiente capacidad para celebrar contratos de consorcio o cualquier otro tipo de organizaciones empresariales, no hubiese realizado un reforma a sus estatutos para otorgarse una capacidad jurídica que ya tenía. Es obvio que adolece de capacidad jurídica en los términos del numeral 3.3., toda vez que no acreditaron de forma completa el registro de la ampliación de su objeto social, requerido para

participar en la licitación; y por ende para celebrar el contrato de consorcio que suscribió el día 20 de mayo de 2010 y para ejecutar el contrato de concesión derivado de la presente licitación en caso de ser adjudicatarios.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

3.2 OBSERVACIÓN RESPECTO DE LA FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD "INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE."

3.2. OBSERVACIONES RESPECTO A LA AUSENCIA TOTAL DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V.

Teniendo en cuenta los criterios para acreditar la debida inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad comercial mexicana, los cuales ya se expusieron en el numeral anterior, y que más ampliamente se exponen en la opinión profesional adjunta a este escrito, resulta claro que la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V. no acredita su inscripción en el Registro mercantil, ya que en ninguna de las escrituras públicas que adjunta el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 para tratar de acreditar la existencia de aquella compañía consta que el Registro público mercantil las haya inscrito dándole algún número de folio.

En efecto, ni la escritura pública obrante a folios 146 a 170, ni la que obra a folios 189 a 258 de la propuesta presentada por parte del CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, contiene ni el sello a través del cual en el Distrito Federal se acredita la inscripción en el Registro Mercantil ni mucho menos aparece el folio de matrícula en el Registro de Comercio.

En consecuencia, al no encontrarse acreditada debidamente la existencia de la sociedad, existe absoluta incapacidad para que esta sociedad pretenda participar en el proceso licitatorio a través del CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, todo lo anterior en los términos del numeral 3.3. del Pliego de Condiciones, por lo tanto se solicita el rechazo de la propuesta, todo lo anterior de conformidad con lo previsto en el artículo 10 último inciso del Decreto 2474 de 2008.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

3.2.3. Observaciones respecto re la caducidad de un contrato celebrado por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V. con la Secretaría de Obras Públicas de Bogotá.

Es bien sabido que la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V. tuvo en el pasado numerosos incumplimientos en los contratos que celebró con entidades públicas colombianas. En efecto, con ocasión de la ejecución del contrato SOP-462 de 1997, suscrito por la firma mexicana Ingenieros Civiles Asociados ICA S.A. de C.V. inicialmente con la Secretaría de Obras Públicas SOP del Distrito Capital, y que posteriormente fuera cedido en administración Instituto de Desarrollo Urbano IDU, cuyo objeto a grandes rasgos era la rehabilitación de la malla vial de Bogotá, el señalado Instituto declaró la caducidad del citado contrato mediante la resolución 3199

del 23 de mayo de 2002 (adjunta), confirmada mediante Resolución 554 del 2 de septiembre de 2002 expedida por la Alcaldía Mayor de Bogotá, quedando ejecutoriada con fecha 26 de septiembre de 2002, tal y como consta en los documentos que se anexan a este escrito.

Como consecuencia de lo anterior, dicha firma quedó inhabilitada conforme a la ley colombiana, de acuerdo a lo previsto sobre el particular en la Ley 80 de 1993.

Por lo tanto, resulta evidente que la experiencia acreditada con los contratos de orden 1, 2 y 4, para construcción en general, el contrato con número de orden 2 para construcción de carreteras y contrato con número de orden 1 para experiencia en construcción en puentes o viaductos, fue obtenida durante el lapso de tiempo en el que dicha firma se encontraba inhabilitada frente a la ley colombiana.

Si bien, la inhabilidad se predica en principio para contratar con el Estado colombiano únicamente, tampoco en menos cierto que puedan burlarse los efectos sancionatorios en Colombia de la declaratoria de caducidad que fue emitida y confirmada por el Distrito Capital, a través de las resoluciones antes referidas, cuyas copias con sus constancias de ejecutoria se adjuntan, permitiendo que se acredite ahora la experiencia obtenida durante el lapso de tiempo en el cual dicha firma estuvo inhabilitada frente a la ley colombiana.

Así las cosas solicitamos al INCO, no sea tenida en cuenta la experiencia acreditada en esta licitación, siempre que la misma fue obtenida durante el lapso de la inhabilidad en Colombia. Lo anterior, con el ánimo de salvaguardar los efectos sancionatorios en Colombia de la declaratoria de caducidad que fue emitida por el IDU y confirmada por la Alcaldía del Distrito Capital, a través de las resoluciones antes referidas, cuyas copias con constancia de ejecutoria se adjuntan.

3.2.4 Reporte y publicación de la inhabilidad

Señala el artículo 14 del decreto 2881 de 2008, que:

Artículo 14. *Información proveniente de Entidades Estatales. Las entidades estatales deberán remitir por medio electrónicos a las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, a más tardar el 15 de cada mes, la siguiente información correspondiente al inscrito sobre contratos que hayan sido adjudicados, en ejecución y ejecutados, multas y sanciones en firme:*

- a) Código de la Cámara de Comercio;*
- b) Fecha de reporte;*
- c) NIT;*
- d) Nombre de la entidad oficial;*
- e) Código de la ciudad o municipio;*
- f) Dirección de la entidad oficial que reporta la información;*
- g) Nombre del funcionario;*
- h) Cargo del funcionario que reporta la información;*
- i) Número de inscripción del proponente;*
- j) Número de Identificación del proponente;*
- k) Nombre del proponente;*
- l) Número de contrato;*
- m) Fecha de adjudicación del contrato;*
- n) Fecha de iniciación del contrato;*
- o) Fechas de terminación del contrato;*
- p) Clasificación del contrato;*

- q) *Indicador de cumplimiento;*
- r) *Cuantía del contrato;*
- s) *Valor de la multa;*
- t) *Descripción de la sanción;*
- u) *Identificación del acto administrativo que impone la sanción o la multa y*
- v) *Fecha del acto administrativo que impone la sanción, multa o cláusula penal pecuniaria.*

Dentro de la información que las entidades estatales deben suministrar a las cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, está la concerniente con las multas pagadas y las sanciones cumplidas o revocadas. La certificación de esta información solo podrá ser modificada por orden de la entidad estatal que haya suministrado la información. En todo caso, la información sobre multas y sanciones se mantendrá en el registro hasta por cinco (5) años contados a partir del reporte.

El servidor público encargado de remitir la información que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2 de la Ley 1150 de 2007

Parágrafo 1º : *La Superintendencia de Industria y Comercio determinará a través de circular, las especificaciones técnicas para el reporte electrónico de información que las entidades estatales están obligadas a suministrar a las Cámaras de Comercio sobre contratos en ejecución, multas, y sanciones de los inscritos.*

Parágrafo 2º: *La información remitida por las entidades estatales en virtud del presente artículo, no será verificada por las Cámaras de Comercio. Por lo tanto las controversias respecto de la información remitida por las entidades estatales deberán surtirse ante la entidad estatal correspondiente y no podrán debatirse antes las Cámaras de Comercio.*

Las cámaras no certificarán la información remitida por las entidades estatales relativa a los contratos adjudicados y ejecutados; la cual tampoco será tenida en cuenta como documentos sujetos a verificación documental.

Parágrafo 3º. *Modificado por el art. 2, Decreto Nacional 2247 de 2009.* *Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición del presente decreto, las entidades públicas informarán a las Cámaras de Comercio sobre multas y sanciones impuestas a contratistas que no estaban obligados a inscribirse en el Registro Único de Proponentes antes del 16 de enero de 2009. La Entidad Estatal realizará el reporte a las Cámaras de Comercio que tengan jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito. Se deberá reportar la información de los últimos cinco (5) años contados a partir del 16 de enero del 2009.*

Parágrafo Transitorio: *Modificado por el art. 6, Decreto Nacional 836 de 2009, Modificado por el art. 2 Decreto Nacional 2247 de 2009.* *Las Entidades Estatales deberán reportar la información de que trata el inciso 1º del presente artículo, correspondiente al período comprendido entre el 16 de enero de 2009 al 31 de marzo de 2009 a más tardar el 16 de abril de 2009. A partir de esta fecha se reportará la información correspondiente al mes inmediatamente anterior en los términos previstos en el presente decreto.*

Por su parte, establece el artículo 31 de la Ley 80 de 1993 que:

“ARTÍCULO 31. DE LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS Y SENTENCIAS SANCIONATORIAS. *La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por dos (2) veces en medios de comunicación social escrita con amplia*

circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Diario Oficial y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en dos (2) días de mercado diferentes.

La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si este no cumple con tal obligación la misma se hará por parte de la entidad estatal la cual repetirá contra el obligado.”

De acuerdo con lo anterior, siendo el sentido de una publicación que la misma produzca efectos frente a terceros o erga omnes, y que el INCO es un tercero respecto de la sanción impuesta a INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS ICA S.A. de C.V., solicitamos se oficie tanto al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, como a la Cámara de Comercio, la Imprenta Distrital y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que certifiquen, las fechas exactas, y documentos a través de los cuales se reportó y publicó inhabilidad en los términos señalados de las referidas normas, a efectos de poder determinar con precisión la fecha a partir de la cual empezaron a correr los efectos de la inhabilidad antes referida frente a terceros (efectos erga omnes).

Destacamos que en las hipótesis, en que las anteriores publicaciones no hubieren sido realizadas de forma completa o no hubieren sido realizadas aún, en caso de resultar adjudicatario el proponente en mención, estaría incurso en una posible inhabilidad sobreviviente (sic) en el momento en que el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU así lo efectuase. Lo anterior, como quiera que sin perjuicio de la fecha de ejecutoria de los actos administrativos, lo que hace que la misma, produzca efectos ante terceros (erga omnes), en su publicación, siendo esta la razón por la cual el legislador, instituyó los requisitos de publicidad y publicación en las normas referidas, en adición de la mera ejecutoria del acto administrativo.

3.2.5 Inhabilidad por posible responsabilidad civil y penal

Señala el artículo 58 numeral 6° de la Ley 80 de 1993, establece que (sic):

“ARTÍCULO 58. DE LAS SANCIONES. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a :

(...)

*6°. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. **A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.** (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

Teniendo en cuenta que entre el Distrito Capital y la firma Mexicana (sic) Ingenieros Civiles Asociados- ICA S.A. de C.V. existieron innumerables litigios arbitrales, judiciales e incluso penales (siendo este último el que motivo al contratista a abandonar las obras que al final dieron lugar a la declaratoria de caducidad) que coparon las páginas de los diarios y medios de comunicación en

general, solicitamos se oficie al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, a efectos de que certifique si como consecuencia de tales procesos la firma Mexicana Ingenieros Civiles Asociados ICA S.A. de C.V. fue o no declarada civil y/o penalmente responsable, y en caso afirmativos, proceda a rechazarse por estar cobijada por la inhabilidad de diez (10) años establecida en el numeral 6° del Artículo 58 de la Ley 80 de 1993.”

INCO responde:

Véase la respuesta al Proponente No. 4 Consorcio Transversal Américas 2010.

Con respecto a la solicitud contenida en el numeral 3.2.3 de su comunicación, mediante la cual solicita al INCO no tener en cuenta la experiencia acreditada por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS y que obra en los contratos de orden No. 1, 2 y 4 acreditados para experiencia en construcción general y en el contrato de orden No. 2 acreditado para experiencia en construcción en puentes y/o viaductos, nos permitimos manifestar lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la cual fue dictada por Congreso de la República para establecer las normas de Contratación del Estado Colombiano, que en su artículo 8° regula las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y establece que : **“Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con entidades estatales (...) c) quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (...)**”(resaltado fuera de texto), resulta que lo que no se permite por la Ley Colombiana es que una entidad a la cual se le haya declarado la caducidad participe en licitaciones o celebre contratos con entidades estatales .

En este sentido, al tenor de lo dispuesto en la citada norma, lo que no era posible para la empresa INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. de C.V., ICA era participar en licitaciones en Colombia ni celebrar contratos en Colombia con entidades estatales durante el tiempo en el que estuviera vigente su inhabilidad; a saber, 5 años posteriores a la fecha de ejecutoria de su caducidad, la cual de conformidad con los documentos aportados por el proponente No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA , quedó ejecutoriada con fecha 26 de septiembre de 2002

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara lo solicitado por el proponente, ello implicaría hacer una interpretación amplia de la norma en comento, lo cual no le es permitido a la Entidad teniendo en cuenta que la aplicación de las inhabilidades e incompatibilidades es taxativa y restrictiva. En efecto, a este respecto la Corte Constitucional ha dicho que *“(...) Todo régimen de inhabilidades e incompatibilidades de suyo excluye a ciertas categorías de personas del proceso de contratación, generando incapacidades especiales, impedimentos y prohibiciones de variada naturaleza, que en cierta medida afectan el derecho a la personalidad jurídica traducido, a su turno, en el principio general de capacidad legal (CC arts. 1502 y 1503; ley 80 de 1993, art. 6). De ordinario, como ocurre en la contratación estatal, la inobservancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se erige en causal de nulidad del contrato celebrado en esas condiciones (ley 80 de 1993, art. 44) (...) El carácter reconocidamente taxativo y restrictivo de este régimen y el de las correlativas nulidades, obedece a la necesidad de salvaguardar el interés general ínsito en la contratación pública de manera que implique el menor sacrificio posible al derecho de igualdad y de reconocimiento de la personalidad jurídica de quienes aspiran a contratar con el Estado(...)*⁷

Así las cosas, no le es dable a la entidad aceptar la interpretación extensiva hecha por el proponente No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, y en

⁷Corte Constitucional, *Sentencia C-415 de 1994*, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

consecuencia rechazar la experiencia aportada por el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 toda vez que la experiencia que éste aporta no es colombiana, país en el cual tenía inhabilidad para contratar, ni en la actualidad existe dicha inhabilidad para el mencionado proponente. Cualquier decisión diferente a la anterior implicaría hacer una interpretación extensiva a la norma en comento, cosa que como ya se explicó no le es permitido a la Entidad o presumir que la norma colombiana sea de aplicación en el exterior, cosa que no es permitido en atención al principio de territorialidad que rige el derecho colombiano.

Por lo tanto no se acepta la solicitud formulada por el proponente No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.

Con respecto al numeral 3.2.4 de la solicitud formulada por el proponente No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA mediante la cual solicita que se oficie *tanto al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, como a la Cámara de Comercio, la Imprenta Distrital y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que certifiquen, las fechas exactas, y documentos a través de los cuales se reportó y publicó inhabilidad en los términos señalados de las referidas normas, a efectos de poder determinar con precisión la fecha a partir de la cual empezaron a correr los efectos de la inhabilidad antes referida frente a terceros (efectos erga omnes)*, la Entidad se permite señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 1° del literal j) del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, ley rectora de la contratación pública en Colombia, *“(…) las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución (...)”*. En este orden de ideas, y toda vez que las normas a que hace referencia su escrito con respecto a la publicación de la caducidad, no hacen referencia al término de duración de la inhabilidad, como sí lo hace el mencionado artículo 8° de la Ley 80 de 1993, que de paso debe decirse es el estatuto que rige la contratación pública en Colombia, de ello no puede deducirse que la el término a partir del cual se cuenta la inhabilidad sea diferente a cinco (5) años contados a partir del acto que declaró la caducidad.

Así las cosas, no se hace necesario oficiar al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, la Cámara de Comercio, la Imprenta Distrital y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de que certifiquen, las fechas exactas, y documentos a través de los cuales se reportó y publicó inhabilidad a efectos de poder determinar con precisión la fecha a partir de la cual empezaron a correr los efectos de la inhabilidad antes referida frente a terceros (efectos erga omnes), toda vez que la fecha de publicación no puede incidir en el término que la ley le otorga a la inhabilidad que no es otra que cinco años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaro la caducidad y que en este caso ya se encuentra agotado desde el mes de septiembre de año 2007.

Por lo anterior, la Entidad no acoge su solicitud.

Finalmente, con respecto al numeral 3.2.5 de su solicitud mediante el cual solicita al INCO oficiar al Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, con miras a establecer *si como consecuencia de tales procesos la firma Mexicana Ingenieros Civiles Asociados ICA S.A. de C.V. fue o no declarada civil y/o penalmente responsable, y en caso afirmativo, proceda a rechazarse por estar cobijada por la inhabilidad de diez (10) años establecida en el numeral 6° del Artículo 58 de la Ley 80 de 1993*”, la Entidad se permite establecer que:

De conformidad con comunicación radicada ante la entidad con No. 2010-409-01720-2 de fecha 12 de julio de 2010, en la cual a folio 22 el CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010 manifiesta enfáticamente que *“NO SE HA PRODUCIDO ninguna sentencia que declare responsabilidad civil o penal por cuenta de las controversias entre las partes reseñadas. En su momento un ex Director del*

IDU instauró denuncia penal contra algunos funcionarios de ICA. Sin embargo, no pasó de etapa preliminar (...)

Teniendo en cuenta la anterior declaración y en atención al principio constitucional de buena fe, la Entidad considera que no es necesario oficiar al IDU con el fin de constatar si ICA fue o no declarada civil y/o penalmente responsable, pues su declaración, amparada por el principio de la buena fe, es suficiente para demostrar que ni ICA ni sus funcionarios han sido declarados ni civil ni penalmente responsables.

En consecuencia, la Entidad no acoge su solicitud.

- **Observación del PROPONENTE No. 3. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA METROVIAS DE LAS AMÉRICAS**

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015201-2 de 06 julio de 2010, el proponente ante la evaluación preliminar realizada por la entidad realiza las siguientes observaciones al Proponente No. 4. CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010:

Atendiendo lo expresado en el informe de evaluación publicado por la entidad el día lunes veintiocho (28) de junio del corriente año, nos permitimos manifestar que compartimos enteramente la conclusión a la que llega el INCO en donde asigna al proponente CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010, la calificación de proponente NO HÁBIL y en consecuencia se procede al rechazo de la propuesta, por ausencia de capacidad jurídica, requisito habilitante que a la luz de lo consagrado en el Decreto 2474 de 2008 no es subsanable.

INCO responde:

Véase la respuesta al Proponente No. 4 Consorcio Transversal Américas 2010.

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015720-2 de 12 julio de 2010, el proponente presenta contra observaciones a las observaciones realizadas por los demás proponentes:

(...)OBSERVACIONES PRESENTADAS POR ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.

En el numeral 3 del escrito de observaciones, el oferente se pronuncia sobre la oferta del CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010.

Estas corresponden a:

3.1 Observación respecto a la capacidad jurídica de Controladora de Operaciones de Infraestructura, CONOISA.

La observación se apoya en un concepto de la firma de abogados mexicanos BAKER & MC KENZIE ABOGADOS S.C., con fundamento en lo cual se infiere que la modificación del objeto social de CONOISA, mediante reforma estatutaria del 12 de mayo de 2010 (sic), no se inscribió en el Registro Público de Comercio, motivo por el cual la reforma aludida es inválida, lo que implica que el objeto social de CONOISA no le permite participar en esta licitación.

RESPUESTA.

Sea lo primero destacar que el concepto de la firma mexicana confirma los argumentos que expusimos en nuestro escrito de observaciones sobre la manera de probar la existencia y representación de la (sic) sociedades mercantiles mexicanas (capacidad jurídica), que no es otro que la escritura de constitución o de reforma societaria. En efecto, en la observación bajo examen se lee que: **“la legislación mexicana prevé que la existencia de una sociedad mercantil se acredita mediante la exhibición de la escritura constitutiva, debidamente formalizada ante notario público mexicano”** (Se subraya). Así mismo que: **“para acreditar la existencia legal de una sociedad mercantil, es necesario exhibir su escritura constitutiva formalizada ante fedatario público, junto la (sic) boleta de inscripción o sello en el que conste el folio mercantil electrónico que el registro le haya asignado a la escritura constitutiva de la sociedad, al momento de su inscripción. Las modificaciones a la escritura constitutiva descritas en el artículo 21 del CC deberán ser formalizadas e inscritas de la misma manera”** (Página 2 Concepto Baker & MC Kenzie). **Todo lo cual compartimos completamente porque es lo jurídicamente correcto.** (Negrilla final del INCO).

A su vez, tal como lo hemos sostenido **“La representación de una sociedad mercantil mexicana, ya sea que haya sido otorgada por asamblea, administradores, o representantes, deberá ser acreditada mediante documento notarial, documento en el que deberá constar la existencia legal de la sociedad, así como la circunstancia de quien otorgó la representación se encuentra debidamente facultado por el órgano competente de la sociedad”** (Página 8 Concepto Baker & MC Kenzie).

Así mismo, compartimos lo reseñado en torno al Registro Público de Comercio, el cual al igual que Colombia, no confiere validez al acto sino que se convierte en un instrumento de publicidad, de donde proviene la necesidad de que las escrituras de constitución y reforma se encuentren inscritas en tal registro. (Negrillas del INCO).

En lo que no le damos le (sic) razón a la observación es en su conclusión ya que **no corresponde a la verdad.** En efecto, la escritura de precisión del objeto social de CONOISA No83872 del 12 de mayo del año en curso, se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio de Mexico desde el día 20 de mayo de 2010 con el No 41124, vale decir, mucho antes de la presentación de nuestro oferta, tal como se comprueba con la escritura que se aporta con el presente escrito, que es exactamente la misma que adjuntamos a la oferta.

Todo lo cual confirma que:

1. El objeto social de CONOISA permite la prestación de nuestra oferta y en caso de adjudicación, la celebración y ejecución del contrato de concesión pertinente;
2. La precisión del objeto social produce efectos para CONOISA desde el 12 de mayo del año en curso, y frente a tercero, desde el 20 de mayo, fecha de inscripción en el Registro Público de Comercio;
3. La capacidad jurídica de CONOISA que proviene de su objeto social, es una situación intrínseca de la sociedad que se consolidó con antelación a la fecha de entrega de la propuesta;
4. La escritura de mayo 12 de 2010 que ahora se aporta, es la misma que reposa en nuestra oferta, solo que evidencia el hecho incuestionable de su inscripción en el registro el día 20 de mayo.

En consecuencia, la observación debe ser desestimada. En su lugar, y con fundamento en lo que señalamos en nuestras observaciones, en los conceptos jurídicos aportamos con ellas y en el concepto de **BAKER & MCKENZIE ABOGADOS S.C** el cual solicitamos que se tenga en cuenta para

el efecto, el INCO debe declarar ADMISIBLE nuestra oferta por cabal y completo cumplimiento de lo concerniente a la capacidad jurídica.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

3.2. Observación respecto de la capacidad jurídica de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. DE C.V., ICA.

La observación sigue la misma línea argumentativa de la precedente. En efecto, a juicio del proponente las escrituras públicas de constitución de ICA y de reforma, visibles a folio 146 a 170 y 189 a 258, respectivamente, no fueron inscritas en el Registro Público de Comercio de México motivo por el cual ICA no podría acreditar capacidad jurídica.

RESPUESTA

Al igual que el caso anterior, la observación falta a la verdad pues ICA inscribió en el Registro Público de Comercio sus instrumentos públicos. Al efecto basta indicar que a folio 221 a 257 de nuestra oferta, relacionado con la escritura 85.741 del 27 de octubre de 2009 Notaria 140, se lee: "La escritura de la que se sacó este documento quedó inscrita el 13 de Noviembre de 2009, en el folio mercantil No 736, del Registro Público de Comercio y de la Propiedad de esta ciudad.

Debemos señalar que este instrumento es suficiente para probar la capacidad jurídica de ICA, pues en el consta expresamente:

1. Fecha de constitución,
2. Objeto social;
3. Duración;
4. Representación

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

3.3. Observación respecto de un contrato celebrado por ICA con la secretaria de obras de Bogotá.

El oferente solicita no tener en cuenta los contratos de orden Nos 1,2 y 4 para construcción en general debido a que dicha experiencia fue obtenida en momentos en que estaba vigente una inhabilidad por cuenta de una declaratoria de caducidad del contrato 462 de 1997, inicialmente suscrito con la Secretaría de Obras Públicas del Distrito y cedido posteriormente al IDU.

RESPUESTA

Con preocupación seguimos asistiendo a la fiesta de remedo de observaciones, atrevidas y absurdas por decirlo menos, tal como acontece con el esperpento argumentativo que fundamenta tan precaria como increíble y errada observación, que ni el más malo estudiante de la facultad de derecho del país, cometería.

Parece increíble que un oferente serio que se supone se encuentra asistido por reconocidos profesionales, no sepa que el ámbito de aplicación de la ley 80 de 1993, se reduce y limita a Colombia. Los contratos suscritos por sociedades mercantiles fuera del país y, en consecuencia, regidos por otras normas, ni siquiera aplicables a Colombia, no tienen porque verse afectados por

determinaciones administrativas, en ejercicios de poderes exorbitantes respecto de contratos suscritos y ejecutados en Colombia.

ICA no ha negado que fue objeto de caducidad en el año 2002, lo cual le generó una inhabilidad que se extendió hasta Septiembre de 2007. Durante ese tiempo, esta sociedad mercantil mexicana que también ha ejecutado exitosamente varias obras, no participó en ningún proceso de selección convocado por una entidad estatal colombiana ni celebró contrato alguno. A manera de ejemplo, entre las obras ejecutadas en Colombia, podemos enunciar:

- *Construcción de la presa de Chingaza;*
- *Construcción del Proyecto Hidroeléctrico de Jaguas (Antioquia)*
- *Construcción del Proyecto Hidroeléctrico de San Carlos (Antioquia)*
- *Construcción del Proyecto Hidroeléctrico de Anchicayá (Valle del Cauca)*
- *Terminación de la construcción de Hidroeléctrica Guavio*

Por supuesto que la sanción de caducidad junto a la inhabilidad por 5 años que le sigue a ella, no tenía aplicación para la empresa en otros países y mucho menos, en el suyo propio, en donde es reconocida como una de las más importantes y serias de México. Por eso legítimamente participó en el tráfico jurídico internacional.

Una medida con efectos nacionales, como es la inhabilidad, no puede borrar experiencia que proviene de la ejecución de contratos en México. Es que por arte de magia no se pueden desaparecer las autopistas, los puentes, los viaductos, etc, que construyó y que operan perfectamente.

Aceptar la tesis del observante, implica:

1. *Ampliar los efectos legales de la Ley 80 de 1993 a contratos claramente no regulados por ella y a jurisdicciones distintas de la que abarca;*
2. *Incurrir en la comisión del delito de prevaricato por decisión abiertamente contraria a nuestro ordenamiento;*
3. *Ilicitud prima facie del acto de adjudicación que soporte una determinación de ese calibre.*

*Por lo anterior, el INCO **DEBE** desestimar de plano tan peregrina argumentación y llamar la atención frente a observaciones tan poco serias.*

3.4. Reporte y Publicidad de la inhabilidad.

El observante, con apoyo en los artículos 14 del decreto 2881 de 2008 y 31 de la ley 80 de 1993, solicita al INCO oficiar a varias entidades para que se determine desde cuando produce efectos erga omnes la inhabilidad indicada, respecto de terceros. Concluye que en caso de no haberse publicado la sanción en cumplimiento de las normas referidas, se produce una inhabilidad sobreviniente para ICA.

RESPUESTA

Una vez más, estamos en presencia de argumentaciones sin piso que ni siquiera pueden recibir la calificación de sofismas.

Sea lo primero advertir que el decreto 2881 de 2008 no aplica para el caso de la caducidad e inhabilidad comentadas. Su razón de ser aparece con motivo de la promulgación de la ley 1150 en julio de 2007. Salvo que entre nosotros haga carrera la retroactividad de la ley, respecto de lo cual

no estamos enterados, es claro que la ley en mención, así como la norma reglamentaria pertinente, no aplican al asunto materia de estos comentarios.

Debemos recordar también que no es CIERTO que se requiera la publicidad a que alude el artículo 31 de 1993 (sic), como condición para la producción de efectos legales de los actos sancionatorios. En concreto, la inhabilidad que sigue la caducidad, produce efectos plenos y generales desde el día siguiente en que quedó en firme el acto administrativo que la impuso, tal como diamantinamente se desprende del inciso final del numeral 1º, artículo 8, de la ley 80 de 1993, en concordancia con el Código Contencioso Administrativo, SEGÚN LA CUAL LA INHABILIDAD QUE GENERA LA CADUCIDAD "se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad".

Los fines perseguidos con la publicidad del artículo 31, atienden a la necesidad de informar al público una situación semejante, pero NO como condición necesaria para la producción de efectos. De ser ello así, por ejemplo y en caso de eventual negligencia del contratista y de la entidad por falta de publicación, la inhabilidad se extendería por mucho más de 5 años.

El artículo 31, contempla una obligación para el contratista y para la entidad, cual es que el primero debe correr con los gastos que demande la publicación y el segundo, en caso de omisión de aquel, proceder a ello por cuenta del contratista, generando el derecho a un reconocimiento pecuniario. Pero nada más.

Finalmente, debemos señalar que los eventos sobre inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes se regulan en el artículo 9 de la ley 80 de 1993, ninguno de los cuales aplica al caso.

Por lo anterior, es menester que el INCO rechace de plano esta observación que se encuentra contaminada con protuberantes yerros conceptuales y jurídicos.

3.5 Inhabilidad por posible responsabilidad civil y penal

La observación se dirige a que el INCO "investigue" con las autoridades correspondiente, si a la fecha hay sentencia ejecutoriada de orden penal o civil, por cuenta de los litigios entre ICA y el IDU.

RESPUESTA

Enfáticamente manifestamos que NO SE HA PRODUCIDO ninguna sentencia que declare responsabilidad civil o penal por cuenta de las controversias entre las partes reseñadas.

En su momento, un ex Director del IDU instauró denuncia penal contra algunos funcionarios de ICA. Sin embargo, no pasó de la etapa preliminar.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015200-2 de 06 julio de 2010

4º OBSERVACIONES PRESENTADAS POR VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S., PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.

4.1 Capacidad jurídica

El observante apoya el rechazo de nuestra oferta que hizo el INCO en relación con la capacidad jurídica y recuerda que de acuerdo con el artículo 10 de decreto 2474 de 2008, los “asuntos relacionados con la falta de capacidad para presentar oferta por parte del proponente, ... son por expresa orden legal,..., NO SUBSANABLES.

RESPUESTA

Sobre esta Observación manifestamos:

1. Que el artículo 10 de decreto 2474 de 2008 no tiene contenido ni categoría de ley, motivo por el cual la observación incurre en esa imprecisión técnica.
2. La norma legal aplicable es la contenida en el párrafo 1° del artículo 1150 de 2007 (sic), la cual permite subsanar deficiencias sobre requisitos habilitantes, dentro de lo cual se encuentra la capacidad jurídica, hasta el acto de adjudicación si excepción alguna.
3. Tal como lo dijimos en nuestro escrito de observaciones y al margen de la evidente ilegalidad de la norma reglamentaria por extralimitación no declarada aún por el Consejo de estado porque a la fecha no se ha demandado por ese motivo, lo cierto es que lo que no hay lugar a subsanar es la FALTA DE CAPACIDAD, que es bien distinto a defectos formales predicables de los documentos que acreditan la capacidad jurídica.
4. La capacidad jurídica de una sociedad está vinculada con su objeto social, y, por lo mismo, es una condición intrínseca del oferente. Es decir que al momento de presentar la propuesta se sabe si se tiene o no la capacidad. Si no la posee, no valen los cambios estatutarios que se realicen con posterioridad al cierre de la licitación pues ello implicaría corregir la falta de capacidad que es precisamente lo que la disposición reglamentaria proscribire.
5. Cosa distinta es lo relacionado con documentos referentes a una situación reinante al momento de presentar oferta y que no se cambia por parte del proponente ex profeso. Es decir que es válida la aportación de documentos con fines aclaratorios sobre la capacidad jurídica, bajo el supuesto, claro está, que la capacidad jurídica no se ha alterado. Sus propósitos, entonces, no son modificatorios sino explicativos y en ejercicio del derecho de defensa, como expresamente lo admite el Consejo de Estado.
6. En nuestro escrito de observaciones adjuntamos una serie de documentos que no se encaminan a MODIFICAR la situación predicable de la capacidad jurídica sino a aclarar dudas y malas interpretaciones del INCO. Capacidad jurídica, sea de paso indicar, que poseían CONOISA e ICA cuando aportaron la propuesta.

Respuesta del INCO

Ver respuesta dada al oficio con radicado INCO No. 2010-409-015188-2 de 06 julio de 2010.

En consecuencia, la calificación jurídica del proponente **CONSORCIO TRANSVERSAL AMÉRICAS 2010** es **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A PSF

- **OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

Observación presentada mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015198-2 de fecha 6 de julio de 2010, hora 15:53:21

“4.1 Documentos mediante los cuales se acredita la capacidad jurídica

*En el documento denominado Certificado de Cumplimiento de Obligaciones y Existencia Legal emitido por la Superintendencia de Compañías de Registro de Sociedades de la República de Ecuador, para la compañía Hidalgo e Hidalgo S.A, sociedad matriz de Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., folio 100, tiene vigencia hasta el 30 de abril de 2010, según se indica en el mismo. Teniendo en cuenta que el proceso licitatorio tiene fecha de cierre el día 3 de julio de 2010, el certificado en mención se encontraba vencido para esta fecha, por lo tanto no están cumpliendo con el requisitos habilitantes y la propuesta debe ser **RECHAZADA**”*

INCO responde:

Antes de entrar a dar respuesta al observante, es importante señalar lo dispuesto en el Pliego de Condiciones respecto a la forma de acreditar la situación de control del Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural, en el que se indica:

(...)

“3.5. ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL PROPONENTE O DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE

(...)

3.5.2 El Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural deberá acreditar la situación de control de la siguiente manera:

(a) Si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal del Proponente si fuere colombiano...”

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que según lo dispuesto en el Pliego de Condiciones transcrito anteriormente, la situación de control de los miembros de Estructuras Plurales que acreditan requisitos habilitantes de su matriz, se verificara cuando la sociedad sea colombiana, es el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, al ser Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S. una sociedad colombiana, la verificación de tal situación de control, se efectuara dentro del certificado de existencia y representación legal aportado en la propuesta, en el cual se evidencia sobre el particular lo siguiente:

(...)

“QUE POR DOCUMENTO PRIVADO DE REPRESENTANTE LEGAL DEL 26 DE ABRIL DE 2010, INSCRITO EL 4 DE MAYO DE 2010 BAJO EL NÚMERO 01380534 DEL LIBRO IX, COMUNICO LA SOCIEDAD MATRIZ:

- HIDALGO E HIDALGO SOCIEDAD ANÓNIMA

DOMICILIO: (FUERA DEL PAÍS)

QUE SE HA CONFIGURADO UNA SITUACIÓN DE CONTROL CON LA SOCIEDAD DE LA REFERENCIA.

CERTIFICA

****ACLARACIÓN DE SITUACIÓN DE CONTROL ***

SE ACLARA LA SITUACIÓN DE CONTROL DEL 26 DE ABRIL DE 2010, INSCRITA EL 04 DE MAYO DE 2010 BAJO EL NÚMERO 01380534 DEL LIBRO IX, EN EL SENTIDO DE INDICAR QUE ESTA SE CONFIGURO DESDE EL 26 DE ABRIL DE 2010” (...)

Por lo tanto, si bien es cierto como lo indica el observante el documento denominado Certificado de Cumplimiento de Obligaciones y Existencia Legal emitido por la Superintendencia de Compañías de Registro de Sociedades de la República de Ecuador, para la compañía Hidalgo e Hidalgo S.A, sociedad matriz de Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., folio 100, tiene vigencia hasta el 30 de abril de 2010, no menos cierto es que a través de dicho documento no se acredita la capacidad de la sociedad como mal lo anota el observante, dado que la capacidad jurídica tan solo se verifica la de las personas integrantes del grupo y de sus representantes legales en las Promesas de Sociedad

Futura, según lo dispuesto en el subnumeral iii. literal (b) del numeral 3.3.4. del Pliego de Condiciones se establece:

(...)

“iii. Acreditar la existencia, vigencia, representación legal y la capacidad jurídica de las personas integrantes del grupo y de sus representantes legales...”

En ese orden de ideas, al no ser la sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A. integrante del proponente **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S - Promesa de Sociedad Futura**, la verificación de la capacidad jurídica de tal sociedad no se contempla dentro del Pliego de Condiciones, como sí ocurre con la sociedad controlada por ésta, tal y como se evidencia dentro de la evaluación jurídica reflejada en el Informe Preliminar de Evaluación publicado en el SECOP.

- **OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.– PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

Observación presentada mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015187-2 de fecha 8 de julio de 2010

“3.1 Observaciones sobre los requisitos generales

- *Exigencia del Pliego de Condiciones*

El numeral 3.3.4, literal b), ordinal vi, señala quiénes deben suscribir la fianza, cuando se presenta la propuesta bajo en las promesas de sociedad futura, en los siguientes términos:

“vi. Así mismo, junto con el contrato de promesa de sociedad, el (los) futuros (s) accionistas o socios o partícipes que sean MAP y acrediten Requisitos Habilitantes, deberán cada uno suscribir una fianza, cuya única condición suspensiva válida será la Adjudicación del Contrato de Concesión”

- *Documento De la Propuesta*

La sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A.S., en calidad de MAP del Proponente ZONA VIAL BICENTENARIO PSF, no diligenció el Formato No. 5, es decir, no suscribió la fianza requerida por el pliego de condiciones. En lugar de ello, se incluye dos veces la fianza suscrita por PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S.”

INCO responde:

De la lectura a integral del Pliego de Condiciones, se extracta que son Miembros Acreditativo del Proponente en las Estructuras Plurales las personas jurídicas que tengan una participación mínima en la Estructura Plural del veinticinco por ciento (25%) y que acrediten al menos uno de los Requisitos Habilitantes establecidos en los numerales 4.1., 4.2. y 4.3, para considerarse MAP, condiciones que cumple la sociedad Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S.

Si bien es cierto que la sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A.S., no diligenció el Formato No. 5, la razón que justifica tal situación, es que dicha sociedad acredita los Requisitos Habilitantes establecidos en los numerales 4.1. (Experiencia en Construcción en General), 4.2. (Experiencia en Construcción de Carreteras) y 4.3. (Forma de Acreditar la Experiencia), a través de su matriz denominada HIDALGO E HIDALGO S.A., y por lo tanto, el llamado a suscribir la fianza según lo dispuesto en el literal (a) del numeral 3.5.2. es Hidalgo e Hidalgo S.A. en su condición de sociedad matriz de la compañía Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., tal y como aparece registrado dentro la fianza aportada por el proponente *ZONA VIAL BICENTENARIO PSF*, según consta en la propuesta a folios 0754 al 0756.

En consecuencia, la observación presentada por el proponente **VÍAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**, no es acogida por la entidad.

- **OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE METROVIAS DE LAS AMÉRICAS – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

Observación presentada mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-015201-2 de fecha 6 de julio de 2010, hora 16:00:52

“1, REQUISITOS HABILITANTES – CAPACIDAD JURÍDICA – INTEGRANTE HIDALGO E HIDALGO S.A.S,

*Se indica a Folios 68 de la Propuesta, que mediante Acta No. 001, el socio único de la persona jurídica HIDALGO E HIDALGO S.A.S. (quien en adelante y para todos los efectos de mayor claridad del presente escrito de observaciones denominaremos HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA), la sociedad HIDALGO E HIDALGO S.A. (quien en adelante y para todos los efectos de mayor claridad del presente escrito de observaciones denominaremos HIDALGO E HIDALGO ECUADOR) adelantó Asamblea de Accionistas mediante la cual autorizó al Representante legal de la firma HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA para participar en la Licitación. Sin embargo, como obra en el mencionado folio de la propuesta, el Acta indica que dicha Asamblea fue realizada en la ciudad de Quito, Ecuador. En virtud de lo anteriormente expuesto y en aras del cumplimiento de los requisitos habilitantes exigidos en el numeral 3.2, debe procederse por parte del INCO, a la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley 1258 de 2008 = Reuniones de Órganos Sociales=: toda vez que a la luz de la mencionada norma, las reuniones de los órganos sociales podrán realizarse fuera del domicilio social, que para el presente caso es la ciudad de Bogotá D.C., **siempre y cuando se cumplan los requisitos de quórum y convocatoria previstos en los artículos 20 y 22 de la mencionada norma, entendidos estos como requisitos de solemnidad y especiales para que tal actuación produzca efectos.***

(...)

Cabe señalar que solicitamos a la entidad proceder a realizar la verificación pertinente, y ponga en conocimiento de los demás proponentes el resultado de su indagación, dada la imposibilidad material y legal del observante de requerir documentación de orden privado a la sociedad HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA”

INCO responde:

Se aclara al observante, que tal y como se evidencia dentro del Acta No 001 las decisiones adoptadas en dicho documento fueron tomadas por el **SOCIO ÚNICO** de Hidalgo e Hidalgo S.A., lo que implica que podía reunirse sin previa citación y en cualquier sitio (fuera de su domicilio principal), cuando estuviere representada la totalidad de las acciones suscritas, como ocurrió en este caso, según lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Comercio Colombiano.

En consecuencia, la entidad no acoge la observación presentada por el proponente **METROVIAS DE LAS AMÉRICAS – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.**

“2. REQUISITOS HABILITANTES = APOSTILLE |

A título de observación general señalamos que los documentos aportados a folios 102, 152, 156, 162, 168, 172, 175, 212 y 227 no fueron otorgados con el cumplimiento de lo exigido por la Legislación Colombiana y el Pliego de Condiciones, toda vez que el apostille se ha otorgado sobre la firma de notario y no de la persona que suscribe el documento, con lo cual no se tiene certeza que el funcionario público que suscribe el documento cuenta con la capacidad jurídica de representar a la entidad y en consecuencia de emitir ese documento:

*“(2) Apostilla... Es este caso sólo será exigible la apostilla, trámite que consiste en el certificado mediante el cual **se avala la autenticidad de la firma y el título a que ha actuado la persona firmante del documento** y que se surte ante la autoridad competente en el país de origen” (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

En virtud de lo indicado en la Ley 455 de 1998 y el numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones, quién da fe pública de que los documentos han sido suscritos por las personas competentes y que adicionalmente dicha firma corresponde a tal persona, no es el notario público sino el funcionario competente en el país de origen, que para el presente caso es el Director de Legalizaciones, en la República del Ecuador.”

INCO responde:

Antes de entrar a dar respuesta a la observación presentada es necesario precisar el marco jurídico de la Ley 455 de 1998 la cual aprobó la "convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros" suscrita en La Haya el 5 de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1961).

Que la Convención señala que el único trámite que podrán exigir los Estados partes para certificar la autenticidad de una firma y a que título ha actuado la persona que firma un documento, es la adición de un certificado denominado Apostilla, por parte de la autoridad competente del país donde se origina el documento

Es así como en el artículo 1° de la mencionada Ley, determino que los siguientes son considerados documentos públicos:

- a. Los documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados.
- b. Documentos administrativos.
- c. Actos notariales.
- d. Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firma.

Con fundamento en lo anterior, el Pliego de Condiciones estableció en el subnumeral 2) literal iii. Numeral 3.3,2:

“Apostilla. Cuando se trate de documentos de naturaleza pública otorgados en el exterior, de conformidad con lo previsto en la Ley 455 de 1998, no se requerirá del trámite de consularización señalado en el numeral (1) anterior, siempre que provenga de uno de los países signatarios de la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961, sobre abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, aprobada por la Ley 455 de 1998. En este caso sólo será exigible la apostilla, trámite que consiste en el certificado mediante el cual se avala la autenticidad de la firma y el título a que ha actuado la persona firmante del documento y que se surte ante la autoridad competente en el país de origen. Si la apostilla está dada en idioma distinto del castellano, deberá presentarse acompañada de una traducción oficial a dicho idioma y la firma del traductor legalizada de conformidad con las normas vigentes.”

Con fundamento en lo anterior, y una vez revisados los documentos apostillados a los que alude el observante, se encuentra que el notario en uso de las facultades que le confiere el numeral 9 del artículo 18 de la Ley Notarial efectuó un reconocimiento de firma (acto por el que certifica que la firma y rubrica que figura en el documento que se exhibe es similar a la cédula que le fue presentada), atribución reglada en la ley y válida a la luz de la norma ecuatoriana, por lo tanto, al ser considerados los actos notariales un documento público, la autoridad competente del país de origen del documento, tan solo avala la autenticidad de la firma del notario y el título a que ha actuado la persona firmante, como acertadamente aparece registrado en cada una de las apostillas revisadas.

En consecuencia, la entidad no acoge la observación presentada por el el proponente **METROVIAS DE LAS AMÉRICAS – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**

"3. REQUISITOS HABILITANTES = FIANZA

(...)

*Obrando a folios 754 a 756 de la propuesta, el documento Proforma establecido por el INCO para el caso de acreditación de Requisitos Habilitantes, en cas de que esto hubiere sido realizado a través de la matriz de uno de los integrantes del Proponente. Para el caso en particular, la Fianza aparentemente es otorgada por la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** en calidad de FIADOR de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA**, a través de la Proforma que fue firmada por el Sr. Juan Gonzalo Restrepo, en calidad de Apoderado Especial de **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR**.*

De las disposiciones del Pliego de Condiciones y de los documentos que obran en la propuesta se llega a las siguientes conclusiones:

Frente a HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA

*Cada uno de los integrantes de la Promesa de Sociedad Futura que tenga la calidad de MAP, deberán presentar la FIANZA y por tanto, actuar en calidad de fiador de las obligaciones que la sociedad Concesionaria que se deriven de la adjudicación. Dentro de la propuesta no obra la FIANZA de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA** con la sociedad concesionaria, con lo cual el proponente **NO** estaría cumpliendo con lo establecido en el Pliego de Condiciones.*

(...)

*Por lo tanto, el no otorgamiento de la FIANZA de **HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA** a la sociedad concesionaria, implica que el proponente se encuentre incurso en la causal 7.11.2 del Pliego de Condiciones que trae como consecuencia el **RECHAZO** de la propuesta".*

INCO responde:

De la lectura a integral del Pliego de Condiciones, se extracta que son Miembros Acreditativo del Proponente en las Estructuras Plurales las personas jurídicas que tengan una participación mínima en la Estructura Plural del veinticinco por ciento (25%) y que acrediten al menos uno de los Requisitos Habilitantes establecidos en los numerales 4.1., 4.2. y 4.3, para considerarse MAP, condiciones que cumple la sociedad Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S.

Si bien es cierto que la sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A.S., no diligenció el Formato No. 5, la razón que justifica tal situación, es que dicha sociedad acredita los Requisitos Habilitantes establecidos en los numerales 4.1. (Experiencia en Construcción en General), 4.2. (Experiencia en Construcción de Carreteras) y 4.3. (Forma de Acreditar la Experiencia), a través de su matriz denominada HIDALGO E HIDALGO S.A., y por lo tanto, el llamado a suscribir la fianza según lo dispuesto en el literal (a) del numeral 3.5.2. es Hidalgo e Hidalgo S.A. en su condición de sociedad matriz de la compañía Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., tal y como aparece registrado dentro la fianza aportada por el proponente ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSF, según consta en la propuesta a folios 0754 al 0756.

En consecuencia, la observación presentada por el proponente **VÍAS DE LAS ÁMERICAS S.A.S. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**, no es acogida por la entidad.

(...)

"Frente a HIDALGO E HIDALGO ECUADOR

*De otra parte, debe igualmente el INCO tener presente que debe también procederse al **RECHAZO** de la propuesta, dado que la persona natural que obra como apoderado Especial de la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** y quien suscribió la propuesta **NO** contaba con la capacidad de representación para suscribir el mencionado documento, por las razones que a continuación se exponen y por ende, no tenía la capacidad para comprometer a la sociedad **HIDALGO E HIDALGO ECUADOR** con la mencionada FIANZA, con lo cual el mencionado documento es **INOPONIBLE** ante terceros."*

(,,)

INCO responde:

Una vez analizados los hechos que pone de presente el observante frente a la propuesta presentada por el Proponente ZONA VIAL BICENTENARIO PSF, la entidad encuentra que el señor Juan Gonzalo Restrepo Peláez no cuenta con las facultades legales para suscribir la Fianza aportada por HIDALGO E HIDALGO S.A.

No obstante lo anterior, se le precisa al observante que el señor Juan Gonzalo Restrepo Peláez sí cuenta con la capacidad de representación de la sociedad HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S, pues según consta en el certificado de existencia y representación legal aportado en la propuesta funge como representante legal de dicha sociedad.

Con fundamento en lo anterior, la Coordinadora del Grupo de Defensa Judicial, Doctrina y Conceptos, en su condición de Directora de la Evaluación, mediante oficio con radicado INCO No. 2010-101-0093961 de fecha 14 de julio de 2010, requiere al representante legal de Zona Vial Bicentenario S.A. PSF para que allegue la fianza de la matriz de la sociedad HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S, en las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y la ley.

Mediante comunicación de fecha 19 de julio del año en curso, con radicado INCO No. 2010-409-016304-2, se allegó los siguientes documentos, debidamente legalizados de conformidad con lo establecido en el subnumeral 2, literal (iii) numeral 3.3.2 del Pliego de Condiciones:

1. Fianza suscrita por parte del señor Juan Francisco Hidalgo Barahona, representante legal de la sociedad HIDALGO E HIDALGO S.A. (Ecuador), sociedad matriz de HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S, según consta en la cláusula cuarta de la Escritura Pública de Ratificación de Poder, en la que declara:

“CUARTA. DECLARACIÓN ADICIONAL.- El compareciente declara expresamente y deja constancia que, de conformidad con el literal d) del artículo vigésimo primero y el literal e) del artículo décimo octavo de los Estatutos Sociales de la compañía, codificados mediante escritura pública otorgada el ocho de junio del año mil novecientos noventa y dos ante Notario Vigésimo Octavo del cantón Quito e inscrita en el Registro Mercantil de Quito el trece de julio del mismo año, tiene plena capacidad para comprometer jurídicamente a la compañía HIDALGO E HIDALGO SOCIEDADA ANÓNIMA, así como que no tiene limitaciones estatutarias de ninguna índole para contraer obligaciones a su nombre; en consecuencia no requiere ni autorización ni aprobación alguna por parte de la Junta General de Accionistas de la compañía, ni de ningún órgano societario... ”
2. Certificado de cumplimiento de obligaciones y existencia legal de la sociedad HIDALGO E HIDALGO SOCIEDADA ANÓNIMA expedido por la Superintendencia de compañías de la República de Ecuador.
3. Escritura pública suscrita el 8 de junio de 1992 contentiva de los Estatutos de HIDALGO E HIDALGO S.A., en cuyos artículos vigésimo primero literal d) y décimo octavo literal e) se evidencia que el señor JUAN FRANCISCO HIDALDO BARAHONA, en su condición de presidente en ejercicio de la representación legal de dicha compañía, no tiene limitaciones de ningún tipo para suscribir la fianza enunciada en el numeral primero.
4. Certificado que acredita la calidad del señor JUAN FRANCISCO HIDALDO BARAHONA, en su condición de presidente de la sociedad anónima HIDALGO E HIDALGO.

5. Escritura pública de fecha 31 de julio de 2010, por medio de la cual el señor JUAN FRANCISCO HIDALDO BARAHONA, en su condición de presidente en ejercicio de la representación legal de HIDALGO E HIDALGO SOCIEDAD ANÓNIMA (Ecuador) ratifica la fianza suscrita por parte del señor JUAN GONZALO RESTREPO PÉLAEZ, en su calidad de apoderado de aquella sociedad.

Una vez verificada la información aportada, y luego de un estudio juicioso de la misma, el Comité Evaluador encuentra que la fianza de la matriz de la sociedad HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S aportada, cumple con las condiciones establecidas en el Pliego de Condiciones y la ley.

En consecuencia, la calificación jurídica del proponente **ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA** es **ADMISIBLE**.

1.2.GARANTÍAS

PROPONENTE No. 1 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF

Teniendo en cuenta que la garantía presentada por el proponente cuyos artículos cumple con los requerimientos del pliego de condiciones, obtiene calificación de **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF El proponente realizó las correcciones solicitadas por la entidad en el informe preliminar de evaluación, esto es, precisó la vigencia de la garantía señalando el vencimiento inicial de la misma; identificó al tomador, presentando a cada uno de sus integrantes con su número de identificación; aclaró el procedimiento para hacer efectiva la garantía, indicando que este se ajusta a lo señalado en el Decreto 4828 de 2008 y además presentó la calificación de riesgo del emisor en los términos exigidos por la circular básica jurídica N 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria hoy Financiera.

Por lo anterior, la garantía presentada por el proponente obtiene calificación de **ADMISIBLE**

PROPONENTE No. 3 PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS

Teniendo en cuenta que la garantía presentada por el proponente cumple con los requerimientos del pliego de condiciones, obtiene calificación de **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 4 CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010

Teniendo en cuenta que la garantía presentada por el proponente cumple con los requerimientos del pliego de condiciones, obtiene calificación de **ADMISIBLE**.

PROPONENTE No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A PSF

Teniendo en cuenta que la garantía presentada por el proponente cumple con los requerimientos del pliego de condiciones, obtiene calificación de **ADMISIBLE**.

OBSERVACIONES DE OTROS PROPONENTES EN RELACION A LAS GARANTIAS:

OBSERVACION

1

Se cuestiona que la Garantía de Seriedad de la Oferta, presentada por el PROPONENTE VIAS DE COLOMBIA SAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, no cumple con los requisitos de

suficiencia (valor garantizado) exigido en los pliegos de condiciones. INCO RESPONDE se ratifica por parte de la Entidad que la garantía de Seriedad de la oferta presentada por el proponente VIAS DE COLOMBIA SAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, es suficiente y su valor garantizado es consistente con el término establecido en el pliego de condiciones, en este orden la entidad observa ciertos los planteamientos que el proponente mediante oficio radicado en la entidad con el número 2010-409-015601-2 del 9 de Julio de 2010, presenta como observaciones al cuestionamiento recibido.

OBSERVACION

2

El proponente PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS SAS manifiesta que de la garantía presentada por el proponente CONTROLADORA DE OPERACIÓN DE INFRAESTRUCTURA SA DE CV, debe ser valorada la capacidad financiera de la aseguradora: El proponente CONTRALADORA DE OPERACIÓN DE INFRAESTRUCTURA SA DE CV., responde que no puede cuestionarse la capacidad financiera de la aseguradora, por no ser una exigencia del pliego de condiciones y tampoco en la ley, agrega que realizar tal indagación contraviene los términos del proceso de licitación.

INCO RESPONDE

Es aceptable la observación del proponente METROVIAS DE LAS AMERICAS, en el sentido que la entidad debe conocer la capacidad financiera de cada uno de los emisores de las garantías del presente proceso, no solo de la garantía del proponente CONTROLADORA DE OPERACIÓN DE INFRAESTRUCTURA SA DE CV.

No es aceptable la afirmación del proponente cuatro, cuando indica que no es requisito de los pliegos y tampoco de la ley que la entidad valore la capacidad financiera del emisor de una garantía, evaluar en un proceso como el presente, únicamente la caratula de la póliza o el contenido formal de un contrato de garantía bancaria, ubica a la Entidad como mero validador de documentos.

La certeza de la cobertura suficiente de los riesgos que la Entidad debe tener requiere un análisis completo de los términos jurídicos y financieros que compone cada garantía, por lo anterior la entidad solicito a la superintendencia financiera que certificara conforme al Decreto 2271 de 1993, el patrimonio técnico de cada aseguradora y entidad bancaria, para valorar de manera objetiva la capacidad de cada una para asumir los riesgos tratados en el presente proceso.

La Superintendencia Financiera de Colombia, mediante oficio 2010-409-015929-2 del 14 de Julio de 2010, certifico el patrimonio técnico de cada asegurador y entidad bancaria, otorgando claridad sobre el cumplimiento de los términos ordenados en el Decreto 2271 de 1993, esto en relación con el anexo 7 aportado por cada proponente. De la información recibida, la Entidad concluye el cumplimiento de cada entidad aseguradora y bancaria, de los términos legales y financieros exigidos en Colombia para la que la actividad aseguradora se manifieste como practica segura

1.3.CAPACIDAD FINANCIERA

PROPONENTE 1: VIAS LAS AMERICAS S.A.S PROMESA DE CIUDAD FUTURA

Cumple con lo exigido en el en el pliego de condiciones, por tanto obtiene calificación financiera de **ADMISIBLE**.

PROPONENTE 2: VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.

- El proponente debe allegar copia del extracto del acta de junta directiva del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. por medio del cual: (i) aprobó el cupo de crédito de que trata la certificación del Formato 4 anexo a la Propuesta y que fue solicitado para el presente proceso Licitatorio SEA-LP-002-2009, y (ii) aprueba el cupo de crédito al MAP. Todo lo anterior en los términos del numeral 4.5.2. (a) del pliego de condiciones.

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015186-2 del 8 de julio de 2010, el proponente allega los estatutos sociales del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A., mediante el cual se evidencia que el Consejo de Administración es el encargado de otorgar créditos. De igual forma hacen referencia a los poderes contenidos en la propuesta, y conferidos especialmente por el representante de dicho Consejo de Administración a los señores Lorenzo Gómez Arevalillo del Puerto y María del Carmen Núñez Fernández, para que mancomunadamente expidan la certificaciones de crédito acordes con los requerimientos del Pliego de Condiciones.

- Para la empresa Latinoamericana de Construcciones S.A. debe allegar los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2009 o el último cierre ordinario debidamente aprobado por la asamblea de accionistas, junta de socios o el órgano social competente, según la jurisdicción del país de origen y de conformidad con lo señalado en el Pliego de Condiciones y en especial el numeral 4.4.

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015186-2 del 8 de julio de 2010, el proponente adjunta los estados financieros con corte 31 de diciembre de 2009, de la empresa Latinoamericana de Construcciones s.a.-LATINCO S.A., debidamente aprobados por el órgano competente.

- Para la empresa HB Estructuras Metálicas S.A. debe allegar los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2009 o el último cierre ordinario debidamente aprobado por la asamblea de accionistas, junta de socios o el órgano social competente, según la jurisdicción del país de origen y de conformidad con lo señalado en el Pliego de Condiciones y en especial el numeral 4.4.

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015186-2 del 8 de julio de 2010, el proponente adjunta los estados financieros con corte 31 de diciembre de 2009, debidamente aprobados por el órgano competente.

- Mediante radicado No. 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, el proponente No. 4, Consorcio Transversal Américas 2010 observa a este proponente No. 2 en el sentido que a folio 420 de ese proponente acredita la información financiera de OHL S.A., que no es miembro del proponente. En el mismo sentido dicho formato no viene diligenciado por el contador.

RESPUESTA: Efectivamente como lo manifiesta el observante, la información consignada en el formato 2A, anexo a folio 420 de la propuesta corresponde a la

información financiera de la empresa OHL S.A. Sin embargo, el proponente acreditó debidamente la situación de control de OHL S.A., sobre OHL Colombia. Por lo anterior la observación no procede.

Con relación a la firma del contador en el Formato 2A, dicho requisito era opcional de acuerdo con el contenido del numeral 4.4. del Pliego de Condiciones. Por lo anterior esta observación no procede.

- Mediante radicado No. 2010-409-015201-2 de julio 6 de 2010, el proponente No. 3, PSF Metrovías de las Américas S.A.S. observa a este proponente No. 2 en el sentido de que la certificación emitida por al Banco Bilbao Argentaria S.A. manifiesta que el crédito fue emitido a favor de varias empresas, lo que iría en contra del numeral 4.5.3 del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA: En respuesta al requerimiento efectuado por el INCO al proponente No. 2, y que fue atendido mediante radicado No. 2010-409-015186-2 del 8 de julio de 2010, se evidencia que el crédito en mención cumple con los requisitos del Pliego de Condiciones puesto que anexó la certificación donde se corrobora la información consignada en el Formato No. 4 anexo a la propuesta. Por lo anterior, la observación no procede.

Por todo lo anterior este proponente se encuentra **ADMISIBLE**.

PROPONENTE 3: PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS S.A.S

- Para el miembro del proponente Luis Héctor Solarte Solarte, allegar una copia del extracto del documento por medio del cual el órgano competente del Banco de Occidente aprobó el cupo de crédito por valor de (\$40.000.000.000) cuarenta mil millones de pesos, de acuerdo con el numeral 4.5.2. del Pliego de Condiciones.

Mediante radicado No. 2010-409-015203-2 de fecha 6 de julio de 2010, el proponente allega copia de Acta número 1236 emitida por el Banco de Occidente de fecha 25 de junio de 2010, en la cual "...autorizó la renovación al cliente LUIS HECTOR SOLARTE SOLARTE..."

Mediante radicado 2010-409-016574-2 de fecha 21 de julio de 2010, este proponente No. 3 allega: (i) Documento de fecha 21 de julio de 2010 del Banco de Occidente debidamente suscrito por el Representante Legal de dicha entidad, en el que explica que CSS Constructores tenía un crédito aprobado por \$60.000 millones de acuerdo con el acta de junta directiva que anexa de fecha 23 de octubre de 2009. Que de dicho crédito, se efectuó una cesión parcial a Luis Héctor Solarte Solarte por valor de \$40.000 millones, de acuerdo con la solicitud anexa recibida por parte de la firma CSS Constructores de fecha 31 de mayo de 2010 a efectos de participar en el presente proceso licitatorio. (ii) Extracto de acta 1221 del Banco de Occidente de fecha 23 de octubre de 2009 donde se evidencia la aprobación del crédito a la firma CSS Construcciones por valor de \$60.000 millones. (iii) Copia de la comunicación del firma CSS Construcciones de fecha 31 de mayo de 2010 donde le solicita al Banco de Occidente la cesión parcial del crédito por valor de \$40.000 millones a favor de Luis

Héctor Solarte Solarte. (iv) Copia del certificado de la Superintendencia Financiera de Colombia donde se evidencia la capacidad para suscribir el documento descrito en el inciso (i) anterior.

RESPUESTA INCO: Teniendo en cuenta que este proponente No. 2, evidenció que contaba con el cupo de crédito requerido para presentarse en el presente proceso licitatorio, este proponente se encuentra **ADMISIBLE**.

- Mediante radicado No. 2010-409-015198-2 de fecha 6 de julio de 2010, el proponente número 1, Vías de las Américas S.A.S. – Promesa de sociedad futura observa a este proponente No. 3 en cuanto a la solicitud del INCO sobre la copia del extracto del documento del órgano competente del Banco de Occidente donde se aprobó el cupo de crédito a Luis Héctor Solarte Solarte.

RESPUESTA: No se acepta su solicitud en el sentido que el documento requerido al proponente No. 3 corresponde a un requisito habilitante, no a un requisito de capacidad jurídica.

Por todo lo anterior, el proponente se encuentra **ADMISIBLE**.

PROPONENTE 4: CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010

- Para la empresa Concesiones y Construcciones CONCISA S.A., debe allegar el Balance de Iniciación con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el numeral 4.4. del Pliego de Condiciones.

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, el proponente adjunta el Balance de Iniciación de la empresa CONCISA S.A., con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el numeral 4.4. del Pliego de Condiciones.

- Para la empresa Concesiones y Construcciones CONCISA S.A., debe allegar la tasa de cambio con la cual realizó la conversión de la información consignada en el Formato 2A y 2B.

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, el proponente adjunta la tasa de cambio con la cual realizó la conversión de la información consignada en el Formato 2A y 2B.

- Para le empresa Ingenieros Civiles Asociados S.A. de C.V., debe allegar los Formatos 2A y 2B con la tasa de cambio exigida en el inciso (c) del numeral 3.4.1, es decir la que aparece publicada en www.x-rates.com pestaña "historic lookup".

RESPUESTA: Mediante radicado No. 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, el proponente adjunta los Formatos 2A y 2B con la tasa de cambio exigida en el inciso (c)

del numeral 3.4.1, es decir la que aparece publicada en www.x-rates.com pestaña "historic lookup".

- Mediante radicado No. 2010-409-015198-2 de fecha 6 de julio de 2010, el proponente número 1, Vías de las Américas S.A.S. – Promesa de sociedad futura observa a este proponente No. 4 en cuanto a la legalización de los documentos que acreditan los requisitos financieros habilitantes.

RESPUESTA: No se acepta su solicitud.

- Mediante radicado No. 2010-409-015720-2 de fecha 12 de julio de 2010, este proponente No. 4 responde la observación sobre el cupo de crédito en el sentido que Global Bank de Panamá se encuentra en el listado que lleva el Banco de la República como entidad admitida para prestar a residentes colombianos como lo exigió el pliego. La deuda a largo plazo del Global Bank de Panamá cuenta con una calificación de crédito A+ y que esta deuda es superior a la exigida en el pliego de condiciones que exige BBB. Fitch Ratings es una agencia calificadora de reconocida reputación internacional como lo exige el pliego. Replica que el observante se equivoca al tratar de asimilar el concepto de "una calificación global de crédito" con "una calificación internacional de crédito". Replica que los planteamientos se observante se basan en que argumenta que el pliego solicitó una cupo de crédito de bancos de países con grado de inversión, y trata de argumentar que el observante plantea que los pliegos trataron de favorecer a los proponentes con cupos de crédito de bancos colombianos a lo pedirles este requisito.

Mediante radicado 2010-409-016279-2 de fecha 16 de julio de 2010, este proponente No. 4 allega un concepto solicitado a los Doctores Andrés Flórez Villegas y Augusto Acosta Torres, sobre la expresión "sociedades de servicios financieros vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia", así como sobre las calificaciones de deuda de largo plazo otorgada por las calificadoras de valores.

Mediante oficio de fecha 30 de julio de 2010 el proponente PSF Metrovías de las Américas SAS observa a este proponente en el sentido que el cupo de crédito otorgado para el presente proceso licitatorio fue otorgado por la misma entidad bancaria que otorgó el cupo de crédito para el proceso licitatorio de Ruta del Sol. Al ser iguales los requisitos de los Pliegos de Condiciones en este punto, y como este proponente No. 4 fue no admisible en al proceso en cuestión se solicita tomar igual decisión en este proceso. Cuestiona la forma de acreditación de las capacidades del gerente del Banco para otorgar el cupo de crédito.

RESPUESTA INCO: Se observa que efectivamente la calificación internacional de la República de Panamá corresponde a BBB-. De igual forma se observa que en el informe de la empresa Fitch Ratings aportado por el proponente No. 4 en su propuesta, el Global Bank es presentado con calificación local para dicha entidad bancaria de A+. Es decir, la calificación aportada por el proponente corresponde a una calificación local y no global como lo exige el Pliego de Condiciones. Sobre este particular se enfatiza que el término "calificación global de crédito" del Pliego de Condiciones hace referencia clara y contundente a una calificación reconocida internacionalmente. Tanto es así, que el propio Pliego de Condiciones exige este mismo requisito para la entidad que emita la

calificación, la cual debe ser de “reconocida reputación internacional”. No tendría sentido por parte del Pliego de Condiciones exigir que la entidad que hubiera emitido la calificación tuviese reconocida reputación internacional, si dicha calificación exigida no tuviera el carácter de internacional. En este sentido el uso del término global en el argot financiero indica sin lugar a equívocos que se habla de una calificación internacional.

En efecto, la definición de Sector Financiero del Pliego de Condiciones que se encuentra en el literal (b) del numeral (yy) de las definiciones del Pliego de Condiciones se evidencia: *“(b) las sociedades extranjeras de servicios financieros que se encuentren en el listado que lleva el Banco de la República colombiano de entidades financieras admitidas para prestar a residentes colombianos cuya deuda de largo plazo cuente con una calificación global de crédito de al menos BBB de Standard & Poor’s Corporation, o su equivalente si es otorgado por una agencia calificadoras distinta, caso en el cual deberá ser de reconocida reputación internacional.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Se reitera entonces que el Pliego de Condiciones no da lugar a interpretaciones ni ambigüedades cuando exige claramente que la entidad que aporte el cupo de crédito deba contar con una calificación global de crédito de al menos BBB, la cual debe ser emitida por una entidad calificadora de reconocida reputación internacional.

Adicionalmente el proponente allega un concepto que solicitó, en el que se efectúa una revisión de las Sociedades de Servicios Financieros, pretendiendo crear confusión sobre la definición de Sistema Financiero del Pliego de Condiciones. Sobre este particular se observa que dicha definición contenida en el Pliego de Condiciones responde a unos conceptos que no se encuentran en duda en el presente informe de evaluación y que ninguno de los proponentes del presente proceso licitatorio tuvo problema en interpretar. Ni siquiera este proponente No. 2, el cual cumple con esta parte de la definición de Sistema Financiero del Pliego de Condiciones, y no es esta la causa de su calificación de NO ADMISIBLE.

También en dicho concepto el proponente pretende demostrar que el Pliego viola el principio de igualdad, estableciendo diferentes requisitos entre las sociedades de servicios financieros colombianas y las extranjeras. Sobre este particular se hace necesario precisar que el haber considerado unos requisitos para las sociedades extranjeras que no contemplaban las sociedades colombianas, en ningún momento viola el principio de igualdad. Para las entidades colombianas se tiene la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, pero es potestativo de la Administración el efectuar requerimientos que le brinden la seguridad y certeza que amerita la importancia del presente proceso licitatorio en cuanto a las entidades internacionales. En este sentido, la gran incertidumbre que rodea la inestabilidad del sistema financiero mundial, hace necesario que la Entidad hubiese definido requisitos para estas entidades internacionales que desde ningún punto de vista degradan a ningún proponente, sino que antes por el contrario, le brindan la certeza al Gobierno Nacional de tener un respaldo sólido e incuestionable para el proceso.

Con relación a las facultades por parte del gerente del Banco para otorgar el cupo de crédito, las mismas se encuentran debidamente acreditadas en la propuesta.

Por todo lo anterior, la observación procede y el proponente se considera **NO ADMISIBLE**.

PROPONENTE 5: PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA ZONA VIAL BICENTENARIO S.A.

- Mediante radicado No. 2010-409-015187-2 de fecha 6 de julio de 2010, el proponente número 2, Vías de las Américas – Promesa de sociedad futura observa a este proponente No. 5 en cuanto a que los estados financieros de INFRACON S.A. a folio 447 no cuentan con la debida aprobación del órgano competente por los valores consignados en los estados financieros aportados a la propuesta.

Mediante radicado 2010-409-015772-2 de fecha 13 de julio de 2010 este proponente No. 5 explica que los estados financieros de la empresa INFRACON S.A., son los reflejados en el Formato 2A y que se encuentran debidamente certificados por el Revisor Fiscal tal y como consta en la propuesta.

RESPUESTA: Una vez revisada la información contenida en el Formato 2A del miembro del proponente INFRACON S.A. se aprecia que la información allí consignada corresponde a la que se encuentra debidamente certificada por el Revisor Fiscal de dicha entidad, la empresa Fernández Internacional, Auditores y Consultores a través de su Revisor Germán Hernández Benavides, en los folios 447 y subsiguientes. Se aprecia que dichos estados financieros son los presentados en la Asamblea General ordinaria de accionistas de la Sociedad Infraestructura Concesionada Infracon S.A., a folios 491 en adelante. Por lo anterior la observación no procede.

- Mediante radicado No. 2010-409-015187-2 de fecha 6 de julio de 2010, el proponente número 2, Vías de las Américas – Promesa de sociedad futura observa a este proponente No. 5 en cuanto al condicionamiento del cupo de crédito presentado en el extracto de acta de junta directiva del Banco de Bogotá.

Mediante radicado No. 2010-409-15772-2 de fecha 13 de julio de 2010, este proponente No. 5 replica la observación recibida en el sentido que el condicionamiento del Banco de Bogotá colocado en el extracto de acta de junta directiva corresponde a una normativa en la materia y por lo tanto no debe considerarse como un condicionamiento. En el mismo sentido allegan oficio del Banco de Bogotá con radicado SG-238-10 de fecha 12 de julio de 2010 y manifiestan que el endeudamiento de las empresas Conalvías S.A., Pavimentos Colombia S.A.S y la Zona Vial Bicentenario S.A. – Promesa de Sociedad Futura no excede en la actualidad el límite de endeudamiento permitido al Banco de Bogotá.

RESPUESTA: Efectivamente, una vez revisados los extractos del acta No. 990 de fecha mayo 4 de 2010, se puede evidenciar que el cupo de crédito aprobado por el Banco de Bogotá en dicha acta se encuentra condicionado. En dicho documento se puede leer: *“CONDICIONES: En ningún caso la sumatoria del endeudamiento de Conalvías S.A., Pavimentos Colombia S.A.S y la Zona Vial Bicentenario S.A. – Promesa de Sociedad Futura, podrá exceder el nivel máximo permitido al Banco de Bogotá, teniendo en cuenta el Patrimonio Técnico del Banco conforme a la normatividad vigente.”*

Se aprecia que este condicionamiento viola lo consagrado en el Formato 4 del Pliego de Condiciones, el cual reza: *“Este cupo de crédito en firme no estará sujeto a aprobaciones posteriores y no está sujeto a ninguna condición.”* (Subrayado fuera del texto).

Se observa claramente que, si bien es cierto el observado menciona en su documento de defensa que la condición de la Junta directiva del Banco de Bogotá corresponde a una normativa en la materia, el Pliego de Condiciones fue expresamente claro en que el cupo de crédito no debía contener ninguna condición, pues no es dado a la administración correr con el riesgo que acarrea el condicionamiento expreso por la Junta Directiva del Banco de Bogotá, la cual no fue incluida por ninguno de los otros proponentes que utilizaron este mecanismo, e incluso, el mismo banco.

Por tanto obtiene calificación financiera de **NO ADMISIBLE**.

2. CAPACIDAD TECNICA

PROPUESTA No. 1 VIA DE LAS AMERICAS SAS PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

A. RADICACION INCO 2010 409 015164-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 RESPUESTA DEL PROPONENTE NO. 1 A LAS OBSERVACIONES DEL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN.

Mediante comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) el proponente No. 1 presenta aclaraciones a las certificaciones de los contratos con numero de orden 1,2,3, y 4 para la experiencia en construcción de carreteras en los siguientes términos:

- Contrato No. de orden 1 (proyecto vial Armenia Pereira Manizales), formato 3.
En folios 4 y 5 presenta certificación del INCO de fecha 1-jul.-10 donde se aclara que el valor del contrato de concesión 113 de 1997 es la suma de \$145.980.347.541,48 pesos de sep./96 considerando las siguientes exclusiones: estudios y diseños, obras de rehabilitación, obras ambientales, construcción infraestructura de operación, compra de predios, interventoría de diseño y construcción y aseguramiento de calidad.
De esta forma el INCO considera aclarada la información.
- Contrato No. de orden 2 (Troncal NQS Sur) , formato 3.
En folio 6 presenta certificación de Trans NQS sur S.A. de fecha 29-jun.-10 donde aclara que el valor de obras de construcción de carreteras o vías urbanas principales de contrato fue de \$ 71.294.947.249 pesos de diciembre de 2004 sin incluir obras de rehabilitación, redes de servicios, labores ambientales, gestión social, demoliciones y manejo de tráfico.
De esta forma el INCO considera aclarada la información.
- Contrato No. de orden 3 (Infraestructura Porce III), formato 3.
En folios 9, 10 y 11 presenta certificación de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Subgerencia de Desarrollo de Proyectos de Generación de Energía en donde a folio 11 el valor total de las obras de construcción por valor de \$107.393.159.839, de los cuales los asociados a construcción se identifican por un valor de \$89.256.663.771. De esta forma el INCO se considera aclarada la información.
- Contrato No. de orden 4 (desarrollo vial valle de Aburrà Norte), formato 3.
En folios 7 y 8 presenta aclaración a la certificación de experiencia emitida por el Desarrollo vial del Aburrà Norte de fecha 29-jun-10 donde se indica que el valor del contrato incluyendo el otro si 15 incluyendo construcción, rehabilitación, operación de troncales, operación de calzadas, diseños, diseños y construcción de túneles, suministro e instalación de equipos, construcción y mto. de infraestructura es de \$242.158.000.000 pesos de ene./04. Que de esta suma el valor de las obras

sin incluir rehabilitación, operación de troncales, operación de calzadas, diseños, diseños y construcción de túneles, suministro e instalación de equipos, construcción y mto. de infraestructura es de \$195.946.000.000 pesos de ene./04, de los cuales se han ejecutado \$160.780.000.000 pesos de ene./04 que corresponden al 82,05% del valor total de las obras de construcción. De esta forma el INCO considera aclarada la información.

B. RADICACION INCO 2010 409 015187-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 2 (VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF)

- Mediante comunicación 2010 409 015187-2 del 6 de julio de 2010 el proponente presenta observaciones a la propuesta presentada por los proponentes 1 y 5 en los siguientes términos.

Observaciones en cuanto a experiencia general en construcción.

Contrato con número de orden 1 (proyecto vial Armenia Pereira Manizales) y

Indica el proponente 2 que no deben tenerse en cuenta estos contratos debido a que las certificaciones no indican en forma independiente que el avance tanto del contrato principal como de los adicionales es mayor del 75%.

Respuesta del INCO.

En el caso del contrato número de orden 1 (proyecto vial Armenia Pereira Manizales) El INCO verificó internamente en la subgerencia de Gestión Contractual el contrato 113 de 1997 y se evidenció que mediante memorando 2010 305 003151 3 del 12 de julio de 2010 el Asesor de Gerencia Coordinador del Modo Carretero de la Subgerencia de Gestión Contractual presenta certificación donde se evidencia que tanto el contrato principal como los adicionales del contrato de concesión proyecto vial Armenia Pereira Manizales presentan avances en forma independientes mayores al 75%.

- De la misma forma el proponente 1 mediante comunicación 2010 409 015755 2 del 13 de julio de 2010 indica con relación a este contrato que “...tanto el contrato inicial como sus adiciones se encuentra ejecutada en un porcentaje superior al pliego de condiciones...”

Contrato número de orden 2 (proyecto vial desarrollo vial del Aburra Norte).

Indica el proponente 2 que no deben tenerse en cuenta este contrato debido a que las certificaciones no indican en forma independiente que el avance tanto del contrato principal como de los adicionales es mayor del 75%.

Respuesta del INCO.

En el caso del contrato numero de orden 2 (Desarrollo vial Valle de Aburrà), El INCO verificó internamente el contrato 97 CO 20 1738 para determinar en forma separada el avance en porcentaje del contrato principal y de los contratos adicionales y se obtuvo la información pertinente por parte del funcionario de la entidad en donde mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2010 en el cual El Gerente del Desarrollo Vial Valle de Aburrà emite certificación del 8 de julio de 2010 en la cual indica, entre otros aspectos “ *Así las cosas el otro si 15 acumuló los alcances físicos básicos de los anteriores Otrosies, incluyendo el Otrosi 15 del cual se han ejecutado el 82,05% de la etapa de construcción, medido en términos de ejecución presupuestal y de alcance físico.*

En todo caso respecto del alcance original la ejecución correspondiente supera el 75% y respecto del otrosies No. 1 hasta el No. 15 inclusive, la ejecución también supera el 75%” . .

- Observaciones en cuanto a experiencia en construcción de carreteras

Observación al contrato con número de orden 1 (proyecto vial Armenia Pereira Manizales).

Solicita el proponente 2 no tener en cuenta el contrato debido a que no indica en forma independiente que el avance tanto del contrato principal como de los adicionales es mayor del 75%.
Respuesta del INCO. En el caso del contrato número de orden 1 (proyecto vial Armenia Pereira Manizales) El INCO verificó internamente en la subgerencia de Gestión Contractual el contrato 113 de 1997 y se evidenció que mediante memorando 2010 305 003151 3 del 12 de julio de 2010 el Asesor de Gerencia Coordinador del Modo Carretero de la Subgerencia de Gestión Contractual presenta certificación donde se evidencia que tanto el contrato principal como los adicionales del contrato de concesión proyecto vial Armenia Pereira Manizales presentan avances en forma independientes mayores al 75%.

De la misma forma el proponente 1 mediante comunicación 2010 409 015755 2 del 13 de julio de 2010 indica con relación a este contrato que *"...tanto el contrato inicial como sus adiciones se encuentra ejecutada en un porcentaje superior al pliego de condiciones..."*

Observación sobre el valor del contrato. Solicita el proponente 2 excluir el valor del contrato debido a que en el valor reportado se incluyeron gestiones que no corresponden a construcción de carreteras. Observa que en caso de no exclusión se debe solicitar el ajuste del valor a lo que corresponda a construcción.

Respuesta del INCO.

El proponente 1 mediante comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) presenta aclaraciones a la certificación del contrato con numero de orden 1 para la experiencia en construcción de carreteras en los siguientes términos: En folios 4 y 5 presenta certificación del INCO de fecha 1-jul.-10 donde se aclara que el valor del contrato de concesión 113 de 1997 es la suma de \$145.980.347.541,48 pesos de sep./96 considerando las siguientes exclusiones: estudios y diseños, obras de rehabilitación, obras ambientales, construcción infraestructura de operación, compra de predios, interventoría de diseño y construcción y aseguramiento de calidad. De esta forma se considera aclarada la información.

- Observación al contrato con número de orden 2 (Adecuación de la troncal NQS sur sector escuela general Santander av. Villavicencio). Se solicita el ajuste de la certificación del contrato a lo que realmente corresponda a obras de construcción de carretera excluyendo otras gestiones.

Respuesta del INCO.

El proponente 1 mediante comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) presenta aclaraciones a la certificación del contrato con numero de orden 2 para la experiencia en construcción de carreteras en los siguientes términos: en folio 6 presenta certificación de Trans NQS sur S.A. de fecha 29-jun.-10 donde aclara que el valor de obras de construcción de carreteras o vías urbanas principales de contrato fue de \$ 71.294.947.249 pesos de diciembre de 2004 sin incluir obras de rehabilitación, redes de servicios, labores ambientales, gestión social, demoliciones y manejo de tráfico. De esta forma se considera aclarada la información.

- Observación al contrato con número de orden 3 (proyecto hidroeléctrico Porce III). El proponente 2 solicita que el proponente 1 ajuste el valor del contrato excluyendo obras de construcción en afirmado de tres metros de ancho y gestiones de diseños, adecuación de depósitos, explanaciones, túnel de desviación y ventanas.

Respuesta del INCO.

El proponente 1 mediante comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) presenta aclaraciones a la certificación del contrato con numero de orden 3 para la experiencia en construcción de carreteras en los siguientes términos: En folios 9, 10 y 11 presenta certificación de las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. Subgerencia de Desarrollo de Proyectos de Generación de Energía en donde a folio 11 el valor total de las obras de construcción por valor de \$107.393.159.839, de los cuales los asociados a construcción se identifican por un valor de \$89.256.663.771. De esta forma se considera aclarada la información.

Con relación a la exclusión de los valores de construcción de carreteras en afirmado con de 3 mts. de ancho, el INCO recibió del proponente 1 la comunicación 2010 409 015755 2 del 13 de julio de 2010 en la cual anexa certificación de las Empresas Públicas del 8 de julio de 2010 donde se aclara que el valor de las obras de construcción de carreteras pavimentadas con ancho de carril de 3,50 mts. Corresponde a \$59.330.680.723 que indexados corresponden a 82.473.220.342. En consecuencia el INCO toma este valor en consideración para el valor del contrato a cuantificar.

- Observación al contrato con número de orden 4 (proyecto vial desarrollo vial del Aburrá Norte).

Solicita el proponente 2 no tener en cuenta el contrato debido a que no indica en forma independiente que el avance tanto del contrato principal como de los adicionales es mayor del 75%. Igualmente solicita no tener en cuenta el contrato debido a que no se indica el ancho del carril exigido en el pliego y solicita al INCO que el proponente ajuste el valor del contrato a lo que realmente corresponde a obras de construcción de carreteras excluyendo actividades de rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, diseños, operación, gestión de predios y paisajismo.

Respuesta del INCO.

El INCO consultó al interior de la entidad con respecto al porcentaje de avance, en forma separada, tanto del contrato principal como de los contratos adicionales y se obtuvo la información pertinente por parte del funcionario de la entidad en donde mediante correo electrónico de fecha 13 de julio de 2010 en el cual El Gerente del Desarrollo Vial Valle de Aburrá emite certificación del 8 de julio de 2010 en la cual indica, entre otros aspectos “ *Así las cosas el otro si 15 acumuló los alcances físicos básicos de los anteriores Otrosies, incluyendo el Otrosi 15 del cual se han ejecutado el 82,05% de la etapa de construcción, medido en términos de ejecución presupuestal y de alcance físico.*

En todo caso respecto del alcance original la ejecución correspondiente supera el 75% y respecto del otrosies No. 1 hasta el No. 15 inclusive, la ejecución también supera el 75%”.

En cuanto al ancho del carril de la vías presentadas como experiencia en construcción de carreteras se indica que el proponente 1 mediante comunicación 2010 409 015755 2 del 13 de julio de 2010 presenta documento de aclaración de certificación emitido por el desarrollo vial del Aburrá Norte de fecha 8 de julio de 2010 donde indica que “*los tramos en los cuales se ejecutó labor de construcción se hizo con un parámetro de diseño de ancho de carril de 3,65 metros.*”

Con relación al valor de contrato reportado como experiencia en carreteras el proponente 1 mediante comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) presenta aclaraciones a la certificación del contrato con numero de orden 4 en los siguientes términos: en folios 7 y 8 presenta aclaración a la certificación de experiencia emitida por el Desarrollo vial del Aburrá Norte de fecha 29-jun-10 donde se indica que el valor del contrato incluyendo el otro si 15 incluyendo construcción, rehabilitación, operación de troncales, operación de calzadas, diseños, diseños y construcción de túneles, suministro e instalación de equipos, construcción y mto. de infraestructura es de \$242.158.000.000 pesos de ene./04. Que de esta suma el valor de las obras sin incluir rehabilitación, operación de troncales, operación de calzadas, diseños, diseños y construcción de

túneles, suministro e instalación de equipos, construcción y mto. de infraestructura es de \$195.946.000.000 pesos de ene./04, de los cuales se han ejecutado \$160.780.000.000 pesos de ene./04 que corresponden al 82,05% del valor total de las obras de construcción.

- Observaciones en cuanto a la experiencia en construcción de puentes y viaductos.

Indica que el proponente 2 que el contrato de orden 6 no se debe tener en cuenta debido a que la certificación presentada (folio 137) no es clara en cuanto a la longitud de los puentes.

Respuesta INCO. Revisados los documentos del proponente 1 (folios 137 143) se observa que en los folios 138 y 139 se reporta en forma clara la construcción de tres puentes que suman 103.85 mts. Por la tanto la solicitud del proponente 2 no procede.

C. RADICACION INCO 2010 409 015188-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROponente No. 4 (CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010) AL PROponente 1

El proponente 4, en el folio 42 de la comunicación con radicación INCO 2010 409 015188-2 del 6 de julio de 2010 indica que no pueden considerarse contratos de construcción de carreteras del proponente 1 con los números de orden 1 al 4 en el aparte de experiencia en construcción de carreteras debido a que en estos contratos se encuentran actividades que no tienen relación con la construcción de carreteras.

Respuesta del INCO.

Al respecto se indica que el proponente 1 presentó la aclaración correspondiente mediante la comunicación No. 2010 409 015164-2 del 6 de julio de 2010 (en once folios) y cuyo texto se puede consultaren el aparte "RESPUESTA DEL PROponente NO. 1 A LAS OBSERVACIONES DEL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN."

En consecuencia de las aclaraciones recibidas por el INCO determina que la propuesta No. 1 es ADMISIBLE en los aspectos asociados a experiencia general en construcción y experiencia en construcción de carreteras.

D. DIAGRAMA DE GANNT

El proponente aporta el Diagrama de Gantt de acuerdo a lo requerido en el literal 5.2.1 y 5.2.2. del pliego de condiciones, de acuerdo a lo anterior se le otorgan cien (100) puntos.

PROPUESTA No. 2 VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF

A. RADICACION INCO 2010 409 015186-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 RESPUESTA DEL PROponente NO. 2 A LAS OBSERVACIONES DEL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN.

De acuerdo con el informe preliminar era optativo del proponente el subsanar las observaciones, no obstante el Proponente realiza las siguientes aclaraciones:

1. Experiencia en Construcción General: Contrato de Orden 1: El proponente adjunta certificación (folio 144) debidamente consularizada en donde se explica que no existe un documento denominado "Contrato de Concesión" que se suscriba por parte del adjudicatario y del Ministerio de Obras Públicas (MOP), sino una serie de documentos y cuerpos

- normativos, de los que únicamente se firma por las partes (MOP y adjudicatario) el Decreto de Adjudicación respectivo. Por lo anterior se acepta la aclaración presentada por el proponente.
2. Contrato de Orden No. 5. El proponente adjunta certificación (folio 412) de la Sociedad Concesionaria Autopistas Nacionales S.A, adjudicataria del Contrato de concesión, en donde manifiesta que la ejecución en la etapa de construcción corresponde al 100%. Por lo anterior, la aclaración es acogida.
 3. Contrato de Orden No. 1. Valor mínimo de los contratos acreditados y requerimiento de un contrato por un valor mínimo. El proponente adjunta certificación (folio 144). Por lo anterior, la aclaración es acogida.
 4. Experiencia en construcción de carreteras. Contrato de Orden 1. El proponente manifiesta que efectivamente la fecha de suscripción del contrato data del día 26 de abril de 2003, sin embargo, por corresponder esa fecha a un día sábado, no fue posible obtener tasa de cambio en la pagina www.x-rates-com, ni en el Banco Central del respectivo país, que para efectos de la respectiva conversión se tomó la del Banco Central de España del día hábil anterior a la fecha de emisión del documento, en consideración que la fecha corresponde a un día se valida de acuerdo a la pagina establecida en el pliego de condiciones www.x-rates-com, tomando como fecha el día anterior hábil, 25 de Abril de 2003.
 5. **Radicado 2010-409-015805-2** Presenta documentos originales correspondientes a la entidad contratante Sociedad Concesionaria, Grupo Autopistas Nacionales, debidamente consularizada, se valida la información.

B. RADICACION INCO 2010 409 015198-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 1 AL PROPONENTE 2

Indica el proponente 2 que la experiencia acreditada en construcción en general, en construcción de carreteras y en construcción de puentes y / o viaductos, es experiencia adquirida por sociedades distintas que no ostentan la calidad de matriz o sociedad controlada por la matriz del integrante del proponente OHL COLOMBIA LTDA.

Respuesta INCO:

Acreditada la situación de control, tal como se señaló en el informe jurídico, se realiza el estudio en cuanto a la experiencia en construcción carreteras y la de puentes y viaductos acreditada por la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., de acuerdo a las aclaraciones presentadas :

- Número de orden 3 folio 117, la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructura certifica que la sociedad Concesionaria Metro Ligero Oeste S.A. suscribió el Contrato de Concesión de obra pública para la Construcción y Explotación de las líneas de metro ligero de la Comunidad de Madrid T2 entre Colonia Jardín y Pozuelo de Alarcón y T3 entre Colonia Jardín y Boadilla”, que OHL Concesiones SL posee un 51% de las acciones de la Concesionaria, y que OHL Concesiones SL es una sociedad unipersonal controlada en un 100% por Obrascon Huarte Lain S.A. (Subraya fuera de texto)
- Numero de orden 4, folio 150. la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructura certifica que la Concesionaria de la Comunidad de Madrid SAU conformada por el grupo OHL (100%) suscribió el contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción, conservación y gestión del servicio público de la carretera M-45” (Subraya fuera de texto)
- Número de orden 5 folio 156. Protocolizan el contrato de Concesión suscrito con el Grupo Autopistas Nacionales Sociedad Anónima. A folio 549, se acredita que la sociedad Orascon

Huarte Lain S.A. es la matriz, y el grupo Autopistas Nacionales Sociedad Anónima es una de sus sociedades subordinadas.

De acuerdo a lo anterior la entidad verifico en la propuesta así:

Experiencia En Construcción De Carreteras

- A folio 246, se observa que el contratista es Obrascon Huarte Lain S.A.OHL S.A., esto es, es acreditada directamente por la matriz.
- Folio 260. En la certificación presentada la sociedad Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., se tendrá en cuenta, puesto que visible a folio 546 se acredita su condición de subordinada de Obrascon Huarte Lain S.A.
- Folio 343. Según esta certificación el contratista es la empresa Obrascon Huarte Lain S.A., sociedad matriz del proponente, por tanto, el contrato se tendrá en cuenta para acreditar experiencia.
- Folio 306 El contratista es la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., sociedad matriz.
- Folio 318. Se observa que el contratista concesionario es la entidad Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria Española S.A., y de acuerdo con el folio 547 este concesionario es subordinada de la matriz Obrascon Huarte Lain S.A.

Construcción De Puentes

- FOLIO 334. El contratista es la sociedad matriz Obrascon Huarte Lain S.A.
- Folio 349. El contratista es Obrascon Huarte Lain S.A. en U.T.E. al 40% con F.C.C. S.A. Y OBRAS SUBTERRANEAS S.A., que según documentación anexa se trata de la sociedad matriz o controlante.
- Folio 362. El contratista SACYR SA (30%), CONSTRUCCIONES LAIN SA (25%), SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES OBRASCON S.A. (27%), Y HUARTE S.A. (18%)
De conformidad con el registro mercantil de la Sociedad Obrascon Huarte Lain S.A. , visible a folio 43, esta sociedad anteriormente se denominaba "Obrascon Huarte S.A", SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES OBRASCON, SA y "SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONTRACCIONES, SA", por tanto, se trata del mismo proponente.
- Folio 369. La Unión Temporal formada por las empresas O.H.L, S.A, SACYR, HOCHTIED, AGRUPACIÓN GUINOVART Y OBRAS Y SERVICIOS HISPANIA Y COMSA, por tanto, la experiencia la acredita la sociedad matriz.
- FOLIO 382. De acuerdo con la certificación aportada el contratista es la UTE que se encuentra formada por OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (O.H.L, S.A.) – A.C.S. CNES S.A.-SACYR, S.A. la experiencia la acredita la sociedad matriz.
- Folio 393. El contratista que acredita la experiencia es acreditada por la Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., sociedad subordinada de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., según documento obrante a folio 545 de la propuesta.
- Folio 407, El contratista que acredita la experiencia es acreditada por la Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., sociedad subordinada de OBRASCON HUARTE LAIN S.A.

De acuerdo con lo anterior los contratos son válidos.

- **(Folio4) EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION DE CARRETERAS,** Para los contratos de Orden 1, 2, 3 y 4 el proponente anexa el valor del contrato y no indica el valor de las obras de construcción correspondientes a construcción de carreteras.

Petición del Proponente: Requerir al Proponente que aclare las certificaciones excluyendo todas las actividades que no correspondan a construcción de carreteras.

Contra observación realizada por el Proponente 2: Mediante radicado 2010-409-015601-2 del 9 de Julio de 2010 realiza las siguientes contra observaciones:

Contrato de Orden 1: El proponente manifiesta que el Contrato se ejecutó en Fase I, en los tramos Jorobas – Tultepec, Tramo Tultepec – Avenida Central, Tramo Avenida Central- Peñón, todos con un ancho de calzada de 21 metros, compuestos por dos calzadas de 7 metros; Tramo Avenida; adicionalmente en el folio 260 de la propuesta manifiesta el objeto del contrato que se define como la Ejecución, por el Contratista de las obras que resulten del proyecto de Construcción de la Fase I y en el numeral 3 se aclara que la elaboración del Proyecto de Construcción (Estudios y Diseños), así como cualquiera de los otros proyectos que resulten necesarios para la realización de las obras definidas para las obras de la Fase I, serán ejecutadas por un tercero.

Contrato de Orden 2: Manifiesta que en el folio 274 se realiza la descripción de las siguientes características Construcción de un tramo de la Autovía del Cantábrico de 13,6 Km, con una sección de dos calzadas de siete metros cada una con vías adicionales de circulación rápida e incluyen importantes estructuras que corresponden a obras de construcción nueva.

Contrato de Orden 3: Manifiesta longitud total 104,9 Km, características ancho de corona de 12 metros, compuesto por dos calzadas de 3,5, en el folio 294 se encarga al contratista la Ejecución de los trabajos de construcción de la carretera altas especificaciones de jurisdicción federal, que este proyecto se trata solamente a obras de construcción y actividades inherentes a la puesta en funcionamiento de la obra.

Contrato de Orden 4: Manifiesta que se trata de la construcción de la autopista del Eje Aeropuerto se divide en dos subtramos: M-110 hasta la M-11, con una longitud de 6,9 Km y desde la M-11 hasta la M-40 con una longitud de 2,5 Km, el cual posee dos túnel (uno por cada sentido) de 1,720 metros, de los cuales hacen parte todas las actividades inherentes a su perfecto funcionamiento, las especificaciones de la vía constan de dos calzadas variables de 2 a 4, con carriles de 3,50; de igual manera folio 38 (contrato de obra en la oferta) se estipula el precio de las obras de construcción, el cual contempla el importe por la actividad del proyecto de construcción, el cual es 5.000.000 millones de euros, el cual debe ser descontado del importe total, el cual a pesos de diciembre de 2008 equivale a un valor total de obras de construcción de: 1.212.511.215.675 millones de pesos.

Respuesta INCO:

Contrato Orden 1: No procede la petición del proponente del proponente 1 en cuanto a la exclusión de las actividades, ya que en el Contrato de obra establece claramente su objeto: *“El objeto del presente contrato es el siguiente: 1) La ejecución, por el CONTRATISTA, de las obras que resulten definidas en el Proyecto de Construcción de la FASE I: Tramo 1.1....(…)”* En el Folio 246 se manifiesta que la Fase I asciende a un valor de 250.053.401 euros, mientras el Contrato completo asciende a la suma de 480.144.344 euros.

Contrato Orden 2: No procede la petición del proponente 1, en el folio 275 de la propuesta realizan la descripción de las obras, las cuales corresponden a construcción de carreteras.

Contrato de Orden 3: No procede la petición del proponente 1, en el folio 284 de la propuesta se realiza la descripción de las obras, las cuales corresponden a construcción de carreteras, no obstante en el folio 294 establece en el numeral 7. (...) Un contrato de obra a precio alzado a efecto que esta última ejecute de conformidad al proyecto ejecutivo la construcción de LA CARRETERA (...).

Contrato de Orden 4: Se realizó el descuento de acuerdo con la aclaración realizada por el proponente, el cual corresponde a un valor de contrato a precios de 2008 de \$ 1.189.812.572.066,57.

C. RADICACION INCO 2010-409-015188-2 OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 4 AL PROPONENTE 2 (FOLIO 42)

Indica el proponente 4 que la experiencia acreditada corresponde a contrataciones realizadas directa o indirectamente por la empresa OHL S.A. empresa que no ejerce situación de control respecto de OHL COLOMBIA LTDA., por lo que toda esta experiencia debe ser desestimada y con ello declarar no admisible la capacidad técnica.

Respuesta INCO:

Acreditada la situación de control, tal como se señaló en el informe jurídico, se realiza el estudio en cuanto a la experiencia en construcción carreteras y la de puentes y viaductos acreditada por la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., de acuerdo a las aclaraciones presentadas :

- Número de orden 3 folio 117, la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructura certifica que la sociedad Concesionaria Metro Ligerero Oeste S.A. suscribió el Contrato de Concesión de obra pública para la Construcción y Explotación de las líneas de metro ligero de la Comunidad de Madrid T2 entre Colonia Jardín y Pozuelo de Alarcón y T3 entre Colonia Jardín y Boadilla”, que OHL concesiones SL posee un 51% de las acciones de la Concesionaria, y que OHL Concesiones SL es una sociedad unipersonal contralada en un 100% por Obrascon Huarte Lain S.A. (Subraya fuera de texto)
- Numero de orden 4, folio 150. la Comunidad de Madrid, Consejería de Transportes e Infraestructura certifica que la Concesionaria de la Comunidad de Madrid SAU conformada por el grupo OHL (100%) suscribió el contrato de concesión de obra pública para la redacción de proyecto, construcción, conservación y gestión del servicio público de la carretera M-45” (Subraya fuera de texto)
- Número de orden 5 folio 156. Protocolizan el contrato de Concesión suscrito con el Grupo Autopistas Nacionales Sociedad Anónima. A folio 549, se acredita que la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A. es la matriz, y el grupo Autopistas Nacionales Sociedad Anónima es una de sus sociedades subordinadas.

De acuerdo a lo anterior la entidad verifico en la propuesta así:

Experiencia En Construcción De Carreteras

- A folio 246, se observa que el contratista es Obrascon Huarte Lain S.A. OHL S.A., esto es, es acreditada directamente por la matriz.
- Folio 260. En la certificación presentada la sociedad Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., se tendrá en cuenta, puesto que visible a folio 546 se acredita su condición de subordinada de Obrascon Huarte Lain S.A.
- Folio 343. Según esta certificación el contratista es la empresa Obrascon Huarte Lain S.A., sociedad matriz del proponente, por tanto, el contrato se tendrá en cuenta para acreditar experiencia.
- Folio 306 El contratista es la sociedad Obrascon Huarte Lain S.A., sociedad matriz.
- Folio 318. Se observa que el contratista concesionario es la entidad Autopista Eje Aeropuerto Concesionaria Española S.A., y de acuerdo con el folio 547 este concesionario es subordinada de la matriz Obrascon Huarte Lain S.A.

Construcción De Puentes

- FOLIO 334. El contratista es la sociedad matriz Obrascon Huarte Lain S.A.

- Folio 349. El contratista es Obrascon Huarte Lain S.A. en U.T.E. al 40% con F.C.C. S.A. Y OBRAS SUBTERRANEAS S.A., que según documentación anexa se trata de la sociedad matriz o controlante.
- Folio 362. El contratista SACYR SA (30%), CONSTRUCCIONES LAIN SA (25%), SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES OBRASCON S.A. (27%), Y HUARTE S.A. (18%)
De conformidad con el registro mercantil de la Sociedad Obrascon Huarte Lain S.A. , visible a folio 43, esta sociedad anteriormente se denominaba “Obrascon Huarte S.A”, SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES OBRASCON, SA y “SOCIEDAD GENERAL DE OBRAS Y CONTRACCIONES, SA”, por tanto, se trata del mismo proponente.
- Folio 369. La Unión Temporal formada por las empresas O.H.L, S.A, SACYR, HOCHTIED, AGRUPACIÓN GUINOVART Y OBRAS Y SERVICIOS HISPANIA Y COMSA, por tanto, la experiencia la acredita la sociedad matriz.
- FOLIO 382. De acuerdo con la certificación aportada el contratista es la UTE que se encuentra formada por OBRASCON HUARTE LAIN S.A. (O.H.L, S.A.) – A.C.S. CNES S.A.- SACYR, S.A. la experiencia la acredita la sociedad matriz.
- Folio 393. El contratista que acredita la experiencia es acreditada por la Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., sociedad subordinada de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., según documento obrante a folio 545 de la propuesta.
- Folio 407, El contratista que acredita la experiencia es acreditada por la Concesionaria Mexiquense S.A. DE C.V., sociedad subordinada de OBRASCON HUARTE LAIN S.A.
De acuerdo con lo anterior los contratos son validos.

D. DIAGRAMA DE GANNT

El proponente aporta el Diagrama de Gantt de acuerdo a lo requerido en el literal 5.2.1 y 5.2.2. del pliego de condiciones, de acuerdo a lo anterior se le otorgan cien (100) puntos.

DE ACUERDO A LO ANTERIOR LA PROPUESTA ES CONSIDERADA TECNICAMENTE ADMISIBLE.

PROPUESTA No. 3 PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS

A. RADICADO INCO 2010-409-015203-2 REMITENTE PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS S.A.S.

Literal E, Subliterales A y B.

Revisadas las certificaciones emitidas por el INCO, para los contratos de orden 1, 2 y 3; las cuales acreditan experiencia general y experiencia en construcción de carreteras, se encontró que efectivamente a folios 42, 46 y 54, la entidad contratante indica:

Contrato de orden 1:

“Los recursos del proyecto son manejados a través del patrimonio autónomo FIDEICOMISO 3-4-405 MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA administrado por la sociedad FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., entidad competente para certificar los aspectos alusivos a las inversiones en construcción y otros activos de la concesión”

Contrato de orden 2:

“Que conforme a lo establecido en el contrato de concesión No. 0377 de 2002 el Consorcio Solarte Solarte suscribió un contrato de fiducia mercantil de administración de recursos y garantía con BBVA

FIDUCIARIA S.A. y transfirió al Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO CONSORCIO SOLARTE SOLARTE el manejo de los recursos del contrato de concesión. En consecuencia, BBVA FIDUCIARIA S.A. tiene la competencia de certificar los aspectos alusivos al manejo de recursos del contrato.”

Contrato de orden 3:

“Que la administración de los recursos asociados al desarrollo del contrato, se efectúa a través del patrimonio autónomo constituido en la sociedad HSBC FIDUCIARIA S.A., quien es la entidad encargada de certificar los desembolsos realizados a favor del concesionario por todo concepto incluyendo la realización de las obras de rehabilitación y construcción.”

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que las anotaciones aquí transcritas son de carácter vinculante, se tomarán en cuenta para la evaluación de la experiencia general y la experiencia en construcción de carreteras, los valores establecidos en las certificaciones expedidas por cada una de las entidades fiduciarias, las cuales fueron anexadas a la propuesta presentada.

Adicionalmente a lo anterior y teniendo en cuenta el Informe Preliminar de Evaluación, el proponente anexa la siguiente documentación, mediante la cual aclara la información presentada en el sobre No. 1, de acuerdo a lo estipulado en el pliego de condiciones numeral 6.5.1.:

Contrato de orden 2 para acreditación de experiencia general y experiencia en construcción de carreteras:

El proponente allega certificación expedida por la entidad contratante en la cual se puede verificar el porcentaje de participación de cada uno de los integrantes de la forma asociativa.

Contrato de orden 3 para acreditación de experiencia general y experiencia en construcción de carreteras:

El proponente allega certificación expedida por la entidad contratante en la cual se puede verificar la fecha de suscripción del contrato.

Contrato de orden 4, 5 y 6:

Obsérvese respuesta emitida al radicado INCO 2010-409-015200-2 remitente Zona Vial Bicentenario S.A. Promesa de Sociedad Futura

Sublitoral C

Para los contratos de orden 2, 3 y 4, el proponente adjunta copia de los contratos acreditados, en los cuales se pueden verificar las fechas de suscripción de los mismos.

B. RADICADO INCO 2010-409-015198-2 REMITENTE VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA (GRUPO ODINSA S.A., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., VALORCON S.A.)

Numeral 2.3. :

Teniendo en cuenta lo expuesto por el proponente Vías de las Américas S.A.S. - Promesa de Sociedad Futura en el numeral 2.3. de la comunicación, la entidad se permite manifestar que a folios 42, 46 y 54, de la propuesta presentada por PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS S.A.S., se encontró:

Contrato de orden 1:

“Los recursos del proyecto son manejados a través del patrimonio autónomo FIDEICOMISO 3-4-405 MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA administrado por la sociedad FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A., entidad competente para certificar los aspectos alusivos a las inversiones en construcción y otros activos de la concesión”

Contrato de orden 2:

“Que conforme a lo establecido en el contrato de concesión No. 0377 de 2002 el Consorcio Solarte Solarte suscribió un contrato de fiducia mercantil de administración de recursos y garantía con BBVA FIDUCIARIA S.A. y transfirió al Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO CONSORCIO SOLARTE SOLARTE el manejo de los recursos del contrato de concesión. En consecuencia, BBVA

FIDUCIARIA S.A. tiene la competencia de certificar los aspectos alusivos al manejo de recursos del contrato.”

Contrato de orden 3:

“Que la administración de los recursos asociados al desarrollo del contrato, se efectúa a través del patrimonio autónomo constituido en la sociedad HSBC FIDUCIARIA S.A., quien es la entidad encargada de certificar los desembolsos realizados a favor del concesionario por todo concepto incluyendo la realización de las obras de rehabilitación y construcción.”

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que las anotaciones aquí transcritas son de carácter vinculante, se tomarán en cuenta para la evaluación de la experiencia general y la experiencia en construcción de carreteras, los valores establecidos en las certificaciones expedidas por cada una de las entidades fiduciarias, las cuales fueron anexadas a la propuesta presentada.

Numeral 2.4.:

Obsérvese la respuesta emitida para el Numeral 2.3 anterior.

C. RADICADO INCO 2010-409-015200-2 REMITENTE ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Numeral 2.1.:

La definición dada para “Proyectos de Infraestructura” en el numeral 1.4 del pliego de condiciones indica: “Es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puentes, aeropuertos, infraestructura vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas.

Para efectos de este literal, se entenderá como operación el conjunto de actividades necesarias, para asegurar el funcionamiento de la infraestructura construida. Esta definición solamente tendrá efectos para la acreditación de la experiencia exigida en el numeral 4.1. de este **Pliego**, por lo que en ningún caso se referirá a la operación que deberá ejercer el **Concesionario** en ejecución del **Contrato**.”

Adicionalmente el numeral 4.1.1. “EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION EN GENERAL” establece: “La experiencia se podrá acreditar con un máximo de seis (6) contratos diferentes en **Proyectos de Infraestructura**, uno de los cuales deberá tener como mínimo un valor de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE DOLARES (US\$150.000.000) o TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (\$300.000.000.000) constantes a 31 de diciembre de 2008.”

Una vez revisada la experiencia acreditada por el proponente, se encontró que los contratos de orden 4, 5 y 6, corresponden a contratos de construcción y no incluyen operación en los términos exigidos en los pliegos de condiciones.

Teniendo en cuenta lo anterior los contratos de orden 4, 5 y 6 relacionados para acreditar experiencia general no cumplen con el requerimiento y no serán tenidos en cuenta en la evaluación de la misma.

D. RADICADO INCO 2010-409-015187-2 REMITENTE VIAS DE LAS AMERICAS S.A.S. - PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Numeral 1.2.:

Contrato de orden 1:

Obsérvese la respuesta al emitida al numeral 2.3. del oficio con radicado INCO 2010-409-015198-2 remitente Vías de las Américas S.A.S. - Promesa de Sociedad Futura.

Contrato de orden 2:

Verificados los archivos que reposan en la entidad contratante, se encontró que el Contrato No. 0377 de 2002, a la fecha tiene un único alcance definitivo, de acuerdo a la modificación realizada en septiembre de 2005. La etapa de construcción ya ha sido ejecutada en un 77% tal y como se indica en la certificación expedida por el INCO y anexa a la propuesta en el folio 47.

En cuanto al valor del contrato, obsérvese la respuesta emitida al numeral 2.3. del oficio con radicado INCO 2010-409-015198-2 remitente Vías de las Américas S.A.S. - Promesa de Sociedad Futura.

Contrato de orden 3:

Revisados los archivos que reposan en la entidad contratante se pudo constatar que el contrato adicional, suscrito el 27 de enero de 2006, tiene un avance en la etapa de construcción del 74%, razón por la cual no será tenido en cuenta para la calificación. El contrato básico y los demás adicionales suscritos presentan un avance en la etapa de construcción del 93%.

En cuanto al valor del contrato, obsérvese la respuesta emitida al numeral 2.3. del oficio con radicado INCO 2010-409-015198-2 remitente Vías de las Américas S.A.S. - Promesa de Sociedad Futura. Es pertinente aclarar que los valores correspondientes al adicional suscrito el 27 de enero de 2006 no serán tenidos en cuenta para la evaluación.

Contratos de orden 4, 5 y 6:

Obsérvese respuesta emitida al radicado INCO 2010-409-015200-2 remitente Zona Vial Bicentenario S.A. Promesa de Sociedad Futura

Numeral 1.3.:

Contratos de orden 1, 2 y 3:

Para las observaciones referentes al valor de las obras de construcción de los contratos acreditados, obsérvese la respuesta emitida al numeral 2.3 del radicado INCO 2010-409-015198-2 remitente Vías de las Américas S.A.S. - Promesa de Sociedad Futura.

Para las observaciones referentes al porcentaje de avance de la etapa de construcción, obsérvese respuesta emitida el numeral 1.2. anterior.

Numeral 1.4.:

Contrato de orden 2:

En la propuesta a folio numero 74 se puede verificar la fecha de terminación del contrato, adicionalmente el proponente adjunta copia del contrato en los documentos aportados en respuesta al informe preliminar de evaluación, en la cual se puede verificar la fecha de suscripción del mismo.

Contrato de orden 3:

En la propuesta folio numero 83 se puede verificar la fecha de terminación del contrato, adicionalmente el proponente adjunta copia del contrato en los documentos aportados en respuesta al informe preliminar de evaluación en la cual se puede verificar la fecha de suscripción del mismo.

Contrato de orden 4:

En la propuesta folio numero 83 se puede verificar la fecha de terminación del contrato, adicionalmente el proponente adjunta copia del contrato en los documentos aportados en respuesta al informe preliminar de evaluación en la cual se puede verificar la fecha de suscripción del mismo.

E. DIAGRAMA DE GANNT

El proponente aporta el Diagrama de Gantt de acuerdo a lo requerido en el literal 5.2.1 y 5.2.2. del pliego de condiciones, de acuerdo a lo anterior se le otorgan cien (100) puntos.

DE ACUERDO A LO ANTERIOR LA PROPUESTA ES CONSIDERADA TECNICAMENTE ADMISIBLE.

PROPUESTA No. 4 CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010

A. RADICACION INCO 2010-409-015188-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 RESPUESTA DEL PROPONENTE NO. 4 A LAS OBSERVACIONES DEL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN.

- Mediante radicado **2010-409-015188-2** del 6 de julio de 2010 el proponente **CONSORCIO TRANSVERSAL DE LAS AMERICAS 2010** (PROPONENTE 4) presenta los documentos de respuesta y observaciones al informe preliminar de evaluación así:

Experiencia en construcción en general: Alcance de la experiencia y porcentaje de ejecución para el contrato presentado de orden número 3.

Aclaración Proponente: El proponente manifiesta que el documento ya reposa en los archivos del INCO habida cuenta que se presentó a folio 248 de la oferta del CONSORCIO VIAS DE LA COMPETITIVIDAD RUTA DE SOL de la licitación pública SEA- LP-01-2010.

Respuesta INCO. Se verifica dicha certificación la cual es expedida por el Representante Legal de la Comisión Estatal de Aguas, entidad contratante en donde manifiesta que el porcentaje de ejecución corresponde al 85%. Folios 248, 249 y 250.

Valor mínimo de los contratos acreditados y requerimiento de un contrato por un valor mínimo, para el contrato de orden numero 3.

Aclaración proponente: El proponente manifiesta que el valor del contrato y la fecha de suscripción presentados en el formato 3 corresponde a DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SESENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MEXICANOS (2.753.060.536) y 24 de Mayo de 2007,y la tasa de cambio reportada www.x-rates.com corresponde 0,0922088, anexa certificación de la entidad contratante folio 298, 299, y 300.

Respuesta INCO. Se valida la información.

- **Experiencia en construcción de carreteras:** Valor total de la etapa de construcción, para el contrato de orden numero 1.

Aclaración proponente: El proponente allega la tasa de cambio oficial publicada en la página web del Banco de México a la fecha 27 de octubre de 1993, folio 328.

Respuesta INCO. Se valida la información.

B. RADICADO INCO 2010-409-015198-2 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 1 AL PROPONENTE 4.

- **(Folio 6) REQUISITOS HABILITANTES TECNICOS Y FINANCIEROS**

El proponente no cumplió con lo establecido en el Numeral 3.3.2., iii) Documentos otorgados en el exterior, puesto que ninguno de los documentos que acreditan la experiencia en construcción general, en construcción de carreteras, en construcción de puentes y los requisitos financieros, fue presentado ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (Oficina de Legalizaciones)

Petición del proponente 1: No presentado el documento, y por ende la propuesta debe ser RECHAZADA.

Contra observación del proponente 4: Mediante radicado 2010-409-015720-2 del 12 de Julio de 2010, folio 23, el proponente 4 remite respuesta en el numeral 2.1.2 folio 7 del mismo escrito.

Respuesta INCO: No procede la observación realizada por el proponente 1, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho público y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

- **EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION DE CARRETERAS (Folio 7)**

Petición Proponente 1. Contrato de Orden 1.- Comparten evaluación realizada por el INCO.

Contra observación del proponente 4: Respondido en las observaciones presentadas por el Proponente 2.

Petición Proponente 1. Contrato de Orden 2.- Certificación no surtió el proceso de legalización.

Contra observación del proponente 4: Adjunta certificación folio 28 y 29 del radicado 2010-409-015720-2 del 12 de julio de 2010, debidamente consularizado.

Respuesta INCO: De acuerdo a certificación adjunta se valida la información del Contrato de Orden No. 2.

C. RADICADO INCO 2010-409015187-2 OBSERVACIONES REALIZADAS POR EL PROPONENTE 2 AL PROPONENTE 4

- **Folio 46. OBSERVACIONES SOBRE LA EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION GENERAL.** El proponente 1 manifiesta que el Contrato de Orden No. 1, Objeto: Obras civiles para una presa de enrocamiento con cara de concreto, obras electromecánicas y obras asociadas, procura, ingeniería, fabricación, transporte, montaje, ingeniería, transporte, pruebas y puesta en servicio de dos unidades turbogeneradoras. Proyecto Hidroeléctrico, **NO CUMPLE** con el literal (ss) del numeral 1.4 DEFINICIONES del pliego de condiciones: **“Proyecto de Infraestructura”**. Es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas. Para efectos de este literal, se entenderá como operación el conjunto de actividades necesarias, para asegurar el funcionamiento de la infraestructura construida. Esta definición solamente tendrá efectos para la acreditación de la experiencia exigida en el numeral 4.1 de este **Pliego**, por lo que en ningún caso se referirá a la operación que deberá ejercer el **Concesionario** en ejecución del **Contrato**. El objeto de contrato en mención en concordancia con las obligaciones a cargo del contratista **NO INCLUYE** la operación, ya que “puesta en servicio” no puede considerarse como válida frente a los requisitos exigidos, y que esta no puede asimilarse o equiparse de la operación comercial de la misma.

Petición del Proponente 2: SE DEBE RECHAZAR

Contra Observación del Proponente 4: Mediante radicado 2010-409-015720-2 del 12 de julio de 2010, el proponente manifiesta: No asiste razón al oferente por cuanto a folio 417 de la propuesta, se establece que el contratista dentro de sus obligaciones tenía que efectuar: **PRUEBAS DE PUESTA EN SERVICIO:** *“Cuando las obras de construcción e instalación estén terminadas el contratista llevara a cabo las Pruebas de Puesta en Servicio para cada equipo, ...”* y **PRUEBAS DE OPERACIÓN:** *“Cuando las pruebas de Puesta en Servicio hayan sido practicadas exitosamente el*

Contratista llevara a cabo la Prueba de Operación de todos y cada uno de los equipos del Aprovechamiento Hidroeléctrico y en especial los de la Central...”, teniendo en cuenta lo anterior se efectuó el conjunto de actividades necesarias para asegurar el funcionamiento de la infraestructura construida.

Respuesta INCO. Se considera aceptada la petición del Proponente 2, y en consecuencia se rechaza el Contrato de Orden 1, en la Experiencia en Construcción General; es un Contrato Mixto de Obra Pública Financiada entre la Comisión Federal de Electricidad y Constructora Internacional de Infraestructura S.A. de C.V., folio 329 de la propuesta, en la CLAUSULA 2 define:

“El objeto del presente Contrato es la ejecución de las obras civiles, obras electromecánicas y obras asociadas, procura, ingeniería, fabricación, transporte, montaje, pruebas y puesta en servicio de dos unidades turbogeneradoras equipadas de 375MW de potencia nominal cada una, para la caída y gasto de diseño especificados y que se detalla, obras en su conjunto se denominan Proyecto Hidroeléctrico El Cajón (folio 367).

Y por otra parte en la Cláusula 4 del mismo, folio 373, literal (m) *“la realización de las Pruebas (terminación exitosa de la puesta en servicio), hasta el inicio de la operación comercial de cada una de las Unidades.”*

- **Folio 48.- Legalización del documento.** El proponente 2 manifiesta que de acuerdo con el Pliego de Licitación en el ordinal iii) del numeral 3.3.2 estipula:

Documentos otorgados en el Exterior.

1) Consularización. De conformidad con lo previsto en el artículo 480 del Código de Comercio, los documentos otorgados en el exterior se autenticarán por los funcionarios competentes para ello en el respectivo país, y la firma de tales funcionarios lo será a su vez por el cónsul colombiano o, a falta de éste, por el de una nación amiga, sin perjuicio de lo establecido en convenios internacionales sobre el régimen de los poderes. Tratándose de sociedades, al autenticar los documentos a que se refiere el mencionado artículo los cónsules harán constar que existe la sociedad y ejerce su objeto conforme a las leyes del respectivo país. Surtido el trámite señalado en el presente numeral, estos documentos deben ser presentados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia (Oficina de Legalizaciones) para la correspondiente legalización de la firma del cónsul y demás trámites pertinentes.

Que el folio 321 de la propuesta se incluye la certificación del contrato sin incluir la legalización de la firma del cónsul en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Petición del Proponente 2: Se solicita tener por NO PRESENTADO el documento.

Contra Observación del Proponente 4: El proponente manifiesta que el Ministerio de Relaciones Exteriores tomo la decisión de aplicar el artículo 259 C.P.C, el cual no contempla la necesidad de legalizar o avalar ante el Ministerio los documentos expedidos en el exterior y consularizados, a partir del 1 de Agosto de 2009.

Respuesta INCO. No procede la observación realizada por el proponente 1, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejo claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho publico y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

Conclusión para el Contrato de Orden 1: Se considera no presentado este Contrato por no cumplir con la definición de Proyecto de Infraestructura.

- **Observaciones frente al Contrato de Orden 2.- Contrato No. 10391 – Objeto: Construcción de casa de maquina integrada, presas de transición de concreto y aliviadero, montaje de equipos electromecánicos en la central hidroeléctrica.** El proponente 1 manifiesta que el Contrato de Orden No. 2, Objeto: Construcción de casa de maquina integrada, presas de transición de concreto y aliviadero, montaje de equipos electromecánicos en la central hidroeléctrica. **NO CUMPLE** con el literal (ss) del numeral 1.4 DEFINICIONES del pliego de condiciones: **“Proyecto de Infraestructura”**. Es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura vial, infraestructura férrea, sistemas de transporte masivo de pasajeros, transporte de hidrocarburos y transporte de gas. Para efectos de este literal, se entenderá como operación el conjunto de actividades necesarias, para asegurar el funcionamiento de la infraestructura construida. Esta definición solamente tendrá efectos para la acreditación de la experiencia exigida en el numeral 4.1. de este **Pliego**, por lo que en ningún caso se referirá a la operación que deberá ejercer el **Concesionario** en ejecución del **Contrato**. El objeto de contrato en mención en concordancia con las obligaciones a cargo del contratista **NO INCLUYE** la operación.

Petición del Proponente 2: TENER POR NO PRESENTADO

Contra observación del Proponente 4: No asiste razón por cuanto en el folio 476 el contratante certifica que dentro de las actividades fue la tener un año de mantenimiento, para la entrega de la constancia de aceptación definitiva de las obras, o que es lo mismo, durante este periodo el contratista efectuó las **ACTIVIDADES NECESARIAS PARA ASEGURAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA CONSTRUIDA**, la cual encaja a la perfección dentro de la definición de “operación” que recoge el pliego de condiciones.

Respuesta INCO: Se considera aceptada la contra observación del Proponente, en concordancia a la definición del Pliego de Condiciones Proyecto de Infraestructura y de operación

- **Folio 51.- Legalización del documento.** Contrato de Orden 2. Que el folio 474 de la propuesta se incluye la certificación del contrato sin incluir la legalización de la firma del cónsul en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Petición del Proponente 2: Tener por **NO PRESENTADO** el documento.

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1.

Respuesta INCO: No procede la observación realizada por el proponente 2, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho publico y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

- **(Folio 52) Observaciones frente al Contrato de Orden 3- Contrato sin número – Objeto: Proyecto para la elaboración del proyecto ejecutivo, construcción, pruebas e inicio de operación y 214 para la operación, mantenimiento del acueducto 2.**

Petición del Proponente 2: Considerando que no es posible establecer de manera clara e inequívoca el valor del contrato, se solicita no tenerlo en cuenta.

Contra observación del Proponente 4: Observación respondida al INCO.

Respuesta INCO: Aclaración solicitada por el Comité Evaluador el proponente manifiesta mediante radicado 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, que el valor del contrato y la fecha de suscripción presentados en el formato 3 corresponde a DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SESENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MEXICANOS (2.753.060.536) y 24 de Mayo de 2007, y la tasa de cambio reportada www.x-rates.com corresponde 0,0922088, anexa certificación de la entidad contratante folio 298, 299, y 300.

- **Apostilla o Consularización del documento**

Petición proponente 2: Se solicita tener por NO PRESENTADO

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1 y de acuerdo con su solicitud que los documentos expuestos por los Consorcios TRANSVERSAL DE LAS AMERICAS 2010 Y COMPETITIVIDAD RUTA DE SOL se tengan en cuenta para amas licitaciones por cuanto i) Es el mismo ordenamiento jurídico, ii) la entidad contratante es la misma; iii) Exiguo tiempo.

Respuesta INCO: Se considera aceptada la solicitud del Proponente 4, y en consecuencia se verifica la legalización del documento en la licitación SEA-LP-001-2010 (Ruta de Sol Sector 3) Certificación folio 210 -267, se encuentra debidamente apostillada, por lo anterior no se considera la petición del proponente 2.

- **Fecha de terminación del Contrato:** Que en el folio 506 de la propuesta se presenta copia del contrato y en este documento no consta la fecha de terminación del mismo.

Petición del Proponente 2: NO CUMPLE con los requisitos previstos en el numeral 4.3.2 y 4.2.3

Contra observación del Proponente 4: Certificación entregada en el documento de informe de observaciones al INCO

Respuesta INCO: No procede la petición realizada por el proponente 2, el proponente anexa el Contrato en el folio 506 de la Propuesta en donde se lee "El proyecto comprende un periodo de 26 meses para la elaboración del proyecto ejecutivo, construcción, pruebas e inicio de operación, y 214 meses para la operación, conservación y mantenimiento", lo que corresponde a un plazo total del contrato de 240 meses.

- **(Folio 56) Observaciones frente al contrato de Orden 5- Contrato sin numero- Objeto:** Operar, conservar y mantener libre de peaje de jurisdicción federal Queretalo- Irapuato de 92,979 Km de longitud en los estados de Queretalo y Guanajuato, que incluye la modernización de la carretera existente actividades de construcción, modificación y ampliación de la carretera existente. Y Legalización del documento.

Petición del Proponente 2: Tener como NO PRESENTADO.

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1 y de acuerdo con su solicitud que los documentos expuestos por los Consorcios TRANSVERSAL DE LAS AMERICAS 2010 Y COMPETITIVIDAD RUTA DE SOL se tengan en cuenta para amas licitaciones por cuanto i) Es el mismo ordenamiento jurídico, ii) la entidad contratante es la misma; iii) Exiguo tiempo.

Respuesta INCO. No procede la observación realizada por el proponente 2, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho público y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

- (Folio 57) OBSERVACIONES SOBRE LA EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION DE CARRETERAS.

Observaciones frente al Contrato de orden No. 1. Legalización del documento-

Petición del Proponente 2: Tener como NO PRESENTADO el documento.

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1.

Respuesta INCO: No procede la observación realizada por el proponente 2, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho público y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

- (Folio 59) Observaciones al Contrato de Orden No. 2

El numeral 4.2.1 del Pliego exige acreditar

- (a) La construcción de carreteras de dos (2) o más calzadas.
- (b) La construcción de segundas
- (c) La construcción de carreteras de calzadas sencillas de doble carril.

En los casos anteriores, el ancho mínimo de carril deberá ser al menos tres punto cinco metros (3.5 m) o su equivalente (en caso de presentar un sistema de medida diferente).

Petición del Proponente 2: Certificado no cumple los requisitos NO TENER EN CUENTA

Contra observación del proponente 4: El proponente manifiesta a folio 828, se lee: “*Construcción del Proyecto Autopista Irapuato – La Piedad, con una longitud total de 74.320 Km en el Estado de Guanajuato, en la República Mexicana*” y define autopista de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, anexa certificación expedida por la entidad contratante en lo cual confirma lo indicado en el folio 828.

Respuesta INCO: Se considera no aceptada la petición realizada por el proponente 2 ya que en la certificación se lee Autopista Irapuato – La Piedad, en el pliego de condiciones en el numeral 1.4 Definiciones se define:

- (a) “**Vía Urbana Principal**”. Es la vía llamada vía arteria, troncal o autopista, e incluye una vía de un sistema urbano con prelación de tránsito sobre las vías ordinarias del mismo sistema,

con control total, de doble calzada con un ancho mínimo de sección transversal de cuarenta (40) metros.

- **Apostilla o Consularización del documento.**

Petición del Proponente: Tener por no presentado.

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1.

Respuesta INCO: De acuerdo con la certificación aportada por el Proponente 4 mediante radicado 2010-409-015720-2 se verifica la legalización del documento privado, por lo anterior la solicitud del proponente 2 no se tendrá en cuenta.

- **OBSERVACIONES SOBRE LA EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION DE PUENTES Y VIADUCTOS.**

(Folio 62) Observaciones al Contrato de Orden 1. Apostilla o Consularización de documento.

Petición del Proponente 2: Tener por no presentado.

Contra observación proponente 4: La referida en el Contrato de Orden No. 1 en la Experiencia General, folio 7, numeral 2.1.2, del radicado 2010-409-015720-2 del 12 de julio de 2010.

Respuesta INCO: No procede la observación realizada por el proponente 2, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho público y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

- **(Folio 63). Observaciones frente al Contrato No. 2. Participación del miembro del Consorcio en la ejecución del contrato.** No es claro si el objeto del contrato es la construcción total del puente con la mencionada sociedad, porque se afirma que esta tiene una participación del 39% y no se discrimina en qué porcentaje de la construcción del puente y en qué porcentaje de las obras adicionales.

Contra observación proponente 4: No se vislumbra inconsistencia en la certificación.

Respuesta INCO. No procede la petición del proponente 4, la certificación es clara es su objeto y en el porcentaje de participación del miembro del consorcio.

- **Requisitos de documento**

Petición del Proponente 2: No tener en cuenta.

Contra observación del Proponente 4: Da respuesta única en virtud del Contrato de Orden 1.

Respuesta INCO: No procede la observación realizada por el proponente 2, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y

jurídicas de derecho publico y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

D. RADICADO INCO 2010-409-015201-2 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 3 AL PROPONENTE 4

(Folio 22) OFERTA TECNICA: **Petición del Proponente 3:** Que la entidad se abstenga de otorgar el puntaje correspondiente debido a que el diagrama presentado en el folio 1218 no cumple con lo establecido en el numeral 5.2 el cual debe ser "consistente con lo estipulado en la Sección 2.04 del Anexo 1 Minuta del Contrato, por lo que no contiene los porcentajes de avance e intervención por actividad y simplemente se limita a la visualización de las barras de ejecución sin mayor información alguna.

Contra observación proponente 4: Mediante radicado 2010-409-015720-2 del 12 de julio de 2010, folio 5, el proponente 4 manifiesta la oferta cumplió con el pliego de condiciones.

Respuesta INCO. No se considera procedente la petición del proponente 3 ya que de acuerdo en los pliegos i)es meramente ilustrativo y será obligación de cada proponente presentar su propio programa de inversiones en un formato similar.

• RADICADO INCO 2010-409-017435-2 Y 2010-409-017435-2 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 3 AL PROPONENTE 4

Petición Proponente 3. Contrato de Orden No. 1 Contrato PIF 005/2003. Proyecto Hidroeléctrico el Cajón. Se solicita que el Contrato observado no sea considerado valido para efectos de la acreditación de la experiencia a que hace mención 4.1 del Pliego de Condiciones, por no incluir actividades catalogadas como de operación de dicha infraestructura.

Respuesta INCO: Solicitud presentada igualmente por el proponente 2, se reitera que se considera no presentado este Contrato por no cumplir con la definición de Proyecto de Infraestructura.

Petición Proponente 3. Contrato de Orden No. 2: Proyecto Hidroeléctrico Caruachí. Se solicita no sea considerado valido para efectos de la acreditación de la experiencia a que hace mención el numeral 4.1 del Pliego de Condiciones.

Respuesta INCO: Solicitud presentada por el Proponente 2, el proponente 4 realizó contra observación en donde manifiesta que no asiste razón por cuanto en el folio 476 el contratante certifica que dentro de las actividades fue la tener un año de mantenimiento, para la entrega de la constancia de aceptación definitiva de las obras, o que es lo mismo, durante este periodo el contratista efectuó las ACTIVIDADES NECESARIAS PARA ASEGURAR EL FUNCIONAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA CONSTRUIDA, la cual encaja a la perfección dentro de la definición de "operación" que recoge el pliego de condiciones, por lo anterior se reitera que se considera aceptada la contra observación del proponente 4, en concordancia a la definición del Pliego de Condiciones Proyecto de Infraestructura y de operación.

Petición proponente 3. Contrato de Orden No. 3: Construcción y Operación del Acueducto II – Querétaro. No validar la acreditación de la Experiencia General, no incluyen acta de inicio del CPS, no obra en la propuesta certificación o documento alguno que acredite cual era el avance de la construcción, si en el valor acreditado están incluidas posibles adiciones, y se entrega publicación que reposa en la página web, expedida por el Diario de Querétaro del día 16 de Julio de 2010, en torno al retraso en la ejecución de esta obra y adicionalmente la condonación de una multa.

Respuesta INCO: El proponente manifiesta mediante radicado 2010-409-015188-2 del 6 de julio de 2010, que el valor del contrato y la fecha de suscripción presentados en el formato 3 corresponde a DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SESENTA MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MEXICANOS (2.753.060.536) y 24 de Mayo de 2007, y la tasa de cambio reportada www.x-rates.com corresponde 0,0922088, anexa certificación de la entidad contratante folio 298, 299, y 300. En dicha certificación también se evidencia el porcentaje de ejecución de dicho contrato equivalente al 85%. Por lo anterior no se acepta la observación del proponente 3.

EXPERIENCIA EN CONSTRUCCION DE CARRETERAS

Petición proponente 3. Contrato de Orden No. 1. No es válida la acreditación de experiencia ya que se acredita rehabilitación, mejoramiento o mantenimiento o similares mas no la construcción.

RESPUESTA INCO: De acuerdo con la certificación emitida por la entidad contratante a folio 779 de la propuesta se observa que la experiencia acreditada corresponde a construcción de carreteras. A folio 784 de la propuesta, se encuentra adicionalmente, el contrato respectivo. Por lo anterior, no se acepta la observación.

Petición proponente 3. Contrato de Orden No. 2. Autopista Irapauto – La Piedad. La certificación no cuenta con el procedimiento de legalización, que las actividades desarrolladas corresponden a aquellas realizadas sobre una vía existente y más aun de modernización de dicha vía, del valor total del contrato debe permitírsele al proponente únicamente la acreditación de aquellas actividades que no se incluyan dentro del citado concepto.

RESPUESTA INCO: No procede la observación realizada por el proponente 3, por cuanto a partir del 1 de agosto de 2009 el Ministerio de Relaciones Exteriores dejó claro que los documentos que expiden los cónsules de Colombia en calidad de notarios podrán ser presentados ante personas naturales y jurídicas de derecho público y privado, sin necesidad de ser legalizados o avalados por este Ministerio.

Por otro lado, a folio 29 del radicado 2010-409-15720-2, este proponente allega certificación en la que manifiesta que la construcción corresponde a una Autopista tipo A-3, de 4 carriles de circulación de 3.5 metros de ancho con acotamiento exterior de 2.5 metros y acotamiento interior de 1.5 metros. Por lo anterior no se acepta la observación.

En consecuencia de las aclaraciones recibidas el INCO determina que la propuesta es ADMISIBLE TECNICAMENTE.

PROPUESTA No. 5 ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

A. RADICACION INCO 2010 409 015180-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 RESPUESTA DEL PROPONENTE NO. 5 A LAS OBSERVACIONES DEL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACIÓN.

Mediante comunicación radicada en el INCO con el número 2010 409 015180-2 del 6 de julio de 2010 el proponente 5 presenta las siguientes aclaraciones al informe preliminar de evaluación: Con relación a la experiencia general indica que en la hoja de cálculo asociada a la experiencia general no se incluyeron los contratos con números de orden 4 y 5 del proyecto vial Pereira la Victoria, otro sí número 20 para el par vial variante Obando y carretera Chía Mosquera Girardot y

rama al municipio de Soacha respectivamente. El INCO considera acertada la solicitud y por lo tanto se incluyen en la hoja de cálculo, columna 10 los siguientes valores: \$92.953.328.313 y 218.463.362.458.

Con relación a la solicitud de aclaración del INCO sobre las certificaciones de experiencia en carreteras para los contratos con números de orden 3 y 4 en donde el INCO indica que “El valor total del contrato indicado en el formulario 3 para los números de orden 3 y 4 no permite determinar la experiencia del proponente en **“construcción de carreteras o vías urbanas principales....”** tal y como lo indica el numeral 4.2.1, debido a que en las certificaciones anexadas el valor del contrato, tal y como se indica en el numeral 4.2.5, no indica **el valor de las obras de construcción**, sino que también incluye otros tipos de proyectos”, el proponente 5 manifiesta que revisadas las certificaciones de los contratos 3 y 4 aportadas en los folios 205 al 228, se incluyó el valor de las obras de construcción por 81.650.942 usd \$ y 78.636.284 US\$ respectivamente.

En la misma forma el proponente 5 presenta, acompañando la comunicación 2010 409 015180-2, certificado de aclaración de la firma concesionario Norte S.A, de fecha 1 de julio de 2010 donde se discrimina el monto del contrato número de orden 3 de la siguiente forma:

- Monto del contrato US\$ 155'850.236, monto obras de construcción usd \$ 81.650.942; y certificado de aclaración de la firma concesionaria del Guayas S.A, de fecha 1 de julio de 2010 donde se discrimina el monto del contrato número de orden 4 de la siguiente forma:
Monto del contrato US\$ 155'550.000, monto obras de construcción usd \$ 78.636.284.

De esta forma el INCO considera aclarada la información.

B. RADICACION INCO 2010 409 015187-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 2 A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE 5

Mediante comunicación 2010 409 015187-2 del 6 de julio de 2010 el proponente 2 presenta observaciones a la propuesta presentada por el proponentes 5 en los siguientes términos.

Observación a la experiencia en construcción de carreteras

Contratos con números de orden 3 (Diseño y construcción de las obras correspondientes al grupo 1 denominado Guayas Norte) y 4 (Diseño y construcción de las obras correspondientes al grupo 2 denominado Guayas oriental). Indica el observante que el INCO debe solicitar el ajuste del valor de contrato a lo que realmente corresponda a obras de construcción de carreteras no tomando en cuenta el diseño, rehabilitación, mantenimiento y mejoramiento del proyecto.

Respuesta del INCO. El INCO solicitó tal aclaración al proponente 5 quien al respecto mediante comunicación radicada en el INCO con el número 2010 409 015180-2 del 6 de julio de 2010 presenta las siguientes aclaraciones al informe preliminar de evaluación indicando que revisadas las certificaciones de los contratos con números de orden 3 y 4 aportadas en los folios 205 al 228, se incluyó el valor de las obras de construcción por 81.650.942 usd \$ y 78.636.284 US\$ respectivamente.

En la misma forma el proponente 5 presenta, acompañando la comunicación 2010 409 015180-2, certificado de aclaración de la firma concesionario Norte S.A, de fecha 1 de julio de 2010 donde se discrimina el monto del contrato número de orden 3 de la siguiente forma:

Monto del contrato US\$ 155'850.236, monto obras de construcción US\$ 81.650.942; y certificado de aclaración de la firma concesionaria del Guayas S.A, de fecha 1 de julio de 2010 donde se

discrimina el monto del contrato número de orden 4 de la siguiente forma: Monto del contrato US\$ 155'550.000, monto obras de construcción US\$ 78.636.284.

De esta forma el INCO considera absuelta la observación formulada por el proponente 2

Observaciones a la experiencia en construcción de puentes.

Indica el proponente 2 que el contrato con número de orden 3 aportado por el proponente (folio 239) no es clara en relación a la longitud de puentes debido a que incluye intersecciones y puentes sin especificar cuáles son puentes y cuales intersecciones.

Respuesta del INCO.

Revisada la propuesta del proponente 5 se encuentra que en el folio 242 se relaciona en forma expresa el nombre de los puentes y longitud de cada uno de tal forma que se puede determinar la longitud de puentes para certificar experiencia. Por lo tanto no procede la solicitud

C. RADICACION INCO 2010 409 015188-2 DEL 6 DE JULIO DE 2010 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 4 A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE 5

Mediante comunicación 2010 409 015188-2 del 6 de julio de 2010 el proponente 4 presenta observaciones a la propuesta presentada por el proponentes 5 en los siguientes términos:

El proponente 4 indica que el la propuesta del proponente 5 (ZONA VIAL BICENTENARIO S.A PSF) y del proponente 3 (PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS) se señala una contradicción debido a que en cada una de ellas se presenta una certificación del contrato de concesión para la malla vial del valle del Cauca y Cauca con el numero de radicado 2010 305 006627 1 del 21 de mayo de 2010 suscrito por la Subgerente de Gestión Contractual (E) del INCO, Dra. Gloria Beatriz Alvarez Jaime. En la certificación aportada por el proponente 5 aparece el valor estimado del contrato (\$386.919.000.00 de dic.07). Entre tanto, en la propuesta del proponente 3 no aparece este valor, y en su lugar aparece una certificación de la Fiduciaria Occidente S.A por valor de \$323.902.940.009,oo.

Respuesta del INCO.

Verificado el sistema de gestión documental se registra el oficio con radicado 2010 305 006627 1 del 21 de mayo de 2010 en donde se evidencia que la certificación expedida por el INCO contiene el valor el valor estimado del contrato (\$386.919.000.00 de dic.07).

D. RADICACION INCO 2010 409 17452-2 DEL 2 DE AGOSTO DE 2010 OBSERVACIONES DEL PROPONENTE 3 A LA PROPUESTA DEL PROPONENTE 5

Mediante comunicación 2010 409 17452-2 del 2 de agosto de 2010 el proponente 3 presenta observaciones a la propuesta presentada por el proponentes 5 en los siguientes términos:

Indica el proponente 3 que los contratos presentados por el proponente 5 en el aspecto asociado a experiencia en construcción de carreteras correspondientes a los números de orden 3 (diseño y construcción de las obras correspondientes al grupo 1 denominado Guayas Norte) y numero de orden 4 (diseño y construcción de las obras correspondientes al grupo 2 denominado Guayas oriental) no sean considerados validos para efectos de acreditar experiencia en carreteras debido a que las obras del grupo 1, denominado Guayas Norte (orden 3) y las obras del grupo 2, denominado

Guayas oriental contemplan como actividades centrales labores diferentes a la construcción de carreteras.

Respuesta del Inco:

La observación formulada por el proponente 3 fue objeto de la solicitud de aclaraciones del Inco al proponente 5 con motivo de la publicación del informe preliminar de evaluación.

Al respecto el proponente 5 mediante comunicación radicada en el INCO con el número 2010 409 015180-2 del 6 de julio de 2010 presenta las siguientes aclaraciones al informe preliminar de evaluación:

Indica que revisadas las certificaciones de los contratos con números de orden 3 y 4 aportadas en los folios 205 al 228, se incluyó el valor de las obras de construcción por 81.650.942 usd \$ y 78.636.284 US\$ respectivamente.

De la misma forma el proponente 5 presenta, acompañando la comunicación 2010 409 015180-2, sendos certificados de aclaración tanto de la concesionario Conorte como de la concesionario Concegua en donde aclara lo siguiente para los contratos con números de orden 3 y 4:

Certificado de aclaración del 1 de julio de 2010 Conorte S.A

“El monto de USD \$ 155'850.236 corresponde al monto del contrato y EL MONTO DE U\$ 81'650.942 CORRESPONDE AL VALOR DE LA OBRAS DE CONSTRUCCION DE CARRETERAS”

Certificado de aclaración del 1 de julio de 2010 Concegua S.A

“El monto de USD \$ 155'550.000 corresponde al monto del contrato y EL MONTO DE U\$ 78'636.284 CORRESPONDE AL VALOR DE LA OBRAS DE CONSTRUCCION DE CARRETERAS”

De esta forma el INCO considera absuelta la observación formulada por el proponente 3

E. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE METROVIAS DE LAS AMÉRICAS S.A.S PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA

Mediante oficio con radicado INCO No. 2010-409-017330-2 de fecha 30 de julio de 2010, la representante legal del proponente Metrovias de las Américas S.A.S. PSF, manifiesta:

“ 4.1 Experiencia en Construcción en General

Mecanismos de acreditación de la experiencia técnica

En cuanto hace a la Condiciones autorizan resumen básicamente en:

Acreditación de experiencia de los proponentes, los Pliegos autoriza las siguientes alternativas válidas para ese efecto. Estas opciones, se resumen básicamente en:

1.- Acreditación directa por el Proponente o el Integrante de una Estructura Plural como ejecutor directo del contrato o subcontrato.

2.- Acreditación indirecta por el proponente o el Integrante de una estructura plural, únicamente, en la medida en que dicha experiencia haya sido obtenida en figuras asociativas con terceros que pudieren ser sociedades proyecto y/o patrimonios autónomos, siempre que su participación en ese tercero hubiere sido de al menos el quince por ciento (15%):

(...)

3.- Acreditación indirecta de la experiencia a través de sociedades controladas por el proponente o de la matriz del proponente y en el caso, de las estructuras plurales, acreditación de la experiencia

de manera indirecta a través de sociedades controladas por el integrante del proponente o de la matriz del integrante del proponente.

(...)

Considerando la expresa normativa de los pliegos de condiciones, se hace necesario realizar el análisis de la experiencia acreditada por el Proponente No. 5. ZONA VIAL BICENTENARIO S.A. PSP, por parte de la sociedad HIDALGO E HIDALGO COLOMRIA S.A.S a través de su matriz HIDALGO E HIDALGO S.A, sociedad mercantil ecuatoriana, toda vez que, de conformidad con los documentos aportados por el proponente con ese propósito, de experiencia no se encuentra debidamente acreditada al tenor de los requisitos exigidos en los pliegos de condiciones. En efecto:

Contrato de Orden No. 2. CONCESIÓN DE LA RED VIAL PRINCIPAL DEL SECTOR NORTE DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS.

Reposa a folio 134 de la Propuesta el Formulario No. 3 denominado Experiencia en Construcción en General/Experiencia en Construcción de Carreteras o Vías Urbanas Principales/ Experiencia en Puentes y/o Viaductos, el Contrato de Diseños, Construcción, Rehabilitación, Operación y Mantenimiento del Proyecto Vial Guayas Norte, en donde se acredita a la fecha de cierre de la Licitación lo siguiente:

"% de participación en la forma de asociación (4) 48,4 70%"

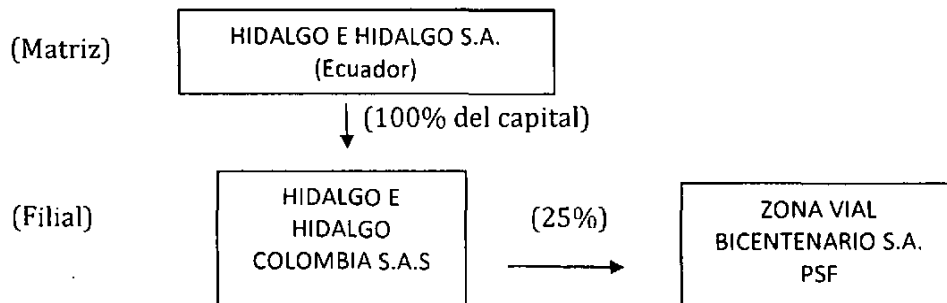
- Obra a folio 149 de concesiones, Gobierno sociedad COMPAÑÍA "CONORTE SA.", es la Norte de la Provincia de la propuesta, certificación expedida por la Unidad de Provincial de Guayas, Ecuador, en la cual se acredita que la CONCESIONARIA DEL NORTE SOCIEDAD ANÓNIMA sociedad concesionaria de la red vial principal del sector Guayas, Ecuador
- Indica el citado folio que las actividades realizadas en el proyecto consisten en "Rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, ampliación, explotación u operación y administración de las carreteras a cargo del H. Consejo Provincial de Guayas"
- A folio 150 de la propuesta, se señala que se han ejecutado los trabajos de construcción en un 100% en la primera y segunda etapa.
- Igualmente a folio 153 un contrato adicional, principal, obras que satisfacción. de la propuesta, se indica que el contrato de concesión, tiene en donde la sociedad concesionaria fue el ejecutor titular en todo caso se encuentran terminadas y recibidas a satisfacción.
- Obra a folio 158, el Certificado de Cumplimiento de Obligaciones y Existencia Legal de la sociedad Concesionaria Norte Conorte S.A., en la cual se expresa que la compañía tiene "actual existencia jurídica y su plazo social concluye el 12/10/2031 "y que tiene un capital social de USD\$5.800.000.
- Obra a folio 160 de la Propuesta, el Certificado de la Superintendencia de Compañías, en donde se indica que los accionistas de la sociedad Concesionaria es:

Accionista	Capital	Porcentaje
Construroca S.A.	145.000	2,5%
Eklipze Trading Corporation	2.815.000	48,53%
Hidalgo e Hidalgo S.A.	2.811.000	48,47%
J.P. Construcciones S.A.	29.000	0,5%

Cabe resaltar, que el mencionado Registro de Sociedades en donde consta la composición accionaria de la Compañía, es de fecha 12 de septiembre de 2008. es decir, fue expedido con dos años de antelación a la fecha del cierre de la licitación, circunstancia que a más de quedar inmersa en lo dispuesto por el numeral 3.3.2 subnumeral 1, imposibilita a la entidad tener certeza sobre la situación ACTUAL de la sociedad concesionaria. Dicho de otra manera, el proponente no pudo acreditar que la sociedad HIDALGO e HIDALGO S.A. en la ACTUALIDAD participa del capital accionario de la sociedad concesionaria NORTE CONORTE S.A.

Teniendo presente los hechos anteriormente expuestos y que se encuentran acreditados con los mismos documentos aportados por el proponente, se llega a las siguientes conclusiones:

1.- La Promesa de Sociedad Futura ZONA VIAL BICENTENARIO S.A P.S.F, pretendió acreditar la experiencia en Construcción en General, a través de un integrante del proponente HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S (Integrante del Proponente), quien a su vez pretendió invocar la experiencia de su sociedad Matriz HIDALGO E HIDALGO SA. (Ecuador), quien a su vez, para que dicha experiencia fuera válida debía acreditar la experiencia de sociedades que fueren subordinadas de dicha matriz (filiales o subsidiarias) y que para el caso en particular, se pretendía fuera la sociedad CONCESIONARIA NORTE CONORTE SA.



2.- Para que la antedicha acreditación fuese eficaz en los términos permitidos por el pliego de condiciones, resultaba, además necesario, acreditar el cumplimiento de los presupuestos de Ley establecidos en el Código de Comercio en su artículo 260, exigencias legales adoptadas por el Pliego de Condiciones en lo referente al concepto de Matriz, consistentes en:

- (i) Tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o
- (ii) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o
- (iii) Ejerce, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Presupuestos todos estos que debían ser acreditados con la propuesta, so pena de no considerarse válida la experiencia acreditada.

3.- Sin embargo, revisada la documentación que obra a folio 0160 de la Propuesta, se evidencia que la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. (Ecuador) no cuenta con la situación de control pues ostenta el 48,47% de la sociedad concesionaria y si bien es uno de los accionistas mayoritarios, no cumple con los presupuestos exigidos en el Pliego de Condiciones de tener un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50%) o como mínimo dar cumplimiento a los otros dos supuestos referidos a la capacidad decisoria o influencia dominante en las decisiones de la organización.

4.- Situación que se dificulta aún más cuando se evidencia, que fuera de la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. existe una sociedad accionista denominada EKLIPZE TRADING CORPORATION S.A. que ostenta la mayoría de la participación accionarial en el capital (48,53%). Lo que igualmente hace suponer que la sociedad EKLIPZE TRADING CORPORATION SA., es igualmente, quien tiene la capacidad decisoria en la emisión de votos y que conlleva influencia dominante en las decisiones de la sociedad Concesionaria.

5.- Así las cosas, el Contrato de Concesión cuyo titular es la sociedad CONCESIONARIA NORTE CONORTE S.A. no puede ser tenido en cuenta como contrato válido para la acreditación de la experiencia en construcción en general, toda vez que NO EXISTE situación de control a la luz de lo establecido por los Pliegos de Condiciones para la acreditación de experiencia, pues la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. (Ecuador) no cumple los requisitos exigidos en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones.

6.- El numeral 3.5.1 señala que para que pueda ser invocada toda aquella experiencia que no hubiere sido obtenida de manera directa por la ejecución del contrato o a través de su participación directa en una sociedad proyecto, patrimonio autónomo o figura asociativa, debe UNICAMENTE optarse por la alternativa de acreditación de experiencia a través de:

a) *La de sociedades controladas por el Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad CONCESIONARIA NORTE CONORTE SA., no es una sociedad controlada del integrante del Proponente HIDALGO E HIDALGO SAS'*

b) *La de la matriz del Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad HIDALGO E HIDALGO S.A. no es directamente el Concesionario, sino que es un accionista de la sociedad concesionaria.*

c) *Las controladas DOF la Matriz del Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad CONCESIONARIA NORTE CONORTE SA, no es una sociedad subordinada HIDALGO E HIDALGO SA.*

d) *Al no ser la sociedad concesionaria CONCESIONARIA NORTE CONORTE SA, una sociedad subordinada de HIDALGO E HIDALGO SA., no puede ser invocada por & integrante del Proponente (HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA SAS)*

7.- *De igual forma, en ningún caso podrá la Promesa de Sociedad Futura ZONA VIAL BICENTENARIO S.A dar aplicación al numeral 4.2.4' del Pliego e invocar experiencia obtenida por la sociedad HIDALGO E HIDALGO S.A (Ecuador) bajo figuras asociativas o sociedades proyecto como es la sociedad CONCESIONARIA NORTE CONORTE SA, pues esta alternativa está concebida única y exclusivamente para el proponente directo o el integrante del proponente MAP, pero no para la matriz del integrante del proponente quien necesariamente deberá acogerse a lo regulado en el numeral 3.5.1:*

"3.5. ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL PROPONENTE O DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE.

3.5.1. El Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural podrá presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, o de sociedades controladas o su matriz. Para estos efectos habrá control o se considerará matriz cuando se verifique que el Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural o su matriz, según sea el caso, respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredito o que la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes se acredito respecto del Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural ti) tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o (ii) tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en jajunto de socios o junta directivo o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios vara elegir la mayoría de los miembros de la Junta directiva si la hubiere, o (iii) ejerce. en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada. Influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de lo sociedad Todo lo anterior, en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano.' (Negritas y subrayas fuera de texto).

Con lo cual, no podrá alegar tampoco ahora el proponente, que dicha acreditación se realizó de manera directa y no a través de una situación de control, pues como obra a lo largo de su propuesta, la alternativa adoptada por la Promesa de Sociedad Futura es la de matriz del Proponente a través de sociedades en las cuales, HIDALGO E HIDALGO S.A. (ecuador) ostenta participaciones accionariales.

8.- *Adicionalmente, el Pliego de Condiciones reguló la forma de certificar ante el INCO esta situación:*

"(c) Si el Pi-oponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz, la situación de control se verificará (i) en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada por la matriz en la cual conste la inscripción de la situación de control. Si la sociedad controlada es colombiana (la situación de control de la matriz sobre el Proponente se deberá verificar el certificado de existencia y representación legal) (u) si la sociedad controlada por la matriz cuyos Requisitos Habilitantes se acreditan es extranjera se acreditará (1) mediante el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en la cual conste la inscripción de la situación 1 de control de la matriz si la Jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la Jurisdicción. siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (3) mediante certificación expedida

conjuntamente por los representantes legales del Proponente. la matriz del Proponente y de la sociedad controlada: para fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. En el caso, previsto en el presente literal (c), la matriz deberá suscribir lo Fianza y adjuntarla en la Propuesta. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En consecuencia, al no ser válida la experiencia a que hace alusión el Contrato de Orden No. 2, el proponente debe declararse NO ADMISIBLE.

Contrato de Orden No. 3. CONCESIÓN DE LA RED VIAL PRINCIPAL DEL SECTOR NORTE DE LA PROVINCIA DEL GUAYAS.

Reposa a folio 134 de la Propuesta el Formulario No. 3 denominado Experiencia en Construcción en General/Experiencia en Construcción de Carreteras o Vías Urbanas Principales/ Experiencia en Puentes y/o Viaductos, el Contrato de Diseños, Construcción, Rehabilitación. Operación y Mantenimiento del Proyecto Vial Guayas Oriental, en donde se acredita a la fecha de cierre de la Licitación lo siguiente:

"% de participación en la forma de asociación (4) 48,4 70%"

• Obra a folio 165 de la propuesta, certificación expedida por la Unidad de concesiones, Gobierno Provincial de Guayas, Ecuador, en la cual se acredita que la sociedad COMPAÑÍA CONCESIONARIA DE GUAYAS SOCIEDAD ANÓNIMA «CONCEGUA S.A.», es la sociedad concesionaria de la red vial principal del sector Oriental de la Provincia de Guayas, Ecuador.

• Indica el citado folio que las actividades realizadas en el proyecto consisten en "Rehabilitación, mantenimiento, mejoramiento, ampliación, explotación u operación y administración de las carreteras a cargo del H. Consejo Provincial de Guayas"

• A folio 167 de la propuesta, se señala que se han ejecutado los trabajos de construcción en un 100% en la primera y segunda etapa.

• Obra a folio 170, el Certificado de Cumplimiento de Obligaciones y Existencia Legal de la sociedad Concesionaria Del Guayas CONCEGUA S.A., en la cual se expresa que la compañía tiene "actual existencia jurídica y su plazo social concluye el 12/10/2028" y que tiene un capital social de USD\$5.800.000.

• Obra a folio 173 de la Propuesta, el Certificado de la Superintendencia de Compañías, en donde se indica que los accionistas de la sociedad Concesionaria es:

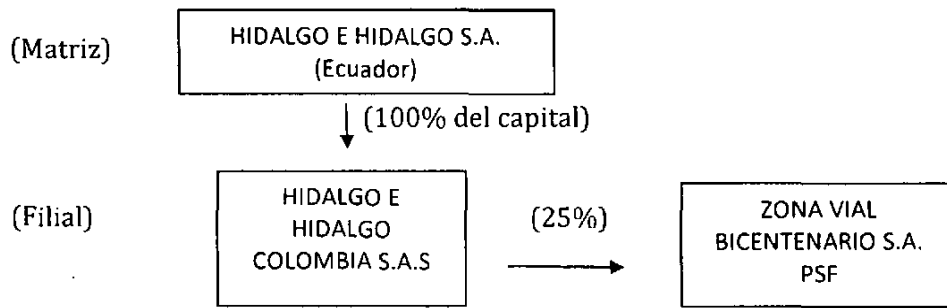
Accionista	Capital	Porcentaje
Construroca S.A.	145.000	2,5%
Eklipze Trading Corporation	2.815.000	48,53%
Hidalgo e Hidalgo S.A.	2.811.000	48,47%
J.P. Construcciones S.A.	29.000	0,5%

Cabe resaltar, que el mencionado Registro de Sociedades en donde consta la composición accionaria de la Compañía, es de fecha 15 de septiembre de 2008, es decir, fue expedido con dos (2) años de antelación a la fecha del cierre de la licitación, circunstancia que a más de quedar inmersa en lo dispuesto por el numeral 3.3.2 subnumeral 1, imposibilita a la entidad tener certeza sobre la situación ACTUAL de la sociedad concesionaria. Dicho de otra manera, el proponente no pudo acreditar que la sociedad HIDALGO e HIDALGO S.A. en la ACTUALIDAD participa del capital accionario de la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SS.

Teniendo presente los hechos anteriormente expuestos y que se encuentran acreditados con los mismos documentos aportados por el proponente, se llega a las siguientes conclusiones:

1.- La Promesa de Sociedad Futura ZONA VIAL BICENTENARIO SS P.S.F, pretendió acreditar la experiencia en Construcción en General, a través de un integrante del proponente HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA SAS (Integrante del Proponente), quien a su vez pretendió invocar la experiencia de su sociedad Matriz HIDALGO E HIDALGO SS. (Ecuador), quien a su vez, para que

dicha experiencia fuera válida debía acreditar la experiencia de sociedades que fueren subordinadas de dicha matriz (filiales o subsidiarias) y que para el caso en particular, se pretendía fuera la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SS.



2.- Para que la antedicha acreditación fuese eficaz en los términos permitidos por el pliego de condiciones, resultaba, además necesario, acreditar el cumplimiento de los presupuestos de Ley establecidos en el Código de Comercio en su artículo 260, exigencias legales adoptadas por el Pliego de Condiciones en lo referente al concepto de Matriz, consistentes en:

- (iv) Tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital, o
- (y) Tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o
- (vi) Ejerce, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Presupuestos todos estos que debían ser acreditados con la propuesta, so pena de no considerarse válida la experiencia acreditada.

3.- Sin embargo, revisada la documentación que obra a folio 0160 de la Propuesta, se evidencia que la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. (Ecuador) no cuenta con la situación de control pues ostenta el 48,47% de la sociedad concesionaria y si bien es uno de los accionistas mayoritarios, no cumple con los presupuestos exigidos en el Pliego de Condiciones de tener un porcentaje mayor al cincuenta por ciento (50%) o como mínimo dar cumplimiento a los otros dos supuestos referidos a la capacidad decisoria o influencia dominante en las decisiones de la organización.

4.- Situación que se dificulta aún más cuando se evidencia, que fuera de la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. existe una sociedad accionista denominada EKLIPZE TRADING CORPORATION SA. que ostenta la mayoría de la participación accionarial en el capital (48,53%). Lo que igualmente hace suponer que la sociedad EKLIPZE TRADING CORPORATION S.A., es igualmente, quien tiene la capacidad decisoria en la emisión de votos y que conlleva influencia dominante en las decisiones de la sociedad Concesionaria.

5.- Así las cosas, el Contrato de Concesión cuyo titular es la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SA. no puede ser tenido en cuenta como contrato válido para la acreditación de la experiencia en construcción en general, toda vez que NO EXISTE situación de control a la luz de lo establecido por los Pliegos de Condiciones para la acreditación de experiencia, pues la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA. (Ecuador) no cumple los requisitos exigidos en el numeral 3.5.1 del Pliego de Condiciones.

6.- El numeral 3.5.1 señala que para que pueda ser invocada toda aquella experiencia que no hubiere sido obtenida de manera directa por la ejecución del contrato o a través de su participación directa en una sociedad proyecto, patrimonio autónomo o figura asociativa, debe ÚNICAMENTE optarse por la alternativa de acreditación de experiencia a través de:

e) La de sociedades controladas por el Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SA no es una sociedad controlada del integrante del Proponente HIDALGO E HIDALGO 55.5

f) La de la matriz del Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad HIDALGO E HIDALGO S.A. no es directamente el Concesionario, sino que es un accionista de la sociedad concesionaria.

g) Las controladas por la Matriz del Integrante del Proponente: No es el caso, pues la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA S.A, no es una sociedad subordinada HIDALGO E HIDALGO SA.

h) Al no ser la sociedad concesionaria CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SA, una sociedad subordinada de HIDALGO E HIDALGO S.A., no puede ser invocada por el integrante del Proponente (HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S)

7.- De igual forma, en ningún caso podrá la Promesa de Sociedad Futura ZONA VIAL BICENTENARIO SA dar aplicación al numeral 4.2.42 del Pliego e invocar experiencia obtenida por la sociedad HIDALGO E HIDALGO SA (Ecuador) bajo figuras asociativas o sociedades proyecto como es la sociedad CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA SS, pues esta alternativa está concebida única y exclusivamente para el proponente directo o el integrante del proponente MAP, pero no para la matriz del integrante del proponente quien necesariamente deberá acogerse a lo regulado en el numeral 3.5.1:

‘3.S. ACREDITACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES DE SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL PROPONENTE O DE LA MATRIZ DEL PROPONENTE.

3.5.1. El Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural podrá presentar los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas o de su matriz, o de sociedades controladas por su matriz. Para estos efectos habrá control o se considerará matriz cuando se verifique que el Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural o su matriz, según sea el caso, respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acredite o que la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes se acredite respecto del Proponente y/o los miembros de una Estructura Plural (si tiene el cincuenta por ciento (50%) o más del capital o fil) tiene la capacidad de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o junta directiva o en la asamblea de accionistas o tenga el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva si la hubiere, o (III) el poder, en razón a un acto o negocio con la sociedad controlada, influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad, Todo lo anterior, en los términos previstos en el Código de Comercio colombiano.’ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Con lo cual, no podrá alegar tampoco ahora el proponente, que dicha acreditación se realizó de manera directa y no a través de una situación de control, pues como obra a lo largo de su propuesta, la alternativa adoptada por la Promesa de Sociedad Futura es la de matriz del Proponente a través de sociedades en las cuales, HIDALGO E HIDALGO S.A. (Ecuador) ostenta participaciones accionariales.

8.- Adicionalmente, el Pliego de Condiciones reguló la forma de certificar ante el INCO esta situación:

“(c) Si el Proponente o los miembros de las Estructuras Plurales acreditan los Requisitos Habilitantes de una sociedad controlada por su matriz, la situación de control se verificará (I) en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada por la matriz en la cual conste la inscripción de la situación de control. Si la sociedad controlada es colombiana (la situación de control de la matriz sobre el Proponente se deberá verificar el certificado de existencia y representación legal) (II) i la sociedad controlada por la matriz cuyos Requisitos Habilitantes se acreditan es extranjera, se acreditará (1) mediante el certificado de existencia y representación legal de la sociedad controlada en la cual conste la inscripción de la situación de control de la matriz, si la jurisdicción de incorporación de la sociedad controlada tuviere tal certificado y en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control, o (2) mediante la presentación de un documento equivalente al certificado de existencia y representación legal según la jurisdicción. siempre que en el mismo fuese obligatorio registrar la situación de control o (3) mediante certificación expedida

conjuntamente por los representantes lea ales del Pro ponente. la matriz del Proponente y de la sociedad controlada: vera fines de claridad únicamente, la certificación podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas. En el caso, previsto en el presente literal (c), la matriz deberá suscribirlo Fianza y adjuntarla en la Propuesta (Negrillas y subrayas fuera de texto).

*En consecuencia, al no ser válida la experiencia a que hace alusión el Contrato de Orden No. 3, el proponente debe declararse **NO ADMISIBLE**”.*

Respuesta del INCO

De la lectura juiciosa de la observación presentada frente a la verificación de los documentos que reposan en la propuesta, se evidencia claramente Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S. miembro de la estructura plural, acredita Requisitos Habilitantes de sociedades controladas por su matriz (Hidalgo e Hidalgo S.A.) en las condiciones dispuestas en el literal (c) del numeral 3.5.2 del Pliego de Condiciones, como son las sociedades concesionarias denominadas CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA S.A y CONCESIONARIA NORTE CONORTE S.A., lo que implica que la situación de control deba ser acreditada de todas y cada una de las sociedades involucradas en la cadena de control, en consecuencia, el control debe ser probado incluyendo las sociedades concesionarias mencionadas, en las condiciones dispuestas para el efecto en el Pliego de Condiciones.

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta que dentro de los documentos que reposan en la propuesta no se evidencia que la sociedad Hidalgo e Hidalgo S.A. detente control sobre las sociedades concesionarias CONCESIONARIA DEL GUAYAS CONCEGUA S.A y CONCESIONARIA NORTE CONORTE S.A., en los términos establecidos en los Pliegos de Condiciones, el Comité Evaluador, otorga al proponente una calificación técnica de **NO ADMISIBLE**.

3. RESUMEN DE LA EVALUACION

Los resultados de la evaluación aparecen en los cuadros Excel anexos, que deben ser revisados por cada uno de los proponentes.

No. de Orden	PROPONENTE	EVALUACION JURIDICA	EVALUACION GARANTÍAS	EVALUACION FINANCIERA	EVALUACION TECNICA	CALIFICACION FINAL
1	VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE
2	VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE
3	PSF METROVIAS DE LAS AMERICAS	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE	ADMISIBLE
4	CONSORCIO TRANSVERSAL AMERICAS 2010	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE
5	ZONA VIAL BICENTENARIO S.A PSF	ADMISIBLE	ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE	NO ADMISIBLE

FACTOR DE PONDERACIÓN APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL.

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	%	PAÍS	PUNTAJE
1	VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF	ODINSA S.A.	100%	COLOMBIA	100
		VALORCON S.A.			
		CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A			
2	VIAS DE LAS AMERICAS PSF	OHL COLOMBIA LTDA	100%	COLOMBIA	100
		LATINCO S.A.			
		HB ESTRUCTURAS METÁLICAS			
3.	METROVIAS DE LAS AMERICAS PSF	CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA	100%	COLOMBIA	100
		SONACOL S.A.			
		CARLOS ALBERTO SOLARTE			
		LUIS HECTOR SOLARTE			

FACTOR DE PONDERACIÓN DIAGRAMA DE GANNT

No.	PROPONENTE	INTEGRANTE	PUNTAJE
1	VIAS DE LAS AMERICAS SAS PSF	ODINSA S.A.	100
		VALORCON S.A.	
		CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A	
2	VIAS DE LAS AMERICAS PSF	OHL COLOMBIA LTDA	100
		LATINCO S.A.	
		HB ESTRUCTURAS METÁLICAS	
3.	METROVIAS DE LAS AMERICAS PSF	CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA	100
		SONACOL S.A.	
		CARLOS ALBERTO SOLARTE	
		LUIS HECTOR SOLARTE	

COMITÉ EVALUADOR