RESPUESTA OBSERVACIONES

LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-APP-IPB-001-2021
ACCESOS NORTE FASE II

PREPARADO POR

MARZO 2022

OBJETO DE LA LICITACIÓN

Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión cuyo objeto será el otorgamiento de una concesión que, bajo el esquema de Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, permita llevar a cabo la financiación, elaboración de estudios y diseños definitivos, gestión ambiental, gestión predial, gestión social, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del corredor PROYECTO ACCESOS NORTE FASE II, de acuerdo con el alcance descrito en el Contrato Parte Especial, el Apéndice Técnico 1 y demás Apéndices del Contrato

.

1. RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
P4 **ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE**	**P1. ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE**	Carta de presentación	Debe estar suscrita por los integrantes.	De conformidad con la Adenda No. 2, modificatoria del Pliego de Condiciones, la Entidad dispuso: *"(…)5. Modifíquese el subnumeral 4.1.6 del numeral 4.1 "CAPACIDAD JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN LEGAL" del Pliego de Condiciones Definitivo, el cual quedará así:* *4.1.6 Carta de Presentación de la Oferta – ANEXO 2* *La Carta de Presentación de la Oferta deberá ajustarse en un todo al ANEXO 2 del presente Pliego de Condiciones y deberá estar suscrita por: (i) el Oferente cuando sea persona natural o; (ii) por su representante legal si el Oferente es persona jurídica o; (iii)* ***por el(los) Representante(s) Común(es) cuando el Oferente sea una Estructura Plural.(…)".*** *(negrilla ajena al texto original)* Adicionalmente, mediante réplica el proponente indicó que: *En relación con la solicitud de corrección de la Carta de Presentación de la Oferta, respetuosamente nos permitimos indicar que, tal y como lo señala el Anexo 2, este documento puede ser suscrito por el Representante Común:* Firma del integrante persona natural y del(los) representante(s) legal(es) de cada uno de los miembros que integran la Estructura Plural o representante(s) común(es) o del oferente individual, según corresponda.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				En virtud de lo anterior la observación no procede, en tanto la Carta de Presentación de la oferta puede estar suscrita por el representante común.
		Experiencia en Inversión	No aporta copia del contrato del crédito. Banco Aceptable: No aportan calificación del banco.	El literal a) del numeral 4.2.10 del pliego de condiciones, establece: *"(a) Adjuntar (i) una certificación emitida por la entidad acreedora o su representante (para el caso de la financiación mediante emisión de títulos), suscrita por el representante legal o por una persona autorizada para suscribir tal documento, en la que conste la siguiente información: (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, (2) los valores y las fechas de los desembolsos, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento; o (ii) adjuntar copia del contrato de crédito junto con una constancia de los desembolsos; o (iii) adjuntar copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del Aviso de oferta o su equivalente; En caso de acreditación de créditos sindicados, la certificación de la(s) entidad(es) acreedora(s) podrá ser emitida por el representante autorizado del banco líder de dicho crédito, agente administrativo o su equivalente que tenga a su cargo el manejo del crédito y/o la representación de los demás bancos*;" De la lectura literal del texto se entiende que el proponente podrá adjuntar cualquiera de las tres opciones que se describen, siendo estas las siguientes: i. Certificación emitida por la entidad acreedora o su representante ii. Copia del contrato de crédito junto con la constancia de desembolsos iii. Copia del prospecto u offering memorandum junto con copia del Aviso de oferta o su equivalente Adicionalmente mediante réplica el proponente indicó que: *"Al respecto, nos permitimos manifestar que, frente a la solicitud de presentar a la ANI los contratos de crédito para acreditar la Experiencia en Inversión, el Pliego de Condiciones establece expresamente que los Proponentes pueden optar por presentar las certificaciones o el contrato de crédito, de acuerdo con el literal a) de la Sección 4.2.10:*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				(a) Adjuntar (i) una certificación emitida por la entidad acreedora o su representante (para el caso de la financiación mediante emisión de títulos), suscrita por el representante legal o por una persona autorizada para suscribir tal documento, en la que conste la siguiente información: (1) el monto del cierre financiero del endeudamiento otorgado, (2) los valores y las fechas de los desembolsos, y (3) la utilización autorizada de los recursos del endeudamiento; o (ii) adjuntar copia del contrato de crédito junto con una constancia de los desembolsos; o (iii) adjuntar copia del prospecto u *offering memorandum* junto con copia del Aviso de oferta o su equivalente; En caso de acreditación de créditos sindicados, la certificación de la(s) entidad(es) acreedora(s) podrá ser emitida por el representante autorizado del banco líder de dicho crédito, agente administrativo o su equivalente que tenga a su cargo el manejo del crédito y/o la representación de los demás bancos; En relación con el cumplimiento de ser banco aceptable por parte de los bancos acreedores, se tiene que la Entidad realizó de manera oficiosa la verificación correspondiente. En cuanto a este punto, el proponente mediante réplica indicó: *"Adicionalmente, frente a la solicitud relacionada con acreditar la condición de Banco Aceptable, el Pliego de Condiciones no impone la carga documental a los Proponentes de acreditar dicha condición. Por lo anterior, entendemos que dicha verificación podrá ser adelantada por la ANI, quien cuenta con la información detallada de las entidades acreedoras en los Proyectos de Infraestructura acreditados como Experiencia en Inversión."* En virtud de lo anterior, las observaciones no proceden, toda vez que el proponente acreditó la Experiencia en Inversión de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones y por su parte, la Entidad realizó la verificación de la condición de banco aceptable de las entidades financieras.
		Acuerdo de permanencia	Debe estar suscrita por los integrantes.	El numeral 4.1.7 del pliego de condiciones establece: *"El Acuerdo de Permanencia deberá ser suscrito por: (i) el Oferente cuando sea persona natural o; (ii) por su representante legal si el Oferente es persona jurídica o; (iii) por el Representante Común (en el evento que se hubiera otorgado esta facultad), o cada uno de los representantes legales de las personas jurídicas y las personas naturales -según corresponda- cuando el Oferente sea una Estructura Plural de acuerdo con lo establecido en el* ***ANEXO 4*** *de este Pliego de Condiciones."*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				Adicionalmente, mediante réplica el proponente indicó que: *"En relación con la solicitud de corrección del Anexo 4, es importante tener en cuenta que las indicaciones del formato son precisas en cuanto a quiénes deben suscribir el mismo, indicándose que podrá ser el Oferente o los Integrantes de la Estructura Plural:* *[Por el Oferente/Por los Integrantes de la Estructura Plural]* *Adicionalmente es importante tener en cuenta que el Representante Común se encuentra plenamente facultado para representar a los Integrantes de la Estructura Plural"* Teniendo en cuenta lo anterior y dadas las facultades otorgadas en el Anexo 18 aportado por el proponente ESTRUCTURA PLURAL RUTA NORTE BOGOTÁ a los representantes comunes, dentro de las cuales se encuentra de manera expresa la referente a suscribir anexos y demás documentos que se requieran por parte de cada integrante del proponente plural, no se encuentra procedente la observación presentada por Estructura Plural Viales del Norte
		Pacto de Transparencia	Debe estar suscrita por los integrantes.	El numeral 4.1.9 del pliego de condiciones establece: *"(…) El Pacto de Transparencia (**ANEXO 6**) deberá ser suscrito por: (i) los representantes legales de las personas jurídicas que presenten Oferta ya sea de forma individual o como Integrante de una Estructura Plural (este documento se entenderá suscrito tanto a título de representantes de las personas jurídicas respectivas como a título personal); y/o (ii) las personas naturales que se presenten a la Licitación Pública como personas naturales. Cada persona puede firmar el Pacto de Transparencia de forma individual o todos los obligados pueden firmar y presentar un único anexo*." En cuanto a este punto, el proponente mediante réplica indicó: *"En relación con la solicitud de corrección del Anexo 6, es importante tener en cuenta que las indicaciones del formato son precisas en cuanto a quiénes deben suscribir el mismo, indicándose que podrá ser el Oferente o los Integrantes de la Estructura Plural:*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				FIRMA Oferente o Integrante de la Estructura Plural: _____ Nombre: _____ C.C. No. _____ de _____ *Adicionalmente es importante tener en cuenta que el Representante Común se encuentra plenamente facultado para representar a los Integrantes de la Estructura Plural*." En virtud de lo anterior, la observación no procede, en tanto el Pacto de Transparencia puede estar suscrito por el representante común.
	P2. ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA	Experiencia en Inversión	La certificación aportada se encuentra en coronas danesas y no hay constancia de la conversión.	Dentro del contenido del pliego de condiciones, se encuentra contemplado en el numeral 6.5 el procedimiento para la conversión de moneda, la cual fue efectuada de manera oficiosa por parte de la Entidad utilizando dicho procedimiento. En cuanto a este punto, el proponente mediante réplica indicó: "*No le asiste razón al observante. El documento que menciona, que obra a folios 185 y siguientes de la oferta, es una certificación de una entidad acreedora con la que se está acreditando Experiencia en Inversión y no Capacidad Financiera. Esa certificación fue expedida por la entidad acreedora en Coronas danesas y los montos correspondientes fueron convertidos y expresados en pesos colombianos en el formulario 9 que obra a folio 125 de la oferta presentada por la Estructura Plural Rutas de la Sabana, de conformidad con el contenido de la sección 4.2.5 y la sección 6.5 del pliego de condiciones* *(…)* *En vista de todo lo anterior, la certificación que obra a folios 185 y siguientes de la oferta de la Estructura Plural que represento cumple a cabalidad con el Pliego de Condiciones y la conversión a pesos colombianos que el observante echa de menos la podrá encontrar en el formulario 9 de nuestra oferta*".

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				En ese sentido, no se encuentra procedente la observación, toda vez que el proponente cumple con los requerimientos exigidos en el pliego de condiciones, específicamente en el numeral 6.5 frente a la conversión de moneda.
		Experiencia en Inversión	La certificación del contrato del folio 126 – Mar 1 no cuenta con la descripción de las obligaciones.	Revisada la observación, se evidencia que el contrato referente a la experiencia en inversión ubicada a folio 126 y siguientes de acuerdo con la observación del proponente ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE, corresponde al proyecto CONCESIÓN AUTOPISTA MAR 1 el cual fue suscrito con la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI- Respecto a estos casos, el numeral 4.2.12 del pliego de condiciones dispone: "*Cuando la experiencia presentada por el proponente sea de un contrato celebrado con la ANI, bastará con el diligenciamiento del **ANEXO 9**, el cual será verificado por la Entidad y se deberán aportar los documentos señalados en el numeral 4.2.10 relacionados con la financiación y los desembolsos. En todo caso, aplicarán las reglas establecidas para la acreditación de experiencia en el Pliego de Condiciones*." Por su parte, el proponente mediante réplica indicó: "(…) *A folios No. 126 y siguientes de nuestra oferta obran documentos que acreditan la Experiencia en Inversión del Proyecto Concesión al Mar 1, que corresponde al contrato de concesión No. 014 del 3 de septiembre de 2015, celebrado con la ANI. Así, en cumplimiento de la sección 4.2.12 del pliego ya mencionada, la Estructura Plural Rutas de la Sabana no presentó la certificación de la entidad contratante correspondiente a este proyecto, por tratarse, precisamente, de un contrato suscrito con la ANI. En todo caso, la descripción del proyecto y de las obligaciones principales del mismo se encuentran en el formulario 9 que obra a folio 125 de la oferta. Con fundamento en todo lo anterior, solicitamos a la ANI desestimar las observaciones presentadas por la Estructura Plural Rutas del Norte y confirmar el Informe Preliminar de Evaluación en todos sus aspectos, en relación con nuestra oferta*" En ese sentido, no se encuentra procedente la observación toda vez que, al tratarse de un contrato celebrado con la Entidad, el Proponente ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA en los términos del Pliego de Condiciones, solo debía presentar el Anexo 9 debidamente diligenciado el cual es objeto de verificación por parte de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-, por lo que el proponente cumple con lo dispuesto en el numeral 4.2.12.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
P1- ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE	**P4** **ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE**	Capacidad Financiera	Teniendo en cuenta que la capacidad financiera es acreditada por CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION el Anexo 10 A debe estar suscrito por su representante legal y no por el revisor fiscal de la sucursal.	En atención a esta observación, la Entidad procede a hacer las siguientes aclaraciones: La capacidad financiera del proponente No. 4 ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE, de acuerdo con la carta de presentación de la oferta, es acreditada por CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION cuya sucursal en Colombia es CHINA CIVIL ENGINEERING CONSTRUCTION CORPORATION SUCURSAL EN COLOMBIA, siendo esta última el integrante de la estructura plural. Sin embargo, no es viable interpretar que la capacidad financiera es presentada por un tercero, tal y como lo observa el proponente ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE, dado que la sucursal de la sociedad extranjera en Colombia no cuenta con capacidad jurídica independiente, ni constituye otra persona distinta de la sociedad extranjera. Es decir, la capacidad financiera es presentada por el integrante de la estructura plural, quien concurre a este proceso de selección bajo la figura de sucursal de sociedad extranjera. El Pliego de condiciones definitivo en su numeral 4.3.2 establece que "*El **ANEXO 10A** deberá ser suscrito por: (i) el representante legal del proponente individual o representante legal del Integrante de una Estructura Plural que acredite Capacidad Financiera; y (ii) por el contador público y/o Revisor Fiscal, para las sociedades que se encuentren obligadas por ley*" Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 2 del artículo 203 del Código de Comercio, las sucursales de compañías extranjeras se encuentran obligadas a tener revisor fiscal, motivo por el cual el Anexo 10 A debía estar suscrito por el revisor fiscal, toda vez que se encuentra obligada a tenerlo y así se encuentra registrado en el certificado de matricula de sucursal extranjera expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. Atendiendo la solicitud realizada en la etapa de requerimientos previos y comentarios de la entidad, el proponente ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE, allegó el anexo 10A suscrito por: Representante legal, Contador público y Revisor Fiscal de la sucursal colombiana. En ese sentido, no se encuentra procedente la observación.
P2- ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA	**P1** **ESTRUCTURA PLURAL RUTA**	Capacidad jurídica	El señor Diego Mauricio Pérez no contaba con capacidad jurídica para suscribir	Respecto a la observación efectuada por parte de la Estructura Plural Ruta de la Sabana frente al Proponente No. 1 Estructura Plural Ruta Bogotá Norte, relativa a la capacidad jurídica de este último para actuar en el proceso de licitación, se advierte que al proceso han sido aportados todos los documentos necesarios para acreditar la capacidad de la sociedad Obrascón Huarte Laín S.A. – OHLA con el fin de participar en el proceso y actuar a través del señor Diego Mauricio Pérez como se detalla a continuación:

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
	BOGOTÁ NORTE		oferta, ya que el poder otorgado lo facultaba para obrar en nombre y representación de Obrascón Huarte Laín S.A y no en nombre de la sucursal en Colombia.	Por un lado, a folio 29 de la propuesta se encuentra el certificado de matrícula de la sucursal de la sociedad en Colombia en donde consta que el objeto social de la sociedad extranjera comprende la facultad para eventualmente desarrollar el Proyecto objeto del proceso de selección. Por otro lado, se aportan los poderes correspondientes en virtud de los cuales la sociedad extranjera faculta al señor Diego Mauricio Pérez para representar a OHLA dentro del presente proceso de licitación pública. Así, se tiene: (i) el poder general otorgado por José Antonio Fernández Gallar, en calidad de Consejero Delegado de la sociedad OHLA, a Fausto González Casado mediante escritura pública No. 4975; y (ii) el poder especial otorgado por Fausto González Casado a Diego Mauricio Pérez para adelantar el presente proceso de licitación en representación de dicha sociedad. Se advierte que el hecho de que el poder otorgado al señor Diego Mauricio Pérez sea para actuar en representación de OHLA, y no expresamente de su sucursal, y que el mismo no se encuentre inscrito en el certificado de matrícula de esta última, en nada afecta las facultades otorgadas a éste para adelantar el proceso de licitación. Por un lado, dado que la sucursal de la sociedad extranjera en Colombia no cuenta con capacidad jurídica independiente, ni constituye otra persona distinta de la sociedad extranjera, el integrante de la estructura plural es la misma sociedad extranjera, que en este caso es la que se encuentra otorgando el respectivo poder. Por otro lado, en la medida en que la inscripción del poder en la matrícula mercantil de la sucursal tiene como única finalidad hacer oponible dicho apoderamiento frente a terceros, dado que en el presente proceso se aporta expresamente el poder otorgado al señor Diego Mauricio Pérez León por parte de Fausto González Casado, quien a su vez recibió poder por parte de uno de los Consejeros Delegados de la sociedad, no resulta necesario verificar su calidad de mandatario inscrito en el certificado de la sucursal en Colombia, pues esta ya se encuentra acreditada con el acto mismo de apoderamiento que consta en el poder especial otorgado. Adicionalmente, aunque el poder general otorgado por José Antonio Fernández Gallar fue aportado inicialmente sin contar con el trámite de apostilla, el 9 de febrero de 2022 se allegó por parte del Proponente No. 1 - Estructura Plural Ruta Bogotá Norte el respectivo documento apostillado, lo cual constituye una subsanación válida y oportuna del mismo teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				La posibilidad de subsanar, corregir, aclarar o enmendar los errores contenidos en los documentos presentados con la oferta es un tema que ha tenido diferentes momentos en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos emitidos en línea con las disposiciones legales vigentes, ha señalado que las Entidades del Estado en sus procesos de selección no rechacen o desestimen ofertas que eventualmente omitan requisitos o no aporten documentos que no otorguen puntaje. En efecto, se infiere que no cualquier defecto de la oferta tiene la vocación de generar de entrada un rechazo de la misma, como se evidencia a continuación: - "*De las normas transcritas se establece un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal y en todo caso, una premisa de que los requisitos no necesarios para la comparación de las propuestas o que no constituyan los factores de escogencia, son subsanables en condiciones de transparencia e igualdad para todos los participantes*". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1927 de 6 de noviembre de 2008 - "*Como es apenas comprensible, a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran necesarias para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que "asignan puntaje", de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -¡debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás. A partir de esta norma resulta sencillo concluir, por ejemplo: que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. (…)"* Consejo de Estado. Sentencia del 26 de febrero de 2014. C.P. Enrique Gil Botero. Exp: 25.804 y Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Veintinueve (29) de julio de (2015). Radicación: (40.660) En ese sentido, el inciso primero del numeral 7.2 del pliego de condiciones establece que "*la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Oferente, no necesarios para la comparación de las Ofertas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la Oferta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por la Entidad y deberán ser entregados por*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				los Oferentes hasta el término de traslado del informe de evaluación. Serán rechazadas las Ofertas de aquellos Oferentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad hasta el plazo anteriormente señalado". En virtud de lo anterior, se permite a los proponentes corregir requisitos formales, de tal manera que no sea posible rechazar ofertas por la falta de requisitos que no otorgan puntaje, y, por consiguiente, se permita a los proponentes la posibilidad de subsanar dichos requisitos. De lo hasta aquí expuesto se colige que un requisito que no otorga puntaje y no es de aquellos necesarios para la comparación de las propuestas, puede ser subsanado. Por otra parte, se encuentra lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, a saber: *"los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso"*. En atención a esta disposición, *en* el inciso segundo del numeral 7.2 del pliego se indica "*Durante el término otorgado para subsanar las Ofertas, los Oferentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al Cierre del proceso*". Esta prohibición se encuentra dirigida a la condición habilitante y no a la prueba, lo anterior teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales dados por el Consejo de Estado y el Concepto de Unificación emitido por Colombia Compra eficiente, (CU_060_2020) en el cual indica lo siguiente: "*De conformidad con el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, lo subsanable es la prueba de todas las circunstancias ocurridas antes del vencimiento del término para presentar las ofertas; eso es lo que implica la prohibición de acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al «cierre del proceso». Lo anterior evita, por ejemplo, que se presenten oferentes que no cumplían con los requisitos para participar al momento de presentar las ofertas, y pretendan cumplirlos durante el proceso de selección o, inclusive, que se puedan variar condiciones de la oferta una vez presentada.* *Un mejor entendimiento del significado de la expresión «circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso» lleva necesariamente a distinguir entre la prueba de un hecho y el hecho mismo. En el caso de la subsanabilidad de las ofertas, una cosa es el requisito habilitante o el elemento de la propuesta*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				y otra su prueba. Lo que prohíbe la norma es que se subsanen requisitos que no estaban cumplidos al momento de presentar la oferta, o en palabras de la ley, que se acrediten hechos que ocurrieron después del cierre del proceso." Se advierte entonces que tal prohibición no resulta aplicable al caso concreto, pues hay que distinguir la prueba de un hecho y el hecho mismo. Para el caso de la apostilla y legalización, si bien se trata de un requisito dentro del proceso de selección , en el caso del proponente ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE, mediante la subsanación del requisito de la apostilla del poder conferido por José Antonio Fernández Gallar no se pretende acreditar una situación ocurrida con posterioridad al cierre del proceso, sino que se busca otorgarle valor probatorio en Colombia a un documento otorgado en el exterior mediante la certificación de la autenticidad del servidor público extranjero, y que da cuenta del apoderamiento del señor Fausto González Casado, efectuado desde junio de 2021, esto es, con anterioridad al cierre del proceso de selección. En el mismo sentido, en virtud del principio de supremacía de lo sustancial sobre lo procesal, el Consejo de Estado ha dicho: *"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; mientras que (…) en el evento en que el representante legal tenga alguna limitación para contratar, la autorización del órgano competente (junta de socios, junta directiva, asamblea general) para comprometer a la sociedad en la presentación de propuestas y en la firma del contrato posible que se derive de la correspondiente convocatoria pública, es subsanable y no implica el rechazo de la propuesta. En otros términos, la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 C. Co.), para lo cual la entidad bien puede exigir su acreditación a la suscripción del contrato (posibilidad legal anterior), dado que se trata de un supuesto que se enmarca dentro lo prescrito por el inciso segundo del numeral 15 del artículo 25 -original- de la Ley 80 de 1993, según el cual "[l]a ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos"; o bien puede requerirlo con el fin de que lo aporte (posibilidad legal actual), sin que ello comporte una mejora, modificación o adición de la propuesta. Esta regla que desarrolla el principio de economía y es manifestación de que lo sustancial debe primar sobre lo formal en el proceso de formación del contrato, significa que ante la omisión o defecto de aquellos documentos relacionados con la futura contratación o con el proponente no necesarios para la comparación de las propuestas, no es viable rechazar un ofrecimiento, el cual únicamente procede en tratándose de requisitos o documentos que impidan la evaluación o comparación de las ofertas" Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Veintinueve (29) de julio de (2015). Radicación: (40.660) Así, se concluye que, con anterioridad al cierre del proceso de selección, el señor Fausto González Casado se encontraba facultado para representar a OHLA y a su vez otorgar poder al señor Diego Mauricio Pérez, independientemente de que el documento en el que se instrumentalizó el poder se encontrara apostillado o no. Este último requisito únicamente tiene como finalidad dotar de valor probatorio dicho documento en Colombia, y no condiciona en ningún sentido las facultades otorgadas al apoderado. Por lo tanto, en virtud de lo establecido en el mismo artículo 5 de la Ley 1882 de 2018 y en el numeral 7.2 del pliego de condiciones, OHLA se encontraba en la posibilidad de subsanar esta falta de apostilla por tratarse del cumplimiento de un requisito que no tiene incidencia en la comparación de las propuestas y que no acredita una situación ocurrida con posterioridad al cierre del proceso de selección. En esta medida, al encontrarse facultada la sociedad OHLA para participar en el proceso de selección y estar actuando a través de un apoderado facultado desde antes del cierre del proceso, se entiende cumplido el requisito de la capacidad jurídica del proponente.
			El poder otorgado por José Antonio Fernández Gallar en España el 11 de junio de 2021, se presentó con la oferta sin apostilla. Esta última fue	Respecto a la observación efectuada por parte de la Estructura Plural Ruta de la Sabana frente al Proponente No. 1 ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE, relativa a la capacidad jurídica de este último para actuar en el proceso de licitación, se advierte que al proceso han sido aportados todos los documentos necesarios para acreditar la capacidad de la sociedad Obrascón Huarte Laín S.A. – OHLA, con el fin de participar en el proceso y actuar a través del señor Diego Mauricio Pérez como se detalla a continuación: Por un lado, a folio 29 de la propuesta se encuentra el certificado de matrícula de la sucursal de la sociedad en Colombia en donde consta que el objeto social de la sociedad extranjera comprende la facultad para eventualmente desarrollar

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
			presentada posteriormente (Anexo 5 de este escrito), en respuesta a un requerimiento de la ANI, con fecha del 9 de febrero de 2022, posterior al cierre del proceso	el Proyecto objeto del proceso de selección. Por otro lado, se aportan los poderes correspondientes en virtud de los cuales la sociedad extranjera faculta al señor Diego Mauricio Pérez para representar a OHLA dentro del presente proceso de licitación pública. Así, se tiene: (i) el poder general otorgado por José Antonio Fernández Gallar, en calidad de consejero delegado de la sociedad OHLA, a Fausto González Casado mediante escritura pública No. 4975; y (ii) el poder especial otorgado por Fausto González Casado a Diego Mauricio Pérez para adelantar el presente proceso de licitación en representación de dicha sociedad. Se advierte que el hecho de que el poder otorgado al señor Diego Mauricio Pérez sea para actuar en representación de OHLA, y no expresamente de su sucursal, y que el mismo no se encuentre inscrito en el certificado de matrícula de esta última, en nada afecta las facultades otorgadas a éste para adelantar el proceso de licitación. Por un lado, dado que la sucursal de la sociedad extranjera en Colombia no cuenta con capacidad jurídica independiente, ni constituye otra persona distinta de la sociedad extranjera, el integrante de la estructura plural es la misma sociedad extranjera, que en este caso es la que se encuentra otorgando el respectivo poder. Por otro lado, en la medida en que la inscripción del poder en la matrícula mercantil de la sucursal tiene como única finalidad hacer oponible dicho apoderamiento frente a terceros, dado que en el presente proceso se aporta expresamente el poder otorgado al señor Diego Mauricio Pérez León por parte de Fausto González Casado, quien a su vez recibió poder por parte de uno de los Consejeros Delegados de la sociedad, no resulta necesario verificar su calidad de mandatario inscrito en el certificado de la sucursal en Colombia, pues esta ya se encuentra acreditada con el acto mismo de apoderamiento que consta en el poder especial otorgado. Por su parte, el proponente mediante réplica indicó: *"En primer lugar, es importante resaltar que de manera contraria al planeamiento de la Estructura Plural Rutas de la Sabana, de acuerdo con la regulación prevista en los artículos 471 y siguientes del código de comercio y, de conformidad con la reiterada doctrina de la Superintendencia de sociedades, una sucursal de sociedad extranjera no constituye una persona jurídica diferente a la de su matriz o sociedad principal, pues su naturaleza jurídica corresponde a la de un establecimiento de comercio.*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				En tal sentido, es ajustado a los requisitos del Pliego de Condiciones y a la regulación aplicable a las sucursales de sociedades extrajeras que el poder otorgado el 1 de septiembre de 2021 en Madrid, España, a favor del señor Diego Mauricio Pérez León, haya sido otorgado por el apoderado general de Obrascón Huarte Laín S.A, pues como mencionamos, al registrarse una sucursal de sociedad extranjera en Colombia, no se está incorporando una nueva persona jurídica distinta a la matriz o sociedad principal. Prueba de lo anterior, es que el articulo 485 del código de comercio establece que la sociedad principal responderá por lo negocios celebrados en el país por la sucursal, y de tal forma, los representantes de Obrascón Huarte Laín S.A cuentan con plenas facultades para designar a los apoderados que consideren para actuar en nombre de esta sociedad y de su sucursal en Colombia en el marco de la licitación pública." En ese sentido, no se encuentra procedente la observación.
P2-ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA	**P1 ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE**	Garantía de seriedad de la oferta	El valor asegurado no corresponde al mes de la referencia, toda vez que este no se encuentra indexado de conformidad con las reglas de la Sección 6.5.3 del pliego de condiciones.	En atención a la presente observación, la Entidad mediante documento complementario al informe preliminar publicado el 23 de febrero de 2022, solicitó al proponente aclarar la garantía de seriedad bajo el supuesto de que el valor a asegurar debe expresarse en pesos del mes de la referencia y se cuente con actualización por inflación. En virtud de lo anterior, el proponente ESTRUCTURA PLURAL RUTA BOGOTÁ NORTE, encontrándose dentro de los términos otorgados por la Entidad para subsanación del documento, allegó aclaración de la póliza de acuerdo con lo requerido. Así las cosas y bajo el entendido que el proponente subsanó el asunto cuestionado, la observación no procede.
P2-ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA	**P3-SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S**	Garantía de seriedad de la oferta	El valor asegurado no corresponde al mes de la referencia, toda vez que este no se encuentra	En atención a la presente observación, la Entidad mediante documento complementario al informe preliminar publicado el 23 de febrero de 2022, solicitó al proponente aclarar la garantía de seriedad bajo el supuesto de que el valor a asegurar debe expresarse en pesos del mes de la referencia y se cuente con actualización por inflación. En virtud de lo anterior, el proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, encontrándose dentro de los términos otorgados por la Entidad para subsanación del documento, allegó aclaración de la póliza de acuerdo con lo requerido.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
			indexado de conformidad con las reglas de la Sección 6.5.3 del pliego de condiciones	Así las cosas y bajo el entendido que el proponente subsanó el asunto cuestionado, la observación no procede
P2- ESTRUCTURA PLURAL RUTAS DE LA SABANA	**P4- ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE**	Capacidad Financiera	Los Estados Financieros presentados por el proponente no cumplen con el marco contable NIIF, como expresamente lo reconocen en el 1391 de su oferta y adicionalmente aportan Estados Financieros de propósito especial sin la certificación emitida por un auditor externo, que indique que fueron preparados de acuerdo con el marco contable NIIF	De conformidad con el Pliego de Condiciones, para efectos de acreditar la capacidad financiera, los proponentes deben aportar lo siguiente, en los precisos términos del numeral 4.3: *"El **ANEXO 10A** deberá ser suscrito por: (i) el representante legal del proponente individual o representante legal del Integrante de una Estructura Plural que acredite Capacidad Financiera; y (ii) por el contador público y/o Revisor Fiscal, para las sociedades que se encuentren obligadas por ley."* En virtud de lo anterior, el Pliego no dispuso la obligación de hacer entrega de los estados financieros, en tanto , a través de la información contenida en el Anexo 10, la Entidad debe verificar el cumplimiento de los requisitos de: Patrimonio Neto y capacidad de Endeudamiento En tal sentido, la observación no es procedente, en tanto el observante cuestiona la forma de presentación de un documento, en este caso, los estados financieros, que no son requeridos para la verificación de los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones. En ese sentido, no se encuentra procedente la observación.

<table>
<tr><th>OBSERVANTE</th><th>OBSERVADO</th><th>ASUNTO OBSERVADO</th><th>DESCRIPCIÓN</th><th>RESPUESTA</th></tr>
<tr><td>P4- ESTRUCTURA PLURAL VIALES DEL NORTE</td><td>INFORME DE EVALUACIÓN</td><td>Anexo 17 A- Discapacidad</td><td>Puntaje por Discapacidad.</td><td>El Decreto 392 de 2018 prescribe:

"Articulo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos: 1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda. certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección. 2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el1 %, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación:

<table>
<tr><td>Número total de trabajadores en la planta de personal del proponente</td><td>Número mínimo de trabajadores con discapacidad exigido</td></tr>
<tr><td>Entre 1 y 30</td><td>1</td></tr>
<tr><td>Entre 31 y 100</td><td>2</td></tr>
<tr><td>Entre 101 y 150</td><td>3</td></tr>
<tr><td>Entre 151 y 200</td><td>4</td></tr>
<tr><td>Mas de 200</td><td>5</td></tr>
</table>

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo. si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación."</td></tr>
</table>

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				En virtud de lo anterior es clara la norma al establecer que si el proponente persona jurídica cuenta con revisor fiscal, es a este a quien le corresponde suministrar la información relacionada con el personal en condiciones de discapacidad. Al respecto, se aclara que de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 203 del código de Comercio, las sucursales de compañías extranjeras se encuentran obligadas a tener revisor fiscal y, en este caso, el oferente efectivamente cuenta con Revisor Fiscal, el cual se encuentra registrado en el certificado de matrícula de sucursal extranjera expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y a pesar de esto, el anexo No. 17 A no fue suscrito por este, haciendo caso omiso a lo previsto por la citada disposición. Es importante señalar que la norma es muy clara al establecer que la acreditación de la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal debe ser suministrada por el representante legal o el revisor fiscal según corresponda y los proponentes no se pueden apartar de dicha disposición. En segundo lugar, se advierte que el proponente pretende justificar la no suscripción del Anexo 17 A por parte del revisor en sus funciones y en las facultades con las que cuenta, desconociendo que el artículo 207 del el Código de Comercio, prescribe cuales son las funciones del revisor fiscal, así: *"1) Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;* *2) Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;* *3) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;* *4) Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines*;

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				5) Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título; *6) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;* *7) Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;* *8) Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y* ***9) Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.*** *10) Reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero las operaciones catalogadas como sospechosas en los términos del literal d) del numeral 2 del artículo 102 del Decreto-ley 663 de 1993, cuando las adviertan dentro del giro ordinario de sus labores.* *PARÁGRAFO. En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos*". De acuerdo con la norma señalada, el revisor fiscal debe cumplir con las leyes o los estatutos, y por lo tanto el revisor fiscal del proponente no puede abstraerse de cumplir con lo dispuesto por Decreto 392 de 2018 y en tal sentido no son de recibo las observaciones presentadas por el oferente. Adicionalmente, pretende el oferente que se tenga como válido el anexo 17 A allegado en el traslado de los comentarios previos realizados por la Entidad y suscrito por el Revisor Fiscal, lo cual no es admisible en la medida que, tratándose de un criterio de asignación de puntaje, este no puede ser objeto de subsanación.

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				Al respecto el Pliego de Condiciones dispuso en el numeral 7.2 que: *De conformidad con lo señalado en el parágrafo primero del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la ley 1882 de 2018, la ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al Oferente, no necesarios para la comparación de las Ofertas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia,* ***todos aquellos requisitos de la Oferta que no afecten la asignación de puntaje deberán ser solicitados por la Entidad y deberán ser entregados por los Oferentes hasta el término de traslado del informe de evaluación****. Serán rechazadas las Ofertas de aquellos Oferentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la Entidad hasta el plazo anteriormente señalado"* (negrilla fuera de texto). Resaltamos que el anexo 17 A es un documento que afecta directamente la asignación de puntaje y por tanto no es objeto de subsane. Al respecto, el Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de febrero de 2014, bajo el radicado 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) sostuvo que "con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que "asignan puntaje", de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás". En esta sentencia, la Corporación señaló a manera de ejemplo "*que la falta de certificado de existencia y representación legal, de RUP, de firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc., son requisitos subsanables, porque no otorgan puntaje en la evaluación. En cambio, si el defecto o la ausencia es de un requisito o documento que acredita un aspecto que otorga puntos, por ejemplo, la falta de precio de un ítem, la omisión del plazo de ejecución -si se evalúa-, etc., no son subsanables porque otorgan puntaje*." Mediante sentencia del 12 de noviembre de 2014, Radicado No. 25000-23-26-000-199612809-01 (27.986), el Consejo de Estado precisó que a partir del Decreto 1082 de 2015, en cuanto a la subsanación de ofertas se refiere, tanto las Entidades como los oferentes deben ceñirse por la regla contemplada en el parágrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 que consiste en que lo subsanable o no se determina dependiendo de si el requisito omitido asigna puntaje al oferente y, en consecuencia "*si lo hace no es subsanable, si no lo hace es subsanable; en el último evento la entidad le solicitará al oferente que satisfaga la deficiencia, para poner su oferta en condiciones de ser evaluada, y no*

OBSERVANTE	OBSERVADO	ASUNTO OBSERVADO	DESCRIPCIÓN	RESPUESTA
				importa si se refiere o no a problemas de capacidad o a requisitos cumplidos antes o después de presentadas las ofertas, con la condición de que cuando le pidan la acreditación la satisfagan suficientemente" En virtud de lo anterior la observación no procede y, así las cosas, al proponente no puede otorgársele el puntaje del personal con discapacidad.

Elaborado por: COMITÉ EVALUADOR KONFIRMA S.A.S.