

Bogotá D.C, 15 de Mayo de 2015

Señores
Agencia Nacional de Infraestructura
Gerencia Jurídica de Contratación
Vicepresidencia Jurídica
Calle 26 No. 59 – 51 y/o
Calle 24 A No. 59-42 Piso 2.Torre 4, Bogotá D.C
vjveiplp0152013@ani.gov.co
Ciudad

Referencia: Observaciones - Informe de Evaluación Preliminar - **Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013**

Respetados Señores,

Por medio de la presente, OMAR MARTÍNEZ SIERRA identificado con cédula de ciudadanía No. 79.962.043 de Bogotá D.C en mi calidad de **REPRESENTANTE COMÚN** de la ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI- GRODCO integrada por SHIKUN & BINUI (CONCESSIONS) AG y SBL CONCESSIONS S.A.S, proponente que presentó oferta en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 (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 propuestas presentadas por (i) la ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 3 (“EP VÍAS DEL DESARROLLO”)¹, (ii) la ESTRUCTURA PLURAL OHL CONCESIONES (“EP OHL”)², (iii) el proponente EP SAC 4G³ y (iv) por la ESTRUCTURA PLURAL INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA (“EP IVPC”)⁴, 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 8 de mayo de 2015.

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. Cabe señalar que los términos usados en mayúscula en este documento tendrán el significado que se les asigne expresamente, que les haya asignado en la Invitación de Precalificar VJ-VE-IP-015-2013 o que se les haya asignado en el Pliego.

¹ Conformado por China Gezhouba Group Company, Benton SAS, Unidad de Infraestructura y Construcciones Asociadas, Solarte Nacional de Construcciones, Pavimentar SAS y Coindustrial.

² Conformada por OHL Concesiones Colombia S.A.S y OHL Concesiones Chile S.A.

³ Conformada por Sacyr Concesiones Colombia S.A.S.

⁴ Conformada por Controladora de Operaciones de Infraestructura S.A en C.V (35%), CASS Construcciones, Alca SAS, Latinco SAS, Carlos Alberto Solarte Solarte y Estyma Estudios Y Manejos S.A.

I. OBSERVACIONES A LA OFERTA PRESENTADA POR LA ESTRUCTURA PLURAL CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 3 (“EP VÍAS DEL DESARROLLO”)

1. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S

1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Carlos Augusto Ramírez en su calidad de representante legal de UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S (“UICA SAS”), integrante de la EP VÍAS DEL DESARROLLO, no contó con las facultades requeridas para suscribir en representación de la compañía la carta de presentación de la oferta y en general para participar en la Licitación. El acta emitida por la Junta Directiva de UICA SAS autorizó al señor Ramírez a participar en la Licitación bajo esquemas de participación conjunta (consorcio, unión temporal y promesa de sociedad futura) diferentes al expresamente permitido por el Pliego (estructuras plurales).

De este modo, el referido miembro de la EP VÍAS DEL DESARROLLO no contó con la capacidad jurídica necesaria para suscribir la carta de presentación de la oferta (por la que se constituyó la Estructura Plural) ni para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) (2) del Pliego.

1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

La ANI ha sido clara en diferenciar las Estructuras Plurales como forma conjunta de participación aplicable a los procesos de asociación público privada (“APP”) regulados por la Ley 1508 de 2012 frente a los consorcios y uniones temporales como forma conjunta de participación aplicable a otros procesos de selección regulados enteramente por la Ley 80 de 1993.

Así, en el numeral 1.2.20 de la Invitación a Precalificar No. VJ-VE-IP-015-2013 (la “Invitación a Precalificar”), aplicable a la presente Licitación por remisión expresa del numeral 1.3.2 (f) del Pliego, la ANI definió las Estructuras Plurales en los siguientes términos;

*“1.2.20. “Estructura Plural”. Es el Manifestante integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Manifestación de Interés de forma conjunta bajo el presente sistema de Precalificación. Para efectos de la presente Precalificación **no se admitirán estructuras plurales bajo la denominación y reglas de los Consorcios o Uniones Temporales por aplicación del artículo 3 del Decreto 1467 de 2012.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De este modo, la ANI fue totalmente precisa en prohibir denominaciones de consorcios o uniones temporales como esquemas de participación conjunta en la Licitación que aquí nos ocupa.

En el marco de lo anterior, la ANI requirió que en el evento de que ingresaran Miembros Nuevos a una Estructura Plural durante la etapa de Licitación, dichos Miembros Nuevos debían acreditar plenamente su capacidad jurídica. Así, el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) del Pliego, señala lo siguiente:

“(c) Miembros Nuevos y/o exclusión de Integrantes en el Oferente.

A) En los eventos descritos en el numeral (b) de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá acreditar la capacidad jurídica y representación legal de cualquier Miembro Nuevo de la siguiente manera:

(i) *Personas jurídicas Colombianas o Extranjeras con sucursal en Colombia.*

Todas las personas jurídicas nacionales o extranjeras con sucursal en Colombia, deberán adjuntar el certificado de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio, en el que se indique la siguiente información y condiciones:

1. *La existencia y representación legal;*
2. *La capacidad jurídica del representante legal para la presentación de la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso);*
3. *El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Licitación Pública.*
4. *Que se han constituido con anterioridad a la fecha de la presentación de la Oferta, y que el término de duración sea por lo menos igual a treinta y tres (33) años contados a partir del Cierre del proceso de la Licitación Pública.*

Haber sido expedido máximo treinta (30) Días Calendario antes contados desde la Fecha de Cierre de la Licitación Pública. Cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso), o para realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Oferta o la participación en la presente Licitación Pública, se deberá presentar junto con la Oferta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente que autorice la presentación de la Oferta y la realización de los demás actos requeridos para la participación en la Licitación Pública. (...)”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, el Pliego determinó que los representantes legales de las personas jurídicas que integren una Estructura Plural debían acreditar la suficiencia de sus facultades para efectos de presentar la Oferta en la fecha de Cierre de la Licitación.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación que obra a folio 31 de la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, corresponde a la Junta Directiva de UICA SAS autorizar al representante legal para ejecutar actos y celebrar contratos cuya cuantía exceda 170 SMLMV. Lo anterior se observa a continuación:

NECESARIAS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL. 5. EJECUTAR TODOS LOS ACTOS Y CELEBRAR LOS CONTRATOS QUE TIENDAN AL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO SOCIAL Y SOLICITAR AUTORIZACIÓN Y APROBACIÓN PREVIA DE LA JUNTA DIRECTIVA PARA AQUELLOS CUYA CUANTÍA EXCEDA EL EQUIVALENTE EN PESOS COLOMBIANOS A LA SUMA DE CIENTO SETENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES COLOMBIANOS (170 SMLMV); 6. CONVOCAR A LA ASAMBLEA GENERAL Y LA JUNTA DIRECTIVA DE ACUERDO CON LOS ESTATUTOS; 7. CUIDAR DEL RECAUDO

En línea con lo anterior, a folios 39 a 40 de la Oferta allegada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, la Junta Directiva de UICA SAS autorizó a su representante legal a participar en la Licitación en los siguientes términos:

En consecuencia el Representante Legal de la Sociedad y/o sus suplentes quedan facultados para suscribir la oferta, así como para la celebración y ejecución del respectivo contrato en caso de resultar favorecidos, hasta por la cuantía que resultare. En igual sentido quedan autorizados para presentar oferta conjunta bajo la modalidad de consorcios o uniones temporales, promesa de sociedad futura, y para participar en la Invitación antes mencionada, además se les autoriza constituir las garantías y contragarantías, designar apoderados y representantes, pactar cláusula compromisoria y, en general, para ejecutar todos los actos necesarios para llevar a buen término el fin propuesto.

En caso de consorcios o uniones temporales queda facultado para seleccionar las firmas con las cuales se ofertará de manera conjunta, celebrar los acuerdos respectivos con fijación de todas las condiciones económicas y de participación a que hubiere lugar con los demás partícipes. La autorización comprende así mismo la facultad de constituir sociedades proyecto si así resultare conveniente o necesario, para la ejecución contractual.

Como se puede identificar, la Junta Directiva de UICA SAS autorizó a su representante legal para participar en la Licitación exclusivamente bajo la modalidad de consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura⁵. Así, no cabe duda que Carlos Augusto Ramírez en su calidad de representante legal de UICA SAS no contó con las facultades para firmar la carta de presentación de la oferta (Anexo 2) por medio de la que se conformó la Estructura Plural “CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 3”.

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; (...)”⁶ (Subrayado fuera de texto).

⁵ Esta figura originalmente prevista en el parágrafo 2 del Art. 32 de la Ley 80 de 1993 fue eliminada por el Art. 39 de la Ley 1508 de 2012.

⁶ 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).

En esta misma línea, en reciente jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado⁷ se destacó la diferencia entre los requisitos formales de la oferta frente a los requisitos subjetivos y objetivos de la misma:

“En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables.

Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”⁸.

Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección una de las sociedades integrantes de un consorcio proponente no allega sus estados financieros debidamente certificados y dictaminados cuando así lo exige la ley, no puede entenderse que éste sea un requisito meramente formal susceptible de ser subsanado, pues su cumplimiento le permite a la entidad estatal evaluar y calificar, con base en parámetros objetivos, la capacidad financiera del proponente, lo que hace que se constituya en un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas presentadas, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta”.

De este modo, es evidente que el acta de Junta Directiva allegada por UICA SAS es un requisito de la oferta sobre el que la ANI puede verificar bajo parámetros objetivos que dicho integrante NO contó con la capacidad jurídica requerida para firmar la carta de presentación de la oferta y para constituir la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación bajo el esquema de Estructura Plural, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

2. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE PAVIMENTAR S.A

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Hernán Alfredo Ramos Cárdenas en su calidad de Segundo Suplente del Representante Legal de PAVIMENTAR S.A, integrante de la EP VÍAS DEL DESARROLLO, no contó con la capacidad jurídica para suscribir en representación de la compañía la carta de presentación de la oferta por

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161. C.P JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324.

medio de la que se conformó la referida Estructura Plural. El acta emitida por la Junta Directiva de PAVIMENTAR S.A reservó expresamente la facultad de suscribir el documento de conformación de la Estructura Plural para participar en la Licitación al Gerente (representante legal principal) de la compañía (señor Andrés Isaza Pérez) y no a sus suplentes.

De este modo, el referido miembro de la EP VÍAS DEL DESARROLLO no contó con la capacidad jurídica necesaria para suscribir la carta de presentación de la oferta (Anexo 2) ni para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) (2) del Pliego.

2.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

La ANI requirió que en el evento de que ingresaran Miembros Nuevos a una Estructura Plural durante la etapa de Licitación (como es el caso de PAVIMENTAR S.A), dichos Miembros Nuevos debían acreditar plenamente su capacidad jurídica. Así, el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) del Pliego, señala lo siguiente:

“(c) Miembros Nuevos y/o exclusión de Integrantes en el Oferente.

A) En los eventos descritos en el numeral (b) de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá acreditar la capacidad jurídica y representación legal de cualquier Miembro Nuevo de la siguiente manera:

(i) Personas jurídicas Colombianas o Extranjeras con sucursal en Colombia.

Todas las personas jurídicas nacionales o extranjeras con sucursal en Colombia, deberán adjuntar el certificado de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio, en el que se indique la siguiente información y condiciones:

- 1. La existencia y representación legal;*
- 2. La capacidad jurídica del representante legal para la presentación de la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso);*
- 3. El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Licitación Pública.*
- 4. Que se han constituido con anterioridad a la fecha de la presentación de la Oferta, y que el término de duración sea por lo menos igual a treinta y tres (33) años contados a partir del Cierre del proceso de la Licitación Pública.*

Haber sido expedido máximo treinta (30) Días Calendario antes contados desde la Fecha de Cierre de la Licitación Pública. Cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso), o para realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Oferta o la participación en la presente Licitación Pública, se deberá presentar junto con la Oferta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente que autorice la presentación de la Oferta y la realización de los demás actos requeridos para la participación en la Licitación Pública. (...)”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, el Pliego determinó que el representante legal de cada uno de los Miembros Nuevos que integren una Estructura Plural debe acreditar la suficiencia de sus facultades para efectos de presentar la Oferta en la fecha de Cierre de la Licitación.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación de PAVIMENTAR S.A que obra a folio 51 de la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, le corresponde al representante cumplir las funciones que le asigne la Asamblea General de Accionistas y la Junta Directiva de acuerdo con las limitaciones establecidas en los estatutos de la compañía. Lo anterior se observa a continuación:

9. Cumplir las demás funciones que le asigne la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva y las que por la naturaleza de su cargo le correspondan. En el ejercicio de sus funciones el Gerente puede sin otras limitaciones que las establecidas en los estatutos, en cuanto se trate de operaciones que deban ser previamente autorizadas por la Junta Directiva, como las contempladas en los estatutos, o por la Asamblea General de Accionistas, celebrar, firmar, ejecutar todos los actos o contratos comprendidos dentro del objeto social, o que tengan carácter preparatorio, accesorio o complementario, para la realización de los fines sociales y los que se relacionen directamente con su existencia y funcionamiento.

En el marco de lo anterior, a folios 61 a 62 de la Oferta allegada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, la Junta Directiva de PAVIMENTAR S.A autorizó a su representante legal a participar en la Licitación en los siguientes términos:

Propuesta:

Se propuso autorizar a ANDRES ISAZA PEREZ, Representante Legal de la sociedad y a HERNAN ALFREDO RAMAOS CARDENAS, representante legal suplente de la sociedad PAVIMENTAR S.A., para que puedan sin limitación alguna comprometer a PAVIMENTAR S.A. para participar en el Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Pública convocado por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) bajo la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 que tiene por objeto "Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será los estudios y diseños, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento, Gestión Predial, Gestión Social y Ambiental y Reversión del corredor Villavicencio – Yopal, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato (en adelante el Proyecto Villavicencio Yopal). En igual sentido, se propuso autorizar a ANDRES ISAZA PEREZ, para que otorgue el Poder o los poderes correspondientes, en los que faculte a uno o varios apoderados para la participación dicho Proyecto Villavicencio Yopal. En los correspondientes poderes el representante legal quedará facultado para otorgar dicho poder con las más amplias facultades y sin limitación alguna, razón por la cual se otorga autorización general para:

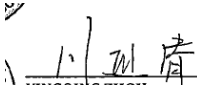
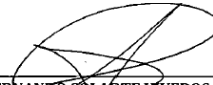
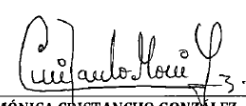
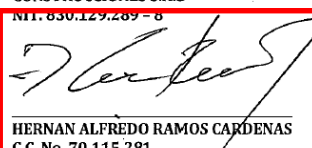
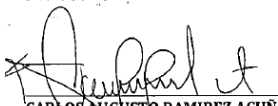

1. Decidir sobre la participación de PAVIMENTAR S.A. en el Proyecto Villavicencio Yopal convocado en Colombia por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

2. Realizar cualquier tipo de asociación y conseguir los socios que necesite, requiera o desee, para la participación en el Proyecto Villavicencio Yopal.
3. Decidir la Estructura Plural con el que se presentará al Proyecto Villavicencio Yopal.
4. Suscribir el documento de Estructura Plural para la participación en el Proyecto Villavicencio Yopal, y dentro de éste, designar Representante Común con las mismas facultades otorgadas.
5. Suscribir todos los documentos, declaraciones, actas, anexos, formatos y contratos, previstos o pertinentes, de conformidad con lo establecido en los documentos de la Licitación, sus Adendas, Anexos, Formatos, así como de conformidad con lo establecido en la Ley Colombiana. En especial, se faculta para suscribir la Carta de Presentación de la Oferta, el SPV y el eventual Contrato.
6. Suscribir todo tipo de Pólizas de Seguros, Fianzas, Pagarés, Contratos de Fiducia, Garantías de Seriedad de la Oferta, las que se requieran para la presentación de la Propuesta en el curso de la Licitación, así como para la legalización del Contrato, entre otras.
7. Participar y presentar Oferta en el Proyecto Villavicencio Yopal convocado por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI. La presente facultad permite participar en la Licitación y cualquier fase del Proyecto Villavicencio Yopal sin ningún tipo de limitación, salvedad o restricción.
8. Participar y/o dar cumplimiento a cualquier acto oportuno y necesario requerido por la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI durante las diferentes fases del Proyecto Villavicencio Yopal.
- (...)
19. Otorgar Poderes Especiales para la representación de la sociedad **PAVIMENTAR S.A.** en todos los asuntos relacionados con las diferentes fases del Proyecto Villavicencio Yopal, incluyendo la Licitación, la Adjudicación, la constitución del SPV y la firma y ejecución del Contrato.
20. Delegar todas estas facultades total o parcialmente al Representante Común de la Estructura Plural que se conforme para participar en las diferentes fases del Proyecto Villavicencio Yopal o a quien considere pertinente, en los términos del presente documento, tanto en el curso de la Licitación, la Adjudicación, la constitución del SPV, la firma y ejecución del Contrato y/o en cualquier momento en que así lo requiera.
21. En general, se encuentra investido de todas las demás facultades inherentes al Proyecto Villavicencio Yopal, razón por la cual se incluye cualquier facultad que sea exigida por la Invitación a Precalificar, los Avisos Modificatorios, el Pliego de Condiciones, las Adendas, Anexos, Formatos y demás documentos del Proyecto Villavicencio Yopal.

La presenta autorización se otorga sin limitación o restricción alguna, o límite de cuantía.

De este modo, el acta de Junta Directiva de PAVIMENTAR S.A es clara en precisar que si bien Hernán Alfredo Ramos Cárdenas (Segundo Suplente del Representante Legal) y Andrés Isaza Pérez (Gerente) cuentan con facultades generales para vincular a la compañía en relación con la Licitación, concretamente para efectos de suscribir el documento de conformación de la Estructura Plural y para delegar facultades al Representante Común (entre otras actividades antes listadas), el único que se encontraba facultado para actuar en representación de la compañía era el señor Andrés Isaza Pérez.

No obstante lo establecido expresamente en la referida acta de Junta Directiva, la carta de presentación de la oferta (Anexo 2) presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO fue suscrita por Hernán Alfredo Ramos Cárdenas en nombre de PAVIMENTAR S.A, quien como se evidenció previamente, no estaba facultado por la Junta Directiva para firmar dicho documento en virtud del cual se conformó la Estructura Plural y en el que se designó a Carlos Augusto Ramírez como Representante Común. Lo anterior se observa en la siguiente imagen de la carta de presentación allegada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

 YINGQING ZHOU C.E. No. 362.492 Representante Legal CHINA GEZHOUBA GROUP COMPANY LIMITED SUCURSAL COLOMBIA NIT. 900.417.609 - 0	 LUIS FERNANDO SOLARTE VIVEROS C.C. No. 98.385.979 Representante Legal SOLARTE NACIONAL DE CONSTRUCCIONES S.A.S NIT. 850.129.289 - 8
 MÓNICA CRISTANCHO GONZALEZ C.C. No. 1.026.259.346 Representante Legal BENTON S.A.S NIT. 900.437.865 - 5	<div style="border: 2px solid red; padding: 5px;">  HERNAN ALFREDO RAMOS CARDENAS C.C. No. 70.115.281 Representante Legal PAVIMENTAR S.A. NIT. 800.040.014 - 6 </div>
 CARLOS AUGUSTO RAMIREZ ACUÑA C.C. No. 91.434.549 Representante Legal UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S	 ARMANDO GUTIERREZ CASTRO C.C. No. 14.238.648 Representante Legal TERMOTÉCNICA COINDUSTRIAL S.A. NIT. 890.903.035 - 2

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que Hernán Alfredo Ramos Cárdenas en su calidad de Segundo Suplente del Representante Legal no contó con la capacidad jurídica para suscribir la carta de presentación de la oferta (mediante la que se conformó la Estructura Plural) ni para designar el Representante Común correspondiente, facultades que la Junta Directiva reservó exclusivamente para el señor Andrés Isaza Pérez.

Teniendo en cuenta que PAVIMENTAR S.A no fue representada por una persona debidamente autorizada para suscribir la carta de presentación de la oferta (Anexo 2) ni para designar el Representante Común, careciendo de capacidad jurídica para estos efectos, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

3. FALTA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Armando Gutierrez Castro en su calidad de representante legal de TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A (“COINDUSTRIAL S.A”), integrante de la EP VÍAS DEL DESARROLLO, no contó con las facultades requeridas para suscribir en representación de la compañía la carta de presentación de la oferta y en general para participar en la Licitación. El acta emitida por la Junta Directiva de COINDUSTRIAL S.A autorizó al señor Castro a participar en la Licitación bajo esquemas de participación conjunta (consorcio, unión temporal y promesa de sociedad futura) diferentes al expresamente requerido por el Pliego (estructuras plurales).

De este modo, el referido miembro de la EP VÍAS DEL DESARROLLO no contó con la capacidad jurídica necesaria para suscribir la carta de presentación de la oferta (por la que se constituyó la Estructura Plural) ni para participar en la presente Licitación en los términos requeridos por el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) (2) del Pliego.

3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

La ANI ha sido clara en diferenciar las Estructuras Plurales como forma conjunta de participación aplicable a los procesos de asociación público privada (“APP”) regulados por la Ley 1508 de 2012 frente a los consorcios y uniones temporales como forma conjunta de participación aplicable a otros procesos de selección regulados por la Ley 80 de 1993.

Así, en el numeral 1.2.20 de la Invitación a Precalificar No. VJ-VE-IP-015-2013 (la “Invitación a Precalificar”), aplicable a la presente Licitación por remisión expresa del numeral 1.3.2 (f) del Pliego, la ANI definió las Estructuras Plurales en los siguientes términos;

*“1.2.20. “Estructura Plural”. Es el Manifestante integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Manifestación de Interés de forma conjunta bajo el presente sistema de Precalificación. Para efectos de la presente Precalificación **no se admitirán estructuras plurales bajo la denominación y reglas de los Consorcios o Uniones Temporales por aplicación del artículo 3 del Decreto 1467 de 2012.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

De este modo, la ANI fue totalmente precisa en prohibir denominaciones de consorcios o uniones temporales como esquemas de participación conjunta en la Licitación que aquí nos ocupa.

En el marco de lo anterior, la ANI requirió que en el evento de que ingresaran Miembros Nuevos a una Estructura Plural durante la etapa de Licitación, dichos Miembros Nuevos debían acreditar plenamente su capacidad jurídica. Así, el numeral 3.2.2 (c) (A) (i) del Pliego señala lo siguiente:

“(c) Miembros Nuevos y/o exclusión de Integrantes en el Oferente.

A) En los eventos descritos en el numeral (b) de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá acreditar la capacidad jurídica y representación legal de cualquier Miembro Nuevo de la siguiente manera:

(i) *Personas jurídicas Colombianas o Extranjeras con sucursal en Colombia.*

Todas las personas jurídicas nacionales o extranjeras con sucursal en Colombia, deberán adjuntar el certificado de existencia y representación legal expedidos por la Cámara de Comercio, en el que se indique la siguiente información y condiciones:

- 1. La existencia y representación legal;*
- 2. La capacidad jurídica del representante legal para la presentación de la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso);*
- 3. El objeto social deberá incluir o permitir desarrollar el objeto de la presente Licitación Pública.*
- 4. Que se han constituido con anterioridad a la fecha de la presentación de la Oferta, y que el término de duración sea por lo menos igual a treinta y tres (33) años contados a partir del Cierre del proceso de la Licitación Pública.*

Haber sido expedido máximo treinta (30) Días Calendario antes contados desde la Fecha de Cierre de la Licitación Pública. Cuando el representante legal de las personas jurídicas nacionales o de las sucursales en Colombia tenga limitaciones estatutarias para presentar la Oferta individualmente o como integrante de una Estructura Plural (según sea el caso), o para realizar cualquier otro acto requerido para la presentación de la Oferta o la participación en la presente Licitación Pública, se deberá presentar junto con la Oferta un extracto del acta en la que conste la decisión del órgano social correspondiente que autorice la presentación de la Oferta y la realización de los demás actos requeridos para la participación en la Licitación Pública. (...)”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

De este modo, el Pliego determinó que los representantes legales de las personas jurídicas que integren una Estructura Plural debían acreditar la suficiencia de sus facultades para efectos de presentar la Oferta en la fecha de Cierre de la Licitación.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación de COINDUSTRIAL S.A qué obra a folio 69 de la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, le corresponde al representante legal realizar las actividades señaladas en los estatutos y las que le sean delegadas por la asamblea general y por la Junta Directiva. Lo anterior se observa a continuación:

...; - B). REPRESENTAR A LA COMPAÑIA EN TODOS LOS ASUNTOS EN QUE TENGA INTERES LA COMPAÑIA; - C). INTERVENIR EN LOS JUICIOS EN QUE SE DISPUTE LA PROPIEDAD O LA POSESION DE LOS BIENES SOCIALES O CUALQUIER DERECHO DE LA COMPAÑIA; - D). LAS DEMAS QUE LES CONFIEREN ESTOS ESTATUTOS Y LAS LEYES, LAS QUE LES SEAN DELEGADAS POR LA ASAMBLEA GENERAL Y POR LA JUNTA DIRECTIVA, Y TODAS AQUELLAS QUE POR LA NATURALEZA DEL CARGO LE CORRESPONDAN Y QUE NO ESTEN ADSCRITAS A OTRO ORGANO DE LA SOCIEDAD; - E). DELEGAR AQUELLAS FUNCIONES CUYA DELEGACION AUTORICE LA LEY Y LA JUNTA DIRECTIVA.

En línea con lo anterior, a folios 74 a 75 de la Oferta allegada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, la Junta Directiva de COINDUSTRIAL S.A autorizó a su representante legal a participar en la Licitación en los siguientes términos:

La Junta Directiva autoriza, por unanimidad, al representante legal de la empresa y/o sus suplentes, para presentar Oferta a la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, en proceso de Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013, cuyo objeto es "SELECCIONAR LA OFERTA MÁS FAVORABLE PARA LA CELEBRACIÓN DE UN (1) CONTRATO DE CONCESIÓN, PARA QUE EL CONCESIONARIO REALICE A SU CUENTA Y RIESGO LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN, REHABILITACIÓN, MEJORAMIENTO, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO, GESTIÓN PREDIAL, GESTIÓN SOCIAL Y AMBIENTAL Y REVERSIÓN DEL CORREDOR VILLAVICENCIO – YOPAL, EN LOS TÉRMINOS DE LOS PRESENTES PLIEGOS DE CONDICIONES Y SUS ANEXOS".

En consecuencia el Representante Legal de la Sociedad y/o sus suplentes quedan facultados para suscribir la oferta, así como para la celebración y ejecución del respectivo contrato en caso de resultar favorecidos, hasta por la cuantía que resultare. En igual sentido quedan autorizados para presentar oferta conjunta bajo la modalidad de consorcios o uniones temporales, promesa de sociedad futura, y para participar en la Invitación antes mencionada, además se les autoriza constituir las garantías y contragarantías, designar apoderados y representantes, pactar cláusula compromisoria y, en general, para ejecutar todos los actos necesarios para llevar a buen término el fin propuesto.

Como se puede identificar, la Junta Directiva de COINDUSTRIAL S.A autorizó a su representante legal para participar en la Licitación exclusivamente bajo la modalidad de consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura⁹. Así, no cabe duda que Armando Gutierrez Castro en su calidad de representante legal de COINDUSTRIAL S.A no contó con las facultades para firmar la carta de presentación de la oferta (Anexo 2) por medio de la que se conformó la Estructura Plural "CONCESIONARIA VÍAS DEL DESARROLLO 3" .

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; (...)"¹⁰ (Subrayado fuera de texto).

⁹ Esta figura originalmente prevista en el parágrafo 2 del Art. 32 de la Ley 80 de 1993 fue eliminada por el Art. 39 de la Ley 1508 de 2012.

¹⁰ 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).

En esta misma línea, en reciente jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado¹¹ se destacó la diferencia entre los requisitos formales de la oferta frente a los requisitos subjetivos y objetivos de la misma:

“En éste orden de ideas, se debe realizar una distinción entre los requisitos formales del pliego de condiciones, que son aquellos que no son necesarios para la comparación de las propuestas y los requisitos sustanciales del pliego de condiciones que son aquellos que sí lo son; de forma tal que se entienda que el incumplimiento de aquellos no conduce al rechazo o exclusión de las propuestas y por lo tanto son subsanables; y que el incumplimiento de éstos si conduce al rechazo o exclusión de éstas y que por lo tanto no son subsanables.

Al respecto, se ha señalado que existen tres (3) clases o tipos de requisitos predicables tanto de la oferta como de los proponentes que son a saber: i) Los requisitos subjetivos, que son aquellos cuyo cumplimiento permite evaluar las calidades, capacidades, idoneidad y condiciones de los oferentes; ii) Los requisitos objetivos, que permiten evaluar los aspectos técnicos, económicos, presupuestales, etc., a efectos de realizar una ponderación de las ofertas presentadas en su real y efectiva dimensión; y iii) Los formales que “atienden a la instrumentalización y protocolización de los actos jurídicos, tanto de la propuesta como del contrato estatal”¹².

Luego, si lo que ocurre es que en un determinado proceso de selección una de las sociedades integrantes de un consorcio proponente no allega sus estados financieros debidamente certificados y dictaminados cuando así lo exige la ley, no puede entenderse que éste sea un requisito meramente formal susceptible de ser subsanado, pues su cumplimiento le permite a la entidad estatal evaluar y calificar, con base en parámetros objetivos, la capacidad financiera del proponente, lo que hace que se constituya en un requisito sustancial para realizar un ejercicio comparativo entre las diferentes propuestas presentadas, cuyo incumplimiento conduce indefectiblemente al rechazo o exclusión de la respectiva oferta”.

De este modo, es evidente que el acta de Junta Directiva allegada por COINDUSTRIAL S.A es un requisito de la oferta sobre el que la ANI puede verificar bajo parámetros objetivos que dicho integrante NO contó con la capacidad jurídica requerida para firmar la carta de presentación de la oferta y para constituir la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

Teniendo en cuenta lo anterior y en la medida que COINDUSTRIAL S.A no contó con la capacidad jurídica para participar en la Licitación bajo el esquema de Estructura Plural, solicitamos comedidamente a la ANI modificar su Informe de Evaluación en el sentido de declarar NO HÁBIL la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO.

De igual forma, considerando que UNIDAD DE INFRAESTRUCTURA Y CONSTRUCCIONES ASOCIADAS S.A.S, PAVIMENTAR S.A y COINDUSTRIAL S.A no acreditaron adecuadamente su capacidad jurídica para participar en la Licitación (por los argumentos previamente expuestos), le solicitamos comedidamente a la ANI dar aplicación a la siguiente causal de rechazo prevista en el numeral 7.6 del Pliego:

“7.6. RECHAZO DE LA OFERTA

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 13 de febrero de 2015, Exp. 30.161. C.P JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 12 de junio de 2014, Exp. 21.324.

7.6.1. Sin perjuicio de lo establecido por la Ley aplicable, serán rechazadas las Ofertas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos: (...)

(1) Cuando se presente un Miembro Nuevo y no cuente con la capacidad jurídica, experiencia en inversión o capacidad financiera, según corresponda, de conformidad con el numeral 1.4.31 de este Pliego de Condiciones. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con las respuestas publicadas por la ANI en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (“SECOPI”) en el marco de los proyectos de 4G, dicha entidad ha sido 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 VÍAS DEL DESARROLLO (ver folio 176) incluyó en calidad de “garantizado” a Carlos Augusto Ramírez Acuña en su calidad de “Representante Legal SPV”.

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 176 de la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO se observa que se incluyó como “garantizado” del Acuerdo de Garantía (“Anexo 3”) a Carlos Augusto Ramírez Acuña en su calidad de “Representante Legal SPV”. Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio:

7. Notificaciones

Toda notificación que se deba dar para el ejercicio de los derechos de las partes contemplados en el presente Acuerdo deberá ser efectuada por escrito dirigido así:

- 7.1. Al Agencia Nacional de Infraestructura
Atn. Luis Fernando Andrade
Presidente
Calle 26 Nro. 59-51 Torre 4 y/o Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4
Bogotá D.C., Colombia
- 7.2. Al Garante
Atn. Yingqing Zhou
Representante Legal
Calle 99 No. 9 A - 45, Oficina 701
Bogotá D.C., Colombia
- 7.3. Al Garantizado
Atn. Carlos Augusto Ramirez Acuña
Representante Legal SPV

Al respecto, en distintas respuestas¹³ que ha emitido la ANI en los procesos de la Cuarta Generación de Concesiones, dicha entidad ha señalado 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). 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 (en este caso China Gezhouba Group Company Limited Sucursal Colombia).

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, en

¹³ Ver, entre otras, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo de 2014 en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013.

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. IMPRECISIÓN EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

5.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Tanto en el Pliego como en las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI en el marco de los procesos de la Cuarta Generación de Concesiones, 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. Al analizar las condiciones particulares contenidas en la carátula del seguro tomado por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, no se observa que exista referencia al clausulado general que le resulta aplicable.

5.2 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.

Esencialmente, dicho apéndice 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. De este modo, fue una obligación clara de los proponentes que sus pólizas para garantizar la seriedad de sus ofrecimientos incluyeran el clausulado general contenido en el Apéndice Financiero 3 (póliza única de seguro de cumplimiento para contratos estatales).

Al analizar la póliza de seriedad No. 1279069-1 de la oferta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO no se observa que la misma haga referencia al clausulado general No. F-01-12-080 que fue presentado a folios 81 – 83. De este modo, no es posible verificar que dicho clausulado sea el que efectivamente resulta aplicable a la póliza No. 1279069-1 bajo los lineamientos del Apéndice Financiero 3.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP VÍAS DEL DESARROLLO, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, no es posible verificar si dicho proponente se ajustó a los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta (Apéndice Financiero 3).

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

1. INDEBIDA SUSCRIPCIÓN DEL ACUERDO DE GARANTÍA E INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE DESIGNAR UN APODERADO EN COLOMBIA

1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Tanto el Pliego como las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI fueron claros en indicar que aquellas sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia que suscribieran el Acuerdo de Garantía en calidad de “Garantes” debían suscribirlos exclusivamente a través de su apoderado designado en Colombia. No obstante, el Acuerdo de Garantía allegado por la EP OHL fue suscrito por Juan Luis Osuna Gómez en su calidad de representante legal de OHL Concesiones S.A (sociedad española) y no por el apoderado domiciliado en Colombia expresamente requerido por el Pliego.

1.2 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).

En el formato del Acuerdo de Garantía (Anexo 3) publicado por la ANI en SECOP se indicó:

4.2. Capacidad: [Insertar nombre de la persona que suscribe el Acuerdo en representación del Garante] cuenta con las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo².

4.3. No Contravención: El presente Acuerdo es un compromiso válido y exigible a cargo del Garante. No viola ningún documento corporativo del Garante ni ningún contrato existente y vinculante a éste. Tampoco viola ninguna ley aplicable al Garante.

4.4. Conocimiento del Contrato: El Garante ha leído en su totalidad y entendido el Contrato de Concesión (incluyendo sus Apéndices) así como el presente Acuerdo. Entiende y tiene la capacidad de medir el alcance de sus obligaciones bajo el Contrato y por ende el alcance e implicaciones que la suscripción del presente Acuerdo tiene.

4.5. Asesoría Especializada: Teniendo en cuenta que el presente Acuerdo se regula por la Ley colombiana, el Garante ha tenido acceso a asesoría calificada con conocimiento de la Ley colombiana o ha confiado en asesoría interna calificada con conocimiento de Ley colombiana y por lo tanto puede efectuar las declaraciones contenidas en el presente Acuerdo y suscribirlo consciente del alcance de las obligaciones pactadas.

5. Condición Suspensiva y Vigencia

5.1. El inicio de la ejecución y oponibilidad del presente Acuerdo está condicionado únicamente a que el Oferente resulte Adjudicatario del Contrato (la “Condición

² El Oferente deberá anexar junto con su Oferta los documentos que acrediten el cumplimiento de las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo, siempre que no hubiere sido acreditado durante la Precalificación. En caso que corresponda a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones

De este modo, el formato del Acuerdo de Garantía fue preciso en requerir que “*En caso que corresponda a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones*”. Dicha sección del Pliego señala a su vez:

“ (...) Apoderados. Las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia, deberán acreditar un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para la presentación de la Oferta, participar y comprometer a su representado en las diferentes instancias de la Licitación Pública, suscribir los documentos y declaraciones que se requieran, suministrar la información que le sea solicitada, y demás actos necesarios de acuerdo con el presente Pliego de Condiciones. Dicho apoderado podrá ser el mismo apoderado único para el caso de personas extranjeras que participen en Estructuras Plurales y en tal caso, bastará para todos los efectos, la presentación del poder común otorgado por todos los participantes de la Estructura Plural con los requisitos de autenticación, consularización y traducción exigidos en el presente Pliego de Condiciones si fuesen otorgados en el exterior y/o en idioma diferente al castellano. Para fines de claridad únicamente, las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia podrán designar a más de una persona como su apoderado en Colombia, caso en el cual podrá indicar a su entera discreción las condiciones o las limitaciones a los apoderados”(Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, en las respuestas a las observaciones presentadas al pliego de condiciones definitivo de esta Licitación, publicadas por la ANI el 20 de febrero de 2015 en SECOP, dicha entidad confirmó con total claridad que las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia que suscribieran el Acuerdo de Garantía debían realizarlo a través del apoderado que hayan sido previamente designado en los términos requeridos por el Pliego. Lo anterior lo expuso la ANI en los siguientes términos:


19	BRIGARD & URRUTIA ABOGADOS	El Anexo 3 (Acuerdo de Garantía) señala lo siguiente en su segunda nota al pie de página: "El Oferente deberá anexar junto con su Oferta los documentos que acrediten el cumplimiento de las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo, siempre que no hubiere sido acreditado durante la Precalificación. En caso que correspondiera a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto). Tratándose de Garantes que sean sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia, entendemos que el Anexo 3 puede firmarlo directamente el representante legal o el apoderado que haya designado en Colombia el respectivo Garante. Lo anterior independientemente de que el Garante tenga que demostrar que tiene un apoderado en el país en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego. Favor confirmar si nuestro entendimiento es correcto.	Su entendimiento no es correcto. De conformidad con el numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia deberán actuar a través del apoderado que se constituya en Colombia.	Pliegos Requisitos Habilitantes Anexo 3	Jurídica
----	----------------------------	--	---	---	----------

En relación con esta respuesta, es importante destacar que de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado¹⁴, 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. De este modo, tratándose de sociedades extranjeras sin sucursal en el país, no cabía duda que el Acuerdo de Garantía debía ser suscrito por el apoderado designado en Colombia y no por su representante legal designado en el exterior.

No obstante lo anterior, la EP OHL allegó el Acuerdo de Garantía (folio 124- 153) en el que OHL Concesiones S.A (sociedad española sin sucursal en Colombia) tiene la calidad de “Garante”, exclusivamente suscrito por su representante legal en España y NO por un apoderado designado en los términos del antes transcrito del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego.

¹⁴ 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.

Lo anterior se observa en la siguiente imagen del Acuerdo de Garantía



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013.
Anexo 3 - Acuerdo de Garantía

**ANEXO 3
ACUERDO DE GARANTÍA**

Concurren a la suscripción del presente instrumento –al cual resultan aplicables las definiciones que se establecen en el Pliego de Condiciones de la Licitación Pública, en la Invitación a Precalificar, en el presente Acuerdo de Garantía, y/o en el Contrato de Concesión, para aquellos términos que se incluyen en el presente documento con la letra inicial en mayúscula– las siguientes personas:

(i) En calidad de Garantes:

a. OHL Concesiones SA, de nacionalidad española, domiciliada en Madrid, Paseo de la Castellana, 259 d, Torre espacio, Madrid, 28046, España, y representada por Juan Luis Osuna Gómez ¹;

Y, en todo caso;

b. OHL Concesiones Colombia SAS, de nacionalidad colombiana domiciliada en Bogotá y representada por Juan Luis Osuna Gómez.

De hecho, tal y como se observa a folio 121 de la propuesta de la EP OHL, el señor Juan Luis Osuna declaró ante notario que tiene nacionalidad española y que está domiciliado en la ciudad de Madrid (España):

ACTA DE EXHIBICION Y LEGITIMACION DE
DOCUMENTO A INSTANCIA DE LAS SOCIEDADES
“OHL CONCESIONES COLOMBIA, S.A.S.” y “OHL
CONCESIONES, S.A.”.-----

NUMERO.- CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO.--

EN MADRID, a dieciséis de Febrero de dos mil
quince.-----

Ante mí, JAIME RECARTE CASANOVA, Notario
de esta Capital y de su Ilustre Colegio,-----

-----COMPARECE:-----

DON JUAN LUIS OSUNA GÓMEZ, mayor de edad,
empresario, de nacionalidad española, vecino de Madrid,
con domicilio en Torre Espacio, Paseo de la Castellana,
259-D. 28046 Madrid, con DNI/NIF 02526571-K y
Pasaporte español vigente número AAF811389.-----

Teniendo en cuenta lo anterior es evidente que:

- (i) El Acuerdo de Garantía aportado por la EP OHL **no fue suscrito por la persona requerida expresamente en el Pliego** (apoderado domiciliado en Colombia de OHL Concesiones S.A atendiendo de su naturaleza de sociedad extranjera sin sucursal en Colombia).
- (ii) La EP OHL **incumplió el requerimiento señalado en el Acuerdo de Garantía** (Anexo 3) en el sentido de “(...) *acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones*”.

De este modo, 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 cumplió con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Garantía.

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

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con las respuestas publicadas por la ANI en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (“SECOP”) en el marco de los proyectos de 4G, dicha entidad ha sido 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 OHL (ver folio 152) incluyó en calidad de “garantizado” a Joaquín Gago de Pedro (sin siquiera precisar la calidad en la que actúa en dicha sección del Acuerdo de Garantía).

2.2 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 152 de la oferta presentada por la EP OHL se observa que se incluyó como “garantizado” del Acuerdo de Garantía (“Anexo 3”) a Joaquín Gago de Pedro (sin siquiera precisar la calidad en la que actúa en dicha sección del Acuerdo de Garantía). Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio:

7.2. Al Garante

7.2.1. OHL Concesiones SA

Atn. Juan Luis Osuna Gómez
 Dirección Paseo de la Castellana, 259 D, Torre Espacio, 28046, Madrid, España

7.2.2. OHL Concesiones Colombia SAS

Atn. Joaquín Gago de Pedro
 Dirección Carrera 45 No. 100 – 34. Oficina. 204

7.3. Al Garantizado

Atn. Joaquín Gago de Pedro
 Dirección Carrera 45 No. 100 – 34. Oficina. 204

Al respecto, en distintas respuestas¹⁵ que ha emitido la ANI en los procesos de la Cuarta Generación de Concesiones- 4G-, dicha entidad ha señalado 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]. (…)</p> <p>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). 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:</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 negrilla fuera de texto).</p>

¹⁵ Ver, entre otras, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo de 2014 en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013.

quién garantiza a quien, ni por qué porcentaje de participación”.	
---	--

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 (en este caso debió contar como “garantizado” la compañía OHL Concesiones S.A.S).

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 el Acuerdo de Garantía.

3. INCONSISTENCIAS EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

3.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

El Pliego establece una reglas especiales sobre la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta. La póliza presentada por la EP OHL tiene una salvedad que no está permitida por el numeral 7.1.2 del Pliego.

3.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

El numeral 3.8.4 del Pliego señala lo siguiente en relación con la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta:

“3.8.4. Esta garantía permanecerá vigente por seis (6) meses, contados desde la Fecha de Cierre. En todo caso, la garantía deberá permanecer vigente hasta la aprobación de la garantía de cumplimiento. El plazo de la garantía deberá ser prorrogado cuando la ANI resuelva ampliar los plazos previstos para la presentación de las Ofertas y/o para la evaluación y Adjudicación del Contrato y/o para la suscripción del Contrato de Concesión y/o cuando sea necesario para que la Garantía de Seriedad de la Oferta permanezca vigente hasta la Fecha de Inicio de ejecución del Contrato de Concesión, o cuando dichos plazos fueren suspendidos mediante resolución motivada por la ANI”.

En esta línea, el numeral 7.1 del Pliego regula lo siguiente en relación con la devolución de las garantías:

“7.1. DEVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS

7.1.1. Al Adjudicatario del Contrato no se le devolverá la Garantía de Seriedad de la Oferta, sino hasta tanto haya sido presentada y aprobada la Garantía Única de Cumplimiento del Contrato, la cual deberá constituirse conforme a lo previsto en el Anexo 1 (Minuta del Contrato).

7.1.2. A quien quedare en segundo lugar del orden de elegibilidad, se le devolverá la Garantía de Seriedad luego del perfeccionamiento del Contrato con el SPV y la aprobación de la respectiva Garantía Única de Cumplimiento del Contrato. A los demás Oferentes, se les devolverá, dentro de los quince (15) Días siguientes a la Adjudicación si así lo solicitan.

7.1.3. Cuando se declare desierta la Licitación Pública, a los Oferentes se les devolverá la Garantía de Seriedad dentro de los quince (15) Días siguientes a tal declaratoria si así lo soliciten” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

No obstante lo anterior, en la póliza aportada por la EP OHL a folio 56 de su oferta se identifica lo siguiente:

LA VIGENCIA DE LA PRESENTE GARANTÍA SERÁ DE SEIS (6) MESES, CONTADOS DESDE LA FECHA DE CIERRE DE LA LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-IPLP-015-2013. EN TODO CASO, LA GARANTÍA PERMANECERÁ VIGENTE HASTA LA FECHA DE INICIO DE CONFORMIDAD CON LOS PLAZOS QUE PARA EL EFECTO SE PREVÉN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN. DE CUALQUIER FORMA, EL PLAZO DE ESTA GARANTÍA SE ENTENDERÁ PRORROGADO CUANDO LA ANI RESUELVA AMPLIAR LOS PLAZOS PREVISTOS PARA LA PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS Y/O PARA LA EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO Y/O PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN Y/O CUANDO SEA NECESARIO PARA QUE ESTA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA PERMANEZCA VIGENTE HASTA LA FECHA DE INICIO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN, O CUANDO DICHS PLAZOS FUEREN SUSPENDIDOS MEDIANTE RESOLUCIÓN MOTIVADA POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI.

SIN PERJUICIO DE LO PREVISTO RESPECTO DE LA VIGENCIA, ESTA GARANTÍA EXPIRARÁ: (A) SI EL TOMADOR FUERE EL OFERENTE SELECCIONADO, CUANDO RECIBAMOS EN NUESTRAS OFICINAS LAS COPIAS DEL CONTRATO FIRMADO POR EL OFERENTE, DEL ACTA DE INICIO Y DE LA GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EMITIDA A FAVOR DEL BENEFICIARIO; O, (B) SI EL TOMADOR NO RESULTARE COMO OFERENTE SELECCIONADO, CUANDO RECIBAMOS EN NUESTRAS OFICINAS UNA COPIA DE LA COMUNICACIÓN EMITIDA POR EL BENEFICIARIO, INFORMANDO AL TOMADOR QUE NO FUE SELECCIONADO O CON LA COPIA DE LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN DONDE CONSTE QUE EL TOMADOR NO RESULTÓ SELECCIONADO.

Como se puede observar, la vigencia de la garantía allegada por la EP OHL, en el evento en que dicha estructura plural no sea adjudicataria del contrato de concesión, finaliza cuando el tomador le envíe copia de la resolución de adjudicación de la Licitación a la aseguradora. No obstante, el transcrito numeral 7.1.2 del Pliego señala expresamente que (i) en el evento en que un proponente quede en el segundo lugar del orden de elegibilidad, se le devolverá la garantía de seriedad luego del perfeccionamiento del Contrato con el SPV y la aprobación de la respectiva Garantía Única de Cumplimiento del Contrato y (ii) en el evento de que el proponente quede después del segundo lugar del orden de elegibilidad, se le devolverá la garantía de seriedad de la oferta dentro de los quince (15) Días siguientes a la adjudicación si así lo solicitan.

De este modo, es claro que la salvedad incluida por la EP OHL en la garantía de seriedad de la oferta contraría las reglas previstas en el numeral 7.1.2 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.

III. OBSERVACIONES A LA OFERTA PRESENTADA POR EL PROPONENTE EP SAC 4G

1. CAUSAL DE RECHAZO – CONFORMACIÓN DE LA ESTRUCTURA PLURAL VS LA CALIDAD DE OFERENTE INDIVIDUAL

1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

En Pliego y la Invitación a Precalificar señalaron expresamente los eventos en que se podrían presentar modificaciones a la conformación de las Estructuras Plurales. Dentro de las reglas previstas en el Pliego y la Invitación a Precalificar de ninguna forma se permite que un

Manifestante que haya participado bajo el esquema de Estructura Plural durante la Precalificación se pueda transformar en un Oferente individual durante el Proceso de Licitación.

1.2 DESARROLLO DE LA OBSERVACIÓN

En el marco de lo señalado en el artículo 3 del Decreto 1467 de 2012, la Invitación a Precalificar determinó que los Manifestantes son aquellos interesados que, de manera individual o conjunta, presentan una Manifestación de Interés.

Así mismo, la Invitación a Precalificar definió varios conceptos que son esenciales para comprender la naturaleza de los Manifestantes que podían participar en el proceso de precalificación (la “Precalificación”), a saber:

“1.2.20. “Estructura Plural”. Es el Manifestante integrado por un número plural de personas naturales y/o jurídicas que presentan Manifestación de Interés de forma conjunta bajo el presente sistema de Precalificación. Para efectos de la presente Precalificación no se admitirán estructuras plurales bajo la denominación y reglas de los Consorcios o Uniones Temporales por aplicación del artículo 3 del Decreto 1467 de 2012. (...)

1.2.36 “Precalificado”. Es el Manifestante (individual o bajo la Forma de Estructura Plural según lo establecido en el numeral 2.2 de esta Invitación) que conforma la Lista de Precalificados de conformidad con las reglas previstas en el presente Documento de Invitación. (...).”(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, la Invitación a Precalificar fue clara en definir una Estructura Plural como el Manifestante integrado necesariamente por un número plural de personas naturales y/o jurídicas. Con base en lo anterior la ANI definió al Precalificado como el Manifestante individual o bajo la forma de Estructura Plural que haya conformado la Lista de Precalificados.

En línea con las anteriores definiciones, el Pliego precisó: (i) que la convocatoria para participar en la Licitación estaba restringida a los Precalificados, (ii) que los Precalificados corresponden al Manifestante incluido en la Lista de Precalificados, (iii) que la Lista de Precalificados es la contenida en la Resolución No. 1390 del 29 de noviembre de 2013, emitida por la ANI, (iv) que el Oferente es el Precalificado que ha presentado Oferta y (v) que la Oferta corresponde al documento de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en la Licitación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego.

Lo anterior se observa en los siguientes términos:

*“1.2.CONVOCATORIA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.
La Agencia Nacional de Infraestructura se permite convocar, en los términos de la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos reglamentarios, a los Precalificados de la Precalificación No. VJ-VE-IP-015-2013 a la Licitación Pública, con el objeto de (...)*”

1.4.30. “Lista de Precalificados”. Es la contenida 1 en la Resolución No. 1390 del 29 de noviembre de 2013, emitida por la ANI.

1.4.32. “Oferente”. Es el Precalificado que ha presentado Oferta.

1.4.33. “Oferta”. Corresponde al documento de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en la Licitación Pública, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.

1.4.38. “Precalificado”. Es el manifestante incluido dentro de la Lista de Precalificados”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Resolución No. 1390 del 29 de noviembre de 2013 que conforma la Lista de Precalificados señala lo siguiente:

Por la cual se conforma la Lista de Precalificados en virtud del Sistema de Precalificación No. VJ-VE-IP-015-2013

construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación, mantenimiento y reversión del Proyecto Villavicencio – Yopal perteneciente al corredor Villavicencio- Arauca del Grupo 3 Centro-Oriente, de la siguiente manera:

Orden	MANIFESTANTE	INTEGRANTES
1	ESTRUCTURA PLURAL CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A. – PAVCOL S.A.S. – SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.	CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIERREZ S.A.
		PAVCOL S.A.S.
		SAINC INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.
(...)		
6	ESTRUCTURA PLURAL SAC 4G	SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.
		SACYR COLOMBIA S.A.S.

Así, es claro que el Manifestante conformado por Sacyr Concesiones Colombia S.A.S y Sacyr Colombia S.A.S fue catalogado expresamente en el Lista de Precalificados como una “Estructura Plural”, esto es, como un Manifestante integrado necesariamente por un número plural de personas naturales y/o jurídicas (tal y como este término fue definido en la Invitación a Precalificar).

En relación con la modificación de la conformación de las Estructuras Plurales precalificadas durante la fase de Licitación, el Pliego desarrolló principalmente dos (2) reglas. La primera regla prevista en el numeral 3.2.2 del Pliego señala:

“3.2.2. Siempre que se configure alguno de los casos indicados en el numeral 3.2.1 de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá presentar junto con su Oferta todos los documentos que, de conformidad con el presente Pliego de Condiciones y la Invitación a Precalificar, sean necesarios para la acreditación de los Requisitos Habilitantes respectivos del Oferente, sus miembros, sus Miembros Nuevos, los Fondos de Capital Privado y/o Fondos de Capital Privado Nuevos, según corresponda, de acuerdo con los numerales siguientes (...)

(c) Miembros Nuevos y/o exclusión de Integrantes en el Oferente.

A) En los eventos descritos en el numeral (b) de este Pliego de Condiciones, el Oferente deberá acreditar la capacidad jurídica y representación legal de cualquier Miembro Nuevo de la siguiente manera: (...)

B) En el evento que se realice la exclusión de un miembro de la estructura plural que inicialmente estaba en la presentación de la Manifestación de Interés, la ANI verificará que se cumpla con lo establecido en el numeral 2.2.2 de la Invitación a Precalificar, para lo cual revisará la nueva conformación de la Estructura Plural indicada en la Carta de Presentación de la Oferta” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De este modo, el Pliego dispuso expresamente que en el evento en que se realice la exclusión de un miembro de una Estructura Plural que inicialmente estaba en la presentación de la Manifestación de Interés, la ANI revisará la nueva conformación de la Estructura Plural en la carta de presentación de la Oferta. Teniendo en cuenta que la definición de Estructura Plural implica la existencia de un número plural de personas naturales y/o jurídicas, le corresponde a la ANI verificar que dicha pluralidad de personas se haya mantenido en la carta de presentación de la Oferta.

Valga mencionar que de haber permitido que una Estructura Plural se transformara en un Oferente individual, el Pliego hubiera señalado en el numeral 3.2.2 (c) B) que la ANI “revisará la nueva conformación de la Estructura Plural o del Oferente individual (...)”.

La segunda regla establecida en el Pliego en relación con la modificación de la conformación de las Estructuras Plurales se encuentra en las causales de rechazo de la Oferta, a saber:

“7.6. RECHAZO DE LA OFERTA

7.6.1. Sin perjuicio de lo establecido por la Ley aplicable, serán rechazadas las Ofertas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos: (...)

(k) Cuando el Oferente no cumpla con lo establecido en el numeral 2.2.2. de la Invitación a Precalificar (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Como se puede observar, el Pliego previó expresamente como causal de rechazo de las Ofertas el incumplimiento de lo establecido en el numeral 2.2.2 de la Invitación a Precalificar. Dicho numeral reguló cada uno de los eventos en que se podían presentar modificaciones a la conformación de las Estructuras Plurales en los siguientes términos:

“2.2.2. Modificaciones a la conformación de las Estructuras Plurales.

*(a) Las Estructuras Plurales podrán modificarse en cualquier momento a partir de la conformación de la Lista de Precalificación hasta antes de la presentación de la Oferta, (nunca durante el trámite de Precalificación) **siempre que:***

(i) El o los Líderes mantengan aún después de la Precalificación, durante el Proceso de Selección y durante la ejecución del Proyecto en la forma estipulada en el Contrato, una participación en la Estructura Plural y en el SPV, que como mínimo sea del veinticinco por ciento (25%), como quiera que es a través de los Líderes que se acreditan los Requisitos Habilitantes relativos a Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera.

(ii) Los Integrantes que, no obstante no tener la calidad de Líderes, concurren a la presente Precalificación aportando sus credenciales para efectos de acreditar los requisitos relativos a Capacidad Financiera, NO reduzcan su participación en la Estructura Plural,

(b) Únicamente los Integrantes de la Estructura Plural que (i) no tengan la condición de Líderes y (ii) no acrediten requisitos relativos a Capacidad Financiera podrán ser excluidos de la misma o sustituidos por otros integrantes.

(c) Si las modificaciones a la Estructura Plural consisten en la adición de Integrantes en el Proceso de Selección, se deberá acreditar la Capacidad Jurídica de los nuevos integrantes de la Estructura Plural y en ningún caso dicha adición podrá afectar o implicar la reducción de la participación mínima exigida para los Líderes (25%) en el literal (a) anterior ni la reducción de la participación inicial de quienes no teniendo la calidad de Líderes acrediten Capacidad Financiera.

(d) En ningún caso después de la Precalificación o durante el Proceso de Selección se podrán conformar Estructuras Plurales entre Precalificados.

Tampoco un Integrante de una Estructura Plural Precalificada podrá ser parte o integrarse a otro Precalificado.

De igual manera un Manifestante Individual, después de conformar la Lista de Precalificados, no podrá constituirse en una Estructura Plural para la presentación de la Oferta.

(e) Sin perjuicio de los literales precedentes, podrán hacerse modificaciones a los Integrantes de las Estructuras Plurales cuando ocurran cualquiera de las situaciones que se identifican a continuación respecto de un Precalificado o cualquiera de sus Integrantes y **adicionalmente se cuente con la autorización previa y por escrito de la ANI.**

(i) Muerte de la persona natural.

(ii) Entrar en causal de disolución y no haberla enervado dentro del plazo previsto en la Ley.

(iii) Cuando sobrevenga una inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés.

(f) Las anteriores reglas se establecen con el propósito de evitar que las modificaciones en la estructura plural tengan efecto en la acreditación de los requisitos de participación, por consiguiente, cualquier modificación que pese a estar acorde con lo anterior, implique una modificación a la forma en que fueron originalmente acreditados y satisfactoriamente cumplidos, no será permitida (Subrayado fuera de texto).

Como se puede identificar, el numeral 2.2.2 de la Invitación a Precalificar NO reguló ni permitió de ninguna forma que una Estructura Plural se pudiera transformar en un Oferente individual durante la fase de Licitación.

Por el contrario, el título del anterior numeral indica “2.2.2. *Modificaciones a la conformación de las Estructuras Plurales*”, lo que de ninguna forma puede dar a entender que una Estructura Plural deje de tener tal naturaleza después de sus modificaciones. De ser así, la definición de Estructura Plural prevista en la Invitación a Precalificar habría incluido Manifestantes integrados por “una sola persona” en lugar de un “número plural de personas naturales y/o jurídicas”.

En el caso que nos ocupa, la ESTRUCTURA PLURAL SAC 4G conformada por Sacyr Concesiones Colombia S.A.S y Sacyr Colombia S.A.S que presentó Manifestación de Interés durante la Precalificación, se transformó completamente (transgrediendo las reglas del Pliego) en un Oferente individual para presentar Oferta en fase de Licitación. Lo anterior se observa con claridad en las siguientes imágenes de la Carta de presentación de la Oferta (Anexo 2) allegada a la ANI por este proponente:

El abajo firmante, actuando en nombre y representación de Sacyr Concesiones Colombia S.A.S, que precalifico como integrante de la estructura plural EP SAC 4G, en mi calidad de representante legal de dicha sociedad y representante común de EP SAC 4G, mediante este documento, presento Oferta para la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-015-2013 con el objeto de “Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto será los estudios y diseños, Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Operación y Mantenimiento, Gestión Predial, Gestión Social y Ambiental y Reversión del corredor Villavicencio – Yopal, de acuerdo con el Apéndice Técnico 1 de la Minuta del Contrato, en los términos del presente Pliego de Condiciones y sus Anexos.”.

(...)

- (j) Que la estructura plural EP SAC 4G, que quedó precalificada, estaba integrada en su momento por Sacyr Concesiones Colombia S.A.S, en calidad de líder, y Sacyr Colombia S.A.S, en calidad de miembro no líder y quien no acreditó capacidad financiera. Dicha estructura ha sido modificada al momento de presentar oferta, puesto que se retira de la misma Sacyr Colombia S.A.S., sin que haya un nuevo miembro que la reemplace. Por lo tanto, Sacyr Concesiones Colombia S.A.S. se queda con el ciento por ciento 100% para la presentación de esta oferta, siendo por tanto para la presentación de la oferta integrante único de dicha estructura plural precalificada, que también puede ser entendido como manifestante individual.

- (n) Que designo como representante común del único Integrante de la Estructura Plural a Leopoldo Pellón, quien goza de amplias y suficientes facultades para representarla, y por consiguiente, suscribir la presente Oferta hasta la constitución del SPV, en los términos y alcances del numeral 1.4.42 del Pliego de Condiciones, además de participar en nombre de la Estructura Plural precalificada y su único Integrante, y en particular, para, solicitar

acleraciones, 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 representante común en nombre de los Integrantes recibirá notificaciones en la dirección que se señala a continuación:

- a. Leopoldo Pellón Revuelta, Representante legal de Sacyr Concesiones Colombia S.A.S., email: lpellon@sacyr.com, transversal 23 No. 94 – 33 Oficina 401, Bogotá, D.C., Colombia

- (o) Que el único Integrante de la Estructura Plural y/o manifestante individual reconoce que actuará en el marco de la Licitación Pública a través de nuestro representante común, por lo que las notificaciones, requerimientos y comunicaciones al representante común serán ~~tenidas como enviadas a la Estructura Plural y su único Integrante;~~ y acepto que todas las actuaciones, solicitudes, respuestas y en general, todas las intervenciones en la Licitación Pública que pueda hacer la Estructura Plural y su único Integrante como Oferente, serán hechas a través del representante común y solamente las efectuadas por el representante común se tendrán como válidas ante la ANI.

Como se puede observar, es tal el nivel de inconsistencias existente en la propuesta presentada por el proponente EP SAC 4G que llega a designar un “representante común del único Integrante de la Estructura Plural” cuando: (i) la definición de “Estructura Plural” (antes transcrita) necesariamente implica la existencia de un “número plural de personas naturales y/o jurídicas” y

(ii) la definición de “Representante Común” prevista en el Pliego necesariamente conlleva la facultad de representar sin limitaciones a “todos y cada uno de los miembros del Oferente” (numeral 1.4.2 del Pliego).

Así, para efectos de confeccionar su oferta con una figura no permitida por el Pliego, el proponente EP SAC 4G tuvo que modificar casi todos los anexos (Acuerdo de Garantía, Acuerdo de Permanencia, Oferta Técnica, etc.) incluidos en su Oferta de una forma no permitida por el Pliego. Al respecto valga la pena recordar que el numeral 1.5.2 del Pliego prevé que “*Todos los Anexos del Pliego de Condiciones presentados por los Oferentes deberán estar suscritos de conformidad con lo dispuesto en cada uno de ellos*”.

Así, a modo de ejemplo, en una comparación simple entre el formato publicado por la ANI del Acuerdo de Permanencia y el formato aportado por la EP SAC 4G a folio 050 de su propuesta, se observan las siguientes inconsistencias: (i) modificó el texto del literal 4 de los Considerandos, (ii) en la parte de definiciones define a Sacyr Colombia S.A.S como el “Integrante” y en el literal “e” del Considerando hace referencia a los “Integrantes”, (iii) modificó completamente el literal “q” de los Considerandos de una forma no prevista en el anexo publicado por la ANI, (iv) en los numerales 2 , 3, 5.1 y 5.2 (entre otros) se hace referencia a los “los Miembros” del Oferente, etc.

Igualmente, al comparar la Oferta Técnica presentada por la EP SAC 4G (folio 42) frente el formato de la Oferta Técnica (Anexo 9) publicado por la ANI, documento que es objeto de asignación de puntaje en esta Licitación, se observa que dicho formato previó expresamente lo siguiente en su espacio de diligenciamiento:

“Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación de [*insertar nombre del Proponente*] / [*insertar nombre Estructura Plural conformada por insertar nombre de cada uno de los miembros de la Estructura Plural*] y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar Oferta Técnica para el Proyecto “[•]”, en los siguientes términos (...)” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

No obstante lo anterior, la EP SAC 4G modificó el formato en los siguientes términos (ajustándolo a una Estructura Plural de un solo miembro, lo que como se ha expuesto, resulta contradictorio frente a las definiciones previstas en la Invitación de Precalificar):

Por la presente, el suscrito actuando en nombre y representación de EP SAC 4G conformada por SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S. y en desarrollo del proceso licitatorio de la referencia, me permito presentar Oferta Técnica para el Proyecto No. VJ-VE-IP-LP-015-2013, en los siguientes términos:

Declaro –bajo la gravedad del juramento- con ocasión de la presente Licitación Pública, que el porcentaje de personal calificado y no calificado de la zona de influencia del Proyecto será:

Teniendo en cuenta todo lo expuesto previamente, le solicitamos a la ANI rechazar la propuesta allegada por la EP SAC 4G con base en las siguientes causales de rechazo previstas en el Pliego:

“7.6. RECHAZO DE LA OFERTA

7.6.1. Sin perjuicio de lo establecido por la Ley aplicable, serán rechazadas las Ofertas que por su contenido, impidan la selección objetiva, y además en los siguientes casos: (...)

(k) Cuando el Oferente no cumpla con lo establecido en el numeral 2.2.2. de la Invitación a Precalificar. (...)

(n) Cuando en la propuesta se encuentre información inconsistente o documentos que contengan datos alterados o que contengan errores, cuando quiera que ellos impidan la selección objetiva”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En relación con la decisión de aplicar dichas causales de rechazo, es importante destacar que una de las principales consecuencias de que la Licitación se encuentre sometida al principio de selección objetiva que rige la contratación estatal, es que la decisión de rechazar o no a un determinado proponente es una **decisión reglada**. Lo anterior se explica con claridad en la siguiente sentencia del Consejo de Estado:

*“El Legislador al definir lo que se entiende por selección objetiva, pretende regular la escogencia de la mejor oferta mediante un proceso en el que prime la transparencia, la imparcialidad e igualdad de oportunidades, ajena a consideraciones subjetivas, para lo cual juegan un papel preponderante los factores y criterios de selección que en función de la específica necesidad pública haya fijado la administración en los pliegos de condiciones. Por estas razones **la consagración legal del deber de selección objetiva se enmarca dentro de la institución del acto reglado.**”*

Una decisión administrativa encaja en la noción de acto reglado cuando su contenido es el único posible en razón de la ley y los reglamentos, siendo ilegal si los desconoce. Por el contrario, se entiende como acto discrecional, aquella determinación en la cual la administración puede optar entre varias soluciones posibles, siendo válida aquella que escoja.

Lo anterior significa que cualquier persona que aplique a la misma realidad fáctica la ley y los reglamentos debe llegar a la misma decisión, de aquí que se califique como totalmente objetiva. Ello explica que para la actividad contractual de las entidades estatales, el legislador haya establecido un conjunto de normas que obligan a la administración a seleccionar objetivamente a su contratista imponiendo, como se explicó en el punto precedente, un procedimiento estricto y detallado de selección, para que todo el que evalúe las propuestas llegue a la misma conclusión sobre el adjudicatario del contrato. Si los pliegos, que son el reglamento del procedimiento de selección del contratista y del contrato, están correctamente elaborados y las etapas del procedimiento de selección se cumplen como lo ordenan las normas aplicables, no debe haber discrecionalidad por parte de la autoridad a la hora de adjudicar y, por lo mismo, se dice que la selección ha sido objetiva; por el contrario, si hay margen para escoger al contratista con base en criterios que no estén expresamente definidos en la ley, los reglamentos y los pliegos, se dice que se violó la objetividad del proceso puesto que la selección se hizo en forma subjetiva”¹⁶(Subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que en aplicación del principio de selección objetiva al que se encuentra sometido la ANI, la única decisión posible que existe en relación con las inconsistencias estructurales de la propuesta presentada por la EP SAC 4G antes mencionadas, es la de proceder con su inmediato rechazo. De hecho, en virtud del principio de selección objetiva, la decisión de rechazar la referida propuesta no solo es la única decisión posible para la ANI, sino que también constituye como tal un deber legal que le es plenamente aplicable.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de mayo de 2010. C.P. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO. Rad. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992)

Así lo ha manifestado el Consejo de Estado al señalar que es una obligación de las entidades estatales rechazar una oferta cuando esta no se ajuste a los requerimientos y exigencias establecidas de los respectivos pliegos de condiciones. Lo anterior fue expuesto en los siguientes términos:

*“(…)”La propuesta implica un sometimiento al pliego de condiciones y quien propone es porque tiene conocimiento de éste y se somete a sus exigencias”. La Sala quiere resaltar que **es deber** de la administración ser muy clara en el proceso de evaluación de las ofertas, al punto que **debe rechazar aquellas que no se ajusten a los pliegos de condiciones**, o aquellas que le impongan condiciones que no está dispuesta a aceptar”¹⁷ (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

Teniendo en cuenta los argumentos aquí expuestos, le solicitamos a la ANI comedidamente modificar su Informe de Evaluación en el sentido de **RECHAZAR** la propuesta presentada por la EP SAC 4G en aplicación de las causales de rechazo previstas en los literales “k” y “n” del numeral 7.6 del Pliego.

2. INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS APLICABLES AL ACUERDO DE GARANTÍA

2.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Tanto el Pliego como las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI fueron claros en indicar que aquellas sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia que suscribieran el Acuerdo de Garantía en calidad de “Garantes” debían suscribirlos exclusivamente a través de su apoderado designado en Colombia. No obstante, el Acuerdo de Garantía allegado por la EP SAC 4G fue suscrito por Carlos Mijangos Gorozarri en su calidad de Consejero Delegado de SACYR CONCESIONES S.L (sociedad española) y no por el apoderado domiciliado en Colombia expresamente requerido por el Pliego.

De otro lado, el proponente EP SAC 4G no aportó los documentos que acreditan el cumplimiento de las facultades necesarias para suscribir en nombre de SACYR CONCESIONES S.L el Acuerdo de Garantía en los términos requeridos en dicho anexo.

2.2 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).

En el formato del Acuerdo de Garantía (Anexo 3) publicado por la ANI en SECOP se indicó:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2000. C.P RICARDO HOYOS DUQUE. Rad: 10399

4.2. **Capacidad:** [Insertar nombre de la persona que suscribe el Acuerdo en representación del Garante] cuenta con las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo².

4.3. **No Contravención:** El presente Acuerdo es un compromiso válido y exigible a cargo del Garante. No viola ningún documento corporativo del Garante ni ningún contrato existente y vinculante a éste. Tampoco viola ninguna ley aplicable al Garante.

4.4. **Conocimiento del Contrato:** El Garante ha leído en su totalidad y entendido el Contrato de Concesión (incluyendo sus Apéndices) así como el presente Acuerdo. Entiende y tiene la capacidad de medir el alcance de sus obligaciones bajo el Contrato y por ende el alcance e implicaciones que la suscripción del presente Acuerdo tiene.

4.5. **Asesoría Especializada:** Teniendo en cuenta que el presente Acuerdo se regula por la Ley colombiana, el Garante ha tenido acceso a asesoría calificada con conocimiento de la Ley colombiana o ha confiado en asesoría interna calificada con conocimiento de Ley colombiana y por lo tanto puede efectuar las declaraciones contenidas en el presente Acuerdo y suscribirlo consciente del alcance de las obligaciones pactadas.

5. **Condición Suspensiva y Vigencia**

5.1. El inicio de la ejecución y oponibilidad del presente Acuerdo está condicionado únicamente a que el Oferente resulte Adjudicatario del Contrato (la “Condición

² El Oferente deberá anexar junto con su Oferta los documentos que acrediten el cumplimiento de las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo, siempre que no hubiere sido acreditado durante la Precalificación. En caso que corresponda a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones

De este modo, el formato del Acuerdo de Garantía fue preciso en requerir que “*En caso que corresponda a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones*”. Dicha sección del Pliego señala a su vez:

“ (...) Apoderados. Las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia, deberán acreditar un apoderado domiciliado en Colombia, debidamente facultado para la presentación de la Oferta, participar y comprometer a su representado en las diferentes instancias de la Licitación Pública, suscribir los documentos y declaraciones que se requieran, suministrar la información que le sea solicitada, y demás actos necesarios de acuerdo con el presente Pliego de Condiciones. Dicho apoderado podrá ser el mismo apoderado único para el caso de personas extranjeras que participen en Estructuras Plurales y en tal caso, bastará para todos los efectos, la presentación del poder común otorgado por todos los participantes de la Estructura Plural con los requisitos de autenticación, consularización y traducción exigidos en el presente Pliego de Condiciones si fuesen otorgados en el exterior y/o en idioma diferente al castellano. Para fines de claridad únicamente, las personas jurídicas extranjeras sin sucursal en Colombia podrán designar a más de una persona como su apoderado en Colombia, caso en el cual podrá indicar a su entera discreción las condiciones o las limitaciones a los apoderados”(Subrayado fuera de texto).

En línea con lo anterior, en las respuestas a las observaciones presentadas al pliego de condiciones definitivo de esta Licitación, publicadas por la ANI el 20 de febrero de 2015 en SECOP, dicha entidad confirmó con total claridad que las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia que suscribieran el Acuerdo de Garantía debían realizarlo a través del apoderado que hayan sido previamente designado en los términos requeridos por el Pliego. Lo anterior lo expuso la ANI en los siguientes términos:

19	BRIGARD & URRUTIA ABOGADOS	El Anexo 3 (Acuerdo de Garantía) señala lo siguiente en su segunda nota al pie de página: "El Oferente deberá anexar junto con su Oferta los documentos que acrediten el cumplimiento de las facultades necesarias para suscribir en nombre del Garante el presente Acuerdo, siempre que no hubiere sido acreditado durante la Precalificación. En caso que corresponda a una sociedad extranjera sin sucursal en Colombia deberá acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones" (Subrayado fuera de texto). Tratándose de Garantes que sean sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia, entendemos que el Anexo 3 puede firmarlo directamente el representante legal o el apoderado que haya designado en Colombia el respectivo Garante. Lo anterior independientemente de que el Garante tenga que demostrar que tiene un apoderado en el país en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego. Favor confirmar si nuestro entendimiento es correcto.	Su entendimiento no es correcto. De conformidad con el numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones las sociedades extranjeras sin sucursal en Colombia deberán actuar a través del apoderado que se constituya en Colombia.	Pliegos Requisitos Habilitantes Anexo 3	Jurídica
----	----------------------------	---	---	---	----------

En relación con esta respuesta, es importante destacar que de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado¹⁸, 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. De este modo, no cabía duda que el Acuerdo de Garantía debía ser suscrito por el apoderado designado en Colombia tratándose de sociedades extranjeras sin sucursal en el país.

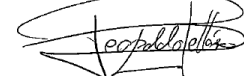
No obstante lo anterior, la EP SAC 4G allegó el Acuerdo de Garantía (folio 43) en el que SACYR CONCESIONES S.L (sociedad española sin sucursal en Colombia) tiene la calidad de "Garante", exclusivamente suscrito por su Consejero Delegado en España y NO por un apoderado designado en los términos del antes transcrito del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego. Lo anterior se observa en la siguiente imagen del Acuerdo de Garantía:

Para constancia, firma en las ciudades de Madrid (España) y Bogotá (Colombia), en las fechas indicadas al pie de cada una de las firmas en tres (3) ejemplares del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Deudor Garantizado.

Por el Garante



SACYR CONCESIONES S.L.
 Carlos Mijangos Gorozarri
 Fecha de 20 de abril de 2015



SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S
 Leopoldo Pellón Revuelta
 Fecha de suscripción 23 de abril de 2015

De hecho, tal y como se observa a folio 49 de la propuesta de la EP SAC 4G, un notario público español acreditó que el señor Carlos Mijangos Gorozarri es un Consejero Delegado de SACYR CONCESIONES S.L:

¹⁸ 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.

YO, FRANCISCO JAVIER PIERA RODRÍGUEZ, NOTARIO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ESTA CAPITAL, CON VECINDAD Y RESIDENCIA EN LA MISMA, DOY FE: De que la firma puesta al pie del presente documento es la perteneciente a DON CARLOS MIJANGOS GOROZARRI, con D.N.I./N.I.F. 07473064L, que en el acta autorizada por mí, en el día de hoy, con el número 1.321 de mi protocolo, ha declarado que la firma aquí legitimada es la suya, que conoce el contenido del documento cuya firma aquí se legitima y quiere que el mismo produzca los efectos que le sean aplicables conforme a lo previsto en las leyes extranjeras.

Asimismo HAGO CONSTAR que el Sr. Mijangos Gorozarri es Consejero Delegado de la sociedad "SACYR CONCESIONES, S.L.", domiciliada en Madrid, paseo de la Castellana nº 83-85; con C.I.F. B85557213, debidamente constituida bajo las leyes de España e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid en el tomo 26.132, folio 93, hoja M-471.022, inscripción 1; en virtud de su nombramiento, por tiempo indefinido, formalizado mediante decisión del socio único de fecha 30 de octubre de 2009, elevado a público en escritura autorizada por mí, el infrascrito notario, el mismo día 30 de octubre de 2009, con el número 1.671 de protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil por la inscripción 5; y acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad adoptado en su reunión celebrada el día 6 de febrero de 2015, elevado a público en escritura autorizada igualmente por mí, el infrascrito notario, el día 11 de febrero de 2015, con el número 390 de protocolo, que se inscribió en el Registro Mercantil por la inscripción 38. En esta última escritura además se le delegaron todas y cada una de las facultades del Consejo de Administración, legal y estatutariamente delegables. Examiné dichas escrituras y, bajo mi responsabilidad, declaro que el Sr. Mijangos Gorozarri está suficientemente capacitado para suscribir el presente documento.

Teniendo en cuenta lo anterior es evidente que:

- (i) El Acuerdo de Garantía aportado por la EP SAC 4G **no fue suscrito por la persona requerida expresamente en el Pliego** (apoderado domiciliado en Colombia de SACYR CONCESIONES S.L. atendiendo su naturaleza de sociedad extranjera sin sucursal en Colombia).
- (ii) La EP SAC 4G **incumplió el requerimiento señalado en el Acuerdo de Garantía** (Anexo 3) en el sentido de "(...) *acreditar un apoderado en los términos del numeral 3.2.2 c) iii) del Pliego de Condiciones*".

De otro lado, NO encontramos que el proponente EP SAC 4G haya aportado los documentos que acrediten el cumplimiento de las facultades necesarias por parte del señor Carlos Mijangos Gorozarri para suscribir el Acuerdo de Garantía en nombre de SACYR CONCESIONES S.L. en los términos requeridos en la antes transcrita nota al pie No. 2 de dicho anexo (Anexo 3). De este modo, en la propuesta no constan los documentos corporativos que permitan verificar que efectivamente el señor Carlos Mijangos Gorozarri NO contó con limitaciones corporativas para firmar el Acuerdo de Garantía en representación de SACYR CONCESIONES S.L.

Finalmente, nos permitimos destacar que el proponente EP SAC 4G únicamente presentó un original del Acuerdo de Garantía contrario a lo requerido en el formato (Anexo 3) publicado por la ANI que al respecto señala: "*Para constancia, se firma en la ciudad de [INCLUIR], a los [INCLUIR] días del mes de [INCLUIR] de dos mil [INCLUIR] [INCLUIR] en tres (3) ejemplares*

del mismo tenor destinados a la Agencia Nacional de Infraestructura, el Garante y el Deudor Garantizado” (Subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta todo 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 SAC 4G, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, dicho proponente no cumplió con los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con el Acuerdo de Garantía.

4. INCONSISTENCIAS EN EL ACUERDO DE GARANTÍA – ANEXO 3

4.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

De acuerdo con las respuestas publicadas por la ANI en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (“SECOP”) en el marco de los proyectos de 4G, dicha entidad ha sido 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 SAC 4G (ver folio 43) incluyó en calidad de “garantizado” a Leopoldo Pellón Revuelta (sin siquiera precisar la calidad en la que actúa en dicha sección del Acuerdo de Garantía).

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 43 de la oferta presentada por la EP SAC 4G se observa que se incluyó como “garantizado” del Acuerdo de Garantía (“Anexo 3”) a Leopoldo Pellón Revuelta (sin siquiera precisar la calidad en la que actúa en dicha sección del Acuerdo de Garantía). Lo anterior se identifica con facilidad en la siguiente imagen del referido folio:

7.2. Al Garante

7.2.1 SACYR CONCESIONES S.L.
Paseo de la Castellana, 83-85
28046 Madrid - España

7.2.2 SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S
Transversal 23 No. 94-33 Of. 801
Bogotá - Colombia

7.3. Al Garantizado

Atn. Leopoldo Pellón Revuelta
Transversal 23 No. 94-33 Of. 801
Bogotá - Colombia

Al respecto, en distintas respuestas¹⁹ que ha emitido la ANI en los procesos de la Cuarta Generación de Concesiones- 4G-, dicha entidad ha señalado 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]. (…)</p> <p>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). 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 negrilla 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 (en este caso debió contar como “garantizado” la compañía Sacyr Concesiones Colombia S.A.S).

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP SAC 4G , 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.

¹⁹ Ver, entre otras, la respuesta 44 de la Matriz de Respuestas publicada por la ANI el 26 de mayo de 2014 en la Licitación Pública No. VJ-VE-IP-LP-010-2013.

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

1. INCONSISTENCIA EN LA GARANTÍA DE SERIEDAD DE LA OFERTA

1.1 RESUMEN DE LA OBSERVACIÓN

Tanto en el Pliego como en las respuestas a las observaciones publicadas por la ANI en el marco de los procesos de la Cuarta Generación de Concesiones, 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. Al analizar el clausulado general de la póliza de seriedad de la oferta presentada por la EP IVPC encontramos que existen importantes diferencias frente al texto previsto por la ANI en el Apéndice Financiero 3.

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.

Esencialmente, dicho apéndice 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. De este modo, fue una obligación clara de los proponentes que sus pólizas para garantizar la seriedad de sus ofrecimientos incluyeran el clausulado general contenido en el Apéndice Financiero 3 (póliza única de seguro de cumplimiento para contratos estatales).

Al analizar el clausulado general allegado por la EP IVPC a folios 143 a 153, encontramos que dicho clausulado no se ajusta a lo previsto en el Apéndice Financiero 3 en lo siguiente: (i) en la sección de “excepción al principio de indivisibilidad de la garantía” (folio 150) el clausulado general hace referencia a una norma ya derogada (a saber, el Decreto 734 de 2012) y (ii) en la sección de “modificaciones” (folio 151) no se incluye el siguiente texto previsto en el Apéndice Financiero 3: “*Así mismo, cualquier ajuste al contrato que se realice entre la ANI y el contratista afianzado, deberá ser aprobado por LA ASEGURADORA para que pueda obligar a esta*”.

Así, solicitamos comedidamente a la ANI modificar el Informe de Evaluación en el sentido declarar como NO HÁBIL la propuesta presentada por la EP IVPC, en tanto que tal y como se ha evidenciado previamente, no es posible verificar si dicho proponente se ajustó a los requerimientos exigidos en el Pliego en relación con la garantía de seriedad de la oferta (Apéndice Financiero 3).

Agradezco de antemano la amable atención a la presente.

Cordialmente,

OMAR MARTÍNEZ SIERRA

C.C No. 79.962.043

Representante Común

ESTRUCTURA PLURAL SHIKUN & BINUI- GRODCO integrada por SHIKUN & BINUI
(CONCESSIONS) AG y SBL CONCESSIONS S.A.S