



INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2011-409-014658-2
Fecha: 27/05/2011 16:06:28->203
OEM: TECHNOLOGY AND MANAGEMENT LTD
Anexos: SIN



Bogotá D.C., Mayo 27 de 2011



Señores

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO

Atn. Dr. Hernán Santana Ferrín

Coordinador Grupo Interno de Trabajo Jurídico

Edificio Ministerio de Transporte

Avenida El Dorado CAN, Tercero Piso, Bogotá D.C., Colombia

Correo electrónico: mgalindo@inco.gov.co; lruiz@inco.gov.co

Fax: (+57 1) 3240800

La Ciudad

REFERENCIA: CONCURSO DE MERITOS NO. SEA-CM-003-2010

ASUNTO: REPLICAS A OBSERVACIONES AL INFORME PRELIMINAR DE EVALUACION

Respetados Señores:

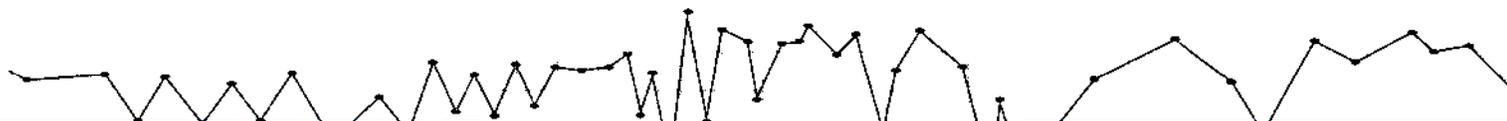
El suscrito, en calidad de Representante Legal de la sociedad **TNM LIMITED.**, sociedad integrante del **CONSORCIO CARMEN DE BOLIVAR** el cual actúa como Interesado en el Concurso de Méritos No. SEA-CM-003-2010, mediante el presente escrito y dentro del término establecido en el numeral 2.3.1 del Documento de Convocatoria regulatorio del Cronograma de la Primera Etapa del Concurso de Méritos, modificado mediante Comunicado No. 2, me permito presentar Réplicas a las Observaciones presentadas por los Interesados dando respuesta al Informe Preliminar de Evaluación de Precalificación de las Manifestaciones de Interés, publicadas en su versión completa, el día veinticinco (25) de Mayo de 2011, en los siguientes términos:

I. PRESENTACION DEL CONTRATO ATIPICO DE FIANZA DE PARTE DE LOS INTERESADOS CON POSTERIORIDAD AL CIERRE DEL PLAZO PARA PRESENTAR MANIFESTACIONES DE INTERES, AUN CUANDO PARA SU CASO ESPECIFICO, ACEPTAN QUE SE REQUIERE.

Es sorprendente el hecho que la mayoría de los Interesados hayan presentado, junto con sus Observaciones al Informe Preliminar de Evaluación, Anexo 2A referente al Modelo de Fianza otorgada por la Sociedad Controlada por el Interesado o por el Miembro de la Estructura Plural o por la Matriz del Interesado o del Miembro de la Estructura Plural o de

1 de 7

Carrera 11 No. 933 - 33 Piso 5 • PBX.: (57-1) 635 1954 • Fax: (57-1) 635 1987
e-mail: colombia@tnmlimited.com • Bogotá, D.C. - Colombia, Suramérica



la Sociedad Controlada por la Matriz del Interesado o del Miembro de la Estructura Plural según el numeral 3.3. del Documento de Convocatoria.

En efecto, tal actuar de parte de los Interesados pone de presente que efectivamente y como lo reconocen, el mencionado Anexo 2A era de obligatoria presentación respecto de sus Manifestaciones de Interés, circunstancia que se agrava con el hecho que la misma fue allegada en una fecha posterior al cierre del plazo para presentar Manifestaciones de Interés, actuar que constituye una absoluta falencia de Capacidad Jurídica.

Lo dicho anteriormente es cierto en palabras del Documento de Convocatoria, según el cual, la Fianza debía sujetarse a los términos y condiciones del Anexo 2, que en lo particular dispone que la misma tiene por objeto garantizar las obligaciones del Interesado o Miembro de la Estructura Plural, derivadas de su inclusión en la Lista Corta, incluyendo pero sin limitarse al cumplimiento de la totalidad de las obligaciones que se deriven de (i) la participación en el Concurso de Méritos que abra el INCO para "Seleccionar la Propuesta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Interventoría cuyo objeto será: La interventoría integral del Contrato de Concesión No. 007 del 04 de agosto de 2010, el cual hace parte del Proyecto Vial Ruta del Sol y que corresponde al Sector 3: San Roque – Yé de Ciénaga y Carmen de Bolívar – Valledupar", (ii) la Adjudicación del Concurso; y (iii) el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Interventoría.

Dado que el objeto de la mencionada Fianza no fue otro que constituir al Fiador en responsable solidario de las obligaciones a cargo del Garantizado, en concordancia con lo consagrado en la Clausula Sexta del Formato 2A que señala de manera expresa que *"El Fiador declara irrevocablemente que el INCO podrá exigirle de manera inmediata y directa el cumplimiento de las Obligaciones Garantizadas, sin necesidad de exigir primero el cumplimiento de las Obligaciones Garantizadas al Garantizado"* es mas que evidente que una omisión en su presentación, como en efecto lo aceptan los Interesados en su caso particular al aportarla, configura una ausencia o falta de Capacidad Jurídica del Interesado.

Y la mencionada ausencia de Capacidad Jurídica traducida en la inexistencia de la solidaridad requerida para el caso de Interesados o Miembros que acrediten Experiencia General de su Matriz, Controlada o Controlada por su Matriz NO se presume como sucedería en caso de Consorcio y Unión Temporal bajo las disposiciones del artículo 7 de la Ley 80, NI TAMPOCO puede ser subsanada considerando lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 que prohíbe a la entidad *"permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta"* o *"que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"*.

Al efecto, es menester citar la providencia proferida por el Consejo de Estado, según la cual, al Interesado no sólo debe exigírsele Capacidad Jurídica con anterioridad al cierre, sino además la acreditación de la misma con anterioridad al cierre. Exigencia plenamente



aplicable para el caso de los Interesados que se encontraban obligados a aportar el Contrato de Fianza en el Concurso de Méritos de la referencia, y que cumplieron con la mencionada obligación sólo hasta el momento de presentación de Observaciones al Informe Preliminar de Evaluación, dando lugar al comportamiento proscrito por la ley y la jurisprudencia, cual es subsanar su Capacidad Jurídica. En palabras del Consejo de Estado:

"Pero el proponente no sólo debe tener la capacidad jurídica y las condiciones suficientes para ejecutar el objeto contractual sino que también debe demostrarlas acreditando todos los elementos integrantes, salvo aquellos respecto de los cuales la ley establezca una presunción de existencia.

(...)

Ahora, como la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, es consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta.

(...)

Pues bien, se debe concluir entonces que, aún en estos casos excepcionales en que las entidades estatales son las llamadas a verificar documentalmente las condiciones de los proponentes, la capacidad jurídica del proponente debe existir y se debe demostrar al momento de presentar la oferta porque es un requisito habilitante para poder participar en el proceso de selección y por ende tampoco puede postergarse en este caso, hasta el momento de la adjudicación, la existencia y la prueba de esa calidad"¹.

Así mismo, la presentación del Contrato de Fianza con posterioridad al cierre del plazo para presentar Manifestaciones de Interés, configura una inobservancia adicional al Estatuto de Contratación y sus disposiciones complementarias.

Es claro que su presentación, además de acarrear una vulneración en materia de Capacidad, que como se dijo anteriormente, no solamente debe tenerse, sino probarse a la fecha de cierre, supone que los Interesados que presenten el Contrato de Fianza con posterioridad al cierre, incurran en lo que se denomina una mejora, adición y/o complementación de la Manifestación de Interés presentada, acción que se encuentra prohibida en virtud del numeral 8 artículo 30 de la Ley 80 de 1993².

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de Enero de 2011. Referencia 36.408. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² "ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:" (...)

(...) "8o. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco (5) días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes.



En efecto, en el caso que nos ocupa, la presentación del Contrato de Fianza con posterioridad al cierre, aún cuando los mismos contemplen fechas anteriores, constituye una adición, complementación y mejora de las Manifestaciones de Interés, circunstancia agravada por el hecho que en ninguno de los documentos inicialmente presentados se da mención siquiera sumaria de su existencia.

Teniendo en cuenta que conforme a las declaraciones de los Interesados, la Fianza implica una solidaridad exigida por el INCO en el Anexo 2 al Documento de Convocatoria en su caso específico, aportarla con posterioridad al cierre supone necesariamente una modificación, adición, mejora y complementación de la Manifestación de Interés, actuación cuya solución obligada es el rechazo de la del Interesado, al comprobarse por ese simple hecho que actuó contra la ley apartándose de los principios de transparencia y buena fe.

Así las cosas, solicito al Comité Asesor y Evaluador analizar la actuación de los Interesados que presentaron el Contrato de Fianza junto con las Observaciones al Informe Preliminar de Evaluación, pues su actuar da a entender que para el caso específico de sus Manifestaciones de Interés, la Fianza tenía el carácter de obligatoria, pero pese a tal consideración omitieron presentarla con anterioridad al cierre del periodo para presentar Manifestación de Interés, razón suficiente para proceder al rechazo de las mismas.

II. AUSENCIA DE FACULTAD SUFICIENTE PARA DELEGAR Y OTORGAR PODER DEL APODERADO DE LA SOCIEDAD PROYECTOS Y SERVICIOS S.A., INTEGRANTE DEL CONSORCIO INTERCON:

Nuevamente se observa un defecto de Capacidad Jurídica, en éste evento, para el caso de la sociedad PROYECTOS Y SERVICIOS S.A., miembro del CONSORCIO INTERCON, cual es la ausencia de facultad suficiente de parte de su Apoderado, para delegar Poder que otorgó a efectos de comprometer a la sociedad en el Concurso de Méritos de la referencia.

Este Interesado encuentra insuficientes no sólo las explicaciones dadas por el señor ABRAHAM PALACIO AMADO en su calidad de Representante Legal del CONSORCIO INTERCON, sino además, las cláusulas contenidas en el Poder inicialmente otorgado por RAFAEL MONTES SÁNCHEZ a AMALIO AGUILAR BUSTILLOS. En efecto, del texto de las mismas se infiere que el señor AMALIO AGUILAR BUSTILLOS goza de facultades suficientes para comprometer a la sociedad en el Concurso de Méritos, mas no para otorgar Poder a un Representante Común que actúe con las mismas facultades inherentes a su mandato. Las cláusulas citadas en el documento de Observaciones no son mas que prescripciones que facultan al mandatario a suscribir documentos, sin que expresamente

En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas."

4 de 7

Carrera 11 No. 938 - 33 Piso 5 • PBX: (57-1) 635 1954 • Fax: (57-1) 635 1987
e-mail: colombia@tnmi.intec.com • Bogotá, D.C. - Colombia, Suramérica



pueda suscribir Poderes, mediante los cuales, ceda todas sus facultades y delegue la representación judicial y extrajudicial de la sociedad.

Se concluye entonces la necesidad de mantener la calificación jurídica de NO HABIL al CONSORCIO INTERCON, al haber omitido su obligación de acreditar un Representante Común debidamente facultado para efectos de la Manifestación de Interes, considerando que el Poder que se le otorgó al señor ABRAHAM PALACIO AMADO, no estuvo autorizado por el mandato inicial conferido a su poderdante.

III. ERROR DE CAPACIDAD JURIDICA AL HABER ALLEGADO CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION LEGAL Y RUP DE LA SOCIEDAD T & K LTDA, INTEGRANTE DEL CONSORCIO SECTOR 3, CON FECHA DE EXPEDICION MAYOR A 30 DIAS.

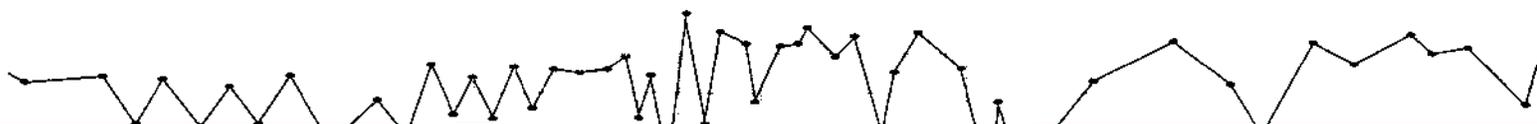
Las Observaciones presentadas por ERIKA LILIANA ACOSTA ALZATE, en su calidad de Representante Legal del CONSORCIO SECTOR 3 evidencian que respecto de la sociedad integrante T & K LTDA el Interesado omitió allegar Certificado de Existencia y Representación Legal y RUP con la vigencia solicitada en el Documento de Convocatoria en sus numerales (ii) y (v) del literal (a) del numeral 3.4., en cuyo texto disponen:

"(ii) El Certificado RUP deberá haber sido expedido máximo treinta (30) Días antes contados desde la fecha de presentación de la Manifestación de Interés, deberá estar vigente y en firme en la Fecha de Cierre, y en éste deberán constar, por lo menos, los siguientes aspectos:

(v) Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras domiciliadas o con sucursal en Colombia deberán presentar su Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la respectiva Cámara de Comercio, el cual deberá haber sido expedido máximo treinta (30) Días antes contados desde la fecha de presentación de la Manifestación de Interés".

La precitada estipulación no podía ser omitida por los Interesados, so pena de incurrir en una indebida acreditación de la Capacidad Jurídica requerida en los documentos del Concurso de Méritos, la cual no puede ser subsanada como ahora lo hace el Interesado, adjuntando el Certificado de Existencia y Representación Legal y el RUP con la fecha de expedición adecuada.

Y no puede ser de otra manera si se tiene en cuenta la finalidad la mencionada exigencia, que a más de ser un requisito meramente formal, asegura que la sociedad T & K LTDA se encuentra vigente y ausente de cualquier causal de disolución o liquidación, de manera que si la mencionada exigencia no tuviera un trasfondo sustancial importante, no sería exigida en la totalidad de Procesos de Selección de carácter Estatal.



Por las razones mencionadas, solicito de manera respetuosa asignar la calificación NO HABIL al CONSORCIO SECTOR 3, al haber incurrido en errores de Capacidad Jurídica que no pueden ser subsanados.

**IV. INSUFICIENCIA DEL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD IMESAPI S.A.,
INTEGRANTE DEL CONSORCIO RUTA DEL SOL:**

Una vez verificada la Observación presentada por el Representante Legal del CONSORCIO RUTA DEL SOL, a saber, el señor ANTONIO GONZALEZ FANDIÑO, respecto del cuestionamiento de su objeto social, encontramos que la respuesta no es satisfactoria frente a la Capacidad Jurídica de la sociedad IMESAPI S.A., toda vez que en ningún momento demuestran que la misma cumpla con el Objeto Social requerido para la participación en el Concurso de Méritos desde los documentos aportados a la Manifestación de Interés, sino que por el contrario, presentan nuevos documentos en donde a juicio del Consorcio, la sociedad cumple con el Objeto Social, y en consecuencia con la Capacidad Jurídica para participar en la etapa de precalificación en curso.

No obstante lo anterior, el Interesado olvida que la Capacidad constituye un elemento esencial para participar en el Concurso de Méritos, y que la misma no solamente debe tenerse al momento de la fecha de entrega de las Manifestaciones de Interés, sino que también debe probarse en tal lapso.

En consecuencia, no es viable acreditar la existencia de Capacidad Jurídica de la sociedad IMESAPI S.A., aportando documentos que no fueron presentados con la Manifestación de Interés, en razón a que los aportados no cumplían los requisitos previstos en el Documento de Convocatoria, y por tanto, los mismos no pueden tenerse en cuenta por la entidad pública, so pena de violar la ley.

Es claro en tal sentido, que la sociedad IMESAPI S.A. integrante del CONSORCIO RUTA DEL SOL no acreditó debidamente su Capacidad para participar en el Concurso de Méritos, a la fecha de entrega de las Manifestaciones de Interés, y por consiguiente, debe ser rechazada.

**V. AUSENCIA DE ACREDITACION DE FACULTADES Y DEBIDA
REPRESENTACION LEGAL DE LA SOCIEDAD GETINSA S.L.
INTEGRANTE DEL CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2011:**

Contrario a lo dicho por el Observante en su calidad de Representante Legal del CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VIAL 2011, la documentación obrante a Folio 135 de la Manifestación de Interés no contiene un acto de Apoderamiento a favor de los señores Pedro Daniel Gómez González, Ángel Maria Lozada Bosque, Luis Mariano González Álvaro, Mariano Antonio Sánchez Mata y Cesar Zubiauar González, de forma que se pueda determinar con claridad la Representación Legal y las Facultades de la Sociedad GETINSA

6 de 7

Carrera ** No. 938 - 33 Piso 5 • PBX. (57-1) 635 1954 • Fax: (57-1) 635 1987
e-mail. colombia@tnmi.mted.com • Bogotá, D.C. - Colombia, Suramérica



INGENIERIA S.L.

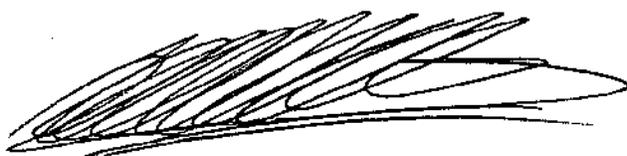
Efectivamente, si se observa el contenido del documento obrante a partir del Folio 135, puede constatarse que el mismo se refiere a la Escritura Pública de Escisión Parcial de la sociedad GABINETE DE ESTUDIOS TÉCNICOS INGENIERA S.A. con traspaso de la porción de patrimonio escindida a la sociedad de nueva creación GETINSA INGENIERIA S.L., que al referirse a las personas mencionadas en el párrafo anterior, se limita a indicar que conforman el Consejo de Administración de la Sociedad, sin que sean dadas las facultades del mencionado órgano de administración.

Así las cosas, considerar que por el simple hecho de pertenecer al Consejo de Administración, tales sujetos cuentan con facultades suficientes para otorgar Poder al Apoderado en Colombia es un error jurídico grave, el cual conlleva necesariamente al rechazo de la Manifestación de Interés por defectos de Capacidad Jurídica, en tanto, tampoco fue posible verificar con la Manifestación de Interés aportada, las funciones del Consejo de Administración, ni tampoco si se encontraban facultados para hacerlo.

Ahora, pretender allegar los Estatutos Sociales con posterioridad al cierre para la presentación de las Manifestaciones de Interés, constituye una actuación no autorizada por la ley y la jurisprudencia, las cuales consideran la necesidad de acreditar la Capacidad Jurídica con anterioridad al vencimiento del mencionado término.

En los anteriores términos, presento Réplicas a las Observaciones presentadas por los Interesados al Informe Preliminar de Evaluación de Precalificación.

Cordialmente,



MIGUEL ANGEL BENZADÓN
C.E. 273.549
Representante Legal
TNM LIMITED

7 de 7

Carrera 11 No. 93B - 33 Piso 5 • PBX.: (57-1) 635 1954 • Fax: (57-1) 635 1987
e-mail: colombia@tnmlimited.com • Bogotá D.C. - Colombia. Suramérica