

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-009-2013

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

OBJETO:

“Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto consiste en los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 3 del Proyecto "Autopistas para la Prosperidad", de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la minuta del Contrato”.

I. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN Y BINUI - GRODCO (Oficio No. 2014-409-028811-2 del 19 de junio de 2014)

“1. IRREGULARIDADES SUSTANCIALES EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

1.1 NO SE PRESENTÓ GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA BAJO EL CLAUSULADO OBLIGATORIO EXIGIDO POR LA ANI

1.1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACION

Tanto en el Pliego como en las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI, dicha entidad fue clara en señalar que el Apéndice Financiero 3 es un documento obligatorio al que debían someterse todos los proponentes que presentarán una póliza para garantizar la seriedad de sus ofertas. De este modo, la ANI confirmó que "La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, es mandatario y no se aceptan otros clausulados" (Respuesta 164 de la Matriz de Respuesta No. 3).

No obstante lo anterior, en las condiciones particulares contenidas en la carátula¹ del seguro tomado por la EP Mario Huertas - Meco se indica que la póliza de seriedad de la oferta está regulada por el clausulado general denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Al analizar el anterior clausulado, es evidente que el mismo no se ajusta a lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3.

De acuerdo con las normas aplicables de la Ley 80 de 1993, en caso de que la EP Mario Huertas - Meco realice una modificación sustancial al contrato de seguro (aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza o ajustando el yerro sustancial cometido), evidentemente estaría complementando, adicionando, modificando y mejorando su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 5.5 del Pliego.

1.1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

El numeral 1.5.1 del Pliego estableció cuáles son los documentos integrantes de la Licitación. Así, dicho numeral señaló que el Apéndice Financiero 3 "Garantías y Seguros" es un anexo integrante de los documentos que hacen parte de la Licitación.

A través de la Adenda No. 2 expedida por la ANI el 19 de diciembre de 2013, dicha entidad publicó la versión final del Apéndice 3 de "Garantías y Seguros", bajo el título "AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES". Esencialmente, dicho anexo desarrolló las manifestaciones, declaraciones, alcance y contenido al que debían someterse los proponentes que presentarán una póliza como instrumento para garantizar la seriedad de sus ofrecimientos.

En relación con los efectos del Apéndice Financiero 3, la ANI manifestó que se trata de un anexo obligatorio al que debían someterse todos los proponentes que presentarán una póliza para garantizar la seriedad de sus ofertas. Lo anterior fue expuesto por la ANI en la Matriz de Respuestas No. 3 publicada el 12 de febrero de 2014 (...)

Si bien las condiciones generales aportadas por la EP Mario Huertas - Meco que obran entre los folios 38 y 44 corresponden a unas condiciones que tienen por título "Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, tal y como se observa en la imagen antes expuesta de la carátula de la póliza aportada por dicha estructura plural, es claro que el tomador del seguro y la aseguradora acordaron que el contrato de seguro estaría regido por un clausulado general diferente, esto es, por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Es importante destacar que el clausulado general allegado por la EP Mario Huertas - Meco entre los folios 38 y 44 no rige el seguro tomado por dicha estructura plural, pues en las condiciones particulares que aparecen en la carátula de la póliza, firmada por ambas partes, se evidencia que el tomador del seguro y la aseguradora acordaron que el contrato de seguro estaría regido por el clausulado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734". (...)

1.2 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 - "LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO"

1.2.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN"

- Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado (a folios 38-44) NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas - Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en relación con la cobertura de la garantía de la seriedad de la oferta en cuanto al

"PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...)".

1.2.2 "DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas

- Meco, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

El Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" estableció que, mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...)" (Subrayado fuera de texto). Sin embargo, esta situación no está cubierta por la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 allegada por la EP Mario Huertas – Meco (...)

Así, aunque en el clausulado general allegado por dicha estructura plural se indica que "MEDIANTE ESTE AMPARO SE GARANTIZA EL PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS: (...)", en las condiciones particulares que se encuentran en la carátula de la póliza (ver folio 33) se indica que únicamente se amparan "(..) LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA".

El hecho de que las condiciones particulares del contrato de seguro No. 2355971 no se refieran, como amparo, a la "SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO", implica que las partes, en ejercicio de la voluntad contractual, derogaron este amparo que sí se encontraba en las condiciones generales. Lo anterior acarrea que la EP Mario Huertas - Meco no se ajustó a los requisitos mencionados en el Pliego de la Licitación en relación con la obligatoriedad del clausulado general exigido por la ANI en el Apéndice Financiero 3". (...).

1.3 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 - "MANIFESTACIÓN MIPYME"

1.3.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas - Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en relación con la siguiente cobertura de la garantía de seriedad de la oferta: "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIO DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN".

1.3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

"Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas - Meco, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

El Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" estableció que mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el "PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIA DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN". Sin embargo, esta situación no está cubierta por la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 allegada por la EP Mario Huertas - Meco.

Así, en el clausulado general allegado por dicha estructura plural se indica lo siguiente: "MEDIANTE ESTE AMPARO SE GARANTIZA EL PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS: (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIA DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN".

No obstante lo anterior, en las condiciones particulares que se encuentran en la carátula de la póliza del seguro de cumplimiento No. 2355971 aportada por la EP Mario Huertas - Meco a folios 33-35, no se indica que la póliza ampare los eventos relacionados con el hecho de haber manifestado ser MIPYME". (...).

1.4 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3- OTROS ASPECTOS RELEVANTES

1.4.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 38-44 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2355971 presentada por la EP Mario Huertas - Meco (que se rige por el clausulado denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, encontramos que dicho clausulado no cumpliría con lo requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 en los siguientes aspectos: (i) el clausulado que obra a folios 38-44 no incluye el amparo de calidad del servicio expresamente requerido en el Apéndice Financiero 3, (ii) el clausulado que obra a folio 41 incluye un texto adicional ("de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011") que no se encuentra contenido en el Apéndice Financiero 3 y (iii) el clausulado que obra a folios 38-44 modifica la numeración prevista en el Apéndice Financiero 3 (...).

observamos que el clausulado aportado por la EP Mario Huertas - Meco a folios 38-44 se diferencia sustancialmente con el clausulado previsto en el Apéndice Financiero 3 en los siguientes tres aspectos:

Aspecto No. 1:

De acuerdo con el Apéndice Financiero 3, la ANI requirió que la póliza incluya los siguientes amparos: "1. AMPARO DE SERIEDAD DE LA OFERTA; 2. AMPARO DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO; 3. AMPARO PARA EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES; 4. AMPARO DE ESTABILIDAD DE LAS OBRAS Y CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS.; **5. AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO**;ó. OTROS AMPAROS" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, el Apéndice Financiero 3 fue claro en incluir entre el cuarto y sexto numeral el "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO", amparo que fue expresamente requerido por la ANI. No obstante lo anterior, el clausulado allegado por la EP Mario Huertas – Meco **NO INCLUYE** el "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO" en los términos requeridos por la Apéndice Financiero 3" (...).

"Aspecto No. 2:

Por otro lado, haciendo caso omiso de las instrucciones impartidas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP Mario Huertas - Meco tampoco cumplió con la literalidad del texto del clausulado general del seguro al incluir referencias a la ley 1474 de 2011, que no se encuentran en el clausulado general impuesto por la ANI". (...)

Aspecto No. 3:

"Finalmente, como se puede apreciar en los Folios 038 a 043, es decir, en todo el texto del clausulado general del seguro allegado por la EP Mario Huertas - Meco, la numeración de los artículos no corresponde a la numeración del documento exigido en el Apéndice Financiero 3 requerido por la ANI.

Lo anterior pone en evidencia las grandes diferencias existentes entre el clausulado que se debe tener, contenido en el Apéndice Financiero 3 y el allegado por la referida estructura plural como parte de su oferta.

En este orden de ideas, tal y como se expuso previamente, la EP Mario Huertas - Meco no solo omitió presentar el clausulado expresamente requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3 (al referirse en la carátula como clausulado aplicable al denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734"), sino que adicionalmente el clausulado allegado entre los folios 38 y 44 de su oferta, NO se ajusta a los requerimientos y coberturas previstas en el Apéndice Financiero 3". (...).

2. PUNTAJE POR APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y ACREDITACIÓN DE RECIPROCIDAD

2.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en el párrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003 y en el artículo 4.2.2 del Decreto 734 de 2012, para que un servicio se entienda de origen nacional en materia de contratación estatal, dicho servicio debe ser prestado por una empresa constituida de acuerdo con las normas nacionales. En caso contrario, esto es, tratándose de empresas constituidas conforme a normas de otros países, para que se le otorgue trato nacional a los bienes y servicios de dichas empresas, debe existir un tratado suscrito por Colombia (con su capítulo de compras públicas) o, en caso de no existir dicho tratado, se debe acreditar que existe reciprocidad con su país de origen a través de un documento expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Para que una empresa se entienda constituida de acuerdo con las normas nacionales, es necesario que se forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados en Colombia (Arts. 98 y 469 del Código de Comercio).

El numeral 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 en ningún momento exime a las sucursales de sociedades extranjeras de tener que acreditar el trato nacional bajo alguna de las modalidades previstas en dicho numeral (tratado o certificado de reciprocidad) para beneficiarse de los puntajes señalados en la Ley 816 de 2003. De este modo, bajo los lineamientos del Decreto 734 de 2012, siempre que una sociedad extranjera quiera beneficiarse de los puntajes por apoyo a la industria nacional, deberá acreditar que es objeto de trato nacional bajo los lineamientos del numeral 4.2.6 del referido decreto. Cabe señalar que la ANI replicó las reglas señaladas en el Decreto 734 de 2012 en el Pliego.

Al analizar el certificado de reciprocidad publicado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en SECOP (debido a que la EP Mario Huertas - Meco no aportó dicho certificado con su oferta), encontramos que NO existe reciprocidad con Costa Rica (país de constitución de CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA). En este orden de ideas, es claro que bajo la legislación aplicable en Costa Rica, las ofertas de bienes realizadas por proponentes colombianos NO recibirán el mismo tratamiento que los proponentes locales de dicho país (sobre quienes existe una preferencia) en los procesos de contratación adelantados por entidades estatales. Por lo anterior, es claro que la EP Mario Huertas - Meco no debió beneficiarse con el otorgamiento de los 100 puntos de apoyo a la industria nacional en el Informe de Evaluación" (...)

3. EFECTOS DERIVADOS DE LA AUSENCIA DE PRESENTACIÓN PERSONAL DE LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

3.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

(...) Para que el Apoderado Común cuente efectivamente con "facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV\ es necesario que la Carta de Presentación de la Oferta - Anexo 2- cuente con presentación personal. Lo anterior se extrae claramente de la remisión realizada por el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 y de otras disposiciones aplicables en materia societaria, tal y como el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008.

Así, en caso de que la Carta de Presentación de la Oferta no cuente con presentación personal, el Apoderado Común no podrá realizar actos relevantes para la Licitación, tal como notificarse del acto de adjudicación y registrar los documentos corporativos exigidos ordinariamente para la constitución de un SPV.

De este modo, tal y como consta en los folios 2 al 6 de la Oferta aportada por al EP Mario Huertas- Meco, es claro que la Carta de Presentación de la Oferta allegada por dicho proponente no fue suscrita con el cumplimiento del requisito de presentación personal y, por lo tanto, el Apoderado Común carece de capacidad jurídica para realizar todos los actos exigidos en el numeral 1.4.9 del Pliego" (...).

4. EL NOMBRE DE LA ESTRUCTURA PLURAL

4.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

En las respuestas publicadas por la ANI, dicha entidad señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como "Nombre del Oferente" en la Carta de Presentación de la Oferta (y consecuentemente en todos los demás anexos de la oferta) el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Contrario a lo anterior, la EP Mario Huertas - Meco incluyó en la Carta de Presentación de la Oferta y en los demás anexos correspondientes un nombre diferente al contenido en la Lista de Precalificados. (...)

Como se puede observar, mientras que la Lista de Precalificados estableció que el nombre de la estructura plural precalificada era "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTORA MECO S.A", en la Carta de Presentación Oferta y en los demás anexos allegados en la Licitación por la EP Mario Huertas - Meco se indica que el Nombre del Oferente es "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA".

Cabe señalar que esta diferencia no es meramente semántica, debido a que bajo el primer nombre se observa que el miembro del proponente es CONTRUCTORA MECO S.A en su calidad de sociedad extranjera de origen costarricense, mientras que en el segundo nombre, el miembro de la estructura plural es la sucursal en Colombia de la referida sociedad extranjera. Si bien es claro bajo las normas corporativas aplicables que la sociedad extranjera y la sucursal comparten la misma personería jurídica, como se analizará más adelante en este documento, existen importantes diferencias y restricciones normativas que tienen impacto en el otorgamiento de puntaje por apoyo a la industria nacional y en la condición de accionista del SPV.

En este orden de ideas, mientras que la EP SHIKUN- GRODCO estructuró y diligenció los anexos de su oferta con base en los lincamientos vinculantes de las respuestas emitidas por la ANI, es evidente que la EP Mario Huertas - Meco no diligenció los anexos de su oferta con base en dichos lincamientos. En este

contexto, solicitamos comedidamente a la ANI que le solicite a la EP Mario Huertas - Meco subsanar la Carta de Presentación de la Oferta junto con los demás anexos en los que dicho proponente no incluyó el Nombre del Oferte de acuerdo con las reglas delimitadas por la ANI, de acuerdo con lo señalado en el numeral 5.5 del Pliego.

Así mismo, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP Mario Huertas - Meco, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no aportó la Carta de Presentación de la Oferta ni los demás anexos de su oferta de acuerdo con las reglas determinadas por la ANI en relación con el diligenciamiento de dichos documentos”.

5. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LA SUCURSAL DE MECO PARA CONSTITUIR EL SPV

5.1 “RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con las normas societarias aplicables, es claro que las sucursales de sociedades extranjeras NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades en Colombia. No obstante lo anterior, a diferencia de la forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía aportado a folio 54 de la propuesta presentada por la EP Mario Huertas - Meco (en el que se indica expresamente que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá a la constitución del SPV), la Carta de Presentación de la Oferta (“Anexo 2”) fue únicamente suscrita en nombre v representación de la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima (a través de su mandatario general suplente).

Con base en lo anterior, es evidente que uno de los miembros de la EP Mario Huertas - Meco, esto es, Constructora Meco Sociedad Anónima - Sucursal Colombia, no contó con la capacidad jurídica suscribir la Carta de Presentación de la Oferta y para cumplir con las obligaciones indicadas en dicho documento (principalmente para constituir el SPV) (...).

6. “INCONSISTENCIAS EN EL DILIGENCIAMIENTO DE LA OFERTA TÉCNICA - ANEXO 9

6.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

En el Anexo 9 (“Oferta Técnica”) aportado por la EP Mario Huertas - Meco no se incluye correctamente el nombre de la EP Mario Huertas - Meco (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) y como tal, el formato no se ajusta al publicado por la ANI en SECOP. De este modo, el Anexo 9 aportado por la EP Mario Huertas - Meco no cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone “todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo”.

6.2 “DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

Tal y como se expuso en el segundo numeral de este documento, en la respuesta No. 3 de la Matriz de Respuestas No. 9 la ANI señaló con total claridad que los proponentes únicamente podían incluir como “Nombre del Oferente” el nombre de la estructura plural contenido en la Lista de Precalificados. Así, de acuerdo con la referida lista, el nombre que debió haber incluido la EP Mario Huertas - Meco en los anexos de la oferta era el de “ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES - CONSTRUCTORA MECO S.A”.

No obstante lo anterior, al analizar el Anexo 9 ("Oferta Técnica") aportado por la EP Mario Huertas - Meco a folio 51, se observa que el nombre de la estructura plural incluido en dicho anexo fue "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA" (...).

7. INCONSISTENCIAS EN EL FACTOR DE CALIDAD - ANEXO 13

7.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN"

La EP Mario Huertas - Meco no incluyó adecuadamente el nombre de la Estructura Plural (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) en el Anexo 13 en los términos requeridos por la ANI. Así mismo, encontramos que el encabezado de dicho anexo y el texto de las obras adicionales ofertadas allegado por la EP Mario Huertas - Meco no contienen el texto requerido en el formato publicado por la ANI como Anexo 13 (a través de la Adenda 18). De este modo, la EP Mario Huertas - Meco NO cumple con lo señalado en el numeral 1.5.2 del Pliego cuando dispone "todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados **deberán** estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo" (Subrayado y negrillas fuera de texto)" (...).

8. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE GARANTÍA - ANEXO 3

8.1 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN"

De acuerdo con las respuestas publicadas por la ANI en SECOP, dicha entidad fue clara en señalar que el "garantizado" que debía suscribir el Acuerdo de Garantía era el o los miembros de la Estructura Plural que haya(n) aportado experiencia en inversión o capacidad financiera.

No obstante lo anterior, el Acuerdo de Garantía aportado por la EP Mario Huertas - Meco a folio 57 fue únicamente suscrito en calidad de "garantizado" por Mario Alberto Huertas Cotes, cuando Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia también acreditó experiencia en inversión y capacidad financiera durante la fase de precalificación.

Adicionalmente, el formato publicado por la ANI para diligenciar el Acuerdo de Garantía fue claro en señalar que se debían aportar tres (3) ejemplares de dicho documento con la oferta. No obstante lo anterior, la EP Mario Huertas - Meco únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Garantía en su oferta" (...).

9. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE PERMANENCIA- ANEXO 4

9 "RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN"

A diferencia de la forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía (en el que se indica que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá a la constitución del SPV), el Acuerdo de Permanencia ("Anexo 4") fue únicamente suscrito por la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima.

Al respecto, es importante destacar que de acuerdo con las normas comerciales colombianas, las sucursales de sociedades extranjeras NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades en Colombia, por lo que mucho menos podrán vincularse a través del Acuerdo de Permanencia frente a la ANI en dichos términos.

De otro lado, el formato publicado por la ANI para diligenciar el Acuerdo de Permanencia fue claro en señalar que se debían aportar tres (3) ejemplares de dicho documento con la oferta. No obstante lo anterior, la EP Mario Huertas - Meco únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Permanencia en su oferta” (...).

10. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL PACTO DE TRANSPARENCIA- ANEXO 7

10.1 “RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

La EP Mario Huertas - Meco no aportó la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerido por la ANI a través de la Adenda 11. De otro lado, la EP Mario Huertas - Meco no incluyó adecuadamente el nombre de la Estructura Plural (que es el mencionado en la Lista de Precalificados) en el Anexo 7 en los términos requeridos por la ANI”.

II. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL SEÑOR JESUS AUGUSTO CORREA CARDONA

“En la propuesta PEP SHIKUN Y BINUI - GRODCO folio 955 y 957y en la Propuesta EP MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA la hoja 102 y 103.

En la que los dos proponentes ofertan las obras adicionales en el ultimoparrafo dice.

Nos comprometemos a ejecutar las obras adicionales durante toda la ejecucion del proyecto

Mientras en el documento APENDICE TÉCNICO 1 ALCANCE DEL PROYECTO dice:

La remuneración de estas obras se encuentra prevista dentro de los pagos a los que tiene derecho el concesionario conforme a lo establecido en el Contrato Parte General y Parte Especial y por lo tanto en caso de ser ofertadas por el Concesionario las obras adicionales formarán parte integral de la UF3 y deberán cumplir con la totalidad de las Características geométricas, técnicas y con todos los indicadores de disponibilidad, calidad y nivel de servicio, establecidos para este proyecto.

En el documento MINUTA DE CONTRATO PARTE ESPECIAL PACIFICO 3 Dice:

El Concesionario podrá instalar las estaciones de peaje Una vez se haya realizado la entrega de a infraestructura de las unidades funcionales UF2 y UF3, denominadas Guaico e Irra respectivamente

Los proponentes ofertaron que el peaje de Irra se instalara cuando se termine la unidad funcional tres SIN la doble calzada entre la Manuela Tres Puertas.? O cuando se termine la unidad funcional tres incluida la doble calzada entre la Manuela Tres Puertas.?”

III. RÉPLICA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA (Oficio No. 2014-409-028811-2 del 19 de junio de 2014)

1.1. Observación relacionada con la garantía de seriedad de la oferta.

“(…) la Estructura Plural aportó la correspondiente Garantía de Seriedad No. 2355971 expedida por Liberty Seguros SA (en adelante la "Garantía" o la 'Póliza") y demás documentos relacionados ten la Garantía, entre otros (II el Anexo que suscriben las compañías coaseguradoras COA su correspondiente participación y valor

asegurador, (II) la certificación de Liberty Seguros de no expiración de la póliza de cumplimiento, (11i) el clausulado de la Póliza de Cumplimiento Para Contratos Estatales a Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura --ANI- Versión Enero de 2014 en adelante el "Clausulado de la Propuesta") (iv) el certificado de existencia y representación de Liberty Seguros S.A. expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia y (v) la fotocopia de la cédula de ciudadanía de Cesar Augusto Núñez Villalba quien firma en nombre y representación de Liberty Seguros S.A. 1.1.3.(...)"

" (...) se cumplieron las exigencias y requisitos señalados en el Pliego de Condiciones (en adelante el -Pliego), entre los cuates se encontraban: II) las características particulares exigidas en el numeral 3.4.4 a 3.8.6 del Pliego (Asegurado/Beneficiario, Tomador/Afianzado, número y objeto de la licitación, valor asegurado, vigencia y términos de prórroga), y (ii) el cubrimiento de los perjuicios derivados de los incumplimientos descritos textualmente en el numeral 34,7 del Pliego, como bien se observa en el cuerpo de la Póliza a folios 33 y 34 de la Propuesta. 1.1.4. (...)"

"Adicionalmente, en el Clausulado de la Propuesta, se evidencia en la parte inferior derecha de la caratula (folio 38), que las "Condiciones" corresponden a la "Versión Enero de 2014", es decir, el Clausulado de la Propuesta aportado junto con la Garantía, se encuentra de conformidad con la Versión de Enero de 2014 de la compañía Liberty Seguros, mas no con una Versión Marzo de 2013 Dcto 134, como le da a entender el Observante. (...)"

"De esta manera, la referencia que se hace en la caratula de la Póliza a la "Versión Marzo de Dcto 734", no afirma necesariamente que dicha Póliza se condicione bajo un clausulado de marzo de 2013, como lo pretende dar a entender el Observante, pues no obstante se tiene registrada dicha referencia, el Proponente presentó junto con su propuesta, el correspondiente Clausulado de la Propuesta denominado "Póliza de Cumplimiento para contrato estatales a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI (...)"

"Dicho clausulado de la Propuesta, refleja exclusivamente las condiciones publicadas por la Entidad bajo el "Apéndice Financiero 3- Póliza de Cumplimiento para contrato estatales o Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura- ANI" (en adelante el "Clausulado de la Entidad") para los procesos de Asociaciones Publico Privadas adelantados por esta. (...)"

" (...) Lo mencionado en los numerales anteriores, se ratifica con el hecho de haberse suscrito por parte del señor Cesar Augusto Nuñez Villalba - en representación de Liberty Seguros S.A.- la última página del clausulado aportado a la Propuesta (folio 43), y en el cual se indicó expresamente el número de la póliza a la cual se vinculaba dicho clausulado y la fecha de la última revisión (...)"

1.2. Observación relacionada con el puntaje apoyo a la industria nacional y reciprocidad.

(...)

"Dentro de la afirmación que realiza el Observante es evidente que existen diferentes condiciones bajo las cuales se puede considerar que existe un oferente de bienes y servicios nacionales. Estas condiciones consisten en que los bienes y servicios sean prestados por: (i) empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional; (ii) por personas naturales o; (iii) por residentes en Colombia.

Respecto de lo anterior debe resaltarse el hecho de que una sucursal de sociedad extranjera, conforme se verá en el punto siguiente, no solo resulta ser una empresa constituida en Colombia, sino que además, gracias a la existencia de dicha sucursal, la sociedad extranjera constituye un residente en Colombia.

Así, conforme lo establece el Código Civil "[el domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella." (Art. 78 del Código Civil).

La misma obra presume la permanencia cuando "(...) el ánimo de permanecer y avecindarse en un lugar, por el hecho de abrir en él tienda, botica, fábrica, taller, posada, escuela y otro establecimiento durable, para administrarlo en persona; por el hecho de aceptar en dicho lugar un empleo fijo de lo que regularmente se confieren por largo tiempo; y por otras circunstancias análogas." (Art. 80 del Código Civil). (...)

Bajo la luz de lo expuesto, se encuentra que la sociedad extranjera al constituir una sucursal en Colombia, por mandato expreso de los requisitos exigidos en el Código de Comercio para la constitución de la misma, esta adopta un domicilio adicional al extranjero, conforme lo permiten las normas que regulan el atributo de la personalidad del domicilio.

Pues bien, la sociedad extranjera al adoptar un domicilio dentro del territorio colombiano, de manera automática se entiende reside en Colombia conforme lo define el Código Civil, dado que dentro de los elementos que constituyen el domicilio se encuentra (i) la residencia acompañada de; (ii) real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella. Es decir, una vez se entiende que una persona está domiciliado en algún lugar, se sobreentiende que los dos elementos antes enunciados se han cumplido. Así: Toda persona con domiciliada en algún lugar es residente del mismo, mas no todo residente es domiciliado en dicho lugar.(...)

No solo sobraría invertir tiempo en refutar esta afirmación por lo que se ha explicado hasta el momento, sino que además debe indicarse que aun si en gracia de discusión se asumiera que debiera acreditarse reciprocidad para el caso del integrante Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, el puntaje a asignar a este proponente debería continuar siendo el mismo.

La observación del respectivo proponente no tiene asidero en la medida en que el objeto del presente contrato no es la adquisición de bienes, sino de servicios. Así lo indica el pliego de condiciones, pues el objeto del contrato es, públicamente conocido: "Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice a su cuenta y riesgo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta de Contrato." (...)

1.3. Observación relacionada con la ausencia de presentación personal de la carta de presentación de la oferta.

"(...) tómesese en consideración que las normas citadas establecen diferentes reglas. En el primer caso, el Artículo 5 del Decreto Ley 019 de 2012 establece que "(...) las autoridades administrativas y los particulares que cumplen funciones administrativas no deben exigir (...) presentación personal sino tratándose de poderes especiales". Es decir, se estableció que las autoridades en los únicos casos en que podían exigir

presentaciones personales eran además de cuando la ley lo ordene de forma expresa, en el caso de poderes especiales (...)”.

“(...) De otra parte, el Artículo 25 del Decreto ley 019 de 2012 no regula nada concerniente a la presentación personal de los poderes, sino respecto de la autenticidad de los documentos. Lo que sucede es que a la administración pública, en aplicación de dicha normativa, tiene la potestad de exigir que se autentique o realice diligencia de presentación personal a los poderes especiales, en la medida en que aun cuando la entidad deba presumir buena fe por parte de los administradas, existen ciertas normas que establecen la posibilidad de exigir para estos actos de apoderamiento, la justificación de los poderes que se presentan por el representante ante el tercero. (...)”

“(...) Así, la posibilidad que tiene la administración pública de exigir la presentación personal de los poderes tiene Causa en lo que establece el Artículo 837 del Código de Comercio que establece: "El tercero que contrate con el representante podrá, en todo caso, exigir de este que justifique sus poderes, y si lo representación proviene de un acto escrito, tendrá derecho a que se le entregue uno copio auténtico del mismo. (...)”

1.4. Observación relacionada con el nombre de la estructura plural

“Teniendo en cuenta que la observación en relación con el nombre de la Estructura plural se repite para la Carta de Presentación anexo 2), Oferta Técnico anexo 9,, Factor de Calidad (anexo 13) y el Pacto de transparencia anexo 7, a continuación plantearemos las contra argumentaciones a estas cuatro observaciones, sin antes dejar claro que dichas observaciones son ,claramente superfluas, y fundamentadas en argumentaciones falaces, que no tienen ningún sustento legal y contractual”

*“A través de la misma estructura Plural que presentó propuesta para la Licitación, el 30 de mayo de 2013 se presentó la Manifestación de Interés para la precalificación del proceso VI-VE-IP-009-2013, presentándose bajo el nombre de *ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONMA SUCURSAL COLOMBIA, como se observa en el inicio de la correspondiente Cana de Presentación de la invitación o Precalificar. Nosotros, los abajo firmantes, a saber: MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y IVIARIA TERESA GARCIA MANGO actuando, respectivamente, en nombre y representación de la Estructura Plural MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANONIMA - SUCURSAL COLOMBIA -, según los documentos que se anexan”*

“Todos los anexos de la Invitación a Precalificar y demás documentos que se suscribieron por parte de la Estructura Plural a lo largo del proceso de precalificación, se presentaron bajo el mismo nombre”

“Mediante resolución N 850 del 1 de agosto de 2013, la Entidad conformó la lista de precalificados del sistema de precalificación VJ-VE-IP 009 2013 seleccionando a la estructura plural”

“No obstante lo anterior, es claro que como parte de la resolución de Conformación de la lista de precalificados, se encuentran todas y cada una de las manifestaciones de interés que se presentaron, especialmente por parte de los 10 precalificados, con las cuales cumplieron los requisitos exigidos por la Entidad de capacidad jurídica, financiera y de experiencia en inversión”

“De esta manera, pretende obviar las condiciones bajo las cuales la estructura plural se presentó en la primera etapa (precalificación) del proceso de app y bajo las cuales la Entidad evaluó y declaró como CUMPLE la manifestación de interés, sería obviar de igual manera el análisis realizado en la precalificación y la veracidad de los documentos (...)”

1.5. Observación relacionada con la falta de capacidad jurídica de la sucursal de meco para constituir el SPV.

“El argumento del Observante respecto de este asunto se centra en que el integrante de la estructura plural Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia presuntamente no ostenta capacidad jurídica para efectos de constituir el SPV, en la medida en que, según argumenta el Observante, las sucursales de sociedad extranjera no pueden ser accionistas de una sociedad.”

“Al respecto debe indicarse que el argumento esgrimido por el Observante está indebidamente construido, ya que debe tenerse claro que las sucursales — son una extensión de la personería jurídica de sus matrices, y por lo tanto las sucursales cuando actúan lo hacen en nombre y en representación de ésta. Es así, como las sucursales están facultadas para realizar todos los actos comprendidos en el objeto social de la sociedad matriz, y por tal razón las actividades de la sucursal se entienden realizadas directamente por la matriz.”

“Lo anterior, teniendo en cuenta lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en los siguientes, términos: “(...) 4.3 Las actuaciones del establecimiento de comercio llamado sucursal, se fundamentan en la capacidad de obrar de lo matriz por cuanto tal como lo expresó este Despacho a través del oficio 220-50767 del 7 de diciembre de 1995.” ...la matriz y la sucursal ostentan una única personalidad jurídica, habida cuenta que la segunda es meramente una prolongación de la primera y que es ésta quien exclusivamente adquiere los derechos que de su personalidad se derivan y se obligan por sus actuaciones (...)”

1.6. Observación relacionada con el diligenciamiento de la oferta técnica - anexo 9.

“Teniendo en cuenta que la observación en relación con el nombre de la Estructura Plural se repite para la Carta de Presentación (anexo 2), Oferta Técnica (anexo 9), Factor de Calidad (anexo 13) y el Poeto de Transparencia (anexo 7), a continuación plantearé las contra argumentaciones a estas cuatro observaciones, sin antes dejar claro que dichas observaciones son claramente superfluas, y fundamentadas en argumentaciones falaces, que no tienen ningún sustento legal y contractual”

(...) Todos los anexos de la Invitación a Precalificar y demás documentos que se suscribieron por parte de la Estructura Plural a lo largo del proceso de precalificación, se presentaron bajo el mismo nombre.

Mediante resolución No 850 del 1 de agosto de 2013, la Entidad conformó la lista de precalificados del sistema de precalificación VJ-VE-IP-009-2013, seleccionando a la Estructura Plural.

*En la parte resolutive de dicho acto, se deja bajo el manifestante No 7 la **"ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES- CONSTRUCTORA MECOS.A."***

(...)

Lo contemplado por la Entidad en la resolución No 850 de 2013 {mas no por voluntad del manifestante y oferente), no modifica el nombre bajo el cual se ha presentado la Estructura Plural, pues adicional a que el nombre de la Estructura Plural lo conformaron los nombres de los dos integrantes que integraron la Estructura Plural para la precalificación, hoy para la Licitación, permanecen los mismos dos integrantes, que en esencia son la razón de ser y el sentido del correspondiente nombre.

(...)EL Observante hace referencia al encabezado de los anexos 9 y, dejando de lado y olvidando que los oferentes se deben ceñir a dichos anexos en cuanto al contenido sustancial del mismo, mas no a la referencia que se hace del proceso en la parte superior derecha de los correspondientes anexos, siendo esto a criterio y gusto del oferente.

De esta manera, el texto del anexo 9 y del anexo 13, cumplen con todas las condiciones y exigencias contenidas en dichos anexos, prueba de ello es la calificación dada por la misma Entidad a los requisitos habilitantes y a los criterios de ponderación exigidos en los Pliegos” (...)

1.7. Observación relacionada con el en el factor de calidad - anexo 13.

“Teniendo en cuenta que la observación en relación con el nombre de la Estructura Plural se repite para la Carta de Presentación (anexo 2), Oferta Técnica (anexo 9), Factor de Calidad (anexo 13) y el Poeto de Transparencia (anexo 7), a continuación plantearé las contra argumentaciones a estas cuatro observaciones, sin antes dejar claro que dichas observaciones son claramente superfluas, y fundamentadas en argumentaciones falaces, que no tienen ningún sustento legal y contractual”

(...) Todos los anexos de la Invitación a Precalificar y demás documentos que se suscribieron por parte de la Estructura Plural a lo largo del proceso de precalificación, se presentaron bajo el mismo nombre.

Mediante resolución No 850 del 1 de agosto de 2013, la Entidad conformó la lista de precalificados del sistema de precalificación VJ-VE-IP-009-2013, seleccionando a la Estructura Plural.

En la parte resolutive de dicho acto, se deja bajo el manifestante No 7 la **"ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES- CONSTRUCTORA MECOS.A."**.

(...)

Lo contemplado por la Entidad en la resolución No 850 de 2013 (mas no por voluntad del manifestante y oferente), no modifica el nombre bajo el cual se ha presentado la Estructura Plural, pues adicional a que el nombre de la Estructura Plural lo conformaron los nombres de los dos integrantes que integraron la Estructura Plural para la precalificación, hoy para la Licitación, permanecen los mismos dos integrantes, que en esencia son la razón de ser y el sentido del correspondiente nombre.

(...)EL Observante hace referencia al encabezado de los anexos 9 y, dejando de lado y olvidando que los oferentes se deben ceñir a dichos anexos en cuanto al contenido sustancial del mismo, mas no a la referencia que se hace del proceso en la parte superior derecha de los correspondientes anexos, siendo esto a criterio y gusto del oferente.

De esta manera, el texto del anexo 9 y del anexo 13, cumplen con todas las condiciones y exigencias contenidas en dichos anexos, prueba de ello es la calificación dada por la misma Entidad a los requisitos habilitantes y a los criterios de ponderación exigidos en los Pliegos” (...)

(...) Finalmente y en cuanto al texto incluido en el recuadro que comprende las obras adicionales, es claro que mediante Anexo 13 aportado con la Propuesta a folio 102 y 103, se ofertó específicamente la **Segunda Calzada de la Variante de Tres Puertas- La Manuela**, siendo totalmente infundada la observación que presenta el contra proponente y por tanto debe ser desechada.

1.8. Observación relacionada con el acuerdo de garantía - anexo 3.

“El Observante basado en unos argumentos, que más que nacer de un análisis juicioso y acorde con la ley y el pliego de condiciones, surge de la nada y sustentado en criterios netamente subjetivos y en su gran mayoría, infundados, menciona que a folio 57 se Incluye solo a Mario Alberto Huertas Cotes como garantizado.(...)”

“Dicha aseveración es totalmente inexacta, pues si bien se observa el Acuerdo a folio 54, se indica claramente que en calidad de garantizado concurre el SPV, a cuya conformación concurrirán Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, así: (ili) En Calidad de Deudor Garantizado: El SPV que se constituya de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones, a cuya conformación concurrirán MARIO ALBERTO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA. (...)”

“Es preciso aclarar que la referencia que hace el Observante según folio 57 del Acuerdo aportado con la Propuesta, obedece a los datos de notificación — esto es nombre y dirección - a quien se deberá dirigir cualquier notificación del garantizado, que aunque al momento no se encuentra constituido, se tendrá para todos los efectos en el evento en que la Propuesta sea adjudicataria de la Licitación y por lo tanto sea constituido el correspondiente SPV, caso en el cual se tendrá como dirección de notificación, la relacionada en el Acuerdo a folio 57, a menos que durante la relación contractual se informe sobre la modificación de los datos de notificación. (...)”

“Ahora, si bien los garantizados corresponden a los miembros de la estructura plural que aportaren experiencia en inversión y capacidad financiera, éstos mismos se encuentran plenamente identificados con su nombre y domicilio en el mismo Acuerdo, y adicionalmente lo suscribieron, confirmando de esta manera la obligación que cada uno de ellos tiene ante las obligaciones garantizadas, siendo este el espíritu del Acuerdo. (...)”

“En este orden de ideas, el Acuerdo aportado por la Estructura Plural se encuentra acorde y conforme con las reglas establecidas en el Pliego, situación que a su vez verificó y evaluó la Entidad, dando como resultado un propuesta hábil (...)”

1.9. Observación relacionada con el acuerdo de permanencia- anexo 4.

“La Estructura Plural aportó el Acuerdo de Permanencia a folio 69 de la Propuesta.”

“Dicho Acuerdo de Permanencia fue efectivamente suscrito por Mario Alberto Huertas Cotes y Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, en calidad de integrantes de la Estructura Plural. (...)”

“Teniendo en cuenta que desde el proceso de precalificación, y aun, en la misma Licitación, se regulo la posibilidad de que las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia pudieran formar parte de la Estructura Plural, es claro que mientras se actúe en calidad de miembro de una Estructura Plural, bajo el compromiso de constituirse una sociedad una vez se cumpla la condición suspensiva, se deberán suscribir todos los documentos relacionados con el proceso de selección bajo la misma identificación con la cual se presentaron los miembros de la Estructura Plural. (...)”

“Ahora, el que dentro del Acuerdo de Garantía se haya dejado que quien concurrirá a la constitución del SPV por parte de Constructora Meco Sociedad Anónima Sucursal Colombia, es la casa matriz, esto no reafirma que para todos los demás documentos del proceso de selección y en donde no se tenga que comprometer a constituir una sociedad, se deba incluir la firma de Constructora Meco sociedad Anónima, pues ésta solo acude al presente proceso como garantizado y para constituir el SPV Como deudor garantizado. (...)”

1.10. Observación relacionada con el pacto de transparencia- anexo 7

“La Estructura Plural junto con la Propuesta, aportó el correspondiente Pacto de Transparencia- Anexo 7, en cumplimiento de lo señalado en el Pliego,”

“Al respecto el Pliego exigía dentro de los requisitos habilitantes, la entrega del Anexo 7 debidamente suscrito por cada uno de los miembros de la Estructura Plural.”

“Mediante adenda 11 publicada el 25 de marzo de 2014, la Entidad expresó que en el evento en que los oferentes hubieren suscrito y entregado el correspondiente Pacto de Transparencia, solo se debería entregar una declaración en donde se indicara que se estaría cumpliendo con lo señalado en el literal q) de dicho pacto.”

“Teniendo en cuenta que la Estructura Plural no había entregado el correspondiente Pacto de Transparencia, se procedió a suscribir la totalidad del documento, y no exclusivamente sobre el literal q de tal manera que se cumpliera con el requisito exigido en el Pliego.”

“De esta manera, se da por infundada la observación presentada y en ese sentido la entidad ratifique la calificación de hábil a la Propuesta presentada por la Estructura Plural.”

IV. RESPUESTAS DADAS POR LA ANI A LAS OBSERVACIONES Y RÉPLICAS PRESENTADAS.

1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN Y BINUI – GRODCO A LA PROPUESTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA

1.1. Observación relacionada la garantía de seriedad de la oferta.

Una vez analizada la documentación presentada por la Estructura plural MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA en cuanto a la póliza de Seriedad de la Oferta se encuentra que la misma cumple con lo exigido en el numeral 3.8 del pliego de condiciones.

Adicional a lo anterior, se ha podido constatar en los folios 33 a 43 de la propuesta los siguientes hechos:

1. En la caratula de la póliza se anota el titulo "póliza de cumplimiento para contratos estatales a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI"
2. En la misma carátula en el segmento que registra el "Tipo de Póliza" se señala: "Oficial entidades estatales Versión marzo de 2013 Dcto 734"
3. Las condiciones anexas a la carátula, folios 38 a 43, corresponden integralmente con el clausulado de seguros ANI exigido en el marco de la licitación pública y de ello da cuenta el folio 038 que en su título

registra: "Póliza de cumplimiento para contratos estatales a favor de la Agencia Nacional de infraestructura ANI" y a pie de pagina se lee: "Condiciones versión enero de 2014".

En atención a la normativa del contrato de seguros regulada en el Código de comercio, tenemos que, de acuerdo con el artículo 1047 ibidem, parágrafo único, en los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

Visto lo anterior, y siendo un hecho que el proponente anexó las condiciones a su oferta, es claro que la garantía estudiada, contempla las condiciones correctas, pero se incurre en un error en la carátula.

Al respecto resulta necesario precisar que el apéndice financiero 3 en lo referente a la garantía de seriedad de la oferta dispone lo siguiente:

"MEDIANTE ESTE AMPARO SE GARANTIZA EL PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

- LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SIN JUSTA CAUSA POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO.
- LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO EN LOS PLIEGOS PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE O CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE, SIEMPRE Y CUANDO ESAS PRÓRROGAS NO EXCEDAN UN TÉRMINO DE TRES MESES.
- LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL PROPONENTE SELECCIONADO, DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EXIGIDA POR LA ANI PARA AMPARAR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO.
- EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENCIDO EL TÉRMINO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS.
- EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA CONVOCATORIA DE UN PROCESO CONTRACTUAL SIN CUMPLIR LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA PARA TENER TAL CONDICIÓN.

LA SUMA ASEGURADA ESTABLECIDA PARA EL AMPARO DE SERIEDAD DE LA OFERTA TIENE CARÁCTER PUNITIVO O SANCIONATORIO".

Siendo está la única regulación contenida en el referido apéndice respecto de la Garantía de seriedad de la oferta, toda vez que las condiciones particulares que deberían contener las pólizas se encuentran establecidas en el numeral 3.8 del Pliego de Condiciones "Garantía de seriedad de la oferta", en este sentido, resulta claro que la póliza allegada por la Estructura Plural MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA cumple con con las **condiciones particulares** que debía contener el referido documento.

Adicional a lo anterior y respecto de las **condiciones generales** de la póliza, el proponente allegó certificado de ratificación expedido por Liberty Seguros S.A, en virtud del cual se aclara que: *"las condiciones de la póliza corresponden al documento "póliza de cumplimiento para contratos estatales a favor de la agencia nacional de infraestructura – ANI" de versión Enero de 2014", realizado conforme a las condiciones reguladas por la Entidad para la licitación, y por ende, vinculantes para el oferente y futuro adjudicatario (...).*

Concordante con lo expuesto, resulta necesario precisar que la única causal de rechazo contenida en el Decreto 734 de 2012 y en el pliego de condiciones respecto de la garantía de seriedad de la oferta era la no presentación

de la misma, tal como lo establece en el artículo 5.1.7 del Decreto 734 de 2012, en los siguientes terminos: “La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última”.

Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el ordenamiento legal, en particular, en el Parágrafo 1º del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, que señala:

“La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación”.

Sobre este aspecto se han pronunciado las altas cortes. En particular la Sección Tercera del Consejo de Estado, se pronunció en reciente jurisprudencia para señalar, que en todo proceso de contratación rige el principio de la primacía de lo sustancial sobre lo formal. Así, en la sentencia del 26 de febrero de 2011 (25.804), con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, la citada Corporación señaló:

(...)

Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que “asignan puntaje”, de allí que si en un proceso de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás.

A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje. Si se permitiera enmendar lo que asigna puntaje sería fácil para el proponente defraudar a los demás participantes en la licitación, ofreciendo un dato irrisorio, porque para ese instante conoce los valores ofrecidos por sus competidores. En tal evento, es seguro que obtendría el máximo puntaje en el ítem o aspecto omitido, y es bastante probable que ganaría la licitación.”

Más adelante señala:

“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.

De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que

para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley. (Resaltado fuera de texto)

Con base en lo expuesto, resulta claro que la Poliza de Seriedad de la Oferta allegada por la ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA cumple con lo establecido en el pliego respecto de las condiciones particulares que debería contener el referido documento, así mismo se cumple con las condiciones generales, las cuales fueron ratificadas por la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A, y que corresponden a la versión enero de 2014, razón por la cual no se acoge la observación planteada.

1.2. Observación relacionada con el puntaje apoyo a la industria nacional y reciprocidad.

El artículo 21 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades deben garantizar la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional y, en su párrafo primero, señala que le corresponde al Gobierno determinar qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero.

En desarrollo de este mandato, el artículo 4.2.2 del Decreto 734 de 2012 estableció que “Para los efectos de la aplicación del párrafo 1 del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquéllos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia.” Así las cosas, serán servicios de origen extranjero los que no cumplan con los requisitos señalados.

Por otra parte, el párrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, modificado por el artículo 51 del Decreto 019 de 2012, dispone que “***se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos bienes y servicios originarios de los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras estatales y de aquellos países en los cuales a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales.*** La acreditación o demostración de tal circunstancia se hará en los términos que señale el reglamento.”. (negrilla y subraya fuera de texto).

En desarrollo de lo dispuesto por el párrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003, el artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 establece que “(...) *se otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales a aquellos de origen extranjero en procesos de selección nacionales, siempre que cumplan con alguna de estas condiciones:*

“b) Que en el país del proponente extranjero, con el que no se hubiere negociado trato nacional, las ofertas de bienes y servicios colombianos, reciban el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales (...).”. (negrilla y subraya fuera de texto)

En cumplimiento de la definición y mandato legales transcritos, el numeral 4.4.1 del Pliego de Condiciones estableció que “(...) *se consideran Oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia*”, al tiempo que su numeral 4.4.2 dispuso que “***En cumplimiento del principio de reciprocidad, igualmente se consideran Oferentes de bienes y servicios nacionales los prestados por (i) los extranjeros cuyo país de origen tenga un acuerdo, tratado o convenio con Colombia, en el sentido que a las ofertas de servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público y (ii) los Oferentes de origen extranjero aun cuando no exista acuerdo, tratado o convenio entre su país de nacionalidad y Colombia siempre que en aquél las ofertas de bienes y servicios colombianos se les conceda el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales***”. (negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo señalado, y según consta en el certificado de fecha 27 de febrero de 2013, expedido por el Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia, publicado en la sección “CERTIFICACIONES DE TRATO NACIONAL POR RECIPROCIDAD” del SECOP, en el que se señala:

2. “En ausencia de tratado que reconozca el trato nacional a bienes y servicios en materia de compras estatales, el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Costa Rica mediante Nota DM-00099-13 de fecha 27 de febrero de 2013, cursada el 28 de febrero del presente año a la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, informó:

“(...)

El artículo 5 de la ley de Contratación Administrativa, desarrolla el principio de igualdad y de libre competencia y dispone que en los procedimientos de contratación se respetará la igualdad de participación de todos los oferentes potenciales. En relación con el tema de trato nacional señala que la participación de oferentes extranjeros se regirá por el principio de reciprocidad, según el cual a ellos se les brindará el mismo trato que reciban los nacionales en el país de origen de aquellos.

En ausencia de un Tratado de Libre Comercio con la República de Colombia, en materia de servicios, la República de Costa Rica de acuerdo con la legislación interna, no establece preferencias para nacionales, de manera que se reconoce trato nacional a los servicios ofrecidos por empresas extranjeras en los procesos de contratación pública. Por su parte, la Ley N°7017 “Ley de incentivos para la Producción Nacional”, en concordancia con el artículo 29 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa, establece una preferencia para los bienes manufacturados localmente, lo cual no aplica en materia de servicios”. (Destacado fuera de texto).

3. Con sujeción a la información precedente, transmitida por el Ministerio de Comercio Exterior de la República de Costa Rica, en ausencia de tratado, la República de Costa Rica reconoce trato nacional a los servicios extranjeros ofrecidos en los procesos de contratación pública, en virtud del principio de reciprocidad” (Negrilla fuera texto)

De lo expuesto resulta necesario concluir que en el caso objeto de estudio está plenamente acreditada la reciprocidad, toda vez que la única exclusión contenida en la referida certificación hace alusión a los bienes manufacturados, y de una lectura simple del objeto a contratar se concluye que el mismo no incluye “bienes manufacturados”, sino la prestación de servicios consistentes en “(...) los estudios y diseños definitivos, financiación, gestión ambiental, predial y social, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 3, del Proyecto “Autopistas para la Prosperidad”, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 (...)”.

Así las cosas, al estar la ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA conformada por una persona natural colombiana y una sociedad de Costa Rica, que opera a través de su sucursal en Colombia, se tiene que, en virtud del principio de reciprocidad que acredita esta última -la sociedad-, la totalidad de los servicios ofrecidos se entienden nacionales y, por ende, se le confiere a la estructura plural un puntaje de cien (100) puntos.

Por las razones expuestas, NO se acepta la observación.

1.3. Observación relacionada con la ausencia de presentación personal de la carta de presentación de la oferta.

De acuerdo con la invitación a precalificar y el pliego de condiciones referentes del proceso, se ha establecido en cuanto al apoderado común lo siguiente:

Facultades del Apoderado Común.	
PRECALIFICACIÓN	LICITACIÓN
"(b) Los Integrantes de la Estructura Plural deberán constituir un apoderado común con capacidad de obligar a cada uno de sus Integrantes, en los términos de la presente Precalificación y quien será para todos los efectos el interlocutor válido ante la ANI durante el desarrollo del sistema de Precalificación".	"Apoderado Común". Es el representante del cual trata el numeral 2.2.1(b) de la Invitación a Precalificar, quien debe contar con facultades suficientes para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV en los términos del numeral 3.3.1(b) de este Pliego de Condiciones.
Anexo 1 - Carta de Presentación de la Manifestación de Interés. "(...) quien goza de 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. Para todos los efectos, el apoderado común en nombre de los Integrantes recibirá notificaciones en la dirección que se señala a continuación (...)"	Anexo 2 - Carta de presentación de la Oferta- del Pliego. "(...) quien goza de amplias y suficientes facultades para representarnos, y por consiguiente, suscribir la presente Oferta hasta la constitución del SPV, en los términos y alcances del numeral 1.4.9 del Pliego de Condiciones además de participar en nombre de la Estructura Plural y sus Integrantes, y en particular, para, 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 Licitación Pública. Para todos los efectos, el apoderado común en nombre de los Integrantes recibirá notificaciones en la dirección que se señala a continuación: (...)"

Como bien señala el observante, la ANI, en respuesta a observaciones presentadas en relación con las formalidades para la designación del apoderado común, formuladas en la etapa de precalificación manifestó:

"El apoderado común de la estructura plural es quien representa a sus integrantes y deberá ser designado en el anexo 1 de la invitación a Precalificar, sin que se requiera mayores formalidades o solemnidades a la que este suscrito por todos los miembros de la estructura plural, en la medida que es un documento de origen privado que regula las relaciones de quien lo suscribe".

En efecto y como también se encuentra dicho en la observación, en concepto de esta Entidad, las facultades conferidas al apoderado común de la estructura plural es el contenido en el artículo 2142 del Código Civil, es decir contrato de mandato, no con el establecido en el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, a través del cual se otorgan facultades judiciales, en consecuencia el artículo 5 del Decreto 019 de 2012 no es aplicable, porque en este caso, como en el de la etapa de precalificación el apoderado es representante de los integrantes de la estructura plural, sin efectos de representación judicial, para los cuales la ley si exige la formalidad de la presentación personal.

Es así como la lectura del numeral 1.4.9 del Pliego que define Apoderado Común establece que el mismo está facultado para la representación sin limitaciones de todos y cada uno de los miembros del Oferente, en todos los aspectos que se requieran desde la presentación de la Oferta, hasta la constitución del SPV,

delimitando la etapa en la que son ejercidas dichas facultades, es decir que el designado obra como apoderado común desde el momento de la presentación de la oferta hasta el momento de la constitución del SPV en el caso de ser favorecidos.

El pliego establece que la constitución del SPV se encuentra en cabeza de los representantes legales de los integrantes de la estructura plural, no del apoderado común, por tanto no se está solicitando a los oferentes que emitan un poder especial en cabeza del apoderado para esos efectos.

Respecto de la afirmación del observante en el sentido de que conforme al artículo 71 de la Ley 1437 de 2011 se requiere la formalidad de la presentación personal para notificarse de actos administrativos de carácter particular y cuando se trate de notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social, debe aclararse que la expresión “que requerirá presentación personal”, contenida en el artículo citado fue derogada por el literal a), art. 626, Ley 1564 de 2012.

De este modo, es claro que para que el Apoderado Común pueda notificarse del acto de adjudicación, el poder contenido en la Carta de Presentación de la Oferta NO debe cumplir con la formalidad de la presentación personal.

Como complemento de estas consideraciones, nos permitimos señalar lo siguiente:

En la sentencia C-634 de 2012, de la Corte Constitucional, dicha Corporación destaca que la formalidad de la presentación de los poderes no es creación de los artículos 5 y 25 del Decreto 019 de 2012, puesto que tal formalismo se desprende de la remisión normativa que hacen tanto el Código Contencioso Administrativo como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil.

El Consejo de Estado, unificó su posición respecto de la aplicación del Código General del Proceso, (Ley 1564 de 2012), en el sentido de señalar que dicho estatuto es actualmente aplicable a los asuntos administrativos y de lo contencioso administrativo, indistintamente de que no se está aplicando en la jurisdicción civil.

Al respecto, dicha Corporación señaló:

“Así las cosas, surge de manera inexorable el siguiente interrogante o problema jurídico: ¿el cronograma fijado por el Consejo Superior de la Judicatura, es vinculante para la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, por lo tanto, habrá que ceñirse al mismo, o, por el contrario, sólo es predicable frente a la Jurisdicción Ordinaria Civil y, en consecuencia, el C.G.P., entró a regir en su totalidad el 1º de enero de 2014 para las restantes jurisdicciones que ya cuentan con sistema oral implementado?”

Sobre el particular, considera la Sala –con fines de unificación jurisprudencial– que el Código General del Proceso entró a regir de manera plena el 1º de enero del año en curso, por las siguientes razones.

(...)

Entonces, según lo analizado, a partir de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, esto es, el 1º de enero de 2014, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal.”¹:

Conforme a esta jurisprudencia, la remisión normativa que hace el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Civil, se entiende referida al Código General del Proceso, el cual, respecto de la formalidad de la presentación personal de los poderes especiales, señaló en su artículo 74:

“El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario.”,

De esta manera es razonable concluir, que conforme al ordenamiento vigente, los poderes especiales sólo requieren presentación personal para fines judiciales, razón por la cual la observación no procede.

1.4. Observación relacionada con el nombre de la estructura plural

Frente a la observación consistente en que la lista de precalificados hacía mención a la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES — CONSTRUCTORA MECO S.A", en la Carta de Presentación Oferta y en los demás anexos allegados en la Licitación por la referida Estructura Plural se indica que el Nombre del Oferente es "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA", se encuentra que existe identidad entre la estructura plural que participó en la precalificación y la que presentó oferta en la licitación. Lo anterior, por cuanto "CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA" es la misma persona jurídica que la sociedad "CONSTRUCTORA MECO S.A".

En efecto, de conformidad con el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son:

“(...) establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad (...).”

En Colombia las sociedades domiciliadas en el exterior pueden llevar a cabo negocios en el territorio nacional de manera permanente o transitoria; en uno y otro caso disfrutan de los mismos derechos y garantías de las que gozan las sociedades nacionales. Conforme a lo establecido por la Superintendencia de Sociedades *“(...) Cuando de lo que se trata es de establecer negocios de carácter permanente, la sociedad domiciliada en el exterior, debe organizar dentro del territorio nacional una sucursal, con el fin de tener frente a la misma uno o varios mandatarios, a los que se equipara en la extensión de sus obligaciones y en la medida de sus responsabilidades a los representantes legales de las sociedades constituidas en el país (...).”*

Así, la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad.

Conforme a lo previsto en el artículo 485 del Código de Comercio, es la sociedad la que asume la responsabilidad por las obligaciones contraídas a través de la sucursal, por tanto la sociedad tiene el derecho de gobernar sus establecimientos de comercio, otorgando autorizaciones generales o particulares, imponiendo límites a las facultades del representante o condicionando las operaciones al referéndum de la

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera, auto del 25 de junio de 2014, expediente 2012-000395.
Ponente Enrique Gil Botero

junta directiva o cualquier otro órgano de administración, toda vez que en dichas actuaciones el administrador de la sociedad está comprometiendo el patrimonio de la casa matriz.

De esta manera, se encuentra que la mención de “CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA” como integrante de la estructura plural, hace referencia a la sociedad “CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA”, sin que pueda derivarse efecto alguno de fondo por el cambio del nombre de la estructura plural, como lo solicita el observante.

Como consecuencia del análisis anterior, se encuentra que no existe diferencia de fondo entre la integración de la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA", y la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA". Y por lo tanto la observación no procede.

1.5. Observación relacionada con la falta de capacidad jurídica de la sucursal de meco para constituir el SPV.

Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia cuenta con la capacidad jurídica para suscribir la Carta de Presentación de la Oferta y para constituir el SPV, no a nombre propio, sino en nombre y representación de la sociedad extranjera.

En Colombia, las sociedades domiciliadas en el exterior pueden llevar a cabo negocios en el territorio nacional de manera permanente o transitoria; en uno y otro caso disfrutan de los mismos derechos y garantías de las que gozan las sociedades nacionales. Cuando se trata del establecimiento de negocios permanentes, la sociedad domiciliada en el exterior, debe organizar dentro del territorio nacional una sucursal, con el fin de tener frente a la misma uno o varios mandatarios, a los que se equipara en la extensión de sus obligaciones y en la medida de sus responsabilidades a los representantes legales de las sociedades constituidas en el país.

En los términos del artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son: “(...) establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad (...)”.

Desde esa perspectiva, la casa matriz es la titular de la personería jurídica y que las sucursales son establecimientos de comercio a través de los cuales actúa la sociedad. Por lo anterior, el representante de la sucursal tiene la capacidad de comprometer a la sociedad con sujeción y dentro del ámbito de las atribuciones que le otorgó el órgano de dirección de la matriz.

Las sucursales no se comprometen a nombre propio, así lo hagan en desarrollo de las actividades permanentes para las cuales fueron incorporadas al país. Por ello mismo, la sucursal se encuentra en capacidad de suscribir compromisos a nombre de su casa matriz, pues como se dijo el representante de la sucursal no actúa en nombre de un establecimiento de comercio, sino en representación de la compañía extranjera que es quien ostenta la personería jurídica.

Por tanto se entienden válidos los compromisos suscritos por la sucursal en la oferta presentada, en el entendido que, al adquirir tales obligaciones, lo hace en nombre y representación de la matriz.

En desarrollo de su argumento principal, el observante menciona que de acuerdo con las reglas previstas en el Código de Comercio, las sucursales de sociedades extranjeras en su calidad de establecimientos de comercio NO cuentan con la capacidad jurídica para ser accionistas de sociedades constituidas en Colombia, y así ha sido reiterado en diversas ocasiones por la Superintendencia de Sociedades y que a diferencia de la

forma en que fue suscrito el Acuerdo de Garantía aportado a folio 54 de la propuesta presentada por la EP Mario Huertas —Meco (en el que se indica expresamente que Constructora Meco Sociedad Anónima en calidad de sociedad extranjera es quien concurrirá la constitución del SPV), la Carta de Presentación de la Oferta ("Anexo 2") fue únicamente suscrita en nombre y representación de la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima (a través de su mandatario general suplente).

Al respecto, se reitera que si bien la oferta y el compromiso de integrar el SPV son presentados por Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia, su validez se deriva, precisamente de considerar que la sucursal de la sociedad extranjera no es una persona jurídica distinta de su casa matriz.

Adicionalmente, el observante menciona que una de las obligaciones asumidas por la sucursal en Colombia de Constructora Meco Sociedad Anónima con la suscripción del Anexo 2 es la obligación de constituir el SPV. En su concepto, debido a que las sucursales de sociedades extranjeras NO PUEDEN constituir sociedades en Colombia, Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia, no contó con la capacidad jurídica para cumplir y comprometerse con las obligaciones indicadas en la Carta de Presentación de la Oferta (principalmente para constituir el SPV). De lo anterior se deriva, en su concepto, un defecto insubsanable de la oferta.

Frente a este tema, igualmente, se encuentra que los documentos presentados en la oferta son válidos, en la medida en que no es la sucursal, entendida como establecimiento de comercio, quien adquiere esa obligación, sino que la misma recae en su casa matriz, en representación de la cual actúa.

Como consecuencia Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia cuenta con la capacidad jurídica para suscribir la Carta de Presentación de la Oferta y para constituir el SPV, no a nombre propio, sino en nombre y representación de la sociedad extranjera de la que es sucursal, por todo lo anteriormente mencionado la observación no procede.

1.6.Observación relacionada con el diligenciamiento de la oferta técnica - anexo 9.

Frente a la observación consistente en que la lista de precalificados hacía mención a la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES — CONSTRUCTORA MECO S.A", en el Anexo 09 allegado en la Licitación por la EP Mario Huertas — Meco se indica que el Nombre del Oferente es "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA", encontrándose que existe identidad entre la estructura plural que participó en la precalificación y la que presentó oferta en la licitación y la que diligenció los anexos correspondientes. Lo anterior, por cuanto "CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA" es la misma persona jurídica que "CONSTRUCTORA MECO S.A".

En efecto, de conformidad con el artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son:

"(...) establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad (...)"

Así, la sucursal es una prolongación de la compañía y es parte de una organización que de tal manera se descentraliza sin lograr por ello una personificación nueva y distinta de la sociedad, lo que permite afirmar que la sociedad se obliga y se beneficia por los actos jurídicos que celebre el administrador de la sociedad.

Conforme a lo previsto en el artículo 485 del Código de Comercio, es la sociedad la que asume la responsabilidad por las obligaciones contraídas a través de la sucursal, por tanto la sociedad tiene el derecho de gobernar sus establecimientos de comercio, otorgando autorizaciones generales o particulares,

imponiendo límites a las facultades del representante o condicionando las operaciones al referéndum de la junta directiva o cualquier otro órgano de administración, toda vez que en dichas actuaciones el administrador de la sociedad está comprometiendo el patrimonio de la casa matriz.

De esta manera, se encuentra que la mención de “CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA” como integrante de la estructura plural, hace referencia a “CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA”, sin que pueda derivarse efecto alguno de fondo por el cambio del nombre de la estructura plural, como lo solicita el observante.

Como consecuencia del análisis anterior, se encuentra que no existe diferencia de fondo entre la integración de la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA", y la "ESTRUCTURA PLURAL MARIO ALBERTO HUERTAS COTES Y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA". Y por lo tanto la observación no procede.

1.7. Observación relacionada con el en el factor de calidad - anexo 13.

Como se indicó en el punto anterior, se encuentra que existe identidad entre la estructura plural que participó en la precalificación y la que presentó oferta en la licitación, lo anterior por cuanto “CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA” es la misma persona jurídica que la sociedad CONSTRUCTORA MECO S.A.

Concordante con lo expuesto, la Entidad entiende por ofrecidas las obras adicionales como bien lo establece en el cuerpo del Anexo 13 "cumpliendo con todos los requisitos señalados en los Apéndices Técnicos", toda vez que la inconsistencia presentada con relación a la formalidad del diligenciamiento del formato no constituyen invalidez al ofrecimiento claramente suscrito por el licitante. En este sentido, la Entidad mantiene la calificación otorgada al participante por factor de calidad.

1.8. Observación relacionada con el acuerdo de garantía - anexo 3.

La Agencia en respuesta a las observaciones presentadas a los pliegos de condiciones de la licitación ha manifestado lo siguiente:

“La selección de las alternativas establecidas en los literales a) y b) del Acuerdo de Garantía depende en la condición que se encuentre el Oferente con respecto a la acreditación de experiencia en inversión y capacidad financiera. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que el Acuerdo de Garantía siempre deberá estar suscrito por los miembros de la Estructura Plural o el Oferente Individual que hayan acreditado su experiencia en inversión o la experiencia de un tercero y los que acreditaron capacidad financiera”.

Efectivamente a folio 53 de la oferta presentada por el observado se verifica que el acuerdo de garantía aportado señala que el mismo es presentado en calidad de garantes por MARIO HUERTAS COTES y CONSTRUCTORA MECO SOCIEDAD ANÓNIMA.

La persona jurídica y la persona natural que conforman la estructura plural realizan las declaraciones especiales de los garantes que se encuentran contenidas en el acuerdo en análisis, situación verificada a folios 55 y 56.

A folio 54 se encuentra que en calidad de deudor garantizado el acuerdo es presentado por el SPV que se constituya conforme a lo previsto en el pliego por quienes conforman la estructura plural.

El garantizado, conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones, es el SPV, previsto en dicho documento con la indicación de los miembros del adjudicatario, que en este caso corresponden a los dos miembros de la estructura plural.

A folio 57 se encuentra la determinación de las personas que deben ser notificadas. En calidad de garantes se señala que la notificación debe dirigirse a MARIO HUERTAS COTES y MARCO TULIO MENDEZ FONSECA, en calidad de representantes legales de los integrantes de la estructura plural y respecto de la notificación del garantizado se establece que la misma debe realizarse a MARIO HUERTAS COTES.

Finalmente se observa que a folio 58 se encuentra la suscripción del acuerdo por los garantes que en este caso corresponden a la totalidad de los integrantes de la estructura plural y que corresponden a los mismos miembros que en el caso de ser adjudicatarios constituirán el SPV.

El Acuerdo de Garantía se encuentra suscrito por los miembros de la Estructura Plural que acreditaron su experiencia en inversión o la experiencia de un tercero y los que acreditaron capacidad financiera.

Respecto de la observación de no haberse aportado el Acuerdo de Garantía en tres copias, se confirma que en la oferta recibida se encuentra una sola copia del mismo, considerándose que, de la aplicación del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, debe concluirse que no hay lugar al rechazo de la oferta presentada por la Estructura PLural, por cuanto el requisito en mención es de carácter eminentemente formal.

Teniendo en cuenta lo expuesto y encontrando que el acuerdo presentado con la oferta cumple con las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones y en el Anexo 3, Acuerdo de Garantía, no se acepta la observación presentada.

1.9. Observación relacionada con el acuerdo de permanencia- anexo 4.

En respuesta a las consideraciones anteriores, la Agencia Nacional de Infraestructura encuentra que Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia sí cuenta con la capacidad jurídica para suscribir el acuerdo de permanencia, no a nombre propio, sino en nombre y representación de su casa matriz, y que, en consecuencia, la suscripción de dicho acuerdo de permanencia sí produce efectos jurídicos, consistentes en obligar a la matriz Constructora Meco Sociedad Anónima en los términos del acuerdo de permanencia.

Como se mencionó con anterioridad, en Colombia, las sociedades domiciliadas en el exterior pueden llevar a cabo negocios en el territorio nacional de manera permanente o transitoria; en uno y otro caso disfrutan de los mismos derechos y garantías de las que gozan las sociedades nacionales. Cuando se trata del establecimiento de negocios permanentes, la sociedad domiciliada en el exterior, debe organizar dentro del territorio nacional una sucursal, con el fin de tener frente a la misma uno o varios mandatarios, a los que se equipara en la extensión de sus obligaciones y en la medida de sus responsabilidades a los representantes legales de las sociedades constituidas en el país.

En los términos del artículo 263 del Código de Comercio, las sucursales son: “(...) establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad (...)”. Desde esa perspectiva, la casa matriz es la titular de la personería jurídica y las sucursales son establecimientos de comercio a través de los cuales actúa la sociedad.

Por lo anterior, el representante de la sucursal tiene la personería judicial y extrajudicial de la sociedad, para todos los efectos legales y tiene la capacidad de comprometer a la sociedad con sujeción y dentro del ámbito de las atribuciones que le otorgó el órgano de dirección de la matriz. Las sucursales no se comprometen a nombre propio, así lo hagan en desarrollo de las actividades permanentes para las cuales fueron incorporadas al país. Por ello mismo, la sucursal se encuentra en capacidad de suscribir compromisos a nombre de su

casa matriz pues como se dijo el representante de la sucursal no actúa en nombre de un establecimiento de comercio, sino en representación de la compañía extranjera que es quien ostenta la personería jurídica.

Por tanto se entienden válidos los compromisos suscritos por la sucursal en la oferta presentada, en el entendido que, al adquirir tales obligaciones, lo hace en nombre y representación de la matriz.

El observante menciona de otro lado, que el formato publicado por la ANI para diligenciar el Acuerdo de Permanencia fue claro en señalar que se debían aportar tres (3) ejemplares de dicho documento con la oferta, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego. No obstante lo anterior, la EP Mario Huertas — Meco únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Permanencia en su oferta.

Frente a este tema, se considera que, de la aplicación del párrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, debe concluirse que no hay lugar al rechazo de la oferta presentada por la Estructura Plural, por cuanto el requisito en mención es de carácter eminentemente formal.

Como consecuencia del análisis anterior, se encuentra que Constructora Meco Sociedad Anónima — Sucursal Colombia cuenta con la capacidad jurídica para suscribir el acuerdo de permanencia, no a nombre propio, sino en nombre y representación de su casa matriz.

Por las razones expuestas no procede la observación.

1.10. Observación relacionada con el pacto de transparencia- anexo 7

Al respecto la Entidad encuentra que la oferta presentada por el observado contiene el Pacto de Transparencia completo que incluye el literal q) aludido.

Dicha declaración no concede puntos adicionales en la calificación de la Oferta Técnica o Económica, ni resta puntos por no suscribirlo ni es causal de rechazo de la Oferta.

No obstante lo anterior, se resalta que dicho documento fue debidamente aportado incluyendo no sólo el literal q) sino el texto íntegro del mismo.

V. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL SEÑOR JESUS AUGUSTO CORREA CARDONA A LA PROPUESTA ALLEGADA POR LAS ESTRUCTURAS PLURALES SHIKUN Y BINUI – GRODCO YMARIO ALBERTO HUERTAS COTES – CONSTRUCTORA MECO SUCURSAL COLOMBIA

Tal y como reza el Apéndice Técnico 1 numeral 5.4 Obras adicionales que darán mayor puntaje a la oferta técnica: *"La remuneración de estas obras se encuentra prevista dentro de los pagos a los que tiene derecho el concesionario conforme a lo establecido en el Contrato Parte General y Parte Especial y por lo tanto en caso de ser ofertadas por el Concesionario las obras adicionales formarán parte integral de la UF3 y deberán cumplir con la totalidad de las características geométricas, técnicas y con todos los indicadores de disponibilidad, calidad y nivel de servicio, establecidos para este proyecto"* y la Minuta Parte Especial numeral 3.6 h Estaciones de Peaje: *"Una vez se haya realizado la entrega de la infraestructura de las unidades funcionales UF2 y UF3, el Concesionario podrá instalar las estaciones de peaje denominadas Guaico e Irra respectivamente"* la construcción de la Segunda calzada de Tres Puertas - La Manuela hará parte de la UF 3, por lo que en la estación de peaje de Irra NO se realizará ningún cobro hasta que se haga entrega de la UF 3: Mejoramiento de la calzada existente y construcción de la segunda calzada de la Variante La Manuela – Tres Puertas, y el mejoramiento de la calzada existente Tres Puertas – Irra.



COMITÉ EVALUADOR