

DOCUMENTO ANEXO DE RESPUESTA A OBSERVACIONES

1. Exigencias del Documento de Invitación

Sea lo primero manifestarnos acerca de varios de los argumentos planteados en el sentido que, en la medida que se espera adjudicar un proyecto de infraestructura vial cuyo alcance incluye una fase completa de operación, es indispensable que sea este el alcance que le dé la ANI a la figura de "operación" establecida en el documento de invitación a precalificar y no simplemente la administración u operación de actividades implícitas en las etapas de construcción o mantenimiento de la obra.

Al respecto, es indispensable remitirnos inicialmente a la teleología de la reciente normatividad expedida para la regulación de las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Pública y posteriormente evidenciar como toda la estructuración del documento de invitación para el presente sistema de precalificación, así como para todos los demás en curso y los que posteriormente se adelantarán por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura responden a este esquema normativo.

El Congreso expidió la Ley 1508 de 2012 por medio de la cual "Se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones". En el desarrollo de esta ley se consagraron disposiciones como las siguientes:

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:

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 (...) (Negritas fuera de texto)

En el mismo sentido, el Gobierno Nacional, en ejercicio de su potestad reglamentaria, expidió el Decreto 1467 de 2012, en el cual, ratificando la filosofía expresada en la norma precitada, señaló en el párrafo del artículo 13 lo siguiente:

Parágrafo. La verificación de la capacidad financiera o de financiación y de la experiencia en inversión o estructuración de proyectos a las que se refiere el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, en el caso de las propuestas presentadas por personas jurídicas respaldadas mediante compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, en los términos del párrafo del artículo 3° del presente decreto, se hará de la siguiente manera:

En cuanto a capacidad financiera o de financiación:

La capacidad financiera podrá demostrarse mediante el compromiso irrevocable de aporte de recursos líquidos por parte del fondo.

Los administradores de los fondos deberán certificar: (i) que la inversión es admisible para el mismo; (ii) el monto de los recursos líquidos comprometidos, y (iii) que dicho compromiso es irrevocable.

En cuanto a experiencia en inversión o estructuración de proyectos:

Podrá acreditar la experiencia del gestor profesional o del comité de inversiones del Fondo de Capital Privado. (Negrillas fuera de texto).

Adicionalmente respecto del mecanismo de precalificación dispuso:

“Artículo 17. Precalificación. La invitación a participar en la precalificación incluirá como mínimo la siguiente información (...)

*17.3 La indicación de los **requisitos mínimos habilitantes** que se exigirán para la precalificación, que serán al menos los indicados en el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012”.* (Negrillas fuera de texto).

De la lectura de todo este conjunto normativo, se establece de manera clara que para el legislador y el Gobierno Nacional, durante el sistema de precalificación y posterior proceso de selección formal del adjudicatario y futuro concesionario se tiene como elemento preponderante la capacidad financiera y experiencia en inversión, sin que se hayan establecido reglas que obliguen a exigir experiencia en materia técnica.

En aplicación rigurosa del mandato normativo en materia de APP, la Agencia Nacional de Infraestructura estructuró un documento de invitación estándar para todos los sistemas de precalificación correspondientes a la Cuarta Generación de Concesiones de Infraestructura Vial, en el cual se establecieron como requisitos habilitantes exclusivamente aspectos de capacidad jurídica, capacidad financiera y experiencia en inversión, dejando de lado la solicitud de detalladas condiciones de carácter técnico, las cuales se difirieron al contrato a celebrarse entre el concesionario y el especista, una vez finalizado el proceso de selección¹.

De otra parte, y ratificando lo mencionado con anterioridad, es evidente que las experiencias de inversión válidas para este sistema de precalificación no eran exclusivamente las que tenían perfecta coincidencia con la naturaleza del proyecto a desarrollarse (concesión de infraestructura de vías), como pretenden hacerlo ver algunos observantes, ya que de manera expresa en las reglas de la precalificación se estableció que eran válidas las experiencias presentadas en proyectos diferentes a los de infraestructura vial.

Al respecto, la invitación a precalificar define en su numeral 1.2.38 Proyecto de Infraestructura de la siguiente manera: *“Para los efectos previstos en el numeral 3.5 (acreditación de experiencia en inversión) es la construcción y operación de obras de infraestructura que corresponden a los sectores de generación, transmisión y distribución de energía, agua potable, saneamiento básico, carreteras, puertos, aeropuertos, infraestructura de sistemas de transporte de pasajeros o carga (sin incluir equipo rodante) urbano e interurbano, transporte de hidrocarburos y transporte de gas.”*

¹ Reglas publicadas en el cuarto de información de referencia y claramente de aplicación diferida para el contrato en mención.

De esta manera se desvirtúan las argumentaciones de los observantes concretadas al inicio del presente numeral.

2. Contrato IDU No 179 de 2003 aportado por el manifestante MARIO ALBERTO HUERTAS COTES /CONSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA

Se tiene por cierto que el Manifestante MARIO ALBERTO HUERTAS / CONSTRUCTORA MECO S.A. - SUCURSAL COLOMBIA, presentó para la acreditación de experiencia en inversión, el Contrato de Concesión No 179 de 2003, suscrito entre el señor Mario Alberto Huertas Cotes, Ingenieros Constructores e Interventores Icein y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, sobre el cual recae el cuestionamiento de algunos observantes debido a que “*en su objeto se contempló la actividad de mantenimiento, más no la de operación*”, y que si bien en la certificación aportada se hace referencia al desarrollo de la figura de “*operación*”, la misma no consistió en una fase o etapa de operación como tal, lo cual se evidencia al analizar detenidamente el texto del contrato.

Al respecto, sea lo primero traer a colación los dos únicos apartados del documento de invitación donde se menciona la figura de “operación”, para determinar si el alcance que se le dio a la misma por parte de la Agencia se configura en las condiciones planteadas por los observantes.

Se trata de los numerales 1.2.10., que define concesión, que pasamos a transcribir, y el precitado numeral 1.2.38 que define Proyecto de Infraestructura:

“1.2.10. Concesión: Para los efectos previstos en el numeral 3.5 (Acreditación de Experiencia en Inversión) significa los contratos de participación privada o de participación público-privada, tales como concesiones, BOOT, BOOMT, BOT, BOMT, formas de asociación y en general cualquier modalidad contractual mediante la cual dos entes privados o un ente privado y una entidad pública de manera conjunta llevan a cabo un Proyecto de Infraestructura. Tales contratos de participación privada o participación público-privada deberán en todo caso, incluir la financiación y construcción y operación del referido proyecto que se acredita”.

El análisis esbozado, reiteramos, es necesario realizarlo exclusivamente en el marco del contexto en el que se expresa el término “operación” en estas dos definiciones, ya que no existe una cita adicional al respecto ni mucho menos una definición específica de esta figura.

De la lectura y análisis de estas definiciones, dentro de la filosofía de la normatividad sobre APP que rige el presente sistema de precalificación (antes mencionada), así como de las disposiciones del documento de invitación a precalificar, se evidencia la semántica de la palabra “operación” y la extensión y comprensión de este concepto. Al efecto, lo primero que debemos mencionar es que esta expresión no viene acompañada de ningún tipo de adjetivo (anterior o posterior) que pudiera especificar, determinar o resaltar algún tipo de condición o característica o darle un alcance específico, motivo por el cual debe entenderse en su sentido más amplio y general.

Si la Agencia hubiera considerado necesario dar algún tipo de calificación o de alcance determinado a la expresión “operación”, de seguro hubiera obrado de conformidad, por lo mismo no puede tenerse como argumento válido para solicitar descalificación el manifestante cuestionado, asumir, como lo hacen los observantes, que cuando se utiliza el término “**operación**” indefectiblemente estamos refiriéndonos a “**etapa de operación**” o “**fase de operación**”.

Téngase en cuenta que el presente sistema de precalificación, en los aspectos no regidos específicamente por la normatividad sobre APP, se encuentra cobijado por las normas y principios de la contratación pública,

por lo que a las disposiciones de los pliegos y en este caso de la invitación a precalificar debe darse el sentido más amplio, sólo excepcionalmente se podrá hacer un ejercicio hermenéutico restrictivo cuando las reglas de participación expresamente así lo dispongan.

En esta línea de interpretación debe entenderse que la acreditación de “la operación” como un componente de la experiencia en inversión, si bien fue requerida como parte de la misma, no tiene la magnitud o alcance que le pretenden dar los observantes.

Es más, en el caso específico, la acreditación del elemento relativo a la operación por parte del manifestante de interés a través del contrato celebrado con el IDU y que es objeto de cuestionamiento, no puede dar lugar a la descalificación de dicho manifestante como se pretende, pues el requisito se encuentra cumplido independientemente de que se considere por los observantes que el grado de cumplimiento del mismo, debió haber sido de una mayor entidad.

Y es que sobre el particular, como ya se mencionó, la regla prevista en el documento de invitación a precalificar, no previó en qué nivel o grado debía acreditarse la figura de “**operación**”, de tal manera que se permitía entonces a los participantes libremente considerar cuáles eran los contratos a aportar para demostrar la experiencia en inversión, siempre y cuando en los mismos se hubiese cumplido con la figura de operación, sin adentrarse a establecer un alcance específico de la misma.

Mal podría la Agencia, en la etapa de verificación de requisitos habilitantes hacer interpretación restrictiva de la figura genérica señalada en el documento de invitación para concluir, más allá de lo escrito, que lo que se requería era la figura de “**etapa de operación**” y no solamente la “**operación**”, cuando es evidente que las reglas de la precalificación permitían acreditar la figura de manera general sin circunscribirla específicamente al alcance en que la misma debía haberse desarrollado.

De esta forma, así en gracia de discusión se aceptara que por error involuntario se utilizó la expresión “operación” cuando el que ha debido utilizarse es el de “Etapa de Operación” (que no lo hacemos, en virtud de la plurimencionada finalidad de la normatividad de APP y aplicada en el documento de invitación relacionada con el énfasis en la capacidad financiera y de experiencia en financiación de proyectos de inversión), no sería posible para la entidad, después del cierre del sistema de precalificación darle un alcance interpretativo a la expresión “operación” para asumir que se va a exigir ahora que las certificaciones den fe de la realización de una “Etapa de Operación”.

En ese orden de ideas, todos los esfuerzos conceptuales que realizan los observantes para tratar de encontrar “*el verdadero alcance*” que en su criterio debe darse a la figura de “operación” en las definiciones mencionadas para ponerla en el mismo estatus de las etapas de financiación, construcción y mantenimiento (en lo referente a la definición de concesión), o para asumir que “la operación” debió haber sido de la totalidad y no solo de un componente del proyecto (en lo referente a la definición de proyecto de infraestructura), se desvanecen **fácticamente** ante la contundencia acerca de la intencionalidad expresa de la entidad de darle a la figura “operación” solamente el limitado alcance señalado en las definiciones, y **jurídicamente** ante la imposibilidad de la entidad, si ese fuera el caso (que no lo es), de darle un alcance a dicha expresión más allá de la efectivamente consignada en las reglas de la precalificación².

² CONSEJO DE ESTADO.- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil seis (2006), Radicación número: 66001-23-31-000-1997-03637-01(16041). Carga de Claridad: “(...) De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo

Hechas las anteriores precisiones, le corresponde entonces a la entidad proceder nuevamente a revisar si dentro del contrato IDU 179 de 2003, se presentó la figura de "Operación", en la justa dimensión establecida de manera expresa en el documento de invitación

Al efecto, se cuenta con concepto emitido por la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia, del cual se transcriben los apartes pertinentes:

"Ahora bien, desde el punto de vista técnico existe operación cuando están presentes en los contratos alguna o algunas de las actividades que se enlistan a continuación:

- a) *Atención de emergencias como derrumbes o inundaciones que afecten la normal circulación por las vías.*
- b) *Operación de las Estaciones de Peaje;*
- c) *Cercado de los Predios que se encuentran en el Derecho de Vía y mantenimiento del cercado durante el término de la Concesión.*
- d) *Operación, seguimiento y control del tránsito;*
- e) *Atención de accidentes.*
- f) *Primeros auxilios a personas;*
- g) *Auxilio mecánico básico a vehículos;*
- h) *Manejo y control ambiental;*
- i) *Áreas de Servicio.*
- j) *Pago de Peaje con tarjeta o telepeaje, sin perjuicio de lo previsto en la Sección 3.3.4.3 de este mismo Apéndice.*
- k) *Control del peso de vehículos de carga (Estaciones de Pesaje);*
- l) *Comunicaciones con el Centro de Control de Operación;*
- m) *Paraderos para el servicio de transporte público;*
- n) *Grúas;*
- o) *Carrotalleres;*
- p) *Postes SOS;*
- q) *Sistema de información al usuario a cerca de los trabajos que se presentan en la vía, accidentes o incidentes que afecten la normal circulación de vehículos dentro de la concesión, tarifas de cada estación de peaje, mapa con el corredor vial donde se indique la ubicación de los peajes y sitios de interés como hospitales, estaciones de servicio y sitios turísticos.*

No obstante las actividades descritas, pueden existir algunas adicionales que normalmente se encuentran establecidas en los contratos de concesión.

De igual manera, es importante tener en cuenta que las actividades descritas son actividades que normalmente hacen parte de las obligaciones de un contratista bajo contratos de concesión, tal como puede observarse en la mayoría de concesiones que tiene vigente la ANI en materia carretera o férrea".

De acuerdo con lo anterior y al analizar nuevamente la certificación del contrato aportado por el Manifestante de Interés No. 8 para la acreditación de la experiencia en inversión, del sólo contenido de la misma, no solo

expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contraponen a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso (...)"

se puede evidenciar que la entidad que emite la certificación señala la existencia de “operación”, sino que de algunas de las actividades transcritas en la misma del contrato respectivo se evidencia que se efectuó “operación”

3. Validez de la certificación inicial aportada por el manifestante MARIO ALBERTO HUERTAS COTES / CONNSTRUCTORA MECO S.A. SUCURSAL COLOMBIA, y análisis de otras respuestas del IDU en relación con el Contrato 179 de 2003.

La invitación a precalificar prevé en su numeral 3.5.11 literal (d) *"Adjuntar certificación emitida por el funcionario competente de la entidad contratante en la que conste (i) fecha suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; (iii) obligaciones principales de la parte privada, y (iv) que el contrato no haya sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista. Si la certificación no contiene la información requerida en los literales mencionados, podrá allegarse copia del contrato como complemento"*. En este caso se encuentra que:

- Es claro que el instrumento probatorio requerido para acreditar la experiencia en inversión es la certificación emitida por la entidad contratante y que el aporte del contrato se hace con el ánimo de complementar información que no esté contenida en la certificación.
- La certificación emitida por IDU es un documento público, el cual contiene los cuatro ítems requeridos en la invitación a precalificar.
- Bajo la misma lógica utilizada por los observantes para tratar de dar un alcance superior al concepto de operación establecido en el documento de invitación, se busca interpretar, más allá de lo escrito, la certificación expedida por el IDU. Al efecto, igual respuesta es necesario expresar, es decir, resulta improcedente pretender interpretar la certificación emitida por el IDU y mucho menos, como se insinúa en la argumentación de las observaciones, cuestionar la *experiencia contractual* de esta entidad por cuanto *"no es el IDU, sino la ANI, la entidad pública llamada a establecer cuáles son los criterios bajo los cuales se enmarcan las actividades que componen la fase de operación de un proyecto de concesión"* o cuestionar la validez de la experiencia *"porque así lo indicó una certificación expedida por una entidad pública cuya experiencia no son los proyectos de concesión"*.

Al respecto, vale la pena mencionar que el artículo 257 de la Ley 1564 de 2012, establece que los *"...documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza..."* Desde esta perspectiva, la ANI carece de facultades para desconocer el contenido y el alcance de la certificación del IDU, lo cual equivaldría a declarar la falsedad del mismo, trámite que sólo corresponde a quien se atribuye el documento, en los términos del artículo 269 de la misma ley. Esta definición, en caso de presentarse la tacha de falsedad, sólo puede corresponder a los jueces de la república.

Ahora bien, Adicional a estas precalificaciones se aporta un correo del 8 de julio de 2013 en donde se anticipa la respuesta que se otorgará al peticionario y finalmente, una respuesta a un derecho de petición formulado Alicia Naranjo Uribe (RAD IDU 20133460927221 de fecha 8 de julio).

En este último documento, que retoma lo anunciado inicialmente en el correo electrónico, el IDU textualmente señala:

“En atención al derecho de Petición de la referencia, me permito informarle que los contratos de concesión de la Fase II de Transmilenio correspondientes a las troncales NQS y Avenida Suba se ejecutaron en tres (3) etapas que fueron: Etapa de Preconstrucción, Etapa de Construcción y Etapa de Mantenimiento.

Esta Última Etapa incluía el mantenimiento de todos y cada uno de los elementos de infraestructura que conforman las troncales citadas.

En cuanto a la operación de las vías en los términos en que se define por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura para los contratos de concesión administrados por esta última para carreteras nacionales, en los que la administración y operación de los peajes forma parte integral del contrato de concesión y en consecuencia las obligaciones del concesionario, no se aplicó para los contratos de concesión de la Fase II de Transmilenio, por cuanto la administración y cobro de las tarifas de pasajes en cada una de las estaciones que conforman las troncales NQS y Avenida Suba, fue y es realizada directamente por la Empresa de Transporte del tercer Milenio Transmilenio S.A. a través de sus operadores.

Se aclara sí, que los concesionarios de la fase II de Transmilenio durante la etapa de mantenimiento, estaban en la obligación de mantener en perfectas condiciones de operación la infraestructura de las vías incluidas las estaciones del sistema”

También se aporta comunicación IDU radicada No. 201334929471 de julio 9 de 2013, expedida como respuesta a derecho de petición aportada por el señor Nelson Rodriguez, en donde se expresa:

“En atención al derecho de Petición de la referencia, me permito informarle que los contratos de concesión de la Fase II de Transmilenio correspondientes a las troncales NQS y Avenida Suba se ejecutaron en tres (3) etapas que fueron: Etapa de Preconstrucción, Etapa de Construcción y Etapa de Mantenimiento.

Esta Última Etapa incluía el mantenimiento de todos y cada uno de los elementos de infraestructura que conforman las troncales citadas, incluidas las labores de mantenimiento para para la conservación del estado de condición de la señalización y demarcación de calzadas.

En cuanto a la operación de las vías en los términos en que se define por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura para los contratos de concesión administrados por esta última para carreteras nacionales, en los que la administración y operación de los peajes forma parte integral del contrato de concesión y en consecuencia las obligaciones del concesionario, no se aplicó para los contratos de concesión de la Fase II de Transmilenio, por cuanto la administración y cobro de las tarifas de pasajes en cada una de las estaciones que conforman las troncales NQS y Avenida Suba, fue y es realizada directamente por la Empresa de Transporte del tercer Milenio Transmilenio S.A. a través de sus operadores.

De otro lado es pertinente aclarar que las labores relacionadas con asistencia a los usuarios, tales como servicio grúa, asistencia técnica mediante carro taller, así como atención en caso de eventuales accidentes de tránsito que afecten la integridad física de usuarios y que sea necesario el servicio de ambulancia, servicios médicos y primeros auxilios que se contemplan en los contratos de concesión administrados por la ANI, en la etapa de operación y mantenimiento, tampoco formaron parte de las obligaciones de los concesionarios de los contratos de concesión para las troncales NQS y Avenida Suba.

Se aclara sí, que los concesionarios de la Fase II de Transmilenio durante la etapa de mantenimiento, estaban en la obligación de mantener en perfectas condiciones de operación la infraestructura de las vías incluidas las estaciones del sistema, lo anterior de conformidad con lo establecido en el Apéndice D del contrato de concesión 179 de 2003 “ESPECIFICACIONES PARTICULARES DE MANTENIMIENTO”

Así las cosas se hace necesario diferenciar las expresiones garantizar la operación del sistema Transmilenio y operar el sistema Transmilenio, que para el caso de los concesionarios de las Troncales de la Fase II, su obligación era garantizar la operación del sistema Transmilenio, manteniendo el estado de condición de toda la infraestructura construida con el contrato de concesión.

De otro lado en el evento en que el concesionario se viere en la necesidad de intervenir las calzadas exclusivas del sistema Transmilenio para efectuar el mantenimiento correctivo al pavimento, tendría que adelantar las gestiones conducentes a la aprobación por parte de la Secretaría Distrital de Movilidad y de Transmilenio S.A. del plan de manejo de tráfico, señalización y desvíos el cual una vez aprobado generaba para el concesionario efectuar las actividades u operaciones que dieran como resultado la implantación de dicho plan de manejo de tráfico y así poder intervenir las calzadas exclusivas”.

Al respecto, y revisadas estas nuevas comunicaciones por parte de la Vicepresidencia de Estructuración y el componente técnico del firma externa encargada de la evaluación en la presente precalificación, se mantiene la posición de la entidad en el sentido de que en el contrato 179 de 2003, se presentó la figura de “operación”, en las condiciones señaladas en el documento de invitación a precalificar.

Al efecto debemos llamar la atención en relación con la afirmación realizada en el inciso tercero de ambos escritos por el IDU, la cual, a pesar de adentrarse en un análisis que no le corresponde realizar, no cambia para nada la posición plasmada hasta la saciedad en el presente documento, ya que en las reglas de la invitación a precalificar no se estableció que la “operación” debía entenderse “*en los términos en que se define por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura para los contratos de concesión administrados por esta última para carreteras nacionales*”, y por ende en esta instancia no es posible darle este alcance.

4. Proceso VJ-VE-IP 002- 2013.

Se cuestiona por los observantes la aparente contradicción en la que incurrió la Agencia en las audiencias de conformación de listas de precalificados para los sistemas VJ-VE-IP-001-2013 y VJ-VE-IP-002-2013, toda vez que frente a certificaciones de contratos de “*idéntica naturaleza*” (Fase II de Transmilenio), se procedió a validar uno de ellos y el otro no.

Al respecto, de entrada se expresa nuestra ratificación acerca de lo manifestado en el curso de la audiencia de conformación de la lista de precalificados del sistema VJ-VE-IP-002-2013, en la que manifestó “*Al revisar nuevamente la certificación aportada por la sociedad Hidalgo e Hidalgo, la cual es expedida por la Entidad oficial IDU, no aparece en esa certificación alusión alguna al desarrollo de actividades de operación y adicionalmente al revisar el apéndice D, no se encuentra de manera clara que las actividades desarrolladas tengan que ver con operación, pues las mismas se refieren a mantenimiento y no a operación, por lo tanto, se acepta la observación y en consecuencia este contrato no es tenido en cuenta para acreditar la experiencia en inversión*”

La invitación a precalificar dispuso en su literal d) del numeral 3.5.11 “*Para acreditar la Experiencia en Inversión, los manifestantes deberán:*

“d) Adjuntar certificación emitida por el funcionario competente de la entidad contratante en la que conste (i) fecha suscripción del contrato; (ii) valor del contrato; (iii) obligaciones principales de la parte privada, y (iv) que el contrato no haya sido objeto de terminación por caducidad o incumplimiento del contratista. Si la certificación no contiene la información requerida en los literales mencionados, podrá allegarse copia del contrato como complemento”.

Para la Agencia es claro el mandato contemplado en el numeral 1.1.4 del documento de Invitación a Precalificar, que consagra que dicho documento recoge “*íntegramente las reglas que rigen la presente Precalificación...*”, el documento de invitación es de obligatorio cumplimiento para las partes y para la entidad y por ende sería totalmente reprochable que la Agencia Nacional de Infraestructura violentara en sus decisiones lo allí establecido. Por ello en la decisión final tomada en la situación particular expuesta por los

observantes, no hizo otra cosa la Agencia que dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el literal d) del referido numeral 3.5.11, y que era de obligatorio cumplimiento por parte de los manifestantes.

Al efecto debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo acaecido en la audiencia de conformación de lista de precalificados en el sistema VJ-VE-IP-001-2013, donde el Manifestante observado aportó una certificación debidamente expedida en la que no sólo se mencionaba expresamente la realización de actividades de operación, sino que adicionalmente se relacionaban algunas de dichas actividades, en la audiencia de correspondiente a la precalificación VJ-VE-IP-002-2013, el Manifestante HIDALGO E HIDALGO S.A – HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA SAS – CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN no acreditó, respecto del contrato suscrito con el IDU, su experiencia en inversión en debida forma ya que aportó una certificación que no contenía ninguno de los elementos en mención y por ende no cumplía con lo dispuesto en el documento de invitación a precalificar.

Valga la ocasión para traer a colación el aforismo latino que consagra “*Da Mihi Factum, Dabo Tibi Ius*” (dame los hechos yo te daré el derecho). El Manifestante HIDALGO E HIDALGO S.A – HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA SAS – CONSTRUCCIÓN Y ADMINISTRACIÓN, no presentó los “hechos” tal como lo exigía la invitación, acompañados de respectiva certificación con el lleno de los requisitos, por lo que mal podía la Agencia reconocerle tal derecho.

El desarrollo de este principio contenido en el referido aforismo encuentra en los artículos 167 de la Sección Tercera “Régimen Probatorio” Título Único “Pruebas” Capítulo I Disposiciones Generales del Código de Procedimiento Civil, que de manera residual es aplicable a procedimiento de la presente actuación administrativa, que a su tenor 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”.*

Con fundamento en lo expuesto, dicho argumento tampoco es de recibo por parte de la Agencia, como valedero para proceder a variar el informe de evaluación inicial.

5. Decisión de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Con base en los anteriores argumentos la Agencia ratifica la decisión tomada y plasmada en el informe de verificación inicial de requisitos habilitantes en relación con el manifestante observado.

COMITÉ EVALUADOR