

Bogotá D.C., Mayo 12 de 2014



Señores:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI
Gerencia de Contratación
Calle 26 No. 59-51 Edificio Torre 4, Segundo piso
Bogotá, D.C, Colombia
Teléfono: (+ 57 1) 3791720
Fax: (+ 57 1) 3791720
Ciudad

RE: Licitación Pública N° VJ-VE-IP-LP-007-2013 -Traslado Informe de Evaluación publicado el 5 de mayo de 2014

Respetados 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 Autopista Conexión Pacifico 1, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública de la referencia, a continuación me permito presentar observaciones frente al Informe de Evaluación publicado el 5 de mayo de 2014, en particular frente a la propuesta presentada por las estructura plural conformada por CASS CONSTRUCTORES & CIA SCA; CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE C.V., ALCA INGENIERÍA S.A.S, LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., ESTYMA S.A. y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE (en adelante la "Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia").

1. El Cupo de Crédito acreditado por la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia.

1.1. La Acreditación de Capacidad Financiera por parte de miembros precalificados no acreditantes del requisito habilitante y de un Miembro Nuevo.

La Estructura Plural incluyó en su propuesta las siguientes certificaciones de Cupo de Crédito:

Integrante de la Estructura	Entidad Financiera	Monto en M.L.
Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V.	Bancolombia .S.A.	\$ 18.654.000.000
<u>Latinoamericana de Construcciones S.A.</u>	<u>Davivienda</u>	<u>\$ 4.664.000.000</u>
<u>Estyma S.A.</u>	<u>Davivienda</u>	<u>\$ 4.664.000.000</u>
<u>CASS Constructores y Cía S.A.</u>	<u>Davivienda</u>	<u>\$ 6.996.000.000</u>
Carlos Alberto Solarte Solarte	Davivienda	\$ 11.659.000.000
	Total	\$ 46.637.000.000

Al respecto, resulta de la mayor importancia mencionar que de conformidad con lo establecido en el numeral 3.10.1. del Pliego de Condiciones, el Cupo de Crédito tiene como finalidad y requisito: **“corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general (...)”**. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En este caso, cabe empezar por resaltar que el numeral 1.4.41. del Pliego de Condiciones indica que **“Precalificado” “es el Manifestante incluido dentro de la Lista de Precalificados”**; por su parte en los términos de la Invitación a Precalificar se define **“Manifestante”¹ como “los Interesados que, de manera individual o conjunta, presentan una Manifestación de Interés”, y en los términos de la Invitación a Precalificar se indica que los Interesados² “son las personas naturales o jurídicas que puedan tener interés en la presente Precalificación.”**

En este mismo sentido, es preciso tener en consideración la definición de Miembro Nuevo establecida en el numeral 1.4.33, según la cual **“en ningún caso podrán los Miembros Nuevos acreditar Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión, y/o sustituir a miembros Líderes del Precalificado o miembros que no siendo Líderes hayan acreditado Capacidad Financiera”** (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Es importante recordar, como es de su conocimiento, que los Manifestantes precalificados de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia fueron: Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V., Latinoamericana de Construcciones S.A., CASS Constructores y Cía S.A., y Carlos Alberto Solarte Solarte, de los cuales únicamente

¹ Ver Sección 1.2.28 de los términos de la Invitación a Precalificar.

² Ver Sección 1.2.28 de los términos de la Invitación a Precalificar.

Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte acreditaron experiencia en inversión y capacidad financiera durante la precalificación.

Nótese adicionalmente, que Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte, como parte de la propuesta presentada por la Estructura Plural mencionada, suscribieron como Garantes el Acuerdo de Garantía, dada su calidad de Líderes y de miembros acreditantes de capacidad financiera.

Teniendo en cuenta lo anterior, solamente podían presentar el Cupo de Crédito exigido los miembros precalificados que hubieren acreditado capacidad financiera, esto es Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V. y Carlos Alberto Solarte Solarte, ya que este requisito verificaba y corroboraba dicha capacidad, acreditada durante la precalificación.

Lo anterior trae como consecuencia que ni Latinoamericana de Construcciones S.A., ni CASS Constructores y Cía S.A., ni Estyma S.A., como Miembro Nuevo, podían presentar Cupo de Crédito, pues los dos primeros, a pesar de haber sido precalificados como miembros de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, no acreditaron capacidad financiera en su oportunidad, y al último le estaba prohibido de manera expresa la acreditación de capacidad financiera, dada su condición de Miembro Nuevo.

No debe olvidarse que el requisito de Cupo de Crédito hacía evidente y tangible la capacidad financiera acreditada en la precalificación, pues su otorgamiento implicaba una evaluación previa por parte del banco otorgante del cupo, de las condiciones financieras de los miembros que hubieren acreditado dicha capacidad durante la precalificación. En el caso de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, por el contrario, se atomizó la capacidad financiera, haciendo extensible el Cupo de Crédito a 5 miembros, cuando debió haberse otorgado únicamente a dos de ellos, desconociendo la acreditación de capacidad financiera durante la precalificación, violando la prohibición expresa de incluir nueva capacidad financiera, y sustituyendo la acreditada.

De otra parte, tanto los miembros precalificados no acreditantes, como el Miembro Nuevo, no podían suscribir como Garantes el Acuerdo de Garantía, ya que este era una obligación a cargo de los Líderes en los términos de la Invitación a Precalificar y del Pliego de Condiciones, por lo que carecería de cualquier justificación o sentido, siguiendo los términos de la Invitación y del Pliego, que los 3 miembros atrás citados, sí pudieran presentar Cupo de Crédito, pero estuvieran exentos del Acuerdo de Garantía. Esto no es compatible ni con la Invitación a Precalificar, ni con el Pliego de Condiciones.

40

El Cupo de Crédito, como ya se mencionó, verificaba y corroboraba la capacidad financiera de los precalificados acreditantes, por lo tanto, como el Cupo de Crédito cumple dicha función, son esos mismos miembros precalificados los que deben demostrar la verificación y la corroboración de tal capacidad; los demás miembros, se reitera, no pueden demostrar la verificación y la corroboración de la capacidad financiera acreditada durante la precalificación, pues con la presentación del Cupo de Crédito estarían sustituyendo a los Líderes o a los miembros del Precalificado que hubieran acreditado capacidad financiera durante la etapa de precalificación.

No sobra recordar lo rigurosa y restrictiva que ha sido la entidad en sus respuestas respecto de la posibilidad de modificar las Estructuras Plurales precalificadas, reemplazando a los miembros que hubieran acreditado experiencia en inversión o capacidad financiera durante la precalificación, por lo que no se entendería que en un caso como el descrito, sí se permitiera modificar las condiciones en las que fue acreditada la capacidad financiera durante la precalificación. Sobre este punto, cabe resaltar la siguiente respuesta publicada por la ANI en la Matriz de Respuestas No. 7, ante la observación No. 131:

"La Entidad considera necesario mantener el requisito del Cupo de Crédito tal como lo especifica el Pliego de Condiciones. La certificación de aprobación de un cupo de crédito general, tiene como finalidad específica que la ANI pueda corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la Oferta. Lo anterior se justifica en cuanto las condiciones financieras y/o de financiación de los precalificados pueden haber sufrido variaciones desde el momento en el cual se surtió la precalificación hasta la presentación de la Oferta." (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Si bien el numeral 3.10.1. del Pliego de Condiciones establece que "máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural", es claro que tal regla debe interpretarse a la luz de la respuesta antes referenciada, publicada por la ANI, y en el sentido de que únicamente son los miembros precalificados, que hubieran acreditado capacidad financiera durante la precalificación, los que podían aportar dicho Cupo de Crédito; la regla citada de ninguna manera supone que cualquier miembro de la estructura plural podía presentar el Cupo de Crédito, pues de permitirse esta interpretación, se podría aportar nueva capacidad financiera o se podría sustituir la acreditada durante la precalificación.

En consecuencia, de la suma total en la tabla indicada al inicio de este numeral debe restarse la suma de \$16.324.000.000, de manera que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, solamente acreditó un Cupo de Crédito por valor de TREINTA MIL TRESCIENTOS TRECE MILLONES MILLONES DE PESOS (\$30.313.000.000 M.L.), suma que no se ajusta al requerimiento establecido Literal a) (i) del Subnumeral 3.10.1 del numeral 3.10, que indica que como mínimo se debe acreditar un Cupo de Crédito por CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE PESOS de 31 de diciembre de 2012 (\$46.635.000.000).

1.2. Mejora de la Propuesta.

El pasado 16 de abril de 2014, el Comité Evaluador solicitó a la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia *"aclarar mediante documento expedido por quienes emitieron cada una de las cartas de cupo de crédito, que los valores allí establecidos corresponden a lo exigido por la Agencia en el subliteral (i) del literal (a) del subnumeral 3.10.1 "Cupo de Crédito General" del numeral 3.10 CUPO DE CRÉDITO del Pliego de Condiciones"*, frente a lo cual la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia presentó los documentos correspondientes el pasado 29 de abril. Lo anterior constituye sin asomo de duda una evidente mejora de la oferta, en la medida en que constituye una modificación de los valores de cada uno de los Cupos de Crédito, no solamente convirtiendo los montos en valores constantes, sino también modificando su valor nominal.

En cada una de las certificaciones mediante las cuales la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia habría acreditado el Cupo de Crédito, evidentemente hubo una mejora en el monto certificado por cada una de las entidades financieras, puesto que en las certificaciones obrantes a folios 63, 77, 84, 91 y 98 se indica que el Cupo de Crédito es otorgado en "pesos colombianos M.L.", de modo que los cupos de crédito no fueron otorgados en pesos de 31 de diciembre de 2012, lo cual implica que en el momento en que el crédito se desembolse se desembolsará una cantidad menor a la exigida en el Pliego de Condiciones, por cuanto al desembolso en valor nominal transformado a pesos constantes de 31 de diciembre de 2012, se vería afectado por la inflación ocurrida entre el 31 de diciembre de 2012 y la fecha de desembolso.

En relación con las reglas generales de subsanabilidad, el artículo 2.2.8. del Decreto 734 de 2012 establece lo siguiente:

"Artículo 2.2.8. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá

80

rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior.

Sin perjuicio de lo anterior, será rechazada la oferta del proponente que dentro del término previsto en el pliego o en la solicitud, no responda al requerimiento que le haga la entidad para subsanarla.

Cuando se utilice el mecanismo de subasta esta posibilidad deberá ejercerse hasta el momento previo a su realización, de conformidad con el artículo 3.2.1.1.5 del presente decreto.

*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**".*

Tal como se evidencia en la norma citada, para efectos de la subsanación se debe tener en cuenta que en todo proceso prima lo sustancial sobre lo formal, y que las entidades públicas no pueden permitir que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, ni mucho menos que se adicione o mejore el contenido de las propuestas.

En este caso no nos encontramos frente a una mera aclaración formal. Por el contrario, la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia está mejorando la oferta puesto que el monto Cupo de Crédito acreditado en la Fecha de Cierre es sencillamente distinto al consignado en los documentos radicados por la mencionada estructura el día 29 de abril de 2014.

Permitir que el proponente modifique el valor del Cupo de Crédito constituiría una posibilidad para mejorar la propuesta, puesto que le permitiría a un proponente que no acreditó el cupo de crédito necesario, acreditarlo con posterioridad al cierre.

PC

De este modo, el Oferente que presente una Oferta debe cumplir con los requisitos a la Fecha de Cierre del proceso, que en el caso que nos ocupa ocurrió el 15 de abril de 2014. En consecuencia, los requisitos habilitantes se deben cumplir a esa fecha, y en particular en un aspecto de trascendental importancia como es el correspondiente al monto del Cupo de Crédito. El hecho de que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, el día 29 de abril, acredite una nueva cifra para el Cupo de Crédito a través de la transformación de los valores nominales en constantes, y mediante el cambio en el valor nominal de una de las certificaciones, implica una evidente mejora de la propuesta que resulta inaceptable.

En ese sentido, cabe resaltar que no es dable a las entidades estatales permitir que a través de la posibilidad de subsanar las propuestas, los oferentes puedan ir mejorando las ofertas, según vaya evolucionando su situación particular. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en *Concepto 1927 del 6 de noviembre de 2008. Número Único 11001-03-06-000-2008-00079-00* señaló:

"Tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual -según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º 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".

Así las cosas, considerando que el Cupo de Crédito es el instrumento que le permite a la ANI tener certeza de que el adjudicatario realizará los Giros de Equity de que trata la sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión y que igualmente se encuentran definidos en pesos del 31 de diciembre de 2012, previstos para los primeros 12 meses de ejecución del mismo, éste no puede ser subsanable so pena de una mejora en la propuesta.

En resumen, considerando que la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia no acreditó el Cupo de Crédito en los términos establecidos en el numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones, y que adicionalmente permitir la subsanación del monto del respectivo cupo haría viable la mejora de la propuesta, afectando los principios de igualdad y transparencia en el proceso de selección, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1 del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada *"Cuando se omitan*

BO

requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas".

2. Autorización Ineficaz de la Junta Directiva al Representante de ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A.

Tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación de ESTYMA que se encuentra en los folios 39 y ss., el Representante Legal de la misma requiere de autorización previa por parte de su Junta Directiva para celebrar contratos cuya cuantía supere los 5.000 salarios mínimos legales vigentes.

Dicha autorización fue otorgada por dicho órgano social en la reunión del 31 de marzo de 2014, cuya acta consta en los folios 52 y ss. Así pues, la decisión de la Junta Directiva de autorizar al Representante Legal para presentar la Oferta, firmar los documentos que se requieren dentro de la Licitación Pública y realizar todas las actividades necesarias para la formalización, ejecución y liquidación del Contrato de Concesión en caso de ser adjudicatarios de la misma, fue aprobada por unanimidad de los miembros presentes de este órgano.

Sin embargo, dentro los miembros que votaron afirmativa y unívocamente respecto a esta autorización, se encontraban los señores JUAN PABLO ÁNGEL PÉREZ, GERMÁN ALBERTO ÁNGEL TORO y CARLOS EDUARDO ÁNGEL TORO, quienes guardan una relación de tercer grado de consanguinidad entre sí.

Ahora bien, una decisión adoptada por una junta directiva con una mayoría dentro de la cual se incluyan miembros con tercer grado de consanguinidad resultará eficaz, salvo que se trate de una sociedad de familia, de conformidad con lo previsto en el artículo 435 del Código de Comercio, según el cual:

"No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Teniendo lo anterior en cuenta, resulta pertinente resaltar lo que ha indicado la Superintendencia de Sociedades respecto al concepto de sociedad de familia mediante Oficio 220-038746 del 9 de junio de 2008, en el cual se dijo:

“En relación con el concepto de sociedades de familia, la Superintendencia de Sociedades, por vía de la analogía y con base en una desaparecida disposición tributaria, el artículo 6º del Decreto reglamentario 187 de 1975, acogió los requisitos previstos en la norma con el fin de lograr una definición de sociedades de familia, con fundamento en dos presupuestos a saber:

a. La existencia de control económico, financiero o administrativo;

b. Que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.’

*Así las cosas y ante la ausencia de norma expresa o de fuente alterna que permita establecer características específicas de la sociedad de familia, es indispensable recurrir a la preceptiva del artículo 102 anteriormente citado, **para establecer que es aquella que está integrada por el padre, la madre y los hijos, siempre y cuando dicha participación sea constitutiva de una mayoría decisoria que se refleje, parafraseando el desaparecido artículo 6º del citado Decreto 187, en la existencia de un control económico, financiero o administrativo del ente económico.**” (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

Teniendo en cuenta que, según lo anterior, la sociedad de familia depende del control que respecto de la misma tengan quienes estén ligados entre sí por matrimonio y sus hijos, es pertinente recalcar lo que indica el parágrafo del artículo 27 de la Ley 222 de 1995 respecto a la situación de control ejercida por varias personas naturales respecto a una sociedad, a saber:

“Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o

AC

configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad." (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En este sentido, ESTYMA no podría ser considerada como una sociedad de familia en los términos expuestos, a raíz de las declaraciones del Representante Legal de esta sociedad con ocasión del Anexo 6: Beneficiario Real y Origen de los Recursos que se encuentra en los folios 238 y ss. de la Oferta, por las razones que se pasarán a exponer:

Como primera medida, la capacidad decisoria dentro de la sociedad está fraccionada entre GUILLERMO LEÓN ANGEL TORO, GERMÁN ALBERTO ANGEL TORO CESAR AUGUSTO SOLANO BERRÍO y CARLOS EDUARDO ANGEL TORO, los cuales no guardan entre sí un vínculo como el previsto en el artículo 102 del Código de Comercio, es decir, no son padres, madres o hijos el uno del otro. Lo anterior se constata al observar las relaciones de parentesco que fueron declaradas bajo gravedad de juramento por el Representante Legal de la sociedad.

Por su parte, es claro que, aún así, no existe una situación de control respecto de la sociedad, tal y como lo declara el Representante Legal dentro del mismo documento.

Teniendo en cuenta que el poder decisorio no es ejercido por personas que tengan una relación como la establecida en el artículo 102 del Código de Comercio y que, por lo demás, el mismo representante declaró que no se presenta una situación de control respecto a la sociedad, la misma no puede ser considerada como una sociedad de familia.

Así las cosas, la decisión adoptada por la Junta Directiva de ESTYMA el 31 de marzo de 2014 mediante la cual se autorizó al Representante Legal para comprometer a la sociedad dentro del proceso de licitación pública VJ-VE-IP-LP-001-2013, no está sujeta a la excepción prevista en el artículo 435 del Código de Comercio respecto a sociedades de familia; por lo cual la misma se entiende ineficaz en los términos del presente artículo.

En virtud de lo expuesto, el Representante Legal no tenía la capacidad para actuar y participar en representación de la sociedad dentro del proceso de Licitación Pública, como efectivamente lo hizo. Siendo así, el proponente carece de capacidad jurídica para actuar dentro del referido proceso de licitación y, por ende, deberá ser declara como NO HABIL en los términos del Pliego de Condiciones del mismo.

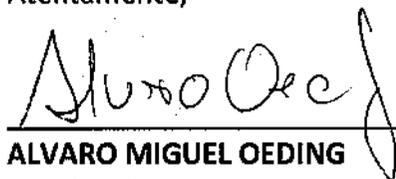
Por todo lo anterior, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para

40

Colombia, en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada *"Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas"*, así como en el literal l) del mismo numeral, que establece la siguiente causal de rechazo: *"Cuando se presente un Miembro Nuevo y no cuenta con la capacidad jurídica, experiencia en inversión, o capacidad financiera, según corresponda, de conformidad con el numeral 1.4.32 de este Pliego de Condiciones."*

Por lo anterior, solicitamos modificar el Informe de Evaluación y proceder a RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia, en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada *"Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas"*.

Atentamente,



ALVARO MIGUEL OEDING

Apoderado Común

Estructura Plural Autopista Conexión Pacifico 1