

Bogotá D.C., 31 de mayo de 2013

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Atn. Luis Fernando Andrade
Presidente
Avenida El Dorado CAN
Edificio Ministerio de Transporte, Tercer piso,
Bogotá D.C.

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Rad No. 2013-409-021158-2
Fecha: 31/05/2013 16:15:55->703
CIU: ODEBRECHT
Anexos: SIN ANEXOS



ASUNTO: Observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes. Proceso VJ-VE – IP – 002-2013. Mulaló - Loboguerrero y Cali - Dagua - Loboguerrero.

Respetado doctor Andrade:

En ejercicio del derecho que le asiste a los interesados en el marco del presente proceso y con el propósito de que finalmente, resulten precalificadas aquellas Manifestaciones de Interés, que hayan cumplido a cabalidad con los requisitos contemplados en la Invitación a Precalificar, a continuación presentamos para el análisis de la ANI, algunas observaciones.

1. CAPACIDAD JURÍDICA.

1.1. FALTA DE CAPACIDAD DEL APODERADO COMÚN POR IRREGULARIDADES EN EL OTORGAMIENTO DEL PODER:

De conformidad con las reglas del proceso de precalificación abierto por la Agencia Nacional de Infraestructura se entiende por Manifestación de Interés: *“el conjunto de documentos que presentarán los Manifestantes a más tardar en la Fecha de Cierre de la Precalificación en la cual indicarán su intención de participar en la presente Precalificación y eventualmente en el Proceso de Selección. La Manifestación de Interés se compone del formato que obra como Anexo 1, los demás Anexos que se indican en el Documento de Invitación y en general todos aquellos documentos necesarios con los que se pretende acreditar los Requisitos Habilitantes.”*

Como se advierte, hace parte fundamental de la referida Manifestación de Interés, el Anexo 1, mediante el cual los Manifestantes, además de realizar unas declaraciones de especial importancia en el marco del proceso, designan al apoderado común, a quien

se le otorgan: “*amplias y suficientes facultades para suscribir la presente Manifestación de Interés y participar en nombre de la Estructura Plural y sus Integrantes, y en particular, para manifestarse, solicitar aclaraciones, recibir notificaciones, responder en nombre de los Integrantes, intervenir de manera verbal y escrita en todas las instancias previstas y todas las demás que se prevén en la Invitación*”.

Así, siendo claro que mediante dicho acto, los interesados en el proceso otorgan un poder especial a una persona que actuaría como apoderado común, resulta necesario acudir a lo establecido en la Invitación a Precalificar, cuando en el numeral 4.1.2 dispone:

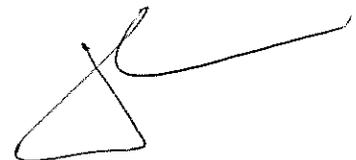
“4.1.2. Documentos Otorgados en Colombia. Podrán presentarse en original o copia simple los documentos privados y los documentos producidos por las autoridades públicas de Colombia o los particulares que cumplan funciones administrativas en sus distintas actuaciones siempre que reposen en sus archivos. 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.” (Subrayado y resaltado por fuera del texto).

En relación con lo anterior, consideramos de importancia de igual forma, analizar lo establecido en el artículo 5 del Decreto 19 de 2012 “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*” el cual dispone:

“Artículo 5: Economía en las Actuaciones Administrativas. Las normas de procedimiento administrativo deben ser utilizadas para agilizar las decisiones; los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos; las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa, o tratándose de poderes especiales. En tal virtud, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas”. (Subrayado y resaltado por fuera del texto).

Adicionalmente, el artículo 25 del mencionado Decreto nuevamente aborda el tema de las solemnidades requeridas para los poderes especiales, al indicar con toda claridad:

“Artículo 25: Eliminación de Autenticaciones y Reconocimientos: (...) 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”. (Subrayado y resaltado por fuera del texto).



Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la designación del apoderado común por medio de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés es un poder especial, puede concluirse que dicho acto en efecto, requería de una solemnidad especial para producir efectos. Es decir, si los interesados pretendían otorgar el poder especial con la suscripción de la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, han debido agotar el requisito de presentación personal, para que el apoderado común contara con las facultades debidas para actuar en el marco del proceso y en nombre y representación de los interesados.

Así las cosas, puede advertirse que el apoderado no contó con facultades para presentar la Manifestación de Interés, lo que sin duda no puede ser subsanado con posterioridad, al ser un requisito de capacidad jurídica que debía haberse cumplido en oportunidad y no luego de la fecha de cierre del proceso. En efecto, el Decreto 734 de 2012, es claro en establecer que: ***"En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta."*** (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Es entonces por lo anotado, que si algún Manifestante, no agotó el requisito de presentación personal de su Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, el mandato especial otorgado al apoderado común, no fue otorgado en debida forma, por lo que los documentos, formularios y demás documentos que haya suscrito en el marco del proceso, carecen de validez, al haber sido suscritos por alguien que no contaba con facultades para representar a los interesados.

Al revisar las Manifestaciones de Interés presentadas en el marco del presente proceso, se evidencia que las Manifestaciones de Interés que se relacionan a continuación, omitieron agotar la solemnidad exigida para el otorgamiento de esta clase de mandatos:

A. La Manifestación de Interés presentada por las empresas CONCRETO S.A. y VINCI CONCESSIONS S.A.S.

B. La Manifestación de Interés presentada por las empresas HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA, HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA S.A.S., CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN S.A. – CASA y SERGIO JOSÉ TORRES REATIGA.

C. La Manifestación de Interés presentada por las empresas GRUPO ODINSA S.A., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A., ICEIN S.A.S. y MOTA-ENGIL ENGENHARIA E CONSTRUCAO S.A. SUCURSAL COLOMBIA.



D. La Manifestación de Interés presentada por las empresas CINTRA INFRAESTRUCTURAS COLOMBIA S.A.S. y INTERVIAL COLOMBIA S.A.S.

E. La Manifestación de Interés presentada por las empresas CONCESIA S.A.S., MC VICTORIAS TEMPRANAS S.A.S. y SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.

F. La Manifestación de Interés presentada por las empresas GAICO CONSTRUCTORES S.A., IL&FS TRANSPORTATION NEWROKS LIMITED.

1.2. OMISIONES EN LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DE INTERÉS:

Al analizar el documento de Invitación a Precalificar, se advierte en el numeral 4.2.1, que la ANI exigía que: *“La Carta de Manifestación de Interés deberá ajustarse en un todo al Anexo 1 de la presente Invitación y deberá estar suscrita por:(i) el Manifestante cuando sea éste sea persona natural o; (ii) por su representante legal si el Manifestante es persona jurídica o; (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”*. (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Sin perjuicio de lo anterior, y no obstante ser clara la importancia de que la Carta de Presentación fuera suscrita, en caso de estructuras plurales, por todos sus miembros y por el apoderado común, se advierte en el caso de la Manifestación de Interés presentada por la estructura plural integrada por las empresas SHIKUN & BINUI (CONCESSIONS) AG y C.I. GRODCO S. EN C.A. INGENIEROS CIVILES, que dicha instrucción no fue debidamente atendida.

En efecto, al revisar la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés, visible a folios 011 a 015, se advierte que la misma si bien, fue suscrita por los representantes de los miembros de la estructura plural, se omitió su suscripción por parte de su apoderado común, no obstante haber sido designado en dicha Carta.

Si bien, se advierte que la estructura plural, designó como apoderado común principal, al señor José Gutiérrez Mestre y como suplentes, a la señora Julia Velásquez y a los señores Edwin Cortes y Gustavo Cuberos, dichos apoderados, omitieron suscribir la Carta de Presentación de la Manifestación de Interés.

Debe anotarse, como ya fue expresado en precedencia, que de conformidad con la definición de Manifestación de Interés, contenida en el numeral 1.2.28 de la Invitación a Precalificar, la misma se compone del Anexo 1 y otros Anexos indicados en el documento de Invitación. De lo que se destaca, la importancia de la Carta de Presentación, en cuyo anexo le fueron otorgadas claras facultades a un apoderado común, para que entre otras cosas, suscribiera la carta que en este caso, no fue suscrita.



Adicionalmente debe advertirse, que en la Carta de Presentación de Manifestación de Interés, la estructura plural que participa en el proceso, debe hacer unas declaraciones de gran relevancia, las cuales debían ser ratificadas por el apoderado común, lo que en el presente caso no se hizo. No obstante exigir la ANI que el apoderado común suscribiera la carta referida, en el caso de la Manifestación de Interés mencionada, dicho requisito no se cumplió, por lo que no pueden entenderse como efectuadas las declaraciones contenidas en dicho Anexo 1, parte integral de la Manifestación de Interés.

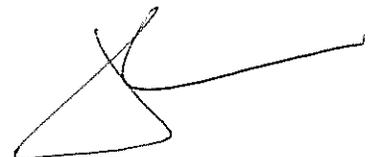
2. EXPERIENCIA EN INVERSIÓN.

2.1. EXIGENCIAS PARA ACREDITAR LA EXPERIENCIA EN INVERSIÓN:

De conformidad con lo establecido en el numeral 3.5.11 de la Invitación a Precalificar:

*“Para acreditar la Experiencia en Inversión, los Manifestantes deberán: (a) Diligenciar el Anexo 5 de este Documento de Invitación. La información contenida en el Anexo 5 deberá ser verificable por la ANI y en caso de requerir información o certificaciones adicionales, éstas deberán ser suministradas por el Manifestante dentro del plazo que le señale la ANI en la solicitud. El Anexo 5 tiene sus propias instrucciones de diligenciamiento las cuales deberán ser seguidas por los Manifestantes; y (b) Adjuntar (i) una 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 la siguiente información: (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, (2) los valores y las **fechas de los desembolsos**, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento; o (ii) adjuntar copia del contrato de crédito junto con una constancia de los desembolsos; o (iii) adjuntar copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del aviso de oferta u equivalente; y (c) Adjuntar una certificación de la entidad deudora, suscrita por el representante legal y el revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente (o contador en el evento en que (i) la sociedad no tenga revisor fiscal; o (ii) el revisor fiscal o auditor o vicepresidente financiero o su equivalente no pueda suscribir la certificación en los términos señalados en el numeral 4.1.5) en la que conste como mínimo (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado o del valor colocado, (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 Concesión de Proyectos de Infraestructura que se acredita; y (...).”*(Subrayado y resaltado fuera del texto).

Como bien se advierte, la ANI exigió cierto detalle en las certificaciones debían acompañar la Manifestación de Interés, resaltándose entre otros aspectos, que fueran debidamente acreditaos los valores y fechas de los desembolsos.



Al analizar la información mediante la cual se soporta la experiencia en inversión de la estructura plural integrada por las empresas CINTRA INFRAESTRUCTURAS COLOMBIA S.A.S. e INTERVIAL COLOMBIA S.A.S., se advierte que las certificaciones emitidas por la entidad acreedora y deudora para el *Contrato SH 130 Segmentos 5 y 6*, visible a folios 0248 a 0265, no efectuó una relación detallada de las fechas en las cuales se realizaron los desembolsos, por lo que dicho manifestante, no cumplió con requisitos claros contenidos en la Invitación a Precalificar.

Por su parte, al analizar la experiencia en inversión aportada por la estructura plural integrada por las empresas GAICO CONSTRUCTORES S.A., IL&FS TRANSPORTATION NEWROKS LIMITED, visibles a folios 000179 a 000229 de la Manifestación de Interés, se advierte que las certificaciones aportadas por el acreedor y el deudor, no relacionaron las fechas ni años de los desembolsos realizados, sin perjuicio de la exigencia contenida en la Invitación a Precalificar.

Cordialmente,



Amilton Hideaki Sendai

Representante Común

ESTRUCTURA PLURAL CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT DE COLOMBIA LTDA y ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S.