

Bogotá D.C, mayo 31 de 2013.



**Agencia Nacional de Infraestructura –ANI-**

Gerencia de Contratación

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

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

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: (+57 1 ) 3791720

Fax: (+57 1 ) 3791720

---

**RE:** Observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes - Invitación a Precalificar No. VJ-VE-IP-002 – 2013, que tiene por objeto "Conformar la lista de Precalificados para el proyecto de Asociación Público Privada consistente en: Otorgamiento de un Contrato de Concesión Mulaló - Loboguerrero y Cali - Dagua – Loboguerrero-

Estimados Señores:

**ALVARO MIGUEL OEDING**, identificado con cédula de ciudadanía número 72.288.981 de Barranquilla, en mi calidad de Apoderado Común de la Estructura Plural Concesionaria Vial del Pacífico, de conformidad con lo establecido en el Documento de Invitación a Precalificar de la referencia (en adelante los "Términos de la Invitación"), por medio del presente escrito, respetuosamente me permito presentar las observaciones frente al Informe de Evaluación publicado el 24 de mayo de 2013, en el marco de la Invitación a Precalificar No. VJ-VE-IP-002 – 2013 abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante la "Invitación a Precalificar").

**1. CINTRA INFRAESTRUCTURA COLOMBIA S.A.S. - INTERVIAL COLOMBIA S.A.S.**

**1.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

Tal como consta en los folios 01 al 05 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por CINTRA INFRAESTRUCTURAS COLOMBIA S.A.S. e INTERVIAL COLOMBIA S.A.S., no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación.

Aó

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación, de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la ANI en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta.

*"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud"*. (Subrayas fuera del texto).

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que *"podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. **Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades.*** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que *"los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se*

bo

compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales”, de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

“De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente”. (Subrayas fuera del texto).

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional; el mencionado numeral establece que **“se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades”.** (Negritas fuera del texto).

## **1.2. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de uno de los miembros de la Estructura Plural -.**

A folio 049 de la Manifestación de Interés, obra la autorización impartida por la Junta Directiva de INTERVIAL COLOMBIA S.A.S. al representante legal para representar a la sociedad en la Invitación a Precalificar, en los siguientes términos:

*“Por unanimidad, se autoriza a la Sociedad, para que por intermedio de su representante legal, gestione todos los trámites relacionados con la precalificación y la presentación de las ofertas en las convocatorias de la cuarta generación de concesiones que adelanta la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).”*

Como puede verse, la autorización impartida, dada su excesiva ambigüedad y falta de especificidad, afecta de plano la capacidad del representante legal para representar debidamente a la sociedad en este proceso de Precalificación, toda vez que de la expresión “gestione todos los trámites relacionados con la precalificación” no se deriva, ni implícita ni explícitamente, que el representante legal cuenta con las facultades suficientes para la representación de INTERVIAL COLOMBIA S.A.S. en “todas las obligaciones que en el Documento de Invitación resultan aplicables a las Estructuras Plurales”, tal como establece la Carta de

Bo

Presentación de la Manifestación de Interés y como lo exige el Documento de Invitación. En particular, el representante legal carece de la capacidad de asociarse bajo una Estructura Plural, así como la de otorgar poderes, entre las demás facultades que requiere el representante legal del Integrante de la Estructura Legal para comprometer al mismo en el proceso de Precalificación.

No sobra recordar que el representante legal de la sociedad es un mandatario de la misma, sujeto a las limitaciones estatutarias aplicables. En este caso no se evidenció un mandato claro y específico que permita al representante legal comprometer a la sociedad en una estructura plural ni mucho menos otorgar poder al apoderado único. Por tanto, al comprometer a la sociedad en la Estructura Plural y otorgar un poder, sin contar con la debida autorización para hacerlo por parte del órgano social competente, el representante legal está excediendo las limitaciones que los estatutos le imponen para el ejercicio de su mandato, en contravía de lo dispuesto en el numeral 2.2.1(a) del Documento de Invitación, según el cual se debe acreditar "la existencia, vigencia, representación legal y la capacidad jurídica de todos y cada uno de los Integrantes de la Estructura Plural, de tal manera que sea claro que cada uno de los representantes legales cuenta con facultades suficientes para la representación de cada uno de los Integrantes de la Estructura Plural, en todos los aspectos que se requieran para la presentación de la Manifestación de Interés, en los términos previstos en la presente Invitación."

### **1.3. Experiencia en Inversión.**

El numeral 3.2.1 del Documento de Invitación establece que "el Manifestante o sus Integrantes podrán acreditar los Requisitos Habilitantes relativos a capacidad financiera y/o experiencia en inversión con la experiencia de (i) sus sociedades controladas (directa o indirectamente), (ii) de sus matrices, o (iii) de sociedades controladas por sus matrices. Para estos efectos, se deberá acreditar una situación de control entre el Manifestante o cualquiera de sus Integrantes, según sea el caso, y sus correspondientes matrices y/o sociedades controladas." (Subrayas fuera del texto)

Por su parte, el numeral 3.2.2.(c) establece que la certificación "podrá constar en documentos separados suscritos por los representantes legales de cada una de las sociedades involucradas (...)"

En el presente caso, las referidas certificaciones constan a folios 060, firmada por Juan Ramón Pérez Pérez en su calidad de Representante Legal de CINTRA INFRAESTRUCTURAS S.A., y 070, firmada por Federico Gredilla, como Representante Legal de Eurolink Motorway Operations (M3) Ltd., pero en ninguno de ellas se aporta documento alguno que demuestre dicha capacidad de representación legal ni la capacidad para otorgar las certificaciones en cuestión.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, la Manifestación de Interés no acredita debidamente los requisitos de capacidad jurídica y Experiencia en Inversión, por lo tanto solicitamos al Comité Evaluador que

PO

la mencionada Manifestación de Interés sea considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

## **2. IMPREGILO S.P.A. - SALINI S.P.A.**

### **2.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

Tal como consta en los folios 02 al 06 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por IMPREGILO S.p.A y SALINI S.p.A., no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación.

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación, de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la-ANI-en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta:

*"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud"*. (Subrayas fuera del texto).

A<sup>o</sup>

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que *"podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. **Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades.*** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que *"los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales"*, de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

*"De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente"*. (Subrayas fuera del texto).

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional; el mencionado numeral establece que ***"se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades"***. (Negrillas fuera del texto).

## **2.2. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Sociedad SALINI S.p.A.**

Tal como se observa en el Folio 135 de la Propuesta, el señor PIETRO SALINI en su calidad de Administrador Delegado de la sociedad SALINI S.p.A., requiere de autorización previa del comité ejecutivo de la sociedad para:

*"B) Ejecución de contratos y/o concesiones bajo cualquier forma, la participación en licitaciones convocadas tanto directamente como mediante consorcios, uniones temporales y otros tipos de uniones o de acuerdos; para los cuales el administrador delegado podrá representar a la sociedad sólo previa resolución del propio comité ejecutivo".*

En este contexto, se verifica a folio 205 de la Manifestación de Interés que el Consejo de Administración de la sociedad puede delegar sus atribuciones en un Comité Ejecutivo, determinando los límites de la delegación así como su composición, las normas de funcionamiento y los poderes de dicho Comité Ejecutivo.

Ahora bien, no es posible identificar dentro de la Manifestación de Interés el nombramiento del Comité Ejecutivo de la sociedad, los límites de la delegación efectuada por el Consejo de Administración, las normas de funcionamiento y los poderes atribuidos a dicho Comité. Lo anterior, en la medida en que el único documento que nos permite intuir que existe dicho nombramiento obra a folios 48 al 54 y el mismo no fue aportado en su totalidad en idioma castellano, tal y como lo indica el numeral 4.1.1 de la Invitación a Precalificar.

Así, si bien a folios 044 y 045 fue aportada la decisión del Comité Ejecutivo en la cual se autoriza al señor PIETRO SALINI para participar en la precalificación, no es posible verificar que dicha decisión del Comité Ejecutivo haya sido adoptada en debida forma según las instrucciones del Consejo de Administración de la sociedad.

Por lo tanto, en el presente caso no se acredita en debida forma la capacidad jurídica del señor PIETRO SALINI, administrador delegado de la sociedad SALINI S.p.A, quien otorgó poder a LUCA LEGISA LEGHISSA y MARIA ROSA VIRGINIA URIBE BETANCUR quienes suscribieron la Manifestación de Interés en nombre de la sociedad.

En consecuencia, no se acredita la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés, razón por la cual debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

### **3. CONCESIA S.A.S. -MC VICTORIAS TEMPRANAS S.A.S. - SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.**

#### **3.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

RC

Tal como consta en los folios 04 al 07 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por CONCESIA S.A.S., MC VICTORIAS TEMPRANAS S.A.S. y SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S., no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación.

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación, de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la ANI en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta:

*"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud"*. (Subrayas fuera del texto).

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que *"podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de*

DC

acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades.  
(Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que "los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales", de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

"De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente". (Subrayas fuera del texto).

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional; el mencionado numeral establece que "**se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades**". (Negrillas fuera del texto).

#### **4. C.I. GRODCO S. EN C.A. INGENIEROS CIVILES - SHIKUN & BINUI (CONCESSIONS) AG**

##### **4.1. Falta de Requisitos de la Manifestación de Interés -.**

Tal como se observa en el folio 15 de la Propuesta, el anexo 1 "Carta de Manifestación de Interés" no fue suscrita por el apoderado común de los Integrantes, esto es, por el señor JOSE GUTIERREZ MESTRE quien fue nombrado en dicha calidad según obra a folios 13 y 28 y 35 de la Propuesta.

El numeral 4.2.1 de la Invitación a Precalificar establece lo siguiente:

Ac

"4.2.1. La Carta de Manifestación de Interés deberá ajustarse en un todo al Anexo 1 de la presente Invitación y deberá estar suscrita por:

(...)

(iii) por la persona natural si hubiere, **el apoderado común y** cada uno de los representantes legales de las personas jurídicas cuando el Manifestante sea una Estructura Plural." (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Como se puede apreciar, el texto citado exige claramente que el Anexo 1 sea suscrito por los representantes legales de los integrantes de la Estructura Plural y por el apoderado común de la Estructura Plural, suscripción que no se realizó en el presente caso.

En consecuencia, no se acredita el requisito establecido en el numeral 4.2.1 del Documento de Invitación, razón por la cual la Manifestación de Interés debe ser considerada como NO HÁBIL.

Consideramos importante resaltar el texto del numeral 5.1.2 del Documento de Invitación que establece "No se aceptarán Manifestaciones de Interés presentadas con posterioridad a la fecha y hora señaladas para el recibo de las Manifestaciones de Interés, ni en sitios o condiciones diferentes a los que se han previsto en el numeral anterior"

## **5. GAICO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. - IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED**

### **5.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

Tal como consta en los folios 02 al 07 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por GAICO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. - IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED, no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación.

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que "No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación".

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

82

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la ANI en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta.

"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud". (Subrayas fuera del texto).

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que *"podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. **Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades.*** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que *"los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales"*, de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

"De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes

AC

especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente". (Subrayas fuera del texto).

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional, el mencionado numeral establece que **"se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades"**. (Negrillas fuera del texto).

## **5.2. Experiencia en Inversión**

### **5.2.1 Ausencia de certificación de entidad contratante y de participación en estructura asociativa anterior.**

En relación con la Experiencia en Inversión, los Términos de la Invitación establecen en su numeral 3.5.11. (d) y (e) lo siguiente:

*"d) Adjuntar una certificación emitida por el funcionario competente de la entidad contratante en la que conste (i) fecha suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; (iii) obligaciones principales de la parte privada, y (iv) que el contrato no haya sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista. Si la certificación no contiene la información requerida en los literales mencionados, podrá allegarse copia del contrato como complemento.*

*e) En caso de haber obtenido la experiencia mediante la participación de figuras asociativas anteriores, se deberá adjuntar adicionalmente a la documentación a la que se refiere el literal (d) anterior, una declaración suscrita por quien pretende hacer valer dicha experiencia señalando su porcentaje de participación en la respectiva figura asociativa anterior en el momento del cierre financiero que se pretende acreditar, de quien acredita la experiencia."*

Con relación al Contrato cuyo concesionario es Road Infrastructure Development Company of Rajasthan Ltd (RIDCOR) no se encuentra dentro de las certificaciones aportadas en la Manifestación de Interés presentada por GAICO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. - IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED, ninguna certificación emitida por la entidad contratante en la que consten los requisitos del numeral 3.5.11(d), no obstante, a folio 335, se registra una certificación de un ingeniero independiente, quien en el documento no se identifica como funcionario de la entidad contratante (Gobierno del Estado de Rajasthan).

Si bien en la Manifestación de Interés se aporta el contrato de concesión (Ver folios 368 a 379), el mismo en los términos del numeral 3.5.11(d) de los Términos de la Invitación, únicamente puede tenerse como complemento a la certificación emitida por la entidad contratante y no suple en su totalidad la certificación requerida en el literal d) del numeral 3.5.11.

10

Adicionalmente, encontramos que en los documentos soporte de experiencia en inversión de la Manifestación de Interés presentada por GAICO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. - IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED se presentan 4 contratos de concesión de proyectos de infraestructura en los cuales el concesionario de los mismos no es el Integrante IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED.

Para mayor ilustración, en los cuatro contratos relacionados en el Anexo 5 de la Manifestación de Interés, los concesionarios son las siguientes sociedades:

Contrato de Concesión	Entidad Contratante	Concesionario	Folios	%
Contrato 1	Dirección Nacional de Autopistas de la India	Chenani Nashri Tunnelway Limited	275 - 295	100%
Contrato 2	Gobierno del Estado de Rajasthan	Road Infrastructure Development Company of Rajasthan Limited	368 - 379	50%
Contrato 3	Dirección Nacional de Autopistas de la India	Moradabad BAreilly Expressway Limited	492 - 533	100%
Contrato 4	Dirección Nacional de Autopistas de la India	Pune Sholapur Road Development Company Limited	630 - 661	100%

Así mismo, el Integrante IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED establece en el Anexo 5 que su participación en las estructuras asociativas de los diferentes contratos fue la que se indica en el cuadro anterior.

En este contexto, era necesario que se adjuntara la certificación de que trata el literal e) del numeral 3.5.11 de los Términos de la Invitación, la cual no se encuentra dentro de los documentos de la Manifestación de Interés. En este mismo sentido, recomendamos al Comité Evaluador verificar si al Integrante IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED le resulta aplicable la acreditación de la situación de control, en los términos del numeral 3.2. de la Invitación a Precalificar.

En relación con los literales b) y c) de que trata el numeral 3.5.11., en los mismos se establece que se deben acreditar certificaciones de la entidad acreedora y la entidad deudora en las cuales se certifiquen, entre otros, el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, así como los valores y fechas de los desembolsos.

B<sup>o</sup>

En este contexto encontramos que en las certificaciones aportadas a folios 181 a 205, no se indican los valores y fechas de los desembolsos, tal y como lo exigen los literales b y c del numeral 3.5.11, pues únicamente se indica un monto desembolsado global.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, la Manifestación de Interés presentada por GAICO INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A. - IL&FS TRANSPORTATION NETWORKS LIMITED, no acredita debidamente los requisitos de Experiencia en Inversión, por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

## **6. CONSTRUCCION Y ADMINISTRACION S.A. - HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S. - HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA -SERGIO JOSÉ TORRES REATIGA**

### **6.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

Tal como consta en los folios 02 al 07 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por CONSTRUCCION Y ADMINISTRACION S.A. - HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S. - HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA -SERGIO JOSÉ TORRES REATIGA no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. del Documento de Invitación.

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la-ANI-en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de

AV

la Manifestación de Interés tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta.

"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud". (Subrayas fuera del texto).

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que "podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que "los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales", de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

"De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente". (Subrayas fuera del texto).

2

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional; el mencionado numeral establece que **"se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades"**. (Negrillas fuera del texto).

## 6.2. Experiencia en Inversión -.

A folios 797 a 800 de la Manifestación de Interés el Manifestante aportó una certificación suscrita por la Directora Técnica de Instituto de Desarrollo Urbano –IDU- en la que indica que el contrato certificado tiene como objeto *"El otorgamiento de una Concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, realice por su cuenta y riesgo, **las obras necesarias para la Adecuación** de la Troncal Avenida Suba Tramo 1, comprendido entre la calle 80 y la calle 127 A al Sistema Transmilenio, **lo cual incluye las Obras de Construcción requeridas para i) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Transmilenio, ii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Calzadas de Tráfico Mixto, iii) la rehabilitación, construcción y adecuación de las Zonas de Espacio Público, iv) la rehabilitación, construcción y adecuaciones de Estaciones y Puentes Peatonales**"* (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Como se aprecia, las actividades del Contratista son las relativas a construcción y adecuación, mas no de operación.

Por su parte el numeral 3.5.1. de los Términos de la Invitación establece que los Manifestantes *"deberán acreditar la Experiencia en Inversión mediante la acreditación del Financiamiento (tal y como éste se define en el numeral 3.5.3) de (i) una (1) Concesión de un Proyecto de Infraestructura"*, lo cual no se acredita en el caso de la certificación otorgada por el IDU, en la medida que tal como se observa en el objeto del contrato citado, este no incluye la operación de la infraestructura construida.

Al respecto es clara la definición de Proyectos de Infraestructura indicada en el numeral 1.2.39 de los Términos de la Invitación en incluir además de la construcción de la infraestructura la operación de la misma:

*"1.2.39. "Proyecto de Infraestructura": Para los efectos previstos en el numeral 3.5 (Acreditación de Experiencia en Inversión) **es 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 de sistemas de transporte de pasajeros o carga (sin incluir equipo rodante) urbano e interurbano, transporte de hidrocarburos y transporte de gas".* (Subrayas y negrillas fuera del texto)

16

Teniendo en cuenta lo anterior, reiteramos que del objeto contractual certificado por el IDU no se desprende la actividad de operación exigida por los Términos de la Invitación, para que la acreditación de un Proyecto de Infraestructura pueda considerarse hábil.

Adicionalmente, es de mencionar que el objeto de la Invitación a Precalificar de la referencia es el proyecto de asociación publico privado consistente en *"Otorgamiento de un Contrato de Concesión, Bajo el Esquema de Asociación Público Privada-APP, para la Financiación, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento de las Vías Mulaló- Loboguerrero y Cali-Dagua-Loboguerrero, Localizadas en el Departamento del Valle del Cauca"* (Subrayas fuera del texto).

De este modo, en concordancia con lo previsto en el artículo 3° de la Ley 1508 de 2012, el proyecto objeto de la Invitación a Precalificar busca regular la vinculación de capital privado para *"el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura"*. (Subrayas fuera del texto).

Como se observa, ni los Términos de la Invitación, ni la Ley 1508 de 2012 propenden únicamente por la construcción de infraestructura, sino también por su operación y mantenimiento, lo cual es sustancialmente diferente al objeto del Contrato de Concesión No. 145 de 2003 que se acreditó a folios 797 a 800 de la Manifestación de Interés, razón por la cual el mencionado contrato no debe ser tenido en cuenta en la evaluación de la experiencia en inversión.

Adicional a lo anterior, respecto de la experiencia en inversión acreditada mediante el proyecto "Corredor Vial Interoceánico Sur, Peru - Brasil, Tramo 5 Ministerio de Transporte y Comunicaciones - Peru", conforme al Anexo 5, que obra a folio 88, se registra un monto desembolsado por el BBVA Continental por valor de \$ 17.911.899.504, cuyo desembolso no aparece certificado por el deudor, tal como lo exigen los Términos de la Invitación.

En este mismo sentido, en el Informe de Evaluación, en lo que respecta a la experiencia en inversión No. 1 de este Manifestante, se registraron unos montos de desembolso que no corresponden con los incluidos en el Anexo 5 ni en las demás certificaciones que soportan esta experiencia.

Así las cosas, la Manifestación de Interés presentada por Construcción y Administración S.A., Hidalgo e Hidalgo Colombia S.A.S., Hidalgo e Hidalgo S.A. Sucursal Colombia y Sergio José Torres Reatiga, no acredita debidamente los requisitos de Experiencia en Inversión, por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación, de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

AB

## **7. OHL CONCESIONES CHILE S.A. - OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S**

### **7.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación del Integrante de la Estructura Plural -.**

Tal como se observa en el certificado de existencia y representación legal del Integrante de la Estructura Plural OHL Concesiones Colombia S.A.S. que se encuentra a folios 11 a 14 de la Manifestación de Interés, y en el inciso final del artículo 28 de los estatutos de OHL Concesiones Colombia S.A.S. que se aportaron a folios 15 al 20 de la Manifestación de Interés, "**El Gerente Suplente requerirá firma conjunta del Gerente o autorización de la Junta Directiva que será impartida con la mayoría de los votos presentes, para realizar actos y suscribir contratos**"<sup>1</sup> (Subrayas y Negrillas fuera del texto).

Al respecto es preciso señalar que tal como consta a folio 9 de la Manifestación de Interés quien suscribió la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés fue el señor Fernando Ramón Vergara Solar, quién de conformidad con el certificado de Existencia y Representación Legal de OHL Concesiones Colombia S.A.S. que se encuentra a folio 12 de la Manifestación de Interés, es el Gerente Suplente y por lo tanto para firmar la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, como el poder otorgado al señor Santiago Jaramillo requería una de las siguientes alternativas: i) firmar los documentos conjuntamente con el Gerente, el señor Juan Luis Gómez Osuna o, ii) haber obtenido autorización de la Junta Directiva, alternativas estas que no se evidencian en la Manifestación de Interés del Interesado objeto de análisis.

De este modo el señor Fernando Ramón Vergara Solar, Gerente Suplente de OHL Concesiones Colombia S.A.S. no se encuentra facultado para el otorgamiento del poder<sup>2</sup> ni para la presentación de la Manifestación de Interés, contraviniendo lo señalado en el literal b) del numeral 3.4.3. de los Términos de la Invitación que establece que "**cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Manifestación de Interés individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso), o para realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Manifestación de Interés o la participación en la presente Precalificación, se deberá presentar junto con la Manifestación de Interés un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente que autorice la presentación de la Manifestación de Interés y la realización de los demás actos requeridos para la participación en la Precalificación**". (Subrayas fuera del texto).

Así las cosas, la Manifestación de Interés presentada por OHL Concesiones Chile S.A. - OHL Concesiones Colombia S.A.S, no acredita la capacidad

<sup>1</sup> Ver anverso del folio 13 y folio 19 de la Manifestación de Interés.

<sup>2</sup> No se evidencia ninguna de las alternativas previstas en los Estatutos de OHL Concesiones Colombia S.A.S. ni en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés folios (4 a 9), ni en el poder que se encuentra a folios 79 a 71.

jurídica para la presentación de la misma y por lo tanto debe ser considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, la Manifestación de Interés presentada por OHL Concesiones Chile S.A. - OHL Concesiones Colombia S.A.S no acredita la capacidad jurídica para la presentación de la misma, por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

## **8. CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.- GRUPO ODINSA S.A.- ICEIN S.A.S.- MOTA ENGIL ENGENAHRIA E CONSTRUCAO S.A. SUCURSAL COLOMBIA-TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A.**

### **8.1. Capacidad Jurídica -Indebida Representación de la Estructura Plural -.**

Tal como consta en los folios 01 al 05 de la Manifestación de Interés objeto de análisis, en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés no se evidencia la presentación personal de la misma. Por lo tanto, en la Manifestación de Interés presentada por El Cóndor S.A., Grupo Odinsa S.A., Icein S.A.S., Mota Engil Engenahria e Construcao S.A. Sucursal Colombia y Termotécnica Coindustrial S.A, no se nombró debidamente el apoderado único para la presentación de la Manifestación de Interés, en violación de lo dispuesto en el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación.

En consecuencia, la Estructura Plural no acredita debidamente la capacidad jurídica para la presentación de la Manifestación de Interés y debe ser considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el literal (b) del numeral 2.2.1 los integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de ellos en los términos de la precalificación, y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI durante el desarrollo de la Precalificación.

Para tal efecto, y de acuerdo con lo que fue aclarado por la-ANI-en la respuesta a la inquietud No. 31 del documento de respuesta a las preguntas formuladas publicado el 17 de abril de 2013, el poder que se otorga al apoderado se otorga con el diligenciamiento de la Carta de Presentación de

NO

la Manifestación de Interés tal como consta en el literal n) del mencionado anexo. Textualmente indicó la ANI en su respuesta.

"Dado que en los documentos de precalificación no se exige el documento de constitución de la Estructura Plural en donde conste la designación del Apoderado común, es en la Carta de Manifestación de Interés donde se realiza, además de otros aspectos de la estructura plural, por lo cual los integrantes de una Estructura Plural deben suscribirla, a través del modelo consignado en el Anexo 1 de la Invitación a Precalificar. Por lo consiguiente, no es procedente su solicitud". (Subrayas fuera del texto).

De este modo, teniendo en cuenta que el poder está contenido en la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, ésta debe estar dotada de las solemnidades que resulten exigidas por la Ley.

En relación con las mencionadas solemnidades, el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece respecto de los documentos otorgados en Colombia que *"podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. **Se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades.*** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En el mismo sentido, el Decreto 019 de 2012 por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública en el tercer inciso del artículo 25 establece que *"los documentos privados, tuvieren o no como destino servir de prueba en actuaciones administrativas, incluyendo los provenientes de terceros, se presumen auténticos, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, con excepción de los poderes especiales"*, de manera que la norma en comento indica que respecto de los poderes especiales, como ocurre en el caso del poder que se otorga al apoderado único, no se presumen auténticos.

En este sentido, en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública como es el caso de la Invitación a Precalificar, se puede exigir la presentación personal de los poderes especiales; así lo indicó la Corte constitucional en Sentencia C-634 de 2012 en la que examinó la constitucionalidad del artículo 25 del Decreto 019 de 2012 en la que indicó:

"De esta manera, antes de la expedición del artículo 25 del decreto ley 019 de 2012, la remisión realizada al Código de Procedimiento Civil permitía que en los trámites llevados a cabo ante la Administración Pública se pudiera exigir la presentación personal de los poderes especiales, por lo cual, no se está creando un nuevo trámite, sino que la norma demandada se refiere a un trámite ya existente". (Subrayas fuera del texto).

En el caso de la Invitación a Precalificar, es claro que la ANI exigió la presentación personal de los poderes especiales por cuanto el numeral 4.1.2. de los Términos de la Invitación establece que los poderes especiales no están sujetos a la regla general de acuerdo con la cual se podrán presentar original o copia de los documentos sin ninguna solemnidad adicional, el mencionado numeral establece que **"se exceptuará de la regla anterior los poderes especiales y demás documentos cuyos efectos se encuentran sometidos de acuerdo con la Ley al cumplimiento de ciertas solemnidades"**. (Negrillas fuera del texto).

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones la Manifestación de Interés presentada por Construcciones El Cóndor S.A., Grupo Odinsa S.A., Icein S.A.S., Mota Engil Engenhria e Construcao S.A. Sucursal Colombia y Termotécnica Coindustrial S.A, no acredita la capacidad jurídica para la presentación de la misma, por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

## **9. CONCAY S.A. – STRABAG AG**

### **9.1. Obligación de Acuerdo de Garantía solidaria**

Como se observa a continuación, el Manifestante denominado "CONSORCIO STRABAG CONCAY", conformado por STRABAG AG y CONCAY S.A. no asumió la obligación para con la Agencia Nacional de Infraestructura de que la entidad que acredita los requisitos de Capacidad Financiera (STRABAG SE, matriz de STRABAG AG) suscribirá el Acuerdo de Garantía Solidaria que sería necesario en caso de presentar oferta.

En efecto, como se señala en el Anexo 1 de los Términos de la Invitación (Carta de Presentación de la Manifestación de Interés), en el literal (q) del mismo el Manifestante debe obligarse a que quien acredita el requisito de Capacidad Financiera sea quien suscriba el referido acuerdo de garantía. No obstante, pese a la claridad del requisito, STRABAG AG es quien se obliga a suscribir el referido documento (ver folio 5), con lo cual, no se cumple con el requisito exigido en el literal (q) del Anexo 1.

En consecuencia, la Manifestación de Interés presentada por STRABAG AG y CONCAY S.A. no acredita debidamente los requisitos habilitantes, habiendo otorgado erróneamente el Anexo 1, por lo que el mismo no cumple con lo establecido en los Términos de la Invitación. Por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada como NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que *"No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación"*.

### **9.2. Experiencia en Inversión – Ausencia de requisito**

AG

Sumado a lo anterior, STRABAG AG y CONCA Y S.A. dejaron de acreditar los requisitos habilitantes, exigidos por los Términos de la Invitación para demostrar la Experiencia en Inversión, dado que pese a que pretende demostrarlos a través de Pansuevia GmbH & Co KG, no acreditó la situación de control sobre la misma.

En efecto, obsérvese que si bien se allegó una certificación "*en referencia al punto 3.5.11(e) de la Invitación a la Precalificación*" (folio 194) que hace referencia a la supuesta relación entre STRABAG AG y PANSUEVIA GmbH & Co (ambas supuestamente sometidas al control de STRABAG SE), la misma carece de los requisitos señalados en los Términos de la Invitación<sup>3</sup>. En primer lugar, no está suscrita por el Manifestante y por la sociedad controlante (Strabag SE). No obstante, la certificación no está suscrita por la sociedad controlante y tampoco hay documento separado suscrito por ésta en el que se acredite esta situación.

Sumado a lo anterior, obsérvese cuando se presentan estas certificaciones para acreditar la situación de control al amparo del numeral 3.2.2(b), la misma debe señalar que "*en el país de su incorporación no existe autoridad que expida certificados en los que conste la situación de control de una sociedad, y en el cual se evidencie la misma*". Como se observa, este requisito está ausente de los documentos allegados, por lo que no se demostró la situación de control invocada por el manifestante. En consecuencia, la información de Pansuevia GmbH & Co KG no podrá computarse para efectos de calcular la experiencia en inversión.

En consecuencia, la Manifestación de Interés presentada por STRABAG AG y CONCA Y S.A. no acredita debidamente los requisitos de experiencia en inversión, por lo que solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que "*No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación*".

### **9.3. Beneficiario real**

---

<sup>3</sup> Obsérvese que el numeral 3.2.1 exige que en casos como este se demuestre control a través de la participación de más del 50% del capital social, situación que debe acreditar como se dispone en el numeral 3.2.2, literal (b) (sociedades extranjeras). Entre otras alternativas, está la siguiente: "*(4) mediante certificación expedida conjuntamente por los representantes legales del Manifestante (o los integrantes de la Estructura Plural) y de la sociedad controlante, legalizada a través de declaración hecha ante autoridad competente para recibir declaraciones juramentadas en la respectiva jurisdicción; 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 la cual conste que en el país de su incorporación no existe autoridad que expida certificados en los que conste la situación de control de una sociedad, y en el cual se evidencie la misma*".

Adicionalmente, ponemos de presente que la Estructura Plural conformada por STRABAG AG y CONCA Y S.A. no acreditó el beneficiario real de uno de sus integrantes, tal como se explica a continuación.

De conformidad con los Términos de la Invitación, cada uno de los integrantes de la Estructura Plural debe *"identificar a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean Beneficiarias Reales"*<sup>4</sup>. Al respecto, los Términos de la Invitación hacen referencia a la definición contenida en el Decreto 2555 de 2010,<sup>5</sup> así:

Artículo 6.1.1.1.3 *"Se entiende por beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción (...)"*.

A pesar de lo anterior la sociedad CONCA Y S.A. expidió el certificado de beneficiario real (folio 373) señalando que en caso de resultar adjudicatario del Contrato, *"el beneficiario real sería la sociedad CONCA Y S.A. en su porcentaje de participación en el oferente plural"*.

Es claro que dicha certificación desconoce la definición misma del concepto en comento, al punto que acredita que la sociedad CONCA Y S.A. es la beneficiaria real de sí misma. Por lo tanto, resulta claro que la Estructura Plural incumplió con el requisito de que cada uno de sus integrantes identificase su beneficiario real y por lo tanto, la Manifestación de Interés no cumple con los Términos de la Invitación.

## **10. ACCIONA CONCESIONES CHILE LTDA – INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.- NEXUS INFRAESTRUCTURA S.A.S.**

### **10.1. Experiencia en Inversión.**

En relación con los literales b) y c) de que trata el numeral 3.5.11., en los mismos se establece que se deben acreditar certificaciones de la entidad acreedora y la entidad deudora en las cuales se certifiquen entre otros el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, así como los valores y fechas de los desembolsos.

---

<sup>4</sup> 4.10.1. De conformidad con lo exigido por el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012, el Manifestante o cada uno de los Integrante de la Estructura Plural deberán presentar junto con su Manifestación de Interés una declaración que se entiende prestada bajo la gravedad de juramento en la cual se identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean Beneficiarias Reales en caso de resultar Adjudicatarios del futuro Contrato, así como el origen de sus recursos.

<sup>5</sup> 1.2.8 "Beneficiario Real". Para los efectos de lo previsto en la presente Precalificación, se entenderá según la definición de Beneficiario Real incluida en el artículo 6.1.1.1.3 del Decreto 2555 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En este contexto encontramos que algunas certificaciones establecen montos globales y no indican las fechas de los mismos tal y como lo exigen los literales b y c del numeral 3.5.11.

Tales certificaciones corresponden a:

- Certificación expedida por el Banco de Chile (Folio 147)
- Certificación expedida por Santander Investment Chile Limitada (Folio 151 a 154 y 167 a 169)

En efecto, algunas de las certificaciones no establecen las fechas y montos desembolsados sino que indican un monto global desembolsado (en unidades de valor) hasta una fecha específica.

Lo anterior, implica que la dificultad e indeterminación para verificar los montos indicados por el Manifestante en el Anexo 5 de su Manifestación de Interés.

Teniendo en cuenta las anteriores observaciones, la Manifestación de Interés presentada por ACCIONA CONCESIONES CHILE LTDA - INFRAESTRUCTURA CONCESIONADA S.A.S.- NEXUS INFRAESTRUCTURA S.A.S no acredita debidamente los requisitos de experiencia en inversión, por lo tanto le solicitamos al Comité Evaluador que la mencionada Manifestación de Interés sea considerada con NO HÁBIL de conformidad con el numeral 5.11 de los Términos de la Invitación de acuerdo con el cual se consideran como No Hábiles las Manifestaciones de Interés que "No cumplan con cualquiera de los Requisitos Habilitantes previstos en el presente Documento de Invitación".

#### **11. Participación de las personas naturales**

En relación con la participación de personas naturales en los procesos de precalificación, de manera respetuosa, y en consideración de los procesos de precalificación que abrirá la ANI, recomendamos a la entidad revisar la capacidad que tienen las personas naturales para asumir las obligaciones que les corresponderían como adjudicatarios (individuales o como miembros de estructuras plurales), teniendo en cuenta que así como a las personas jurídicas se les exige una duración mínima para efectos de poder cumplir con las obligaciones derivadas del proyecto, en principio, pareciera que a las personas naturales se les debería exigir igualmente una existencia mínima.

#### **12. Proyectos de Infraestructura de sistemas de pasajeros o carga**

De acuerdo con la definición de Proyecto de Infraestructura incorporada en el numeral 1.2.39 de los Términos de la Invitación, es posible acreditar experiencia en inversión derivada de proyectos de "infraestructura de sistemas de transporte de pasajeros o carga **(sin incluir equipo rodante)** urbano e interurbano". (Subrayas y negrillas fuera de texto)

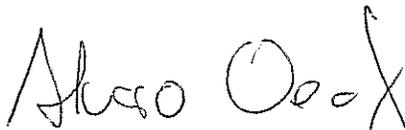
Teniendo en cuenta que algunos Manifestantes, como CONCRETO S.A. - VINCI CONCESSIONS S.A.S. y OHL CONCESIONES CHILE S.A. - OHL

Bo

CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, han acreditado experiencia en inversión a través de proyectos de infraestructura de transporte masivo, respetuosamente recomendamos a la entidad verificar que tales proyectos cumplan con el requisito exigido en la definición antes citada, esto es, que se trate de proyectos que no incluyan equipo rodante, dado que, a partir de lo que hemos podido verificar preliminarmente, ambas experiencias sí incluyen equipo rodante.

Por último, respetuosamente nos permitimos aclarar que mediante el presente escrito únicamente pretendemos facilitar y colaborar con el proceso de verificación y evaluación de los requisitos habilitantes, por lo que no pretendemos, ni es nuestro interés, generar obstrucciones en el proceso de verificación que viene adelantando la entidad.

Atentamente,



---

**ALVARO MIGUEL OEDING**

CC. 72.288.981 de Barranquilla.

Apoderado Común

Estructura Plural Concesionaria Vial del Pacífico