



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20227020019935

20227020019935

Fecha: 06-12-2022

“ Por la cual se resuelve la solicitud de declaratoria de desierta y/o la revocatoria directa del acto de apertura de la licitación pública N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021, y la solicitud de unas pruebas ”

“Por la cual se resuelve la solicitud de declaratoria de desierta y/o la revocatoria directa del acto de apertura de la licitación pública N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021, y la solicitud de unas pruebas”

EL VICEPRESIDENTE DE ESTRUCTURACIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011 y sus Decretos Reglamentarios, el Decreto 1082 de 2015, el Decreto 4165 de noviembre de 2011, modificado por el Decreto 746 del 13 de mayo de 2022, y de acuerdo con lo previsto en Resolución No. 1529 del 8 de noviembre de 2017, el Manual de Contratación de la Entidad, la Resolución de 2022100007275 del 03 de junio de 2022, y la Resolución 1422 del 13 de septiembre de 2022, y,

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE SELECCIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021

Que, desde el 10 de diciembre de 2021, se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I la totalidad de la documentación que soporta el proyecto de pliego de condiciones de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021, bajo la modalidad de Asociación Público Privada, cuyo objeto consiste en *“Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de Asociación Público Privada en los términos de la Ley 1508 de 2012, mediante la cual el Concesionario, por su cuenta y riesgo, lleve a cabo los Estudios y Diseños, Construcción, Financiación, Operación, Mantenimiento y Reversión de Bienes a la Nación, para la “Restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique”*.

Que, dentro del término establecido en el cronograma del proceso, se publicaron en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I y en la página web de la ANI www.ani.gov.co, la matriz de respuestas a las observaciones realizadas al proyecto del pliego de condiciones, a los anexos y apéndices.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.5. del Decreto 1082 de 2015, mediante la Resolución No. 20227030004215 del 25 de marzo de 2022 se ordenó la apertura de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021. En la misma fecha se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I el referido acto administrativo, el pliego de condiciones definitivo, sus apéndices y anexos.

Que, el día 30 de marzo de 2022, la Agencia Nacional de Infraestructura realizó la audiencia de asignación de riesgos y aclaración del pliego de condiciones definitivo, de lo cual se levantó el acta correspondiente, publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I el día 4 de abril de 2022.





Que, en el curso del proceso y en garantía de los principios o postulados de publicidad, contradicción y transparencia, se emitieron respuestas a las observaciones realizadas por los interesados en relación con el pliego de condiciones definitivo, sus apéndices y anexos, todas ellas debidamente consolidadas y publicadas en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I y en la página web de la entidad, el 17 de junio de 2022, el 6 de julio de 2022, el 8 de julio de 2022 y, finalmente, la última matriz de respuestas fue publicada el 12 de julio de 2022.

Que, el 13 de julio de 2022 se llevó a cabo la audiencia pública de Cierre de este proceso de Licitación Pública, acto en el cual se recibió una (1) propuesta, así:

No.	NOMBRE PROPONENTE
1	SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.

Que, el 21 de julio de 2022 se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I y en la página web de la entidad el informe preliminar de verificación de requisitos habilitantes y evaluación de factores de selección de la oferta, cuyo resultado fue el siguiente:

Requisitos habilitantes

PROPUESTAS	Requisitos Jurídicos	Capacidad Financiera	Experiencia En Inversión
1 SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

Factores de selección de la oferta

N°	NOMBRE	OFERTA MANO DE OBRA LOCAL ANEXO 12 90 puntos	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL ANEXO 13 100 puntos	ACREDITACIÓN DE VINCULACIÓN LABORAL DE PERSONAS EN CONDICIONES DE DISCAPACIDAD ANEXO 16 A 10 puntos	OBSERVACIONES
1	SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	90	100	10	SIN OBSERVACIONES

Que, no se realizaron solicitudes de subsane y no se recibieron observaciones al informe preliminar.

Que, el informe de evaluación definitivo fue publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I y en la página web de la Entidad el 4 de agosto de 2022 y arrojó la siguiente información:

Requisitos habilitantes

NOMBRE	CAPACIDAD JURIDICA	ANEXOS DE LA PROPUESTA	SITUACIÓN DE CONTROL	GARANTIA DE SERIEDAD	EXPERIENCIA EN INVERSION	CAPACIDAD FINANCIERA
1 SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	NO APLICA	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE



Factores de selección de la oferta

#	NOMBRE	OFERTA MANO DE OBRA LOCAL Anexo 12 50 puntos	ACREDITACIÓN DE VINCULACIÓN LABORAL DE PERSONAS EN CONDICIONES DE DISCAPACIDAD ANEXO 16 A 10 puntos	APOYO A LA INDUSTRIA NACIONAL Anexo 13 100	PUNTAJE
1	SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.	90	10	100	200

Que, mediante Resolución No. 1100 del 11 de agosto de 2022 publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I, se suspendió la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 a partir del once (11) de agosto de 2022 y hasta el doce (12) de septiembre de 2022, inclusive.

Que, mediante Resolución No. 20227030013965 del 09 de septiembre de 2022 publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I, se prorrogó la suspensión de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 hasta el treinta (30) de septiembre de 2022, inclusive.

Que a la fecha, mediante Resolución No. 20227030015765 del 30 de septiembre de 2022 publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP I, se prorrogó la suspensión de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 hasta tanto sea emitido el fallo de tutela en cuyo trámite se encuentra vigente la medida provisional de suspensión de la licitación pública No VJ-VE-APP-IPB-006-2021, o se decida el levantamiento de esta en la oportunidad procesal correspondiente.

2. DE LA SOLICITUD DEL SEÑOR HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ

Que, el 04 de agosto de 2022, **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ** presentó solicitud de declaratoria desierta y revocatoria directa del acto de apertura de la licitación pública N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021, en los siguientes términos:

“1. Solicitud de declaratoria desierta y/o revocatoria directa del acto de apertura de la licitación. A. La única empresa proponente es la española SACYR, quien tiene serios cuestionamientos e investigaciones en España, donde ya ha recibido multas, la primera por 5.1 millones de euros, y la segunda tan solo hace dos meses por 16.7 millones de euros por cartelización entre los años 1992 hasta el 2017, sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España. La CNMC de España ha remitido la resolución de sanción contra la empresa SACYR a la Junta Consultiva de Contratación Pública para que determine la prohibición de contratar con la administración y también a la Comisión Europea:

IBEX 35 ▲ 0,56% / EUROSTOXX 50 ▲ 1,30% / S&P 500 ▲ 1,56% / EUR X USD ▲ 0,010% / PETROLEO BRENT ▲ 0,217%

CincoDías EL PAÍS ECONOMÍA

Compañías Mercados Economía Mi Dinero Fortuna / Cotizaciones f t in

Compañías

INFRAESTRUCTURAS

La CNMC multa a ACS, Acciona, FCC, Ferrovial, Sacyr y OHLA con 203 millones

J.F. MAGARIÑO

- Acusa a las seis grandes constructoras de alterar entre 1992 y 2017 la competencia en licitaciones de obra civil; ACS y Ferrovial anuncian recursos

(https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/07/companias/1657177169_434069.html)



Economía Actualidad económica Consumistas Macroeconomía Empresas Vivienda Innovadores Más +

CÁRTEL · Por alterar licitaciones de Fomento

La CNMC multa a 12 empresas con 61 millones, entre ellas Acciona, ACS, OHL, Sacyr, Ferrovial y FCC

EL MUNDO Madrid Actualizado Viernes, 20 agosto 2021 - 10:15

Competencia prueba que "alteraron" licitaciones de Fomento en la red de carreteras y activa la prohibición de que contraten con la Administración

El director de El Mundo selecciona las noticias de mayor interés para ti.

Recibir Newsletter

(<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2021/08/20/611f641121efa05e0d8b4574.html>)

- La empresa SACYR se le adelanta un proceso de responsabilidad fiscal por \$23.308 millones de pesos por la Contraloría General de República por la pésima ejecución y sobre costos del contrato de obra No. 285 del 27 de diciembre de 2013 con el Fondo de Adaptación, para construcción del puente Hisgaura en Santander; la Contraloría General hizo un resumen de todas las irregularidades encontradas en su comunicado de prensa No. 091 del 13 de julio de 2022. (<https://www.contraloria.gov.co/es/w/contralor%C3%ADa-abri%C3%B3-proceso-de-responsabilidad-fiscal-por-23.308-millones-por-deficiencias-y-da%C3%B1os-en-la-construcci%C3%B3n-del-puente-hisgaura>)
- El proyecto no cuenta con una licencia ambiental, cuando un proyecto de esta magnitud debería tener un plan o licenciamiento ambiental, el ANLA inicialmente ordeno realizar un estudio de impacto ambiental para tramitar la respectiva licencia y posteriormente reverso su decisión. Lo que existe solo es un plan hidrosedimentológico.
- No se le dio cumplimiento a la Ley 70 de 1993 que obliga a las consultas previas a las minorías étnicas impactadas por este macro proyecto donde se encuentran aproximadamente 45 consejo comunitarios de negritudes, y solo se hicieron 16 consultas previas, cuando se debieron realizar 50 consultas previas. Tampoco se cumplió con la socialización del proyecto a todas las comunidades, solo se hicieron 2 socializaciones sin intervención de las comunidades, y solo mostraron el proyecto a los inversionistas.
- En el marco del Open International de Ingeniería organizada por la Sociedad Santandereana de Ingenieros que se realiza en la ciudad de Bucaramanga, el panel técnico denominado "Realidad técnica y prospectiva de la navegación por el río Magdalena" evidencio deficiencias de la licitación de la ANI para restaurar los ecosistemas del Canal del Dique, conclusiones que fueron puestas en conocimiento del presidente de la república Iván Duque Márquez en el día de hoy 03 de agosto, y dentro de los puntos más importantes manifestaron:

"Las obras proyectadas, al contrario de optimizarla, dificulta la navegación por el canal, tanto para los pescadores artesanales de la zona como para los navieros profesionales, además, genera demasiadas dudas sobre su eficacia para prevenir la eventuales inundaciones periódicas de la zona.

La forma de operar esclusas, compuertas, diques, válvulas y demás mecanismos propuestos no está definida en el proyecto, lo que significa un grave riesgo para el ecosistema que se pretende proteger.

Los contratos de concesión tienen razón cuando el concesionario hace una inversión de largo plazo en el proyecto. En este caso, prácticamente toda [sic] inversión sería hecha por la Nación con vigencias futuras del presupuesto nacional, lo que da sentido a uno o varios contratos de obra, pero no a una concesión.

No se puede hacer ninguna estimación seria del costo del proyecto para la Nación con base en unos diseños que no forman parte de los pliegos de la licitación que podrán ser modificados por el concesionario, lo que va contra el principio de economía en la contratación consagrado en la ley y la evaluación de una sola oferta va en contra del principio de pluralidad. Recomendamos revisar las consideraciones de objetivos técnicos y ambientales, diseño, financiación, inversiones, costos y riesgos, antes de seguir adelante con ese proyecto.”

Consideraciones jurídicas

Ahora bien, la sentencia del 26 de noviembre de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado, Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado 760012331000199801093 01, dispuso lo siguiente:

«(...) Ahora bien, el acto administrativo de apertura del proceso de selección agota sus efectos, por regla general, con el acto que decide la actuación administrativa, es decir, con el acto que adjudica o el que declara desierto el proceso de selección.

Sin embargo, es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la revocatoria directa, es decir, a través de la expedición otro acto administrativo en sentido opuesto.

Vista de manera general, la revocatoria directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les “... permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad ...”, del interés público o de derechos fundamentales

(...)

Todo lo anterior significaría, en principio, que el acto administrativo de apertura del proceso de selección se podría revocar sin necesidad de agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A., por tratarse de un acto administrativo de carácter general; sin embargo, ocurre que este acto administrativo goza de algunas particularidades que no pueden pasar desapercibidas y que, por lo mismo, se deben tener en cuenta al momento de pensar en la revocatoria directa.

En efecto, el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitud que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones, los cuales, a su turno, deben estar concebidos con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y la ley, de tal suerte que, si bien el acto de apertura del proceso de selección, al igual que la policitud (artículo 847 del C. de Co), en principio, no obliga, ni crea, ni modifica situaciones jurídicas particulares y concretas, una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar, de manera que, a partir de ese momento, para revocar el acto administrativo de apertura, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y



restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad Pero, si la revocatoria directa se presenta porque fuere evidente que el acto de apertura "...ocurrió por medios ilegales" (inciso segundo, artículo 73 del C.C.A.) , resulta indudable que la administración puede dejarlo sin efectos, directamente, sin necesidad de pedir el consentimiento de quienes puedan resultar afectados por la decisión, pues no tendría sentido que la administración quedara atada por un acto que ha surgido de forma "manifiestamente" ilícita, por el hecho de que el particular se oponga a que la decisión administrativa sea retirada del ordenamiento jurídico.

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

En ese sentido, lo puede hacer discrecionalmente hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 28 del C.C.A. y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones. En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A. (que el acto haya ocurrido "por medios ilegales"), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes.

Con base en lo anterior, solicito la revocatoria directa del acto de apertura de LICITACIÓN PÚBLICA N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021, de conformidad con los artículos 93, 94, 95, 96 y 97 de la Ley 1437 de 2011, que citamos a continuación:

REVOCACIÓN DIRECTA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

ARTÍCULO 93. CAUSALES DE REVOCACIÓN. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.
2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.
3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

ARTÍCULO 94. IMPROCEDENCIA. La revocación directa de los actos administrativos a solicitud de parte no procederá por la causal del numeral 1 del artículo anterior, cuando el peticionario haya interpuesto los recursos de que dichos actos sean susceptibles, ni en relación con los cuales haya operado la caducidad para su control judicial.

ARTÍCULO 95. OPORTUNIDAD. La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.

Las solicitudes de revocación directa deberán ser resueltas por la autoridad competente dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación de la solicitud.

Contra la decisión que resuelve la solicitud de revocación directa no procede recurso.

PARÁGRAFO. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades



Documento firmado digitalmente



demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

ARTÍCULO 96. EFECTOS. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para demandar el acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.

ARTÍCULO 97. REVOCACIÓN DE ACTOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.”

Sobre el anterior punto, existe el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente Álvaro Namèn Vargas, Radicado número: 11001-03-06-000-2017-00098-00(2346) del 15 de agosto del 2017, que dice:

“(ii) cuando pueda demostrarse que la adjudicación “se obtuvo por medios ilegales”. Vale la pena recordar que en los conceptos 2260 y 2264 de 2015, la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó que uno de los casos en los que podría afirmarse que la adjudicación del contrato estatal se obtuvo por “medios ilegales”, es cuando el adjudicatario haya ocultado dolosamente algún hecho o circunstancia que configure una inhabilidad o incompatibilidad para contratar, al momento de la adjudicación, ya sea por haberse abstenido de suministrar oportunamente la información pertinente a la entidad pública, o bien por haberle entregado información o documentos falsos, inexactos o incompletos”.

Finalmente, es viable concluir que el acto de apertura y todo el Proceso de selección de la LICITACIÓN PÚBLICA N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021 es contrario al interés público, es manifiestamente contrario a la Constitución y la Ley y causa agravio injustificado a muchas personas, ya que de finalizarse dicho proceso se podría generar un detrimento patrimonial a la Nación, razón por la cual se debe revocar contra el acto de apertura, actos de prefactibilidad y factibilidad del proceso en mención, de conformidad con las causales 1, 2 y 3 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011.

Solicitud de pruebas

1. Se solicita que la Agencia Nacional de Infraestructura pida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España copia de todos los expedientes, expedientes de investigaciones y las resoluciones de sanción contra la empresa SACYR, y en qué estado se encuentra la solicitud de prohibición de contratación con la administración remitida por la CNMC a la Junta Consultiva de Contratación Pública en España y a la Comisión Europea.



Documento firmado digitalmente



2. Solicitar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España si las multas impuesta a la empresa SACYR por casi 21.8 millones de euros ya fueron canceladas o si existen algunas medidas cautelares o de embargo.
3. Solicitar a la Contraloría General de República de Colombia en qué estado se encuentra el proceso fiscal que se adelanta contra la empresa SACYR por 23.308 millones de pesos, y si existen medidas cautelares o embargos contra la empresa SACYR por estos hechos. "

Que, en atención a lo solicitado, la Agencia Nacional de Infraestructura procede a dar respuesta en los siguientes términos:

3. SOBRE LAS DE PRUEBAS SOLICITADAS

3.1 DE LA SOLICITUD DE PRUEBAS

1. Se solicita que la Agencia Nacional de Infraestructura pida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España copia de todos los expedientes, expedientes de investigaciones y las resoluciones de sanción contra la empresa SACYR, y en qué estado se encuentra la solicitud de prohibición de contratación con la administración remitida por la CNMC a la Junta Consultiva de Contratación Pública en España y a la Comisión Europea. Solicitar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España si las multas impuesta a la empresa SACYR por casi 21.8 millones de euros ya fueron canceladas o si existen algunas medidas cautelares o de embargo.
2. Solicitar a la Contraloría General de República de Colombia en qué estado se encuentra el proceso fiscal que se adelanta contra la empresa SACYR por 23.308 millones de pesos, y si existen medidas cautelares o embargos contra la empresa SACYR por estos hechos. "

3.2 ANALISIS DE LA SOLICITUD PROBATORIA:

3.2.1 PRINCIPIO CARGA DE LA PRUEBA

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

"Ahora bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia nacional en materia de la carga de la prueba, para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación; pues ninguna de las partes goza de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la demandante, debe anotarse que quien presenta el libelo demandatorio sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, conoce de la necesidad de que así sea, más aún tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

Sobre la carga de la prueba esta Corporación explicó (Sentencia de diciembre 4 de 2006. Exp. 16.188. CP. Mauricio Fajardo Gómez): "En procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los



Documento firmado digitalmente





artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado..."¹.

Resulta pertinente relacionar no solo la normatividad si no también la jurisprudencia que soporta la misma y que en materia administrativa y civil rige lo pertinente al tema de la prueba. Así entonces, se tiene que por un lado el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 establece:

"Pruebas. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil".

Por otro lado, el artículo 167 Carga de la prueba del Código General del Proceso establece:

"ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. (...)." (Subrayado fuera del texto original).

La doctrina también ha considerado que:

*"Los autores modernos de derecho probatorio resaltan el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar probanzas que preste algún servicio en el proceso para la convicción del juez de tal manera que, si una prueba que se pretenda aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél"*².

3.2.2 IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA

Respecto de la solicitud de las pruebas enunciadas, si bien en principio las pruebas solicitadas parecen pertinentes, la Entidad no accederá a dicha solicitud, en tanto se tratan de unas pruebas que pudieron ser aportadas por el peticionario, mediante un derecho de petición dirigido a la Contraloría General de República de Colombia y a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España.

En efecto, a partir de lo previsto en el numeral 10 del artículo 78 del Código General del Proceso, los apoderados no deben solicitar pruebas documentales que pudieron haber obtenido mediante derecho de petición:

"ARTÍCULO 78. DEBERES DE LAS PARTES Y SUS APODERADOS. Son deberes de las partes y sus apoderados: (...)

10. Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir."

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 09 de mayo de 2011, expediente No. 18048. CP. Enrique Gil Botero.

² PARRA QUIJANO. Ob. cit. Página 148.



Adicionalmente el artículo 173 de la misma codificación, establece que el Juez no debe ordenar la práctica de pruebas que la parte que solicite, hubiese podido obtener mediante derecho de petición:

“El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.”

La entidad aclara que, en este caso, quien tiene el deber de allegar las pruebas con las que pretende soportar la solicitud es el peticionario.

Por lo expuesto en el presente caso, el peticionario no cumple con el principio de carga de la prueba y no acreditó que le hubieran negado la petición para producción de prueba documental por lo que se negará la solicitud probatoria. Por lo anterior y por no cumplir con la carga de la prueba se niega la solicitud probatoria del peticionario.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA

En el presente capítulo, la ANI procederá a dar respuesta, uno por uno, a los fundamentos de hecho presentados en las consideraciones de la presente Resolución, de la siguiente manera:

- A. **La única empresa proponente es la española SACYR, quien tiene serios cuestionamientos e investigaciones en España, donde ya ha recibido multas, la primera por 5.1 millones de euros, y la segunda tan solo hace dos meses por 16.7 millones de euros por cartelización entre los años 1992 hasta el 2017, sanción impuesta por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España.**

La CNMC de España ha remitido la resolución de sanción contra la empresa SACYR a la Junta Consultiva de Contratación Pública para que determine la prohibición de contratar con la administración y también a la Comisión Europea:

IBEX 35 ▲ 0,56% / EUROSTOXX 50 ▲ 1,30% / S&P 500 ▲ 1,56% / EUR X USD ▲ 0,010% / PETROLEO BRENT ▲ 0,217%

CincoDías EL PAÍS ECONOMÍA

Compañías Mercados Economía Mi Dinero Fortuna / Cotizaciones f t in

Compañías

INFRAESTRUCTURAS

La CNMC multa a ACS, Acciona, FCC, Ferrovial, Sacyr y OHLA con 203 millones

J.F. MAGARIÑO

- Acusa a las seis grandes constructoras de alterar entre 1992 y 2017 la competencia en licitaciones de obra civil; ACS y Ferrovial anuncian recursos

(https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/07/07/companias/1657177169_434069.html)



Economía Actualidad económica Consumistas Macroeconomía Empresas Vivienda INnovadores Más +

CÁRTEL · Por alterar licitaciones de Fomento

La CNMC multa a 12 empresas con 61 millones, entre ellas Acciona, ACS, OHL, Sacyr, Ferrovial y FCC

EL MUNDO Madrid

Actualizado Viernes, 20 agosto 2021 - 10:15

Ver 27 comentarios

Competencia prueba que "alteraron" licitaciones de Fomento en la red de carreteras y activa la prohibición de que contraten con la Administración

El director de El Mundo selecciona las noticias de mayor interés para ti.

Recibir Newsletter

(https://www.elmundo.es/economia/empresas/2021/08/20/611f641121efa05_e0d8b4574.html)

B. La empresa SACYR se le adelanta un proceso de responsabilidad fiscal por \$23.308 millones de pesos por la Contraloría General de República por la pésima ejecución y sobre costos del contrato de obra No. 285 del 27 de diciembre de 2013 con el Fondo de Adaptación, para construcción del puente Hisgaura en Santander; la Contraloría General hizo un resumen de todas las irregularidades encontradas en su comunicado de prensa No. 091 del 13 de julio de 2022. (<https://www.contraloria.gov.co/es/w/contralor%C3%ADa-abri%C3%B3-proceso-de-responsabilidad-fiscal-por-23.308-millones-por-deficiencias-y-da%C3%B1os-en-la-construcci%C3%B3n-del-puente-hisgaura>)

En aras de dar respuesta, es necesario empezar indicando que, en virtud del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, donde se regula la selección objetiva en la contratación pública, la ANI, en sus procesos de selección, está en la obligación legal de evaluar sus ofertas "sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

En ese mismo sentido, esta norma establece que los factores de escogencia y evaluación deben seguir los siguientes criterios:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.
2. "Modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011." La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.
3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.



4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. "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 proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.

Durante el término otorgado para subsanar las ofertas, los proponentes no podrán acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

PARÁGRAFO 3o. La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.

PARÁGRAFO 4o. En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 5o. En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.

A juicio de la Entidad, de la lectura de la norma, es claro que la evaluación de una posible investigación que cursa en cabeza de algún órgano de control no encaja en los criterios de evaluación que ella trae y, en esa medida, llevar a cabo eventuales análisis en ese sentido sería contrario al principio de selección objetiva, entonces no existe en el ordenamiento legal colombiano criterio alguno que permita desarrollar dichos análisis en un contexto libre de subjetividad.

En otras palabras, la ausencia de una regla que permita llevar a cabo este tipo de juicios impide que los mismos puedan hacerse en cumplimiento del principio que aquí se ha mencionado y se terminaría irremediablemente haciendo una valoración meramente subjetiva de las Ofertas.

Por otro lado, el principio de transparencia que rige la contratación pública, desarrollado en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece, para los pliegos de condiciones, lo siguiente:

"En los pliegos de condiciones

- a) *Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*
- b) *Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.*
(...)
- e) *Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad."*

La norma citada es clara al establecer que los pliegos de condiciones deben contener requisitos objetivos, con reglas claras, objetivas y justas para su aplicación y observancia por parte de los interesados y que aseguren la selección objetiva. Por esa razón, aquellos criterios que puedan entenderse como subjetivos, que no estén relacionados



directamente con el objeto del proceso de selección o que, en suma, no sean claros y completos, no pueden incluirse dentro de las reglas de sus pliegos.

De acuerdo con lo anterior, la eventual inclusión de una regla para evaluar posibles efectos reputacionales o sobre una persona jurídica distinta a la que presentó la Oferta en el marco de la licitación sería contraria a dichos requisitos de la norma en materia de la aplicación del principio de transparencia en los pliegos de condiciones. Por esta razón, la situación mencionada en la comunicación no es un aspecto de análisis en la evaluación de los procesos de selección del asunto, al no encontrarse establecido en los pliegos de condiciones ni en la normativa vigente aplicable a la materia.

Esto es así, entre otras cosas, porque la entidad, al elaborar sus pliegos de condiciones, está sujeta estrictamente a las disposiciones normativas que regulan el contenido de estos. De otro lado, si bien la controlante del oferente fue objeto una sanción en una jurisdicción diferente a la colombiana, los efectos de dicha sanción no pueden hacerse extensivos de forma automática a la sociedad controlada, ni puede asumirse que afectarán la financiación de un proyecto, ni la relación de esta con posibles financiadores o prestamistas.

C. El proyecto no cuenta con una licencia ambiental, cuando un proyecto de esta magnitud debería tener un plan o licenciamiento ambiental, el ANLA inicialmente ordeno realizar un estudio de impacto ambiental para tramitar la respectiva licencia y posteriormente reverso su decisión. Lo que existe solo es un plan hidrosedimentológico.

Con relación a la no necesidad de contar con licencia ambiental la Agencia Nacional de Infraestructura se permite realizar las siguientes precisiones:

Con base en los documentos técnicos elaborados por el consultor técnico contratado por el Fondo Adaptación, la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena - CORMAGDALENA presentó ante la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA el documento "Plan Hidrosedimentológico Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique", mediante oficios con radicaciones 2016078796-1-000 del 29 de noviembre de 2016 y 2017008568-1-000 del 7 de febrero de 2017, en cumplimiento de los requerimientos establecidos en la Resolución 2749 del 30 de diciembre de 2010.

La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA, mediante Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017, aceptó el documento presentado por CORMAGDALENA, "Evaluación Plan Hidrosedimentológico "Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique", y requirió presentar Estudio de Impacto Ambiental de acuerdo con los términos de referencia específicos emitidos por esa Autoridad, teniendo en cuenta que de acuerdo con la información presentada en dicho proyecto, se afectarían áreas de Parques Nacionales Naturales.

Posteriormente, CORMAGDALENA presentó ante la ANLA la solicitud de revocatoria directa contra el párrafo del artículo primero de la Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017 y los demás apartes de dicha Resolución consecuenciales al mismo, en los que se hacía referencia a la necesidad de realizar el trámite de licencia ambiental, con base en diversas consideraciones técnicas y jurídicas. Estas consideraciones fueron consultadas por la ANLA con Parques Nacionales Naturales de Colombia y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Con base en las respuestas de estas últimas entidades, la ANLA profirió la Resolución No. 832 del 5 de junio de 2018, por medio de la cual concluyó que resultaba procedente revocar el párrafo del artículo primero, así como los artículos segundo y tercero de la Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017 con sus párrafos, los cuales exigían para la ejecución de la propuesta de CORMAGDALENA, la solicitud de licencia ambiental conforme a lo establecido en el Decreto 1076 de 2015.

En el año 2020, mediante el oficio con radicación ANLA 2020043359-1-000 del 19 de marzo de 2020, con el asunto "Solicitud de aclaración del procedimiento para el seguimiento y control ambiental al Plan de Restauración Ambiental de los Ecosistemas Degradados del Canal del Dique", CORMAGDALENA solicitó a la ANLA aclarar si el Plan de Manejo Hidrosedimentológico del Canal del Dique, a la luz de las normas aplicables, tiene la connotación de instrumento de seguimiento y control ambiental del proyecto. En respuesta a dicha solicitud la ANLA, en comunicación dirigida a CORMAGDALENA con fecha de 16 de abril de 2020 y número de radicado 2020058608-2-000, aclaró que el Plan Hidrosedimentológico del Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique hace parte del instrumento de manejo y control ambiental denominado Plan de Restauración Ambiental de los Ecosistemas Degradados del Canal del Dique.



Asimismo, en el oficio con radicado 2021281630-2-000 del 24 de diciembre de 2021, emitido por la oficina asesora jurídica y la subdirección de seguimiento de licencias ambientales de la ANLA, dirigido a la Procuraduría delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, se señaló expresamente por la autoridad ambiental que el referido Plan de Restauración Ambiental es un instrumento de manejo y control ambiental, del cual hace parte integrante el Plan Hidrosedimentológico aceptado por ANLA mediante la Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017, modificada por la Resolución 832 del 5 de junio de 2018, y se reitera por la autoridad ambiental que para la ejecución de las obras del Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique no se requerirá adelantar el trámite de licenciamiento ambiental. El oficio citado concluyó lo siguiente:

“Conclusión

Una vez analizados en su integralidad los antecedentes, actuaciones y decisiones adoptadas en el marco del Plan de Restauración Ambiental de los ecosistemas degradados del área de influencia del Canal del Dique, se advierte por parte de esta Autoridad que dicho Plan siempre ha tenido el tratamiento de instrumento de manejo y control ambiental, el cual fue exigido por el entonces Ministerio de Ambiente en el marco de las competencias establecidas en la Ley 99 de 1993, instrumento que goza de las mismas condiciones de una autorización ambiental para llevar a cabo las diferentes obras y actividades necesarias en aras de disminuir la sedimentación en los cuerpos de agua para mitigar los daños ambientales y garantizar que las diferentes actividades productivas en la zona del Canal del Dique se inscriban dentro del concepto del desarrollo humano sostenible.

En ese sentido, desde que se exigió la presentación del referido Plan, como los diferentes complementos requeridos por el Ministerio frente a la información presentada por CORMAGDALENA para llevar a cabo las obras y actividades enmarcadas en dicho plan, es claro que la respuesta presentada mediante los radicados ANLA 2016078796-1-00 del 29 de noviembre de 2016 y 2017008568-1-00 6 de febrero de 2017, estaba relacionada con los diseños detallados de una alternativa dentro del “Plan de restauración y recuperación de los ecosistemas degradados del Canal del Dique”, incluyendo los sistemas de manejo hidrosedimentológico del canal del Dique, como fue solicitado en la resolución 2749 del 30 de diciembre de 2010; es decir, las obras y actividades allí presentadas, y como se ha expuesto, siempre han hecho parte de la evaluación realizada por parte del Ministerio de Ambiente en el marco del Plan de Restauración establecido mediante Resolución 342 de 2004. (...)

Por lo anterior, la alternativa, incluyendo la totalidad de obras y actividades, presentada mediante el documento aceptado por esta Autoridad a través de la Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017 y modificada por la resolución 832 del 5 de junio de 2018, hace parte integral del Plan de restauración y recuperación de los ecosistemas degradados del canal del Dique, este último, bajo la misma categoría de un instrumento de control y manejo ambiental, y en ese sentido, queda sujeto a las mismas condiciones, obligaciones y requisitos contenidos en la Resolución 260 del 31 de marzo de 1997 y sus modificaciones, las cuales se presumen legales, y por lo tanto conserva el régimen de transición en atención a las consideraciones de hecho y de derecho consignadas en dicha resolución, y que fueron expuestas en el presente documento, ratificado en cada uno de los actos administrativos proferidos por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Finalmente, y como fue expuesto, teniendo en cuenta que los diseños definitivos propuestos en la alternativa aceptada por esta Autoridad no se desarrollarán al interior de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales o en las zonas amortiguadoras como lo exigen los literales a) y b) del artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, y como lo prescribe el artículo 2.2.2.3.2.1. del mismo decreto, el cual indica que estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3, asimismo, las autoridades ambientales no podrán establecer o imponer planes de manejo ambiental para proyectos diferentes a los establecidos en el presente decreto o como resultado de la aplicación del régimen de transición. Por lo tanto, bajo las circunstancias allí expuestas, esta Autoridad mantiene su posición frente a lo resuelto a través de la Resolución 832 del 5 de junio de 2018, por la cual resolvió revocar el párrafo del artículo primero, el artículo segundo y párrafo, artículo tercero y párrafo respectivamente de la Resolución 1659 del 19 de diciembre de 2017, y en ese sentido, para la ejecución de dichas obras no se requerirá adelantar trámite de licenciamiento ambiental”. (Subrayas fuera del texto original).

Conforme con lo anterior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA ha ratificado que el Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique cuenta con un instrumento de manejo y control



ambiental, por lo tanto, para la ejecución de dicho proyecto, a la fecha y según el pronunciamiento dado por la autoridad ambiental, no se requiere adelantar el trámite de licenciamiento ambiental.

D. No se le dio cumplimiento a la Ley 70 de 1993 que obliga a las consultas previas a las minorías étnicas impactadas por este macro proyecto donde se encuentran aproximadamente 45 consejo comunitarios de negritudes, y solo se hicieron 16 consultas previas, cuando se debieron realizar 50 consultas previas. Tampoco se cumplió con la socialización del proyecto a todas las comunidades, solo se hicieron 2 socializaciones sin intervención de las comunidades, y solo mostraron el proyecto a los inversionistas.

Frente a su inquietud respecto de los procesos consultivos adelantados, esta Agencia se permite informar que dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 1682 de 2013 que dispone:

“(…) a partir del tercer año siguiente a la promulgación de la ley, como requisito previo a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, la entidad pública estará obligada a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental competente con base en estudios de prefactibilidad, haber culminado los Estudios de Factibilidad y haber concluido el proceso de consulta previa con la respectiva comunidad hasta su protocolización, si procede la misma.”. (Negrilla fuera del texto)

Con fundamento en este mandato legal, y atendiendo las competencias dadas al Ministerio del Interior - Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa (DANCP)-, la ANI solicitó certificar sobre la procedencia o no de la consulta previa con comunidades étnicas en el área de influencia del Proyecto, resolviéndose, inicialmente, la procedencia de la consulta previa con trece (13) consejos comunitarios de comunidades negras y una (1) comunidad indígena, para un total de catorce (14) comunidades étnicas sujetas del derecho del mecanismo de participación de la consulta previa. Adicionalmente, y en virtud de dos fallos de tutela proferidos en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, respectivamente, esta Agencia debió garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas La Pista y Pasacaballos; lo que implicó adelantar un total del dieciséis (16) consultas previas.

Dentro de las etapas del proceso consultivo, de conformidad con la Directiva Presidencial Número 10 de 2013 y Número 08 de 2020, se desarrollaron las etapas de Preconsulta; Consulta Previa Taller de Identificación de Impacto y Formulación de Medidas de Manejo; Taller de Formulación de Acuerdos y Protocolización), estando actualmente a la espera de iniciar la siguiente etapa que corresponde al Seguimiento de los Acuerdos de Consulta de Previa, cuyo cumplimiento dará inicio una vez empiece la Fase de Preconstrucción del Contrato de Concesión.

Es de destacar que para estos procesos consultivos se ha convocado a las entidades de control como Defensoría del Pueblo, Procuraduría, entre otras entidades regionales, lo cual está soportado en el convenio 169 de la OIT/Ley 21 de 1991, que en su artículo 6o establece el deber de los Estados de garantizar a las comunidades étnicas el acceso a los mecanismos generales de participación ciudadana y un deber específico, autónomo y concreto de consulta previa a dichas comunidades, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*, consultas estas que *“deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*.

Se aclara al solicitante que se tienen plenamente identificados la población y los grupos de intereses que se encuentran debidamente reconocidos como comunidades étnicas que el proyecto afectará. En ese sentido, mediante Resolución No. 567 del 6 julio de 2020, el Ministerio del Interior dispuso adelantar catorce (14) consultas previas. Posteriormente, mediante Resolución No. 413 del 20 mayo de 2021, el Ministerio del Interior adiciona una (1) nueva consulta previa incorporando así a la comunidad Cabildo Menor Indígena Zenú de Pasacaballos. Finalmente, por sentencia del 5 de marzo de 2021, el Tribunal Superior de Cartagena ordena la incorporación de una (1) nueva consulta previa con la Comunidad Indígena Zenú la Pista. En ese sentido, en el proyecto se realizaron un total de dieciséis (16) consultas previas, con cada una de las comunidades afrodescendientes, indígenas y consejos comunitarios indicados por la autoridad estatal competente (la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior) y por sentencias judiciales, con lo cual se realizó el proceso de Consulta Previa de cada una de ellas y solamente cuando se protocolizaron la totalidad de consultas, se dio apertura el proceso de selección, dando cumplimiento así a lo establecido en las normas aplicables al proyecto, en especial el inciso sexto del artículo 39 de la Ley 1682 de 2013.7



Con respecto a su solicitud en materia de cumplimiento de los procesos de socialización del Proyecto, la Agencia Nacional de Infraestructura le informa que se han venido realizando reuniones de socialización con la participación de actores de la región, lo cual incluye a comunidades que se encuentran en el ámbito territorial del proyecto. Así mismo, se han atendido solicitudes de otros actores como agremiaciones, las cuales se describen a continuación:

- En el desarrollo de los estudios y diseños del proyecto, base de la estructuración del proyecto de APP *Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique* - elaborados por el Consorcio Dique (conformado por las empresas Royal Haskoning DHV y Gómez Cajiao), a través del contrato No. 134-2013, suscrito entre el Fondo Adaptación y Consorcio Dique, se adelantaron talleres de seguimiento municipal (más de 100 reuniones en total), con la participación de instituciones del orden territorial y comunidades, dentro del abordaje de la gestión social participativa del proyecto a lo largo del área de influencia del mismo. Estas actividades que se desarrollaron previamente a la definición de las obras recomendadas en los estudios y diseños para luego elaborar los diseños de las mismas.

Como resultado, se integraron los saberes de las comunidades en el plan de manejo ambiental micro y plan de manejo ambiental macro y, como complemento, las comunidades integraron todo el proceso de intercambio de saberes en un Cuaderno de Trabajo, el cual en la actualidad hace parte de su construcción de conocimiento local.

El Cuaderno de Trabajo evidencia la participación de las comunidades a lo largo de los cinco (5) ciclos de participación realizados en esta fase que contemplaron: a). Mapa de actores y conflictos, b). Línea de tiempo y prospectiva social, socialización de alternativas de obras propuestas, identificación y ponderación de criterios relacionados, socialización alternativa recomendada, sus impactos y la percepción de actores locales y la definición participativa de acciones para el Plan de Manejo del Sistema Canal del Dique. Talleres que enriquecieron la información compilada por el Consorcio Dique a lo largo del estudio.

Gracias a la realización de estos talleres, como bien se describieron anteriormente, desde 2013 y hasta el 2016, se mejoraron los procesos, los conocimientos, la valoración y la apropiación del proyecto para la Restauración del Canal del Dique por parte de las comunidades a lo largo de 30 meses de gestión participativa, adelantada por el Fondo Adaptación, a través de la ejecución de los estudios y diseños por parte de Consorcio Dique. Las evidencias de las socializaciones se encuentran contenidas en el informe final Cuadernos de Trabajo de septiembre de 2016 publicado en el cuarto de datos del Proceso de Selección.

La información de la gestión social del Proyecto, así como los demás productos técnicos de la consultoría contratada por el Fondo Adaptación, fue aportada a la estructuración integral del Proyecto, en el marco de las obligaciones establecidas en el convenio tripartito número 005, 003 y 001 de 2019, que tiene por objeto "(...) *unir esfuerzos técnicos, administrativos, sociales, ambientales, contables, jurídicos, financieros y en la valoración de riesgos*" suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del río Grande de la Magdalena - Cormagdalena, el Fondo Adaptación y la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI."

- En el marco de la estructuración del proyecto *Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique*, se realizaron las siguientes reuniones:

Calamar (Bolívar)	Socialización Fase II: Proyecto Canal del Dique, en el marco del proceso formativo de los comités de comunicadores populares.	13 de noviembre de 2019	Casa de la Cultura Calamar	Líderes de comunidades: Santa Lucía, San Cristóbal, Higuieretal, Manatí, Las Compuertas, Repelón, Arroyo Hondo, Campo de la Cruz, Calamar y Hato Viejo.
Arjona (Bolívar)	Socialización Fase II. Proyecto Canal del Dique, en el marco del proceso formativo de los comités de comunicadores populares.	14 de noviembre de 2019	Centro de Convivencia Arjona	Líderes de comunidades: Puerto Badel, Gambote, Rocha, Mahates, Gamero, Evitar, Soplaviento y Las Piedras.
Bogotá (Cundinamarca)	Mesa de pesca (Mesa N.º 8), Instancia de diálogo, dignidades agropecuarias:	19 de julio de 2021	Hotel Tryp Bogotá	Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), Cormagdalena, Vicepresidencia



Documento firmado digitalmente



	Mesa de trabajo con las organizaciones de pescadores artesanales frente al proyecto de ley que declara al Canal del Dique como hidrovía.			Ministerio de Agricultura Instituto Alexander Von Humboldt, Ministerio de Transporte, ANI.
Canal del Dique, desde Cartagena hasta Calamar (Bolívar)	Expedición vial del Caribe 2021: Travesía desde Cartagena hasta Calamar (Bolívar), a través del Canal del Dique, Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022: Pacto en Colombia, Pacto por equidad, que impulsará el turismo y garantizará la navegabilidad por el mismo.	3 de diciembre de 2021	Canal del Dique, desde Cartagena hasta Calamar (Bolívar).	Sociedad de Ingenieros y Arquitectos De Bolívar (SIAB), Fondo Adaptación.

7. El nuevo gobierno a partir del 7 de agosto de 2022, con el liderazgo del Ministerio de Transporte y la participación de la ANI, ha adelantado reuniones con diferentes actores del proyecto; entre estos, se llevó a cabo una reunión en Cartagena el día 19 de agosto del presente año en el marco del Comité Técnico de seguimiento que adelanta la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias. En este espacio escucharon a todos los participantes e interesados en el proyecto, para que la Agencia en coordinación con la Comisión Accidental tome las decisiones sobre el mismo.

Es importante mencionar que el día 26 de agosto de la presente anualidad, el Ministro de Transporte, Guillermo Francisco Reyes González y el presidente de la ANI, William Camargo Triana, atendieron la convocatoria realizada por la Comisión Accidental del Canal del Dique integrada por los miembros de la Cámara de Representantes y el Senado con el propósito de escuchar y dialogar con las diferentes comunidades que serán impactadas con el megaproyecto del Canal del Dique; al respecto se contó con la participación de la comunidad de cinco departamentos (Atlántico, Bolívar, Magdalena, Córdoba y Sucre) representadas en 49 intervinientes de diferentes asociaciones. Adicionalmente, se contó con un alto número de congresistas, la Ministra de Medio ambiente, el Director de la UNGRD, Oficina de Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en representación del Gobierno Nacional y delegados de la Contraloría General de la República y Procuraduría General de la Nación.

Aunado a lo anterior, la Entidad ha venido avanzando en las mesas de diálogo y concertación con poblaciones de los departamentos de Atlántico, Bolívar y Sucre, donde tiene influencia el Proyecto. En estos espacios se ha dado a conocer detalles de la APP, pero también se han recibido inquietudes y propuestas que las comunidades tienen sobre el Proyecto.

Se han realizado las siguientes socializaciones:

- a. 6 de septiembre de 2022:
Suán, Atlántico a las 8:30 a.m. Cartagena, Bolívar a las 2:00 p.m.
- b. 7 de septiembre de 2022:- San Onofre, Sucre a las 9.00 a.m.
- c. - 8 de septiembre de 2022:- Recorrido por el Canal y Santa Lucía, Bolívar
- d. 27 de septiembre:- Campo de la Cruz, Candelaria, Manatí (Atlántico) y San Estanislao (Bolívar).
- e. 28 de septiembre:- Luruaco (Atlántico) y Calamar (Bolívar).
- f. 29 de septiembre:- Repelón y Sabana Larga (Atlántico). San Cristóbal (Bolívar).
- g. 30 de septiembre:- Tierra Bomba, Punta Arena Bolívar, Caño Loro y Boca Chica (Bolívar).

Sumado a estas jornadas de diálogo, la Agencia Nacional de Infraestructura-ANI seguirá atendiendo las diferentes inquietudes planteadas por la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría



del Pueblo, la Jurisdicción Especial para la Paz - JEP relacionadas con detalles del proyecto, así como otras entidades y personas interesadas en el proceso.

E. “En el marco del Open International de Ingeniería organizada por la Sociedad Santandereana de Ingenieros que se realiza en la ciudad de Bucaramanga, el panel técnico denominado “Realidad técnica y prospectiva de la navegación por el río Magdalena” evidencio deficiencias de la licitación de la ANI para restaurar los ecosistemas del Canal del Dique, conclusiones que fueron puestas en conocimiento del presidente de la republica Iván Duque Márquez en el día de hoy 03 de agosto, y dentro de los puntos más importantes manifestaron:

“Las obras proyectadas, al contrario de optimizarla, dificulta la navegación por el canal, tanto para los pescadores artesanales de la zona como para los navieros profesionales, además, genera demasiadas dudas sobre su eficacia para prevenir la eventuales inundaciones periódicas de la zona.

Se aclara que, con el proyecto, navieros y pescadores deberán pasar por las esclusas para realizar el tránsito por el Canal del Dique en Calamar y Puerto Badel. Las esclusas serán construidas cumpliendo la normativa para navegación, por lo cual no se dificultará el tránsito a través de las esclusas. Los convoyes deberán esperar únicamente en el caso de que otra embarcación esté realizando el pase por las esclusas, con los pescadores y comunidades se acordarán unos horarios de paso. Adicionalmente, podrán pasar cuando estén transitando los convoyes puesto que se genera un espacio a los lados del remolcador, en donde se pueden ubicar embarcaciones menores.

Con respecto a la prevención de inundaciones, el Concesionario está obligado a mantener los diques del Canal del Dique, incluso en el caso de que uno de estos falle, como ha pasado anteriormente, las compuertas de Calamar pueden controlar y restringir el flujo en el Canal del Dique para evitar que se generen inundaciones como las del Fenómeno de La Niña presentado en los años 2010 y 2011, en donde el cierre del rompimiento tomó casi 2 meses por, entre otras cosas, los niveles altos que no se pueden regular como con el Proyecto.

“La forma de operar esclusas, compuertas, diques, válvulas y demás mecanismos propuestos no está definida en el proyecto, lo que significa un grave riesgo para el ecosistema que se pretende proteger.

Dentro del Instrumento Ambiental aplicable al Proyecto, se encuentra el Plan Hidrosedimentológico en el que se presenta la forma de operación, adicionalmente, se incluyó como anexo al Apéndice Técnico 2 - Operación y Mantenimiento del Contrato de Concesión, el documento “Sistema Operativo de Control Hidráulico” (CD.ID.330.HID.INF.00.001).

“Los contratos de concesión tienen razón cuando el concesionario hace una inversión de largo plazo en el proyecto. En este caso, prácticamente toda l inversión sería hecha por la Nación con vigencias futuras del presupuesto nacional, lo que da sentido a uno o varios contratos de obra, pero no a una concesión.

De acuerdo con la Resolución No. 3656 del 2012 del Departamento Nacional de Planeación, por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y su reglamentación, se adopta la “Metodología del Comparador Público Privado” como la herramienta para la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada. Lo anterior, en concordancia con lo establecido en el artículo 11.3 de la Ley 1508 de 2012³.

En ese orden de ideas, la mencionada metodología establece que los parámetros a incluir en dicho análisis corresponden a: Costo base del proyecto de referencia (valor de las inversiones), Ingresos de terceras fuentes generados, Costo del riesgo retenido, Costo del riesgo transferido, solicitud de aportes públicos, Costo de administración del contrato APP y Tasa de descuento.

³ 11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.



Atendiendo los parámetros previamente relacionados, el Comparador Público Privado del Proyecto Canal del Dique obtuvo aprobación del Departamento Nacional de Planeación, mediante comunicación No. 20228200118801 del 21 de febrero de 2022, en el cual se conceptúa favorablemente sobre la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad para la ejecución de este.

***“No se puede hacer ninguna estimación seria del costo del proyecto para la Nación con base en unos diseños que no forman parte de los pliegos de la licitación que podrán ser modificados por el concesionario, lo que va contra el principio de economía en la contratación consagrado en la ley y la evaluación de una sola oferta va en contra del principio de pluralidad.*”**

Sobre el tema es relevante indicar que de acuerdo con la sección 1.8 del Pliego de Condiciones, publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP del Proceso de Selección por Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021, se puso a disposición de los interesados, así como de la ciudadanía en general, dentro del cuarto de datos de referencia, los estudios y conceptos adelantados en el proceso de estructuración, incluyéndose entre estos los estudios realizados por el estructurador técnico contratado por el Fondo Adaptación⁴.

Lo anterior teniendo en cuenta que corresponderá al Concesionario adelantar los Estudios y Diseños necesarios para la ejecución de las Unidades Funcionales y los demás diseños que sean requeridos para las Obras de Dragado y los elementos físicos requeridos para las actividades de operación y mantenimiento y demás actividades técnicas del proyecto, que deberán tener el alcance y condiciones definidas en el contrato de concesión.

Con relación al valor del CAPEX y OPEX del Proyecto, dentro del acto administrativo de apertura del proceso de selección se indican los mencionados valores. Lo anterior, sin perjuicio que los valores de CAPEX y OPEX del Proyecto desagregado hacen parte del presupuesto que consta en el modelo financiero. En ese sentido, de acuerdo con el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, el modelo financiero que fundamenta el valor del proyecto cuenta con reserva legal⁵. Por lo anterior, de acuerdo con la normatividad vigente, la información solicitada goza de reserva legal y no es posible el suministro de la misma. A modo de referencia y solo por razones de socialización a la ciudadanía, la Agencia Nacional de Infraestructura ha informado de manera general y pública el valor estimado del Proyecto⁶.

En ese sentido dentro del Pliego de Condiciones (Sección 1.8) se establece claramente que será responsabilidad de los interesados realizar sus cálculos propios de, entre otras variables, CAPEX y OPEX del Proyecto y que la información publicada en el cuarto de datos es de referencia y no vinculante para la ANI.

“Como consecuencia de lo anterior, los Interesados, al elaborar su Oferta, deberán tener en cuenta que el cálculo de los ingresos, costos y gastos, y cualquier otra información financiera, cualesquiera que éstas sean, se deberán basar estrictamente en sus propias estimaciones. En todo caso, los estimativos que hagan los Interesados para la presentación de su Oferta deberán tener en cuenta que la ejecución del Contrato se regirá íntegramente por lo previsto en dicho Contrato y sus Apéndices y Anexos, así como en el Pliego de Condiciones, y que en sus cálculos económicos se deben incluir todos los aspectos y requerimientos necesarios para cumplir con todas y cada una de las obligaciones contractuales y asumir los riesgos previstos a su cargo en dichos documentos.”

⁴ Contrato No. 134 de 2013, cuyo objeto corresponde a “(...) realizar los Estudios y diseños definitivos para construcción, que permitan la ejecución del plan de manejo hidrosedimentológico y ambiental del sistema del Canal del Dique como medida de mitigación, teniendo en cuenta los efectos del fenómeno de “La Niña” (2010 - 2011), en el área de influencia del Canal del Dique,” celebrado entre el Fondo Adaptación y Consorcio Dique

⁵ 11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. **El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.** (Resaltado fuera de texto).

⁶ Ver, por ejemplo, la información de referencia publicada en el siguiente enlace de internet:
https://anionline-my.sharepoint.com/personal/cdatosani02_ani_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fcdatosani02%5Fani%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FPublico%2FModo%20Fluvial%2FIniciativas%20Publicas%2FAPP%5FDique

⁷ Sección 1.8 del Pliego de Condiciones de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-006 de 2021.



Con relación a la pluralidad de oferentes, debe señalarse que el Proyecto de Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique es uno de los proyectos que integran las Concesiones del Bicentenario, como se conoce a la quinta generación de concesiones bajo el esquema de Asociación Público Privada (5G), conforme con el documento CONPES 4060 de 2021. En el marco de dicha política pública y en aplicación de la Ley 1508 de 2012 y su reglamentación, la Agencia Nacional de Infraestructura ha llevado a cabo la elaboración de diversos documentos estándar de pliegos de condiciones, minutas contractuales, apéndices y anexos, que establecen los requisitos habilitantes de los oferentes, los factores de escogencia de las ofertas y los demás requisitos que representan buenas prácticas contractuales, en procura del adecuado desarrollo de los principios que rigen la contratación pública.

La Agencia Nacional de Infraestructura, al estandarizar las condiciones para la participación en sus procesos de contratación, fomenta la pluralidad de oferentes, incrementa la transparencia, incentiva la inclusión de lineamientos que promueven la selección objetiva y garantiza la aplicación uniforme de reglas jurídicas, lo que facilita el control administrativo, judicial y ciudadano de la actividad administrativa y del gasto público.

Durante el desarrollo del proceso de selección No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021, publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública - SECOP a partir del 10 de diciembre de 2021, la Agencia Nacional de Infraestructura dio respuesta completa y de fondo a las solicitudes de los interesados y a la ciudadanía en general con respecto a los documentos que integran los pliegos de condiciones y la información del cuarto de datos de referencia, llevando a cabo los ajustes y modificaciones pertinentes mediante adendas, a efectos de facilitar la comprensión de las características de la contratación y el alcance de las reglas de selección y de las obligaciones que asumirá el adjudicatario, de manera que todas las actuaciones de la Agencia se encaminaron a garantizar la pluralidad de oferentes.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO DE APERTURA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

“(...) Finalmente, es viable concluir que el acto de apertura y todo el Proceso de selección de la LICITACIÓN PÚBLICA N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021 es contrario al interés público, es manifiestamente contrario a la Constitución y la Ley y causa agravio injustificado a muchas personas, ya que de finalizarse dicho proceso se podría generar un detrimento patrimonial a la Nación, razón por la cual se debe revocar contra el acto de apertura, actos de prefactibilidad y factibilidad del proceso en mención, de conformidad con las causales 1, 2 y 3 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. (...)”

En concordancia con el numeral 1 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el acto de apertura de la licitación pública da inicio a la etapa precontractual del procedimiento administrativo de selección, no siendo más que aquel a través del cual la administración exterioriza con fuerza vinculante su voluntad de adelantar el proceso de selección orientado a escoger a su contratista.

Se trata de un acto administrativo de carácter general, que crea una situación jurídica abstracta e impersonal dirigida a una pluralidad de sujetos de derecho que no están “individualmente determinados”, en la medida en que invita o convoca públicamente a todo aquel que esté interesado y que cumpla unos requisitos mínimos, para que concurra en igualdad de condiciones a participar en el procedimiento administrativo de escogencia del contratista de la administración, con sujeción a las reglas definidas en los pliegos de condiciones⁸.

Así entonces, el acto de apertura al procedimiento de licitación pública es, en principio, un acto de carácter definitivo, pero de alcance general, toda vez que: i) constituye el inicio del procedimiento frente a los potenciales interesados y fija los términos y condiciones de la respectiva licitación y ii) no genera una situación jurídica concreta para ninguno de los potenciales interesados. Desde ese punto de vista se considera que el acto de apertura de la licitación pública no es susceptible de recursos en la vía gubernativa, por tratarse de un acto de carácter general.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la apertura de la licitación pública también constituye un acto mediante el cual se convoca a los interesados a presentar propuestas para la celebración de un contrato con el mejor postor, se configura como un acto precontractual que produce efectos jurídicos con la fuerza vinculante de una oferta mercantil y, por tanto,

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297.



pasible de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la cual puede ser entablada por los partícipes de la respectiva licitación.⁹

En el acto de apertura se establecen las bases del proceso de selección, pues en el mismo quedan plasmados, entre otros, el objeto, los plazos o el cronograma de la actuación, los sujetos a quienes está dirigido, el lugar donde se pueden adquirir los pliegos y demás requisitos que exige la normatividad; por ende, es un acto que, por su relevancia jurídica, puede ser impugnado de manera autónoma, según lo ha precisado la jurisprudencia.¹⁰

Ahora bien, el acto administrativo de apertura del proceso de selección agota sus efectos, por regla general, con el acto que decide la actuación administrativa, es decir, con el acto que adjudica o el que declara desierto el proceso de selección. Sin embargo, es posible que ese acto de apertura sea retirado del ordenamiento jurídico, de manera definitiva, mediante la revocatoria directa. Es decir, a través de la expedición otro acto administrativo en sentido opuesto¹¹.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-095 de 1998, en relación con la revocatoria de los actos administrativos, sostuvo lo siguiente:

“Así las cosas, la figura de la revocatoria directa de un acto administrativo no forma parte de la vía gubernativa, ni constituye un recurso ordinario, se trata de una decisión soberana y unilateral de la administración en cumplimiento de un deber de revisión del Estado de sus propios actos, que se sustenta en el principio de legalidad, y en los valores fundantes constitucionales a la libertad de los administrados y a la justicia, que le permite rectificar su actuación o decisión sin la necesidad de recurrir al conocimiento de los tribunales contencioso-administrativos”.

De acuerdo con lo anterior, la revocatoria directa es un medio de control administrativo que ejercen las autoridades respecto de sus propios actos y que les “... permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad ...”¹², del interés público o de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta lo anterior y, comoquiera que, de acuerdo con lo que ha señalado el Consejo de Estado, no existe en el ordenamiento jurídico una disposición sobre la irrevocabilidad del acto de apertura de la licitación pública, razón por la cual es procedente aplicar la regla de la posibilidad de su revocatoria directa por parte de la propia administración, la entidad abordará el estudio de fondo de la solicitud de revocatoria presentada, a partir del análisis de las causales de revocatoria directa de los actos administrativos contempladas en la Ley 1437 de 2011.

El artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 establece que la revocatoria directa procederá cuando se cumpla al menos una de las causales que se indican a continuación:

“Artículo 93. Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1. *Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
2. *Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
3. *Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona...”*

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2016, exp. 46818.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 26 de noviembre de 2014, exp. 31297.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia del 31 de mayo de 2012, rad. 68001-23-31-000-2004-01511-01 (0825-09).



En sentencia del 26 de marzo de 2014, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicado: 05001-23-31-000-1998-01503-01 (25.750), Consejero Ponente Enrique Gil Botero, se pronunció al respecto en los siguientes términos:

"(...) a la pregunta de si en materia contractual la administración puede revocar sus propios actos - salvo el de adjudicación-, la Sala responde que sí -como lo consideró el Departamento de Antioquia, y luego los reglamentos de la Ley 1150 de 2007-, porque si el tema no está regulado en la Ley 80 habrá de acudir al régimen general previsto en el CCA.

(...)

En estos términos, queda claro que la revocación directa también gobierna la contratación estatal; de hecho, sería un despropósito excluirla de este sector del derecho administrativo, pues ninguna razón coherente justifica semejante conclusión, pues en este campo, como en cualquier otro, las decisiones de la administración pueden necesitar corrección, siempre que se cumplan los requisitos de legalidad".

De conformidad con lo establecido en la norma citada, la administración pública debe revocar los actos administrativos de carácter general en los casos en que se configure alguna de las causales allí consagradas, puesto que tal determinación obedece a la necesidad de la entidad pública de adecuar sus actuaciones al principio de legalidad y al interés público y social.

Sin embargo, se debe tener en cuenta lo señalado en la sentencia del Consejo de Estado del 26 de noviembre de 2014 que se ha citado en este escrito y que de forma puntal señaló:

"En efecto, el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitud que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones, los cuales, a su turno, deben estar concebidos con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y la ley, de tal suerte que, si bien el acto de apertura del proceso de selección, al igual que la policitud (artículo 847 del C. de Co), en principio, no obliga, ni crea, ni modifica situaciones jurídicas particulares y concretas¹³, una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar, de manera que, a partir de ese momento, para revocar el acto administrativo de apertura, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad.

Pero, si la revocatoria directa se presenta porque fuere evidente que el acto de apertura "...ocurrió por medios ilegales" (inciso segundo, artículo 73 del C.C.A.)¹⁴, resulta indudable que la administración puede dejarlo sin efectos, directamente, sin necesidad de pedir el consentimiento de quienes puedan resultar afectados por la decisión, pues no tendría sentido que la administración quedara atada por un acto que ha surgido de forma "manifiestamente" ilícita, por el hecho de que el particular se oponga a que la decisión administrativa sea retirada del ordenamiento jurídico.

En suma, el acto administrativo de apertura puede ser revocado directamente por la administración hasta antes de que agote sus efectos jurídicos, es decir, hasta antes de que se adjudique o se declare desierto el proceso de selección; pero, en cada caso, debe observar las situaciones jurídicas que se han generado y las razones que conducen a adoptar la decisión, para evitar que el acto revocatorio surja viciado de nulidad.

¹³ La policitud encierra una promesa que no obliga, salvo que exista aceptación por parte de algún interesado (Vid. POTHIER, Robert Joseph: "Tratado de las Obligaciones de Pothier", Primera parte, ed. Imprenta y Litografía J. Roger, Barcelona, 1939).

¹⁴ Es de anotar que el primer supuesto, es decir, el de la revocatoria directa del acto proveniente del silencio administrativo positivo, es imposible que se presente cuando se trata del acto de apertura del proceso de selección.



En ese sentido, lo puede hacer discrecionalmente hasta antes de que los interesados presenten sus ofertas dentro del proceso de selección, porque hasta ese momento ninguna situación particular puede afectar; pero, cuando ya se haya presentado alguna oferta, para revocar el acto la administración debe iniciar la actuación de que trata el artículo 28 del C.C.A. y solicitar el consentimiento de quien o quienes la hayan presentado dentro del plazo previsto en los pliegos de condiciones.

En este último caso, de no contarse con tal consentimiento, si se produce la revocatoria el acto surge viciado de nulidad por expedición irregular, a menos que se presente el supuesto previsto en la parte final del inciso segundo del artículo 73 del C.C.A. (que el acto haya ocurrido "por medios ilegales"), caso en el cual la administración puede revocarlo directamente, en cualquier estado del proceso de selección (hasta antes de la adjudicación o de la declaratoria de desierto), sin que entonces requiera el consentimiento expreso de los participantes.

Ahora, al margen de que el acto de revocatoria sea legal, si con éste se causa un daño antijurídico, la administración está en la obligación de repararlo, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política y el afectado puede solicitar su protección por la vía judicial, a través de la acción contencioso administrativa que resulte procedente".

Que el solicitante invocó en su escrito las tres causales establecidas en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 así: "el acto de apertura y todo el Proceso de selección de la LICITACIÓN PÚBLICA N°VJ-VE-APP-IPB-006- 2021 es contrario al interés público, es manifiestamente contrario a la Constitución y la Ley y causa agravio injustificado a muchas personas, ya que de finalizarse dicho proceso se podría generar un detrimento patrimonial a la Nación (...). "

La Entidad procederá a referirse jurídicamente, de manera general, sobre los aspectos más relevantes de cada una de las causales que fueron invocadas.

Respecto a la causal 1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, esta se configura cuando existe oposición a la Constitución Política o la ley, entendida como aquella que el acto administrativo viola el bloque de legalidad o las normas superiores a las causales que se encuentra sometido. En ese sentido la doctrina ha entendido:

"Igualmente puede precisarse que si bien la norma habla de una oposición "manifiesta" a las normas superiores, ello no quiere decir que un desconocimiento del bloque de legalidad que no sea evidente o que no aparezca de bulto no pueda ser invocado como fundamento para la revocación de un acto administrativo, de tal manera, que cualquier ilegalidad relevante que vicie la validez del acto administrativo podría ser invocada por la Administración como fundamento de la revocación del acto.

*De otra parte, debe señalarse a si mismo que esta causal de revocación tiene aplicación cuando existen vicios de legalidad originarios, esto es, que existan al momento del acto administrativo, de tal manera que esta causal no es susceptible de ser aplicada cuando existe un cambio de legislación, pues en esos casos podrá configurarse la siguiente causal de revocación o la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto administrativo."*¹⁵

En desarrollo de lo expuesto por la doctrina respecto de esta causal, para la entidad es claro que, como se expuso con suficiencia en el Capítulo 1 de la presente Resolución, a la fecha, no puede entenderse de manera alguna que el acto administrativo sujeto de la solicitud sea contrario a la Constitución o la ley. Por el contrario, la Entidad, en el marco de las competencias que le son propias, ha dado cumplimiento cabal a todos aquellos requisitos legales a los que se encuentra sujeta la estructuración de este tipo de proyectos, en general, y de manera particular, ha observado en su integridad las reglas aplicables en materia de determinación de reglas objetivas para la participación en el proceso de selección, de consultas previas y de licenciamiento ambiental. Como bien se dijo en dicho Capítulo, la ANI ha observado estrictamente la Constitución y la ley aplicable.

En lo concerniente a la causal 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él (sic). sobre la mencionada causal, expone la doctrina:

¹⁵ Ibid. Jose Luis Benavides; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011, comentado y concordado. Edt. Universidad Externado de Colombia - Bogotá D.C. 2012. Página 215.



“A su vez, la segunda causal se configura “cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él (sic). Esta causal se concreta en que el acto administrativo deja satisfacer el interés general como consecuencia de la verificación de cambios en las condiciones en las circunstancias de hecho o de derecho, o de cambios de las interpretaciones de las mismas. Este numeral se consagra, entonces, la revocación por motivos de oportunidad, merito o conveniencia. Al respecto, debe señalarse, además que esta causal será aplicable únicamente respecto de los actos administrativos discrecionales, pues en relación con los actos administrativos reglados, según la jurisprudencia, el cambio de circunstancias no permite la revocación, sino que da lugar a la pérdida de fuerza ejecutoria de mismo”¹⁶

En concordancia con lo expuesto en la doctrina citada, para la Entidad es claro que el acto administrativo mediante el cual se dio apertura a la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 no ha dejado de satisfacer el interés general, ni como consecuencia de la verificación de cambios en las condiciones en las circunstancias de hecho o de derecho, o de cambios de las interpretaciones de estas. Por el contrario, el objetivo que pretende satisfacer la ANI mediante la contratación adelantada a través de la mencionada licitación no es otro que la satisfacción de este mismo interés público a través de las actividades que el futuro concesionario deberá ejecutar en el marco del contrato de concesión. En el anterior sentido, no encuentra la ANI justificación alguna dentro de su solicitud de revocatoria, que permita conclusión en contrario, en los términos de lo indicado en el numeral 1 de la presente Resolución.

En lo relativo a la causal 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona (SIC).

Respecto de esta causal, se ha señalado, que la misma procede cuando se ha causado un daño injustificado a quien no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que la misma resulta procedente en los casos en que pese a existir un acto administrativo lícito¹⁷, este ha generado un daño antijurídico a quien no debía recibirlo.

En palabras de la Corte Constitucional, la definición de daño antijurídico se ha entendido como:

“(…) Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo”. Por lo consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita.”¹⁸

Es importante denotar que la Ley 1437 de 2011, al regular los temas de procedimiento administrativo y de los asuntos contencioso administrativos – tiene como finalidad la protección de los derechos de las personas en sede administrativa y la observancia del principio de supremacía constitucional como eje de las autoridades administrativas. La base principal de este procedimiento son las garantías del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, sujeto a principios y reglas propias de cada proceso y procedimiento.

Ahora bien, para la solución del caso concreto, se tiene que, de acuerdo con lo que se ha expuesto en los capítulos precedentes de la presente Resolución, la ANI considera que, a la fecha, no puede concluirse de manera alguna que el acto de apertura de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 se encuentre bajo alguno de los supuestos contemplados en el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. Por el contrario, como se expuso amplia y suficientemente en las respuestas a los fundamentos de hecho de la solicitud, la entidad ha actuado con estricto apego a la ley aplicable al objeto de la licitación, esto es, la adjudicación de un contrato de concesión para la ejecución del Proyecto APP Canal del Dique.

En el anterior sentido, la ANI concluye que no es de recibo su solicitud de revocatoria del acto administrativo que dio apertura a la licitación pública de la referencia, en la medida en que (i) no hay, a la fecha, razones jurídicas para considerar que la oferta recibida por la entidad vulnere o de manera alguna incumpla con las normas aplicables en

¹⁶ Ibid. Jose Luis Benavides

¹⁷ Ibid. Jose Luis Benavides

¹⁸ Corte Constitucional C-336 del 1º de agosto de 1996 M.P., Alejandro Martínez Caballero. Consideración jurídica No. 7



materia de contratación estatal o aquellas establecidas por la entidad en el pliego de condiciones de la licitación; (ii) como se expuso, a la fecha, la entidad cuenta con razones jurídicas para considerar que el Plan Hidrosedimentológico es el instrumento ambiental vigente y aplicable al Proyecto y que, en todo caso, si eventualmente la autoridad competente considera necesario la expedición de la licencia ambiental, el contrato mismo prevé las herramientas necesarias para llevar a cabo dicho trámite y (iii) como también se expuso con anterioridad, la Agencia ha dado cumplimiento cabal al inciso sexto del artículo 39 de la Ley 1682 de 2012, al haber culminado satisfactoriamente todos los procesos de consulta previa que fueron, o reconocidos por la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior, o bien reconocidos mediante sentencia judicial.

Con lo anteriormente expuesto y de acuerdo con el marco legal, jurisprudencial, doctrinal y los fundamentos de hecho enunciados, la entidad concluye que no se configura ninguna de las causales enunciadas en la petición, por lo tanto, la ANI negará la solicitud.

6. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE DESIERTA DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LA LICITACION PUBLICA No VJ-VE-APP-IPB-006-2021

“Solicitud de declaratoria desierta y/o revocatoria directa del acto de apertura de la licitación.”

De acuerdo con lo solicitado y teniendo en cuenta que se fundamenta la solicitud de declaratoria de desierta con los mismos fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud de revocatoria, la Agencia Nacional de Infraestructura procede a dar respuesta en los siguientes términos:

Frente a la declaratoria de desierta de un proceso de selección, el artículo 25 numeral 18 de la Ley 80 de 1993, indica lo siguiente:

“18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.”

En concordancia con lo anterior, el subnumeral 9.5.1 del numeral 9.5 “Declaratoria de Desierta” del pliego de condiciones definitivo del proceso de selección N° VJ-VE-APP-IPB-006-2021 contempló como causales que impiden la selección objetiva y que generan la declaratoria de desierta de la licitación, las siguientes:

“9.5 DECLARATORIA DE DESIERTA

9.5.1 Además de las causales legales, la ANI, podrá declarar desierta el Proceso de Selección en los siguientes casos:

- (a) Cuando no se hubiera presentado ninguna Oferta.***
- (b) Cuando ninguna de las Ofertas cumpla con lo exigido en el Pliego de Condiciones.***
- (c) Cuando se presenten hechos que, a juicio de la ANI, pongan en duda la transparencia del Proceso de Selección y que impidan la escogencia objetiva del Concesionario.”***

En relación con la facultad que tiene la administración pública para declarar desierto un proceso de selección, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que dicha facultad no es discrecional sino que es reglada, pues la decisión de declaratoria de desierto de un proceso es excepcional y únicamente procede cuando se configuren las causales o circunstancias previstas en el ley y en el respectivo pliego de condiciones para proferir una decisión en tal sentido:

*“De consiguiente, no cualquier hecho puede conducir a la declaratoria de desierta de un proceso de selección, sino que es menester que aquel impida la selección objetiva de la propuesta dentro del marco dispuesto por el ordenamiento jurídico.
(...)”¹⁹*

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B, Concejero Ponente (E) Danilo Rojas Betancourth, 3 de Mayo de 2013 RAD N°: 25000-23-26-000-1998-01825-01 (23734).



Documento firmado digitalmente



En el presente caso, los requisitos habilitantes y los factores de calificación para la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, fueron definidos previamente por la entidad en el pliego de condiciones correspondiente, documento a partir del cual, los proponentes debían confeccionar sus ofrecimientos, y por su parte, la administración debía realizar la evaluación objetiva de las propuestas que se presentaran, con el fin de establecer cuál era el ofrecimiento más favorable para la satisfacción del interés general, de acuerdo con las reglas previamente definidas en el respectivo pliego, documento que tal y como ha reiterado el Consejo de Estado en diversas oportunidades, tiene carácter vinculante y es de obligatorio cumplimiento tanto para la entidad pública contratante como para los proponentes que deciden presentar sus ofrecimientos a la administración.

Pues bien, en desarrollo del proceso de la licitación pública que nos ocupa, se recibió una (1) propuesta, presentada por el oferente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S., ofrecimiento respecto del cual, en aplicación del procedimiento previsto en la Ley y de acuerdo con las reglas de participación previstas en el pliego de condiciones, se impuso el deber de verificación de cumplimiento de los requisitos habilitantes y factores de calificación, por parte del Comité Evaluador del proceso.

Como parte de dicha labor de evaluación del único ofrecimiento recibido, el Comité Evaluador emitió el correspondiente informe de evaluación, el cual arrojó como resultado que la propuesta presentada por SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S cumplió con los requisitos habilitantes jurídicos, financieros y de experiencia en inversión solicitados en el pliego de condiciones, y en relación con los factores de calificación, asignó el puntaje correspondiente a oferta de mano de obra local, apoyo a la industria nacional y acreditación de vinculación de personas en condiciones de discapacidad de acuerdo con la acreditación de dichos factores.

En relación con la presunta existencia de una inhabilidad del proponente que debe conducir a su rechazo y en consecuencia a la declaratoria de desierto del proceso de selección, con ocasión de la existencia de investigaciones en España, que han originado multas y sanciones por parte de la Comisión de Mercados y la Competencia de España a la “empresa SACYR”, además del trámite de un proceso de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría General de la Nación por la construcción del puente Hisgaura en Santander, es preciso adicionar a las consideraciones ya expuestas, que tal y como lo señaló KONFIRMA SAS en su calidad de comité evaluador del presente proceso:

1. (i) A partir de la revisión de los documentos que prueban la existencia y representación legal del único oferente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, no es posible evidenciar que se trate de la misma empresa española a la cual hace referencia el solicitante, como tampoco es posible establecer una relación directa entre este proponente y la sociedad sancionada (Sacyr Construcción), toda vez que, dentro de las situaciones de control registradas en el Certificado de Existencia y Representación Legal del oferente, se evidencia que la matriz del proponente es la sociedad SACYR S.A;
2. (ii) Pese a que en principio no existe ninguna relación entre el proponente y la sancionada, en todo caso el Comité Evaluador realizó una revisión de las posibles implicaciones que podría acarrear la imposición de sanciones en el extranjero a personas jurídicas por actos de corrupción en el marco del ordenamiento jurídico colombiano. Producto del análisis realizado se concluyó que las sanciones impuestas por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España no genera ninguna inhabilidad a la sociedad colombiana SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S;
3. (iii) En relación con el proceso de responsabilidad fiscal que adelanta la Contraloría General de la Nación, el Comité Evaluador indicó que dentro de los vinculados al proceso se encuentra el contratista “SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. Sucursal Colombia”, y que de acuerdo con la documentación aportada por el único oferente que participa en desarrollo del proceso de selección No VJ-VE-APP-IPB-006-2021 adelantado por la ANI, no es posible evidenciar una relación directa entre este y la sociedad sancionada (Sacyr Construcción), toda vez que como se señaló, dentro de las situaciones de control registradas en el Certificado de Existencia y Representación Legal del oferente, se evidencia que la Matriz del proponente es la sociedad SACYR S.A.

Adicionalmente, manifestó que con respecto a la inhabilidad que emana de aquellos procesos de responsabilidad fiscal de que trata el artículo 42 de la Ley 1952 de 2019, es necesario que exista un fallo en donde se declare dicha responsabilidad, en los términos del artículo 53 de la Ley 610 de 2000.

Por lo tanto, no basta entonces con que se haya iniciado un proceso de responsabilidad fiscal, sino que se requiere que se haya dictado un fallo con responsabilidad fiscal el cual se encuentre en firme y ejecutoriado.

Con fundamento en lo expuesto, no existiendo ninguna prueba que demuestre a la entidad la existencia de una inhabilidad para contratar con el Estado por parte de la empresa colombiana SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, y



habiéndose demostrado por parte del único oferente que participó en el presente proceso de selección, el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones de participación previamente fijadas por la ANI en el pliego de condiciones, resulta claro que no se configura ninguna de las causales que eventualmente, hubiesen permitido a la entidad proceder con la declaratoria de desierta del presente proceso, y por el contrario, lo que se impone en virtud de los principios que rigen la contratación pública en Colombia, es la escogencia del ofrecimiento más favorable para la entidad, cuya sujeción estricta al pliego de condiciones lo hace conveniente para la realización de los cometidos estatales perseguidos con la contratación.

Al respecto, es preciso señalar que, aun existiendo un único oferente, la obligatoriedad de las estipulaciones del pliego de condiciones y el deber de adjudicar se mantienen incólumes, so pena de violar la ley, y es por ello que el artículo 2.2.1.1.2.2.6 del Decreto 1082 de 2015, establece lo siguiente:

“ART. 2.2.1.1.2.2.6.—Adjudicación con oferta única. La entidad estatal puede adjudicar el contrato cuando solo se haya presentado una oferta siempre que cumpla con los requisitos habilitantes exigidos y satisfaga los requisitos de los pliegos de condiciones, sin perjuicio de las disposiciones especiales establecidas en la ley y el presente decreto para la subasta inversa, el concurso de méritos y las reglas particulares para los procesos con convocatoria limitada a las Mipyme.”

De acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta la recomendación del comité evaluador contenida en el informe de evaluación definitivo publicado en SECOP I el día 4 agosto de 2022, la oferta presentada por el proponente “SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.”, cumplió con todos los requisitos de participación y factores de escogencia previstos en el pliego de condiciones, y que la selección objetiva de la oferta más favorable para los fines perseguidos con la contratación, excluye cualquier tipo de motivación o consideración subjetiva, por lo tanto, no procede la solicitud de declaratoria de desierta del presente proceso de selección.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR la solicitud de revocatoria directa del acto de apertura de la licitación pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 presentada por el señor **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR la solicitud de pruebas solicitadas, por el señor **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NEGAR la solicitud de declaratoria de desierta de la Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021 presentada por el señor **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO: PUBLICAR el presente acto administrativo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP I.

ARTÍCULO QUINTO: Notificar a los interesados el contenido de la presente resolución, en los términos del artículo 67 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO SEXTO: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición y contra él no proceden recursos, de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **06-12-2022**



Documento firmado digitalmente



JONATHAN DAVID BERNAL GONZALEZ
Vicepresidente de Estructuración

Proyectó Aspectos Procedimentales del Proceso a cargo del GIT de Contratación: Luis Carlos Castillo Pérez - Abogado GIT de Contratación - Vicepresidencia Jurídica.
Proyectó Aspectos de Estructuración del Proceso: Juan Felipe Valencia Ramirez - María Camila Anaya Latorre - Abogados GIT de Estructuración - Vicepresidencia Jurídica

VoBo: JUAN FELIPE VALENCIA RAMIREZ, LUIS CARLOS CASTILLO PEREZ, MARIA CAMILA ANAYA LATORRE, LUZ ELENA RUIZ CASTRO Coord GIT, FERNANDO AUGUSTO RAMIREZ LAGUADO (VICE), LUZ ADRIANA VASQUEZ TRUJILLO Coord GIT, RAFAEL FRANCISCO GOMEZ JIMENEZ