

Bogotá D.C., 19 de julio de 2010

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2010-409-016407-2
Fecha: 19/07/2010 15:46:59->101
OEM: ZONA 3 RUTA DAEL SOL S.A. PROMESA D
Anexos:14 FOLIOS



Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO –

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Attn: Dr. **JORGE AUGUSTO MERINO DUQUE**

Subgerente de Estructuración y Adjudicación

Edificio Ministerio de Transporte

Avenida El Dorado CAN, Tercer Piso Bogotá DC, Colombia

Fax (+57 1) 3240800

Bogotá D.C.

Referencia: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010

Radicado INCO No. 20101010092761

Fecha: 13-07-2010

Dentro del plazo fijado por el INCO, y en los términos contenidos en el **ANEXO I** a la presente carta, a continuación damos respuesta a la solicitud de esa entidad contenida en la comunicación que se cita en la referencia, presentada al proponente **ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA**, dentro de la Licitación Pública No SEA – LP-001-2010.

LUIS FERNANDO JARAMILLO CORREA

Representante legal

ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA.

Anexo lo anunciado en: 14 folios incluida la presente carta

Bogotá D.C., 19 de julio de 2010

Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO –

Subgerencia de Estructuración y Adjudicación

Attn: Dr. **JORGE AUGUSTO MERINO DUQUE**

Subgerente de Estructuración y Adjudicación

Edificio Ministerio de Transporte

Avenida El Dorado CAN, Tercer Piso Bogotá DC, Colombia

Fax (+57 1) 3240800

Bogotá D.C.

Referencia: Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010

Radicado INCO No. 20101010092761

Fecha: 13-07-2010

En la comunicación que se cita en la referencia, el INCO solicita a este Proponente allegar la información que acredite la situación de control entre GRUPO ODINSA S.A. y las sociedades AUTOPISTAS DEL NORDESTE CAYMAN LTD. y entre aquella y BOULEVARD TURÍSTICO DEL ATLÁNTICO C. por A.

Cita el INCO en su comunicación, en relación con la forma para acreditar la experiencia, una respuesta dada a otro en la que se dijo que *“A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas, como tampoco se podrían sumar participaciones menores entre empresas de un mismo grupo hasta llegar al porcentaje mínimo requerido para los efectos del numeral (ii) de esta respuesta.”*

Ante todo debo precisar que esta prohibición o restricción que pretende el INCO aplicar al esquema de acreditación de la experiencia en consecución de financiación no le puede ser aplicada al Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, por las siguientes razones:

- A efectos de estructurar su propuesta, la sociedad GRUPO ODINSA S.A., miembro del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, en la Tercera Ronda de Preguntas y Respuestas preguntó al INCO sobre de la forma que proyectaba emplear para acreditar la experiencia en obtención de financiación de proyectos.

- El INCO le respondió positivamente. Y, ni en la respuesta del INCO, ni en la Adenda que se expidió para introducir como una modificación del Pliego lo que se respondió, se hizo mención de la prohibición de combinar la regla del numeral 3.5.1. con una de las alternativas del numeral 3.6.7.
- La prohibición o restricción de combinar la regla del numeral 3.5.1. con una de las alternativas del numeral 3.6.7. no se encuentra contemplada ni en el Pliego de Condiciones originalmente publicado ni en ninguna de las Adendas posteriormente expedidas.
- La cita utilizada por el INCO para prohibir la combinación en cuestión proviene de una respuesta dada dentro de la Sexta Ronda a otro proponente, no corresponde al esquema utilizado por Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura para acreditar la experiencia en financiación en su propuesta.
- El hecho de que exista una respuesta, que por lo demás fue dada a otro Proponente y para un esquema de financiación diferente, no constituye argumento jurídico suficiente para prohibir o restringir al Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura que combine la regla del numeral 3.5.1 con las alternativas del numeral 3.6.7.

Por consiguiente, las anteriores consideraciones conducen a solicitarle al INCO que se abstenga de aplicar para la evaluación de nuestra propuesta *un juicio de valor* en el sentido de que *no es viable combinar las dos alternativas*, esto es, combinar la regla general del numeral 3.5.1. con una de las alternativas previstas por el numeral 3.6.7.

1. La forma de Acreditación de la Experiencia Empleada por el Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura

Para el caso de la experiencia en financiación derivada de la sociedad Autopistas del Nordeste C. por A., el proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura ha utilizado la forma de acreditación de los Requisitos Habilitantes prevista en el numeral 3.5.1 y, para acreditar la experiencia en financiación de proyectos de infraestructura, lo previsto en el numeral 3.6.7., que a su vez permite acreditar la experiencia de vehículos de propósito especial constituidos por el MAP para la financiación de un Proyecto de Infraestructura, siempre que se den ciertos requisitos.

La forma de acreditación de la experiencia en financiación que hemos utilizado en nuestra propuesta, se encuentra permitida en el Pliego de Condiciones y no está

prohibida, por lo que resulta perfectamente aplicable en la forma que la Estructura Plural Zona 3 Ruta del Sol lo ha hecho.

De manera general el numeral 3.5.1. permite, siempre que se trate de Requisitos Habilitantes, que estos sean acreditados utilizando experiencias de sociedades controladas, matrices y sociedades controladas por la matriz.

En efecto, este numeral establece lo siguiente:

3.5.1. El Proponente (o los miembros de una Estructura Plural) podrá(n) 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 (o los miembros de una Estructura Plural) o su matriz, según sea el caso, respecto de la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes acreditan o que la sociedad cuyos Requisitos Habilitantes se acreditan respecto del Proponente (o los miembros de una Estructura Plural)

(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.

En forma específica, el numeral 3.6.7. indica que se puede acreditar la experiencia en financiación a través de proyectos estructurados mediante un vehículo de propósito especial que hubiere sido constituido por el MAP, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

El mencionado numeral indica lo siguiente:

Numeral 3.6.7 (...) También se podrá acreditar la experiencia de vehículos de propósito especial constituidos por el proponente o MAP para la financiación de un proyecto de infraestructura siempre que:

a. el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación;

b. que los recursos de la financiación obtenida el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y

c. que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el 51% a la sociedad concesionaria que desarrolló el proyecto de infraestructura que se acredita.

Contrario a lo que señala el INCO en la comunicación que se cita en la referencia, de que “no es viable combinar las dos alternativas”, se observa en forma clara que el contenido de los numerales 3.5.1. y 3.6.7. resulta perfectamente compatible y complementario entre sí y ello es indicativo de que éstas no son alternativas excluyentes, sino formas combinables entre sí; adicionalmente, obsérvese que en el Pliego de Condiciones no existe ninguna prohibición de combinar estas dos formas, tan no existe tal prohibición, que el INCO cita la respuesta dada a uno de los proponentes y no un numeral del Pliego de Condiciones.

2. El contenido de los numerales 3.5.1 y 3.6.7. es compatible y complementario

En efecto, es claro que lo previsto en el numeral 3.5.1 constituye por su naturaleza una previsión de carácter general, según la cual resultan asimilables para efectos de acreditar los Requisitos Habilitantes, la matriz, su filial y la subsidiaria dado el vínculo de dependencia o control societario de una respecto de las otras. Es decir, lo que permite este numeral, es que tanto la matriz como la controlada puedan hacer valer recíprocamente la situación y experiencias de ellas.

En cambio, de forma que no resulta excluyente con lo anterior, como una previsión específica sobre los esquemas de financiación que son válidos para acreditar la experiencia financiera, el Pliego permite que se traigan como experiencia, financiaciones logradas bajo formas asociativas con terceros, o financiaciones obtenidas mediante vehículos de inversión (financiación con bonos) para proyectos desarrollados por sociedades proyecto.

En el anterior orden de cosas, la regla del numeral 3.5.1. del Pliego contiene una regla de carácter general aplicable para la acreditación de los Requisitos Habilitantes, en la que se hace una asimilación entre matrices y filiales, mientras que la previsión del numeral 3.6.7. es de carácter específica y faculta a los proponentes para acreditar como experiencia en financiación de proyectos aquella obtenida mediante figuras asociativas o mediante vehículos de propósito especial.

El carácter general de la regla contenida en el numeral 3.5.1. del Pliego de Condiciones y su compatibilidad y complementariedad con la previsión del numeral 3.6.7. fue puesto en evidencia por el mismo INCO en la Respuesta a la Pregunta No. 8 de la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas, como más adelante, en el acápite 4 de este escrito, se destaca.

Por lo tanto, salta a la vista que ambas figuras, esto es, la general prevista en el numeral 3.5.1. y las del numeral 3.6.7., en lugar de excluirse, se complementan perfectamente.

3. La Combinación de la Regla Prevista en el Numeral 3.5.1. con las Alternativas del Numeral 3.6.7. no se Encuentra Prohibida en el Pliego de Condiciones

Como atrás se indicó, la combinación de la regla prevista en el numeral 3.5.1. con una de las figuras contempladas en el numeral 3.6.7. no está prohibida o restringida en el Pliego de Condiciones.

Por el contrario, el texto del numeral 3.5.1. del Pliego no sólo no prohíbe en ninguna parte su utilización combinada con la figura el numeral 3.6.7., sino que tampoco la restringe a una determinada forma de acreditación de la experiencia; por su parte, el texto del numeral 3.6.7 de los pliegos, tampoco contiene ninguna prohibición ni restricción de su utilización combinada con la regla general prevista por el numeral 3.5.1.

3.1. El numeral 3.6.7 fue modificado por el INCO mediante la Adenda No. 3 para permitir acreditar la experiencia de vehículos de inversión, sin contemplar restricción ni prohibición alguna

En cuanto al numeral 3.6.7., resulta de suma importancia para desvirtuar la interpretación del INCO, tener presente que el mismo fue objeto de una modificación precisamente en la que se introdujo la posibilidad de acreditar la experiencia obtenida mediante vehículos de inversión.

En efecto, el texto original del numeral 3.6.7. contenido en los Pliegos de Condiciones a febrero de 2010, establecía lo siguiente:

3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado³), siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el veinte por ciento (20%). En este último caso, la experiencia adquirida en la figura asociativa se podrá acreditar en un ciento por ciento (100%) en la presente Licitación.

Posteriormente, en la Ronda de Preguntas y Respuestas No. 3 del 26 de abril de 2010, la sociedad GRUPO ODINSA S.A. preguntó al INCO sobre la viabilidad de acreditar experiencia en obtención de financiación a través de una sociedad de propósito especial, lo que hizo en los siguientes términos.

PREGUNTA:

De acuerdo con lo previsto en el Numeral 3.6 de los pliegos de condiciones, el Proponente o MAP deberá acreditar que ha participado al menos en una concesión de proyectos de infraestructura durante un determinado periodo. Así mismo, se permite acreditar experiencia en la obtención de financiación bien del sector financiero o del mercado de capitales nacionales o internacionales. No obstante lo anterior, el pliego de condiciones, no es claro sobre la posibilidad de acreditar la experiencia en la obtención de financiación en mercados internacionales, mediante una figura de uso general en el financiamiento de proyectos que consiste en obtener los recursos del mercado de capitales a través de una sociedad de propósito especial constituida con el único objetivo de obtener financiación del mercado de capitales internacional, recursos que a su vez serán destinados en su totalidad a la ejecución de un proyecto de infraestructura desarrollado por la sociedad concesionaria.

En este tipo de estructuras es usual que la sociedad que obtiene la financiación sea matriz de la sociedad concesionaria que ejecuta el proyecto de infraestructura que se pretende acreditar. De esta forma quienes hayan participado en proyectos con estas características tendrán una participación accionaria en la sociedad de propósito especial que obtuvo la financiación en el mercado de capitales internacional, y no en la sociedad concesionaria.

Para efectos de una mejor comprensión se ilustra lo anterior de la siguiente forma;

DIAGRAMA

Siendo así, solicitamos nos aclaren si es procedente acreditar la experiencia de obtención de financiación, tal como se señaló anteriormente.

(1) En el Offering Memorandum de la emisión se precisa la destinación de los recursos al proyecto de infraestructura.

A la anterior pregunta dio respuesta el INCO en forma positiva, esto es, indicando que sí era posible acreditar el financiamiento obtenido a través de una sociedad de propósito específico, sin hacer mención acerca de prohibir o restringir la utilización de esta figura en forma combinada con la regla establecida en el numeral 3.5.1. En efecto, así se aprecia en el texto de la respuesta.

RESPUESTA:

El INCO considera que el financiamiento obtenido a través de una sociedad de propósito específico puede acreditarse siempre y cuando se

cumpla con las siguientes condiciones, las cuales permiten garantizar que se cumple con el objetivo de este requisito de haber participado en al menos una (1) Concesión de Proyectos de Infraestructura: (i) la sociedad de propósito específico haya sido constituida con el único objetivo de obtener la financiación, (ii) los recursos hayan sido destinados en su totalidad a la ejecución del proyecto de infraestructura que se acredita, (iii) la sociedad de propósito específico demuestre el control (51% o más de las acciones) de la sociedad concesionaria que ejecutó el proyecto de infraestructura que se acredita y (iv) cumple con los demás requisitos exigidos en la sección 3.6. del Pliego de Condiciones.

Se hará el respectivo ajuste mediante Adenda.

Consecuentemente con lo señalado en la respuesta que viene de transcribirse, el INCO expidió la Adenda correspondiente modificando el Pliego en el sentido de incluir como experiencia en financiación, la obtenida a través de vehículos de propósito especial constituidos para la financiación de un proyecto de Infraestructura.

ADENDA No. 3 DEL 5 DE MAYO DE 2010

“7. SE MODIFICA EL NUMERAL 3.6.7. DE LOS PLIEGOS DE CONDICIONES EN LOS SIGUIENTES TÉRMINOS:

3.6.7. Los Proponentes podrán acreditar experiencia obtenida bajo figuras asociativas con terceros incluyendo patrimonios autónomos (pero no Fondos de Capital Privado⁴), siempre que la participación del Proponente en dicha figura asociativa hubiere sido de al menos el veinte por ciento (20%). En este último caso, la experiencia adquirida en la figura asociativa se podrá acreditar en un ciento por ciento (100%) en la presente Licitación. **También se podrá acreditar la experiencia de vehículos de propósito especial constituidos por el Proponente o MAP para la financiación de un Proyecto de Infraestructura siempre que: (a) el vehículo de propósito especial haya sido constituido con el único propósito de obtener financiación; y (b) que los recursos de la financiación obtenida por el vehículo de propósito especial hayan sido destinados de manera única y exclusiva al Proyecto de Infraestructura que se acredita; y (c) que el vehículo de propósito especial controle directamente mediante la participación en el capital social de al menos el cincuenta y uno por ciento (51%) a la sociedad concesionaria que desarrolló el Proyecto de Infraestructura que se acredita. (LOS SUBRAYADO FUE LO QUE SE AGREGO EN ESTA ADENDA).**

La modificación del numeral 3.6.7., que fue precisamente mediante la cual se permitió acreditar la experiencia obtenida mediante vehículos de propósito especial, surgió como resultado de la Tercera Ronda de preguntas y respuestas. Como se aprecia en las transcripciones anteriores, en parte alguna de la respuesta dada a la pregunta formulada por GRUPO ODINSA S.A. se prohíbe la utilización combinada de la regla general prevista en el numeral 3.5.1., con alguna de las formas establecidas por este numeral 3.6.7.

De la mayor importancia para dilucidar jurídicamente el asunto en cuestión, resulta ser que en el texto de la Adenda No. 3, con la cual se introdujo la modificación al numeral 3.6.7. en el sentido ya señalado, no existe ninguna prohibición al empleo acumulativo o que combine cualquiera de las alternativas que este numeral contempla, con la regla del numeral 3.5.1.

3.2. La Respuesta del INCO que señala que “A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas” nunca se elevó a Adenda

La cita utilizada por el INCO para prohibir la combinación de la regla del numeral 3.5.1 con las alternativas contempladas en el numeral 3.6.7., que proviene de una respuesta dada dentro de la Sexta Ronda a otro proponente distinto de Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, nunca se elevó a Adenda.

Toda aclaración, complementación o modificación en el Pliegos de Condiciones para que haga parte de los mismos y sea vinculante para los Proponentes y para la Administración, debe efectuarse mediante Adenda según lo previsto por el literal (c) del numeral 2.5.3. *Adiciones y modificaciones al Pliego.*

Jurídicamente no puede equipararse una respuesta dada dentro de las rondas de preguntas y respuestas que nunca fue elevada a adenda, con una adenda modificatoria. El valor jurídico y su fuerza vinculante son diferentes.

El Pliego de Condiciones contempla en los numerales 2.5.2 y 2.5.3 las formalidades que deben surtir para su modificación.

El numeral 2.5.2. que regula lo relacionado con las preguntas y respuestas dentro de la Licitación, establece que cuando con ocasión de una pregunta se aclaren o complementen o surja una modificación del Pliego, estas modificaciones necesariamente se deberán introducir mediante Adenda.

“2.5.2 Preguntas y Respuestas

“Los Interesados tendrán la oportunidad de solicitar por escrito las aclaraciones y modificaciones a los Pliegos que consideren convenientes. El INCO, aunque está en la obligación de atender la

totalidad de los requerimientos formulados, no tendrá la obligación de acceder favorablemente a todas las solicitudes. En todo caso las eventuales modificaciones a los Pliegos se harán mediante Adenda. (la subraya no es del texto)

La anterior regla es reiterada en forma inequívoca por el numeral 2.5.3. que, de manera expresa, contempla las formalidades que se deben seguir para modificar el Pliego de Condiciones:

“2.5.3. Adiciones y modificaciones al Pliego

(a) Los Pliegos se modificarán mediante Adenda que será publicada en los términos del numeral 1.13 de estos Pliegos.

(b) Todas las Adendas serán enviadas por correo certificado, fax, correo electrónico o por cualquier otro medio que pueda arrojar certeza sobre el recibo de las comunicaciones remitidas antes de la Fecha de Cierre de la Licitación a quienes, de acuerdo con el registro del INCO, hayan efectuado comentarios al Proyecto de Pliegos.

(c) Las Adendas mediante las cuales se aclaren, modifiquen o complementen los Pliegos de Condiciones, formarán parte de los mismos desde la fecha en que sean suscritos por el funcionario del INCO y sean publicados en el SECOP. Tales Adendas deberán ser tenidas en cuenta por los Interesados y Proponentes para la formulación de su Propuesta.

(d) La publicación de las Adendas en el SECOP se considerará como notificación oficial al Interesado.

(e) El INCO podrá modificar estos Pliegos mediante Adendas hasta la fecha máxima prevista en el numeral 2.1.1, para que el INCO conteste las preguntas formuladas por los Interesados.

Pretender aplicar la respuesta dada en la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas para la evaluación de la propuesta del proponente Zona 3 Ruta del Sol, implicaría además una violación a lo establecido en los artículos 7º y 8º del Decreto 2474 de 2008, mediante el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Establece en forma perentoria el artículo 7o. citado que toda modificación del Pliego de Condiciones debe realizarse a través de adendas. De otro lado, el artículo 8o. de ese mismo Decreto señala en su numeral 12o. que toda adenda al pliego de condiciones debe ser objeto de publicación para su debida difusión entre los proponentes.

Aquello que no está contenido en el Pliego de Condiciones o en una de sus Adendas no es jurídicamente vinculante y menos como argumento que conduzca a la inadmisibilidad de una Propuesta, pues sencillamente se debe considerar que no existe como regla de la licitación.

Por consiguiente, no encontrándose tal prohibición de combinar lo previsto en el numeral 3.5.1. con algunas de las alternativas contempladas en el numeral 3.6.7., ni en el Pliego Original ni en ninguna de sus Adendas expedidas para modificarlo, debe concluirse que jurídicamente tal prohibición no existe y que si se pretende aplicar porque aparece en una respuesta del INCO ello no es suficiente y constituiría una violación de los principios de la contratación administrativa de Transparencia, de Selección Objetiva, de Publicidad, entre otros.

4. La Prohibición de “combinar las dos alternativas” Proviene de una Respuesta Dada a Otro Proponente y Para un Esquema de Acreditación de la Experiencia Diferente al del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura

El hecho de que en una respuesta aislada dada por el INCO a un proponente, se diga que *“A juicio del INCO no es viable combinar las dos alternativas, como tampoco se podrían sumar participaciones menores entre empresas de un mismo grupo hasta llegar al porcentaje mínimo requerido para los efectos del numeral (ii) de esta respuesta”*, no constituye argumento jurídicamente suficiente para impedirle hacerlo al Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

Mucho menos cuando la cita utilizada por el INCO para prohibir la combinación en cuestión que, como se ha dicho, proviene de una respuesta dada dentro de la Sexta Ronda a otro proponente, no corresponde al esquema utilizado por Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura para acreditar la experiencia en financiación en su propuesta, lo que constituye otra razón adicional por la cual no nos puede ser aplicada dicha prohibición.

Además, debe tenerse presente que si bien existe la respuesta que dada por el INCO que ha dado lugar a la presente discusión, también el INCO dio otra respuesta sobre la aplicación de los mismos numerales 3.5.1 y 3.6.7. en la que no solo no expresó que no debían combinarse, sino que dio a entender que sí pueden emplearse acumulativa y complementariamente lo dispuesto por uno y otro numeral, tal como se aprecia en la Respuesta a la Pregunta No. 8 de la Sexta Ronda de Preguntas y Respuestas dada por el INCO, en la que se expresó:

... Los MAP y en general los Proponentes pueden acreditar la experiencia de sus matrices conforme a las reglas señaladas en el

numeral 3.5. de los pliegos de condiciones, también pueden acreditar experiencia en financiación de proyectos de infraestructura de figuras asociativas en las cuales haya tenido una participación mínima del 20% como se señala en el numerales 3.6.7. de los pliegos.

Por lo tanto, se aprecia que la comentada "restricción", no ha sido constante ni consistentemente expresada.

En este orden de cosas, resulta claramente inaplicable para efectos de la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

5. Conclusiones

El INCO debe abstenerse de aplicar para la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura, el criterio según el cual no es viable combinar la regla del numeral 3.5.1. con una de las alternativas previstas por el numeral 3.6.7., porque:

- 5.1. Tal restricción no existe jurídicamente para efectos de la evaluación de las propuestas toda vez que no se encuentra contemplada ni en el Pliego de Condiciones originalmente publicado ni en ninguna de las Adendas posteriormente expedidas.
- 5.2. En todo caso, como quiera que la respuesta utilizada por el INCO para prohibir la combinación en cuestión fue dada a otro Proponente y para un esquema de acreditación de la experiencia en financiación diferente, no resulta aplicable para la evaluación de la propuesta del Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad Futura.

Establecido lo anterior y en el orden de cosas que resulta de una debida aplicación del Pliego de Condiciones y de las modificaciones al mismo introducidas en debida forma, paso a referirme al esquema que en su propuesta presentó como forma para acreditar la experiencia en consecución de financiación el Proponente Zona 3 Ruta del Sol S.A. Promesa de Sociedad:

I. Financiación derivada del Proyecto de Infraestructura que ejecuta en República Dominicana la sociedad concesionaria Autopistas del Nordeste C. por A. (segunda parte del numeral 3.6.7).

La experiencia en financiación que acredita el proponente ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, a través de su integrante GRUPO ODINSA S.A., corresponde al proyecto de infraestructura vial que viene

ejecutando en República Dominicana la sociedad concesionaria AUTOPISTAS DEL NORDESTE C. POR A.

GRUPO ODINSA S.A., en su calidad de integrante de la Estructura Plural mencionada, presentó dentro de la propuesta, como requisito habilitante, una experiencia en financiación de su sociedad controlada Odinsa Holding Inc., tal como lo permite el numeral 3.5.1. en concordancia con el numeral 3.5.2. del pliego de condiciones.

Odinsa Holding Inc. es, como viene de anotarse, filial de GRUPO ODINSA S.A. quien posee el 100% de las acciones. La situación de control de GRUPO ODINSA S.A. sobre la sociedad ODINSA HOLDING INC., aparece inscrita en el Certificado de Existencia y Representación Legal del GRUPO ODINSA S.A. desde el 17 de diciembre de 2001 (ver reverso del folio 17 de la Oferta).

El GRUPO ODINSA S.A. sí ha acreditado la situación de control sobre Odinsa Holding Inc., puesto que adicionalmente aportó el documento que consta a folio 503 de la propuesta en los términos señalados en el literal b del numeral 3.5.2. Para el efecto, teniendo en cuenta que la sociedad controlada es extranjera, se adjuntó el documento que acredita su existencia y representación legal, denominado "Certificado de Incumbencia", debidamente traducido y apostillado, en el cual consta la inscripción de la situación de control de esta sociedad. Dicho documento establece en su literal F, que el accionista de la sociedad a la fecha es GRUPO ODINSA S.A. con un número total de 200,000 acciones, esto es, el total del capital de la sociedad. Visible a Folio 503 del la Propuesta.

Teniendo en cuenta que conforme a la legislación colombiana GRUPO ODINSA S.A. posee el 100% del capital de Odinsa Holding Inc. esta sociedad es considerada filial de aquella.

A su vez, Odinsa Holding Inc. (filial de GRUPO ODINSA S.A.), tiene en dicho vehículo de propósito especial, Autopistas del Nordeste (CAYMAN) Ltd., el 42.4% del capital accionario.

La sociedad concesionaria en ese proyecto es la sociedad Autopistas del Nordeste C. por A., una sociedad controlada por el vehículo de propósito especial Autopistas del Nordeste (CAYMAN) Ltd. con el 99.97% de su capital.

De acuerdo con lo anterior, se configura sin lugar a ninguna duda, una situación de control en los términos previstos en el código de comercio colombiano y según lo permite el pliego en su literal i. del numeral 3.5.1. en el cual se señala que habrá control o que una sociedad se considerara matriz cuando se verifique que el integrante de la Estructura Plural para el caso, tiene el 50% o más de su capital.

Como se ha demostrado, el Pliego de Condiciones mediante Adenda No. 3, incluyó en el numeral 3.6.7. la posibilidad de que los proponentes (o los miembros de una estructura plural) acreditaran experiencia a través de Vehículos de Propósito Especial constituidos para la financiación de un proyecto de infraestructura.

En la propuesta presentada por la Estructura Plural ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, la experiencia acreditada es la correspondiente a la sociedad Autopistas del Nordeste (CAYMAN) Ltd. Dicha financiación cumple con los siguientes requisitos:

- a) El vehículo de propósito especial, esto es, Autopistas Cayman Ltd. fue constituido con el único propósito de obtener la financiación descrita, según consta en los documentos allegados en la debida oportunidad al INCO con fecha de 7 de julio de 2010, en atención a lo solicitado por esa Entidad (Offering Memorandum, Collateral Trust Indenture, certificación del Bank of New York Mellon).
- b) Los recursos de la financiación obtenida por Autopistas del Nordeste Cayman Ltd. fueron destinados de manera única y exclusiva al proyecto de infraestructura que ejecuta la sociedad Autopistas del Nordeste C. por A., compañía por acciones organizada de acuerdo con las leyes de República Dominicana. (Ver Numeral 10 de la Certificación visible a Folio 197).
- c) El vehículo de propósito especial controla directamente, mediante la participación del 99.94% del capital, a la sociedad concesionaria que desarrolla el proyecto de infraestructura que se acredita en la propuesta, es decir, a la sociedad dominicana, Autopista del Nordeste C. por A. (Ver Numeral 7 de la Certificación visible a Folio 193 de la Propuesta).

En consecuencia, GRUPO ODINSA S.A. como MAP de la Estructura Plural ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, sí ha acreditado la situación de control que le permita hacer valer la experiencia en financiación de proyectos de Infraestructura.

II. Financiación derivada del Proyecto de Infraestructura Red Vial Nagua - Samaná que ejecuta la sociedad Boulevard Turístico del Atlántico en República Dominicana. (Primera Parte del Numeral 3.6.7)

- (a) La Sociedad GRUPO ODINSA S.A. integrante del proponente controla a la sociedad ODINSA HOLDING INC, conforme lo establece el literal (i) del numeral 3.5.1. A folios del 219 al 236 de la propuesta se adjuntaron las certificaciones que demuestran la relación de control.

- (b) La Sociedad ODINSA HOLDING INC. es titular del 42 % de participación accionaria de la sociedad Boulevard Turístico del Atlántico, ejecutora del proyecto de infraestructura, conforme lo establece la primera parte del numeral 3.6.7. A folios 224 (Num. 7) y 228 (Num. 6) de la Propuesta se adjuntaron las certificaciones y documentos que demuestran la vinculación accionaria entre las dos empresas.

- (c) La sociedad Boulevard Turístico del Atlántico adquirió un crédito destinado al proyecto vial de infraestructura que ejecuta por US\$ 151.100.000., el cual se acredita adjuntando entre otros documentos el contrato de crédito (Anexo 1 a que se refiere el Folio 220 de la Propuesta) y certificación de la entidad contratante (Folio 209 a 212 de la Propuesta).

En consecuencia, sí se han acreditado las situaciones de control para el esquema de financiación presentado por la Estructura Plural ZONA 3 RUTA DEL SOL S.A. – PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA, y los documentos que lo demuestran fueron aportados en la propuesta y complementados (o aclarados) en la oportunidad en que el INCO lo requirió.