



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No 2013-409-021062-2
Fecha 31/05/2013 13 51 50 >703
SEM OHL CONCESIONES
Anexos SIN ANEXOS



Bogota D C , 31 de mayo de 2013



Doctor

WILMAR DARÍO GONZÁLEZ BURITICÁ

Gerente Nacional de Infraestructura

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI

Calle 26 No 59-51 Torre 4 -Segundo Piso y/o

Calle 24 A No 59-42 Torre 4-Segundo Piso

Bogota

Ref Observaciones Informe de Evaluación Invitaciones a
Precalificar Nos VJ-VE-IP-001-2013 y VJ-VE-IP-002-2013

Respetado doctor Gonzalez

SANTIAGO JARAMILLO CARO, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogota, e identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como apoderado común de la **ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES** conformada por **OHL CONCESIONES COLOMBIA S A S**, y **OHL CONCESIONES CHILE S.A.**, de conformidad con lo establecido por los Documentos de las Invitaciones de la referencia, procedo en tiempo, a consignar respetuosamente las siguientes observaciones al Informe de Evaluación publicado el pasado 24 de mayo del año en curso¹

I MANIFESTACIONES DE INTERÉS PRESENTADAS DENTRO DE LAS INVITACIONES A PRECALIFICAR NOS VJ-VE-IP-001-2013 Y VJ-VE-002-2013

1 Frente a la Manifestación de Interés presentada por China Harbour Engineering Company Ltd.

Respetuosamente observamos que el Manifestante China Harbour Engineering Company Ltd (en adelante "China Harbour"), acredita la experiencia en inversion mediante un contrato de concesión suscrito con la Empresa Nacional de Operacion y Construccion de Vías de Jamaica por un valor total de USD 101 347 825

En relacion con lo anterior y toda vez que los requisitos relativos a la acreditacion de la experiencia en inversion no fueron cumplidos a satisfacción por el Manifestante antes mencionado, la ANI solicito como subsanacion de dicha Manifestacion que se aportaran los documentos correspondientes, en los terminos exigidos en el numeral 3 5 6

No obstante, dentro del termino para tal efecto, el Manifestante aporto una información relacionada con unos proyectos distintos a aquel presentado inicialmente en su Manifestacion de Interes En consecuencia, estamos absolutamente de acuerdo con el comite evaluador debe rechazarse la propuesta presentada por China Harbour,

¹ Nota Dado que la observaciones al Informe de Evaluacion aplican para las dos Invitaciones a Precalificar, por economia procesal, se presentara un solo documento en dos originales



toda vez que de aceptar la informacion presentada en la subsanacion, se configuraria una "mejora de la Manifestacion de Interés presentada originalmente"

A este respecto y además de lo que señala el comite evaluador, tambien debe tenerse en cuenta que en cuanto la subsanabilidad de las condiciones relativas al Manifestante y los elementos de la Manifestacion de Interés, la jurisprudencia ha reiterado que el factor experiencia constituye un requisito habilitante y, por lo mismo, debe considerarse bajo el criterio de admision o rechazo La entidad contratante solo esta habilitada para evaluar las propuestas que cumplen con las exigencias basicas o minimas y, por lo mismo, le esta vedado permitir que la propuesta sea mejorada o adicionada, pues ello tambien compromete el derecho a la igualdad de otros participantes y, adicionalmente, desconoce que es el oferente quien tiene la carga de presentar su Manifestación en forma integral atendiendo todos los aspectos requeridos en la Invitacion a Precalificar

Para los anteriores efectos, el Consejo de Estado claramente indico que la potestad de subsanar es una potestad reglada y no una atribucion discrecional y por lo mismo debe cumplir lo dispuesto por la ley y el reglamento Dijo el Consejo de Estado

" destaca la Sala que los factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes se definen como "requisitos habilitantes" que no otorgan puntaje, y por tanto, deben considerarse bajo el criterio de admisión o rechazo

Estos elementos deben ser ponderados por la entidad licitante respecto de aquellos proponentes habiles, esto es, sólo a aquellos que en la verificación de los requisitos habilitantes demostraron tener los requisitos necesarios para celebrar el contrato

Como se observa la norma distingue entre las condiciones del proponente necesarias para participar en la licitación, llamándolas requisitos habilitantes, que dan lugar a verificación, y los criterios propios del objeto del contrato que son materia de evaluación, en donde se privilegian los factores técnicos y económicos sujetos a comparación y puntuación

Las condiciones del oferente son las que le permiten participar en el proceso, bajo el entendido de que son las exigencias basicas o mínimas que debe tener para cumplir con el contrato proyectado Esta fue la intención del proyecto de ley 20 Senado de 2005, que se convirtio en la ley 1150 de 2007, de acuerdo con la exposición de motivos presentada por los Ministerios del Interior y de Justicia y de Transporte

estima la Sala que no es viable hacer ofrecimientos sin cumplir con los requisitos habilitantes exigidos para participar, ni en general que la oferta no se ajuste a lo señalado en el pliego de condiciones. Por ello no es posible que el oferente vaya mejorando, completando, adicionando, modificando o estructurando su propuesta a



lo largo del proceso contractual según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones", es decir, todos los elementos del negocio jurídico exigidos en los pliegos de condiciones. Dicho de otra forma, el oferente tiene la carga de presentar su oferta en forma íntegra, esto es, respondiendo todos los puntos del pliego de condiciones y adjuntando todos los documentos de soporte o prueba de las condiciones habilitantes y de los elementos de su oferta, de manera que la entidad licitante pueda, con economía de medios, evaluarla lo más eficientemente posible, y solo si hace falta algún requisito o un documento, la administración puede requerirlo del oferente. Este último proceder se realiza por excepción, pues la regla general debe ser el cumplimiento del numeral 6° del artículo 30 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, por parte de cada uno de los proponentes.

Es conveniente agregar que quien se presenta al proceso de selección debe cumplir, en la fecha en que presenta su oferta, con las condiciones que se exigen para el efecto, de manera que es sobre ellos y no sobre otros que se cumplan con posterioridad, sobre los que recae la posibilidad de saneamiento. A título ilustrativo, si se requiere una experiencia determinada, la misma se debe tener al presentar la propuesta y la administración puede requerir al oferente para que especifique aspectos relacionados con ella (complementar certificaciones, aclarar fechas, etc.); pero no puede extender el tiempo para avalar experiencia que sólo se llegare a cumplir después del cierre de la licitación.

Lo expuesto en el punto anterior, **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.**

Ello es plenamente concordante con las normas en estudio, ya que no de otra forma puede entenderse la posibilidad de subsanar requisitos o falta de documentos que i) verifiquen las condiciones del proponente (requisitos habilitantes), o ii) soporten el contenido de la oferta.

Tanto el parágrafo 1 del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 como el artículo 10 del decreto 2474 de 2008, prevén una potestad reglada para la administración de hacer la solicitud de los requisitos, documentos o informaciones subsanables, vinculando al proponente con el término que ella indique en el requerimiento.



o en el pliego de condiciones, y en modo alguno, se insiste, es una autorización o permiso para que los proponentes mejoren, adicionen o complementen la oferta

*La posibilidad de subsanar prevista en la ley 1150 de 2007 y el decreto 2474 de 2008, es una potestad reglada para las entidades estatales contratantes, que implica deberes de obligatorio cumplimiento para los proponentes. En otras palabras **no es una facultad ilimitada de la Administración, sino que encuentra precisos límites legales, todo dentro del marco del deber de selección objetiva, y de los principios de economía, igualdad, libre concurrencia y transparencia, propios de la contratación estatal**² (Subrayas y negrillas fuera de texto original)*

Por tanto, resulta claro que, al ser la potestad de subsanar una potestad reglada y no una atribución discrecional, reiteramos que estamos de acuerdo con el comité evaluador y solicitamos respetuosamente que se confirme el rechazo de la Manifestación de Interés presentada por China Harbour, con base en la causal (a) "No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"

2. Frente a la Manifestación de Interés presentada por Autopistas del Magdalena

El Manifestante Autopistas del Magdalena está conformado por KMA Construcciones S A, Ortiz Construcciones y Proyectos S A (sucursal Colombia) y Equipo Universal S A

El numeral 3 2 1 del Documento de Invitación establece claramente que la capacidad financiera o de inversión puede acreditarse a través de las controladas del Manifestante o sus integrantes, de la matriz del Manifestante o sus integrantes o de las controladas de la matriz del manifestante o sus integrantes. En virtud de lo anterior, uno de los integrantes del Manifestante, Ortiz Construcciones y Proyectos S A (sucursal Colombia) acreditó experiencia en inversión a través de su matriz, sin embargo, no acreditó la situación de control de conformidad con el literal a del numeral 3 2 2 del Documento de Invitación antes citado, que establece

"Si la sociedad que se considera controlada es colombiana, la situación de control se verificará en (1) su correspondiente certificado de existencia y representación legal en el cual se evidencie los presupuestos de control descritos en el numeral 3 2 1 del presente Documento o (2) mediante certificado suscrito por el revisor (o por el representante legal y contador en caso de no tener revisor fiscal) de la sociedad que se considera controlada respecto de la composición accionaria de dicha sociedad "

De lo anterior resulta claro que la sucursal no puede acreditar la situación de control frente a su matriz dado que dicha circunstancia no figura en el certificado de existencia y representación legal de la misma, toda vez que se entiende que la sucursal no debe

² Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil 20 de mayo de 2010



inscribir dicha situación. No obstante, lo anterior no significa que no se deba dar cumplimiento al aparte del Documento de Invitación antes citado. Es decir, la acreditación de la situación de control entre la sucursal colombiana y Ortiz Construcciones y Proyectos S A, debió ser acreditada en detalle por el revisor fiscal de la sucursal y no por el representante legal de la misma, como en efecto equivocadamente se presentó.

Por tanto, respetuosamente solicito que, una vez verificada la observación anterior, proceda el comité evaluador, si hay lugar a ello, a rechazar la Manifestación presentada por Autopistas del Magdalena, toda vez que no cumple con los requisitos mínimos habilitantes previstos en el Documento de Invitación (numeral 5.11 literal a) pues la única condición impuesta por la ANI para acreditar experiencia en inversión o capacidad financiera de tal forma, era acreditando en los estrictos términos del documento la situación de control.

3. Frente a la Manifestación de Interés presentada por IL&FS Transportation Networks Ltd. y Gayco Ingenieros Constructores S A

A El numeral 3.4 del Documento de Invitación es claro en señalar que los manifestantes o sus integrantes deben acreditar que su término de duración "sea de por lo menos igual al treinta y tres (33) años, contados a partir de la presentación de la Manifestación de Interés".

Luego de revisar la propuesta presentada por el Manifestante señalado en el numeral 3 anterior, no encontramos el documento corporativo en donde conste la duración de uno de sus integrantes, IL&FS Transportation Ltd.

Por tanto y debido a que este es un requisito indispensable impuesto por el Documento de Invitación, solicitamos respetuosamente que el mismo sea verificado nuevamente por el comité evaluador. En caso de que el Manifestante no lo haya aportado, se proceda al rechazo de la propuesta toda vez que no estaría cumpliendo con los requisitos mínimos habilitantes previstos en el Documento de Invitación en el literal a del numeral 5.11.

B El Documento de Invitación establece que, para efectos de acreditar la experiencia en inversión, el Manifestante deberá adjuntar a su Manifestación, entre otros, los siguientes documentos:

- Certificación emitida por la entidad acreedora o su representante (para el caso de la financiación en el mercado de capitales), suscrita por el representante legal o por una persona autorizada para suscribir tal documento, en la que conste (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento, (2) **los valores y las fechas de desembolsos**, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento, **o copia del contrato del crédito junto con una constancia de los desembolsos** o copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del aviso de oferta u equivalente.
- Certificación de la entidad deudora, suscrita por el representante legal y el revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente en la que conste como mínimo (1) el monto del cierre financiero, (2) **los valores y las fechas de los desembolsos o de la colocación**, y (3) que el préstamo



otorgado o el valor colocado corresponden de manera exclusiva al contrato de concesion de proyectos de infraestructura

Luego de revisar la Manifestacion de Interés del observado, encontramos que si bien apporto los certificados de acreedor y deudor exigidos en el Documento de Invitacion en donde consta el valor total desembolsado, no vemos el detalle requerido por la ANI en lo relacionado con las fechas de todos y cada uno de los desembolsos efectuado

Por lo anterior y en la medida en que a todos los Manifestantes incluido el que represento se le exigio aportar las certificaciones en donde constaren expresamente las fechas y montos exactos de todos y cada uno de los desembolsos, respetuosamente solicito que en virtud del derecho de igualdad de todos los participantes, se exija lo mismo para el Manifestante observado

No debe olvidar el comite evaluador que para estos efectos el principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en identicas oportunidades respecto de otros manifestantes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administracion no puede beneficiar con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demas

Por tanto y debido a que en virtud de este principio, los interesados y participantes en un proceso de seleccion deben encontrarse en igual situación, respetuosamente solicitamos que el Manifestante observado aporte las certificaciones en los terminos exigidos en el Documento de Invitacion, so pena de rechazo (numeral 5 11 literal a)

4. Frente a la Manifestación de Interés presentada por P S F Concesiones Guataquí

A El Documento de Invitación es claro en establecer que en las certificaciones proferidas por la entidad contratante debe constar la fecha de suscripción y las obligaciones principales del contrato (3 5 11 literal d) No obstante, encontramos que a folios 196 se consiga dichas certificaciones sin mencionar ni la fecha de suscripcion del contrato ni las obligaciones principales

En consecuencia, respetuosamente solicito que, en virtud del derecho de igualdad de todos los participantes, se exija lo mismo para el Manifestante observado, so pena de rechazo de su Manifestacion de Interes (numeral 5 11 literal a)

El Aviso Modificadorio No 9 ordeno a los interesados, hoy Manifestantes, adjuntar el Anexo 8 "Diagrama de la estructura organizacional" a su respectiva Manifestacion de Interés, con el fin de explicar la situacion de control con los respectivos porcentajes de participacion que cada manifestante acreditaria en los terminos del numeral 3 2 1

No obstante lo anterior, Infraestructura Vial Puerto Salgar, no adjunto el Anexo 8 a su Manifestacion de Interes y, en ese sentido, incumplio con los requisitos minimos exigidos en el Documento de Invitación Situacion que evidentemente da lugar al rechazo de la misma, como respetuosamente lo solicito con base en el literal a del numeral 5 11 del Documento de Invitación

5. Frente a la Manifestación de Interés presentada por Infraestructura Vial Puerto Salgar



El Aviso Modificatorio No 9 ordeno a los en ese entonces interesados, hoy Manifestantes, adjuntar el Anexo 8 "Diagrama de la estructura organizacional" a su respectiva Manifestación de Interés, con el fin de explicar la situación de control con los respectivos porcentajes de participacion que cada manifestante acreditaria en los terminos del numeral 3 2 1

No obstante lo anterior, Infraestructura Vial Puerto Salgar, no adjunto el Anexo 8 a su Manifestación de Interes y en ese sentido, incumplio con los requisitos minimos exigidos en el Documento de Invitacion Situacion que evidentemente da lugar al rechazo de la misma, como respetuosamente lo solicito con base en el literal a del numeral 5 11 del Documento de Invitacion

Atentamente,



SANTIAGO JARAMILLO CARO

Apoderado Comun

ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES

OHL CONCESIONES COLOMBIA SAS-OHL CONCESIONES CHILE S.A