



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20227020019945

20227020019945

Fecha: 06-12-2022

"Por la cual se resuelve la solicitud de declaratoria de desierta y la revocatoria directa de los actos administrativos que aprobaron la prefectibilidad y factibilidad de la LICITACIÓN PÚBLICA N° VJ-VE-APP-IPB-006- 2021"

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 octubre de 2022, **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ** presentó solicitud de declaratoria desierta y revocatoria directa de los actos administrativos que aprobaron la prefactibilidad y factibilidad de la LICITACIÓN PÚBLICA N° VJ-VE-APP-IPB-006- 2021, en los siguientes términos:

1. *Solicitud de declaratoria desierta y/o revocatoria directa de los actos administrativos que aprobaron la prefactibilidad y factibilidad 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 cuatro 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.

(<https://www.elmundo.es/economia/empresas/2021/08/20/611f641121efa05e0d8b4574.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>)
- 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 ordenó realizar un estudio de impacto ambiental para tramitar la respectiva licencia y posteriormente reverso su decisión. Lo que existe solo es un plan hidrosedimentológico. La nueva ministra de ambiente ha insistido que este proyecto debe tener licencia ambiental.
- D. No se 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. Precisamente en el día de hoy el Gobierno Nacional reconoció que hubo fallas en los procesos de consultas previas y en la socialización del proyecto: <https://caracol.com.co/2022/10/05/gobierno-reconoce-fallas-en-consultas-sobre-el-dique-y-firma-acuerdo-de-voluntades/>.
- 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" evidenció deficiencias de la licitación de la ANI para restaurar los ecosistemas del Canal del Dique, conclusiones que fueron puestas en conocimiento del ex-presidente de la república Iván Duque Márquez el día 03 de agosto de 2022, 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 la 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.

- F. Es suficientemente claro que al haberse adjudicado a Sacyr para la construcción del megaproyecto de la vía Buga – Buenaventura, queda en incapacidad financiera para afrontar este proyecto del Canal del Dique de llegar a ser adjudicatario, tanto es así que la misma Contraloría General cuestiono a la ANI la evaluación y proyección financiera necesaria para constatar la capacidad económica de Sacyr, en caso de que esa empresa resulte adjudicataria tanto del Canal del Dique como del corredor Buenaventura – Loboguerrero – Buga. Reafirmamos y coadyuvamos completamente todas las observaciones realizadas por la Contraloría General de la Republica sobre el incumplimiento de los pliegos de condiciones por parte de Sacyr, como se evidencia y está plenamente explicado en estos dos artículos periodísticos del periódico del periódico El Espectador y la Wradio:



(<https://www.elespectador.com/economia/reputacion-de-sacyr-si-importa-para-licitacion-del-canal-del-dique-contraloria/>)



(<https://www.wradio.com.co/2022/08/04/contraloria-desbarata-oferta-de-empresa-que-quiere-quequedarse-con-canal-del-dique/>)

- G. Igualmente manifestó la Contraloría General que al revisar que la propuesta presentada por la firma Sacyr, notaron que va en contra de lo establecido en el informe de evaluación de la oferta publicada por la ANI. (<https://es.scribd.com/document/585523199/Contraloria-desbarata-oferta-de-empresa-que-quiere-quequedarse-con-Canal-del-Dique#download>)

Consideraciones Jurídicas

Con base en lo anterior, solicito se declare desierto la licitación y/o la revocatoria directa de los actos administrativos que aprobaron la prefactibilidad y factibilidad de la 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 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.”

Finalmente, es viable concluir que se debe declarar desierta la licitación y/o revocar los actos administrativos que aprobaron la prefactibilidad y factibilidad de la LICITACIÓN PÚBLICA N°VJ-VE-APP-IPB-006-2021 son contrarios 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 declara desierta la licitación y se deben revocar los 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.



Queda suficientemente claro que la empresa Sacyr no cumple con los pliegos de condiciones de la licitación, que incumplieron con los tramites a los que obliga la Ley 70 de 1993, que además la empresa Sacyr es un riesgo financiero para esta obra del Canal del Dique y para el estado Colombiano, que además no contemplaron la licencia ambiental dentro del proyecto, que la empresa Sacyr no es garantía para la ejecución de esta obra a raíz de todas las sanciones multas y conflicto jurídicos en la ejecución de otras obras.

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.
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 Republica 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 Republica 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:

"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 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:

“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 trata 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.

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.



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.”

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 cuatro 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

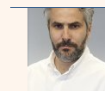
EL PAÍS ECONOMÍA

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

[f](#) [t](#) [e](#)

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



PUBLICIDAD

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

✉ Recibir Newsletter

PUBLICIDAD

(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 Republica 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 ordenó realizar un estudio de impacto ambiental para tramitar la respectiva licencia y posteriormente reverso su decisión. Lo que existe solo es un plan hidrosedimentológico. La nueva ministra de ambiente ha insistido que este proyecto debe tener licencia ambiental**

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 parágrafo del artículo primero, el artículo segundo y parágrafo, artículo tercero y parágrafo 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 no se requerirá 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. Precisamente en el día de hoy el Gobierno Nacional reconoció que hubo fallas en los procesos de consultas previas y en la socialización del proyecto: [https://caracol.com.co/2022/10/05/gobierno-reconoce-fallas-en-consultas- sobre-el-dique-y-firma-acuerdo-de-voluntades/](https://caracol.com.co/2022/10/05/gobierno-reconoce-fallas-en-consultas-sobre-el-dique-y-firma-acuerdo-de-voluntades/).**

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 "(...) *anunar 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	14 de noviembre de 2019	Centro de Convivencia Arjona	Líderes de comunidades: Puerto Badel, Gambote, Rocha, Mahates, Gamero, Evitar, Soplamiento y Las Piedras.



Documento firmado digitalmente



	populares.			
Bogotá (Cundinamarca)	Mesa de pesca (Mesa N.º 8), Instancia de diálogo, dignidades agropecuarias: Mesa de trabajo con las organizaciones de pescadores artesanales frente al proyecto de ley que declara al Canal del Dique como hidrovía.	19 de julio de 2021	Hotel Tryp Bogotá	Autoridad Nacional de Acuicultura y Pesca (AUNAP), Cormagdalena, Vicepresidencia 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, se han 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.

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.



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.

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 Pública 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 registrará 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*”**

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 fundamenta 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%5Ffco%2FDocuments%2FPublico%2FModo%20Fluvial%2FIniciativas%20Publicas%2FAPP%5FDique



con todas y cada una de las obligaciones contractuales y asumir los riesgos previstos a su cargo en dichos documentos.⁷”

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.

- F. Es suficientemente claro que al haberse adjudicado a Sacyr para la construcción del megaproyecto de la vía Buga – Buenaventura, queda en incapacidad financiera para afrontar este proyecto del Canal del Dique de llegar a ser adjudicatario, tanto es así que la misma Contraloría General cuestiono a la ANI la evaluación y proyección financiera necesaria para constatar la capacidad económica de Sacyr, en caso de que esa empresa resulte adjudicataria tanto del Canal del Dique como del corredor Buenaventura – Loboguerrero – Buga.**

Reafirmamos y coadyuvamos completamente todas las observaciones realizadas por la Contraloría General de la Republica sobre el incumplimiento de los pliegos de condiciones por parte de Sacyr, como se evidencia y está plenamente explicado en estos dos artículos periodísticos del periódico del periódico El Espectador y la Wradio:

Frente a la solicitud anterior sobre la verificación de la capacidad financiera del proponente SACYR para, eventualmente, asumir la ejecución en simultáneo de dos contratos de concesión, corresponde a la entidad manifestarse en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante dar claridad sobre la normatividad aplicable a los procesos de selección de asociaciones público privadas. En esta línea, el artículo 12 de la Ley 1508 de 2012 establece, de forma específica para los procesos de selección de contratos bajo el esquema de asociación público privada (APP), que los factores de selección objetiva objeto de verificación por parte de las entidades son:

“ARTÍCULO 12. FACTORES DE SELECCIÓN OBJETIVA. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

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



12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

12.2 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, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.”

De acuerdo con la norma citada, en los procesos de selección de contratos bajo la modalidad de asociación público privada, los pliegos de condiciones deben contener únicamente los factores allí determinados y, en consecuencia, no le es dable a la entidad establecer factores de selección adicionales o diferentes, puesto que, de así hacerlo, sería una clara contravención a la Ley.

En consecuencia, puesto que dentro de los factores para la selección objetiva no se encuentra la verificación de la capacidad financiera residual, por ser una actuación propia de los procesos de selección mediante los cuales se pretende suscribir contratos de obra pública (tal y como queda claro en el artículo 72 de la Ley 1682 de 2013, reglamentado por el Decreto 791 de 2014), mal haría la entidad en adoptar dicho criterio para la evaluación de las Ofertas.

Y es que el texto de la norma guarda relación estrecha con las características propias de los proyectos desarrollados a través del esquema de asociación público privada. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de los contratos de obra pública, este tipo de contratos son ejecutados por el agente privado a través de esquemas bajo la modalidad de Project Finance, es decir que corresponderá al futuro concesionario conseguir los recursos necesarios para la ejecución de las actividades objeto del contrato a través de esquemas de equity y deuda, cuya principal garantía de pago son los flujos futuros del proyecto.

Por lo anterior, el aspecto fundamental a la hora de ejecutar cualquier proyecto bajo el esquema de APP mencionado, corresponde a los flujos futuros de los proyectos sin importar que su ejecución esté en cabeza del mismo concesionario y, en consecuencia, el cálculo de la capacidad financiera residual, además de ser un requisito que no se encuentra expresamente en las normas aplicables a los procesos de selección de asociaciones público privadas, resulta inconveniente, dadas las especiales características financieras de este tipo de contratos.

12 ago. 2022 - 6:36 p. m.
Redacción Economía

‘Reputación de Sacyr sí importa para licitación del Canal del Dique’: Contraloría

El órgano de control le dijo a la ANI que, si bien solo hay un oferente, este igual debe cumplir con todos los requisitos, aunque “algunos funcionarios” consideran que lo importante es adjudicar. Además, advierte que es importante evaluar si la firma será capaz de completar dos megaproyectos, teniendo en cuenta que también se le adjudicó Buga-Buenaventura.

1 Guardar

Lo más visto en Economía



(<https://www.elspectador.com/economia/reputacion-de-sacyr-si-importa-para-licitacion-del-canal-del-dique-contraloria/>)

The screenshot shows a news article on the WRADIO website. The article title is "Contraloría desbarata oferta de empresa que quiere quedarse con Canal del Dique". The text below the title states: "Para la entidad de control, existe un riesgo de entregar el billonario contrato ya que la oferta de Sacyr no cumple con todos los requisitos establecidos en el pliego de condiciones definitivo del proceso." There is a photograph of a construction site with a large crane. To the right, there is a section for "Últimas Noticias" with two items: "Guardiola se deshizo en elogios hacia Haaland: 'nadie le puede competir'" and "Con Luiz Díaz como titular, Liverpool venció 2-0 al Rangers".

(<https://www.wradio.com.co/2022/08/04/contraloria-desbarata-oferta-de-empresa-que-quiere-quedarse-con-canal-del-dique/>)

- G. Igualmente manifestó la Contraloría General que al revisar que la propuesta presentada por la firma Sacyr, notaron que va en contra de lo establecido en el informe de evaluación de la oferta publicada por la ANI. (<https://es.scribd.com/document/585523199/Contraloria-desbarata-oferta-de-empresa-que-quiere-quedarse-con-Canal-del-Dique#download>)

La Agencia Nacional de Infraestructura mediante Oficio Radicado No 20221020236931 del 8 de agosto de 2022, dio respuesta al Oficio 2022EE0129444 del Contralor Delegado – Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura de la Contraloría General de la República, adjuntando el pronunciamiento emitido por parte de la empresa Konfirma S.A.S, a la que se le corrió traslado de la solicitud efectuada en su calidad de revisora y evaluadora de la oferta recibida en la Entidad para el proceso de la Licitación Pública No VJ-VE-APP-IPB-006-2021. A la fecha de parte de este órgano de control no se han recibido observaciones a las respuestas y explicaciones enviadas, ni se han recibido nuevos requerimientos a la Oferta presentada por el proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S.

3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE APROBARON LA PREFACTIBILIDAD Y FACTIBILIDAD DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

“Con base en lo anterior, solicito se declare desierto la licitación y/o la revocatoria directa de los actos administrativos que aprobaron la prefactibilidad y factibilidad de la 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 (...).”

Frente al particular, es menester indicar que los proyectos de asociación público privada se encuentran regulados en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1082 de 2015 y aquellos que modifiquen y sustituyan. En dicho régimen legal se establecen dos tipos de proyectos a saber: (i) proyectos de iniciativa pública y (ii) proyectos de iniciativa privada los cuales tienen diferencias, entre otras, respecto de su trámite tanto en la estructuración como en el proceso de selección del contratista.

Para efecto de los proyectos de iniciativa privada, su iniciativa proviene de un actor privado quien es el llamado a realizar los estudios integrales del proyecto en todas las etapas que establece la Ley, es decir, los estudios a nivel de prefactibilidad y factibilidad en los términos de lo establecido en los artículos 2.2.2.1.5.2 y 2.2.2.1.5.5. del decreto 1082 de 2015.

Así mismo, el Decreto en mención crea para la entidad receptora del proyecto la obligación de expedir comunicaciones informando al originador del proyecto de iniciativa privada indicando el cumplimiento o no de los requisitos de cada una de las etapas de estructuración del proyecto; es decir que esta situación implica necesariamente pronunciamientos de



la administración puesto que el agente privado no puede desarrollar su propuesta de forma autónoma y son contar con el aval de la entidad competente.

A diferencia de lo anterior, los proyectos de iniciativa pública provienen de la voluntad de la administración y es esta quien, a través de sus colaboradores o contratistas externos, adelanta la totalidad de etapas propias de un proyecto de este tipo (prefactibilidad y factibilidad) y no requiere de pronunciamientos adicionales cada vez que se surta una de estas etapas.

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”.

Ahora bien, vale la pena aclarar que el Proyecto “Restauración de Ecosistemas Degradados del Canal del Dique” es un proyecto de iniciativa netamente pública, lo que implica, como ya fue explicado, que no requería, en ningún caso, de la expedición de actos administrativos de aprobación de prefactibilidad y factibilidad a cargo de la Agencia y por tanto no fueron expedidos.

De acuerdo con lo anterior, en el proyecto mencionado la ANI, en cumplimiento de las normas que rigen los proyectos de APP de iniciativa pública, no emitió los actos administrativos invocados en la solicitud, lo que implica que esta carece de objeto. Por esta razón, no es posible dar trámite a la revocatoria incoada y la ANI negará su 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 desierto 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.
(...)”⁸*

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;

⁸ 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).



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 la expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NEGAR la solicitud de revocatoria directa del acto de aprobación de prefactibilidad y factibilidad 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 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 señor **HÉCTOR PÉREZ FÉRNANDEZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.



Documento firmado digitalmente



ARTÍCULO CUARTO: PUBLICAR el presente Acto Administrativo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP I.

ARTICULO 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**

JONATHAN DAVID BERNAL GONZALEZ
Vicepresidente de Estructuración

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

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