

Bogotá D.C, 25 de Junio de 2014

Señores

Agencia Nacional de Infraestructura

Vicepresidencia Jurídica

Calle 26 No. 59 – 51 y/o

Calle 24 A No. 59-42 Piso 2.Torre 4, Bogotá D.C

mmahecha@ani.gov.co

Ciudad

Referencia: Observaciones - Informe de Evaluación Preliminar - **Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013**

Por medio de la presente, OMAR MARTÍNEZ SIERRA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.962.043 de Bogotá D.C, con Tarjeta Profesional No. 102.150 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de **APODERADO COMÚN** de la ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI- GRODCO, (“EP SHIKUN- GRODCO”), proponente que presentó oferta en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013 (la “Licitación” o el “Proceso de Selección”), en el marco de lo establecido en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el numeral 2.2 del pliego de condiciones de la Licitación (el “Pliego” o los “Pliegos”), me permito presentar observaciones a las ofertas presentadas por la Estructura Plural AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV (“EP APC”)¹, la Estructura Plural INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA (“EP IVC”)² y por la Estructura Plural OHL CONCESIONES (“EP OHL”)³, así como a la valoración de estas ofertas realizada en el Informe de Evaluación Preliminar (el “Informe de Evaluación”) publicado por la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”) el día 11 de junio de 2014.

De este modo, a continuación me permito presentar las observaciones en los términos señalados, de acuerdo a las exigencias establecidas en los Pliegos y sus respectivos anexos.

I. OBSERVACIONES A LA OFERTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV (“EP APC”)

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

¹ Conformada por: KMA CONSTRUCCIONES S.A, ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A, EQUIPO UNIVERSAL S.A y VALORES Y CONTRATOS S.A

² Conformada por: CSS CONSTRUCTORES S.A, CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A EN C.V, ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A, LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A, y ALCA INGENIERÍA S.A.S

³ Conformada por: OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S y OHL CONCESIONES CHILE S.A.

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

1.1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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 mandataria 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.

1.1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

A través de la Adenda No. 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 los siguientes términos:

MATRIZ DE RESPUESTAS
11 de marzo de 2014

OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>“Solicitamos comedidamente a la ANI confirmar nuestro entendimiento en relación con los siguientes puntos.</p> <p>(...)</p> <p>3. La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, <u>es mandatorio y no se aceptan otros clausulados</u>, dado que en ausencia de estándares universales, la claridad de las garantías y su alcance en cobertura y condiciones de amparo no serán uniformes. <u>Este condicionado anexo al pliego, no es un manual. Son las condiciones bajo las cuales se aceptan garantías cuando ellas se constituyan mediante pólizas de seguros. Las compañías de seguros deberán registrarla ante la Superintendencia Financiera de Colombia.</u>”</p> <p>(...)” (Subrayado fuera de texto)</p>	<p>“(…) 3. <u>Se confirma el entendimiento realizado por el observador</u>, de acuerdo con la respuesta enviada con anterioridad donde se afirma que: “La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, <u>es mandataria y no se aceptan otros clausulados.</u>” (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

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 Estado⁴, 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

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 250000232600020030011301.

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 en los siguientes términos:

Asegurado Y Beneficiario: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI
Dirección: CALLE 24 No. 59-42 EDIFICIO T4 Ciudad: BOGOTÁ, D.C.
TIPO DE PÓLIZA OFICIAL ENTIDADES ESTATALES VERSION: MARZO DE 2013 DCTO 734
Licitación No. VI-VE-IP-LP-010-2013

Al revisar el contenido de dicho clausulado general que se encuentra publicado en la página web de la compañía de Liberty Seguros S.A⁵ 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:

_____, 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)

⁵ Ver el siguiente link: https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Biblioteca-de-Documentos/Cumplimiento/AFEE/Clausulado_Entidades_Estatales_Anexo.pdf

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 CODIGO 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 SUJECCIÓN 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 ANI*”, tal y como se observa en la imagen antes expuesta de la carátula de la póliza aportada por dicha estructura plural, es claro que el tomador del seguro y la aseguradora acordaron que el contrato de seguro estaría regido por un clausulado general diferente, esto es, por el clausulado denominado “Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734”.

Es importante destacar que el clausulado general allegado por la EP 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 prediseñado 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 negocial, "expresamente acordaron" que serían aquellas y no estás 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 (...)"⁶ (Subrayado fuera de texto).

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 asegurable 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 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."⁷ (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".

En este orden de ideas, es evidente que la EP APC no acreditó las condiciones generales obligatoriamente exigidas por la ANI en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta.

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.

⁶ Corte Suprema de Justicia - Sala Civil, veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007). Ref.: Expediente 68001 31 03001 20000013301

⁷ LAUDO EN DERECHO DEL 16 DE JULIO DE 2002. CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ÁRBITROS: Carlos Esteban Jaramillo (presidente), Hernando Tapias Rocha, Jorge Cubides Camacho DEMANDANTE: Palmar del Oriente Ltda. DEMANDADO: ACE Seguros S.A. y otro. TEMAS GENÉRICOS: Derecho Comercial NORMAS ANALIZADAS: Código de Comercio, arts. 1045, 1047, 1054, 1056, 1082. UBICADO EN: Carpeta número 37 - Cámara de Comercio de Bogotá.

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 virtud de la cual “*Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y 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 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones” -; 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.7° Ley 1150 de 2007)”⁸ (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

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927)

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 complementando⁹, adicionando¹⁰, modificando¹¹ y mejorando¹² 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.

1.2 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 – “LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO”

1.2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado (a folios 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 (...)”.

1.2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

El Apéndice Financiero 3 de “Garantías y Seguros” estableció que, mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el “PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...)”

⁹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: “Dar complemento a algo.”.

¹⁰ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: “Hacer o poner adiciones”.

¹¹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: “Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes”.

¹² De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: “Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor”.

(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 EFECTOS 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.*”¹³ (Subrayado fuera de texto).

1.3 EL CLAUSULADO NO SE AJUSTA AL APÉNDICE FINANCIERO 3 – “MANIFESTACIÓN MIPYME”

1.3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 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”.

¹³ LAUDO EN DERECHO DE 16 DE JULIO DE 2002 CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

1.3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

El Apéndice Financiero 3 de “Garantías y Seguros” estableció que mediante el amparo de seriedad de la oferta se debe garantizar el “PAGO A LA ANI DE LA SANCIÓN QUE SE DERIVE DEL INCUMPLIMIENTO DEL OFRECIMIENTO EN LOS SIGUIENTES EVENTOS (...) EL HABER MANIFESTADO SER MIPYME PARA LIMITAR LA 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:

OBJETO DE LA POLIZA:

GARANTIZAR LA SERIEDAD DE LA OFERTA PRESENTADA EN EL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA NO. VJ-VE-IP-IP-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 –SOPO Y SALITRE - GUASCA – SESQUILÉ, PATIOS-LA CALERA Y LÍMITE DE BOGOTÁ- CHOACHÍ), SEGÚN CORRESPONDA.

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

(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.”*¹⁴ (Subrayado fuera de texto).

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

1.4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 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.

1.4.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

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

¹⁴ LAUDO EN DERECHO DE 16 DE JULIO DE 2002 CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.

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, Y QUE SE DERIVEN DE: (I) LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR EL 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 TRATÁNDOSE DE LA COBERTURA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO EXIGIDA PARA LA FASE DE OPERACIÓN, LA VIGENCIA DEL AMPARO INICIARÁ DESDE LA FIRMA DEL 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.

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 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, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactada, 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 LIBERTY.
- 4.2. Para hacer efectivo el pago de multas o de la cláusula penal: 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 contradicción del contratista y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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 contradicción del contratista y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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.

Aspecto No. 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.

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 complementando¹⁵, adicionando¹⁶, modificando¹⁷ y mejorando¹⁸ 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.

1.5 LA SUCURSAL EN COLOMBIA DE ORTIZ CONSTRUCCIONES COMO TOMADOR DE LA PÓLIZA

1.5.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

¹⁵ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: “Dar complemento a algo.”.

¹⁶ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: “Hacer o poner adiciones”.

¹⁷ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: “Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes”.

¹⁸ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: “Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor”.

1.5.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 220-071133 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,.....”¹⁹ (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.

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 y 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.

¹⁹ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-057884 del 5 de diciembre de 2007.

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.

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

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 de la Ley 80 de 1993, en el parágrafo 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.

2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 de facilitar la participación de bienes y servicios de origen extranjero, colocando en condiciones de desventaja a los proveedores nacionales, efecto que es necesario corregir.

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 parágrafo” (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 criterios 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 parágrafo 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”*(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 2° del artículo 20 de la Ley 80 de 1993 y el párrafo del artículo 1° 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 y 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 respecto, es importante recordar el hecho de una sucursal de sociedad extranjera es un 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”²⁰ (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

²⁰ Superintendencia de Sociedades. Concepto No. 220-50335. Rad. Rad. 457.236-0

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 los prestados por empresas constituidas de acuerdo con la legislación nacional, por personas naturales colombianas o por residentes en Colombia²¹.

²¹ De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1607 de 2012 y con el artículo 8 del Decreto 834 de 2013, los residentes en Colombia son aquellas personas naturales que cumplan con las condiciones y requisitos previstos en dichas normas.

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 deben cumplir y ser:

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

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 lo siguiente:

No.	PROPONENTE	INTEGRANTES	%	ORIGEN	PUNTAJE
1	EP OHL CONCESIONES	OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	60%	COLOMBIA	100
		OHL CONCESIONES CHILE S.A.	40%	CHILE	
2	EP AUTOPISTA PERIMETRAL DE CUNDINAMARCA SPV	KMA CONTRUCCIONES S.A.	25%	COLOMBIA	100
		ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A.	25%	ESPAÑA	
		EQUIPO UNIVERSAL S.A.	25%	COLOMBIA	
		VALORES Y CONTRATOS S.A.	25%	COLOMBIA	
3	EP SHIKUN Y BINUI - GRODCO	SHIKUN & BINUI VT AG	37,50%	SUIZA	100
		CI GRODCO S EN C.A. INGENIEROS CIVILES	25,00%	COLOMBIA	
		COLOMBIANA INVERSIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A.S.	37,50%	COLOMBIA	

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)²², 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.

²² Ver: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=18028>

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.

3. ALCANCE DEL ACTA DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL 6 DE MAYO de 2014 DE ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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).

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 una 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:

En esta reunión, se adoptó por **unanimidad**, entre otros, los acuerdos que a continuación se transcriben literalmente:

"2).- Participación en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013 abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- en la República de Colombia..

El Presidente del Consejo de Administración explicó la conveniencia e interés para la Compañía de participar en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013 abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- en la República de Colombia cuyo objeto es **"Seleccionar la Oferta más favorable para la adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, para que el Concesionario realice a su cuenta y riesgo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor Proyecto Cartagena-Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad"**

Adicionalmente, el Presidente del Consejo de Administración, entregó algunos documentos relacionados con la referida Licitación, y se procedió con la discusión de los temas más relevantes relacionados con la Licitación.

Luego de las deliberaciones correspondientes, el Consejo de Administración, por UNANIMIDAD, aprueba:

"1. Autorizar la Compañía para que participe en la Licitación, de manera individual, o mediante cualquier forma asociativa permitida por las leyes de la república de Colombia o por el pliego de condiciones de la Licitación, y en tal sentido, autoriza la constitución de un proponente plural para que presente la propuesta en el marco de la Licitación, de manera que la Compañía podrá comprometer su responsabilidad en la presentación de la oferta, celebración del contrato, y ejecución del mismo de manera solidaria, si así es requerido, con las empresas con las que se llegue a constituir una estructura plural para la participación en la Licitación Pública. La referida autorización se otorga sin limitación o restricción alguna".

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 la siguiente imagen del ACTA que obra a folio 18 de la oferta:

4).- Otorgamiento de autorización a los representantes de la sucursal en Colombia de ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS, S.A. para la suscripción de todos los documentos necesarios para la participación en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-011-2013 abierta por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- en la República de Colombia

El Consejo de Administración, por UNANIMIDAD, aprueba:

- a. Autorizar a los Representantes y/o a sus suplentes de la Sucursal de la Compañía en Colombia es decir los señores D. JUAN ANTONIO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ con Cédula de Extranjería núm. 419350 y/o D. RAFAEL URIZAR FRANCISCO con Cédula de Extranjería núm. 409675 para que presenten individualmente o como parte de una estructura plural consorcio, unión temporal o cualquier tipo de asociación, permitida bajo la legislación colombiana o por el pliego de condiciones de la Licitación, directamente o por medio de apoderados y/o abogados, la propuesta en el marco de la Licitación en la República de Colombia, y faculden a los apoderados y/o abogados para llevar a cabo todas las actividades mencionadas de conformidad con la legislación colombiana y los documentos legales del proceso de Licitación.

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 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; (...)”²³ (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 HÁBIL la oferta presentada por la EP APC.

4. OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON EL CUPO DE CRÉDITO GENERAL

4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

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.

4.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 31 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”²⁴ (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 en los siguientes términos:

²⁴ Superintendencia de Sociedades. Concepto No. 220-50335. Rad. Rad. 457.236-0

BANCO GNB SUDAMERIS S.A.

CERTIFICA

Que la firma ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A SUCURSAL COLOMBIA NIT 900.356.846-7, tiene con nuestra entidad, un cupo de crédito por valor de \$38.330' 664.600,00 (TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS PESOS M/L), a valores de 31 de Diciembre de 2012.

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.

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

5.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

5.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 3.2.1(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:

MATRIZ DE RESPUESTAS 23 de mayo de 2014	
OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>“En relación con el Anexo 2 Carta de Presentación de la Oferta agradecemos responder lo siguiente: a) Entendemos que el Apoderado Común <u>es una persona</u> designada en la Carta de Presentación que en todo caso podrá ser reemplazada por <u>uno o varios suplentes</u> que podrán ser identificados en la misma carta de presentación de la oferta. Favor confirmar nuestro entendimiento. (...) (Subrayado fuera de texto)</p>	<p>“a) No existe ninguna restricción en el Pliego de Condiciones para que el Apoderado Común cuente con <u>uno o varios suplentes</u>. 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 <u>Apoderado Común principal</u>. (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

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, tal y como se observa a continuación:

- (n) Que designamos como apoderado común de todos los Integrantes de la Estructura Plural a **MENZEL RAFAEL AMIN AVENDAÑO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.083.451 de Bogotá, y/o a **JUAN ANTONIO SANCHEZ HERNANDEZ**, identificado con cédula de extranjería 419350, quienes de manera individual o conjunta gozan 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:

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.

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.

6. INCONSISTENCIAS Y CARENCIAS DEL ACUERDO DE GARANTÍA – ANEXO 3

6.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

No obstante lo anterior, el Acuerdo de Garantía aportado por la EP 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.

6.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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:

7.3. Al Garantizado

Atm. KMA CONSTRUCCIONES S.A. representada por MENZEL RAFAEL AMIN AVENDAÑO
Dirección Calle 93B No. 19-21, Bogotá D.C., Colombia

Atm: ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. representada por JUAN ANTONIO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Dirección Calle 99 No. 11B -15, Bogotá D.C., Colombia

Atm: EQUIPO UNIVERSAL S.A. representada por GABRIEL JERÓNIMO MONTOYA DE VIVERO
Carretera Cord. 300 mts Pte Circunvalar, Barranquilla, Colombia

Atm: VALORES Y CONTRATOS S.A. representada por JAIME ALFREDO MASSARD BALLESTAS
Carrera 64D No. 86-134 Barranquilla, Colombia

Al respecto, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo indica lo siguiente:

MATRIZ DE RESPUESTA Publicada el 26 de mayo por la ANI Respuesta No. 44	
OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>“La última versión del Acuerdo de Garantía publicado en la Licitación 10 (Adenda5), en la Licitación 9 (Adenda 4) y en la Licitación 6 (Adenda 4) señala lo siguiente: “(…)</p> <p>(iii) En calidad de Deudor Garantizado: El SPV que se constituya de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones, a cuya conformación concurrirán [indicar el nombre de los miembros del Adjudicatario]. (...) 1. Objeto del Acuerdo [El presente párrafo aplica para el caso en que haya un solo Garante] El Garante, por medio del presente documento se obliga con la Agencia Nacional de Infraestructura a responder de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de las siguientes obligaciones: [El presente párrafo aplica para el caso en que haya dos o más Garantes] Los Garantes, por medio del presente documento se obligan con la Agencia Nacional de Infraestructura 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: (...)” (Subrayado fuera de texto).</p> <p>Solicitamos comedidamente a la ANI modificar el formato de Acuerdo de Garantía en el sentido de incluir en la sección que se refiere al Deudor Garantizado un espacio para señalar (i) quienes son los Deudores Garantizados, (ii) quienes son los Garantes de cada Deudor Garantizado y (iii) cuál es el porcentaje de participación correspondiente a la participación del Garantizado. Esta solicitud se debe a que tal y como está redactado el acuerdo de garantía no es claro: quién</p>	<p>“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.</p> <p>El Acuerdo de Garantía diferencia entre Deudor Garantizado <u>y garantizado</u>, para referirse en el primer término al SPV, <u>y el segundo para el miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera</u>. Por consiguiente, su observación no procedente, ya que están claramente diferenciados en el Acuerdo” (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

<i>garantiza a quien, ni por qué porcentaje de participación”.</i>	
--	--

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 (3) 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 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 Garantía.

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

7.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

7.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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. Lo anterior se observa en la siguiente imagen el Anexo 4:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013
Anexo 4 Acuerdo de Permanencia

Dirección [insertar]
10.3. A1 [--]

Atn. [insertar]
Dirección [insertar]
Con copia al SPV: Atn. [insertar].Dirección [insertar].

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.

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

8.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

8.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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.

II. OBSERVACIONES A LA OFERTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA (“EP IVC”)

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

1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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).

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. Lo anterior se observa a continuación:

- Alcance de las obras autorizadas en el ACTA 1 del Consejo de Administración de CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A DE CV

-----	mantenimiento y reversión de la Concesión Autopista-----	00000024
-----	Conexión Pacífico 1, del Proyecto "Autopistas para la Prosperidad".-----	
VJ-VE-IP-LP-010-2013-----	Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será la -----	
-----	financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y -----	
-----	mantenimiento del Corredor Perimetral de Cundinamarca (Cáqueza-----	
-----	Choachí-Calera-Briceño y Bogotá-Calera.-----	
VJ-VE-IP-LP-011-2013-----	Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto consiste en -----	

- Alcance de las obras que hacen parte del objeto de la Licitación

LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-IP-LP-010-2013

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- Choachi), 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 – Sesquilé, Patios-La Calera y Límite 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 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; (...)”²⁵ (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 HÁBIL la oferta presentada por la EP IVC.

2. INSUFICIENTE CAPACIDAD JURÍDICA DE LATINCO S.A²⁶

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

²⁶ LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A

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.

2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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:

CERTIFICA

LIMITACIONES, PROHIBICIONES, AUTORIZACIONES ESTABLECIDAS SEGÚN LOS ESTATUTOS:

Que entre las funciones de la Junta Directiva esta la de:

- Autorizar el establecimiento o supresión, con observancia de los requisitos legales, de sucursales o agencias.
- Autorizar la constitución de empresas unipersonales, de responsabilidad limitada, anónimas, subordinadas o de cualquier tipo, para el desarrollo de cualquier actividad comprendida dentro del objeto de la Compañía, así como la adquisición, suscripción o

*** CONTINUA ***

0218

.....

enajenación de acciones, cuotas o derechos en dichas subordinadas o en otras sociedades o empresas.

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:

FUNCIONES DEL PRESIDENTE CORPORATIVO. El Presidente Corporativo de la Compañía es un mandatario con representación, investido de la gestión corporativa, encargado de definir los lineamientos estratégicos y de inversiones, la coordinación y supervisión general de la Compañía, como tal tiene la representación legal y la responsabilidad de la acción administrativa. Funciones que cumplirá con arreglo a los Estatutos, a las disposiciones legales y con sujeción a las órdenes e instrucciones de la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva.

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:

5. AUTORIZACIONES

5.1. El Gerente Ejecutivo de la sociedad, el Ingeniero Sergio Humberto Ramírez Arroyave, informó a los miembros de Junta Directiva que es de gran interés para la sociedad participar en los siguientes procesos:

- Invitación a precalificar No. VJ-VE-IP-010 DE 2013 cuyo objeto es CONFORMAR LA LISTA DE PRECALIFICADOS PARA EL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA CONSISTENTE EN: EL DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, OPERACIÓN, FINANCIACIÓN Y REVERSIÓN DEL PROYECTO DE LA VÍA PERIMETRAL DEL ORIENTE DE CUNDINAMARCA. Invitación a precalificar convocada por la Agencia Nacional de Infraestructura -- ANI. Valor del contrato indeterminado.
- Invitación a precalificar No. VJ-VE-IP-011 DE 2013 cuyo objeto es CONFORMAR LA LISTA DE PRECALIFICADOS PARA EL PROYECTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA

CONSISTENTE EN: LA ELABORACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y LOS DISEÑOS DEFINITIVOS, LA FINANCIACIÓN, EL TRAMITE Y OBTENCIÓN DE LAS LICENCIAS AMBIENTALES Y DEMÁS PERMISOS NECESARIOS, LA GESTIÓN Y ADQUISICIÓN DE LOS PREDIOS, LA GESTIÓN SOCIAL, LA CONSTRUCCIÓN DE TRAMOS NUEVOS Y VIADUCTOS, LA REHABILITACIÓN DE LA VÍA EXISTENTE, EL MEJORAMIENTO, LA OPERACIÓN Y EL MANTENIMIENTO DEL CORREDOR VIAL CARTAGENA - BARRANQUILLA Y LA CIRCUNVALAR DE LA PROSPERIDAD DE BARRANQUILLA (MALAMBO - LAS FLORES). Invitación a precalificar convocada por la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI. Valor del contrato indeterminado.

La Junta Directiva, en uso de sus facultades legales y estatutarias, autoriza a los señores Sergio Humberto Ramírez Arroyave y/o Carlos Alberto Ramírez Arroyave Representantes Legales de la Sociedad (Representante Legal Principal y Representante Legal Suplente), para llevar a cabo las siguientes actividades en nombre y representación de la Sociedad en forma individual o conjunta:

Autorizar al Representante Legal de la Sociedad y/o Representante Legal Suplente para:

- a) Participar como proponentes en los procesos referenciados, en los términos y con los efectos establecidos en los pliegos de condiciones.
- b) Participar como proponentes en los procesos referenciados, de manera individual o en grupo con otras personas jurídicas y/o naturales asociadas entre sí mediante sociedad, consorcio, unión temporal, promesa de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación que estime conveniente.

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 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. (...)”

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; (...)”²⁷ (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.

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

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

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

3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

“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”

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:

ADENDA 7 PROCESO 10

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:

DETERMINACIÓN DEL OBJETO SOCIAL: La sociedad tendrá como objeto principal la minería y dentro de ella el desarrollo de las actividades de exploración, explotación, beneficio y transformación de minerales para su propio aprovechamiento o para terceros; 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 o a terceros de estudios, proyectos, licitaciones, reclamaciones y contratos.

La sociedad podrá realizar cualquier actividad relacionada con la remanufactura de todo tipo de maquinaria amarilla, industrial, rodante de construcción o de minería, o de cualquier otra construcción.

En desarrollo del mismo, la sociedad podrá contratar y desarrollar proyectos de minería y construcción; comprar, importar, arrendar, vender y operar equipos, maquinaria, materiales y accesorios de minería y construcción, comprar toda clase de bienes muebles o inmuebles, enajenarlos, arrendarlos, gravarlos, o darlos en prenda de sus propias obligaciones, tomarlos en arrendamiento o bajo cualquier otra modalidad de tenencia autorizada por la ley; podrá ejecutar operaciones comerciales con títulos valores u otros títulos representativos de derechos; podrá ser socia o accionista de otras sociedades; en materia de documentos y títulos valores podrá ejecutar todas las operaciones mercantiles que le sean propias para aceptar, endosar, girar, protestarlos dar y recibirlos en prenda, en aval o en otras formas de garantía; dar y recibir en pago y en general celebrar todo acto o contrato lícito que sea necesario o conveniente al cabal cumplimiento del objeto social.

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, “La capacidad de la sociedad se circunscribe 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 tema 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 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, legal 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”²⁸ (Subrayado fuera de texto).

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 procesos 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 la 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, 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; (...)”²⁹ (Subrayado fuera de texto).

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:

²⁸ Superintendencia de Sociedades. Concepto N° 220-052763 del 01-05-2011.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de febrero de 2012. C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO. Rad. 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688).

“(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).

4. INCONSISTENCIAS EN EL ACUERDO DE GARANTÍA

4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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

No obstante lo anterior, el Acuerdo de Garantía aportado por la EP 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.

4.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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:

7.3. Al Garantizado

Atn. CSS CONSTRUCTORES S.A., domiciliada en AUTOPISTA NORTE KM 21 INTERIOR “OLÍMPICA”/CHÍA CUNDINAMARCA y representada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE;

Atn. CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. DE C.V., domiciliada en CARRERA 15 N° 88-64, OFICINA 703, TORRE ZIMMA, / BOGOTÁ D.C. y representada por CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE;

Atn. ESTYMA ESTUDIOS Y MANEJOS S.A., domiciliada en CARRERA 35 A # 15 B - 35 OF. 410 EDIFICIO PRISMA / MEDELLIN – ANTIOQUIA y representada por GERMAN ALBERTO ANGEL TORO;

Atn. LATINOAMERICANA DE CONSTRUCCIONES S.A., domiciliada en CALLE 18 NO 36-69 OFICINA 424 / MEDELLIN – ANTIOQUIA y representada por RAMIRO ALBERTO PEREZ RESTREPO;

Atn. ALCA INGENIERÍA S.A.S, domiciliada en AVENIDA CARRERA 45 NO 100-12 OFICINA 901 / BOGOTÁ D.C. y representada por ALICIA NARANJO URIBE

Al respecto, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo indica lo siguiente:

MATRIZ DE RESPUESTA Publicada el 26 de mayo por la ANI Respuesta No. 44	
OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>“La última versión del Acuerdo de Garantía publicado en la Licitación 10 (Adenda5), en la Licitación 9 (Adenda 4) y en la Licitación 6 (Adenda 4) señala lo siguiente: “(...)</p> <p>(iii) En calidad de Deudor Garantizado: El SPV que se constituya de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones, a cuya conformación concurrirán [indicar el nombre de los miembros del Adjudicatario]. (...) 1. Objeto del Acuerdo [El presente párrafo aplica para el caso en que haya un solo Garante] El Garante, por medio del presente documento se obliga con la Agencia Nacional de Infraestructura a responder de manera irrevocable y no subordinada, es decir, sin beneficio de excusión, por el cumplimiento de las siguientes obligaciones: [El presente párrafo aplica para el caso en que haya dos o más Garantes] Los Garantes, por medio del presente documento se obligan con la Agencia Nacional de Infraestructura 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: (...)” (Subrayado fuera de texto).</p> <p>Solicitamos comedidamente a la ANI modificar el formato de Acuerdo de Garantía en el sentido de incluir en la sección que se refiere al Deudor Garantizado un espacio para señalar (i) quienes son los Deudores Garantizados, (ii) quienes son los Garantes de cada Deudor Garantizado y (iii) cuál es el porcentaje de participación correspondiente a la participación del Garantizado. Esta solicitud se debe a que tal y como está redactado el acuerdo de garantía no es claro: quién garantiza a quien, ni por qué porcentaje de participación”.</p>	<p>“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.</p> <p>El Acuerdo de Garantía diferencia entre Deudor Garantizado <u>y garantizado</u>, para referirse en el primer término al SPV, <u>y el segundo para el miembro de la estructura plural que aportó experiencia en inversión o capacidad financiera</u>. Por consiguiente, su observación no procedente, ya que están claramente diferenciados en el Acuerdo” (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

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:

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Precalificación No. [VJ-VE-IP-010-2013]

Anexo 1: Carta de Presentación de la Manifestación de Interés

- [Obligatorio únicamente si los requisitos de experiencia en inversión y/o capacidad financiera se acreditan mediante la experiencia de un fondo de capital privado]
- (r) **No aplica**
- [Obligatorio únicamente en el caso de Estructuras Plurales]
- (s) Los Integrantes de la Estructura Plural señalados a continuación, tendrán la calidad de Líderes, por lo cual declaramos que dichos Integrantes mantendrán una participación mínima del veinticinco por ciento (25%) en la Estructura Plural y que concurren a la presente Precalificación aportando su experiencia o credenciales para efectos de acreditar los requisitos relativos a Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera.

CSS CONSTRUCTORES S.A.	40%
CONTROLADORA DE OPERACIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. de C.V.	35%

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 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 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.

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

5.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

5.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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:

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 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.

III. OBSERVACIONES A LA OFERTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES (“EP OHL”)

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

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

1.1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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 mandataria 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 OHL 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 OHL realice una modificación sustancial al contrato de seguro (aportando nuevamente la totalidad de la carátula de la póliza o ajustando el yerro sustancial cometido), evidentemente estaría complementando, adicionando, modificando y mejorando su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el numeral 8 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, en el numeral 2.2.8 del Decreto 734 de 2012 y en el numeral 5.5 del Pliego.

1.1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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

A través de la Adenda No. 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 los siguientes términos:

MATRIZ DE RESPUESTAS 11 de marzo de 2014	
OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>"Solicitamos comedidamente a la ANI confirmar nuestro entendimiento en relación con los siguientes puntos.</p> <p>(...)</p> <p>3. La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, <u>es mandatorio y no se aceptan otros clausulados</u>, dado que en ausencia de estándares universales, la claridad de las garantías y su alcance en cobertura y condiciones de amparo no serán uniformes. <u>Este condicionado</u></p>	<p>"(...) 3. <u>Se confirma el entendimiento realizado por el observador</u>, de acuerdo con la respuesta enviada con anterioridad donde se afirma que: "La póliza Única de Cumplimiento que la ANI ha redactado para sus procesos, <u>es mandataria y no se aceptan otros clausulados</u>." (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

anexo al pliego, no es un manual. Son las condiciones bajo las cuales se aceptan garantías cuando ellas se constituyan mediante pólizas de seguros. Las compañías de seguros deberán registrarla ante la Superintendencia Financiera de Colombia.”.

(...)” (Subrayado fuera de texto)

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 Estado³⁰, 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 OHL 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 OHL 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 54, 55 y 56 de la oferta en los siguientes términos:

Asegurado Y Beneficiario: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA-ANI
Dirección: CALLE 26 No. 59 – 51 y/o CALLE 24# No. 59 – 42 Piso 2 Torre 4 Ciudad: BOGOTA, D.C.
TIPO DE POLIZA OFICIAL ENTIDADES ESTATALES **VERSION: MARZO DE 2013 DCTO 734**
Licitación No. VJ-VE-IP-LP-010-2013

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de septiembre de 2013. C.P Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 250000232600020030011301.

Al revisar el contenido de dicho clausulado general que se encuentra publicado en la página web de la compañía de Liberty Seguros S.A³¹ 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:

_____, 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 CODIGO 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 SUJECCIÓN A LAS CONDICIONES DE LA PRESENTE POLIZA, 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 OHL que obran entre los folios 60 y 66 corresponden a unas condiciones que tienen por título “*Póliza de Cumplimiento para Contratos Estatales A Favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANP*”, 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

³¹ Ver el siguiente link: https://www.libertycolombia.com.co/Empresas/ProdyServ/Biblioteca-de-Documentos/Cumplimiento/AFEE/Clausulado_Entidades_Estatales_Anexo.pdf

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 OH entre los folios 60 y 66 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 prediseñado 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 negocial, “expresamente acordaron” que serían aquellas y no estás 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 (...)”³² (Subrayado fuera de texto).

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 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

³² Corte Suprema de Justicia - Sala Civil, veintiocho (28) de febrero de dos mil siete (2007). Ref.: Expediente 68001 31 03001 20000013301

precisos de la garantía, condiciones particulares estas que en cuanto son tales, prevalecen en su aplicación sobre las de carácter general.³³ (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. 2356406, 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”.

En este orden de ideas, es evidente 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.

Al respecto, es importante destacar que el yerro de la EP OHL 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 54, 55 y 56 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:

³³ LAUDO EN DERECHO DEL 16 DE JULIO DE 2002. CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. ÁRBITROS: Carlos Esteban Jaramillo (presidente), Hernando Tapias Rocha, Jorge Cubides Camacho DEMANDANTE: Palmar del Oriente Ltda. DEMANDADO: ACE Seguros S.A. y otro. TEMAS GENÉRICOS: Derecho Comercial NORMAS ANALIZADAS: Código de Comercio, arts. 1045, 1047, 1054, 1056, 1082. UBICADO EN: Carpeta número 37 - Cámara de Comercio de Bogotá.

“(…) 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 virtud de la cual *“Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y 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 6° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, “las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones” -; 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.7° Ley 1150 de 2007)”³⁴ (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 OHL 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 OHL, 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 OHL 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 complementando³⁵, adicionando³⁶, modificando³⁷ y mejorando³⁸ su oferta, en contravía de la prohibición expresa contenida en el

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de noviembre de 2008. C.P William Zambrano Cetina. Rad. 11001-03-06-000-2008-00079-00(1927)

³⁵ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: “Dar complemento a algo.”.

³⁶ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: “Hacer o poner adiciones”.

³⁷ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: “Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes”.

³⁸ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: “Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor”.

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 OHL, 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.

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

1.2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 60-65 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2356406 presentada por la EP OHL (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 60-65 no incluye el amparo de calidad del servicio expresamente requerido en el Apéndice Financiero 3, (ii) el clausulado que obra a folio 63 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 60-65 modifica la numeración prevista en el Apéndice Financiero 3.

1.2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

Aunque anteriormente quedó claro que el clausulado general allegado a folios 60-65 NO ES el clausulado general que regula la póliza de seguro No. 2356406 presentada por la EP OHL, en gracia de discusión y en el evento hipotético de que lo fuera, tenemos el siguiente comentario adicional.

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 OHL a folios 60-65 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 OHL **NO INCLUYE** el “AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO” en los términos requeridos por la Apéndice Financiero 3. Así, a folio 62 de la oferta se evidencia lo siguiente:

SU CAUSA, SUFRIDOS POR LA OBRA ENTREGADA, IMPUTABLES AL CONTRATISTA; ASÍ COMO LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR ÉSTA, Y QUE SE DERIVEN DE: (I) LA MALA CALIDAD O DEFICIENCIAS TÉCNICAS DE LOS BIENES O EQUIPOS POR EL 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 TRATÁNDOSE DE LA COBERTURA DE ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LAS OBRAS DE MANTENIMIENTO EXIGIDA PARA LA FASE DE OPERACIÓN, LA VIGENCIA DEL AMPARO INICIARÁ DESDE LA FIRMA DEL 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 OHL 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 OHL “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 60-65 no se ajusta al clausulado requerido por la ANI de acuerdo con el Apéndice Financiero 3.

Aspecto No. 2:

Por otro lado, haciendo caso omiso de las instrucciones impartidas por la ANI en el Apéndice Financiero 3, la EP OHL 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 63 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 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, además de la declaratoria de caducidad, procederá a hacer efectiva la cláusula penal si esta se encuentra pactada, 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 LIBERTY.
- 4.2. Para hacer efectivo el pago de multas o de la cláusula penal: 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 contradicción del contratista y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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 contradicción del contratista y de LIBERTY de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, 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.

Aspecto No. 3:

Finalmente, como se puede apreciar en los Folios 60-65, es decir, en todo el texto del clausulado general del seguro allegado por la EP OHL, 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 OHL 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 60-65 de su oferta, NO se ajusta a los requerimientos y coberturas previstas en el Apéndice Financiero 3.

Así, en línea con lo expuesto anteriormente, encontramos que en caso de que la EP OHL 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 complementando³⁹, adicionando⁴⁰, modificando⁴¹ y mejorando⁴² 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 OHL, 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.

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

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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 OHL designó dos apoderados comunes en su carta de presentación de la oferta.

2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 3.2.1(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:

³⁹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *complementar*: “Dar complemento a algo.”.

⁴⁰ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *adicionar*: “Hacer o poner adiciones”.

⁴¹ De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *modificar*: “Transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes”.

⁴² De acuerdo con el Diccionario de la lengua española, se entiende por *mejorar*: “Adelantar, acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor”.

“(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:

MATRIZ DE RESPUESTAS 23 de mayo de 2014	
OBSERVACIÓN REALIZADA	RESPUESTA ANI
<p>“En relación con el Anexo 2 Carta de Presentación de la Oferta agradecemos responder lo siguiente: a) Entendemos que el Apoderado Común es una <u>persona</u> designada en la Carta de Presentación que en todo caso podrá ser reemplazada por <u>uno o varios suplentes</u> que podrán ser identificados en la misma carta de presentación de la oferta. Favor confirmar nuestro entendimiento. (...) (Subrayado fuera de texto)</p>	<p>“a) No existe ninguna restricción en el Pliego de Condiciones para que el Apoderado Común cuente con <u>uno o varios suplentes</u>. 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 <u>el Apoderado Común principal</u>. (Subrayado y negrillas fuera de texto).</p>

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 OHL designó dos apoderados comunes en la carta de presentación de la oferta que obra a folio 6, tal y como se observa a continuación:

(n) Que designamos como apoderados comunes de todos los Integrantes de la **ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES** a **MIGUEL IGNACIO CASTRO MUÑOZ** y/o a **PATRICIA ARRÁZOLA BUSTILLO**, quienes, conjunta o individualmente, gozan 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, los apoderados comunes en nombre de los Integrantes recibirán notificaciones en la dirección que se señala a continuación:

En este orden de ideas, es claro 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.

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.

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

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

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.

3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

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 anexarán 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:

Suscrita a los 29 días del mes de mayo de 2014, como parte integral de la Oferta que será presentada por la **ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES**, conformada por **OHL CONCESIONES COLOMBIA SAS** y **OHL CONCESIONES CHILE S.A.** dentro de la Licitación Pública No. **VJ-VE-IP-LP-006-2013**.

Atentamente,



MIGUEL IGNACIO CASTRO MUÑOZ
Apoderado Común
ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES
OHL CONCESIONES COLOMBIA S.A.S - OHL CONCESIONES CHILE S.A.

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.

Agradezco de antemano la amable atención a la presente.

Cordialmente,



OMAR MARTÍNEZ SIERRA

C.C No. 79.962.043

Apoderado Común

ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI - GRODCO

Anexos:

- **ANEXO A:** Liberty Seguros S.A - clausulado general denominado “Oficial Entidades Estatales Versión: Marzo de 2013 DCTO 734”.

ANEXO A