



**MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013

RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

OBJETO: "Otorgamiento de un contrato de concesión bajo el esquema de asociación público privada para que el Concesionario realice la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Perimetral de Cundinamarca (Cáqueza – Choachí – Calera –Sopo y Salitre - Guasca – Sesquilé, Patios-La Calera y Límite de Bogotá- Choachí), según corresponda".

OBSERVACIONES

I. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI - GRODCO (Oficio No. 2014-409-029648-2 del 25 de junio de 2014)

1. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 2 ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV.

1.1. IRREGULARIDADES SUSTANCIALES EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

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

"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" (Respuestas 111 y 129 de la Matriz de Respuestas publicada el 11 de marzo de 2014).

No obstante lo anterior, en las condiciones particulares contenidas en la carátula del seguro tomado por la EP APC 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 APC 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.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

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. 3 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 publicada el 11 de marzo de 2014.

En este orden de ideas, la ANI fue totalmente clara en señalar que no se aceptan otros clausulados diferentes a los contenidos en el Apéndice Financiero 3, de forma que el texto contenido en la última versión de dicho apéndice publicado con la Adenda 3 era plenamente vinculante para los proponentes interesados en participar en la Licitación.

En relación con esta respuesta, es importante destacar que de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado", independiente de que una respuesta a las observaciones sea incluida o no en los Pliegos a través de una adenda, con el mero hecho de que la respuesta haya tenido la finalidad de modificar/precisar alguna previsión del Pliego y que la respuesta haya sido emitida en documento institucional por la entidad pública contratante, dicha respuesta será plenamente vinculante tanto para la entidad como para los respectivos proponentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil concluir que el documento denominado "AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES" es un documento de obligatorio cumplimiento por parte de los oferentes y es el documento al que deben estar sujetas las pólizas de seriedad de la oferta y demás seguros de cumplimiento. De hecho, tal y como lo indica el numeral 1.5.1 del Pliego, el Apéndice Financiero 3 es un documento que hace parte integral de los Pliegos y demás documentos de la Licitación.

No obstante la claridad de la ANI sobre la obligatoriedad de acoger el clausulado del Apéndice Financiero 3, la EP APC tomó un seguro que no se encuentra sujeto al clausulado general indicado por dicha entidad a través del Apéndice 3 de "Garantías y Seguros". Así, en las condiciones particulares contenidas en la carátula del seguro tomado por la EP APC se indica que el seguro está regulado por el clausulado general denominado "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".

Lo anterior se observa en los folios 116,117 y 118 de la oferta (...)

Al revisar el contenido de dicho clausulado general que se encuentra publicado en la página web de la compañía de Liberty Seguros S.A. y que nos permitimos allegar como ANEXO A de este documento, encontramos que es totalmente diferente al clausulado general requerido por la ANI.

Así, a modo de ejemplo, a continuación se observa que el primer párrafo de cada condicionado difiere totalmente el uno del otro.

- Clausulado requerido por la ANI en el Apéndice Financiero 3:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

SOCIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA EN COLOMBIA Y DEBIDAMENTE AUTORIZADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA PARA OPERAR EN EL PAÍS, LA CUAL EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ LA ASEGURADORA, OTORGA A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ LA ANI, ENTIDAD ASEGURADA Y BENEFICIARIA, LOS AMPAROS ESPECIFICADOS EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA CON SUJECCIÓN, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE LA MISMA Y SIN EXCEDER EL CORRESPONDIENTE VALOR ASEGURADO, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN EL DECRETO 734 DE ABRIL 13 DE 2012, SEGÚN LAS DEFINICIONES Y ALCANCE QUE DE LOS RESPECTIVOS AMPAROS A CONTINUACIÓN SE ESTIPULAN:

- *Clausulado Oficial Entidades Estatales- Versión: Marzo de 2013 DCTO 734 (Liberty Seguros S.A)*
Liberty Seguros S.A. en adelante Liberty otorga a la entidad estatal contratante asegurada, sin exceder el valor asegurado, los amparos mencionados en la carátula de la presente póliza, de conformidad con lo previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, el contrato de seguro es de mera indemnización y jamás podrá constituir fuente de enriquecimiento, la indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero este deberá ser objeto de un acuerdo expreso. Esta póliza cubre los perjuicios directos con sujeción a las condiciones de la presente póliza, en su alcance y contenido, según las definiciones y condiciones generales que a continuación se estipulan.

Si bien las condiciones generales aportadas por la EP APC que obran entre los folios 119 y 125 corresponden a unas condiciones que tienen por título "Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANFI" 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 APC entre los folios 119 y 125 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".

Esta situación, en la que tanto el tomador como la aseguradora acuerdan sujetar el contrato de seguro a un clausulado general diferente al que le correspondería originalmente a la póliza, ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia y de la justicia arbitral. En varias ocasiones se ha concluido que el clausulado general al que las partes acuerden someterse en la carátula de la póliza prevalece sobre el clausulado general que, en principio, le correspondería al tipo de seguro contratado.

Así las cosas tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha expresado lo siguiente:

"Para la Sala, no ofrece duda que si las partes, de forma explícita, en desarrollo de su autonomía privada, han pactado como condiciones generales del seguro contratado, unas distintas de las depositadas en la Superintendencia Financiera, no es posible que el asegurador, con posterioridad pretenda que estas últimas prevalezcan sobre aquellas, así las convenidas se refieran a una modalidad de contrato diferente, como sería concertar las de un seguro de cumplimiento para entidades estatales, en lugar de las que regirían para un seguro de cumplimiento entre particulares, que fue lo que aquí aconteció.

(...)

Es cierto que primigeniamente dicho clausulado fue diseñado o concebido por la demandada para los seguros de cumplimiento relativos a contratos estatales, y que existe otro cuerpo de condiciones para el caso de negocios jurídicos entre particulares; pero como las partes, en uso de la prerrogativa concedida en el parágrafo del artículo 1047 del C. de Co. -en asocio de otras normas que refrendan su poder y libertad comercial, "expresamente acordaron" que serían aquellas y no éstas las condiciones generales a las que se sujetaría el contrato de seguro celebrado, no podía el sentenciador tener en cuenta unas distintas, pues al hacerlo, desconoció la voluntad claramente expresada por los contratantes (...)" (Subrayado fuera de texto).

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Por su parte la justicia arbitral ha determinado lo siguiente:

"Para empezar, lo común es que ese contenido aparezca dividido en condiciones generales, condiciones particulares y condiciones especiales. Las primeras son las estipulaciones básicas de operancia general en todas las pólizas de un mismo ramo o modalidad de seguro y en las cuales, entre otros aspectos, se define en sus rasgos básicos la extensión de la cobertura, se describe con detalle la clase de bienes sobre los que pueden recaer los intereses asegurables y se indican las circunstancias, situaciones u objetos que quedan excluidos de la garantía del asegurador, en forma absoluta o solamente en defecto de pacto en contrario; las condiciones particulares recosen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado v. desde esta dimensión particularizadora. se ocupan también de describir los riesgos cubiertos v de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general." (Subrayado es nuestro).

Tal y como se puede apreciar, las condiciones particulares que aparecen en la carátula de la póliza (por materializar la voluntad de las partes, pues es en ellas sobre las que se depositan los acuerdos, reafirmado en el hecho de ser el único documento suscrito por ambas partes), pueden determinar que clausulado general aplicar. En el caso en concreto, las partes que suscribieron la póliza de seguro No. 2358346, optaron voluntariamente por sujetarse al clausulado general denominado "Póliza de Cumplimiento a favor de Entidades Estatales" " Versión de marzo de 2013" y no a las allegadas a la Licitación que corresponden a las denominadas "Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI" de " Versión de enero de 2014".

*Al respecto, es importante destacar que el yerro de la EP APC es de tal magnitud que para corregirlo sería necesario que volviera a aportar nuevamente **la totalidad de la carátula de la póliza**, debido a que en cada uno de los folios 116,117 y 118 debidamente firmados por el tomador y la aseguradora consta con claridad que las condiciones generales a las que se sometió dicha póliza son las correspondientes a "Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734".*

*En otras palabras, para corregir la póliza, la aseguradora y el tomador tendrían prácticamente que suscribir una **modificación sustancial** al contrato de seguro de forma que se sustituyan totalmente las condiciones generales en él incluidas originalmente por otras condiciones (las del Apéndice Financiero 3) que difieren considerablemente en su contenido y alcance.*

En este contexto, es importante destacar que de acuerdo con el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en ejercicio de la facultad de presentar observaciones al informe de evaluación, "(...) los oferentes no podrán complementar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Esta regla fue plenamente ratificada en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 (aplicable a esta Licitación), que al respecto dispone:

"(...) En ningún caso la entidad podrá señalar taxativamente los requisitos o documentos subsanables o no subsanables en el pliego de condiciones, ni permitir que se subsane la falta de capacidad para presentar la oferta, ni que se acrediten circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso, así como tampoco que se adicione o mejore el contenido de la oferta" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En línea con lo anterior, el numeral 5.5 del Pliego estableció:

"(...) La Agencia podrá solicitar a los Oferentes las aclaraciones o explicaciones que estime necesarias para el estudio y evaluación de los factores de escogencia de las Ofertas, siempre y cuando ello no comporte una modificación, adición o mejora de la Oferta presentada, fijando un término perentorio para que el Oferente allegue su respuesta" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

*En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha destacado que la aplicación del principio de subsanabilidad **de ninguna forma** elimina la regla establecida en el numeral 6 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en*

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

virtud de la cual "Las propuestas deben referirse y **sujetarse a todos v cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones** (...). Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

"Tampoco se trata entonces de que por vía de la posibilidad de saneamiento, el oferente vaya estructurando y ajustando su propuesta a lo largo del proceso contractual -según vaya evolucionando su situación particular en el mismo, pues como se establece en el numeral 6º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, "las propuestas deben referirse y sujetarse a todos v cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones" -; y, por lo mismo, tampoco puede significar para el caso concreto de la consulta, que sea viable hacer ofrecimientos sin la garantía de seriedad que exige el mismo estatuto de contratación, pues la misma es consustancial a la oferta y constituye por tanto un requisito indispensable para participar en el proceso de selección (art.7º Ley 1150 de 2007) (Subrayado fuera de texto).

Así, bajo los lineamientos normativos antes expuestos, eventualmente se podría sustentar en el principio de subsanabilidad la posibilidad de que un proponente corrija una póliza que adolece de aspectos formales menores, **siempre y cuando** dicha póliza se ajuste a todos y cada uno de los puntos contenidos en el Pliego, tal y como el hecho **de** cumplir con el clausulado general expresamente exigido por la ANI. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la póliza aportada por la EP APC ni siquiera se sujetó a las **reglas mínimas** establecidas en el Pliego en relación con el clausulado general aplicable a la presente Licitación. De este modo, es evidente que en el caso que nos ocupa, la oferta presentada por la EP APC, NO se sujetó a los requisitos previstos en el numeral 1.5.1 del Pliego, que establecieron como parte integral los documentos de la Licitación las condiciones establecidas en el Apéndice Financiero 3. Así mismo, encontramos que en caso de que la EP APC realice una modificación sustancial al contrato de seguro aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza (o corrigiendo de cualquier forma el yerro 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.

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 APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

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

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado (a folios 119-125) NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2358346 presentada por la EP APC (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 (...)".

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. 2358346 allegada por la EP APC, póliza en la que únicamente se indica lo siguiente:

LA GARANTÍA DE SERIEDAD AMPARARÁ LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA EN CASO DE QUE EL OFERENTE EN LA PRESENTE LICITACIÓN PÚBLICA RESULTE ADJUDICATARIO DE LA MISMA. PARA LOS

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

EFFECTOS DE ESTE NUMERAL SE ENTENDERÁ QUE EXISTE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ADJUDICATARIO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS:

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. 2358346 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 APC 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.

Como lo explicamos y citamos previamente: "Las condiciones particulares recogen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado y, desde esta dimensión particularizadora, se ocupan también de describir los riesgos cubiertos y de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general (Subrayado fuera de texto).

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

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 119-125 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2358346 presentada por la EP APC (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". (...)

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 CONVOCATORIO 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. 2358346 allegada por la EP APC.

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. 2358346 aportada por la EP APC a folios 116- 118, no se indica que la póliza ampare los eventos relacionados con el hecho de haber manifestado ser MIPYME. En el Folio 116 de la oferta presentada se lee lo siguiente:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

OBJETO DE LA PÓLIZA:

GARANTIZAR LA SERIEDAD DE LA OFERTA PRESENTADA EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-010-2013 QUE TIENE COMO OBJETO EL OTORGAMIENTO DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN BAJO EL ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA PARA QUE EL CONCESIONARIO REALICE LA FINANCIACIÓN, CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL CORREDOR PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA (CÁQUEZA – CHOACHÍ – CALERA – SOPÓ Y SALITRE – GUASCA – SESQUILÉ – PATIOS – LA CALERA Y LÍMITE DE BOGOTÁ – CHOACHÍ), SEGÚN CORRESPONDA.

LA GARANTÍA DE SERIEDAD AMPARARÁ LOS PERJUICIOS OCASIONADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA EN CASO DE QUE EL OFERENTE EN LA PRESENTE LICITACIÓN PÚBLICA RESULTE ADJUDICATARIO DE LA MISMA. PARA LOS EFECTOS DE ESTE NUMERAL SE ENTENDERÁ QUE EXISTE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ADJUDICATARIO EN LOS SIGUIENTES ENVENTOS:

- (A) LA NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SIN JUSTA CAUSA, EN LOS TÉRMINOS Y DENTRO DE LOS PLAZOS Y CONDICIONES PREVISTOS EN EL PLIEGO DE CONDICIONES.
- (B) LA NO AMPLIACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO EN EL PLIEGO DE CONDICIONES PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN SE PRORROGUE O CUANDO EL TÉRMINO PREVISTO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO SE PRORROGUE.
- (C) LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR PARTE DEL SPV, DE LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO EXIGIDA POR LA ANI PARA AMPARAR EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO, CON EL LLENO DE LAS CONDICIONES Y REQUISITOS QUE CORRESPONDAN, SEGÚN LOS TÉRMINOS AQUÍ PREVISTOS Y CONFORME A LO REQUERIDO POR LA LEY.
- (D) EL NO CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL CONTRATO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL ACTA DE INICIO DE EJECUCIÓN.
- (E) EL RETIRO DE LA OFERTA DESPUÉS DE VENCIDO EL TÉRMINO FIJADO PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS.

El hecho de que las condiciones particulares del contrato de seguro No. 2358346 no se refieran, como amparo, a la "SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO: (...) 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 implica que las partes, en ejercicio de la voluntad contractual, derogaron este amparo que sí se encontraba en las condiciones generales expresamente requeridas por la ANI a través del Apéndice Financiero 3. Lo anterior acarrea que la EP APC 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.

Como lo explicamos y citamos en el punto anterior: "las condiciones particulares recogen aspectos concretos del seguro específicamente contratado en un caso dado y, desde esta dimensión particularizadora, se ocupan también de describir los riesgos cubiertos y de establecer los límites precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general." (Subrayado fuera de texto).

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

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 119-125 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2358346 presentada por la EP APC (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 119-125 no incluye el amparo de calidad del servicio expresamente requerido en el Apéndice Financiero 3, (ii) el clausulado que obra a folio 122 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 122-124 modifica la numeración prevista en el Apéndice Financiero 3.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

De acuerdo con la respuesta No. 129 dada por la ANI en la Matriz de Respuestas publicada el 11 de marzo de 2014 (que fue transcrita previamente), el clausulado general previsto en el Apéndice Financiero 3 de "Garantías y Seguros" es de obligatorio cumplimiento y su emisión debe sujetarse a la literalidad de dicho Apéndice.

No obstante lo anterior, observamos que el clausulado aportado por la EP APC a folios 119-125 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; 6. 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 APC NO INCLUYE el "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO" en los términos requeridos por la Apéndice Financiero 3. Así, a folios 121 y 122 de la oferta se evidencia lo siguiente:

su causa, sufridos por la obra entregada, imputables al contratista; así como los perjuicios sufridos por ésta, v que se deriven de: (i) La mala calidad o deficiencias técnicas de los bienes o equipos por él suministrados, de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato, o (ii) por el incumplimiento de los parámetros o normas técnicas establecidas para el respectivo bien o equipo. Este amparo comenzará su vigencia a partir de la expedición del acta de terminación de la fase de construcción, con la respectiva constancia de recibo a satisfacción por la ANI. EN TRATANDOSE OE LA COBERTURA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD OE LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO EXIGIDA PARA LA FASE DE OPERACIÓN, LA VIGENCIA DEL AMPARO INICIARA DESDE LA FIRMA OEL ACTA DE RECIBO FINAL DE DICHA FASE.

1.5. OTROS AMPAROS

Adicionalmente, en la medida en que fueren exigidos por la ANI dentro del pliego de Licitación, Liberty otorgará los amparos requeridos para cubrir los demás incumplimientos de obligaciones que la ANI considera deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato y que se definan en la carátula o en los anexos que se expidan a la presente póliza.

Como se puede apreciar, haciendo caso omiso de las instrucciones dadas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP APC omitió incluir lo correspondiente al "AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO", amparo que debía incluirse entre el cuarto amparo ("AMPARO DE ESTABILIDAD DE LAS OBRAS Y CALIDAD Y CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LOS BIENES Y EQUIPOS SUMINISTRADOS") y el sexto amparo ("OTROS AMPAROS") del clausulado aportado.

De este modo, contrario a lo dispuesto en el Apéndice Financiero 3, la EP APC "se saltó" del cuarto al sexto amparo sin incluir el quinto amparo ("AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO") expresamente requerido por la ANI. Así, es evidente que el clausulado aportado por dicha estructura plural entre los folios 119-125 no se ajusta al clausulado requerido por la ANI de acuerdo con el Apéndice Financiero 3.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Aspecto No. 2:

Por otro lado, haciendo caso omiso de las instrucciones impartidas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP APC 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. Así, a folio 122 de la propuesta se evidencia lo siguiente:

4.1. En el evento de caducidad: Una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y de contradicción del contratista y de Liberty, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 **de la Ley 1474 de 2011 y normas concordantes. La ANI proferirá el correspondiente acto administrativo** debidamente motivado, en la cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactado, o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar tanto al contratista como a LIBERTY el pago de los mismos. En tal eventualidad el acto administrativo constituye el siniestro. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como a Liberty.

4.2. Para hacer efectivo el pago de multas o de la cláusula pena. En caso de que deba hacerse efectivo el pago de multas o de la cláusula penal, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y de contradicción del contratista y de Liberty, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 **de la Ley 1474 de 2011 y normas concordantes. La ANI proferirá el correspondiente acto administrativo** debidamente motivado que declare el incumplimiento y mediante el cual impondrá la multa o hará efectiva la cláusula penal y ordenará el pago de la misma tanto al contratista como a LIBERTY. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como a Liberty.

4.3. En los demás eventos: En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y de contradicción del contratista y de Liberty, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 **de la Ley 1474 de 2011 y normas concordantes. La ANI proferirá el correspondiente acto administrativo** debidamente motivado en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactada, y a ordenar tanto al contratista como a LIBERTY el pago de la misma. Para estos eventos el acto administrativo constituye la reclamación. De conformidad con las normas legales el acto administrativo deberá ser notificado tanto al contratista como a Liberty.

Como se puede apreciar en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3, el clausulado general allegado por la referida estructura plural incluye el texto "de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011", texto que no hace parte del clausulado general ordenado por la ANI a través del Apéndice Financiero 3.

Finalmente, como se puede apreciar en los Folios 122-124, es decir, en todo el texto del clausulado general del seguro allegado por la EP APC, 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 APC 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 119-125 de su oferta, NO se ajusta a los requerimientos y coberturas previstas en el Apéndice Financiero 3.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Así, en línea con lo expuesto anteriormente, encontramos que en caso de que la EP APC realice una modificación sustancial al contrato de seguro (aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza) y/o a su clausulado y condiciones generales (aportando una nueva versión del clausulado), 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.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

1.1.5. LA SUCURSAL EN COLOMBIA DE ORTIZ CONSTRUCCIONES COMO TOMADOR DE LA PÓLIZA

Como lo ha reiterado la Superintendencia de Sociedades en numerosos conceptos, 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. En línea con lo anterior, en tanto que quien aparece como suscriptor de la Carta de Presentación de la Oferta es ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A directamente como empresa extranjera, no podría su sucursal en Colombia ser quien aparezca como "tomador" en la garantía de seriedad de la oferta allegada por la EP APC, sucursal que evidentemente no podría constituir el SPV de acuerdo con los compromisos asumidos en la carta de presentación de la oferta.

De acuerdo con las reglas previstas en el Código de Comercio en relación con las sucursales de sociedades extranjeras y en el marco de los distintos conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades en la materia, se ha identificado que 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.

Lo anterior ha sido reiterado en numerosos conceptos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que nos permitimos destacar el siguiente:

"Al respecto, me permito manifestarle que en efecto son muchos los pronunciamientos en los que la Superintendencia ha señalado que las sucursales de sociedades extranjeras no son personas jurídicas.

Así se pronunció en el oficio 220-07133 del 14 de Diciembre de 2005, en el que señaló lo siguiente: "No es jurídicamente viable que las mismas sean socios o accionistas en sociedades " y agrega que "éste Despacho se pronunció sobre el tema en mención en el oficio 220-065527 del 16 de diciembre de 2004, posición que confirmó en el oficio 220-014509 del 28 de marzo de 2005, en el que reiteró que las sucursales de sociedades extranjeras no son sociedades con personería jurídica independiente de la sociedad extranjera, tal y como se desprende del artículo 485 del Código de Comercio, que establece: "La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio" (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, en tanto que las sucursales de sociedades extranjeras no tienen personería jurídica propia, de ninguna forma pueden ser accionistas de sociedades comerciales o civiles en Colombia.

En línea con lo anterior, en tanto que quien aparece como suscriptor de la Carta de Presentación de la Oferta es ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A directamente como empresa extranjera, no podría su sucursal en Colombia ser quien aparezca como "tomador" en la garantía de seriedad de la oferta allegada por la EP APC, en tanto que como se expuso previamente, una sucursal de una sociedad extranjera no tiene capacidad jurídica para ser accionista del SPV.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

Así, el literal "a" del numeral 3.8.2 del Pliego señala lo siguiente: "la póliza de seguros deberá ser expedida por una compañía de seguros autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para funcionar en Colombia, a cargo del Oferente y a cada uno de sus miembros en caso de que se trate de una Estructura Plural v en favor de la ANI, con indicación del número y objeto de la Licitación pública" (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, en tanto que el proponente que participe en la Licitación sea ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A directamente y no a través de su sucursal en Colombia, en el marco del referido numeral del Pliego, el tomador de la garantía de seriedad de la oferta no puede ser su sucursal en Colombia.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

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

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.

Debido a que la EP APC no aportó el certificado de reciprocidad expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores en relación con la sociedad española ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A, no se acreditó para efectos de la Licitación que dicha empresa pueda ser objeto de trato nacional. Por lo anterior, es claro que la EP APC no debió beneficiarse con los 100 puntos que le fueron otorgados por concepto de apoyo a la industria nacional en el Informe de Evaluación.

De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 816 de 2003, algunas de las principales finalidades del legislador con la expedición de dicha norma fueron las siguientes:

"El proyecto está diseñado con base en los siguientes elementos:

- 1. Restaurar el equilibrio en la participación de proveedores nacionales y extranjeros en las licitaciones públicas. El régimen establecido por la Ley 80 de 1993, contiene algunas normas cuyo efecto en la práctica ha sido el facilitar la participación de bienes y servicios de origen extranjero, colocando en condiciones de desventaja a los proveedores nacionales, efecto que es necesario corregir.*

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

2. *Establecer un factor de escogencia que apoye a la industria nacional, de manera que se conceda un puntaje adicional de entre 5 y 10% del total señalado en los pliegos de condiciones, a las ofertas, sean nacionales o extranjeras, que incorporen componente colombiano en bienes y servicios, así como condiciones para la transferencia tecnológica. El artículo no es discriminatorio por cuanto establece el mismo tratamiento para los proveedores nacionales o extranjeros, a quienes se les presenta la oportunidad de integrar a sus ofertas, componente nacional.*
3. *Introducir mayor claridad para la aplicación del principio de reciprocidad en la medida en que determina que el mismo solamente es aplicable a los países con los que Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras del sector público o a aquellos en los cuales se otorgue tratamiento nacional a los bienes y servicios colombianos, lo cual se acreditará mediante un informe de la respectiva Misión Diplomática Permanente Colombiana, que se deberá acompañar a la documentación correspondiente en cada caso. (...)" (Subrayado fuera de texto).*

En línea con lo anterior, el párrafo del artículo 1 de la Ley 816 de 2003 (Modificado por el artículo 51 del Decreto 19 de 2012) señala que se le otorgará tratamiento de bienes y servicios nacionales exclusivamente 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 (bajo el principio de reciprocidad).

Lo anterior consta en los siguientes términos:

"Párrafo. 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" (Subrayado fuera de texto).

Es importante señalar que el anterior párrafo guarda total coherencia con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993 que en relación con el principio de reciprocidad dispone:

"ARTICULO 20. DE LA RECIPROCIDAD. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y 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.

PARAGRAFO 1°. El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

PARAGRAFO 2°. Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este párrafo" (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, el Decreto 734 de 2012 definió los bienes y servicios de origen nacional en los siguientes términos:

"Artículo 4.2.1. Bienes de Origen Nacional. Para los efectos del artículo 21 de la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que establezcan condiciones de favorabilidad a las ofertas de bienes de origen nacional, se tendrán en cuenta los

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

critérios establecidos por el Gobierno Nacional para calificar los Bienes Nacionales para el Registro de Productores de Bienes Nacionales establecidos en el Decreto número 2680 de 2009.

Artículo 4.2.2. Servicios de origen nacional. Para los efectos de la aplicación del párrafo 1º del artículo 21 de la Ley 80 de 1993, son servicios de origen nacional aquellos prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia " (Subrayado fuera de texto).

Como se puede identificar, 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 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 aplicar el principio de reciprocidad antes mencionado.

Es importante destacar que 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. Lo anterior se extrae con claridad de los artículos 98 y 469 del Código de Comercio que al respecto disponen:

"ARTÍCULO 98. <CONTRATO DE SOCIEDAD - CONCEPTO - PERSONA JURÍDICA DISTINTA>. Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados"

"ARTÍCULO 469. <DEFINICIÓN DE SOCIEDAD EXTRANJERA>. Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior". (Subrayado fuera de texto).

En este contexto, tratándose de sociedades extranjeras NO constituidas en Colombia que busquen obtener un trato nacional en procesos de selección adelantados por entidades estatales en Colombia, el artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 estableció las siguientes alternativas/condiciones:

"Artículo 4.2.6. Cumplimiento de la reciprocidad. A efectos de lo establecido en el párrafo 2º del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y el párrafo del artículo 1º de la Ley 816 de 2003 modificado por el artículo 51 del Decreto ley 019 de 2012, 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:

- a) Que Colombia haya negociado trato nacional en materia de compras estatales con dicho país, o*
- b) Que en el país del proponente extranjero. con el que no se hubiere negociado trato nacional, las ofertas de bienes v servicios colombianas, reciban el mismo tratamiento otorgado a sus bienes y servicios nacionales".*

La acreditación del trato nacional otorgado a bienes y servicios nacionales en países con los cuales Colombia ha negociado trato nacional en materia de compras públicas se realizará mediante certificación expedida por el Director de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, la cual contendrá lo siguiente: (i) Lugar y fecha de expedición de la certificación; (ii) Número y fecha del Tratado; (iii) Objeto del Tratado; (iv) Vigencia del Tratado, y (v) Proceso de selección al cual va dirigido. En ausencia de negociación de trato nacional, la certificación deberá indicar si existe trato nacional en virtud del principio de reciprocidad. En el último caso, el Ministerio de Relaciones Exteriores solicitará la publicación en el Secop de las certificaciones referidas y de mantener dicha información actualizada coordinadamente con la Agencia Nacional de Contratación Pública, Colombia Compra Eficiente.

Parágrafo. La información sobre los acuerdos comerciales suscritos por Colombia estará disponible \ en el Secop en los términos previstos en el artículo 8.1.17 del presente decreto " (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, con base en las anteriores disposiciones es claro que los servicios prestados por sucursales de sociedades extranjeras NO se consideran servicios nacionales (según la definición del Decreto 734 de 2012). Al

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

respecto, es importante recordar el hecho de una sucursal de sociedad! extranjera es una establecimiento de comercio que NO CREA una persona jurídica independiente! de Ja sociedad extranjera como tal.

Lo anterior ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que se destaca el siguiente:

"Es un pilar fundamental de la estructura jurídica que únicamente de las personas naturales o jurídicas, se predica la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones (artículo 633 C.C.J. En consecuencia, la sucursal de sociedad extranjera al ser un establecimiento de comercio mediante el cual actúa aquella per se no puede ser titular de derechos en calidad de asociado, sino que lo será el ente al cual se le reconoce personería jurídica, es decir, la sociedad extranjera" (Subrayado fuera de texto).

Así, en el evento en que una sucursal de sociedad extranjera quiera obtener el puntaje otorgado por concepto de apoyo a la industria nacional otorgado en procesos de selección adelantados por entidades estatales en Colombia, el país de origen de la sociedad extranjera que constituyó la sucursal debe haber suscrito un tratado con Colombia, o en caso de no haberlo suscrito, deberá acreditar por medio del certificado requerido en el numeral 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 que los bienes y servicios ofrecidos por los proponentes colombianos son tratados como nacionales en su país de origen.

En este punto, cabe destacar que el numeral 4.2.6 EN NINGÚN MOMENTO exige 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, deberán acreditar que son objeto de trato nacional bajo los lineamientos del numeral 4.2.6 del referido decreto.

En el contexto de lo anterior, el numeral 1.11 del Pliego destaca que la Licitación que aquí nos ocupa se encuentra plenamente regulada por las reglas previstas en el Decreto 734 de 2012. Así, los numerales 4.4.1 y 4.4.2 del Pliego (modificados por la Adenda 11) transcribieron las reglas antes expuestas en relación con el apoyo a la industria nacional y el principio de reciprocidad de la siguiente forma:

"4.4. INCENTIVO A LA INDUSTRIA NACIONAL Y RECIPROCIDAD

4.4.1. De conformidad con la Ley 80 de 1993, 816 de 2003 y Decreto 734 de 2012 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.

4.4.2. 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.

4.4.3. La información para acreditar reciprocidad en el evento que un Oferente Extranjero sin sucursal o domicilio en Colombia pretenda recibir trato nacional de conformidad con el numeral 4.4.2 de este Pliego de Condiciones será la que corresponda a la publicada en SECOP.

4.4.4 En caso que la información que trata el numeral 4.4.3 anterior no esté publicada en SECOP, el Oferente deberá aportarla en su oferta, en caso de no hacerlo, no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos para el caso del subcriterio 1" (Subrayado fuera de texto).

Como se puede observar, el numeral 4.4.1 del Pliego en línea con lo dispuesto en el numeral 4.2.2 del Decreto 734 de 2012 señaló que únicamente se consideraran Oferentes de bienes y servicios nacionales

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia. Esta regla se ve reflejada en el numeral 6.6.1 del Pliego en el que se establece como "subcriterio 1" para otorgar puntaje por concepto del apoyo a la industria nacional lo siguiente:

La totalidad de la estructura plural o proponente individual debe cumplir y ser:

Personas naturales nacionales, personas naturales extranjeras residentes en Colombia, o personas jurídicas nacionales o con sucursal en Colombia:

Personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia o las personas naturales extranjeras no residentes en el país que hayan acreditado la reciprocidad, así como las Estructuras Plurales integradas por dichas personas" (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, el numeral 4.4 del Pliego (modificado por la Adenda 14) señaló que la información para acreditar reciprocidad será la que corresponda en SECOP.

Así, con base en el país de constitución del proponente o miembro del proponente y en el hecho de que Colombia haya suscrito tratado o no con dicho país o que no habiéndose suscrito tratado, exista reciprocidad, la ANI debe decidir si le otorga los 100 puntos al proponente por este concepto o no.

En relación con el origen de los proponentes que participaron en la Licitación que nos ocupa, el Informe de Evaluación indica que el origen de ORTIZ CONSTRUCCIONES S.A. es España (incluye el cuadro de información que consta en dicho informe)

No obstante lo anterior, al analizar los documentos de la oferta allegada por la EP APC, encontramos que dicho proponente NO aportó el certificado requerido en el numeral 4.2.6 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 4.4.4 del Pliego para efectos de que su integrante ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A pudiera obtener un trato nacional en la presente Licitación. Cabe señalar que en tanto con España existe un tratado internacional vigente con un capítulo de compras públicas en materia de contratación estatal (TLC - Unión Europea), era obligatorio que el proponente EP APC aportará el referido certificado debidamente expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores si quería obtener los 100 puntos correspondientes al criterio apoyo a la industria nacional.

Así, tal y como lo señala el numeral 4.4 del Pliego, "En caso que la información que trata el numeral 4.4.3 anterior no esté publicada en SECOP, el Oferente deberá aportarla en su oferta, en caso de no hacerlo, no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos para el caso del subcriterio 1" (Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, en tanto que la EP APC no acreditó el trato nacional bajo la prestación de servicios nacionales en los términos del numeral 6.6.1 del Pliego, ni aportó el Anexo 11 mencionado en dicho numeral, le solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido de retirar los 100 puntos asignados a la EP APC por concepto del apoyo a la industria nacional.

1.1.7. ALCANCE DEL ACTA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.

De acuerdo con el texto del acta que obra a folios 17-19 de la oferta presentada por la EP APC, ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A únicamente contó con la autorización de su Consejo de Administración para participar en la LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-011-2013 correspondiente al proyecto "Cartagena- Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad". De este modo, de acuerdo con el

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

referido documento, este proponente y sus representantes no contaron con capacidad jurídica para participar en la Licitación Pública que aquí nos ocupa.

El numeral 3.2.2 (a) (i) del Pliego señala lo siguiente:

"(i) Autorizaciones, aprobaciones y/o ratificaciones necesarias por parte de los Órganos Sociales Competentes de las personas jurídicas cuando las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (literal h del literal 3.4.5 de la Invitación a Precalificar) del miembro de la estructura plural o manifestante individual estuvieran limitadas solo a las actuaciones de la Precalificación. En los eventos anteriores deberá entregarse: 1) un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública o 2) en el caso de apoderado para actuar en Colombia por quien corresponda según los estatutos de la persona jurídica la autorización para que el apoderado adelante todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública. En caso que el representante legal del miembro de la Estructura Plural o manifestante individual no tengan limitaciones estatutarias para presentar ja oferta y actuar en la Licitación Pública no se requerirá dicha autorización. Lo mismo sucede, en el caso que las facultades entregadas al apoderado para actuar en Colombia en la Precalificación incluyan las actuaciones en la Licitación Pública" (Subrayado fuera de texto).

En el marco de lo anterior, la EP APC allegó a folios 17- 20 una certificación de un Acta de Consejo de Administración de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A realizada el 6 de mayo de 2014 (el "ACTA"). Si bien en los temas del orden del día previstos en dicha ACTA se observa que se iba adoptar la decisión en relación con la participación en la Licitación que aquí nos ocupa, en la decisión final adoptada que obra en dicha ACTA (Ver folio 18) es claro que la autorización otorgada se restringe exclusivamente a la LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-011 - 2013 correspondiente al proyecto "Cartagena- Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad".

Lo anterior se observa en la siguiente imagen del folio 18 de la oferta (inserta imagen del citado folio).

En este orden de ideas, es claro que ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A en calidad de integrante de la EP APC no contó con capacidad jurídica para participar en la Licitación que aquí nos ocupa, en tanto que las autorizaciones corporativas otorgadas por su órgano social fueron otorgadas exclusivamente para la LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-011-2013 correspondiente al proyecto "Cartagena- Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad".

Así mismo, los representantes legales de la sucursal de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A no contaron con capacidad para suscribir los documentos relacionados con la Licitación, en tanto que su capacidad fue expresamente restringida a la LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-011-2013. Lo anterior se observa en el folio 18 de la oferta (inserta imagen del citado folio)

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en los proceso de selección, de tal forma que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta y que la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

"La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si "quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta ", condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...)

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma: (...) (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación (ni tampoco sus representantes), solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HABIL la oferta presentada por la EP APC.

1.1.8. OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON EL CUPO DE CRÉDITO GENERAL

Como se explicó previamente, las sucursales de sociedades extranjeras no tienen capacidad jurídica para constituir sociedades comerciales en Colombia en calidad de accionistas. De este modo, de acuerdo con la carta de presentación de la oferta, entendemos que el integrante de la EP APC es ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A en su calidad de sociedad extranjera y no su sucursal en Colombia. No obstante lo anterior, la EP APC aportó un cupo de crédito a nombre de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A SUCURSAL COLOMBIA, tal y como obra a folio 160 de la correspondiente oferta.

La Adenda 5 publicada por la ANI en la Licitación reguló los requisitos del Cupo de Crédito General en los siguientes términos:

"5. Modifíquese el Subnumeral 3.10.1 del numeral 3.10 del Pliego de Condiciones denominado "Cupo de Crédito", el cual quedará así:

3.10.1 Cupo de crédito general: La Agencia Nacional de Infraestructura- ANI- con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta, requiere que los Precalificados alleguen una certificación de cupo de crédito general, bajo los siguientes términos:

(a) Una certificación de aprobación de cupo de crédito general, en las siguientes condiciones: (i) por una cuantía no inferior a CIENTO VEINTINUEVE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES DE PESOS de 3i de diciembre de 2012 (\$ 129.353.000.000) (ii) debe ser presentada de conformidad con el Anexo 14 de este pliego de condiciones, (iii) por una vigencia no inferior a un año y medio contado a partir de cierre de la presente Licitación, (iv) debe ser presentada con la oferta, y (v) suscrita por un representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un sindicato de Bancos Aceptables, (vi) otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Proponente individual. Máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural y dos (2) cupos de crédito en caso de proponente individual y (vii) con fecha de expedición no mayor a 60 días antes de la fecha de cierre de la Licitación". En el marco de lo anterior, es importante recordar que una sucursal de sociedad extranjera es una establecimiento de comercio que NO CREA una persona jurídica independiente de la sociedad extranjera como tal. Lo anterior ha sido reiterado en numerosos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, entre los que se destaca el siguiente:

"Es un pilar fundamental de la estructura jurídica que únicamente de las personas naturales o jurídicas, se predica la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones (artículo 633 C.C.). En consecuencia, la sucursal de sociedad extranjera al ser un establecimiento de comercio mediante el cual actúa aquella per se no puede ser titular de derechos en calidad de asociado, sino que lo será el ente al cual se le reconoce personería jurídica, es decir, la sociedad extranjera" (Subrayado fuera de texto).

En este contexto, de acuerdo con la carta de presentación de la oferta, entendemos que el integrante de la EP APC es ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A en su calidad de sociedad extranjera y no su sucursal en Colombia. No obstante lo anterior, la EP APC aportó un cupo de crédito a nombre de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A SUCURSAL COLOMBIA, tal y como obra a folio 160 de la correspondiente oferta (...)

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

En este orden de ideas, encontramos que el cupo de crédito general aportado por la EP APC no se ajusta a los requerimientos del Pliego en tanto que fue otorgado a un establecimiento de comercio que no corresponde al miembro de la estructura plural indicado en la carta de presentación de la oferta allegada por dicho proponente.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP APC.

1.1.9. OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

Tanto el Pliego como las respuestas emitidas por la ANI en el marco de la Licitación fueron claras en señalar que únicamente era posible designar un (1) solo apoderado común, sin perjuicio de que se pudieran designar uno o varios suplentes del mismo. No obstante la claridad de las anteriores reglas, la EP APC designó dos apoderados comunes en su carta de presentación de la oferta. Adicional a lo anterior, la EP APC no incluyó una dirección para notificaciones electrónicas en su carta de presentación de la oferta según esto fue requerido en el formato del Anexo 2 publicado por la ANI.

El numeral 1.4.9 del Pliego define al Apoderado Común en los siguientes términos:

"1.4.9, "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 3.2. l(b) de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, el literal "b" del numeral 3.2.2 del Pliego señala lo siguiente:

"(b) Facultades del Apoderado Común. En la Carta de presentación de la oferta los miembros de la Estructura Plural del Oferente autorizarán al Apoderado Común para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública en los términos de los numerales 1.4.9 de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto).

En relación con la designación del Apoderado Común, en las respuestas a las observaciones publicadas el 23 de mayo de 2014 por la ANI, dicha entidad manifestó lo siguiente:

OBSERVACIÓN REALIZADA: *"En relación con el Anexo 2 Carta de Presentación de la Oferta agradecemos responder lo siguiente: a) Entendemos que el Apoderado Común es una persona designada en la Carta de Presentación que en todo caso podrá ser reemplazada por uno o varios suplentes que podrán ser identificados en la misma carta de presentación de la oferta. Favor confirmar nuestro entendimiento. (...) (Subrayado fuera de texto)*

RESPUESTA ANI: *a) No existe ninguna restricción en el Pliego de Condiciones para que el Apoderado Común cuente con uno o varios suplentes. En consecuencia, los Oferentes podrán designar el número de suplentes que consideren pertinentes en el Anexo 2, siempre que los mismos sean designados cumpliendo con los mismos requisitos exigidos por el Pliego para el Apoderado Común principal. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En este contexto, tanto el Pliego como las respuestas emitidas por la ANI fueron claras en señalar que únicamente era posible designar un (1) solo apoderado común, sin perjuicio de que se pudieran designar uno o varios suplentes del mismo.

No obstante la claridad de la anterior regla, la EP APC designó dos apoderados comunes en la carta de presentación de la oferta que obra a folio 5 (...)

En este orden de ideas, es claro que la designación de dos apoderados comunes efectuada por la EP APC es evidentemente contraria a las reglas establecidas en el Pliego y a lo señalado por la ANI en reiteradas respuestas.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Adicional a lo anterior, el formato publicado por la ANI para la presentación de la oferta - Anexo 2-, expresamente requirió que en la parte de notificaciones se incluyera una dirección de correo electrónico. Lo anterior se observa en la siguiente imagen del Anexo 2 publicado por la ANI:

(n) Que designamos como apoderado común de todos los Integrantes de la Estructura Plural a [insertar nombre del apoderado común] 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: Insertar dirección física y electrónica. • [Obligatorio únicamente en caso de Estructuras Plurales].

No obstante lo anterior, en la referida sección de la carta de presentación de la oferta presentada por la EP APC no se incluyó una dirección electrónica de notificaciones. Al respecto, es importante recordar que de acuerdo con el numeral 1.5.2 del Pliego, "Todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo".

Teniendo en cuenta lo anteriores aspectos de la carta de presentación de la oferta que no se ajustan a los requerimientos establecidos en el Pliego, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP APC.

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

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 APC (ver folio 69) incluyó en calidad de "garantizado" a VALORES Y CONTRATOS S.A, cuando dicha compañía NO acreditó experiencia en inversión ni 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 APC únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Garantía en su oferta.

El numeral 3.5 del Pliego señala que "El Oferente deberá aportar junto con su Oferta el Acuerdo de Garantía suscrito en los términos y condiciones incluidos en el Anexo 3 de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto). En la misma línea, el numeral 1.5.2 del Pliego dispone que "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).

A folio 69 de la oferta presentada por la EP APC se observa que se incluyó como "garantizado" del Acuerdo de Garantía ("Anexo 3") a VALORES Y CONTRATOS S.A. Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio (inserta imagen del folio).

Al respecto, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo indica lo siguiente: "El Acuerdo de garantía debe ser entendido y analizado con los demás documentos que conforman los documentos

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

contractuales. En efecto, en la carta de presentación de la manifestación de interés se indicó quienes son los líderes de la estructura, quienes aportaron capacidad financiera y su porcentaje de participación en la estructura, y con la carta de presentación de la oferta se actualiza y confirman dichos miembros y porcentajes de participación. En esa medida, no es necesario volver a incluir los porcentajes de participación de los miembros de la estructura en el Acuerdo de Garantía cuando ya están en otros documentos contractuales. Además, con los documentos anteriores también se puede establecer a quien el garante está respaldando. El Acuerdo de Garantía diferencia entre Deudor Garantizado v garantizado, para referirse en el primer término al SPV, y el segundo para el miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera. Por consiguiente, su observación no procedente, ya que están claramente diferenciados en el Acuerdo" (Negrilla y subrayado fuera de texto)."

En este orden de ideas, es claro que el "garantizado" que debía incluirse en el Acuerdo de Garantía era cada uno de los miembros de la correspondiente estructura plural que hubieran acreditado en la precalificación experiencia en inversión o capacidad financiera.

Particularmente para el caso de la EP APC, tal y como obra en el "Informe de Evaluación de Requisitos de Capacidad Jurídica, Capacidad Financiera y Experiencia en Inversión" de la Invitación a Precalificar No. VJ - VE - IP - 010 - 2013, KMA CONTRUCCIONES S.A., ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL COLOMBIA y EQUIPO UNIVERSAL S.A tuvieron la calidad de "Líder" y acreditaron experiencia en inversión y capacidad financiera. Por lo tanto, en el Acuerdo de Garantía no podía figurar VALORES Y CONTRATOS S.A como "garantizado".

Adicionalmente, es importante destacar que el formato del Acuerdo de Garantía publicado en su versión final por la ANI señala lo siguiente en su última página:

"Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil catorce (2014) en tres (i) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Respaldado" (Subrayado fuera de texto).

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Garantía con sus respectivas ofertas.

No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP APC, adicional al hecho de haber aportado un Acuerdo de Garantía indebidamente diligenciado (en relación con los "garantizados"), NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HABIL la propuesta presentada por la EP APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Garantía.

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

El formato del Acuerdo de Permanencia- Anexo 4- publicado por la ANI contenía un espacio en blanco para diligenciar la información de notificaciones del SPV una vez este sea constituido. No obstante lo anterior, a folio 77 de la oferta presentada por la EP APC no se dejó el anterior espacio en los términos requeridos en el Anexo 4.

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 APC únicamente aportó un ejemplar del Acuerdo de Permanencia en su oferta.

El formato del Acuerdo de Permanencia- Anexo 4- publicado por la ANI contenía un espacio en blanco para diligenciar la información de notificaciones del SPV una vez este sea constituido. (Inserta imagen del Anexo 4)

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

No obstante lo anterior, a folio 77 de la oferta presentada por la EP APC no se dejó el anterior espacio en los términos requeridos en el Anexo 4.

Adicionalmente, es importante destacar que el formato del Acuerdo de Permanencia publicado en su versión final por la ANI señala lo siguiente en su última página:

Para constancia, se firma en la ciudad de [incluir], a los [incluir] días del mes de [incluir] de dos mil trece (2013) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura y los Integrantes.

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Permanencia con sus respectivas ofertas. Así, dicho numeral indica "Todos los formatos del pliego de condiciones presentados por los precalificados deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada formato o anexo".

No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP APC, adicional al hecho de haber aportado un Acuerdo de Permanencia suscrito de forma incompleta (en relación con la dirección de notificaciones del SPV), NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Permanencia.

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

La EP APC no aportó la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerida por la ANI a través de la Adenda 14.

En la Adenda 14 publicada por la ANI, dicha entidad señaló lo siguiente:

4. Modifíquese el numeral 3.9 PACTO DE TRANSPARENCIA, el cual quedará así:

De conformidad con el literal q) del Pacto de Transparencia los Oferentes que lo hayan suscrito y entregado a la Entidad, presentaran una declaración que indiquen que están cumpliendo con lo señalado en dicho literal. Esta declaración deberá ser suscrita por el Apoderado común.

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.

Al respecto, luego de revisar la oferta presentada por la EP APC, no encontramos que dicho proponente haya aportado de la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerida por la ANI a través de la Adenda 14.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido de declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP APC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Pacto de Transparencia.

2. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 4 ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

2.1. INSUFICIENTE CAPACIDAD JURÍDICA DE CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV

La autorización otorgada por el Consejo de Administración de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV no comprende el alcance requerido en los Pliegos de la Licitación y, por lo tanto, dicho integrante de la EP IVC no contó con la capacidad jurídica necesaria para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (a) (i) del Pliego.

El numeral 3.2.2 (a) (i) del Pliego señala lo siguiente:

"(i) Autorizaciones, aprobaciones y/o ratificaciones necesarias por parte de los Órganos Sociales Competentes de las personas jurídicas cuando las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (literal h del literal 3.4.5 de la Invitación a Precalificar) del miembro de la estructura plural o manifestante individual estuvieran limitadas solo a las actuaciones de la Precalificación. En los eventos anteriores deberá entregarse: 1) un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública o 2) en el caso de apoderado para actuar en Colombia por quien corresponda según los estatutos de la persona jurídica la autorización para que el apoderado adelante todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública. En caso que el representante legal del miembro de la Estructura Plural o manifestante individual no tengan limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública no se requerirá dicha autorización. Lo mismo sucede, en el caso que las facultades entregadas al apoderado para actuar en Colombia en la Precalificación incluyan las actuaciones en la Licitación Pública" (Subrayado fuera de texto).

En el marco de lo anterior, la EP IVC allegó a folios 20-31 la protocolización del Acta de Sesión del Consejo de Administración de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV (el "ACTA 1"). Por medio de esta acta, el Consejo de Administración autorizó la participación de la sociedad en la presente Licitación y designó tres apoderados para suscribir todos los documentos pertinentes (JESÚS ESCOBAR NEUMAN, RAFAEL MENDEZ MARROQUÍN y MARTÍN VELAZQUEZ LANUZA).

Al analizar el texto del ACTA 1, se observa que el alcance de la autorización otorgada no comprende el objeto expresamente establecido los Pliegos. (Inserta imagen del folio 24)

Alcance de las obras que hacen parte del objeto de la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013: Otorgamiento de un contrato de concesión bajo el esquema de asociación público privada para que el Concesionario realice la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Perimetral de Cundinamarca (Cáqueza - Choachí - Calera Sopo y Salitre - Guasca - Sesquillé, Panos-La Calera y Limite de Bogotá- Choachí), según corresponda.

Como se puede observar, la autorización otorgada en el ACTA 1 señala que el objeto de la Licitación en relación con el Corredor Perimetral de Cundinamarca se limita a los tramos "Cáqueza- Choachí- Calera-Briceño y Bogotá - Calera". No obstante, el Pliego establece que el objeto de la Licitación en relación con el Corredor Perimetral de Cundinamarca comprende los siguientes tramos: "Cáqueza - Choachí - Calera - Sopo y Salitre - Guasca - Sesquillé, Patios-La Calera y Limite de Bogotá- Choachí" (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la autorización otorgada por el Consejo de Administración de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV no comprende el alcance requerido en los Pliegos de la Licitación y, por lo tanto, es claro que dicho integrante de la EP IVC no contó con la capacidad jurídica necesaria para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en los proceso de selección, de tal forma que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta y que la falta de capacidad del proponente es un defecto

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

de carácter insubsanable que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

"La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si "quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta", condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección y consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...)

La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma; (...) "(Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación (ni tampoco sus representantes), solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HABIL la oferta presentada por la EP IVC.

2.2. INSUFICIENTE CAPACIDAD JURÍDICA DE LATINCO S.A.

La EP IVC no aportó el Acta de Junta Directiva de LATINCO S.A que autorizará al Presidente Corporativo de la compañía a comprometerse en los documentos de la oferta a constituir el SPV (carta de presentación de la oferta), por lo que dicho miembro de la EP IVC no contó con la capacidad jurídica necesaria para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego. De hecho, tal y como se observa en el Acta de Junta Directiva allegada por dicho proponente en la Manifestación de Interés, es claro que la autorización otorgada por dicho órgano social estuvo restringida a los procesos de precalificación.

El numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego señala lo siguiente:

"(i) Autorizaciones, aprobaciones y/o ratificaciones necesarias por parte de los Órganos Sociales Competentes de las personas jurídicas cuando las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (literal h del literal 3.4.5 de la Invitación a Precalificar) del miembro de la estructura plural o manifestante individual estuvieran limitadas solo a las actuaciones de la Precalificación. En los eventos anteriores deberá entregarse; 1) un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública o 2) en el caso de apoderado para actuar en Colombia por quien corresponda según los estatutos de la persona jurídica la autorización para que el apoderado adelante todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública. En caso que el representante legal del miembro de la Estructura Plural o manifestante individual notengan limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública no se requerirá dicha autorización. Lo mismo sucede, en el caso que las facultades entregadas al apoderado para actuar en Colombia en la Precalificación incluyan las actuaciones en la Licitación Pública" (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el certificado de existencia y representación que obra a folio 218 de los documentos aportados en la Manifestación de Interés por la EP IVC, corresponde a la Junta Directiva de LATINCO S.A autorizar la constitución de empresas de cualquier tipo tal y como se observa a continuación:

(...)

Así, dicho certificado (ver folio 215 de la Manifestación de Interés) señala que las facultades del Presidente Corporativo estarán sujetas a las órdenes e instrucciones de la asamblea de accionistas y de la Junta Directiva en los siguientes términos:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

(...)

En línea con lo anterior, a folios 222 a 225 de la Manifestación de Interés allegada por la EP IVC, la Junta Directiva de LATINCO SA autorizó a los representantes de la sociedad a participar en los siguientes procesos de precalificación bajo cualquier esquema de asociación plural:

(...)

Como se puede observar en las anteriores imágenes, las autorizaciones corporativas otorgadas por la Junta Directiva a los representantes legales de LATINCO S.A. estuvieron restringidas exclusivamente a los procesos de precalificación.

Así, para efectos de participar en la Licitación y en aras de contar con las facultades exigidas en los Pliegos (que incluyen la facultad de constituir el SPV), el Presidente Corporativo de LATINCO S.A requería la autorización expresa de la Junta Directiva. No contar con la anterior autorización, no le permitió al Presidente Corporativo haberse comprometido con la constitución del SPV cuando suscribió la carta de presentación de la oferta allegada por la EP IVC.

En este contexto, al analizar los documentos aportados por la EP IVC en su oferta, NO encontramos que dicho proponente haya aportado el Acta de Junta Directiva que autorizara al Presidente Corporativo de LATINCO S.A a comprometerse con las declaraciones exigidas en los Pliegos (incluyendo el compromiso de constituir el SPV). De este modo, es evidente que al no haber aportado el Acta de Junta Directiva, el Presidente Corporativo de LATINCO S.A careció de capacidad jurídica para suscribir los documentos de la oferta como integrante de la EP IVC.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en los procesos de selección, de tal forma que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta y que la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

"La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si "quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero comercial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta", condición que, además debe probarse; es decir, la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección v consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...)

La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma: (...)" (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que LATINCO S.A no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación (a través de su Presidente Corporativo), solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP IVC.

2.3. EL OBJETO SOCIAL DE ESTYMA NO SE AJUSTA A LOS REQUERIMIENTOS DEL PLIEGO

Al analizar el objeto social de ESTYMA S.A se observa que el mismo no incluye o permite desarrollar el objeto de la Licitación en los términos requeridos en el numeral 3.2.2 del Pliego. De este modo, ESTYMA

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

S.A careció de capacidad jurídica para haber participado como Miembro Nuevo de la EP IVC en la Licitación.

El objeto de la Licitación establecido en el Pliego es el siguiente:

"Otogamiento de un contrato de concesión bajo el esquema de asociación público privada para que el Concesionario realice la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Perimetral de Cundinamarca (Cáqueza - Choachí - Calera Sopo y Salitre - Guasca - Sesquillé, Patios-La Calera y Limite de Bogotá- Choachí), según corresponda".

En relación con el alcance del objeto social de los Miembros Nuevos de las estructuras plurales, el numeral 3.2.2 del Pliego modificado por la Adenda 7 señaló lo siguiente: "2. Modifíquese el literal (c) i) 3 del subnumeral 3.2.2 del numeral 3.2 VERIFICACIÓN DE REQUISITOS HABILITANTES, el cual quedará así:

3. El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Licitación Pública y la ejecución del Proyecto".

Como se puede observar, el objeto social de los Miembros Nuevos debía permitir expresamente desarrollar el objeto de la Licitación. Al analizar el objeto social contenido en el certificado que obra a folio 38 de la oferta presentada por la EP IVC en relación con el miembro ESTYMA S.A se observa lo siguiente: (...)

Como se puede observar, el objeto social de ESTYMA S.A no comprende las siguientes actividades que hacen parte integral del objeto de la Licitación: (i) financiamiento, (ii) rehabilitación, (iii) mejoramiento, (iv) operación y (v) mantenimiento de vías.

Es importante señalar que de acuerdo con el artículo 99 del Código de Comercio, aplicable en este caso por expresa remisión del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, "¿o capacidad de la sociedad se **circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto**" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha emitido diversos pronunciamientos donde ha fijado su posición sobre el particular, entre los cuales tenemos el Oficio 220-18228 del 30 de marzo de 1999, que en los apartes pertinentes expresa:

"En relación con el lema que motiva su solicitud, es importante tener en cuenta que en razón a la libertad contractual de que gozan los asociados, se pueden estipular en el pacto social las actividades principales que se pretendan desarrollar, sin que exista limitación alguna de carácter legal distinta a la que establece el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio, según el cual es preciso que en la escritura de constitución se haga una enunciación clara y completa de las actividades principales, siendo ineficaces las actividades que no tenga relación directa con ellas o las que se enuncien en forma indeterminada.

Es evidente la razón de ser de esta disposición, puesto que las actividades enunciadas como principales enmarcan la capacidad o finalidad para la cual es constituido el ente jurídico (artículo 99 de la misma obra), y limita las facultades de los administradores, particularmente las del representante legal, quien por ley y en razón del cargo que desempeña, está autorizado para celebrar cualquier acto o contrato incluido dentro del objeto social o que se entienda relacionado directamente con él (artículo 196 ibídem).

En otras palabras, salvo las disposiciones que regulan las restricciones o limitaciones en materia de contratación, el representante legal tiene plena capacidad jurídica para ejecutar todo aquello que tienda al desarrollo del objeto social, pero no puede dedicarse a realizar operaciones distintas de las señaladas en él, so pena de hacerse solidaria e ilimitadamente responsable por la extralimitación de esos actos" (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, desarrollando lo que se conoce como la "Teoría de la Especialidad", la Superintendencia de Sociedades ha señalado lo siguiente:

"De igual manera se entiende que el objeto social determina los límites de su capacidad como persona jurídica dentro de los cuales han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación (Teoría de

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

la Especialidad). Pero como en ejercicio de esa capacidad la sociedad necesariamente debe llevar a cabo actos accesorios, la ley exige que tengan relación directa de medio a fin con aquellas.

Tan cierto es este planteamiento que el nombrado artículo 99 estipula "Que se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones, legaj o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad. Teoría de la especialidad cuyo significado societario no es otro que la capacidad que tiene toda compañía de desarrollar en forma exclusiva todos aquellos actos contemplados dentro del objeto social y que viene a ser el marco generador de sus actividades dentro del cual se mueven los administradores"

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 del Código de Comercio y según la "Teoría de la Especialidad" que ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades, es claro que el límite de la capacidad jurídica de las personas jurídicas está expresamente determinado por su objeto social.

En línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que (i) la capacidad de las personas jurídicas depende de lo establecido en su objeto social, (ii) la capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en los proceso de selección, de tal forma que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta y (iii) la falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma.

Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos por dicha corporación:

"La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en ja legislación mercantil (art. 99 C.Co.) (...)

La capacidad legal o de ejercicio, como lo ha sostenido esta Sección, debe ostentarse al momento de presentar la correspondiente oferta, pues si "quien carece de capacidad jurídica no está habilitado para intervenir en ese derrotero negocial, es evidente que ella debe tenerse al momento de realizar la propuesta para poder ser tenido en cuenta ", condición que, además debe probarse; es decir, ja capacidad jurídica es un requisito habilitante para participar en el proceso de selección v consecuencia obligada que no solo debe tenerse sino también demostrarse al momento de presentar la oferta. (...)

La falta de capacidad del proponente es un defecto de carácter insubsanable, en tanto se trata de un requisito habilitante para participar en el proceso de selección, que debe demostrarse al momento de presentar la propuesta, so pena de rechazo de la misma: (...)"

Así, consideramos que es evidente que en el caso que nos ocupa ESTYMA S.A en su calidad de miembro de la EP IVC no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación en los términos requeridos en el literal 3.2.2 del Pliego antes transcrito.

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que ESTYMA S.A no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de RECHAZAR la oferta presentada por la EP IVC con base en la causal "L" prevista en el numeral 7.6.1 del Pliego que al respecto dispone:

"(l) Cuando se presente un Miembro Nuevo y no cuenta con la capacidad jurídica, experiencia en inversión o capacidad financiera, según corresponda, de conformidad con el numeral 1.4.32 de este Pliego de condiciones" (Subrayado fuera de texto).

2.4. INCONSISTENCIAS EN EL ACUERDO DE GARANTÍA

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

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 IVC (ver folio 199) incluyó en calidad de "garantizado" a LATINCO S.A y a ALCA INGENIERÍA S.A.S, cuando dichas compañías NO acreditaron experiencia en inversión ni capacidad financiera durante la fase de precalificación.

El numeral 3.5 del Pliego señala que "El Oferente deberá aportar junto con su Oferta el Acuerdo de Garantía suscrito en los términos y condiciones incluidos en el Anexo 3 de este Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto). En la misma línea, el numeral 1.5.2 del Pliego dispone que "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).

A folio 199 de la oferta presentada por la EP IVC se observa que se incluyeron como "garantizados" del Acuerdo de Garantía ("Anexo 3") a LATINCO S.A y a ALCA INGENIERÍA S.A.S. Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio:

(...)

Al respecto, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo indica lo siguiente: "El Acuerdo de garantía debe ser entendido y analizado con los demás documentos que conforman los documentos contractuales. En efecto, en la carta de presentación de la manifestación de interés se indicó quienes son los líderes de la estructura, quienes aportaron capacidad financiera y su porcentaje de participación en la estructura, y con la carta de presentación de la oferta se actualiza y confirman dichos miembros y porcentajes de participación. En esa medida, no es necesario volver a incluir los porcentajes de participación de los miembros de la estructura en el Acuerdo de Garantía cuando ya están en otros documentos contractuales. Además, con los documentos anteriores también se puede establecer a quien el garante está respaldando. El Acuerdo de Garantía diferencia entre Deudor Garantizado y garantizado, para referirse en el primer término al SPV, y el segundo para el miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera. Por consiguiente, su observación no procedente, ya que están claramente diferenciados en el Acuerdo" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que el "garantizado" que debía incluirse en el Acuerdo de Garantía era cada uno de los miembros de la correspondiente estructura plural que hubieran acreditado en la precalificación experiencia en inversión o capacidad financiera.

Particularmente para el caso de la EP IVC, tal y como obra en la carta de presentación de la Manifestación de Interés allegada en la fase de precalificación, únicamente CSS CONSTRUCTORES S.A y CONTROLADORA INVERSIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A de C.V tuvieron la calidad de "Líder" y acreditaron experiencia en inversión y capacidad financiera.

Lo anterior se observa en la siguiente imagen del referido documento:

(...)

Por lo tanto, en el Acuerdo de Garantía no podían figurar LATINCO S.A y a ALCA INGENIERÍA S.A.S en calidad de "garantizados".

Adicionalmente, es importante destacar que el formato del Acuerdo de Garantía publicado en su versión final por la ANI señala lo siguiente en su última página:

"Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil catorce (2014) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Respaldado" (Subrayado fuera de texto).

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Garantía con sus respectivas ofertas.

No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP IVC, adicional al hecho de haber aportado un Acuerdo de Garantía indebidamente diligenciado (en relación con los "garantizados"), NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

Por lo anterior, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP IVC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Garantía.

2.5. ASPECTOS AUSENTES EN RELACIÓN CON EL ACUERDO DE PERMANENCIA Y EL PACTO DE TRANSPARENCIA.

La EP IVC no aportó dos ejemplares del Acuerdo de Permanencia en los términos requeridos en el Anexo 4 del Pliego. De otro lado, la EP IVC no allegó con su oferta la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerida por la ANI a través de la Adenda 14.

El formato del Acuerdo de Permanencia publicado en su versión final por la ANI señala lo siguiente en su última página:

"Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil catorce (2014) en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Respaldo" (Subrayado fuera de texto).

De este modo, bajo los lineamientos del numeral 1.5.2 del Pliego, es claro que los proponentes debían aportar tres (3) ejemplares del Acuerdo de Permanencia con sus respectivas ofertas. No obstante lo anterior, encontramos que en la oferta presentada por la EP IVC, NO se aportaron los dos ejemplares adicionales de dicho acuerdo exigidos en el formato publicado por la ANI.

De otro lado, en la Adenda 14 publicada por la ANI, dicha entidad señaló lo siguiente:

2. Modifíquese el numeral 3.9 PACTO DE TRANSPARENCIA, el cual quedara así:

De conformidad con el literal q) del Pacto de Transparencia los Oferentes que lo hayan suscrito y entregado a la Entidad, presentaran una declaración que indiquen que. están cumpliendo con lo señalado en dicho literal. Esta declaración deberá ser suscrita por el Apoderado común.

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.

Al respecto, luego de revisar la oferta presentada por la EP IVC, no encontramos que dicho proponente haya aportado de la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerida por la ANI a través de la Adenda 14.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP IVC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Permanencia y el Pacto de Transparencia.

3. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 1 ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES

3.1. IRREGULARIDADES SUSTANCIALES EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

En esta observación reitera los mismos argumentos presentados en la observación que realizó al Proponente No. 2 EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV, reseñados en el subnumeral 1.1 de este documento, expresando que la EP OHL no acreditó las condiciones generales obligatoriamente exigidas por la ANI en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta. Razón por la cual solicita modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP OHL, en tanto que tal y como se ha evidenciado, dicho proponente no cumple con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

Repite la observación relacionada con que el clausulado no se ajusta al APÉNDICE FINANCIERO 3 en el acápite de "OTROS ASPECTOS RELEVANTES", ya que no se incluye el amparo de calidad del servicio, se incluye un texto adicional que no figura en el mencionado Apéndice y se modifica la numeración de éste.

3.2. OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON LA CARTA DE PRESENTACIÓN DE LA OFERTA

Presenta la misma observación relacionada con la imposibilidad de designar dos apoderados, cuyos argumentos se registraron en el numeral 1.1.9. de este documento, afirmando que la designación de dos apoderados comunes efectuada por la EP OHL es evidentemente contraria a las reglas establecidas en el Pliego y a lo señalado por la ANI en reiteradas respuestas, razón por la cual solicita a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP OHL.

3.3. OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON EL COMPROMISO DE VINCULAR PERSONAL BENEFICIARIO DEL PROGRAMA DE REINCORPORACIÓN A LA VIDA CIVIL

El numeral 3.11 del Pliego estableció que los proponentes a través de sus representantes debían aportar un certificado de compromiso para vincular una persona beneficiaria del Programa de Reincorporación a la Vida Civil en caso de resultar favorecidos con la adjudicación de la Licitación. El certificado aportado por la EP OHL corresponde a otro número de Licitación diferente al que aquí nos ocupa.

El numeral 3.11 del Pliego señala:

"3.11. VINCULACIÓN DE REINTEGRADOS

El Oferente se compromete a que en caso de salir favorecidos con la Adjudicación, vinculará laboralmente al desarrollo del Contrato a mínimo una persona beneficiaria del Programa de Reincorporación a la Vida Civil, para lo cual anexará a la Propuesta una certificación suscrita por el representante legal de proponente o el Apoderado común de la Estructura Plural, la cual se entenderá suscrita bajo la gravedad del juramento, donde se compromete a cumplir con esta obligación.

Lo anterior dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 128 de 2003 "por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 " en materia de reintegración a la sociedad civil".

*Al analizar el documento que obra a folio 52 de la oferta presentada por la EP OHL se observa lo siguiente:
(...)*

Como se puede identificar, el certificado de incorporación a una persona beneficiaria del Programa de Reincorporación a la Vida Civil allegado por la EP OHL corresponde a otra licitación diferente a la que aquí nos ocupa.

Teniendo en cuenta lo anteriores aspectos de la carta de presentación de la oferta que no se ajustan a los requerimientos establecidos en el Pliego, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP OHL".

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

II. OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV (Oficio No. 2014-409-029530-2 del 25 de junio de 2014)

1. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 1 ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES

1.1. Falta de Capacidad para Presentar la Propuesta.

El integrante de la Estructura Plural OHL Concesiones, OHL Concesiones Colombia S.A.S. a folio 28 incluyó el Acta No. 11 de la Junta Directiva de OHL Concesiones Colombia S.Á.S. mediante la cual se hizo constar que "de acuerdo con lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Ley 222 de 1995, que el día 21 de enero de 2014 se recibieron en la sede de administración de la sociedad, comunicaciones sucesivas de todos los miembros principales de la Junta Directiva, en las cuales se aprobó por unanimidad y con el voto favorable de los mismos la siguiente resolución:

(...)Autorizar a cualquiera de los Gerentes Suplentes de OHL Concesiones Colombia S.Á/S. para que con las más amplias facultades y sin limitación alguna, realice los actos y suscriba los documentos necesarios para participar en los procesos arriba mencionados, así como los que se requieran para comprometer a la Sociedad en las diferentes etapas e instancias que se surtan dentro de cada uno de ellos, desde la presentación de la oferta hasta la constitución del SPV lo que incluye pero no se limita a otorgar poderes a favor de terceros, y en general, a realizar cualquier acto encaminado a representar la sociedad en los procesos arriba mencionados".

La anterior autorización fue necesaria en la medida que quien suscribe la carta de presentación de la oferta en nombre de OHL Concesiones Colombia S.A.S. es la señora Marta García Fuertes quien es la Segunda Gerente Suplente, y de conformidad con los estatutos de OHL Concesiones Colombia S.A.S., al ser Gerente Suplente para la firma de actos o contratos "requerirá la firma conjunta del Gerente o autorización de la Junta Directiva que será impartida con la mayoría de votos presentes".

Tal como se indica en el encabezado del Acta citada anteriormente, el Acta de Junta Directiva No. 11 de la Junta Directiva de la sociedad OHL Concesiones S.A.S. correspondió a una reunión No Presencial, de manera que el acta debe sujetarse a lo previsto en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995 que establece:

*"Artículo 20: En los casos a que se refieren los artículos 19 y 20 precedentes, las actas correspondientes deberán elaborarse y asentarse en el libro respectivo dentro de los treinta días siguientes a aquel en que concluyó el acuerdo. **Las actas serán suscritas por el representante legal y el secretario de la sociedad. A falta de este último, serán firmadas por alguno de los asociados o miembros**". (Subrayas y negrillas fuera del texto).*

Como se puede evidenciar en el Certificado de Existencia y Representación Legal de OHL Concesiones Colombia S.A.S. que obra a folios 24 a 27 de la propuesta, ésta sociedad no tiene nombrado un Secretario, de manera que quienes debieron haber suscrito el Acta de Junta Directiva No. 11 son el representante legal y uno de los miembros de la Junta Directiva de la sociedad en mención, no una Secretaria Ad Hoc como ocurrió en el caso del Acta de Junta Directiva No. 11 que se encuentra a folio 28 y 29.

Quien fungió como Secretaria Ad Hoc en el Acta de Junta Directiva No. 11 fue la señora Carolina Romero, quien no es miembro de la Junta Directiva de OHL Concesiones Colombia S.A.S. Tal como consta en el Certificado de existencia y representación legal de la mencionada sociedad los integrantes de la Junta Directiva de OHL Concesiones Colombia S.A.S. son el señor Juan Luis Osuna Gómez, el señor Gabriel Núñez García y la señora María del Carmen Honrado Honrado.

Así las cosas, al no haberse dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995 en el sentido de que el acta no fue suscrita por uno de los integrantes de la Junta Directiva, la Segunda Gerente Suplente de OHL Concesiones Colombia S.A.S., esto es, la señora Marta García Fuertes no se encuentra

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

facultada para suscribir la propuesta, puesto que el documento en el que consta la autorización, no tiene plena validez y su contenido no es obligatorio. La Superintendencia de Sociedades en oficio 220-07889 del 3 de julio de 2011 se refirió a la validez de un acta de una reunión no presencial suscrita por un secretario Ad Hoc y concluyó:

"Es importante señalar que a diferencia de las formalidades exigidas para la elaboración de actas en reuniones presenciales del Máximo Órgano Social o de Junta Directiva - artículo 431 del Código de Comercio- en las que dichos órganos manifiestan su consentimiento y anuencia en la designación de las personas que han de actuar como presidente y secretario de la respectiva reunión, salvo que en los estatutos se hayo consagrado alguna regla especial y a quien por ley les corresponde firmar en señal de aprobación, en el caso de reuniones no presenciales o de votación escrita, la ley suple el consentimiento de los asociados o miembros, determinando expresamente las personas a quienes corresponde esa formalidad, sin la cual el documento no adquiere plena validez y su contenido no se hace obligatorio. (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En resumen, teniendo en cuenta lo anterior, la señora Marta García Fuentes no cuenta con las facultades para suscribir la oferta en representación de la sociedad OHL Concesiones Colombia S.A.S., y por lo tanto la oferta de la Estructura Plural OHL Concesiones debe ser rechazada.

1.2. Falta de Capacidad para Suscribir el Acuerdo de Garantía.

El Acuerdo de Garantía que obra a folio 90 y siguientes de la propuesta fue suscrito por el señor Juan Luis Osuna Gómez en representación de los garantes, es decir de las sociedades OHL Concesiones S.A. y OHL Concesiones Colombia S.A.S.

En relación con las facultades del señor Osuna, para ejercer la debida representación de OHL Colombia S.A.S., es de mencionar que aunque en su calidad de Gerente no requeriría autorización de la Junta Directiva para el desarrollo de actos o contratos, como si ocurre en el caso de los Gerentes Suplentes, el Gerente debe ejercer sus facultades con sujeción a lo previsto en los estatutos de la sociedad.

Tal como se observa en el Certificado de Existencia y Representación Legal de OHL Concesiones Colombia S.A.S., en la frase final del apartado que se refiere al objeto social se indica que "fa sociedad podrá garantizar obligaciones propias de sus accionistas o de terceros, siempre que cuente con la Autorización de la Junta Directiva para tal fin". (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Sobre este tema, resulta de la mayor importancia señalar que dentro de la propuesta de la Estructura Plural OHL Concesiones, únicamente se encuentra adjunta copia del Acta No. 11 de la Junta Directiva de OHL Concesiones Colombia S.A.S. que fue objeto de análisis en el numeral anterior, la cual únicamente se refiere la autorización a los Gerentes Suplentes para la presentación de la propuesta, sin hacer mención a la autorización que requiere el Gerente de la sociedad, es decir el señor Juan Luis Osuna Gómez, para garantizar las obligaciones establecidas en el numeral 1 del Acuerdo de Garantía, esto es, la realización de los Giros de Equity establecidos en el Contrato de Concesión cuyo obligado es el SPV a cuya conformación concurrirían OHL Concesiones S.A. y de OHL Concesiones Colombia S.A.S.

Teniendo en cuenta que el referido SPV es una persona jurídica independiente de sus accionistas, de conformidad con los términos del Acuerdo de Garantía, OHL Concesiones Colombia S.A.S. estaría garantizando las obligaciones de un tercero (el SPV), para lo cual, quien suscribió el referido Acuerdo de Garantía, el señor Juan Luis Osuna, no se encuentra debidamente facultado.

El hecho de que el señor Osuna no requiera autorización de la Junta Directiva para la realización de actos o contratos, no implica que pueda ejecutar actividades más allá de sus estatutos, en particular aquellas actividades que desborden el objeto social de OHL Concesiones Colombia S.A.S.; de manera que indudablemente el señor Osuna no está facultado para suscribir el Acuerdo de Garantía y en consecuencia éste no puede ser ejecutado por la Agencia Nacional de Infraestructura frente a la referida sociedad y por lo tanto, la propuesta de la Estructura Plural OHL Concesiones debe ser rechazada.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

1.3. Condicionamiento al Cupo de Crédito.

De conformidad con el párrafo final del literal a) del numeral 3.10.1. del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública en lo que se refiere al Cupo de Crédito "no serán aceptables certificaciones de intención, ni pre-aprobaciones, ni cartas sujetas a condiciones suspensivos o resolutorias para su aprobación".

A pesar de que la certificación de Cupo de Crédito expedida por Banco Corpbanca S.A. que obra a folio 37 de la propuesta de la Estructura Plural de OHL Concesiones, aparentemente reuniría los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública, a folios 38 y 39 de la propuesta se encuentra el acta de aprobación de cupo de crédito de fecha de 5 de febrero de 2014 en la que se evidencian varios condicionamientos que efectúa el Banco Corpbanca S.A. al cupo de crédito, entre otros los siguientes:

Previo a la solicitud de desembolsos debe haberse constituido por la Firma [OHL Colombia S.A.S. una garantía a favor del Banco, calificada como admisible en los términos del Decreto 2555 de 2010, que ampare a satisfacción del Banco el monto del desembolso solicitado así como haberse recibido a satisfacción del Banco un Aval Corporativo de OHL CONCESIONES 5/4 (en adelante el Avalista) que tenga como único beneficiario al Banco. En caso de el desembolso solicitado por el cliente tenga como finalidad financiar aportes de equity de cualquiera de los Proyectos, previo a la solicitud de desembolsos deberá haberse recibido a satisfacción del Banco una Carta de Crédito Stand By por el 100% del monto solicitado, exigible a primer requerimiento y que tenga como único beneficiario al Banco, emitida por una entidad financiera con una calificación mínima de "A2" (Moody's) o "A" (S&P), con una duración igual a la del Cupo de Crédito de dicho proyecto y 2 meses más y que garantice las obligaciones a cargo de la Firma.

(...)

6. Respecto de cualquiera de los Proyectos, previo a la solicitud de desembolsos deberá haberse efectuado el Cierre Financiero, conforme a lo solicitado en los pliegos de licitación de los proyectos, para lo cual deberán: i) haberse recibido a satisfacción del Banco los Due Diligence Ambiental, Social, Predial (que incluya el manejo de adquisición y expropiación de Predios), Técnico, Financiero y Legal, realizados por compañías aprobadas por el Banco, con reconocida experiencia en estas materias (los resultados de los Due Diligence deben ser aceptables a juicio del Banco, quien solo por razones objetivas, sustentadas y materiales se abstendrá de aprobarlos); y ii) haber negociado y acordado previamente los Covenants típicos para este tipo de financiaciones a satisfacción del Banco".

Tal como se observa, el cupo de crédito otorgado a OHL Concesiones Colombia S.A.S. se encuentra sujeto a varias condiciones, de manera que éste no es aceptable para la Agencia Nacional de Infraestructura en los términos del numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública, y en consecuencia la propuesta de la Estructura Plural OHL Concesiones debe ser rechazada.

En síntesis, teniendo en cuenta que el integrante OHL Concesiones Colombia S.A.S. no tiene capacidad legal para presentar la propuesta, ni para suscribir el acuerdo de garantía, y que el cupo de crédito aportado por OHL Concesiones Colombia S.A.S. no cumple con las exigencias establecidas en el numeral 3.10.1 del Pliego de Condiciones, les solicitamos RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural OHL Concesiones, en aplicación de la causal prevista en el literal a) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que indica que la propuesta debe ser rechazada "Cuando se presente la Oferta en forma subordinada al cumplimiento de cualquier condición o modalidad" así como en los literales b) y g) del mismo numeral que establecen las siguientes causales de rechazo: "b) Cuando la Oferta no contenga la Carta de Presentación de la Oferta o ésta sea presentada sin haber sido suscrita (...) y g) Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas".

2. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 3 ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI-GRODCO

2.1. Acreditación de la Capacidad Jurídica.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

En los documentos incluidos en la propuesta de la Estructura Plural SHIKUN & BINUI-GRODCO, a folios 99 y siguientes se encuentran las autorizaciones corporativas del integrante SHIKUN & BINUI VT AG. En particular en el folio 209, se encuentra una certificación expedida por Leumi Banca Privada que certifica que el capital de la sociedad ha sido depositado, y adicionalmente se menciona lo siguiente:

"Después de la inscripción en el Registro Mercantil de Shikun & Binui VT en constitución y la publicación llevada a cabo en la Gaceta Oficial de Comercio de Suiza presentando el extracto original del diario, estará a libre disposición de los organismos autorizados para jafirma".

Como se observa, el Banco depositario indica cuáles son los requisitos para la constitución de la sociedad en Suiza, y por ello indica que los depósitos solamente estarán disponibles una vez éstos se cumplan; los requisitos son: i) la inscripción en el Registro Mercantil y ii) la publicación en la Gaceta Oficial de Comercio de Suiza.

No obstante lo anterior, en ja propuesta de la Estructura Plural SHIKUN & BINUI-GRODCO, no se aportó la evidencia de la publicación en la Gaceta Oficial de Comercio de Suiza, en consecuencia la capacidad jurídica del integrante SHIKUN & BINUI VT AG no se encuentra debidamente acreditada, razón por la cual la propuesta de la Estructura Plural SHIKUN & BINUI-GRODCO debe ser rechazada.

2.2. Falta de Capacidad para Suscribir el Acuerdo de Garantía.

La Autorización para la firma del Acuerdo de Garantía por parte del garante Grodco Internacional S.A. otorgada por su Junta de Accionistas que obra a folio 653 y siguientes de la propuesta Indica en la parte resolutoria lo siguiente:

"A) Se autoriza al representante legal de GRODCO INTERNACIONAL S.A. el señor GUSTAVO ADOLFO RODRÍGUEZ GUZMAN a la firma de un acuerdo de garantía para la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia en los términos señalados a continuación:

Se autoriza por unanimidad y expresamente al representante legal de la sociedad GUSTAVO ADOLFO RODRÍGUEZ GUZMAN en nombre de GRODCO INTERNACIONAL S.A., para otorgar las garantías exigidas en los Pliegos de Condiciones de las Licitaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, más adelante identificadas y, particularmente para suscribir en calidad de garante el Acuerdo de Garantía para cada una de las Ofertas que dentro de dichas licitaciones presentarán la estructura plural conformada por las sociedades C.I. GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES y SHIKUN & BINUI PROSPERIDAD AG y la estructura plural conformada por las sociedades C.I. GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES y SHIKUN BINUI VT AG". (Subrayas fuera del texto).

*Teniendo en cuenta lo anterior, resulta de la mayor importancia recordar que la Estructura Plural estará; conformada no solamente por las sociedades C.I. GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES y SHIKUN BINUI VT AG, sino también por la sociedad COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A.S., de maneja que tal como se evidencia en el folio 491 de la propuesta, el SPV estaría conformado por C.L GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES, SHIKUN BINUI VT AG, y por la sociedad **COLOMBIANA DE INVERSIONES S.A.S.***

Así las cosas, el señor GUSTAVO ADOLFO RODRÍGUEZ no se encuentra facultado para firmar el Acuerdo de Garantía en los términos establecidos a folio 489 y siguientes de la propuesta, puesto que los integrantes del garantizado previstos en la autorización expedida por la Junta de Socios del Garante Grodco Internacional S.A. no coinciden con los indicados en el Acuerdo de Garantía, de manera que el señor GUSTAVO ADOLFO RODRÍGUEZ actuó en exceso de sus facultades puesto que incluyó una sociedad adicional dentro de los integrantes del garantizado.

En consecuencia, al no estar el señor Rodríguez facultado para suscribir el Acuerdo de Garantía, el cumplimiento de este Acuerdo no podría ser ejecutado por la Agencia de Infraestructura frente al garante Gradeo Internacional S.A. y por lo tanto, la propuesta de la Estructura Plural Estructura Plural SHIKUN & BINUI-GRODCO debe ser rechazada.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

En resumen, considerando que la capacidad jurídica del integrante SHIKUN & BINUI VT AG no se encuentra debidamente acreditada, y que uno de los garantes, la sociedad Grodco Internacional S.A. no tiene capacidad legal para suscribir el acuerdo de garantía, les solicitamos RECHAZAR de plano la propuesta de la Estructura Plural SHIKUN & BINUI-GRODCO, en aplicación de la causal prevista en el literal g) del numeral 7.6.1. del Pliego de Condiciones, que Indica que la propuesta debe ser rechazada "Cuando se omitan requisitos contenidos en el Pliego o Anexos que impidan la comparación objetiva de las Ofertas".

3. OBSERVACIONES AL PROPONENTE No. 4 ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA

3.1. Falta de Capacidad para Suscribir el Acuerdo de Garantía.

Tal como se puede evidenciar en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad CSS Constructores S.A. que se encuentra adjunto al presente documento, en particular la última frase del acápite del objeto social la referida sociedad indica que ésta "podrá constituirse en garante de las obligaciones personales de los accionistas o de terceros, previa autorización de la Asamblea General de Accionistas adoptada con el voto favorable de por lo menos setenta y cinco por (75%) de las acciones suscritas". (Subrayas fuera del texto).

Al respecto, es de señalar que la sociedad CSS Constructores S.A. firmó el Acuerdo de Garantía como garante, de manera que con la firma del respectivo acuerdo se habrían garantizado las obligaciones de un tercero, en este caso, se habría garantizado la realización de los Giros de Equity establecidos en el Contrato de Concesión, obligación ésta que está en cabeza del SPV a cuya conformación concurrirían CASS Constructores S.A., Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A de C.V., ESTYMA Estudios y Manejos S.A., Latinoamericana de Construcciones S.A., y ALCA Ingeniería S.A.S.

Así, considerando que el referido SPV es una persona jurídica independiente de sus accionistas, de conformidad con los términos del Acuerdo de Garantía, CSS Constructores S.A. estaría garantizando las obligaciones de un tercero (el SPV), para lo cual, quien suscribió el referido Acuerdo de Garantía, el señor Carlos Alberto Solarte Solarte, no se encuentra debidamente facultado.

Si bien en el acápite en el que se encuentran las facultades del Representante Legal no se evidencia que el Gerente CSS Constructores S.A., el señor Carlos Alberto Solarte, tenga restricciones para la celebración de actos jurídicos, ello no implica que el representante legal pueda actuar en contravención de los estatutos de la sociedad, en particular en lo que se refiere a otorgar garantías en favor de terceros, sin contar con la autorización de la Asamblea de Accionistas otorgada con las mayorías indicadas en los estatutos.

Así las cosas, no cabe dudas de que el señor Carlos Alberto Solarte Solarte no está facultado para suscribir el Acuerdo de Garantía en nombre de CSS Constructores S.A y en consecuencia éste contrato no podrá ser ejecutado por la Agencia Nacional de Infraestructura frente a la referida sociedad², en consecuencia, la propuesta de la Estructura Plural Infraestructura Vial para Colombia debe ser rechazada.

RÉPLICAS FORMULADAS A LAS OBSERVACIONES

I. PROPONENTE No. 1 ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES (Oficio No. 2014-409-030544-2 del 2 de julio de 2014)

"Antes de desvirtuar cada una de las observaciones, resulta pertinente recordarles a las estructuras plurales que radicaron comentarios en contra de la Oferta válidamente presentada por la EP OHL que, las mismas, suscribieron dentro del presente proceso un documento denominado "Pacto de Transparencia" cuyos apartes más importantes vale la pena transcribir a continuación, por resultar aplicables en el presente caso:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

"Como consecuencia de lo anterior, por la presente declaro\amos] y por lo mismo me [nos] comprometo [emos] con las siguientes declaraciones:

j) Actuar con lealtad hacia los demás Precalificados así como frente a j la Agencia. Por lo tanto, **abstenerse de utilizar herramientas para dilatar o sabotear el Proceso de Selección.**

l) No utilizar en la etapa de verificación y evaluación de las Propuestas **argumentos carentes de sustento probatorio para efectos de buscar la descalificación de competidores o la dilación del Proceso de Selección.**"

Como se demostrará mediante el presente documento, **TODAS** las observaciones presentadas por las estructuras plurales, en contra de la EP OHL, carecen no sólo de sustento legal, fáctico y probatorio, sino que, en adición, buscan sabotear el presente proceso de selección, al intentar confundir, con argumentos meramente formalistas que no corresponden con la realidad y sin sustento legal, el criterio objetivo de la ANI en la valoración de las propuestas.

La EP OHL revisó en detalle cada una de las propuestas presentadas dentro del presente proceso, encontrando en cada una de ellas distintos errores y falencias. Sin embargo, ciñéndose a las claras reglas del acuerdo de transparencia, evitó presentar ante la ANI las mismas por considerar, objetivamente, que eran subsanables o que se trataban de simples errores de forma que no desvirtuaban de fondo las propuestas presentadas.

La EP OHL invita a los demás oferentes a entender la nueva realidad de la contratación pública en Colombia, en donde deben primar principios esenciales, como el de lealtad, valoración razonable y primacía de lo sustancial sobre lo formal, para así garantizar que el Estado Colombiano cuente con los contratistas más idóneos para la provisión de bienes y servicios y no con aquellos que, a través de tácticas que inducen a error, buscan nublar el adecuado discernimiento de las entidades públicas contratantes.

Dicho lo anterior, a continuación presentamos nuestras respuestas frente a las observaciones presentadas en contra de EP OHL.

1. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV (EN ADELANTE EP AUTOPISTA PERIMETRAL)

1.1. Falta de capacidad para presentar la propuesta.

Alega de manera infundada la estructura plural antes referida, una supuesta falta de capacidad de la EP OHL para presentar propuesta, en razón a que el Acta No. 11 de la Junta Directiva de OHL Concesiones Colombia S.A.S., mediante la cual se hizo constar que el día 21 de enero de 2014, se recibieron en la sede de la administración de la sociedad, comunicaciones sucesivas de todos los miembros principales de la Junta Directiva, está firmada por un Secretario ad-hoc en vez de estar firmada por el Secretario de la sociedad o por un miembro de la Junta Directiva. En el caso que nos ocupa, Carolina Romero quien suscribió el acta, es la Secretaria de la Sociedad, por designación de la Asamblea General de Accionistas.

Como se puede notar sin mayor explicación, se trata de un error de forma en la elaboración del acta que en nada afecta la validez de la decisión allí consignada, esto es, la aprobación por unanimidad de los miembros de la Junta Directiva, de la autorización otorgada a los Gerentes Suplentes de la sociedad para que, con las más amplias facultades y sin limitación alguna, realicen actos y suscriban los documentos necesarios para participar en varios procesos licitatorios abiertos por la Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de los cuales se encuentra el proceso que nos ocupa (VJ-VE-IP-LP-010-2013).

Más allá del simple error advertido, al indicarse en el acta que la misma fue suscrita por el Representante Legal y la Secretaria Ad-hoc, en vez de señalarse que fue firmada por la Secretaria, debemos mencionar que la decisión fue válidamente adoptada en los términos del artículo 20 de la Ley 222 de 1995 que

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

establece que **"serán válidas las decisiones del máximo órgano social o de la junta directiva cuando por escrito, todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto..."**. En el caso que nos ocupa, se cumple con este requisito, este sí de validez, tal como consta en el acta respectiva: todos los miembros de la Junta Directiva de la sociedad expresaron el sentido de su voto, cual es autorizar a los Gerentes Suplentes de la sociedad para que, con las más amplias facultades y sin limitación alguna, realicen actos y suscriban los documentos necesarios para participar en varios procesos licitatorios abiertos por la Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de los cuales se encuentra el proceso que nos ocupa (VJ-VE-IP-LP-010-2013).

Igualmente, y según lo establecido en el artículo 21 de la citada Ley, **la correspondiente acta se elaboró y asentó, dentro de los 30 días siguientes a aquel en que se concluyó el acuerdo**. Lo anterior es de vital importancia, debido a que solo puede procederse a asentar actas que correspondan a **decisiones efectivamente adoptadas**. Es decir, se entiende que el acuerdo se adopta cuando se encuentren completos los votos. Una vez alcanzado el acuerdo, este se asienta en un acta, la cual cumple una simple función de publicidad para la sociedad y terceros. Repetimos, el acta no es la decisión en sí misma, es un mero instrumento, de tal suerte que no es posible elaborar y asentar en libros un acta que no corresponda a una decisión que haya sido válidamente adoptada por el órgano respectivo. Conforme a lo anterior, lo reflejado en el Acta No. 11 mencionada, corresponde a una decisión que, de manera concreta y efectiva, fue tomada válida y unánimemente por los miembros de la Junta Directiva.

Por otra parte, resulta importante advertir que las decisiones adoptadas por el órgano social facultado para tal efecto, solo pueden reputarse como ineficaces, si tales decisiones se enmarcan dentro de las causales taxativas establecidas por la ley. Para el caso concreto de decisiones adoptadas mediante el procedimiento previsto en el artículo 20 de la Ley 222 de 1995, las siguientes son las únicas causales que pueden generar ineficacia: (Artículo 190. Código de Comercio. "Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; (...)" . Artículo 186. *Ibidem*. "Las reuniones se realizarán en el lugar del domicilio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quorum. (...)" :

- Cuando alguno de los miembros no exprese el sentido de su voto o,
- Cuando se exceda el término de un mes en la recepción de los mismos, para el caso en que los miembros hubieren expresado su voto en documentos separados.

Lo anterior, no es el escenario que nos ocupa, pues reiteramos que la decisión fue adoptada por unanimidad y los votos fueron recibidos en término. En este punto nos permitimos recordar que, en materia comercial, según lo dispuesto por el artículo 897 del Código de Comercio, cuando se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho; es decir, que los eventos de ineficacia **son los expresamente previstos por la ley**. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia al decir que "(...) puede decirse que el negocio jurídico es ineficaz, cuando se opone a norma imperativa (...)" . (CSJ, Cas. Civil, Sent. Ago 6/2010, Rad. 2002-00189).

No obstante lo anterior, hemos revisado el oficio 220-078889 del 3 de julio de 2011 emitido por la Superintendencia de Sociedades y citado por el Observante y, al respecto, debemos comentar que el mismo se desarrolla sobre interrogantes específicos que no encontramos similares al caso que nos ocupa, pues las consultas realizadas se circunscriben a temas procedimentales y no a la determinación de la validez de una decisión de órganos como Junta Directiva, Asamblea de Accionistas o Junta de Socios. Al respecto, es importante destacar que este concepto, en ningún aparte expresa que la ausencia del requisito formal, genera ineficacia de la decisión adoptada, única sanción que tiene la facultad jurídica de "restarle todo efecto al acto o negocio afectado por la sanción". (Francisco Reyes Villamizar, en su libro titulado "Derecho Societario" (Editorial Temis, Segunda Edición, 2006, Tomo I, páginas 554 y 555) explica con claridad: "Como bien es sabido, la ineficacia constituye la más drástica de las sanciones que pueden imponerse al acto jurídico mercantil. No solo tiene la virtualidad de restarle todo efecto al acto o negocio afectado por la sanción, sino que además opera ipso iure, sin necesidad de declaración judicial. (...) En varias normas del Código de Comercio, empezando por el artículo 190 de éste, se dispone con claridad meridiana que las determinaciones del máximo órgano

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

social son ineficaces cuando faltan algunas formalidades específicamente señaladas en la ley. De ordinario, éstas tienen que ver con los elementos esenciales requeridos para el funcionamiento de la asamblea o junta de socios, como son la convocatoria, el quorum y el domicilio. (...) Igualmente, el parágrafo del artículo 21 de la ley establece la referida sanción para las deliberaciones no presenciales y las decisiones por escrito, cuando ocurran las hipótesis allí señaladas. (...) Sobre los efectos de la ineficacia, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que "es innegable que las decisiones de las asambleas y de las juntas directivas de las sociedades mercantiles, por la presunción de licitud que las ampara (C. de Co., art. 189 inc. 2o), genera consecuencias en tanto no sean anuladas por autoridad judicial o administrativa, pero siempre y cuando esas decisiones hayan sido válidamente adoptadas)". Como consecuencia de lo hasta ahora señalado, nos permitimos citar conceptos adicionales de la misma entidad, que consideramos pueden ilustrar mejor su posición respecto de la validez de decisiones adoptadas por órganos de administración de la sociedad:

- Oficio 220-034429 Del 3 de junio de 2010 "(...), en lo que tienen que ver con la ausencia de firmas del presidente y del secretario en un acta, vale precisar que tales situaciones deberán sanearse, pues caso contrario, como ya se expresó, **las actas que no cumplan con los requisitos exigidos por la ley carecerán de valor probatorio, imponiéndose la obligación de sanear tal situación (...)**". Quiere significar la Superintendencia de Sociedades con este aparte, que un acta no suscrita por quienes corresponda puede ser objeto de subsanación, conforme a que se trata de aspectos puramente formales que no afectan la validez de la decisión adoptada. De igual manera este concepto precisa que aquellas actas que no cumplan con los requisitos de ley, carecerán de valor probatorio más no de validez.
- Oficio 220-036672 Del 15 de Junio de 2010 "(...) considerando que la finalidad de la firma del acta, amén de su aprobación por parte del propio órgano o de las personas en que éste delegue tal atribución, es la de dotar el documento del suficiente valor probatorio, es viable optar por incluir las decisiones de las que da cuenta el acta respectiva en una posterior y por ende, correspondiente a una nueva reunión, en la que el propio órgano social consienta en incluir el temario de una anterior citación. De esta manera, la propia asamblea o la junta subsanaría la omisión, reafirmando las decisiones que fueran adoptadas antes y, aceptando la expresión probatoria de ello, mediante la constancia en el acta que se levante de esa nueva reunión.

Por último no sobra observar que aún cuando las actas que cumplan con las formalidades del caso, son prueba suficiente de los hechos que consten en ellas y por lo mismo, son el medio probatorio principal de las decisiones que en consten en ellas, según los términos del artículo 189 ibídem, hay tener presente que en todo caso no son el único medio probatorio, pues la ley mercantil ni procedimental excluyen la aplicación de otros medios de prueba para suplir su ausencia (...). En este concepto la Superintendencia de Sociedades se pronunció a favor de formas alternativas para la elaboración de actas ante la imposibilidad de ser firmadas por presidente y secretario, reiterando nuevamente la subsanabilidad de los requisitos de forma en esta materia.

En conclusión y en relación con la validez de la decisión adoptada por la Junta Directiva de la sociedad, no es posible determinar, como erróneamente lo hace el Observante, que por un asunto de carácter meramente formal -que solo cumple propósitos de publicidad- como lo es la suscripción del acta, una decisión válidamente tomada carezca de validez. En el caso que nos ocupa, el acta se suscribió, sin embargo el error menor consistió en anotar que lo suscribía una secretaria ad-hoc, cuando en realidad lo hizo la Secretaria de la Sociedad.

En adición, y siguiendo los criterios de interpretación de la ley y de la hermenéutica jurídica, consideramos que, cuando la ley es precisa y puntual, no es posible recurrir a procesos de interpretación, como tampoco le sería dable a un intérprete encontrar adición a la norma, si la propia Ley no lo ha contemplado. Por otra parte, consideramos que el principio **de la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal** (que incluye los llamados errores meramente ligeros, casuales o formales) en el que no entraremos en detalle por ser ampliamente reconocido y reiterado por la doctrina y la jurisprudencia colombiana - (Jurisprudencia societaria de la Superintendencia de Sociedades, Auto No. 801-0177366 de 10 de diciembre de 2012. Sobre el particular puede consultarse la opinión citada en el mismo Auto No. 801-0177366 de 10 de diciembre de 2012. por F.H. Reyes Villamizar (2010) en materia de sociedades por acciones simplificadas relacionada

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

con "La orientación de las reglas sustantivas previstas en la Ley 1258, caracterizadas por un inocultable antiformalismo") - es igualmente aplicable a la presente situación.

No existiendo duda alguna en relación con la validez y eficacia de la decisión adoptada por la Junta Directiva, por considerarse bajo la ley comercial plenamente válida y con efectos desde el mismo momento en que fue adoptada, reiteramos que, para todos los efectos, Carolina Romero es y ha sido la Secretaria de la sociedad desde el momento de constitución de la misma, tal como consta en el Acta No. 2 de la Asamblea General de Accionistas de fecha 3 de marzo de 2014, cuyo extracto pertinente se adjunta al presente escrito. (El artículo 42 de la Ley 1429 de 2010 expresa: "**Artículo 42. Exclusión de la presentación personal de los poderes para adelantar trámites ante la Superintendencia de Industria y Comercio.** (...) Se presumen auténticas, mientras no se compruebe lo contrario mediante declaración de autoridad competente, las actas de los órganos sociales y de administración de las sociedades y entidades sin ánimo de lucro, así como sus extractos y copias autorizadas por el Secretario o por el Representante de la respectiva persona jurídica, que deben registrarse ante las Cámaras de Comercio. En consecuencia, no se requerirá realizar presentación personal de estos documentos ante el secretario de la Cámara de Comercio correspondiente, juez o notario.").

También consideramos importante comentar, con ocasión de lo manifestado por el Observante en relación a que el Certificado de Existencia y Representación Legal de la sociedad, no evidencia el nombramiento de la Secretaria de la sociedad que, este acto (el nombramiento de un secretario) no es uno de los sujetos a registro en los términos del artículo 28 del Código de Comercio y, por tanto, no existe un libro mercantil de los que llevan las Cámaras de Comercio, en el cual este acto pueda inscribirse (Según lo establecido en el Capítulo I, Título VIII, Registros Públicos de las Cámaras de Comercio, Circular Externa 10 de 2001 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.)

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta que, por un error superfluo de transcripción, se ha mencionado que Carolina Romero, actuó como Secretaria Ad-Hoc de la sociedad para efectos de asentar y suscribir el Acta No. 11 de Junta Directiva, debiendo decir, como en efecto ocurrió, que actuaba en calidad de Secretaria de la sociedad, se ha procedido a anotar en la mencionada acta la corrección correspondiente de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Decreto 2649 de 1993 ("**Corrección de errores.** Los simples errores de transcripción se deben salvar mediante una anotación al pie de la página respectiva o por cualquier otro mecanismo de reconocido valor técnico que permita evidenciar su corrección..."), extracto de la cual adjuntamos para su conocimiento.

En consecuencia, de manera respetuosa, solicito a la ANI desechar por completo la observación presentada por la EP Autopista Perimetral, por no contar la misma con sustento legal, probatorio y/o fáctico alguno. De hecho, la formulación de esta observación, pretende confundir a la ANI en la valoración objetiva de la oferta, al alegar la ausencia de requisitos meramente formales los cuales no invalidan la decisión válidamente adoptada por la Junta Directiva de la sociedad OHL Concesiones Colombia SAS, en el sentido de otorgar pleno poder a los Gerentes Suplentes de dicha sociedad, para desarrollar todos los actos requeridos, entre ellos otorgar poder, dentro del proceso licitatorio VJ- VE-IP-LP-010-2013.

1.2. Falta de capacidad para suscribir Acuerdo de Garantía.

La segunda observación propuesta por la EP Autopista Perimetral, consiste en el cuestionamiento de la facultad del Gerente de la sociedad OHL Concesiones Colombia SAS, para suscribir el Acuerdo de Garantía.

En relación con esta infundada observación, debemos explicar que el objeto social es la manifestación de la actividad o actividades a las que se dedicará la sociedad y, que las reglas sobre las cuales la sociedad desarrollará este objeto social, se encuentran dadas en el cuerpo de los estatutos. Éstos, a su vez, pueden prever las reglas de representación legal y los actos en los cuales, los representantes legales, pueden actuar sin limitación alguna.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Si se revisan los estatutos de OHL Concesiones Colombia SAS en su integridad y no sólo una parte, se concluye que el Señor Juan Luis Osuna Gómez, se encontraba plenamente facultado para suscribir el Acuerdo de Garantía.

*Si bien el objeto de la sociedad determina la regla general según la cual "/a sociedad podrá garantizar obligaciones propias de sus accionistas o de terceros siempre que cuente con la autorización de la Junta Directiva para tal fin", posteriormente los estatutos de forma **particular y específica** en el artículo 28, de las funciones del representante legal, establecen sin limitación alguna que:*

"El Representante Legal está facultado para representar a la sociedad judicial y extrajudicialmente en todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social y cualquier actividad lícita, y en particular tendrá las siguientes facultades:

(...)

11. Constituir y retirar garantías, fianzas y depósitos mediante la entrega en efectivo, aval bancario, papel del estado o valores de toda clase y ante cualquier organismo público o privado, persona física o jurídica, como asimismo prorrogarlos o cancelarlos.

17. Gestionar y concertar cualquier clase de créditos, préstamos, garantías o auxilio económico ante cualquier entidad de carácter público o privado.

18. Participar y representar a la sociedad en toda clase de invitaciones a precalificar, invitaciones privadas, licitaciones, subastas, concursos, contratos públicos o privados, administrativos o judiciales, convocados por cualquier entidad pública o privada, creada o por crear; en particular los que se refieren a contratos públicos o privados para el diseño, construcción, financiación, operación y reversión de toda clase de obras, y en general en cualquier proceso público o privado de selección objetiva de contratistas, y a tal efecto, formalizar y presentar, garantías, fianzas provisionales o definitivas, concurrir a los actos de licitación y apertura de pliegos, audiencias, plantear incidentes y recursos, aceptar, en su caso, las adjudicaciones de obra, todas las anteriores actuaciones bien independientemente o bien bajo cualquier forma de asociación público privadas con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en forma conjunta, mancomunada, solidaria o con el compromiso de formar posteriormente una agrupación, asociación o unión de empresas; asistir a actos de otorgamiento y suscribir los documentos públicos o privados pertinentes para la completa adjudicación a favor de la sociedad (...)"

De las disposiciones estatutarias arriba mencionadas y, en especial de los apartes subrayados, se evidencia claramente que el accionista único quiso que el Representante Legal de la sociedad, es decir, el Gerente de la misma, tuviera facultades plenas que le permitieran representar a la sociedad, sin necesidad de autorizaciones previas, y especialmente para todo lo relacionado con la participación de la sociedad en licitaciones públicas y privadas.

De conformidad con los apartes antes transcritos esta habilitación particular para presentar garantías a nombre de la sociedad, sin que fuera necesaria autorización alguna por parte de la Junta Directiva, aplica para aquellos eventos en los que la sociedad participe en procesos de selección objetiva de contratistas, ante cualquier entidad de carácter público o privado, como lo es el proceso VJ-VE-IP-LP-010-2013.

Esto es contrario a lo que ocurre para los Gerentes Suplentes, que sí tienen una limitación estatutaria, y es por eso que la Junta Directiva de manera unánime los autorizó para actuar en el proceso que nos ocupa, tal como consta en el Acta No. 11 del 21 de enero de 2014.

Por ello, el Gerente suscribió con plena capacidad el Acuerdo de Garantía, en razón a que existen provisiones particulares estatutarias que excluyen expresamente la limitación general provista en el objeto. Sin perjuicio de lo señalado, y con el único interés de dar claridad a este particular, la Junta Directiva de la sociedad ha ratificado en la fecha, tal como se evidencia en el extracto de acta que se adjunta al presente documento, todas las actuaciones realizadas por el Sr. Juan Luis Osuna, de conformidad con los estatutos sociales. (El artículo 844 del Código de Comercio prevé que "La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros".)

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

Para concluir el estudio del presente punto, se observa que no solo la actuación referida se realizó con plena capacidad en los términos de los estatutos de la sociedad, sino que además fue ratificada.

En consecuencia, de manera respetuosa, solicito a la ANI desechar por completo la observación presentada por la EP Autopista Perimetral, por no contar la misma con sustento legal, probatorio y/o fáctico alguno. De hecho, la formulación de esta observación, pretende confundir a la ANI en la valoración objetiva de la oferta, al alegar la ausencia de una autorización, la cual se encuentra expresamente contemplada en los estatutos de la sociedad OHL Concesiones Colombia SAS.

1.3. Condicionamiento al Cupo de Crédito.

Por último, en relación con las observaciones presentadas por la EP Autopista Perimetral, se observa que, presuntamente, la aprobación el Cupo de Crédito General aportado por la EP OHL, se encuentra condicionada.

*Para resolver esta inquietud, la cual no sólo no tiene sustento sino que, en adición, demuestra un desconocimiento grave por parte de esta estructura plural del Pliego de Condiciones del presente proceso, es importante transcribir lo que los Pliegos establecen, en relación con el condicionamiento de la **APROBACIÓN** del Cupo:*

*"3.10.1 Cupo de crédito general: "No serán aceptables certificaciones de intención, ni pre-aprobaciones, ni cartas sujetas a condiciones suspensivas o resolutorias **para su aprobación.**"*

Lo antes transcrito es evidente. La exigencia del Pliego de Condiciones se dirige a evitar que se presenten con la Oferta, cupos no aprobados, en donde la aprobación esté sujeta a condiciones suspensivas o resolutorias.

*La anterior, ya que la entidad pública, como de manera expresa lo contempla el Pliego de Condiciones, lo que busca con el cupo aportado por el Oferente es "**corroborar y verificar que la capacidad financiera de los Precalificados se mantenga al momento de la presentación de la oferta**".*

*En consecuencia, el fin perseguido por la ANI no es otro que el de verificar, mediante la **APROBACIÓN** que efectúe una entidad financiera, de un Cupo de Crédito General, que la capacidad financiera acreditada en la etapa de precalificación, se mantenga.*

Lo anterior, se cumplió de manera absoluta por la EP OHL, ya que, como se evidencia a folio 037 de la oferta presentada por esta estructura plural, el BANCO CORPBANCA COLOMBIA SA, certificó que OHL CONCESIONES SAS, tiene aprobado con dicho banco un cupo de crédito por un valor de \$ 114.969.000.000.

*Por tanto, es evidente que estando **ya aprobado el cupo de crédito**, no existen limitaciones o condicionamientos para la aprobación del mismo. De existir tales, el cupo no estaría aprobado ni tampoco vigente (El banco CORPBANCA COLOMBIA SA, en la certificación del cupo aprobado, expresó que el mismo se encuentra **VIGENTE** por un plazo de dieciocho (18) meses. Lo anterior, evidencia de igual manera que el mismo fue aprobado.)*

*En lo que respecta a los apartes transcritos por la EP Autopista Perimetral, del Acta de Aprobación del Cupo de Crédito aportado por la EP OHL, es evidente que los mismos se refieren a **eventuales desembolsos y no a la aprobación del cupo.***

*Tal como de manera clara se evidencia en la certificación que se adjunta al presente documento, el Cupo fue **debidamente aprobado** por el Banco CORPBANCA COLOMBIA SA, siguiendo cada uno de los requisitos exigidos por el Pliego de Condiciones y sus anexos, no habiendo estado ni estando la aprobación del mismo, sujeta a condición resolutoria o suspensiva alguna. Lo anterior, permite a la ANI verificar y*

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

corroborar con certeza que, la Capacidad Financiera acreditada por la EP OHL en la etapa de precalificación, se ha mantenido y se mantiene, conforme a lo exigido por el Pliego de Condiciones.

En consecuencia, de manera respetuosa, solicito a la ANI desechar por completo la observación presentada por la EP Autopista Perimetral, por no contar la misma con sustento legal, probatorio y/o fáctico alguno. De hecho, la formulación de esta observación, evidencia el desconocimiento palmario por parte de esta estructura plural, de las reglas; que regulan el presente proceso de selección. Lo anterior, se soporta igualmente en la certificación expedida por el Banco Corpbanca Colombia SA, la cual se adjunta al presente documento.

2. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI - GRODCO (EN ADELANTE "EP SHIKUN-GRODCO")

2.1. Irregularidades sustanciales en la Garantía de Seriedad de la Oferta.

2.1.1. No se presentó garantía de seriedad de la oferta, bajo el clausulado obligatorio exigido por la ANI.

El Apoderado Común de la EP SHIKUN-GRODCO manifiesta que el clausulado general de la Póliza allegada por la EP OHL, no es el que aplica para el contrato de seguro suscrito entre ésta y las coaseguradoras que expidieron la garantía a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI. Lo anterior, debido a que en la Caratula de la Póliza se menciona la sujeción de la misma, al Decreto 734 de 2012.

En relación con este argumento, a todas luces injustificado, debe recordar la EP SHIKUN-GRODCO que el propio Pliego de Condiciones, en su numeral 1.11, sujeta el proceso de licitación VJ-VE-IP-LP-010-2013, al cumplimiento de lo establecido por el Decreto 734. El Pliego contempla:

*"Además, de conformidad con la Resolución 875 del 13 de agosto de 2013, publicada en el Secop el 13 de agosto de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI- se acogió al periodo de transición establecido en el Decreto 1510 de 2013, **por lo cual el Decreto 734 de 2012 es aplicable a este proceso //citeratorio**"*

De lo anterior resulta evidente que la Aseguradora, en la Carátula, debía especificar que la Garantía expedida debía sujetarse a dicho reglamento. No podía, como de manera desafortunada lo sugiere la EP SHIKUN-GRODCO, abstenerse de mencionar y sujetar la Póliza expedida, al cumplimiento de esta normativa, más aún cuando el cumplimiento de este Decreto, en nada se opone a los términos generales y particulares de la Póliza. Por el contrario, su remisión resulta obligatoria tal como lo obliga el Pliego de Condiciones.

*Por otra parte, es importante recordar que la póliza expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.**, y titulada: "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI", fue depositada **CON SUS CONDICIONES GENERALES**, ante la Superintendencia Financiera de Colombia (Único condicionado general para las pólizas: "Póliza de cumplimiento para contratos estatales a favor de la agencia nacional de infraestructura (ANI)").*

Este hecho, significa que las condiciones generales de este tipo de seguro, conforme al registro efectuado, SIEMPRE son las mismas. Lo anterior, desvirtúa por completo el argumento confuso de la EP SHIKUN-GRODCO, según el cual, la remisión efectuada en la Carátula al Decreto 734, remisión que como se explicó era obligatoria, genera automáticamente que las condiciones generales aportadas por la EP OHL, no coincidan con la Caratula de la Póliza.

De esta manera, al ser la Póliza número BO 2356406 de aquellas denominadas "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

INFRAESTRUCTURA - ANI", cuyos tomadores son OHL Concesiones Colombia SAS y OHL Concesiones Chile SA, miembros de la EP OHL, se sujetó a dichos términos depositados ante la Superintendencia Financiera, tal como consta en el título de la Carátula y en las condiciones de dicho amparo, las cuales se allegaron con la Oferta y se encuentran a folios 060 a 065 de la misma.

Estas condiciones (folios 060 y 065) al corresponder integralmente al seguro denominado "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI", rigen de manera total e inequívoca todos los términos de la Póliza expedida por Liberty Seguros SA (folio 065), identificada y particularizada con el número BO 2356406. Lo anterior, no sólo se evidencia, como ya se explicó, en el título incluido en la Carátula de esta Póliza, sino que en adición, en la última página de las condiciones aplicables (folio 065) a esta Póliza, se identifica de manera clara e inequívoca que estos términos corresponden a la PÓLIZA BO 2356406.

En consecuencia, la observación presentada por la EP SHIKUN-GRODCO, fundada en la simple afirmación de que la remisión al Decreto 734 de 2012, imposibilita la aplicación de las condiciones generales allegadas con la Póliza BO 2356406, carece de todo sustento lógico, legal y fáctico, conforme a que quienes suscriben la Póliza, de manera clara y expresa, sujetaron la misma a los términos contenidos a folios 060 y 065 de la Oferta, tal como se evidencia: (i) en los términos depositados ante Superintendencia Financiera; (ii) en el título de la Caratula de la Póliza; y (iii) en el folio 065 de la Oferta, en donde se vincula claramente las condiciones generales aplicables a esta garantía (folios 060 a 065) con la Caratula (condiciones específicas) y la Póliza expedida, cuyo número único (identificación) es: **PÓLIZA BO 2356406**. En adición, tal como fue explicado, por expresa disposición del Pliego de Condiciones, la Póliza debía sujetarse en todo al Decreto 734 de 2012 y, por tal razón, se efectuó la referencia, en la Caratula de la Póliza, a dicho Decreto. (Confunde el opositor la referencia que se hace al Decreto 734 de 2012 que, simplemente da cumplimiento al artículo 3.8.1. de los pliegos de condiciones para la licitación que a la letra dice: "para garantizar los términos de la oferta y para que pueda ser considerada, cada oferente deberá incluir en su oferta una garantía de seriedad en los términos del Decreto 734 DE 2012".)

Lo anterior, también se evidencia en la certificación expedida y suscrita por Liberty Seguros SA, Seguros Generales Suramericana SA y Seguros Comerciales Bolívar SA, la cual se adjunta al presente al escrito, en la cual se ratifican los términos aplicables a la Póliza número BO 2356406.

De igual manera, lo antes explicado ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia, mediante la formulación de la denominada "teoría de las condiciones generales", en virtud de la cual, al no ser posible incluir en la Carátula todos los términos aplicables a la Póliza, se hace necesario sujetar la misma a ciertas condiciones generales las cuales, tal como se explicó, fueron allegadas por el oferente EP OHL con su oferta (folios 060 a 065). (Corte Constitucional. Sentencia T-015/2012 de 20 de enero de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa, Corte Suprema de justicia Sala Civil. Sentencia del 2 de mayo de 2000. Expediente No. 6291. M.P. Jorge Santos Ballesteros)

En consecuencia, lo cierto, lo incuestionable, es que en el presente caso, al estar íntimamente relacionadas las condiciones generales con las especiales, tal como se explicó con anterioridad, la garantía otorgada por **LIBERTY SEGUROS S.A.**, es fiel reflejo de las condiciones depositadas ante la Superintendencia Financiera para este tipo de contratos.

Por otra parte, sin sustento alguno, el Observante afirma que la garantía de seriedad de la oferta, constituida mediante póliza de seguro, no responde a las "reglas mínimas" exigidas en el Pliego de Condiciones. No obstante lo anterior, en ningún aparte de su observación, se detiene a argumentar por qué la garantía de seriedad de la oferta no cumple con lo exigido por el Pliego de Condiciones y por qué, no permitiría cumplir con su finalidad ("garantizar la seriedad de la oferta") (Al parecer, el Observante confunde dos figuras distintas y a través de este yerro, pretende que se rechace una oferta válidamente presentada: la garantía de seriedad de la oferta y la garantía única de cumplimiento, son instituciones con finalidades por completo diferentes y suscritas en instancias procesales disímiles, tan es así que una causal para hacer efectiva la

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

primera es la falta de suscripción de la segunda. En consecuencia, llama la atención que el Observante se detenga a reprochar esta garantía de seriedad de la oferta, sin siquiera demostrar por qué ésta no cumple con lo exigido en el Pliego de Condiciones.)

*En relación con todo lo ya explicado, no sobra advertir que, cuando la ANI revisó y evaluó la oferta presentada por la EP OHL, encontró que la misma cumplía en todo, demostrando así su aceptación, por considerar que las condiciones generales de la misma, eran precisamente el soporte de las siguientes condiciones particulares: (i) que la garantía sea otorgada a favor de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI; (ii) que se señale el número de la licitación pública; (iii) tener por tomador al oferente, y si tuviera varios miembros, a todos ellos; (iv) que el valor asegurado ascienda a la suma de \$41.375.000.000,00; (v) que sea expedida por una compañía de seguros autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia para funcionar en Colombia; (vi) **Cumplir con los requisitos del Decreto 734 de 2012 (Título V)**; (vii) Permanecer vigente por seis (6) meses desde la Fecha de Cierre; y (viii) Cubrir los siguientes amparos: 1. Perjuicios derivados del incumplimiento de la Oferta en caso de que el Oferente en la presente Licitación Pública resulte Adjudicatario de la misma. 2. La no suscripción del Contrato de Concesión sin justa causa, en los términos y dentro de los plazos y condiciones previstos en este Pliego de Condiciones. 3. La no ampliación de la vigencia de la Garantía de Seriedad de la oferta cuando el término previsto en el presente Pliego de Condiciones para la Adjudicación del Contrato de Concesión se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del Contrato se prorrogue. 4. La falta de otorgamiento por parte del SPV, de la Garantía de Cumplimiento exigida por la ANI para amparar el incumplimiento de las obligaciones del Contrato, con el lleno de las condiciones y requisitos que correspondan, según los términos aquí previstos y conforme a lo requerido por la Ley. 5. El no cumplimiento de los requisitos previstos en el Contrato para la suscripción del Acta de Inicio de ejecución. 6. El retiro de la Oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las Ofertas. 7. El haber manifestado ser MIPYME para la convocatoria de un proceso contractual sin cumplir los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición.*

Por último, es importante recordar que las objeciones formuladas por un tercero, carecen de legitimación, toda vez que las partes, esto es, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI, el oferente afianzado, y las coaseguradoras que expiden la garantía, han expresado unánimemente su consentimiento, en unas específicas condiciones generales y particulares, que no dejan duda acerca de las cláusulas que regulan el contrato de seguro, que para infortunio del opositor, es legalmente consensual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1036 del Código de Comercio.

2.1.2. El clausulado no se ajusta al apéndice financiero 3 - otros aspectos relevantes. El clausulado no incluye el amparo de calidad del servicio.

Esta afirmación, así como la anterior, carece de todo sustento. Basta revisar los anexos de la póliza, y en especial, la cláusula vigésima sexta (folio 065 de la Oferta presentada por EP OHL), que ampara la calidad del servicio en los mismos términos en que lo exige la ANI. Es menester señalar que los anexos de las pólizas, hacen parte integrante de la misma, como lo establece el artículo 1048 del Código de Comercio, el cual a su letra dice:

"ARTÍCULO 1048. DOCUMENTOS ADICIONALES QUE HACEN PARTE DE LA PÓLIZA. *Hacen parte de la póliza:*

- 1) *La solicitud de seguro firmada por el tomador, y*
- 2) **LOS ANEXOS QUE SE EMITAN PARA ADICIONAR. MODIFICAR. SUSPENDER, RENOVAR O REVOCAR LA PÓLIZA.**

PARÁGRAFO. *El tomador podrá en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le dé copia debidamente autorizada de la solicitud y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo." (Subrayas y negrilla fuera de texto).*

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

2.1.3. El clausulado incluye un texto adicional "de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011".

La afirmación, por demás irrelevante por tratarse de normas de orden público que el consenso entre las partes no tiene la potestad de desconocer, parte de la remisión expresa que el Pliego de Condiciones hace a la aplicabilidad del Decreto 734 de 2012 el cual, en su artículo 5.1., se refiere expresamente a la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Dice el artículo 5.1.13, lo siguiente:

'ARTÍCULO 5.1.13. EFECTIVIDAD DE LAS GARANTÍAS. Cuando se presente alguno de los eventos de incumplimiento cubiertos por las garantías previstas en este decreto, la entidad contratante procederá a hacerlas efectivas de la siguiente forma:

5.1.13.1 En caso de caducidad, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal o a cuantificar el monto del perjuicio y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

5.1.13.2 En caso de aplicación de multas, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye el siniestro en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro.

5.1.13.3 En los demás casos de incumplimiento, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista y de su garante de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual declarará el incumplimiento, procederá a cuantificar el monto de la pérdida o a hacer efectiva la cláusula penal, si ella está pactada y a ordenar su pago tanto al contratista como al garante. Para este evento el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro."

En adición, si se revisa el Apéndice 3 (páginas 9 y 10), tantas veces mencionado por la EP SHIKUN-GRODCO, se verá con claridad que las condiciones antes mencionadas, son de hecho exigidas por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

2.1.4. El clausulado modifica la numeración prevista en el apéndice 3

*Las condiciones de la póliza expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.**, denominada "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI", coinciden con exactitud con las exigencias realizadas por la Entidad asegurada y las condiciones establecidas por ésta en los Pliegos y en el Apéndice 3.*

Alegar que la numeración no coincide, resulta no sólo inocuo sino además al exceso formalista. No se entiende como un Oferente serio es capaz de efectuar este tipo de observación, la cual lejos de contribuir a la valoración objetiva de las propuestas, obstaculiza el adecuado desarrollo del presente proceso de selección. Es importante recordarle a la EP SHIKUN-GRODCO que la ANI lidera un proceso de transparencia y eficiencia, el cual busca eliminar antiguas prácticas que torpedeaban los procesos, tales como la que se analiza.

Por último, ante el desconocimiento palmario de la EP SHIKUN-GRODCO, del Pliego de Condiciones que rige el presente proceso, a continuación transcribo el numeral 3.8.10:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

"La no presentación de la Garantía de Seriedad, produce el rechazo de la Oferta. Si la garantía se presenta, pero adolece de errores en su constitución, según lo solicitado en este numeral, la ANI podrá solicitar su corrección. Si dicha corrección no se entrega por el Oferente a satisfacción de la ANI en el plazo señalado, se entenderá que el Oferente carece de voluntad de participación y su Oferta será rechazada".

Conforme a lo anterior, en la remota hipótesis en que la ANI concluyera que es necesario aclarar la póliza expedida por LIBERTY SEGUROS S.A., lo cual consideramos no es necesario conforme lo explicamos y probamos con anterioridad, la ANI tiene la facultad expresa de solicitar aclaraciones e inclusive correcciones sin que esto configure causal de rechazo de la Oferta. El único evento que puede generar esta sanción es la no presentación de la Garantía correspondiente.

Le recordamos también a la EP SHIKUN-GRODCO, lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, el cual establece:

"Parágrafo 1º. 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. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización."

Al amparo de lo allí expuesto, es perfectamente posible concluir que, como la garantía de seriedad de la oferta no es un documento necesario para la comparación de las ofertas, ni implica la asignación de puntaje a los proponentes, estos pueden corregir, de presentarse, los errores en ella contenidos.

Este entendimiento, contrario a lo señalado por el Observante, es a su vez ratificado por la Agencia Nacional de Infraestructura en el Pliego de Condiciones al estipular que: "En los términos del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, **la Agencia podrá solicitar a los Oferentes los requisitos o documentos que fueren necesarios para subsanar o aclarar sus Ofertas**, de conformidad con las siguientes reglas: **La Agencia podrá solicitar a los Proponentes los requisitos o documentos que no afecten la asignación de puntaje** (es decir los requisitos o documentos que verifiquen las condiciones del Oferente o que soporten el contenido de la Oferta y que no constituyan los factores de escogencia establecidos en el presente Pliego de Condiciones), a fin de subsanar la Oferta" (Negrilla fuera de texto) (Numeral 5.5. Pliego de Condiciones.)

Esta posición ha sido avalada por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la cual ha sostenido que: "La presentación de la garantía de seriedad de la oferta puede acreditarse con posterioridad a la presentación de la oferta, **y la corrección de errores contenidos en esta también puede acreditarse antes de la adjudicación.**" (Colombia Compra Eficiente. Circular Externa No; 13 del 13 de junio de 2014.).

En igual sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al afirmar, en sentencia de 26 de febrero del presente año, con Ponencia del doctor Enrique Gil Botero, dijo el alto tribunal:

"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."

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

En conclusión, tal como quedó claramente establecido en el presente documento, la Póliza cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley y los Pliegos. En adición, y sólo para ilustrar a la EP SHIKUN-GRODCO, resulta importante recordarle que su afirmación en relación con la prohibición de efectuar cambios y modificaciones a la Póliza válidamente allegada con la oferta, no tiene sustento legal ni jurisprudencial alguno. Como fundamento de esta conclusión, se transcribieron apartes legales, de los pliegos y jurisprudenciales, para que el EP SHIKUN-GRODCO entienda la regulación existente sobre este tema. Por tanto, esta observación debe ser desechada de plano por ser del todo improcedente.

2.2. Observaciones en relación con la carta de presentación de la Oferta.

La EP SHIKUN-GRODCO, manifiesta que, al haberse designado más de un apoderado común por parte de la EP OHL, se vulnera el Pliego de Condiciones del proceso VJ-VE-IP-LP-010 de 2013.

Su afirmación, la sustenta en algunos apartes del Pliego en donde se menciona la figura del "Apoderado Común" en singular y no en plural, así como en una respuesta dada por la ANI, a una pregunta relacionada con la posibilidad de nombrar suplentes del Apoderado Común.

Con todo respeto, respecto de este tipo de observaciones es que consideramos que la EP SHIKUN-GRODCO, desconoce abiertamente a lo que esta estructura plural se comprometió en el Pacto de Transparencia.

Es tan evidente la ausencia de fundamento legal de su observación, que no deberíamos detenernos ni siquiera a desvirtuar la misma. Sin embargo, aprovecharemos esta oportunidad para recordarle a esta estructura plural algunas normas básicas sobre representación:

El Código Civil colombiano, en su artículo 2125 establece:

"ARTICULO 2152. PLURALIDAD DE MANDANTES Y MANDATARIOS. Puede haber uno o más mandantes, y uno o más mandatarios."

Por tanto, por LEY, existe habilitación jurídica para nombrar más de un apoderado, existiendo libertad para que las partes decidan o no efectuarlo.

Lo anterior, en materia comercial también es evidente y claro. Para efectos del mandato comercial, el artículo 1271 del Código de Comercio contempla:

"ARTÍCULO 1272. PLURALIDAD DE MANDATARIOS. Cuando el mandato se confiera a varias personas, cada uno de los mandatarios podrá obrar separadamente (...). Si conforme al contrato, los mandatarios deben obrar conjuntamente, serán solidariamente responsables para con el mandante."

Por otra parte, en lo que respecta al procedimiento civil, el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil expresa:

ARTÍCULO 44. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y PARA COMPARECER AL PROCESO. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso. Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales. **Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes**, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos. Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga **varios representantes o mandatarios generales distintos de aquéllos podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente.** Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio.

De igual manera, el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a la designación de apoderados contempla:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

ARTÍCULO 66. DESIGNACIÓN DE APODERADOS. *En ningún proceso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona; si en el poder se mencionan varios, se considerará como principal el primero y los demás como sustitutos en su orden. Para recursos, diligencias o audiencias que se determinen, podrá designarse un apoderado diferente de quien actúa en el proceso. (...)"*

*En consecuencia, es claro como la Ley permite la designación de más de un apoderado y, mal podría el Pliego de Condiciones, como en efecto **NO** lo hace, prohibir esta facultad otorgada por Ley.*

El sólo hecho de que en algunos apartes del Pliego y en una respuesta dada por la ANI, se haga referencia al Apoderado Común en singular, no significa que no pueda nombrarse más de un apoderado dentro de proceso. Concluir lo contrario no sólo es un absurdo lógico, sino que además, iría en contra de expresa disposición legal. (El observante hace uso de una respuesta de la ANI y concluye que el que pueda haber apoderado común suplente, significa que se prohíbe per se la posibilidad de que existan apoderados comunes (en plural), lo cual no solo implica sacar de contexto la respuesta de la entidad sino que le da una interpretación por completo restrictiva y que no tiene cabida.)

En adición, el Observante omite lo establecido por el Pliego de Condiciones en el sentido de que "Los términos definidos en singular, incluyen su acepción en plural cuando a ella hubiere lugar, y aquellos definidos en género masculino incluyen su acepción en género femenino cuando a ello hubiere lugar" (Numeral 1.3.2 (g). Pliego de Condiciones.). En consecuencia, el hecho de que se haga mención al Apoderado Común y que éste sea definido en singular no significa que se prohíba el nombramiento de varios apoderados comunes.

*Por otra parte, cuando en la carta de presentación de la oferta se designan como apoderados comunes a Miguel Ignacio Castro Muñoz **y/o** a Patricia Arrázola Bustillo, debe entenderse que el nombramiento es para uno y otro **o para uno u otro**; es decir, no se encuentra dado en términos específicos y expuestos para que se entienda que los dos ocupan el cargo de manera simultánea, sino que cualquiera de los dos puede actuar como apoderado común según se requiera. Prueba de lo anterior, es que tanto la Carta de Presentación de la Oferta, como los demás anexos requeridos por el Pliego, fueron suscritos exclusivamente por Miguel Ignacio Castro Muñoz, en su calidad de Apoderado Común.*

Vale la pena recordar que la figura del Apoderado Común tiene como objetivo que una misma persona o personas representen a todos los miembros de una estructura plural, y evitar que cada uno de ellos esté representado por un apoderado. Este objetivo se cumple para 1a EP OHL. Así mismo, al nombrar más de un posible apoderado, los miembros de la EP OHL están actuando como hombres de negocios diligentes y prudentes, evitando que por cualquier hecho ajeno a ellos, la EP se quede sin representación.

En consecuencia, de manera respetuosa, solicito a la ANI desechar por completo la observación presentada por la EP SHIKUN-GRODCO, por no contar la misma con sustento legal, probatorio y/o fáctico alguno. De hecho, la formulación de esta observación, evidencia el desconocimiento de esta estructura plural de las normas legales básicas acerca de representación y mandato.

2.3. Observaciones en relación con el compromiso de vincular personal beneficiario del programa de reincorporación a la vida civil.

En relación con esta observación, manifiesto, en mi calidad de Apoderado Común de la EP OHL que, el certificado de Compromiso de Vinculación de Reincorporados, presentado por la EP OHL con su Oferta (folio 052), en virtud de lo exigido por el numeral 3.11 del Pliego de Condiciones, fue presentado con destino al proceso VJ-VE-IP-LP-010-2013 y no al proceso VJ- VE-IP-LP-006-2013.

En consecuencia, este simple error de digitación es aclarado mediante la certificación que se adjunta al presente escrito".

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

**II. PROPONENTE No. 2 ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE
CUNDINAMARCA SPV (Oficio No. 2014-409-030671-2)**

**1. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN
& BINUI – GRODCO.**

1.1. Irregularidades sustanciales en la Garantía de Seriedad de la Oferta

Frente a estas observaciones es necesario precisar que la pretendida especificidad que aduce SHIKUN & BINUI – GRODCO en relación con las condiciones particulares frente a la convención que garantiza, hace imposible su inclusión en las condiciones generales, En efecto, las condiciones generales señalan los aspectos macro de la convención, por lo que no pueden contener el detalle específico e individual de cada una de las condiciones particulares. En este sentido, el argumento del proponente referido a la falta de inclusión de las condiciones generales dentro de las condiciones particulares del contrato de seguro celebrado, desconoce los aspectos regulados por Ley en relación con los contratos de seguro.

En este sentido, se aporta con este documento la certificación emitida por el pool asegurador que expidió la garantía de seriedad, en la cual se reitera que la póliza aportada ampara todas las contingencias exigidas en el Apéndice Financiero 3 del Pliego de Condiciones.

Por lo anterior, no son procedentes las objeciones de este aparte, como se explicará a continuación.

- No se presentó garantía de seriedad de la oferta bajo el clausulado obligatorio exigido por la ANI

(...) es necesario precisar que la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010 de 2013 se rige, entre otras disposiciones, por las contenidas en el Decreto 734 de 2012, como con toda claridad lo afirmó la ANI en el numeral 1.11 del pliego de condiciones, en los siguientes términos:

“Además, de conformidad con la Resolución 875 del 13 de agosto de 2013, publicada en el Secop el 13 de agosto de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI – se acogió al periodo de transición establecido en el Decreto 1510 de 2013, por lo cual el Decreto 734 de 2012 es aplicable a este proceso licitatorio”.

Adicionalmente, para el caso particular de la garantía de seriedad, se exige que ésta se rija por el mencionado Decreto como se puede constatar en el numeral 3.8.1 del Pliego de Condiciones, que señala: “Para garantizar los términos de la Oferta y para que pueda ser considerada, cada Oferente deberá incluir en su Oferta una Garantía de Seriedad, en los términos del Decreto 734 de 2012 (Título V)” (Se subraya). Haber presentado una póliza que no se rigiera por el Decreto 734 de 2012, sería desconocer los requisitos expresos del Pliego de Condiciones. No sobra recordar que el numeral 2.3.1 literal (c) del Pliego de Condiciones, establece: “Ni los documentos que contienen las respuestas otorgadas por la ANI, ni las respuestas se entenderán como modificaciones al Pliego de Condiciones. Las modificaciones a este Pliego de Condiciones serán realizadas por la ANI siguiendo el procedimiento de Adendas que se describe más adelante” (se subraya).

De acogerse el criterio interpretativo del observante según el cual las respuestas obligan a la Entidad, se tendría como resultado la inaplicabilidad del Decreto 734 de 2012 para esta licitación pública y, en especial, para los aspectos relativos a la constitución de garantías en favor de la ANI, lo cual significaría una modificación al Pliego de Condiciones a partir de las respuestas que transcribió el apoderado común del observante.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Nótese entonces que el régimen legal de garantías que rige este proceso contractual, es el establecido en el capítulo correspondiente del Decreto 734 de 2012. Es por esta razón, que la carátula de la póliza hace referencia a la versión mencionada por quien hace la observación, circunstancia que resulta congruente con las disposiciones legales de orden público aplicables a la Licitación Pública y que, por ende, no resultan de manera alguna contrarias al Pliego de Condiciones. Ahora bien, resulta extraño que el apoderado común de Shikun & Binui – Grodco acuda a la página web de Liberty Seguros S.A. para consultar el clausulado general de la póliza, cuando en la propuesta a folios 120 a 125 se encuentra dicho clausulado, el cual corresponde al Apéndice Financiero 3 del Pliego de Condiciones. En efecto, en el numeral 1 del clausulado (folio 120) denominado RIESGOS AMPARADOS, se puede leer:

LIBERTY SEGUROS S.A., SOCIEDAD LEGAL Y DEBIDAMENTE ESTABLECIDA EN COLOMBIA, LA CUAL EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ “LIBERTY”, OTORGA A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI -, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ LA ANI, ENTIDAD ASEGURADA Y BENEFICIARIA, LOS AMPAROS ESPECIFICADOS EN LA CARÁTULA DE ESTA PÓLIZA CON SUJECIÓN, EN SU ALCANCE Y CONTENIDO, A LAS CONDICIONES GENERALES Y PARTICULARES DE LA MISMA Y SIN EXCEDER EL CORRESPONDIENTE VALOR ASEGURADO, DE ACUERDO CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1079 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EN EL DECRETO 734 DE ABRIL 13 DE 2012, SEFÚN LAS DEFINICIONES Y ALCANCE QUE DE LOS RESPECTIVOS AMPAROS A CONTINUACIÓN SE ESTIPULAN:

Al comparar este texto con el Apéndice Financiero 3 se encuentra que son iguales. Por lo anterior, no hay lugar a calificar como no cumple la oferta.

Por lo anterior, carece de sustento la observación realizada.

- **El clausulado no se ajusta al Apéndice Financiero 3 – “La sanción que se derive del incumplimiento”.**

(...) señalamos que la pretendida distinción que hace el apoderado común de Shikun & Binui – Grodco entre las expresiones “los perjuicios derivados del incumplimiento de la oferta” y “el pago a la ANI de la sanción que se derive del incumplimiento del ofrecimiento en los siguientes eventos”, con relación a la obligación de garantizar aquellas circunstancias previstas en el numeral 3.8.7 del Pliego de Condiciones, no tiene ningún efecto jurídico en contra de los intereses de la Entidad. Lo cierto es que la garantía de seriedad tomada por los integrantes de AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV ampara los riesgos y supuestos enlistados en el numeral 3.8.7 del Pliego, incluyendo, como es apenas natural en este tipo de contratos de seguro, el pago de los perjuicios derivados de los incumplimientos, en el evento de que ocurran.

Por lo anterior, carece de sustento la observación realizada.

- **El clausulado no se ajusta al Apéndice Financiero 3 – “Manifestación Mipyme”.**

Sobre este particular, como el propio observante lo manifiesta, en el clausulado de la póliza se encuentra amparado el incumplimiento del ofrecimiento derivado de haber manifestado ser MIPYME para limitar la convocatoria de un proceso contractual, sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa para tener tal condición. Lo anterior está probado a folio 120 de la propuesta. Por lo anterior, carece de sustento la observación realizada.

- **El clausulado no se ajusta al Apéndice Financiero 3 – Otros aspectos relevantes.**

La primera observación que hace el proponente consiste en afirmar que la póliza de seguro No. 2358346 supuestamente no incluye el amparo de calidad de servicio expresamente requerido en el Apéndice Financiero 3. Contrariamente a lo afirmado por Shikun & Binui – Grodco, en la cláusula vigésimosexta del clausulado general de la póliza, a folio 124 de la propuesta, se puede leer:

26. ANEXOS

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

De acuerdo con el tipo de contrato, en la SECCIÓN I se deberán incluir los amparos descritos a continuación según sean requeridos por la AGENCIA.

26.1. AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO: MEDIANTE ESTE AMPARO SE CUBRE A LA ANI CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR ÉSTA, IMPUTABLES AL CONTRATISTA GARANTIZADO, QUE SURJAN CON POSTERIORIDAD A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y QUE SE DERIVAN DE: (I) LA MALA CALIDAD O INSUFICIENCIA DE LOS PRODUCTOS DE CONSULTORÍA O, (II) LA MALA CALIDAD DEL SERVICIO PRESTADO, TENIENDO EN CUENTA LAS CONDICIONES PACTADAS EN EL CONTRATO.

ESTE AMPARO COMENZARÁ SU VIGENCIA A PARTIR DEL ACTA DE ENTREGA DEL SERVICIO CONTRATADO. Como se aprecia, carece de razón el proponente cuando formula su observación.

La segunda observación señala que el clausulado que obra a folio 122 “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”. Sobre este particular sólo debe resaltarse que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contiene una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento para todas las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, según la cual deberán observar el procedimiento allí descrito previamente a la declaratoria de incumplimientos e imposición de sanciones contractuales. De hecho, la propia minuta del Contrato de Concesión – Parte General, publicada por la ANI, establece en su numeral 10.3 que el procedimiento para la imposición de multas será el previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, el texto del clausulado de la póliza, lejos de contrariar disposición alguna del pliego de condiciones, acata los preceptos normativos aplicables a los supuestos señalados en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 del clausulado general.

Finalmente, Shikun & Binui – Grodco aduce en esta observación que la numeración de los artículos del clausulado general del seguro no corresponde con la numeración del Apéndice Financiero 3 y que, por tal motivo, la propuesta debe ser declarada como no hábil. Esta insubstancial observación (...) está expresamente prohibida por el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, que establece:

“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto” (Énfasis añadido). Por lo anterior, carece de sustento la observación realizada.

- **La Sucursal en Colombia de Ortíz Construcciones como tomador de la póliza.**

(...) el apoderado de la estructura plural parte de un supuesto que no se ajusta a Derecho y según el cual la sociedad extranjera y su sucursal son dos personas jurídicas diferentes. Esta posición es contraria a lo dispuesto en el Código de Comercio y a lo dicho por la Superintendencia de Sociedades a través de diversos conceptos en los que se ha analizado este tema, Es así como la Superintendencia de Sociedades, en el Oficio 220 – 078041 de 2013, dijo:

“Dicho en otras palabras “La sucursal de una sociedad, nacional o extranjera, es un establecimiento de comercio perteneciente a una sociedad que solo desarrolla actividades encomendadas por la matriz, conformada por un conjunto de bienes corporales e incorporales, carente de personería jurídica, valga decir que la matriz y la sucursal tienen una sola personalidad jurídica, la sucursal es una prolongación de la matriz y forma parte de su mismo patrimonio y tiene como fin esencial realizar actividades propias del objeto social de la principal en donde esta última se beneficia o se perjudica por los actos realizados por la sucursal. Igualmente es la matriz quien adquiere los derechos que de su personalidad se derivan”.

En otra oportunidad, la Superintendencia de Sociedades señaló en el Concepto 220 – 45979, lo siguiente: “Ello indica que la compañía extranjera no es un tercero absoluto, ni un tercero relativo con respecto a las acciones u omisiones de su representante, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 485 ídem “La sociedad

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de la celebración de cada negocio”. Con fundamento en lo anterior, **podemos insistir en que la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la casa matriz por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal cierras facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica creadora de este instrumento de descentralización e internacionalización del capitalismo**” (La negrilla no es del texto).

En consecuencia, las casas matrices y sus sucursales son una misma persona jurídica, por lo que cualquier obligación que contraiga la sucursal se entiende contraída por la sociedad extranjera. Es justamente esta premisa la que argumenta la Superintendencia de Sociedades en el concepto traído a colación por el apoderado común de Shikun & Binui – Grodco. De esa forma, si la sucursal de una sociedad extranjera adquiere unas acciones en Colombia, se entienden adquiridas por la casa matriz. En este sentido, la firma de una póliza en condición de tomador por parte de la sucursal en Colombia de Ortíz Construcciones y Proyecto S.A., significa que es Ortíz Construcciones y Proyectos S.A. quien está tomando la póliza de seguros. Como consecuencia de ello y como se observa en la póliza, el asegurado es Ortíz Construcciones y Proyecto S.A.

(...) Por las anteriores razones, la observación no es procedente.

1.2. Puntaje por Apoyo a la Industria Nacional y Acreditación de Reciprocidad.

El apoderado de Shikun & Binui – Grodco interpreta en forma equivocada el Pliego de Condiciones al pretender extender a las sociedades extranjeras con sucursal en Colombia, los requisitos que se le exigen a las sociedades extranjeras sin sucursal en el país. En efecto, el numeral 4.4.3 del Pliego de Condiciones señala:

“El oferente extranjero sin sucursal o domicilio en Colombia que pretenda recibir el trato nacional de conformidad con el numeral 4.4.1 deberá aportar dentro del sobre No. 1 – de ser el caso – los documentos del cual trata el artículo 4.2.6 del Decreto 734 de 2012, sin perjuicio de que en los eventos en que dicha información esté consignada en el SECOP la ANI verifique tal situación directamente”.

Con meridiana claridad el Pliego de Condiciones impone la obligación de acreditar el trato nacional para aquellas personas extranjeras con sucursal en Colombia, hipótesis en la que no se encuentra Ortíz Construcciones y Proyectos S.A., por cuanto ésta sociedad extranjera tiene sucursal establecida en Colombia, como se acreditó en los documentos de la manifestación de interés.

Adicionalmente, la Ley 1669 de 20013 aprobó el TLC con Europa, en la que en su artículo 175 se establece la reciprocidad en el trato de las empresas de origen europeo, en los siguientes términos:

“1. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta:

- (a) La parte UE, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de los Países Andinos signatarios y a los proveedores de los Países Andinos signatarios que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores;
- (b) Cada País Andino signatario, incluidas sus entidades contratantes, otorgarán inmediata e incondicionalmente a las mercancías y servicios de la parte UE, y a los proveedores de la Parte UE que ofrezcan tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el trato otorgado a sus propias mercancías, servicios y proveedores.

1. Con respecto a cualquier medida relativa a la contratación pública cubierta, una Parte, incluidas sus entidades contratantes, no deberá:

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

- (a) *Dar a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que el otorgado a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; o,*
- (b) *Discriminar a un proveedor establecido en su territorio en razón de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación pública sean mercancías o servicios de otra Parte”.*

(...)

Por las anteriores razones, la observación no es procedente.

1.3. Alcance del Acta del Consejo de Administración del 6 de mayo de 2014 de Ortíz Construcciones y Proyectos S.A.

*El literal a) del numeral 3.2.2 del Pliego de Condiciones establece: “Autorizaciones adicionales, En los eventos descritos en el numeral 3.2.1 (a) de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá acreditar su capacidad jurídica – o las de su(s) miembros(s) **que hayan condicionado su acreditación durante la Precalificación según corresponda – para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública,** aportando los siguientes documentos:*

- (i) *Autorizaciones, aprobaciones y/o ratificaciones necesarias por parte de los órganos Sociales Competentes de las personas jurídicas cuando las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (...)* (énfasis añadido).

Como se aprecia, el Pliego de Condiciones exige la acreditación de las autorizaciones y/o aprobaciones adicionales en aquellos eventos en que durante la etapa de precalificación los proponentes o alguno de sus integrantes hubiese condicionado o limitado su participación durante la etapa de licitación. Este no es el caso de Ortíz Construcciones y Proyectos S.A., por cuanto como se puede evidenciar en los documentos de la manifestación de interés, entre los cuales se aportó el Certificado de Existencia y Representación Legal, el apoderado de la sociedad no tiene limitaciones o condicionamiento alguno para obligar en Colombia a la persona jurídica y, en este sentido, no es exigible la autorización adicional alguna para la fase de licitación.

No obstante lo anterior, en virtud de las políticas corporativas de Ortíz Construcciones y Proyectos S.A., el Consejo de Administración de la Sociedad decidió tratar dentro de su Orden del Día de la sesión del 6 de mayo de 2014, la pertinencia y conveniencia de presentar una propuesta para la Licitación Pública de la referencia. Como se puede leer en el numeral 1) del extracto del Acta del 6 de mayo de 2014, certificada por el Secretario del Consejo de Administración, éste órgano deliberó dentro del Orden del Día participar en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-10 de 2013. Ahora bien, en la certificación aportada se incurrió en un error de transcripción, toda vez que aunque en el Orden del Día se incluyó la aprobación de la participación en la licitación aludida, en la certificación se omitió hacer la transcripción de esta circunstancia. Por ende y con el fin de suministrarle a la ANI toda la claridad sobre este particular, adjuntamos con este documento copia autenticada de la certificación completa emitida por el Secretario del Consejo de Administración, debidamente apostillada y autenticada con fecha anterior al cierre de la Licitación Pública.

En este sentido, el documento que se aporta es la prueba de un hecho consolidado con anterioridad al cierre del proceso licitatorio. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido:

“En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiera contado con las misas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art.884 C.Co), para lo cual la Entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro de lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 – original – de la Ley 80 de 1993, según el cual “la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

los ofrecimientos hechos”, o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta.

Por todas las razones anteriores, no es procedente la observación formulada.

1.4. Observaciones en relación con el Cupo de Crédito General

(...) el apoderado de la estructura plural parte de un supuesto que no es real según el cual la sociedad extranjera y su sucursal son dos personas jurídicas diferentes. Esta posición es contraria a lo dispuesto en el Código de Comercio y en lo dicho por la Superintendencia de Sociedades a través de diversos conceptos transcritos en la respuesta a la observación (...), en los que se ha analizado este tema. En efecto, las casas matrices y sus sucursales son una misma persona jurídica, por lo que cualquier obligación que contraiga la sucursal se entiende contraída por la sociedad extranjera. Es justamente esta premisa la que argumenta la Superintendencia de Sociedades en el concepto traído a colación por el apoderado común de Shikun & Binui – Grodco. De esta forma, si la sucursal de una sociedad extranjera adquiere acciones en Colombia, se entienden adquiridas por la casa matriz. En este sentido, la obtención de un cupo de crédito por parte de la sucursal en Colombia de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., significa que es Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. quien está tomando dicho cupo.

Por las anteriores razones, la observación no es procedente.

1.5. Observaciones en relación con la carta de presentación de la oferta.

Frente a esta observación simplemente resaltamos que el Pliego de Condiciones en ninguno de sus partes restringe o limita la posibilidad para que los integrantes de la Estructura Plural constituyan más de un apoderado común. En consecuencia, carece de fundamento la observación planteada.

1.6. Inconsistencias y carencias del Acuerdo de Garantía – Anexo 3

En relación con esta observación se precisa que de conformidad con el Anexo 3, el Acuerdo de Garantía debía ser suscrito por todos los integrantes que hubieran acreditado capacidad financiera durante la fase de precalificación. Este requisito se cumplió en la medida que KMA CONSTRUCCIONES S.A., ORTÍZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. y EQUIPO UNIVERSAL S.A., suscribieron el Acuerdo dando cumplimiento de esta forma al Pliego de Condiciones. Ahora bien, el texto del Acuerdo de 3 Garantía establece que el garantizado es el SPV que se constituya para ejecutar el proyecto; SPV del cual hará parte VALORCON S.A. Así, si VALORCON S.A. no estuviera garantizado, el Acuerdo de garantía no cobijaría la totalidad de las participaciones en el SPV.

Por lo anteriormente señalado, no es procedente la observación.

1.7. Inconsistencias y carencias del Acuerdo de Permanencia – Anexo 4

Nuevamente el observante intenta sustentar sus argumentos en circunstancias eminentemente formales tales como espacios en blanco para transcribir la dirección electrónica que no se llenaron o que hacen falta dos ejemplares más del Acuerdo de Permanencia. Esta observación desconoce el artículo 2.2.8 del Decreto 734 de 2012, que establece:

“En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto” (Énfasis añadido).

Si la Entidad considera que la información a la que ha hecho referencia el observante debe ser solicitada al proponente, bien puede hacerlo hasta antes de la audiencia final de adjudicación, e inclusive, al momento

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

de la firma del Contrato de Concesión. Se insiste que la observación hace referencia a aspectos que no afectan la selección objetiva y son en todo caso meramente formales.

1.8. Inconsistencias y carencias del Pacto de Transparencia – Anexo 7

El observante pasa por alto que la Adenda 14 al Pliego de Condiciones señala con toda claridad que la declaración a la que hace alusión 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. Por lo anterior, no es procedente la observación formulada.

III. PROPONENTE No. 3 ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI – GRODCO (Oficio No. 2014-409-030556-2 del 2 de julio de 2014)

1. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA ESTRUCTURA AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV.

1.1. Acreditación de la Capacidad Jurídica

(...) la EP SHIKUN – GRODCO muy respetuosamente considera que la misma carece de todo fundamento jurídico y fáctico por las razones que se exponen a continuación:

- Adquisición de la personería jurídica de SHIKUN & BINUI VT AG

-
De acuerdo con el artículo 643 del Código Suizo de Obligaciones (...) “La compañía adquiere personería jurídica únicamente con su inscripción en el registro comercial”. En este contexto, de forma similar a los certificados que expiden las Cámaras de Comercio en nuestro país, en Suiza existe un registro comercial en el que se acredita cuando una empresa adquiere personería jurídica. Este registro comercial fue allegado tanto en la fase de precalificación como en la oferta presentada en la Licitación en los siguientes términos (Ver folios 101 y 109):

- Certificado de Registro Comercial en su idioma original:
(...)
- Traducción oficial al español del Certificado de Registro Comercial:
(...)

(...) es claro que SHIKUN & BINUI VT AG adquirió su personería jurídica desde el 13 de mayo de 2013, fecha en que la compañía fue inscrita en el registro comercial competente de la República Suiza (...) De este modo, en el certificado de registro comercial allegado con la oferta es evidente que SHIKUN & BINUI VT AG cuenta con la capacidad jurídica para participar en la Licitación, estando plenamente acreditada la fecha en que dicha compañía adquirió su personería jurídica de acuerdo con las normas comerciales que le son aplicables en la República de la Confederación Suiza.

1.2. Contenido y naturaleza de la carta emitida por Leumi Private Bank

De acuerdo con las normas aplicables en la República de la Confederación Suiza, uno de los requisitos para que una compañía se inscriba en el Registro Comercial es que se acredite que por lo menos el 50% del capital social nominal de la compañía haya sido depositado en una cuenta especial abierta con un banco habilitado para operar en Suiza. Así, si el capital nominal de la compañía es CHF (Francos Suizos) 100.000 (como fue el caso de SHIKUN & BINUI VT AG), era necesario acreditar el depósito de CHF en los términos mencionados.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

En este contexto, la carta expedida el 8 de mayo de 2013 por Leumi Private Bank tuvo como única finalidad acreditar que los mencionados CHF 50.000 fueron depositados en la cuenta bancaria del banco como capital social de SHIKUN & BINUI VT AG. Asimismo, la parte final de dicha carta establece las condiciones que se tienen que cumplir para que los órganos corporativos de la compañía puedan disponer libremente de los recursos depositados en la respectiva cuenta bancaria.

Así, de ninguna forma la carta expedida por Leumi Private Bank tiene algún efecto legal y/o comercial bajo las normas comerciales suizas en relación con el momento en que SHIKUN & BINUI VT AG adquirió su personería jurídica, y mucho menos con el alcance de su capacidad jurídica para actuar en el marco de su objeto social. De hecho, tal y como se explicó previamente, el Certificado de Registro Comercial (aportado a folios 101 y 109 de la oferta) acredita plenamente la fecha en que SHIKUN & BINUI VT AG adquirió su personería jurídica y como tal, su capacidad jurídica para participar en la Licitación que aquí nos ocupa.

Finalmente, es importante destacar que de acuerdo con el numeral 1.4.44 de los Pliegos, los Requisitos Habilitantes “Son la capacidad jurídica, la experiencia en inversión y la capacidad financiera de los Precalificados que fueron evaluados por la ANI durante la Precalificación en los términos de la Invitación a Precalificar (...)”.

Esta disposición desarrolla la regla prevista en el artículo 13 del Decreto 1467 de 2012 que al respecto dispone:

“Artículo 13. Factores de selección en Proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. La entidad estatal competente, dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalado en el numeral 12.1 de la Ley 1508 de 2012, para determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección. En caso de que se utilice el sistema de precalificación de que trata el presente decreto, la verificación de los factores de selección se realizará en dicha etapa” (Subrayado fuera de texto).

En este contexto, es claro que aspectos como la adquisición de la personería jurídica de un integrante de una estructura plural es de aquellos asuntos que ya fueron previamente verificados por la ANI durante la precalificación, de forma que la Licitación NO es la etapa apropiada para que la EP APC sin el debido fundamento jurídico entre a cuestionar estos asuntos.

1.3. Falta de capacidad jurídica para suscribir el Acuerdo de Garantía

(...) nos permitimos destacar que se trata de una lectura evidentemente incompleta del acta allegada por la EP SHIKUN – GRODCO a folios 653 – 658. Así, tal y como se identifica en la siguiente imagen de la referida acta (ver folio 656 de la oferta), es claro que la EP APC se limitó a estructurar una observación con base en una parte de su texto, sin leer en su totalidad el contenido de las declaraciones y autorizaciones contenidas en la misma.

(...)

Como se puede identificar, es evidente que la EP APC se limitó a leer la primera parte del acta (...) omitiendo leer la segunda parte (...) en la que claramente se indica que la capacidad otorgada a Gustavo Adolfo Guzmán para actuar en su calidad de representante legal de GRODCO INTERNACIONAL S.A. para suscribir el Acuerdo de Garantía “(...) se extenderá incluso en el evento en que nuevos miembros entre a hacer parte de dichas estructuras plurales”.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en este documento, solicitamos comedidamente a la ANI rechazar de plano cada una de las observaciones presentadas por la EP APC en relación con la oferta allegada por la EP SHIKUN – GRODCO, debido a que tal como fue explicado con detalle, dichas observaciones carecen de todo fundamento fáctico y jurídico que amerite la modificación del Informe de Evaluación publicado el pasado 11 de junio del año en curso”.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

**IV. PROPONENTE No. 4 ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA
(Oficio No. 2014-409-030491-2 del 2 de julio de 2014)**

1. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA EP SHIKUN — BINUI — GRODCO.

1.1. Insuficiente capacidad jurídica de Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V.

Como señala el observante en su escrito, efectivamente los Pliegos de Condiciones señalaron la obligación de acompañar la oferta con un “extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública” y esta decisión puede verificarse en el segundo punto de la Escritura 173,2014 del 8 de octubre de 2013 otorgada ante la fe del Licenciado Jesús Castro Figueroa, titular de la Notaría 38 del Distrito Federal, que a la sazón señala lo siguiente:

*“En desahogo de este punto del Orden del Día, el Consejero López Barrera presentó la propuesta de nombramiento de apoderados y el otorgamiento de facultades para participar en representación de la Sociedad, en cada una de las Licitaciones identificadas con los números: VJ-VE-IP-LP-001-2013, VJ-VE-IP-LP-007-2013, **VJ-VE-IP-LP-010-2013** y VJ-VE-IP-LP-011-2013.*

Para la consecución de dichos propósitos, propuso designar representantes legales con el carácter de Apoderados de la Sociedad a los señores: JESÚS ENRIQUE ESCOBAR NEWMAN, RAFAEL MÉNDEZ MARROQUÍN y MARTÍN VELÁZQUEZ LANUZA, todos domiciliados en la República de Colombia:

(...)

SEGUNDO: Los Apoderados podrán actuar de forma individual o mancomunada con las siguientes facultades:

a. Para suscribir y presentar, en nombre y representación de Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V, individualmente o como integrante de una estructura plural, las Ofertas en los términos previstos por los Pliegos de Condiciones en las Licitaciones Públicas;

(...)

a. Para participar y comprometer a Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V. en todas las instancias de las Licitaciones Públicas, conforme a los Pliegos de Condiciones; para suscribir los documentos y declaraciones que se requieran, para suministrar la información que les sea solicitada; para dar respuesta a los requerimientos y aclaraciones que le solicite la ANI en el curso de las Licitaciones Públicas; para consultar todos los documentos e informes emitidos por la ANI durante las Licitaciones Públicas; presentar observaciones a dichos documentos e informes; para asistir a reuniones y audiencias durante las Licitaciones Públicas; para recibir las notificaciones a que haya lugar incluyendo la del acto de adjudicación, así como los demás actos necesarios de acuerdo con los Pliegos de Condiciones de las Licitaciones Públicas.

b. Para realizar cualquier otro acto requerido para los fines de las Precalificaciones y las Licitaciones Públicas (Subraya y negrilla fuera de texto).

De lo anterior fácilmente se puede colegir que el alcance de la autorización a los apoderados sí comprendió “adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública”. Asimismo, como puede observarse en la Escritura Pública 172,676 de fecha 1 de marzo de 2013, el Objeto Social de la Sociedad Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V. también incluye y permite desarrollar el objeto de la Licitación Pública y el desarrollo del Proyecto, de manera que cuenta con capacidad jurídica para participar, como se desprende de la transcripción de su objeto social:

“A).- Participar, invertir, financiar, organizar y desarrollar todo tipo de asociaciones empresariales, estructuras plurales de sociedades, consorcios empresariales y toda clase de empresas con el fin de intervenir en licitaciones o concursos nacionales e internacionales; para celebrar, financiar, suscribir, explotar, ejecutar, ceder, transmitir o gestionar la adjudicación directa, en cualquier forma permitida por la ley, de títulos o contratos de concesión, contratos de

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

prestación de servicios y de cualquier otra naturaleza cuyo objeto sea cualquier proyecto para la construcción, ampliación, operación, explotación, mantenimiento y conservación de toda clase de bienes e instalaciones de infraestructura pública, sean éstas vías generales de comunicación terrestre, marítimas, fluviales, aéreas, ferroviarias y de cualquier otro tipo o clase permitidas por la ley.

B).- Celebrar, suscribir, explotar, ejecutar, ceder, transmitir o gestionar la adjudicación directa, en cualquier forma permitida por la ley, de títulos o contratos de concesión, contratos de prestación de servicios y de cualquier otra naturaleza cuyo objeto sea cualquier proyecto de construcción, ampliación, modernización, explotación, mantenimiento y conservación de bienes e instalaciones de infraestructura pública, sean éstas vías generales de comunicación terrestre, marítimas, fluviales, aéreas, ferroviarias y de cualquier otro tipo o clase permitidas por la ley.

C).- Elaborar estudios de mercado, análisis financieros, planes y sistemas para la organización, operación y control de negocios, incluyendo sin limitar servicios de tesorería, asesoría financiera, asistencia en relaciones bancarias, operaciones bursátiles, fiduciarias y concesionarias.

D).- La representación, comisión, corretaje o mediación de y entre empresas del país o del extranjero.

E).- La obtención o el otorgamiento de préstamos, avales, garantías u obligación solidaria, a favor o por cuenta de personas físicas o morales con las que hay relación comercial de servicios o de interés mutuo.

F).- La prestación de servicios profesionales en la rama contable, fiscal, jurídica, de relaciones industriales y en general servicios de administración.

G).- La suscripción o adquisición, la emisión o enajenación y en general la realización de actos jurídicos que tengan por objeto acciones, partes sociales, obligaciones y toda clase de títulos valor.

H).- La obtención o el otorgamiento de garantías personales y reales u obligación solidaria, a favor o por cuenta de personas físicas o morales que tenga relación comercial de servicios o de interés mutuo.

I).- La adquisición de los bienes muebles e inmuebles necesarios para su establecimiento y para la realización de sus objeto social, y en general la celebración de todos los actos jurídicos convenientes o necesarios para dicho fin”.

Ahora bien, en relación al proyecto, cuya participación se aprobó, valga señalar que en el aparte deliberativo del acta se incluyó la descripción, no literal, del objeto de la Licitación Pública, en donde se puede observar de forma inequívoca que se hizo referencia a la Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-010-2013, que incluye la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del **Corredor Perimetral de Cundinamarca**, como también se consignó en el Acta; y proyecto al que la Estructura Plural fue precalificada, de forma que no podría tratarse de ningún otro proyecto.

Asimismo, puede constarse que las atribuciones de los apoderados atrás transcritas, están circunscritas a “los términos previstos por los Pliegos de Condiciones”; y que en la aprobación del Consejo de Administración se hizo referencia al Código de la Licitación, atendiendo un eventual cambio o precisión del nombre, como en efecto acaeció en este Proceso:

“**PRIMERO.-** Se resuelve aprobar la participación de la Sociedad, bien sea de manera individual o como parte de una estructura plural, en las Licitaciones de los proyectos de Asociación Público Privada, convocados por la ANI números: VJ-VE-IP-LP-001-2013, VJ-VE-IP-LP-007-2013, **VJ-VE-IP-LP-010-2013** y VJ-VE-IP-LP-011-2013 (subraya y negrilla fuera de texto).

Así las cosas, no cabe duda alguna en que el Consejo de Administración aprobó la participación de Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V. en la Licitación Pública VJ-VE-IP-LP-010-2013 que, como se describió en el acta, correspondía al Corredor Perimetral de Cundinamarca y al que la Estructura Plural había sido precalificada.

En razón de lo anterior y considerando que tanto sus representantes como Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de C.V. cuenta con la capacidad jurídica para participar en la Licitación, reiteramos nuestra solicitud a la Entidad que en aplicación de los criterios de selección que planteó en los pliegos de condiciones y con sujeción a la normatividad y jurisprudencia vigentes, se mantenga la calificación de nuestra oferta como HÁBIL.

1.2. Insuficiente capacidad jurídica de LATINCO S.A.

En su comunicación la EP SHIKUN – GRODCO argumenta: “La EP IVC no aportó el Acta de Junta Directiva de LATINCO S.A que autorizará al Presidente Corporativo de la compañía a comprometerse en los

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

documentos de la oferta a constituir el SPV (carta de presentación de la oferta), por lo que dicho miembro de la EP IVC no contó con la capacidad jurídica necesaria para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego. De hecho, tal y como se observa en el Acta de Junta Directiva allegada por dicho proponente en la Manifestación de Interés, es claro que la autorización otorgada por dicho órgano social estuvo restringida a los procesos de precalificación” Subrayo nuestro.

Frente a dicha observación nos permitimos indicar que esta aseveración es totalmente errónea como lo entramos a explicar a continuación:

- 1. Para entender la Representación Legal de LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. – LATINCO S.A., lo primero que hay que analizar es el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, el cual en cuanto a la Representación Legal, expresa claramente: “REPRESENTACIÓN LEGAL: PRESIDENCIA CORPORATIVA Y GERENTE EJECUTIVO: La representación legal principal de la Compañía, en juicio y fuera de juicio, estará a cargo del Gerente Ejecutivo, quien estará subordinado administrativamente al Presidente Corporativo en el desempeño de sus funciones”.*
- 2. Luego, en esa misma página dice: “Las funciones inherentes a la calidad de representante legal podrán ejercerlas el Gerente Ejecutivo y el Presidente Corporativo, separada o conjuntamente con el suplente correspondiente y en el orden aquí establecido”. Es decir, claramente el Presidente Corporativo puede desempeñar las funciones de representante legal.*
- 3. Posteriormente aclara el mismo certificado de existencia y representación legal en la página siguiente: “FACULTADES: Como representantes legales de la sociedad en juicio y extrajudicialmente, el Presidente Corporativo tiene las facultades para ejecutar y celebrar todos los actos y contratos correspondientes al desarrollo de su objeto social, sin limitación alguna de cuantía”.*
- 4. Por último, el certificado de existencia y representación legal en su penúltima página establece: “LIMITACIONES, PROHIBICIONES, AUTORIZACIONES ESTABLECIDAS SEGÚN LOS ESTATUTOS: - Autorizar previamente al Gerente Ejecutivo todas las operaciones que tengan por objeto: i) Adquirir, gravar, limitar, celebrar los actos jurídicos o enajenar los activos fijos, en todos estos casos, cuyo valor exceda de tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

Con lo anterior, lo que queda claro es que los estatutos sociales de la sociedad LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A. – LATINCO S.A. no limitan ni restringen al Presidente Corporativo y solo crearon limitaciones frente a la figura del Gerente Ejecutivo Principal y Suplente, quienes ostentando esta calidad, tienen limitaciones para suscribir documentos legales que comprometan a la compañía, como lo es la carta de presentación de la oferta. Ahora bien, lo que hay que tener en cuenta en este caso es que el Presidente Corporativo, máximo órgano de Representación Legal de nuestra compañía, tiene de acuerdo a sus Estatutos Sociales las facultades para ejecutar y celebrar todos los actos y contratos correspondientes al desarrollo de su objeto social, sin limitación alguna de cuantía; y fue él quien suscribió la carta de presentación de esta oferta, así como los demás documentos requeridos en este proceso, amparado en sus facultades para firmar y suscribir cualquier documento legal que comprometa a la sociedad; es decir, el Presidente Corporativo puede suscribir cualquier documento y obligar a la compañía sin limitaciones. Las limitaciones y prohibiciones a que hace referencia la EP SHIKUN – GRODCO sólo cobijan al Gerente Ejecutivo, no así al Presidente Corporativo.

En consecuencia de lo anterior y frente a la autorización de la Junta Directiva de LATINCO S.A., donde se faculta al Gerente Ejecutivo Principal o Suplente a participar en los procesos de precalificación y que menciona EP SHIKUN – GRODCO en su observaciones, se realizó dicha autorización en vista que como ya se ha reiterado, tanto el Gerente Ejecutivo Principal como el Suplente tienen limitaciones en la cuantía para suscribir documentos legales que comprometan a la compañía y por eso mismo no se menciona al Presidente Corporativo, puesto que éste tiene facultades tan amplias y suficientes para actuar, que no tiene

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

limitación alguna según el certificado de existencia y representación mencionado que contiene lo establecido en los estatutos sociales de la compañía.

En síntesis, la EP IVC no aportó Acta de Junta Directiva de LATINCO S.A. que autorizara al Presidente Corporativo de la compañía a comprometerse en los documentos de la oferta, puesto que el Presidente Corporativo de LATINCO S.A. NO tiene restricción alguna que limite las facultades de dicho presidente y/o que las supedita a autorización de ningún tipo por parte de la Asamblea de Accionistas y/o de la Junta Directiva de la compañía, por lo que el Ingeniero Ramiro Pérez Restrepo está debidamente facultado por los Estatutos de la empresa para, sin necesidad de autorización alguna, comprometer SIN restricciones a la sociedad que representa, en su calidad de Presidente Corporativo, cumpliendo así con lo estipulado en el numeral 3.2.2. (a) (i) del Pliego de Condiciones. De hecho, tal y como se observa en el Acta de Junta Directiva allegada por dicho proponente en la Manifestación de Interés, es claro que la autorización otorgada por dicho órgano social estuvo restringida al Gerente Ejecutivo Principal y Suplente, quienes sí tienen limitaciones para actuar.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a la ANI desestimar la observación realizada por la EP SHIKUN – GRODCO.

1.3. El objeto social de ESTYMA no se ajusta a los requerimientos del Pliego.

El proponente observante extrae una interpretación del pliego excesiva y errónea pues, tal como él mismo lo transcribe, el pliego determina que “el objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Licitación Pública (...)” y en ningún caso exige que lo “permita expresamente”, pues mal haría la entidad en exigir que todos los objetos sociales de las sociedades miembros de las estructuras plurales se modificaran para incluir una descripción que ella ha decidido darle a lo que en la práctica y en la realidad jurídica es “una obra de infraestructura desarrollada a través de una figura denominada Asociación Público – Privada”.

El objeto social de Estyma incluye la “construcción de todo tipo de obras públicas y privadas; la elaboración de estudios relacionados con proyectos de ingeniería en todas sus ramas, preparar licitaciones con destino a la sociedad o a terceros y el manejo directo de estudios, proyectos, licitaciones, reclamaciones y contratos”.

Además, y específicamente respecto del financiamiento de dichas obras, su operación y cualquier otra actividad conexas a actividades de ingeniería; al final de la descripción del objeto social en el Certificado de Existencia y Representación Legal se incluye “(...) celebrar todo acto o contrato lícito que sea necesario o conveniente al cabal cumplimiento del objeto social”.

Entonces, tal como el objeto social de la sociedad ESTYMA S.A. lo expresa, esta sociedad fue creada para desarrollar todo tipo de obras de infraestructura ya sean públicas o privadas y se encuentra habilitada para realizar todas las actividades relacionadas y necesarias para desarrollar obras de ingeniería.

Frente al alcance del Objeto Social descrito en el artículo 99 del Código de Comercio, el cual dispone: La Capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad; vale la pena resaltar que dentro del mismo oficio que el proponente observante cita, la Superintendencia de Sociedades expresa:

“(...) No desconociéndose para los eventos en que los actos que no se encuentren expresamente contemplados dentro del objeto social, que el máximo órgano social (e inclusive los administradores) pueden autorizar y emprender actividades que de una forma u otra se relacionen en tal sentido que de una lectura rápida no deje dudas que son actos que beneficiarán en forma directa a la sociedad, pero indudablemente debe existir una relación de medio a fin entre el objeto principal con las otras actividades a desarrollar que no están contempladas dentro de él, no obstante

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

que son necesarias para la buena marcha de los negocios societarios; las cuales no se pueden desconocer por el hecho que no se destaquen dentro de la redacción del objeto social, pero se reitera, son necesarias dentro de la actividad económica”.

Lo anterior incluye las operaciones comerciales necesarias para la constitución de una Asociación Público Privada, asociaciones que en virtud de las definiciones consagradas en los artículos 2 y 3 de la Ley 1508 de 2012, tiene cabida en el mundo de la infraestructura y las obras de ingeniería, especialidad y objeto principal de la empresa Estyma S.A.

Entonces, indiscutiblemente Estyma S.A. se encuentra interesada y está creada específicamente para desarrollar todas las actividades relacionadas con obras de infraestructura a través de cualquier figura lícitamente conformada, puesto que tiene vasta experiencia en la construcción, mantenimiento, rehabilitación de carreteras, túneles, puentes, hidroeléctricas y cualquier tipo de obra de ingeniería, lo cual ha venido ejerciendo directamente o a través de contratos de colaboración con otras sociedades.

Es de anotar que no existe ninguna duda en que este es el objeto social de Estyma S.A. puesto que no desarrolla ninguna otra actividad comercial y por tal razón se encuentra debidamente registrada en la cámara de comercio de Medellín, entidad que para las Sociedades Anónimas exige completa claridad en la descripción del objeto social, también en el RUP y finalmente ante la DIAN donde los códigos inscritos en el RUT para la sociedad son:

Actividad Principal

4210 – Construcción de carreteras y vías de ferrocarril.

Actividades Secundarias:

4290 – Construcción de otras obras de ingeniería civil.

4220 – Construcción de proyectos de servicio público.

Adicional a lo anterior, el pliego de condiciones no exige específicamente ninguna actividad en particular que deba desarrollar la empresa, y para el caos que nos ocupa, la Sociedad Estyma S.A. cuenta con un objeto social amplio que le permite, y le ha permitido, como se comprueba con la experiencia y trayectoria empresarial, desarrollar proyectos de ingeniería similares al objeto de esta licitación; es así como el objeto social de Estyma S.A. es absolutamente compatible con el objeto de la licitación, por lo que le es permitido desarrollar, en todos los aspectos, el objeto del presente proyecto.

Así las cosas es evidente que la observación realizada por el Observante, referente a la capacidad de Estyma para participar en esta licitación es completamente errada, y por ello solicitamos a la entidad que mantenga el concepto HÁBIL a nuestra propuesta establecido en el informe de evaluación publicado el pasado 11 de junio.

1.4. Inconsistencia en el Acuerdo de Garantía

*El numeral 1.4.1 y 5.3.1 de los Pliegos de Condiciones señalan que el Acuerdo de Garantía debe suscribirse y entregarse en los términos establecidos en el Anexo 3. Este Anexo, a su vez, señala como su objeto que los garantes se obliguen con la ANI a “responder hasta el porcentaje correspondiente **a la participación del garantizado EN LA CONFORMACIÓN DEL OFERENTE** de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de la siguiente obligación: La realización de los Giros de Equity establecidos en el Contrato de Concesión, la cual se denominará “Obligaciones Garantizadas” (Subraya, negrilla y mayúscula fuera de texto).*

Así las cosas, es ilógica la lectura de que el garantizado es igual al garante miembros del Oferente, es decir, de aquél que demostró su experiencia en inversión o capacidad financiera, pues en ese caso no se cubriría la realización del 100% de los Giros de Equity, sino de aquel porcentaje en el que aquél participará en el Oferente y no de la totalidad de integrantes que concurren a la constitución del SPV. En el caso de nuestra Oferta, sería hasta el 75% de los giros, en la del Observante el 62.5%; en la estructura plural OHL

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

Concesiones el 60% y en estructura plural KMA Construcciones S.A., Ortíz Construcciones y Proyectos S.A., Equipos Universal S.A., Valores y Contrato S.A. el 75%.

En consecuencia, de ser válida la lectura del Observante no se estarían garantizando la realización de la totalidad de los Giros de Equity establecidos en el Contrato de Concesión, pues la obligación garantizada sólo cubriría, como se señaló anteriormente, los porcentajes de participación de los Garantes, sino que la obligación sería desequilibrada para todos los Proponentes ya que variaría de acuerdo a la participación del miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera.

Finalmente, el espíritu de este documento es que la ANI reciba la garantía que la Estructura Plural que resulte adjudicataria del proceso colocará la totalidad de los recursos necesarios en el proyecto y esto solo será posible si el 100% de los miembros que conformarán el SPV se comprometen a ello mediante la suscripción del Acuerdo de Garantía.

En razón de lo anterior, se solicita descartar la Observación y que se mantenga la calificación de nuestra oferta como HÁBIL.

1.5. Aspectos Ausentes en relación con el Acuerdo de Permanencia y el Pacto de Transparencia.

En relación con el Anexo 7 – “Pacto de Transparencia”, el literal “q” hace referencia al compromiso de suscribir con los empleados, proveedores y subcontratistas un pacto ético de conducta, y por ello el numeral 3.9 de dicho Anexa precisa que en caso de haberse suscrito, lo que no ha sucedido aún en nuestro caso, debe presentarse una declaración al respecto. Es decir, que sólo en ese evento era obligatorio presentarse la declaración.

No obstante lo anterior, y en gracia de discusión, mediante la Adenda 14 se indicó claramente que “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” Subrayo nuestro.

En razón de lo anterior, es claro que la observación realizada al respecto por el Observante no es procedente y por ello solicitamos que sea descartada manteniendo así nuestra Oferta catalogada como HÁBIL.

2. RÉPLICAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LA EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV

En el documento de observaciones presentado por este oferente, se intenta demostrar erróneamente que el Representante Legal de CSS Constructores S.A. no tenía la capacidad para suscribir el acuerdo de garantía. Para dar respuesta a esta observación nos permitimos hacer las siguientes consideraciones:

- *El numeral 3.2.1. de los pliegos de condiciones establece que la capacidad jurídica será demostrada solo en los siguientes casos particulares:*
- *En el caso de que hayan existido condicionamientos al Representante Legal durante la Precalificación.*
- *En el caso de miembros adicionados a la EP en esta etapa.*
- *Cuando la capacidad financiera en la Precalificación haya sido dada por un Fondo de Inversión.*
- *Cuando se haya excluido un miembros, previa autorización de la ANI, que haya acreditado la capacidad financiera o jurídica.*

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

- *El numeral 3.2.2. establece que documentos adicionales debían entregarse solo para los casos arriba enunciados, los cuales no aplican para el caso de CSS Constructores, ya que no está incurso en ninguno de los condicionantes mencionados en el numeral 3.2.1.*
- *La capacidad jurídica de CSS Constructores S.A., así como la capacidad de su representante legal fueron acreditados adecuadamente en la etapa de Precalificación y dicha información fue validada por la ANI al incluir nuestra EP dentro del listado de precalificados.*
- *No obstante lo mencionado en el punto anterior y con el objeto de dar mayor claridad en la respuesta a la observación recibida, nos permitimos informarle al Observante que el pasado 4 de julio de 2013 la Asamblea General de Accionistas dio autorización al Gerente General de la sociedad para actuar como Garante de terceros en el presente proceso, acta que adjuntamos a la presente comunicación en el extracto de esta Asamblea.*

Por lo anterior es claro que la Observación recibida de este proponente no es procedente y por ello solicitamos a la ANI mantener la calificación de nuestra oferta como HÁBIL”.

RESPUESTAS DE LA AGENCIA A LAS OBSERVACIONES Y RÉPLICAS PRESENTADAS

1. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 3 EP SHIKUN & BINUI – GRODCO RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 1 PRESENTADA POR LA EP OHL CONCESIONES.

1.1. Observación relacionada con la Garantía de Seriedad de la Oferta.

Sea lo primero precisar que la observación presentada por el Proponente No. 3 EP SHIKUN & BINUI – GRODCO respecto de las condiciones de la Garantía de Seriedad de la Oferta presentada por OHL CONCESIONES, se fundamenta en la comparación que hace del APÉNDICE FINANCIERO 3 publicado con el Pliego de Condiciones frente al clausulado general que encontró publicado en la página web de la compañía Liberty Seguros S.A. correspondiente a la Versión: marzo de 2013 DCTO 734, y que aportó con su observación como Anexo A.

La comparación con el clausulado que figura en la página web de Liberty Seguros, la efectúa en atención a que en la Carátula de la Garantía presentada por la Estructura Plural OHL CONCESIONES se hace mención a dicha Versión para la Póliza Oficial de Entidades Estatales, y por ello afirma que el clausulado general allegado en la oferta no rige el seguro tomado por el mencionado proponente.

Sin embargo, revisada nuevamente la documentación presentada por el Proponente No. 1 EP OHL CONCESIONES a folios 54 a 66, se constata que la misma cumple con las exigencias del numeral 3.8 del Pliego de Condiciones, por las razones que se indican a continuación:

1. En la caratula de la póliza se anota el título "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 60 a 66, que corresponden al clausulado "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI", coinciden integralmente con el clausulado de seguros ANI exigido en el marco de la licitación pública y de ello da cuenta el folio 060 que en su título registra: "Póliza de cumplimiento para

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

contratos estatales a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI" y a pie de página 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 ibídem, 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 las cuales corresponden al Apéndice Financiero 3, es claro que la garantía estudiada, contempla las condiciones correctas, aunque se incurrió en una imprecisión en la carátula al señalarse otra versión de la póliza.

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 esta 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 OHL CONCESIONES cumple con las **condiciones particulares** que debe contener el referido documento.

Adicional a lo anterior y respecto de las condiciones generales de la póliza, el proponente allegó documento expedido por Liberty Seguros S.A, en el cual ratifica que "la póliza número BO 2356406 expedida para el trámite del proceso licitatorio número VJ-VE-IP-LP-010-2013, cuyo tomador es OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. y OHL CONCESIONES CHILE S.A., miembros de la Estructura Plural OHL Concesiones, se rige por las condiciones generales, depositadas ante la Superintendencia Financiera de Colombia, correspondientes a la "PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI", con todas sus modificaciones, adiciones, adendas y apéndices. En adición, tal como de manera clara lo exige el Pliego de Condiciones del proceso licitatorio

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

referido, la Póliza número BO 2356406 se sujeta a lo establecido en el decreto 734 de 2012, razón exclusiva por la cual, en la carátula de la Póliza, se hace expresa mención a este Decreto. Estos términos son los precisamente allegados por la Estructura Plural OHL CONCESIONES con su oferta, visibles a folios 060 a 065 de la misma. Estos términos, vinculantes y relacionados con la Carátula de la Póliza número BO 2356406, son los que regulan la garantía expedida por Liberty Seguros S.A.”

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 es la no presentación de la misma, tal como lo establece en el artículo 5.1.7 del Decreto 734 de 2012, en los siguientes términos: “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.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

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 Póliza de Seriedad de la Oferta allegada por la ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES 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 depositada en la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual no se acoge la observación planteada.

1.2. Observación relacionada con la designación de dos apoderados en la Carta de Presentación de la Oferta.

El numeral 1.4.9 del Pliego define al Apoderado Común en los siguientes términos:

“1.4.9, “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 3.2. l(b) de este Pliego de Condiciones”.

A continuación se realiza una cita de la respuesta a observaciones por parte de la ANI, citadas por el observante:

“En relación con el Anexo 2 Carta de Presentación de la Oferta agradecemos responder lo siguiente: a) Entendemos que el Apoderado Común es una persona designada en la Carta de Presentación que en todo caso podrá ser reemplazada por uno o varios suplentes que podrán ser identificados en la misma carta de presentación de la oferta. Favor confirmar nuestro entendimiento. (...).”

“a) No existe ninguna restricción en el Pliego de Condiciones para que el Apoderado Común cuente con uno o varios suplentes. En consecuencia, los Oferentes podrán designar el número de suplentes que consideren pertinentes en el Anexo 2, siempre que los mismos sean designados cumpliendo con los mismos requisitos exigidos por el Pliego para el Apoderado Común principal”.

Ni la definición establecida en el Pliego de Condiciones, ni las respuestas dadas a las observaciones citadas por el observante, relacionadas con la posibilidad de nombrar suplentes, prohíben la designación de varios apoderados principales, no regulan limitación a este respecto. En este sentido, cabe recordar que la designación de varios apoderados se encuentra prevista en las disposiciones civiles y comerciales vigentes en Colombia sobre representación.

En consecuencia, la designación de varios apoderados no contradice la legislación colombiana, ni las normas establecidas para el proceso, ni producen afectación del mismo.

2. Observación relacionada con el compromiso de vincular personal beneficiario del Programa de Reincorporación a la Vida Civil.

Como ya se anotó en la respuesta indicada en el numeral 1.1. de este documento, tanto la normatividad vigente actualmente como la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, han establecido de forma clara que todos aquellos requisitos o documentos que no sean necesarios para la comparación de las ofertas, es

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

decir, aquellos que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser subsanados, aclarados o corregidos, de manera que sus deficiencias o errores no constituyen título suficiente para el rechazo de la oferta.

Para el presente proceso de selección, los criterios que sirven para efectuar la comparación de las ofertas mediante la asignación de puntaje son los siguientes:

1. Oferta Técnica 100 puntos
2. Apoyo a la Industria Nacional 100 puntos
3. Oferta Económica 800 puntos

Los demás requisitos y exigencias previstos en el Pliego de Condiciones constituyen criterios para verificar las calidades de los proponentes y determinan su habilidad para participar en la licitación, de ninguna manera permiten la comparación de las ofertas y por ello pueden ser aclarados o subsanados.

De esta manera, revisado el Compromiso de Vinculación de Reincorporados que en cumplimiento de lo previsto en el numeral 3.11 del Pliego de Condiciones, el Proponente No. 1 EP OHL CONCESIONES aportó a folio 052 de la oferta, se advierte que se dirigió a la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-006-2013.

Sin embargo, en ejercicio del derecho que le asiste a los proponentes de aclarar y corregir la oferta en los términos ya anotados en este documento y de acuerdo con lo prescrito por el Consejo de Estado en la sentencia del 26 de febrero de 2011 con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero (25.804) aquí reseñada, mediante escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409-030544-2, el Apoderado Común de la Estructura Plural OHL CONCESIONES manifiesta que el citado compromiso que obra a folio 052, fue presentado con destino al proceso VJ-VE-IP-LP-010-2013 y no al proceso VJ-VE-IP-LP-006-2013, y en consecuencia, aclara el error de digitación mediante certificación que adjunta, en la cual efectivamente se corrige el yerro mencionado.

Por lo tanto, no se acoge la observación presentada por el PROPONENTE No. 3 EP SHIKUN & BINUI – GRODCO.

2. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 3 EP SHIKUN & BINUI – GRODCO RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 2 PRESENTADA POR LA EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV.

2.1. Observación relacionada con la Garantía de Seriedad de la Oferta.

Reiterando los argumentos que la AGENCIA expuso en el numeral 1.1. del presente Documento, se verificó la Garantía de Seriedad de la Oferta presentada por la EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV, encontrando que se presenta la misma situación detallada respecto de la Garantía de Seriedad de la EP OHL CONCESIONES.

Esto es, en la carátula de la póliza se anotó el título "*PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI*"; en el segmento que registra el "Tipo de Póliza" se señaló: "*OFICIAL ENTIDADES ESTATALES VERSIÓN MARZO DE 2013 DCTO 734*"; las condiciones anexas a la carátula, folios 119 a 125, coinciden integralmente con el clausulado de seguros ANI exigido en el marco de la licitación pública, por cuanto corresponden a la "*Póliza de cumplimiento para contratos estatales a favor de la Agencia Nacional de infraestructura ANI*" y a pie de página se lee: "*Condiciones versión enero de 2014*", de manera que la garantía estudiada, contempla las condiciones correctas, aunque se incurrió en una imprecisión en la carátula al señalar que correspondía a la versión MARZO DE 2013 DCTO 734.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

De igual manera, mediante escrito radicado el 2 de julio de 2014 con No. 2014-409-030671-2, el proponente allegó documento expedido por Liberty Seguros S.A. y los coaseguradores, en el cual ratifica que la póliza identificada con el No. BO 2358346 cuyo tomador es la Estructura Plural integrada por KMA CONSTRUCCIONES S.A., ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL COLOMBIA, EQUIPO UNIVERSAL S.A. y VALORES Y CONTRATOS S.A. “se rige por las condiciones generales, de la póliza de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, con todas sus modificaciones, adiciones, adendas y apéndices. (ii) que las condiciones generales de la referida póliza corresponden a las condiciones establecidas por la ANI y publicadas de manera oficial en su página web (iii) que las condiciones generales se encuentran depositadas en la Superintendencia Financiera de Colombia bajo el nombre “PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, y iv) que respecto del amparo de seriedad de la oferta, dichas condiciones generales contemplan el siguiente evento en su cláusula PRIMERA, numeral 1.1.5. 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 (...)”

Con base en lo expuesto, resulta claro que la Póliza de Seriedad de la Oferta allegada por la ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV cumple con lo establecido en el pliego respecto de las condiciones particulares que debería contener el referido documento, así mismo cumple con las condiciones generales, las cuales fueron ratificadas por la compañía aseguradora Liberty Seguros S.A, y que corresponden a la versión depositada en la Superintendencia Financiera de Colombia, razón por la cual no se acoge la observación planteada.

2.2. Observación relacionada con la sucursal en Colombia de ORTIZ CONSTRUCCIONES como tomador de la Garantía de Seriedad de la Oferta.

Establece el artículo 263 del Código de Comercio que 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 este sentido, la Superintendencia de Sociedades ha señalado en repetidas oportunidades que la principal es la titular de la personería jurídica y que las sucursales son establecimientos de comercio a través de los cuales actúa la sociedad.

Ahora bien, respecto de las Sucursales de Sociedades Extranjeras se predica que se vinculan jurídicamente al estado Colombiano y por tanto las leyes nacionales aseguran el ejercicio de sus derechos y le imponen condiciones para su funcionamiento, con el fin de que su actividad no atente contra el orden general establecido.

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 (...)”. (subraya fuera de texto).

Y a continuación explica: “Para su apertura o incorporación es necesario que se le asignen recursos económicos para su funcionamiento, razón por la cual esta Superintendencia entiende que 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”. (subraya fuera de texto).

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

De conformidad con lo previsto en el artículo 485 del Código de Comercio "**La sociedad responderá por los negocios celebrados en el país al tenor de los estatutos que tengan registrados en la cámara de comercio al tiempo de celebración de cada negocio, y las personas cuyos nombres figuren inscritos en la misma cámara como representantes de la sociedad tendrán dicho carácter para todos los efectos legales, mientras no se inscriba debidamente una nueva designación.**" (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Es así como en el marco interpretativo de la Superintendencia de Sociedades a los que se ha hecho referencia en este escrito, la sucursal, en este caso de sociedad extranjera, no es un ente autónomo distinto de la principal por cuanto no goza de personería jurídica independiente, toda vez que es ésta quien la crea, por decisión del órgano de dirección, otorgándole a la sucursal facultades para el desempeño de las actividades que le asigna, observando las formalidades exigidas por la ley y sin desbordar el marco de capacidad de la persona jurídica que la establece.

Así las cosas, las sucursales tanto de sociedades nacionales como de sociedades extranjeras, son establecimientos de comercio y técnicamente se consideran como prolongación de la principal, necesariamente como parte de la sociedad que se descentraliza mediante tal sistema.

La principal 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 quien se obliga por sus actuaciones. Además, el representante de la sucursal tiene la personería judicial y extrajudicial de la sociedad para todos los efectos legales y por tanto compromete a la sociedad con sujeción y dentro del ámbito de las atribuciones que le otorgó el órgano de dirección de la principal.

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, por cuanto la sucursal no es más que una cosa, un bien cuyo valor se refleja en los estados financieros de la sociedad a la que pertenece.

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, no es correcto afirmar que las sucursales desarrollan un objeto social, toda vez que tal actividad es propia de las sociedades y los establecimientos de comercio solamente ejecutan unas actividades que le son encomendadas por la principal, las cuales necesariamente deben estar contempladas en el objeto de la compañía a la cual pertenecen.

En la medida en que al ser la sucursal el vehículo para el desarrollo de su objeto social acá en Colombia, representa la voluntad de la sociedad extranjera, de modo que como lo ha indicado la Superintendencia de Sociedades en numerosas oportunidades, debe entenderse que la sucursal no es una persona distinta a la matriz.

De esta manera, ya que la sucursal en Colombia no es una persona jurídica distinta a la sociedad extranjera, la sucursal de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A., sí tiene facultad para resultar tomadora de la póliza de seguro, a pesar de no tener personería jurídica, por cuanto representa en Colombia los intereses de la matriz para poder emprender sus negocios permanentes en Colombia.

De ninguna manera puede aceptarse que al figurar como uno de los TOMADORES de la garantía de seriedad de la oferta la sucursal de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., sea el

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

establecimiento de comercio quien se obliga y no la persona jurídica extranjera, pues se estaría incurriendo en el error de considerar que constituyen dos entes jurídicos diferentes, con autonomía, independencia y personería jurídica propia.

Sin lugar a dudas, el tomador de la garantía de seriedad de la oferta aportada con la propuesta es la ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV integrada por KMA CONSTRUCCIONES S.A., EQUIPO UNIVERSAL S.A., VALORES Y CONTRATOS S.A. y ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., en tanto al figurar su sucursal, es la sociedad extranjera quien se compromete y asume la responsabilidad del citado contrato de seguro.

Adicionalmente, el observante menciona que una de las obligaciones asumidas por la sucursal en Colombia de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A 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, ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. — 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 ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. — Sucursal Colombia cuenta con la capacidad jurídica para suscribir la Carta de Presentación de la Oferta, para presentarse como tomador de la garantía de seriedad 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.

2.3. Observación relacionada con el puntaje por Apoyo a la Industria Nacional y acreditación de 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 aquellos 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.”*

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:*

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

“a) Que Colombia haya negociado trato nacional en materia de compras estatales con dicho país, o (...)”.

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 aún 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.**”

Así mismo, en la Adenda No. 14 se modificó el numeral 4.4.3 del Pliego de Condiciones señalando que la información para acreditar la reciprocidad “**será la que corresponda a la publicada en el SECOP**”.

También se modificó el numeral 4.4.4. estableciendo: “**En caso que la información de que trata el numeral 4.4.3 anterior NO ESTÉ PUBLICADA EN EL SECOP, el Oferente deberá aportarla en su oferta, en caso de no hacerlo no será causal de rechazo de la Oferta, pero hará que el factor de protección a la industria colombiana sea calificado con cero (0) puntos para el caso del subcriterio 1.**” (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo señalado, y según consta en la sección de “Acuerdos Comerciales Vigentes” del SECOP, actualmente se encuentra vigente el Acuerdo Comercial (TLC) entre la República de Colombia y la Unión Europea, en cuyo artículo 6, numeral 1, de las Disposiciones Generales se establece: “1. Para los efectos del presente Acuerdo: “**Parte significa la UE [y cada uno de sus Estados Miembros]**, o cada uno de los Países Andinos signatarios. “Partes” significa, por un lado, la UE [y sus Estados miembros, en sus ámbitos respectivos de competencia derivados del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea] y, por otro lado, cada uno de los Países Andinos signatarios.” Al ser España uno de los estados miembros de la Unión Europea en el presente caso resulta aplicable este tratado.

Por todo lo que ha sido expuesto, la ANI considera que la acreditación del principio de reciprocidad para un oferente extranjero con o sin sucursal establecida en Colombia necesariamente debe ser el mismo. En este sentido, la existencia del Acuerdo Comercial (TLC) con la Unión Europea genera el mismo efecto, la reciprocidad, independientemente de si el Oferente cuenta o no con sucursal en Colombia, y con su publicación en el SECOP éste se hace igualmente aplicable a la Oferta en cuestión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la información para acreditar la reciprocidad con España se encuentra publicada en el SECOP, no aplica la previsión del numeral 4.4. del Pliego de Condiciones en el sentido de solicitarle al Proponente que la aporte.

Así las cosas, al estar la ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV conformada por tres sociedades colombianas y una sociedad española, que opera a través de su sucursal en Colombia, se tiene que, en virtud del principio de reciprocidad de que goza 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.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

2.4. Observación relacionada con el alcance del Acta del Consejo de Administración de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.

Conforme a lo establecido en numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego de Condiciones, cuando las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (literal h del literal 3.4.5 de la Invitación a Precalificar) del miembro de la estructura plural o manifestante individual estuvieran limitadas solo a las actuaciones de la Precalificación, deberá aportarse con la oferta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública o en el caso de apoderado para actuar en Colombia por quien corresponda según los estatutos de la persona jurídica la autorización para que el apoderado adelante todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública.

Como lo afirma el observante, en caso que el representante legal del miembro de la Estructura Plural o manifestante individual no tenga limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública, no se requerirá dicha autorización. Lo mismo sucede, en el caso que las facultades entregadas al apoderado para actuar en Colombia en la Precalificación incluyan las actuaciones en la Licitación Pública.

Si bien con la oferta presentada por la estructura plural observada se aportó certificación de un Acta del Consejo de Administración de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A realizada el 6 de mayo de 2014, esta autorización, de acuerdo con las reglas previstas en la Invitación a Precalificar y en el Pliego de Condiciones, no resultaba necesaria en la etapa de Licitación del presente proceso de selección, toda vez que de acuerdo con el certificado de Existencia y Representación de la sucursal en Colombia de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., aportado en la etapa de Precalificación (folios 29 a 31 de la Manifestación de Interés), se constata que los representantes principal y suplente de del citado establecimiento de comercio cuentan con plenas facultades para comprometer a la sociedad matriz sin limitación alguna.

En efecto, consta en el mencionado Certificado de existencia y Representación (folio 30 respaldo y folio 31 de la Manifestación de Interés):

*"La representación legal de la sucursal de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., en Colombia estará a cargo del representante legal principal, quien tendrá un representante legal suplente que lo reemplazará en sus ausencias temporales o absolutas, y contará con sus mismas atribuciones. Las facultades del representante legal para la República de Colombia, son para hacer uso, realizar y ejercitar en nombre de la entidad poderdante, las siguientes **facultades representativas: representar a la sucursal ante entidades públicas, privadas, tribunales, juzgados y autoridades de cualquier clase y jerarquía y actuar en forma como representante legal de la sucursal entablando los recursos oportunos en todas las instancias y la representación**, en la vía administrativa ordinaria y/o contencioso administrativa (...) para el efecto de estas facultades podrá otorgar poderes a personas naturales o jurídicas. **ADMINISTRACIÓN: la dirección de los negocios y la administración permanente de los bienes y derechos de la sociedad, en el más amplio sentido (...)** **La concentración y perfeccionamiento de toda clase de contratos civiles, administrativos y laborales incluso subastas. COMERCIALES: ejercer actos de comercio en nombre de la sociedad y dirigir su organización comercial (...)** **MERCANTILES Y BANCARIAS: la apertura, constitución, cancelación y disposición de cuentas corrientes y de crédito en cualquier entidad (...)** **operar con la banca privada y pública, cajas de ahorro y demás entidades financieras, toda clase de negocios y posiciones de contratación. DISPOSICIÓN: (...)** **asistir a juntas generales de sociedades en representación de la sociedad, pudiendo votar y obligando en sus decisiones. FORMALIZACIÓN: otorgar y firmar documentos públicos y privados que exijan el ejercicio de las facultades anteriores, sin limitación alguna (...)** **El representante legal podrá otorgar poderes de carácter general o especial***

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

a terceros para el desarrollo de cualquiera de las actividades que le han sido autorizadas
(...)"

De manera que, revisadas las facultades del representante legal del miembro de la Estructura Plural se verifica que éste no tiene limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública, por tanto no requería de autorización alguna para la participación en el presente proceso de selección, razón por la cual, cualquier inconsistencia en el extracto del Acta de Autorización del Consejo de Administración aportada con la oferta en la etapa de Licitación, no conlleva implicación alguna para el proceso.

No obstante que la presentación de dicho documento no era procedente, mediante escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409-030671-2, fue aportada copia de la certificación expedida el 6 de mayo de 2014 por el Presidente y por el Secretario del Consejo de Administración de ORTIZ CONSTRUCCIONES S.A., en la que se evidencia que dicho órgano social impartió autorizaciones para la presente Licitación Pública.

De acuerdo con lo expuesto, la observación no procede.

2.5. Observación relacionada con el Cupo de Crédito expedido a la sucursal de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.

De acuerdo con lo explicado en el numeral 2.2. de este Documento, sobre la facultad de representación de las sucursales de sociedades extranjeras en Colombia, debe afirmarse que no es procedente la observación presentada, toda vez que la sucursal en Colombia de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. no tiene personería jurídica independiente, de manera que cuando actúa en Colombia y realiza negocios, representa los intereses de la sociedad extranjera y la compromete, así que se encuentra habilitada para suscribir el cupo de crédito en tanto vincula a la sociedad matriz por medio de sus actos.

De este modo, la sucursal en Colombia de Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. sí puede aportar el cupo de crédito, pues al constituir una persona jurídica diferente de la matriz, ha sido la misma sociedad extranjera la que ha suscrito el cupo de crédito.

2.6. Observación relacionada con la carta de presentación de la Oferta.

Como ya se indicó en el numeral 1.2. del presente documento, la designación de varios apoderados no contradice la legislación colombiana, ni las normas establecidas para el proceso, ni producen afectación del mismo.

Por tanto no procede la observación.

Respecto de la omisión de indicar en la Carta de Presentación una dirección electrónica para efectos de las notificaciones, debe recordarse que el desarrollo de los medios electrónicos ha sido reconocido por la legislación colombiana como instrumentos para mejorar la actividad de la administración pública, procurar la observancia del principio de publicidad y facilitar a los administrados el acceso a las actuaciones de ésta.

Así, el artículo 56 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece: *"Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, **siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.** Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título."*

En el caso que nos ocupa, en el formato de Carta de Presentación se señaló que debía insertarse la dirección física y electrónica para efectos de las notificaciones al apoderado especial de la estructura plural, notificaciones que para el proponente observado, EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

SPV, se surtirán a la dirección física registrada en su carta de presentación, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones vigentes en Colombia antes citadas, sin que la no indicación de un correo electrónico pueda considerarse causal de rechazo de la propuesta. Para la AGENCIA esta circunstancia se tiene como la voluntad del proponente de no utilizar este mecanismo de notificación, lo cual de ninguna manera incide en la validez de la oferta y mucho menos afecta la comparación con las demás propuestas presentadas.

Por lo tanto, la observación no procede.

2.7. Observación relacionada con el Acuerdo de Garantía.

El acuerdo de garantía se encuentra suscrito por los miembros de la estructura plural que acreditaron capacidad financiera en calidad de garantes KMA CONSTRUCCIONES S.A., ORTÍZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. y EQUIPO UNIVERSAL S.A.

En calidad de deudor garantizado, conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones, fue suscrito por los miembros que constituirán el SPV, es decir, corresponde a los miembros que en el caso de ser adjudicatarios constituirán el mismo.

Para el caso que nos ocupa se verifica que la totalidad de los miembros de la estructura plural han suscrito el acuerdo en la calidad que corresponde conforme al Pliego de condiciones.

La confusión surge en el observante en la revisión del aparte relacionado con las notificaciones anunciadas en el formato, en las cuales no se realiza distinción entre garantizado y deudor garantizado, por tanto se incluye la indicación de la notificación a la totalidad de los miembros de la estructura plural.

Al encontrarse que en los apartes i) y iii) del formato en los que se realiza la distinción entre garantizado y deudor garantizado la oferta indica conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones los miembros que lo suscriben en una y otra calidad se encuentra que el formato está diligenciado de manera adecuada.

Respecto de la observación que indica que el ofertante no aportó el Acuerdo de Garantía en tres copias, se confirma que en la oferta recibida se encuentra una sola copia del mismo, se considera que, de la aplicación del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, debe concluirse que no hay lugar al rechazo de la oferta presentada por la estructura plural observada, por cuanto el requisito en mención es de carácter eminentemente formal.

Lo anterior por cuanto de acuerdo con las reglas propias del Pliego de Condiciones se establece que el Acuerdo de Garantía es un contrato atípico que adquiere vigencia desde el momento de la adjudicación y de manera exclusiva para el adjudicatario, siendo este un hecho que se presentará de manera posterior a la integración del nuevo documento soporte, de manera que pese a no haberse aportado el documento observado en el número de copias establecido, se reitera que por tratarse de un asunto meramente formal la observación no procede.

Por encontrarse que el acuerdo presentado con la oferta cumple con las condiciones y requisitos en el Pliego de Condiciones y en el Anexo 3, Acuerdo de Garantía no se acepta la observación presentada.

2.8. Observación relacionada con el Acuerdo de Permanencia.

Tal como la AGENCIA se ha pronunciado a lo largo de este documento, no le está permitido a las entidades estatales rechazar las propuestas por aspectos meramente formales. En esa medida, el hecho de que no se haya dejado un espacio para la dirección de notificaciones al SPV y que no se hayan aportado tres ejemplares del Acuerdo de Permanencia, sino uno, no da lugar a un rechazo de la oferta, toda vez que estas cuestiones no afectan los requisitos sustanciales de la propuesta, en concordancia con la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado, ya referidas líneas atrás.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

2.9. Observación relacionada con el Pacto de Transparencia.

De conformidad con el literal q) del Pacto de Transparencia, los Oferentes que lo hayan suscrito presentarán una declaración en que indiquen que están cumpliendo con lo señalado en dicho literal. Esta declaración deberá ser suscrita por el Apoderado Común.

De la revisión de la información se encuentra que si bien la oferta presentada por la estructura plural observada no contiene la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerido por la ANI a través de la Adenda 14, se aportó el Pacto de Transparencia completo que incluye el literal q) aludido.

Es claro además que 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, y por tanto dicha omisión no tiene consecuencias que alteren el informe de evaluación en este sentido, menos aun cuando se encuentra contenido en la oferta el texto completo del pacto de transparencia debidamente suscrito. En virtud de lo anterior, la observación no procede.

3. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 3 EP SHIKUN & BINUI – GRODCO RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 4 PRESENTADA POR LA EP INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA.

3.1. Observación relacionada con la capacidad jurídica del integrante CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V.

Revisada el acta en la que se consigna la autorización por parte del órgano competente para la participación en la licitación en estudio, se encuentra lo siguiente:

A folio 24, el orden del día de la reunión indica como primer punto la participación de la sociedad en los procesos licitatorios VJ VE IP LP 001 – 2013, VJ VE IP LP 007 – 2013, VJ VE IP LP 010 – 2013 y VJ VE IP LP 01 – 2013.

A continuación se referencia que la sociedad se encuentra precalificada para dichos procesos, y a renglón seguido se incluye el objeto de cada uno de los mismos.

Respecto del proceso VJ VE IP LP 010 – 2013, el objeto consignado en el acta establece: *“Contrato de concesión bajo el esquema APP, cuyo objeto será la financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Perimetral de Cundinamarca (Cáqueza -Choachí-Calera-Briceño y Bogotá-Calera)”. (SIC).*

El artículo Primero de los acuerdos consignados en el acta que obra a folio 25 establece:

“Se resuelve aprobar la participación de la sociedad, bien sea de manera individual o como parte de una estructura plural, en las licitaciones de los proyectos de Asociación Público Privada, convocadas por la ANI números: “VJ VE IP LP 001 – 2013, VJ VE IP LP 007 – 2013, VJ VE IP LP 010 – 2013 y VJ VE IP LP 01 – 2013”.

De igual manera el artículo segundo de los acuerdos establecidos en el acta designa a los representantes legales con el carácter de apoderados para los procesos mencionados con indicación de sus números de identificación.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

Así las cosas, toda vez que la autorización otorgada a Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A. de CV ya hace referencia al número de licitación que nos ocupa y se refiere a las obras relacionadas con el Corredor Perimetral de Cundinamarca, no hay lugar a la declaratoria como no hábil de la propuesta cuestionada, pues en el acta consta claramente que se ha conferido autorización para participar en la presente licitación pública, de manera que no hay lugar a equívocos o confusiones al respecto, no cabe duda que se trata de una autorización para la participación en el proceso licitatorio en desarrollo, para la cual se encuentra precalificado, circunstancia que reafirma el inequívoco conocimiento que el órgano competente tiene del objeto del proceso en curso.

Por todo lo anterior la observación no procede.

3.2. Observación relacionada con la capacidad jurídica de LATINCO

Conforme a lo establecido en numeral 3.2.2 (a)(i) del Pliego de Condiciones las facultades entregadas al representante legal o a su apoderado para actuar en Colombia (literal h del literal 3.4.5 de la Invitación a Precalificar) del miembro de la estructura plural o manifestante individual estuvieran limitadas solo a las actuaciones de la Precalificación, deberá aportarse con la oferta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública o en el caso de apoderado para actuar en Colombia por quien corresponda según los estatutos de la persona jurídica la autorización para que el apoderado adelante todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública.

Como lo afirma el observante, en caso que el representante legal del miembro de la Estructura Plural o manifestante individual no tenga limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública no se requerirá dicha autorización. Lo mismo sucede en el caso que las facultades entregadas al apoderado para actuar en Colombia en la Precalificación incluyan las actuaciones en la Licitación Pública.

Con la oferta presentada por la estructura plural observada NO se aportó extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social facultando al representante legal para adelantar todas las actuaciones relacionadas con la Licitación Pública. Así las cosas, revisadas las facultades del representante legal del miembro de la Estructura Plural se verifica que por ser suscrita la oferta en nombre de este miembro de la estructura plural por el Presidente Corporativo de la compañía, el mismo no tiene limitaciones estatutarias para presentar la oferta y actuar en la Licitación Pública, conforme a lo establecido en el Certificado de existencia y representación aportado en la etapa de precalificación y consultado de oficio por el comité evaluador en la fecha de verificación de la licitación, por tanto no requiere de autorización alguna para la participación en el proceso en estudio.

Por lo tanto, y como consecuencia de lo anterior la observación no procede.

3.3. Observación relacionada con el objeto social de ESTYMA

Revisado el Certificado de Existencia Representación de Estyma S.A. se encuentra que en su objeto social se incluye "(...) la construcción de todo tipo de obras públicas (...) la elaboración de estudios relacionados con proyectos de ingeniería en todas sus ramas preparar licitaciones con destino a la sociedad o a terceros y el manejo directo de estudios, proyectos, licitaciones, reclamaciones y contratos (...) y en general celebrar todo acto o contrato lícito que sea necesario o conveniente al cabal cumplimiento del objeto social".

En esta medida, la construcción de todo tipo de obras públicas implica la rehabilitación, mejoramiento y mantenimiento de las vías, por lo cual es dado aseverar que estos actos de la licitación pública se encuentran dentro del objeto social de la sociedad en comento.

Así mismo, en cuanto al financiamiento y a la operación, puede aseverarse que también se encuentran contemplados en el objeto social de Estyma S.A., toda vez que en los estatutos se señala clara y

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

expresamente que la sociedad tiene como objeto *“la construcción de todo tipo de obras públicas”*, y el fin de la presente licitación es la construcción de una obra mediante una modalidad de contratación especial que se caracteriza porque la financiación y operación por cuenta del contratista. Asimismo, en los estatutos de la sociedad se le faculta para celebrar todo tipo de acto o contrato que sea necesario para el cabal cumplimiento del objeto social.

De esta manera, como para la rehabilitación, mejoramiento y mantenimiento de vías es menester la operación y el financiamiento de las obras, es dable concluir que el objeto social de Estyma S.A. sí permite el cumplimiento de las obligaciones de la presente licitación pública, por lo cual debe colegirse que no es procedente el reparo puesto de presente por el observante.

3.4. Observación relacionada con el Acuerdo de garantía.

El acuerdo de garantía se encuentra suscrito por los miembros de la estructura plural que acreditaron capacidad financiera en calidad de garantes CSS CONSTRUCTORES S.A. y CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURAL S.A. DE C.V.

En calidad de deudor garantizado, conforme a lo establecido en el Pliego de Condiciones fue suscrito por los miembros que, en el caso de ser adjudicatarios, constituirán el SPV.

Para el caso que nos ocupa se verifica que la totalidad de los miembros de la estructura plural han suscrito el acuerdo en la calidad que corresponde conforme al Pliego de condiciones. Se encuentra en conclusión que el formato está diligenciado de manera adecuada y en consecuencia la observación no procede.

En relación con la cantidad de ejemplares aportados del acuerdo de garantía se remite a las respuestas dadas por la Agencia en los numerales 2.7 y 2.8 de este documento, en cuanto constituye un asunto meramente formal que no afecta la habilidad de la oferta ni impide su comparación con las demás propuestas.

3.5. Observación relacionada con los Acuerdos de Permanencia y Transparencia.

De conformidad con el literal q) del Pacto de Transparencia los Oferentes que lo hayan suscrito presentarán una declaración en que indiquen que están cumpliendo con lo señalado en dicho literal. Esta declaración deberá ser suscrita por el Apoderado Común.

Si bien la oferta presentada por la estructura plural observada no contiene la declaración de cumplimiento del literal "q" del Pacto de Transparencia ("Anexo 7") requerido por la ANI a través de la Adenda 14, se encuentra en la oferta del observado el aporte del Pacto de Transparencia completo que incluye el literal q) aludido.

Así mismo es claro que 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, y no obstante no estar contenido el documento en la oferta, tal omisión no tiene consecuencias que alteren el informe de evaluación en este sentido, menos aun cuando se encuentra contenido en la oferta el texto completo del pacto de transparencia debidamente suscrito. Por lo tanto la observación no procede.

Respecto de la observación que indica que el ofertante no aportó el Acuerdo de Permanencia en tres copias, se confirma que en la oferta recibida se encuentra una sola copia del mismo, se considera que, de la aplicación del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150, debe concluirse que no hay lugar al rechazo de la oferta presentada por la estructura plural observada, por cuanto el requisito en mención es de carácter eminentemente formal.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

Por encontrarse que el acuerdo presentado con la oferta cumple con las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones y en el Anexo correspondiente, no se acepta la observación presentada.

Adicionalmente a pesar de no haberse aportado el documento observado en el número de copias establecido, se reitera que por tratarse de un asunto meramente formal la observación no procede.

4. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 2 EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 1 PRESENTADA POR LA EP OHL CONCESIONES.

4.1. Observación relacionada con el Acta de la Junta Directiva de OHL CONCESIONES COLOMBIA.

Conforme a la verificación realizada de los documentos aportados mediante escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409-030544-2, la señora Carolina Romero Cerón ostenta el cargo de Secretaria de la sociedad OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. desde la constitución de la misma, asunto que se soporta en el contenido del Acta No. 2 de la Asamblea de accionistas de reunión extraordinaria del 03 de marzo del presente año, en la cual se ratifica la designación de esta persona en el cargo, y además con la indicación de que el mismo se encuentra ocupado por esta persona desde la constitución de la sociedad.

De esta manera, no obstante se incurre en un error de transcripción en el cargo, con la inclusión de la expresión AD HOC, para el cual fue designada Carolina Romero Cerón en el acta en la cual se autoriza a la gerente suplente para que con amplias facultades y sin limitación realice los actos y suscriba los documentos necesarios para participar en los procesos licitatorios, incluyendo el proceso en cuestión, la comprobación de la designación de la persona en el cargo indicado antes de la expedición del acta, convierte el error observado en la misma en un hecho meramente formal y por tanto no da lugar a revisar los argumentos jurídicos relacionados con la validez del contenido de la autorización dada por el órgano competente.

Por lo tanto y como consecuencia de lo anterior, la observación no procede.

4.2. Observación relacionada con el Acuerdo de Garantía.

Revisado el Certificado de existencia y Representación de OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. que obra a folios 92 a 95 de la Propuesta, se advierte que el Gerente de la referida empresa como representante legal de la misma, tiene entre otras facultades las siguientes: "(...) 18. Participar y representar a la sociedad en toda clase de invitaciones a precalificar, invitaciones privadas, licitaciones, subastas, concursos, contratos públicos o privados, administrativos o judiciales,, convocados por cualquier entidad pública o privada, creada o por crear; en particular los que se refieren a contratos públicos o privados para el diseño, construcción, financiación, operación y reversión de toda clase de obras, y en general en cualquier proceso público o privado de selección objetiva de contratistas, **y a tal efecto, formalizar y presentar, garantías, fianzas provisionales o definitivas**, concurrir a los actos de licitación y apertura de pliegos, audiencias, plantear incidentes y recursos, aceptar, en su caso, las adjudicaciones de obra, todas las anteriores actuaciones bien independientemente o bien bajo cualquier forma de asociación público privadas con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, en forma conjunta, mancomunada, solidaria o con el compromiso de formar posteriormente una agrupación, asociación o unión de empresas; asistir a actos de otorgamiento y suscribir los documentos públicos o privados pertinentes para la completa adjudicación a favor de la sociedad (...)"

Por tanto, es claro que el señor JUAN LUIS OSUNA GÓMEZ, Gerente de OHL CONCESIONES S.A.S. estaba plenamente facultado para suscribir el Acuerdo de Garantía, como en efecto lo hizo y no tenía limitaciones para el efecto.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

No obstante lo anotado, con escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409-030544-2, se aportó copia certificada del Acta No. 17 de la Junta Directiva de OHL CONCESIONES S.A.S., en la que consta que aunque el señor OSUNA no tiene limitaciones estatutarias para representar a la sociedad, se ratifican todos los actos y contratos que haya celebrado en desarrollo del proceso licitatorio VJ-VE-IP-LP-010-2013, documento que si bien no era necesario tal como se anotó antes por no existir limitaciones para el gerente de la sociedad, se acepta como soporte adicional de la capacidad del Representante Legal para la suscripción del Acuerdo de Garantía, de acuerdo con los argumentos que se han expuesto en este documento sobre subsanabilidad de los criterios habilitantes que no otorgan puntaje en los procesos de selección.

En consecuencia, la observación no procede.

4.3. Observación relacionada con el Cupo de Crédito.

Una vez analizada la información presentada por la estructura plural OHL Concesiones se encuentra que si bien el numeral 3.10.1 del pliego de condiciones del proceso es claro al prohibir cualquier tipo de condicionamiento para la APROBACIÓN del cupo de Crédito, los condicionamientos a los que hace referencia el observante y los cuales se encuentran citados en el acta de aprobación NO se refieren a la aprobación del Cupo de Crédito sino al proceso de desembolso, tal como se observa en los siguientes apartes:

“(i) claramente definidos para el proceso de “Desembolso” (“4. Previo a la solicitud de desembolsos...”), y
“(ii) están explícitamente relacionados con la constitución de garantías de la entidad financiera (“...debe haberse constituido por la Firma [OHL Colombia una garantía a favor del Banco, calificada como admisible en los términos del Decreto 2555 de 2010, que ampare a satisfacción del Banco el monto del desembolso solicitado”).”

Por lo anterior, las condiciones establecidas nada tienen que ver con la aprobación del Cupo de Crédito definido en el numeral 3.10.1 del pliego de condiciones. Además es claro que dichas disposiciones son propias del cumplimiento de la regulación financiera que no condicionan el otorgamiento del Cupo de Crédito a la sociedad. De hecho, en el formato propuesto por la entidad para la certificación del cupo de crédito en firme, se expresa literalmente que: “*El desembolso del cupo de crédito específico estará sujeto a las condiciones de desembolso establecidas por el Banco*”, de tal manera que la entidad contempla dicho condicionamiento como natural y procedente.

Adicional a lo expuesto, mediante escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409-030544-2, fue aportada Certificación expedida por el Vicepresidente de Banca Empresarial y Corporativa del BANCO CORPBANCA, en la que se ratifica que el cupo de crédito otorgado a OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S., fue debidamente aprobado por los Comités de Crédito de esa entidad como consta en la certificación del 28 de mayo de 2014, que dicha aprobación se encuentra en firme y no está sujeta a ninguna condición y que las características del cupo de crédito incluyen ciertos requisitos relacionados con los desembolsos y no con la aprobación del cupo de crédito otorgado.

En consecuencia, no procede la observación.

5. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 2 EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 3 PRESENTADA POR LA EP SHIKUN & BINUI - GRODCO.

5.1. Observación relacionada con la capacidad jurídica de SHIKUN & BINUI VT AG.

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN

En primer término es necesario precisar que la verificación de la capacidad jurídica del miembro de la estructura plural observado fue realizada en la etapa de precalificación en razón a que no se trata de un miembro nuevo de la estructura plural y en dicho momento se constató que la mencionada sociedad cumplía con la capacidad jurídica.

No obstante lo anotado, efectuada nuevamente la revisión de los documentos de existencia y representación de la sociedad SHIKUN & BINUI VT AG, se constata que a folios 101 a 113 obra el Certificado expedido por la Oficina de Registro Mercantil del Cantón de SCHAFFHAUSEN, en el que consta que el 13 de mayo de 2013 se efectuó la inscripción en dicho Registro de la mencionada sociedad, se detalla su objeto social, domicilio, capital de acciones, y se indican los nombres de los miembros de la Junta Directiva, de su presidente y auditores.

Así mismo, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 3.4.5. de la Invitación a Precalificar, como documento complementario de la información requerida sobre existencia y representación legal de las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia, a folios 137 a 157 fue aportada declaración suscrita por los representantes legales de la mencionada sociedad, en la que consta, entre otros datos, que la sociedad se constituyó el **13 de mayo de 2013**.

También fueron aportados la Escritura Pública de Constitución de la sociedad, sus estatutos y los documentos previos al registro de la misma en la Oficina de Registro Mercantil, entre ellos la certificación expedida el **8 de mayo de 2013** por LEUMI BANCA PRIVADA, en la que consta que en dicho Banco se efectuó el depósito de 50.000 francos suizos como capital social de la citada persona jurídica, los cuales estarán a disposición de los organismos autorizados para la firma, una vez se realice la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y se publique en la Gaceta Oficial de Comercio de Suiza.

Considera el observante que en dicho documento el Banco indica cuáles son los requisitos para la constitución de la sociedad en Suiza, entre ellos la publicación en la Gaceta Oficial de Comercio, afirmación equivocada, pues que lo que se expresa en ese documento, es que con posterioridad a la constitución de la sociedad, la publicación en la referida Gaceta es un requisito para que los órganos sociales que sean autorizados para el efecto, puedan disponer de esa suma depositada como capital social en el citado banco, con destinación exclusiva para la empresa (folios 209, 217 y 223).

Por lo anotado, no procede la observación.

5.2. Observación relacionada con el Acuerdo de garantía

De la revisión del acta que contiene las facultades para la actuación del apoderado común, se identifica que la misma contiene autorización para que el apoderado suscriba el acuerdo de garantía solicitado.

En el literal A) de dicha Acta se autoriza al representante de GRODCO INTERNACIONAL S.A., para suscribir el acuerdo de garantía de las Ofertas que presente la Estructura Plural conformada por las sociedad CI GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES y SHIKUN & BINUI VT AG.

Y a renglón seguido, en el inciso segundo del citado literal A) (folio 656) se expresa: *“En este sentido el representante de GRODCO INTERNACIONAL S.A. tendrá capacidad para suscribir el Acuerdo de Garantía en los términos que establezca la Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia en el anexo correspondiente a dicho acuerdo. **Capacidad que se extenderá incluso en el evento en que nuevos miembros entren a hacer parte de dichas estructuras plurales (...)**”*

Por tanto, es evidente que el representante legal de GRODCO INTERNACIONAL S.A. cuenta con facultades suficientes para la suscripción del Acuerdo de Garantía, en consecuencia, la observación no procede.

**LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IP-LP-010-2013
RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS AL INFORME DE EVALUACIÓN**

6. RESPUESTAS A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL PROPONENTE No. 2 EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA RESPECTO DE LA EVALUACIÓN DE LA OFERTA No. 4 PRESENTADA POR LA EP INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA.

6.1. Observación relacionada con el Acuerdo de Garantía.

De conformidad con los argumentos expuestos en este Documento sobre subsanabilidad de los requisitos de habilidad, no necesarios para la comparación de las ofertas, se revisa el Acta allegada con escrito radicado el 2 de julio de 2014 con el No. 2014-409030491-2, en la que consta que en reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas efectuada el 4 de julio de 2013, se facultó al representante legal de la sociedad para constituirse en garante de las obligaciones de las estructuras plurales que participen en las licitaciones públicas de 4G Nos. 001, 002, 010, 011, 006 y 009 de 2013.

Por lo tanto, la observación analizada no modifica el informe de evaluación.

De acuerdo con las respuestas suministradas por la AGENCIA en el presente documento, ninguna de las observaciones presentadas al Informe de Evaluación publicado el 11 de junio de 2014, prospera.

COMITÉ EVALUADOR