



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20247020014185**

**\*20247020014185\***

Fecha: **05-11-2024**

*“Por la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa del Pliego de Condiciones de la Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación N° VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024”*

**EL VICEPRESIDENTE DE ESTRUCTURACIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales conferidas por la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011, la Ley 1508 de 2012, sus Decretos reglamentarios, en especial, el Decreto 1082 de 2015, y de acuerdo con el Decreto 4165 de noviembre de 2011 modificado por el Decreto 746 de 2022 y las Resoluciones No. 295 de 2020 y No. 7275 del 03 de junio de 2022, y

**CONSIDERANDO:**

**I. ANTECEDENTES DE INICIATIVA PRIVADA Y EL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA CON PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024**

1. Que, mediante el Decreto 4165 del 03 noviembre de 2011 se cambió la naturaleza jurídica del INCO a la de Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, como una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, la cual de conformidad con el artículo 3° del Decreto 4165, tiene por objeto: *“...planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación”*.
2. Mediante radicado ANI No. 2015-409-051731-2 del 21 de agosto de 2015 y No. 2016-409-045314-2 del 1 de junio de 2016, fue presentada por parte de la sociedad por acciones simplificada SP INGENIEROS S.A.S., sociedad constituida de conformidad con las leyes de la





Documento firmado digitalmente



República de Colombia, identificada con NIT 890.932.424-8 (en adelante el Originador), la propuesta en etapa de prefactibilidad del proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos denominada, en su momento "IP Aeropuertos de San Andrés y Providencia", que contempló como objeto "(...) *la operación, mantenimiento, adecuación, modernización y explotación comercial del lado tierra y operación, mantenimiento y explotación comercial del lado aire de los aeropuertos Gustavo Rojas Pinilla y El Embrujo (...)*" (en adelante "el Proyecto").

3. Mediante oficio con radicado ANI No. 2016-200-020145-1 del 08 de julio de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante la "Agencia" o la "ANI") aprobó el Proyecto en etapa de prefactibilidad al considerarlo de interés público y viable.
4. El Proyecto comprende la financiación, elaboración de estudios y diseños, reconstrucción, adecuación, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, modernización y reversión tanto del Lado Aire como del Lado Tierra del "Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla" de San Andrés y considera la demolición del terminal existente y construcción de una nueva terminal de pasajeros, la demolición y construcción del nuevo edificio de bomberos SEI, la construcción de un edificio para depósito de residuos, demolición y construcción del nuevo terminal de carga, construcción de una nueva subestación eléctrica y construcción de planta de frío. Igualmente prevé la demolición y construcción de un nuevo edificio de los Servicios Médicos Aeroportuarios, acondicionamiento de plataforma al proyecto, obras civiles lado aire y lado tierra y contempla la operación y mantenimiento de la Infraestructura aeroportuaria disponible.
5. En cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012, la Agencia efectuó la evaluación de los aspectos técnicos, socioeconómicos, ambientales, prediales, financieros y jurídicos del Proyecto e incluyó dentro de los estudios de factibilidad la descripción completa del mismo incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del aeropuerto, el modelo financiero detallado y formulado como fundamento para establecer el valor del Proyecto, así como la descripción detallada de las fases y duración de este y justificación del plazo del contrato.
6. Que mediante oficio con radicado ANI No. 20247020073601 del 01 de marzo de 2024, la Agencia aprobó el Proyecto en etapa de factibilidad y fijó las condiciones de la aceptación de la iniciativa privada.
7. Que el Originador a través de comunicación radicado ANI No. 20244090298662 de 8 de marzo de 2024 aceptó en su integridad los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad de la iniciativa privada presentada emitida por la Agencia.
8. Que el 12 de marzo de 2024 la Agencia Nacional de Infraestructura publicó, a través del SECOP I y de la página web de la Entidad el Documento de Invitación correspondiente a la Precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024, que tiene por objeto realizar la Convocatoria pública para que terceros manifiesten interés en el Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos denominado "*Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés*", cuyo objeto es: "*La financiación, elaboración de estudios y diseños, reconstrucción, adecuación, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, modernización y reversión tanto del Lado Aire como del Lado Tierra del Aeropuerto "GUSTAVO ROJAS PINILLA" ubicado en el Departamento archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.*"
9. Que en el marco de los principios de transparencia, igualdad, economía, responsabilidad, selección objetiva, planeación y demás principios que regulan el proceso, la ANI celebró la audiencia de presentación del proyecto el día 18 de abril de 2024 y publicó el protocolo para el desarrollo de la visita técnica del día 11 de abril de 2024, con el fin de lograr una adecuada, transparente y eficaz interacción con el potencial mercado interesado (que incluyen a



constructores, operadores, potenciales concesionarios, fondos, inversionistas, organismos multilaterales, transportadores, sector financiero, sector asegurador, entre otros) en participar en el Proyecto, de manera que, junto con la promoción y divulgación del mismo, se puedan conocer diferentes experiencias, perspectivas y enfoques, y con ello, lograr un mejor conocimiento del mercado y unas mejores condiciones para el cumplimiento de los fines públicos del Proyecto.

10. Que en el curso de la Precalificación y en garantía de los principios o postulados de publicidad, contradicción y transparencia, el 9 y 15 de abril de 2024, el 11 de junio de 2024 y el 2, 3 y 22 de julio de 2024 se emitieron respuestas a las observaciones realizadas por los Interesados en relación con el Documento de Invitación, sus apéndices y anexos, todas ellas debidamente consolidadas y publicadas en el SECOP I y en la página web de la Entidad, así mismo se dio respuesta a las observaciones extemporáneas a través de matriz publicada el 25 de julio de 2024.

11. Que el día 26 de julio de 2024, se llevó a cabo AUDIENCIA DE CIERRE PARA PRESENTACIÓN DE MANIFESTACIONES DE INTERÉS PROYECTO DE APP DE INICIATIVA PRIVADA, en la cual se recibieron dos (2) Manifestaciones de Interés, así:

No.	MANIFESTANTE	No. DE RADICADO	INTEGRANTES	NACIONALIDAD
1	TERMOTECNICA COINDUSTRIAL SAS	20244090912252	N/A	COLOMBIANA
2	CSS CONSTRUCTORES SA	20244090912532	N/A	COLOMBIANA

12. Que, en virtud de los principios rectores de la actividad contractual, la Agencia publicó en el SECOP I, el día 29 de julio de 2024 las Manifestaciones de Interés presentadas, lo cual permitió la consulta directa de todos los documentos aportados, junto con la Manifestación de Interés, sin necesidad de tener que acudir a la Entidad o de solicitar la expedición de copias de estas.

13. Que el día 5 de agosto de 2024, y una vez realizada la verificación de los requisitos habilitantes por la empresa encargada de la evaluación "KONFIRMA S.A.S", quien fungió como Comité Evaluador, se realizó la publicación de unos requerimientos previos a los Manifestantes a través de SECOP I.

14. Que, en virtud de lo anterior, la Agencia recibió subsanación por parte de los Manifestantes, las cuales fueron publicadas en la plataforma SECOP I, el día 12 de agosto de 2024.

15. Que el día 16 de agosto de 2024, se realizó la publicación en el SECOP I y en la página web de la Entidad del informe de verificación preliminar, cuyo resultado fue el siguiente:

#	NOMBRE	CAPACIDAD JURÍDICA	CAPACIDAD FINANCIERA	CAPACIDAD EN INVERSIÓN
1	TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE
2	CSS CONSTRUCTORES S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE

16. Que dentro del plazo establecido en el cronograma no se recibieron observaciones al informe preliminar de verificación de requisitos habilitantes de parte del Originador, ni contra observaciones por parte de los Manifestantes.

17. Que el día 5 de septiembre de 2024, en sesión del Comité de Contratación de la ANI, se informó a los miembros sobre la publicación del informe final de verificación de requisitos habilitantes.

18. Que el día 5 de septiembre de 2024, la Agencia Nacional de Infraestructura publicó el Informe Final de verificación de requisitos habilitantes, concluyendo que los dos Manifestantes se



encontraron habilitados. El resultado de la evaluación final de las Manifestaciones de Interés fue el siguiente:

#	NOMBRE	CAPACIDAD JURÍDICA	CAPACIDAD FINANCIERA	CAPACIDAD EN INVERSIÓN	HÁBIL
1	TERMOTECNICA COINDUSTRIAL S.A.S.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI
2	CSS CONSTRUCTORES S.A.	CUMPLE	CUMPLE	CUMPLE	SI

19. Que el día 6 de septiembre de 2024 a las 10:02 a.m. se llevó a cabo la audiencia de conformación de lista de precalificados, en desarrollo de la cual no se presentaron observaciones ni contra observaciones al informe final de verificación de requisitos habilitantes.
20. Que, en virtud de lo anterior, el Vicepresidente de Estructuración acogió el Informe Final de verificación de requisitos habilitantes que contenía el resultado de la evaluación de las Manifestaciones de Interés elaborado por el Comité Evaluador, el cual fue presentado en sesión de Comité de Contratación de la ANI y publicado en el SECOP I el 5 de septiembre de 2024.
21. Que el día 6 de septiembre de 2024 mediante Resolución No. 20247030011185 se conformó la Lista de Precalificados para el presente proceso de la siguiente manera:

ORIGINADOR			
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS SP INGENIEROS S.A.S			
No.	MANIFESTANTE	IDENTIFICACIÓN	NACIONALIDAD
1	TERMOTECNICA COINDUSTRIAL SAS	890.903.035-2	COLOMBIANA
2	CSS CONSTRUCTORES SA	832.006.599-5	COLOMBIANA

22. Que la Resolución 20247030011185 de 6 de septiembre de 2024 no fue objeto de recurso y a la fecha se encuentra en firme según constancia de ejecutoria expedida por la Vicepresidencia Jurídica el 23 de septiembre de 2024.
23. Que el día 23 de septiembre de 2024 la Agencia Nacional de Infraestructura publicó en la plataforma de SECOP I el proyecto de Pliego de Condiciones y sus documentos anexos, para el Proceso de Selección No. **VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024** bajo la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación de conformidad con el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, para efectos de consulta por parte de los interesados en participar en dicho proceso de selección, con la finalidad de *“Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto es: La financiación, elaboración de estudios y diseños, reconstrucción, adecuación, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, modernización y reversión tanto del Lado Aire como del Lado Tierra del Aeropuerto “GUSTAVO ROJAS PINILLA”, ubicado en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”*
24. Que mediante Aviso Modificadorio No. 1 del 27 de septiembre de 2024, se modificó el numeral 2.3. “CRONOGRAMA DEL PROCESO DE SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA CON PRECALIFICACIÓN” del proyecto de Pliego de Condiciones.
25. Que, hasta el 30 de septiembre de 2024, de acuerdo con el cronograma del Proceso de Selección, los Precalificados realizaron observaciones al proyecto del Pliego de Condiciones, a los anexos y apéndices.
26. Que el 1 de octubre de 2024, se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública- SECOP I y en la página Web de la Entidad, la matriz de respuestas a las



Documento firmado digitalmente



observaciones realizadas al proyecto del pliego de condiciones, sus anexos y apéndices; efectuadas en los términos dispuestos en el cronograma.

27. Que el plazo de ejecución del contrato de concesión se encuentra establecido en detalle en la minuta del contrato que se adjunta al Pliego de Condiciones definitivo del Proceso de Selección.
28. Que para la ejecución del presente Proyecto de Asociación Público-Privada de Iniciativa Privada no se requiere el desembolso de recursos públicos, toda vez que le corresponde al privado asumir los costos del proyecto. Asimismo, se hace constar que por parte del Ministerio de Transporte y Ministerio de Hacienda y Crédito Público se emitió concepto favorable y por parte del Departamento Nacional de Planeación DNP, se emitió concepto favorable a la justificación presentada para la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del Proyecto de la Asociación Publico Privada de Iniciativa Privada, dando cumplimiento a la totalidad de los requisitos establecidos en la normatividad vigente aplicable.
29. Que el valor del contrato corresponde a la suma de UN BILLÓN QUINCE MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$1.015.726.286.846) Pesos del Mes de Referencia.
30. Que el presupuesto oficial del proceso corresponde al valor del VPIE que equivale a SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS (\$664.606.975.732) Pesos del Mes de Referencia.
31. Que el Pliego de Condiciones definitivo y demás documentos relacionados con el Proceso de Selección, pueden ser consultados en la plataforma SECOP I y en la página web de la ANI [www.ani.gov.co](http://www.ani.gov.co).
32. Que, de conformidad con la regulación vigente en la materia, la convocatoria no fue susceptible de ser limitada a MiPymes nacional.
33. Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, solamente quienes conformaron la Lista de Precalificados en el marco de la Invitación a Precalificar No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024 y el Originador, pueden presentar Oferta en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones definitivo.
34. Que, en Comité Ordinario de Contratación Virtual de fecha 1 de octubre de 2024, los miembros del Comité recomendaron la apertura y publicación del Pliego de Condiciones definitivo del presente Proceso de Selección.
35. Que en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.5 del Decreto 1082 de 2015, el día 1 de octubre de 2024, la ANI expidió y publicó en el SECOP I y en la página Web de la Entidad, la Resolución Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación **VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024**, junto con los estudios previos, el Pliego de Condiciones definitivo, sus formatos y anexos.
36. Que de conformidad con el numeral 1.3.64 del Pliego de Condiciones, el "VPIE": Es el valor presente expresado en Pesos del Mes de Referencia del Recaudo de Ingresos contados desde la Fecha de Inicio, aceptado por la ANI de acuerdo con el ofrecimiento hecho por Oferente siguiendo las reglas del Proceso de Selección u ofrecido por el Originador y aceptado por la ANI en la Oferta en Etapa de Factibilidad. El monto de VPIE se señala en la Parte Especial de la minuta del Contrato (Anexo 1).
37. Que de acuerdo con lo establecido en la respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad a



Documento firmado digitalmente



la propuesta de Asociación Público Privada de iniciativa privada para el proyecto denominado: "Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés" mediante Radicado ANI No. 20247020073601 de 01 de marzo de 2024 y aceptado por el Originador mediante comunicado de radicado 20244090298662 de 8 de marzo de 2024, en el marco del Proceso de Selección Abreviadas de Menor Cuantía, se entenderá que la Oferta Económica del Originador, serán las condiciones de carácter económico y financiero que fueron presentadas en la etapa de factibilidad. En consecuencia, el Originador no deberá presentar Oferta Económica como parte de su Oferta dentro del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía.

38. Que en línea con lo anterior, el numeral 4.2.5 del Pliego de Condiciones dispone que se entenderá por Oferta Económica del Originador las condiciones de carácter económico y financiero que fueron objeto de análisis y aprobación por parte de la ANI de conformidad con la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios y cuyas condiciones fueron fijadas mediante oficio con radicado No. 20247020073601 de 01 de marzo de 2024 y aceptado por el Originador mediante comunicado de radicado 20244090298662 de 8 de marzo de 2024, el cual corresponde al valor presente expresado en Pesos del Mes de Referencia del Recaudo de Ingresos - VPIE equivalente a **SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS** (\$664.606.975.732) Pesos del Mes de Referencia.
39. Que, el 2 de octubre de 2024 se llevó a cabo la audiencia de estimación, tipificación y asignación de riesgos y de aclaración al Pliego de Condiciones, en la cual se presentaron observaciones por parte de los Precalificados.
40. Que, hasta el 9 de octubre de 2024, de acuerdo con el cronograma del Proceso de Selección, los Precalificados realizaron observaciones al Pliego de Condiciones, a los anexos y apéndices.
41. Que el día 9 de octubre de 2024 se publicó la Adenda 1 al Pliego de Condiciones modificando del cronograma del proceso de selección.
42. Que el 17 de octubre de 2024, se publicó en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública- SECOP I y en la página Web de la Entidad, la matriz de respuestas a las observaciones extemporáneas al proyecto del Pliego de Condiciones, la matriz de respuestas recibidas en la audiencia de asignación de riesgos y aclaración de Pliego de Condiciones, la matriz de respuestas al Pliego de Condiciones y la matriz de respuestas a observaciones extemporáneas al Pliego de Condiciones, en los términos dispuestos en el cronograma.
43. Que el 18 de octubre de 2024 se publicó la Adenda 2 modificando los numerales 3.11.1(iv), 4.3, 7.5.4, 7.6, 7.10 y 8.5.1 del I Pliego de Condiciones del Proceso de Selección.

## II. DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA PRESENTADA POR SP INGENIEROS S.A.S.

44. Que, el día 9 de octubre de 2024, el Originador SP INGENIEROS S.A.S., por intermedio de su representante legal presentó solicitud de "Revocatoria o suspensión, y modificación del Pliego de Condiciones Definitivo", específicamente solicitando:

"(...)

7.1 Establecido lo anterior, se solicita a la ANI lo siguiente:

- (i) *La revocatoria inmediata del Pliego de Condiciones Definitivo expedido por la ANI en el marco del procedimiento de selección en la referencia, con la finalidad de adelantar su reestructuración de conformidad con la Ley vigente. La presente solicitud se realiza en virtud del artículo 93 del CPACA.*
- (ii) *En subsidio de lo anterior, la suspensión y modificación del Pliego de Condiciones*

*Definitivo, con la finalidad de adelantar su reestructuración de conformidad con la Ley vigente.,*

- 7.2. *Adicionalmente, como derecho de petición, se solicita a la ANI suministrar la información completa de todos los funcionarios asociados con el procedimiento de selección en la referencia, indicando los siguientes datos: nombre completo, cédula de ciudadanía, nivel, cargo, forma de vinculación a la ANI, funciones dentro de la entidad y funciones dentro del procedimiento de selección.”*

Para soportar su solicitud, argumenta el Originador que:

*“En el Pliego de Condiciones, publicado en su versión definitiva el 1 de octubre de 2024 por la ANI, se han constatado **graves y flagrantes violaciones a la Ley aplicable en materia de selección de contratistas para proyectos APP**, particularmente frente a los derechos en cabeza del Originador del Proyecto -SP Ingenieros S.A.S.-, y, en general, a las condiciones de participación de los proponentes. La vulneración de la Ley aplicable, advertimos, **conlleva necesariamente la eventual declaratoria de nulidad del acto administrativo de adjudicación del Proyecto**, por vulneración del ordenamiento jurídico superior sobre el cual debe fundarse el acto administrativo, así como los principios de selección objetiva, legalidad economía y moralidad administrativa, entre otros.*

*Paralelamente, la continuidad del procedimiento de selección y la eventual adjudicación ilegal del Proyecto -dadas las múltiples violaciones a la Ley aplicable constatadas- **necesariamente implicaría la responsabilidad extracontractual de la Agencia Nacional de Infraestructura**, en el marco del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, por consiguiente, la responsabilidad patrimonial de los funcionarios públicos vinculados a la ANI que participaron y adelantaron el procedimiento de selección, en sede de la acción de repetición.*

*Adicionalmente, la adjudicación del Proyecto en estas condiciones conllevaría también la responsabilidad disciplinaria y penal de los funcionarios públicos encargados de adelantar el procedimiento de selección, bajo el tipo penal establecido en el artículo 410 del Código Penal Colombiano, por celebrar contratos estatales sin el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el ordenamiento jurídico.*

Dichas afirmaciones, se soportan en los siguientes argumentos:

- A. El derecho de mejora es un pilar fundamental en materia de Asociaciones Público – Privadas de Iniciativa Privada que no requieran el desembolso de recursos públicos.
- B. El Pliego de Condiciones expedido por la ANI vulnera de forma grave y flagrante el derecho de mejora en cabeza del Originador del Proyecto.
- C. La presentación de la Garantía de Seriedad de la Oferta y el Cupo de Crédito Específico no son exigibles al Originador hasta la presentación de la mejora de la Oferta.
- D. Los requisitos del pliego no son claros, lo cual desconoce el principio de transparencia establecido en la Ley 80 de 1993.
- E. El Pliego de Condiciones debe ser revocado por la ANI, en virtud del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, y proceder con su reestructuración. Alternativamente, la ANI tiene la posibilidad de suspender el proceso y reestructurarlo, o ampliar el plazo del mismo y reestructurarlo.
- F. Consecuencias de la adjudicación del contrato estatal desconociendo la normatividad aplicable – responsabilidad patrimonial, penal y disciplinaria.



Documento firmado digitalmente





Documento firmado digitalmente



### III. CAUSAL QUE SE INVOCA EN LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA

45. La entidad vislumbra que el observante invoca como causal para la solicitud de revocatoria directa la descrita en el numeral 1 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 que dispone, *“Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley”*.

El anterior entendimiento se da teniendo en cuenta que subraya y resalta en negrillas la mencionada causal dentro de las demás previstas en el citado artículo.

### IV. DE LA OPORTUNIDAD DE LA REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO DE APERTURA

46. La Ley 1437 de 2011 en su artículo 95 sobre la oportunidad de la actuación regló:

*“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”.*

47. Que, para el caso concreto, se encuentra cumplido el requisito de oportunidad, teniendo en cuenta que el solicitante radicó solicitud de revocatoria directa a través del representante legal de la empresa SP Ingenieros S.A.S, Sr. Andrés Saldarriaga Pérez, el 08 de octubre de 2024, en el marco del proceso de SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA CON PRECALIFICACIÓN No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024.

### V. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA

48. Que, en atención a lo solicitado, la Agencia Nacional de Infraestructura procede a dar respuesta a cada uno de los argumentos del solicitante, en los términos que a continuación se precisan, no sin antes dejar constancia que por economía administrativa se entienden transcritos en el presente acto todos los argumentos manifestados por el solicitante.

**A. El derecho de mejora es un pilar fundamental en materia de Asociaciones Público – Privadas de Iniciativa Privada que no requieran el desembolso de recursos públicos.**



49. Sobre este aspecto, indica el solicitante:

“(…)

1.1 Uno de los pilares fundamentales en materia de Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada que no requieren el desembolso de recursos públicos es el derecho de mejora de la oferta, en cabeza del Originador del proyecto. El artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 establece el derecho de mejora en cabeza del Originador, en los siguientes términos:

“Si como resultado del proceso de selección el proponente Originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días **hábiles contados desde la publicación del informe** de evaluación de las propuestas. Si el Originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.”. (N.F.T.)

1.2 Insistentemente el Originador ha indicado que existe una **ILEGALIDAD** en la Sección 7.10. del Pliego de Condiciones que establece que, cuando el ejercicio del derecho de mejora de la oferta del Originador de la Iniciativa Privada tenga por objeto la oferta económica, este deberá mejorar su oferta **en la audiencia** de Apertura del Sobre No. 2 para que esta pueda considerarse válida. Luego, el Pliego señala que, si el Originador desea mejorar su oferta económica, debe hacerlo en la audiencia de apertura del Sobre No. 2, mientras que, si el Originador desea mejorar cualquier otro aspecto de su propuesta distinto a la oferta económica, este deberá anunciarlo en la audiencia de apertura del Sobre No. 2, y tiene un plazo hasta el 6 de diciembre de 2024 para hacer uso del derecho de mejora.

1.3 La distinción que realiza la ANI -que la mejora de la oferta económica debe hacerse en la misma audiencia, mientras que para la mejora de los demás aspectos de la oferta se tiene un plazo establecido en el Pliego- carece de todo fundamento legal y reglamentario, y desconoce directamente lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, el cual establece un plazo único, razonable y sin distinciones de ningún tipo, contado a partir de que el Originador tenga conocimiento del orden de elegibilidad definitivo del procedimiento de selección, para hacer uso del derecho a mejorar la oferta. **Ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 de 2015 establecen la distinción contenida en el Pliego** respecto al mejoramiento de la oferta económica y el mejoramiento de las demás condiciones de la oferta.

1.4 La norma citada tiene una doble funcionalidad: por un lado, actúa como reconocimiento ante el dispendioso y costoso procedimiento de estructuración de un Proyecto de Asociación Público – Privada de Iniciativa Privada que no requiere el desembolso de recursos públicos. En este tipo de proyectos, el Originador, procurando ofrecer al Estado una alianza estratégica para la prestación de un servicio público, se encarga de la estructuración de un Proyecto de alta complejidad, con los más altos estándares técnicos, administrativos y financieros. Por lo anterior, la Ley le reconoce esta ventaja competitiva en el procedimiento de adjudicación del contrato APP, la cual no le asegura la adjudicación del contrato -respetando siempre el principio que señala que el interés general está siempre por encima del interés particular- sino la posibilidad de estructurar una mejor oferta al Estado, en el caso que no resulte adjudicatario en un primer momento del proyecto.

1.5 Por otro lado, el derecho de mejora actúa como incentivo para los particulares interesados en estructurar proyectos APP de Iniciativa Privada que no requieran el desembolso de recursos públicos. Así, este reconocimiento permite promover e

*incentivar las iniciativas provenientes desde el sector privado, que buscan la satisfacción de los fines del Estado y el interés general.*

1.6 La garantía y protección de este derecho es **indispensable** para el funcionamiento del modelo de Iniciativa Privada. Su vulneración -además de ser inconveniente para efectos de confianza del Sector Privado en el mecanismo APP- constituye un grave desconocimiento de la normatividad aplicable, particularmente del artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015. La administración pública, bajo el principio de separación de poderes y de legalidad, tiene prohibido desconocer la normatividad aplicable a los procedimientos de selección de contratistas, toda vez que su regulación es una competencia constitucional en cabeza del Congreso de la República<sup>1</sup>.

*Así, los Actos Administrativos Precontractuales, como lo es el Pliego de Condiciones, deben ajustarse a lo establecido por el legislador en materia de procedimientos de selección o, de lo contrario, deben ser declarados nulos, y debe indemnizarse a todos los afectados por la expedición contraria a derecho de ese acto. (...)* (Negrillas y subrayas del solicitante)

50. La Agencia no comparte los argumentos del solicitante, conforme las siguientes consideraciones:

#### 50.1 Sobre la Ley 1508 de 2012 y los incentivos a las iniciativas privadas

La Ley 1508 de 2012 y de sus posteriores decretos reglamentarios<sup>1</sup>, por medio de los cuales se estableció el régimen legal de las asociaciones público privadas<sup>2</sup> en Colombia, indica su exposición de motivos, representa el esfuerzo del Estado dirigido a lograr una verdadera y efectiva vinculación de capital privado para el desarrollo de la infraestructura en Colombia, una política de priorización de proyectos y una política precisa de manejo de riesgos a través de documentos CONPES y tiene como objetivos:

*“(1) estructurar los mecanismos de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) **explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública –por explotación comercial, inmobiliaria, etc.–, y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo por la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos; aspectos que **buscan incentivar la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados.**”***<sup>3</sup>(Negrilla fuera del texto)

Con las anteriores finalidades, la Ley 1508 de 2012 reguló los esquemas de asociación público privada (APP), definiéndolos en su artículo 1° como *“un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios*

<sup>1</sup> Esta ley fue reglamentada por los Decretos 1467 de 2012, Decreto 100 de 2013 (derogado por el Decreto 1553 de 2014), Decreto 1610 de 2013, Decreto 301 de 2014 y Decreto 1553 de 2014, los cuales fueron compilados en el Decreto 1082 de 2015.

<sup>2</sup> El régimen de asociaciones público se complementa con las normas que integran el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, el régimen de Obligaciones Contingentes de las Entidades Estatales de acuerdo con la Ley 448 de 1998, el Decreto Único Reglamentario del Sector de Hacienda y Crédito Público 1068 de 2015, las disposiciones legales y reglamentarias que integran los regímenes sectoriales aplicables a los proyectos en atención al tipo de inversión de que se trate, y demás resoluciones expedidas por el Departamento Nacional de Planeación-DNP, entre otras disposiciones aplicables.

<sup>3</sup> Exposición de motivos Ley 1508 de 2012. Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011.



Documento firmado digitalmente





*relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”*

La referida ley establece dos clases de esquemas de asociación público-privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. Por lo anterior, son cuatro (4), las posibles modalidades de APP: (i) APP de iniciativa pública sin aporte de recursos públicos, (ii) APP de iniciativa pública con aporte de recursos públicos, (iii) APP de iniciativa privada sin aporte de recursos públicos, y (iv) APP de iniciativa privada con aporte de recursos públicos. A partir de esta estructura, se regulan los procedimientos que se deben surtir cada una de las iniciativas, en sus etapas de estructuración, selección del concesionario y ejecución.

Con el propósito de resolver la solicitud de revocatoria, resulta relevante analizar el marco normativo que faculta a los agentes privados a estructurar proyectos de asociación público-privada de iniciativa privada (en adelante “Iniciativa Privada”), a su cuenta y riesgo, tal y como lo indica el inciso primero del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012:

***“Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.”***  
(Negrilla fuera de texto).

En este sentido, existen dos tipos de origen en las asociaciones público-privadas, las de Iniciativa Pública y las de Iniciativa Privada, lo cual fue analizado por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-595 de 2014, como se expone a continuación:

*“La ley prevé además dos tipos de APP: de iniciativa pública y de iniciativa privada.*

*En la primera modalidad, la entidad contratante debe encargarse de: (i) realizar los estudios previos de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, los cuales deben contar con la aprobación del DNP o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial; (ii) elaborar (...) la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato; (iii) evaluar el costo-beneficio del proyecto (...) analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados; (iv) justificar la utilización del mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto; y (v) llevar a cabo el (...) análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre – artículo 11.*

*En la segunda modalidad, la estructuración del proyecto la realiza por su propia cuenta y riesgo y asumiendo todos los costos, el particular que identifica la necesidad y la pone en conocimiento de la entidad pública responsable de satisfacerla –artículo 14-; a este particular se le denomina ‘originador’.”*<sup>[108]</sup>

Con similares términos, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha manifestado, con relación a los dos tipos de origen de las APP, lo siguiente:

*“Vale la pena aclarar que la Ley 1508 de 2012 establece dos clases de esquemas de asociación público-privada: APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada, y*



*dispone que en cualquiera de las dos modalidades podrá haber o no aportes de la entidad pública que pretenda celebrar el contrato, según la forma como se estructure el proyecto. En relación con las asociaciones público-privadas de iniciativa privada, el artículo 14 de la citada ley dispone que “[l]os particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes”<sup>4</sup>.*

De las anteriores citas jurisprudenciales es claro que, la ley establece una diferencia entre el régimen jurídico y características de las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Pública respecto de las de Iniciativa Privada, señalando que, en este último tipo de esquemas, la estructuración del proyecto se realiza por cuenta y riesgo del originador asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración. Sobre el principio de planeación en los esquemas APP de iniciativa privada, la jurisprudencia ha indicado lo siguiente:

*“La jurisprudencia constitucional [sentencia C-300 de 2012] y la contenciosa administrativa determinan que el principio de la planeación es esencial a toda la actividad contractual, lo que da cobertura a los esquemas de APP cuando es un particular el originador de la iniciativa privada.*

*El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 al regular la estructuración de los proyectos por agentes privados, lo hace sustentado en el principio de la planeación aplicable por expresa determinación del artículo 4 de la misma norma, y con base en los criterios que anteriormente han sido expuestos.*

*El mencionado artículo 14 establece ciertas reglas que deben explicarse bajo el alcance del principio de planeación: (i) al tratarse de una iniciativa privada el particular originador estructura el proyecto de infraestructura pública, por ejemplo, por su cuenta y riesgo. Esto quiere decir que es el particular originador el que debe suministrar la información, los diseños, los criterios técnicos, los elementos presupuestales, los criterios de demanda y de precios, la definición inicial de los riesgos para estructurar el proyecto; (ii) lo que debe surtirse en una primera etapa o de prefactibilidad en donde se exige (a) la descripción completa del proyecto, (b) el [o los] diseño [s] mínimo [s] de lo que constituirá la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura; (c) el alcance del proyecto; (d) los estudios de demanda; (e) las especificaciones del proyecto; (f) su costo estimado, y; (g) su fuente de financiación [inciso 3o , artículo 14 Ley 1508 de 2012].*

*Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto”<sup>5</sup>.*

Bajo el panorama normativo y jurisprudencial, en las Iniciativas Privadas, el originador debe cumplir con el principio de planeación, y bajo este principio estructura el proyecto por su cuenta y riesgo, asumiendo los costos de la estructuración. Ahora bien, la estructuración de proyectos de Iniciativa Privada se divide en dos etapas: una de prefactibilidad y otra de

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2346 del 15 de agosto de 2017.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 57421 de 29 de enero de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



factibilidad, como dispone el inciso segundo del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012:

(...) *“El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.”*

Cada una de estas etapas de la estructuración tiene unos requisitos, como lo indican los incisos tercero, cuarto y quinto del citado artículo 14:

(...) *“En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.*

*Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.*

*En la etapa de factibilidad el originador del proyecto **deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión** o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.”* (Negrilla fuera de texto)

Como se indicó anteriormente, la Ley 1508 de 2012 buscó abrir espacios para fomentar la inversión de capital privado en la financiación de proyectos para asociación público-privada, para propiciar estos esquemas la ley contempló incentivos para el originador privado, como se desarrolla a continuación:

- a. Un primer grupo de incentivos, que aplica tanto a Iniciativas Privadas con desembolso de recursos públicos como a Iniciativas Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, está relacionado con el reconocimiento de costos al originador y la compra de estudios por parte de la entidad pública, tal como lo establece el inciso 4 del parágrafo 4 del artículo 5, el inciso 3 del artículo 16, el inciso 3 del artículo 17 y el inciso 4 del artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, los cuales fueron reglamentados por los artículos 2.2.2.1.5.7 y 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015<sup>6</sup>.
- b. Asimismo, la ley contempla otro grupo de incentivos, que aplican según se trate de Iniciativas Privadas con desembolso de recursos públicos o de iniciativas privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, como se detalla a continuación:
  - **Para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos**, el artículo 17 de la referida norma y su modificación por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015<sup>7</sup>, establece un incentivo referido a condiciones preferenciales para el originador dentro del proceso de selección, y así mismo reitera, el incentivo de recibir por parte del adjudicatario el valor de los costos de los estudios realizados en caso de que el originador no resulte adjudicatario:

*“Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos*

<sup>6</sup> Corresponde al artículo 30 del Decreto 1467 de 2012

<sup>7</sup> Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”



públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual **quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.**

(...) Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.” (Negrilla fuera del texto)

Tal incentivo fue desarrollado por el artículo 2.2.2.1.5.10 del Decreto 1082 de 2015, que precisó el porcentaje de bonificación en la calificación para el originador de Iniciativas Privadas con desembolso de recursos públicos, dependiendo del monto de inversión del proyecto:

**“Bonificación en las iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos.** En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que requiera desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, dicha entidad otorgará al originador de la iniciativa una bonificación sobre su calificación inicial en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, de la siguiente manera: (...).”

Categoría	Monto de Inversión del proyecto - (SMMLV)	Porcentaje de bonificación
A	Entre 6.000 y 40.000	10 %
B	Entre 40.001 y 120.000	6 %
C	Mayor a 120.000	3 %

(...).”

- **Para las iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos**, el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 establece la oportunidad para que el originador en el proceso de selección mejore su oferta en el evento de que esta no haya resultado calificada como la mejor oferta:

**“(...) Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.**

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, **deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.**” (Negrilla fuera del texto).

El incentivo de la opción de mejora de la oferta de originador fue reglamentado por el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, que en su contenido inicial dispuso:

**“(...) 3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un**



**puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada**, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012.” (Negrilla fuera del texto).

Posteriormente, el Decreto 438 de 2021, **con el objetivo de incentivar la competencia** modificó el incentivo de opción de mejora de la oferta por parte del originador, aumentando un 10% (de 80% a 90%) el porcentaje de puntaje que debe obtener el originador respecto de la propuesta mejor calificada para poder presentar la opción de mejorar su oferta:

“(…)

**Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada**, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso de que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles. (…)” (Negrilla fuera del texto)

La finalidad de estos incentivos para el originador de la iniciativa privada se encuentra en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, en la necesidad de estimular el esfuerzo privado de estructurar proyectos superavitarios para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos, e incentivar procesos competitivos, pero con alicientes al originador en el caso de las iniciativas que no requieren desembolso de recursos públicos:

“(…) Con relación a los proyectos de asociación público-privada de origen privado, se establece en primer lugar la posibilidad de que los particulares puedan estructurar proyectos de infraestructura pública o prestación de servicios públicos, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración para su presentación al Estado a través de la entidad estatal competente.



*Cuando se trata de iniciativas privadas se proponen dos tipos de incentivos al originador de la propuesta, que dependen de la solicitud que el originador realice respecto a la necesidad o no de solicitar desembolsos de recursos públicos.*

*Cuando el originador de la propuesta **requiere desembolsos de recursos públicos** para la ejecución del proyecto se propone un mecanismo mediante el cual se le **asigna al originador una bonificación entre el 3% y el 10% sobre su calificación inicial, para compensar su actividad previa**. Para evitar que se pretenda inducir el uso indiscriminado de recursos públicos y para estimular el esfuerzo privado de estructurar proyectos superavitarios, se establece que en esta clase de proyectos los desembolsos de recursos públicos no podrán ser superiores al 20% de la inversión total requerida para su ejecución.*

***Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada.***<sup>8</sup> (Negrilla fuera del texto).

Como se evidencia de las anteriores consideraciones, si bien se busca promover condiciones que incentiven la presentación de las iniciativas privadas en el marco de esquemas de asociación público privado, no es menos cierto que las entidades contratantes deben dar cumplimiento a los principios que rigen la contratación estatal, garantizando la transparencia, la selección objetiva y la libre competencia en los procesos de selección. Así lo destacó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto C-0095 de 1998<sup>9</sup>, indicando:

*(...)*

*Si bien resulta evidente que en las APP de iniciativa privada, el originador tiene una ventaja importante sobre los otros interesados y potenciales participantes, pues dicho originador es el que tiene la información más completa y detallada sobre el proyecto a ejecutar, y presumiblemente cuenta con los suficientes recursos, experiencia, conocimientos e infraestructura para materializarlo, **el legislador colombiano (a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes) quiso otorgar a terceros la posibilidad de participar en este tipo de proyectos, con el fin de dar opciones a la entidad pública contratante y mejorar eventualmente su posición negociadora, para la cual trató de establecer un difícil equilibrio entre: (i) la necesidad de reconocer y estimular la iniciativa y el esfuerzo técnico y económico desplegado por el originador, y (ii) la participación de terceros en el proceso de contratación.***

*Esta intención del legislador fue clara y explícita desde la presentación del proyecto de ley<sup>43</sup> que se convirtió en la Ley 1508 de 2012, documento en el cual se incluían normas similares a las actuales en relación con las APP de iniciativa privada, y en cuya exposición de motivos se explicó lo siguiente:*<sup>44</sup>

<sup>8</sup> Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 8 de mayo de 2018, Radicación interna 2382, Consejero ponente Álvaro Namén Vargas. 2



*"Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador. Sin perjuicio de lo anterior, con la finalidad de crear condiciones que posibiliten y constituyan un aliciente a la presentación de iniciativas privadas, se prevé la posibilidad de otorgarle el derecho al originador de la propuesta de mejorar el ofrecimiento considerado mejor calificado, lo que permitirá a la Administración contar con la mejor propuesta posible, y al originador ver reconocido su esfuerzo en la presentación, estructuración y análisis de un proyecto de iniciativa privada" (Subraya del texto) (Negrilla fuera del texto).*

## **50.2 Procedimiento de Selección en esquemas de Asociaciones Público-Privadas sin desembolso de recursos públicos**

Como se indicó en el numeral anterior, la Ley 1508 de 2012 establece que los esquemas de asociación público privadas pueden tener origen en iniciativas pública o en iniciativas privadas, y en función de si las iniciativas requieren o no desembolso de recursos públicos, asigna procedimientos de selección distintos para cada uno de los dos grupos de iniciativas, así:

- Para las de iniciativa pública y de iniciativa privada que requieren desembolso de recursos públicos, la modalidad de selección aplicable es el de licitación pública, con algunas particularidades.
- Para las de iniciativa privada que no exigen desembolso de recursos públicos, la ley establece un procedimiento de contratación especial, denominado selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

Así mismo, debe considerarse que los procedimientos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de contratos bajo esquemas de APP, se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, **salvo en las materias particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012, al tenor de lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 3 en concordancia con el artículo 9 de la citada ley 1508.**

De conformidad con los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012 y los artículos 2.2.2.1.5.9 a 2.2.2.15.12 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento a seguir en iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos incluye estas etapas:

- Logrado un acuerdo entre la Agencia y el originador en etapa de factibilidad, y dentro de los seis meses siguientes a la aprobación de la modalidad de contratación efectuada por el Departamento Nacional de Planeación, previo cumplimiento de los demás requisitos establecidos se procede a efectuar la selección del contratista que ejecutará el contrato.
- Si la asociación público-privada de iniciativa privada no requiere desembolso de recursos públicos, la Agencia procede a publicar en el SECOP el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato junto con sus anexos por un término de cuatro (4) meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados si la entidad lo considera conveniente hasta por dos (2) meses más, conforme lo establece el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015.
- Transcurrido el término de la publicación indicado, si no se presentan terceros interesados o ningún interesado cumple con las condiciones establecidas en el proceso se podrá contratar con el originador de manera directa.
- Si por el contrario se presentaren terceros interesados, la entidad a través de la modalidad de selección abreviada de menor cuantía con precalificación procederá a seleccionar el contratista entre el originador y los terceros que resultaron hábiles.



- Si dentro del proceso de selección, el originador no presenta la mejor oferta y siempre que haya obtenido como puntaje mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la mejor propuesta, este tendrá un plazo máximo de diez (10) días hábiles desde la publicación del informe de evaluación para presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado.
- Presentada la nueva oferta se dará un traslado de máximo cinco (5) días hábiles para que los demás proponentes se pronuncien al respecto.
- Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato.
- Si por el contrario el originador no resulta adjudicatario del proceso de selección, recibirá de quien resulte adjudicatario el valor acordado con la entidad como costo de los estudios de estructuración.

En ejercicio de la libertad de configuración del pliego de condiciones de que gozan las entidades públicas<sup>10</sup> en virtud de la autonomía administrativa asignada por el artículo 209 constitucional y desarrollado por el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la Agencia ha estructurado los Pliegos de Condiciones para el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, en el cual se ha plasmado integralmente el procedimiento de selección de esquemas de asociación público privado de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos, siempre garantizado el principio de selección objetiva, el debido proceso, la transparencia, concurrencia, la pluralidad de oferentes y sujeto al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo aquellos contenidos en el estatuto general de contratación estatal.

El pliego de condiciones incluye los criterios que deben considerarse para su interpretación, de conformidad con el inciso primero del artículo 13 de la ley 80 de 1993 que regula la integración normativa del derecho contractual privado en las materias no reguladas por el derecho contractual público al indicar que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, que establece la aplicación de los postulados de la función administrativa del artículo 209 constitucional, los relativos a la contratación privada – civil o comercial–, los generales del derecho y los del derecho administrativo, en los siguientes términos: *“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”*

Al respecto, el Consejo de Estado ha indicado que *“(...) tratándose del pliego de condiciones, la jurisprudencia de la Corporación ha sido enfática que uno de los principales instrumentos hermenéuticos es el relacionado con el criterio teleológico, el cual puede ser apalancado con el sistemático, puesto que la administración puede, ante la advertencia de un vacío o de una contradicción, optar por la solución que más se ajuste o acomode a la finalidad que se persigue con el proceso de selección y, por lo tanto, aquella que redunde en beneficio del interés general y público. Por lo tanto, la principal herramienta exegética que existe para definir las posibles antinomias que se desprendan del pliego de condiciones es desentrañar la finalidad del mismo, para lo cual es preciso analizar en conjunto los objetivos perseguidos por la entidad en el proceso contractual, los cuales deberán estar en consonancia con el interés general.”*<sup>11</sup>

Conforme lo expuesto, el Pliego de Condiciones del Proceso VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 17366, Consejero Mauricio Fajardo Gómez

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C, sentencia de 24 de julio de 2014, expediente 25642, consejero Enrique Gil Botero.



VE-APP-IPV-SA-001-2024, en el numeral 1.2 dispone las siguientes normas de interpretación:

(...)

1.2 Normas de Interpretación del Pliego de Condiciones

**1.2.1 Este Pliego de Condiciones debe ser interpretado como un todo y sus disposiciones no deben ser entendidas de manera separada de lo que indica su contexto general.**

1.2.2 Además, se seguirán los siguientes criterios para la interpretación y entendimiento del Pliego de Condiciones:

- a. **El orden de los capítulos y numerales de este Pliego de Condiciones no debe ser interpretado como un grado de prelación entre los mismos.**
- b. *Los plazos establecidos en el presente Pliego de Condiciones se entenderán como Días Hábiles y Meses calendario, salvo indicación expresa en contrario.*
- c. *Cuando el Día de vencimiento de un plazo no fuese un Día Hábil, dicho vencimiento se entenderá trasladado hasta el primer Día Hábil siguiente.*
- d. **Las palabras que sean expresamente definidas en el numeral 1.3 siguiente, escritas en mayúscula inicial en el presente Pliego de Condiciones, deberán ser entendidas únicamente en el sentido que a las mismas se les conceda según su definición.**
- e. **Los términos no definidos en el numeral 1.3 siguiente, que correspondan a las definiciones establecidas en la minuta del Contrato, se entenderán de conformidad con dichas definiciones y en tal caso también aparecerán en mayúscula inicial.**
- f. **Los términos definidos en singular incluyen su acepción en plural cuando a ella hubiere lugar, y aquellos definidos en género masculino incluyen su acepción en género femenino cuando a ello hubiere lugar.**
- g. *Las referencias a normas jurídicas incluyen las disposiciones que las modifiquen, adicionen, sustituyan o complementen.*
- h. **Este Pliego se interpretará, además, en lo pertinente, de conformidad con las reglas del Código Civil definidas en los artículos 1618 a 1624.** (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con las precisiones realizadas y las reglas de interpretación del Pliego de Condiciones del numeral 1.2., para el análisis e interpretación del numeral 7.10 del Pliego de Condiciones se debe acudir al sentido que se ha determinado para los términos definidos en mayúscula y el contenido del numeral no debe ser interpretado de manera separada de lo que indica su contexto general, sino de manera integral con las demás disposiciones del pliego, los numerales 1.3, 2.3, capítulo III, capítulo IV, 7.1.10, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 7.8, 7.9, 7.10 y 7.11, conforme se indica a continuación:

El pliego de condiciones define Oferta, Oferta Hábil y Precalificado, en el siguiente sentido:  
(...)"

1.3.44 "Oferta. Corresponde a la **propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado** a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.

1.3.46 Oferta Hábil" Es **aquella Oferta que**, por cumplir con los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones, **será considerada para ser evaluada por la ANI conforme a los factores de escogencia.**



1.3.54 “Precalificado”. **Es(son) quien(es) conforma(n) la Lista de Precalificados y el Originador.** (Destacado fuera de texto original)

En este orden de ideas, el numeral 7.4 en concordancia con el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones, que indica que “(...) **Sólo las Ofertas Hábiles serán objeto de evaluación. La ANI verificará de manera preliminar la documentación para establecer que contenga la información requerida prevista en el presente Pliego y el puntaje solamente se asignará a aquellas Ofertas Hábiles.**”

El Comité Evaluador designado por la Agencia, evaluará las Ofertas para determinar las Ofertas Hábiles para asignación de puntaje de conformidad con los capítulos III y IV del Pliego y los numerales 7.4, 7.5, 7.7 y 7.10, y entre ellas el adjudicatario del contrato de conformidad con los numerales 7.8, 7.9 y 7.11, de conformidad con las disposiciones de los numerales 7.3 y 7.6 del Pliego de Condiciones, así:

- (i) **Primera fase:** Verificación de requisitos, determinación de las Ofertas Hábiles y otorgamiento de puntajes de requisitos ponderables contenidas en el Sobre No. 1 de la oferta.

Como resultado de esta fase, según el numeral 7.3.3 del Pliego de Condiciones, el Comité evaluador publicará el **Informe de Evaluación Preliminar** correspondiente a la Oferta contenida en el Sobre No. 1, del cual se correrá traslado por tres días a los Precalificados para que presenten subsanaciones, observaciones y réplicas, según corresponda, conforme indican los numerales 7.3.4 y el numeral 7.3.6 del Pliego de Condiciones.

Con base en las observaciones y las contra observaciones presentadas al informe de evaluación preliminar, la ANI efectuará un **Informe de Evaluación Definitivo** correspondiente a la Oferta contenida en el Sobre No. 1, el cual será publicado en el SECOP con anterioridad a la audiencia de Apertura del Sobre No. 2.

- (ii) **Segunda fase:** Apertura del Sobre 2 y evaluación de la Oferta Económica en audiencia pública, para lo cual se seguirá el procedimiento del numeral 7.6 del Pliego de Condiciones:

- Lectura del informe de evaluación definitivo de los documentos contenidos en el sobre No. 1.
- Traslado a Precalificados para presentar observaciones sobre el informe de evaluación definitivo de los documentos contenidos en el sobre No. 1.
- Traslado a Precalificados para presentar réplica, en caso de ser necesario.
- Respuesta a observaciones y réplicas por parte de la Agencia, para lo cual se podrá suspender la Audiencia y se comunicará el informe de evaluación definitivo.
- Apertura del sobre No. 2 que contiene las Ofertas económicas de las Ofertas reconocidas como Ofertas Hábiles y lectura de los valores allí contenidos.
- Evaluación de la oferta económica de los Precalificados habilitados de conformidad con las reglas del numeral 7.5 del Pliego de Condiciones.
- Traslado a Precalificados para presentar observaciones sobre la evaluación de la oferta económica.
- Traslado a Precalificados para presentar réplica, en caso de ser necesario.
- Respuesta a observaciones y réplicas sobre la evaluación de la oferta económica por parte de la Agencia.
- Se comunicará el informe de evaluación definitivo y se determinará el Orden de Elegibilidad de las Ofertas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.8 del Pliego de Condiciones.



(iii) **Tercera Fase: Mejoramiento de la Oferta del Originador, la cual corresponde a una etapa de la Audiencia de Adjudicación:**

- Se verificará por parte del Comité Evaluador el cumplimiento de las condiciones para el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador en los términos de los ordinales 1 y 2 del numeral 7.10 de este Pliego de Condiciones.
- Cuando el Comité Evaluador establezca que no hay lugar al Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, se procederá a la Adjudicación al Oferente que obtuvo la mayor calificación en su Oferta.
- De cumplirse las condiciones para el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, según lo indicado por el Comité Evaluador, se suspenderá la Audiencia para otorgar al Originador el plazo establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones para el Mejoramiento de la Oferta.
- Agotado el plazo establecido en el numeral 2.3 del presente Pliego de Condiciones, sin que el Originador haga uso de la posibilidad de Mejora de la Oferta, se procederá a adjudicar el Proceso de Selección al Oferente que obtuvo la mayor calificación en su Oferta.
- Presentado el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, dentro del plazo establecido en el numeral 2.3 del presente Pliego de Condiciones, el Comité Evaluador verificará si la Mejora de la Oferta cumple con las condiciones establecidas en el numeral 7.10 de este Pliego de Condiciones en el informe de evaluación de mejoramiento de la Oferta, del cual se correrá traslado a los Precalificados en los términos del numeral 2.3 del Pliego de Condiciones y se emitirá las respuestas correspondientes, cuando a esto hubiere lugar.
- Vencido el plazo de traslado de la evaluación de la Mejora de la Oferta y emitidas las respuestas a las observaciones presentadas sobre la Mejora de la Oferta, la ANI reanudará la Audiencia para que el Comité Evaluador proceda a dar lectura al informe definitivo de Mejoramiento de Oferta, así como asignar los nuevos puntajes y establecer el nuevo orden de elegibilidad de acuerdo al numeral 7.8 del Pliego de Condiciones, si a ello hubiere lugar.
- En el evento en que la Mejora de la Oferta no cumpla con las condiciones establecidas en el numeral 7.10 del Pliego de Condiciones, según lo indicado por el Comité Evaluador, se mantendrá el orden de elegibilidad establecido en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 antes del Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador.
- La ANI adjudicará el Proceso de Selección, en los términos del numeral 7.11 del Pliego de Condiciones y consignará la información en la correspondiente acta y en la resolución de Adjudicación.
- La ANI podrá declarar desierto el Proceso de Selección mediante acto administrativo motivado de conformidad con lo dispuesto en los numerales 7.11 y 8.4 del Pliego de Condiciones.

Finalmente, para interpretar el plazo y oportunidad a otorgar para la mejora de la oferta, se hace necesario considerar los numerales 7.3.1(c) y 2.3 del pliego de condiciones. El numeral 7.3.1 (c) dispone:

“(…)

*7.3.1(c) Fase 3: Mejoramiento de la oferta por el Originador del proyecto: El Originador del proyecto podrá ejercer la opción de Mejora de la Oferta, conforme el numeral 7.3.1. anterior, la cual deberá ser presentada dentro del término establecido para tal fin de conformidad con el numeral 2.3 de este Pliego de Condiciones. Luego de cumplidos los plazos indicados para el mejoramiento de la Oferta y resueltas las observaciones, de conformidad con el numeral 2.3 de este Pliego de Condiciones, la entidad procederá a adjudicar o declarar desierto el Proceso de Selección.”* (Subrayado fuera de texto).

El cual concuerda con el numeral 2.3. Cronograma del Proceso de Selección Abreviada de



Menor Cuantía con Precalificación, que establece:

(...)

ACTIVIDAD	LUGAR	FECHA
Audiencia de Apertura de Sobre No. 2, e instalación de Audiencia Pública de Adjudicación	Auditorio Agencia Nacional de Infraestructura Calle 26 No. 59 – 51 y/o Calle 24 A No. 59-42 Piso 2. Torre 4, en Bogotá D.C.	26 de noviembre 2024 a las 10:00 8:00 a.m.
Plazo para que el Originador presente Mejoramiento de la Oferta (siempre y cuando hubiere obtenido un puntaje igual o superior al 90% de la mejor Oferta)	Agencia Nacional de Infraestructura Calle 26 No. 59 – 51 y/o Calle 24 A No. 59-42 Torre 4. Piso 2. – Oficina de Correspondencia. Mail: vjveappipv0012024@ani.gov.co	10 de diciembre 2024
Evaluación de la Mejora de la Oferta presentado por el Originador	Agencia Nacional de Infraestructura	11 de diciembre 2024
Publicación de la evaluación del Mejoramiento de la Oferta	SECOP ( <a href="http://www.colombiacompra.gov.co">www.colombiacompra.gov.co</a> )	12 de diciembre 2024
Traslado del Mejoramiento de la Oferta presentada por el Originador y presentación de observaciones	SECOP ( <a href="http://www.colombiacompra.gov.co">www.colombiacompra.gov.co</a> )	Del 13 al 19 de diciembre 2024
Respuesta a las observaciones de la evaluación del Mejoramiento de la Oferta presentada por el Originador	SECOP ( <a href="http://www.colombiacompra.gov.co">www.colombiacompra.gov.co</a> )	20 de diciembre 2024

(...)"

Por lo expuesto, los pliegos de condiciones del proceso atienden al plazo fijado por la normatividad respecto al término para ejercer el derecho de mejora de la oferta, consagrado en el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, el cual está establecido en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, y respecto del cual la Agencia otorga en su cronograma el plazo máximo, esto es, diez (10) días hábiles.

Conforme lo anterior, no es acertada la interpretación del solicitante, según la cual la Mejora de la Oferta, si recae en la Oferta Económica, se da en un plazo o escenario diferente al plazo establecido en el numeral 2.3 del Pliego, pues dicho traslado para el Mejoramiento de la Oferta se da como una etapa en el desarrollo de la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2, para lo cual, en caso de proceder el Mejoramiento de la Oferta, se suspende la Audiencia para conceder al Originador el derecho a la Mejora de su Oferta conforme el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, tal como lo regula el numeral 7.10 del Pliego de Condiciones.

No obstante, aunque el Pliego de Condiciones se encuentra estructurado de conformidad con la legislación que rige el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para efectos de dar mayor claridad de los Precalificados, incluido el Originador, la Agencia mediante Adenda No. 2 publicada en la plataforma SECOP I el 18 de octubre de 2024, modificó el numeral 7.10 del pliego de condiciones para indicar que la mejora de la oferta se debe cumplir en el plazo previsto en el cronograma del proceso del numeral 2.3 del pliego de condiciones, con el siguiente contenido:

**“7.10 Mejoramiento de la Oferta por Parte del Originador**

*De conformidad con el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, el Originador tendrá la opción de Mejora de la Oferta dentro del plazo establecido en el numeral 2.3 de este Pliego de Condiciones, bajo las siguientes condiciones:*

1. *Que su oferta no haya obtenido el mayor puntaje otorgado a las ofertas presentadas.*
2. *Que el puntaje obtenido por su Oferta sea igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la mejor Oferta presentada.*
3. *Que la mejora sea presentada en las condiciones y dentro del plazo establecido en el presente Pliego.*

*Se entenderá como Mejoramiento de la Oferta a la modificación presentada por el Originador cumpliendo los requisitos establecidos en este numeral y que se refiera*



*exclusivamente a un cambio de cualquiera de los factores establecidos en este Pliego que otorguen puntaje, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4.1.2 de este Pliego de Condiciones sin sobrepasar los puntajes máximos que se establecen para cada factor de escogencia. En ese sentido, se entiende que el Originador Mejora la Oferta del Oferente mejor calificado, cuando la nueva Oferta del Originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la Oferta mejor calificada.*

***La Oferta Económica deberá mejorarse respecto de la Oferta mejor calificada dentro del plazo establecido en el numeral 2.3 de este Pliego de Condiciones, para que se considere válida y dé lugar a establecer un nuevo orden de elegibilidad por parte de la Entidad.***

*En caso de que la Mejora de la Oferta se realice respecto de la Oferta Económica, la entidad procederá a reasignar puntajes aplicando la fórmula establecida en el numeral 7.5.6 de este Pliego de Condiciones haciendo uso de los valores establecidos en las Ofertas Económicas de los demás Oferentes cuyas Ofertas fueron consideradas Ofertas Hábiles en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2.*

*En caso de que la Mejora de la Oferta no se realice en los términos del presente numeral, se mantendrá el orden de elegibilidad establecido en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2.*

*La Mejora de la Oferta de que trata el presente numeral se entiende presentada por el Originador por su cuenta y riesgo, por lo que, respecto de la misma, no habrá lugar a reclamación o indemnización alguna a favor de éste y a cargo de la ANI. Todo lo anterior se entiende aceptado por el Originador con la presentación de la correspondiente Mejora de la Oferta.” (Negrilla fuera del texto de la Adenda).*

Así mismo, la referida Adenda modificó el numeral 7.6 del pliego de condiciones especificando en el numeral 7.6.6 con mayor detalle el procedimiento de Mejoramiento de la Oferta en desarrollo de la Audiencia de Apertura de Sobre No. 2 y adjudicación, con el siguiente contenido:

*(...)*

***7.6.6 Si al cabo del plazo de suspensión fijado, la ANI considera tener los elementos necesarios para adjudicar el Proceso de Selección procederá de la siguiente manera:***

- a. Pondrá en conocimiento de los asistentes el consolidado del informe de evaluación definitivo y se dará respuesta a las observaciones y réplicas formuladas en la audiencia de Apertura del Sobre No. 2.*
- b. Se dará inicio al proceso de apertura de los sobres No. 2 contentivos de la Oferta Económica de cada Oferta. La entidad no será responsable por abrir los sobres incorrectamente dirigidos o sin la identificación adecuada.*
- c. Procederá a la evaluación de las Ofertas Económicas en los términos señalados en el numeral 7.5 del presente Pliego;*
- d. Una vez efectuada la evaluación de las Ofertas Económicas de que trata el numeral 7.5 se dará la palabra por una vez a cada uno de los Precalificados, en el orden en que se hubieren presentado las Ofertas, para que se pronuncien únicamente sobre la evaluación de la Oferta Económica. Cada uno de los Precalificados Habilitados deberá designar un único vocero, quien podrá efectuar una intervención limitada a un tiempo máximo de tres (3) minutos, sin que se pueda referir a temas distintos de la evaluación de las Ofertas Económicas. En caso de ser necesario se seguirá el*

*procedimiento establecido en el numeral 7.6.5 anterior, para dar respuesta a las observaciones.*

- e. Se dará aplicación a lo dispuesto en el numeral 7.7 de este Pliego de Condiciones. Momento en el cual se dará la palabra por una vez a cada uno de los Precalificados para que se pronuncien sobre las reducciones de puntaje efectuadas, a través del único vocero designado, quien podrá efectuar la intervención limitada a un tiempo máximo de tres (3) minutos, sin que se pueda referir a temas distintos a este aspecto. Esta no podrá entenderse como una oportunidad adicional para aportar documentos o elementos que no hayan sido incorporados en el plazo definido en el numeral 6.2 de este Pliego. Lo anterior, sin perjuicio de la potestad de la ANI de realizar las verificaciones que considere pertinentes para la adecuada selección del contratista. Si la intervención pretendiere revivir las observaciones formuladas y resueltas en el respectivo informe, el funcionario que presida la audiencia podrá suspender la intervención del Precalificado.*
- f. Se determinará el orden de elegibilidad de las Ofertas de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.8 de este Pliego de Condiciones.*
- g. Se verificará por parte del Comité Evaluador el cumplimiento de las condiciones para el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador en los términos de los ordinales 1 y 2 del numeral 7.10 de este Pliego de Condiciones.*
- h. Cuando el Comité Evaluador establezca que no hay lugar al Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, se procederá a la Adjudicación al Oferente que obtuvo la mayor calificación en su Oferta.*
- i. De cumplirse las condiciones para el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, según lo indicado por el Comité Evaluador, se suspenderá la Audiencia para otorgar al Originador el plazo establecido en el numeral 2.3 del Pliego de Condiciones para el Mejoramiento de la Oferta.*
- j. Agotado el plazo establecido en el numeral 2.3 del presente Pliego de Condiciones, sin que el Originador haga uso de la posibilidad de Mejora de la Oferta, se procederá a adjudicar el Proceso de Selección al Oferente que obtuvo la mayor calificación en su Oferta.*
- k. Presentado el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador, dentro del plazo establecido en el numeral 2.3 del presente Pliego de Condiciones, el Comité Evaluador verificará si la Mejora de la Oferta cumple con las condiciones establecidas en el numeral 7.10 de este Pliego de Condiciones en el informe de evaluación de mejoramiento de la Oferta, del cual se correrá traslado a los Precalificados en los términos del numeral 2.3 del Pliego de Condiciones y se emitirá las respuestas correspondientes, cuando a esto hubiere lugar.*
- l. Vencido el plazo de traslado de la evaluación de la Mejora de la Oferta y emitidas las respuestas a las observaciones presentadas sobre la Mejora de la Oferta, la ANI reanudará la Audiencia para que el Comité Evaluador proceda a dar lectura al informe definitivo de Mejoramiento de Oferta, así como asignar los nuevos puntajes y establecer el nuevo orden de elegibilidad de acuerdo al numeral 7.8 del presente Pliego de Condiciones, si a ello hubiere lugar.*
- m. En el evento en que la Mejora de la Oferta no cumpla con las condiciones establecidas en el numeral 7.10 del presente Pliego de Condiciones, según lo indicado por el Comité Evaluador, se mantendrá el orden de elegibilidad*



Documento firmado digitalmente



**establecido en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 antes del Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador.**

- n. La ANI adjudicará el Proceso de Selección, en los términos del numeral 7.11 del Pliego de Condiciones y consignará la información en la correspondiente acta y en la resolución de Adjudicación.
- o. La ANI podrá declarar desierto el Proceso de Selección mediante acto administrativo motivado de conformidad con lo dispuesto en los numerales 7.11 y 8.4 del presente Pliego de Condiciones.” (Negrilla de la Adenda 2)

También es importante resaltar, que desde la implementación de la Ley 1508 de 2012 la Entidad en sus pliegos de condiciones para los procesos de selección del contratista de APP (Cuarta Generación de Concesiones y Quinta Generación de Concesiones en los diferentes modos) ha establecido en la evaluación del sobre 2 – las fórmulas para la asignación de puntaje de la oferta económica. Esta regulación ha sido incorporada, bajo el principio de libertad de configuración de los pliegos de condiciones<sup>12</sup> y la facultad de la Entidad para establecer autónomamente causales de rechazo<sup>13</sup>.

Cabe precisar que el mejoramiento de la oferta no es un tema particular del pliego de condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, ya que la Agencia Nacional de Infraestructura históricamente, para la evaluación del sobre No. 2 – oferta económica, ha utilizado los mismos criterios para todos los procesos que se publicaron en el SECOP de cuarta generación (4G), sin embargo, cuando se publicó el primer proyecto en el SECOP de quinta generación (5G), la entidad optó por tomar los criterios establecidos en Colombia Compra Eficiente en los pliegos tipo de contrato de obra.

En consecuencia, por este argumento, la Agencia considera que sobre este aspecto no próspera la solicitud de revocatoria del pliego de condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, por cuanto se encuentra garantizado el derecho de Mejoramiento de la Oferta al Originador.

**B. El Pliego de Condiciones expedido por la ANI vulnera de forma grave y flagrante el derecho de mejora en cabeza del Originador del Proyecto.**

51. Sobre este argumento, indica el solicitante:

“(…)

**2.1.** Como hemos advertido en comunicaciones del 25 de septiembre y del 1 de octubre de 2024, el Pliego de Condiciones expedido por la ANI vulnera de forma grave y flagrante el derecho de mejora del Originador. Este asunto ha sido ignorado por la ANI, quien no ha adelantado ningún tipo de modificación al proyecto de Pliego de Condiciones ni al Pliego Definitivo. El Pliego contiene tres violaciones directas al derecho de mejora del Originador:

- (i) La regla establecida en la Sección 7.5.4. del Pliego, que señala que, cuando existe solamente una oferta hábil, distinta a la del Originador, cuya oferta económica sea menor al 90% del valor máximo de la oferta, se adjudicará directamente el Contrato al oferente que presente dicha oferta, **sin la posibilidad de que el Originador mejore su**

<sup>12</sup> Este principio encuentra sustento, entre otros, en el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 5 de la ley 1150 de 2007.

<sup>13</sup> Concepto disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/respuestas\\_derechos\\_de\\_peticon/consulta\\_acerca\\_del\\_rechazo\\_de\\_ofertas.pdf](https://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/respuestas_derechos_de_peticon/consulta_acerca_del_rechazo_de_ofertas.pdf)



Documento firmado digitalmente



*propuesta.*

- (ii) *La regla establecida en la Sección 7.10. del Pliego, que señala que, si el ejercicio del derecho de mejora se realiza sobre la oferta económica, el Originador deberá presentar la oferta mejorada en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2. Este plazo es contrario a lo establecido en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015, al impedir materialmente el ejercicio del derecho de mejora.*
- (iii) *Las reglas establecidas en las Secciones 7.5., 7.5.6. y 7.10. del Pliego, que establecen que la oferta económica de los proponentes se evaluará mediante un sistema de fórmulas. Este sistema, bajo la estructura establecida en el Pliego, lleva a la aplicación contraria al principio de economía del derecho de mejora de la oferta económica, bajo los sistemas de Mediana con Valor Absoluto, Media Geométrica y Media Aritmética Baja.*
- 2.2. *Lo anterior, lleva a la conclusión de que el Pliego de Condiciones Definitivo expedido por la ANI tiene graves vicios de nulidad, por desconocimiento de las normas en las que deberían fundarse. Dicho vicio, igualmente, afectará la validez del Acto Administrativo de Adjudicación del Contrato, el cual se expide en virtud del Pliego de Condiciones Definitivo.*
- 2.3. *A continuación, procederemos a desarrollar los vicios detectados en el Pliego de Condiciones, en relación con el ejercicio del derecho de mejora en cabeza del Originador, junto con las respuestas de la ANI a las observaciones elevadas por este.*
- (I) *La regla establecida en la Sección 7.5.4. para la adjudicación del contrato de concesión sin posibilidad de que el Originador mejore su oferta, cuando se presente una oferta hábil, diferente a la del Originador, cuya oferta económica sea menor al 90% del valor máximo de la oferta, desconoce directamente lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015:*
- 2.4. *Como señalamos en el numeral 5º de nuestro oficio del 25 de septiembre de 2024, la Sección 7.5.4. del Pliego vulnera directamente el derecho de mejora del Originador, toda vez que señala que, en caso de que un oferente, distinto al Originador, presente una propuesta cuya oferta económica tenga un valor inferior al 90% del valor de la oferta económica del Originador, se le adjudicará el contrato sin la posibilidad de que el Originador haga uso de su derecho a mejorar su oferta:*
- “7.5.4. En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil, diferente a la del Originador, y su Oferta Económica sea menor al noventa (90%) del Valor Máximo de la Oferta Económica establecido en el numeral 1.3.66 del presente Pliego de Condiciones y además cumpla con los demás requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”.*
- 2.5. *Esta disposición del Pliego es contraria a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015, que señala que el Originador tendrá derecho a hacer ejercicio de su facultad de mejorar su oferta, siempre y cuando haya obtenido un **puntaje general** igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada. Nótese que el Decreto 1082 de 2015 hace referencia al puntaje general de la oferta del Originador, y no al puntaje de su oferta económica:*



Documento firmado digitalmente





“3. Si como resultado de la evaluación, el Originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso de que el Originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere Jugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el Originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del Originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.” (N.F.T.).

- 2.6. La disposición establecida en el pliego sería acorde al artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015 únicamente en el caso en el que (i) el único factor a tener en cuenta para la selección del contratista fuese la oferta económica, y (ii) el mayor puntaje a la Oferta Económica se asignara a la oferta de menor valor. De ser así, si un proponente presenta una oferta por un valor inferior al 90% del valor máximo ofertable -que corresponde a la oferta económica del Originador, presentada en etapa de factibilidad- matemáticamente el Originador no tendría la posibilidad de mejorar su oferta, pues al ser este el único factor de selección, su oferta siempre estaría por debajo del umbral del 90% establecido en el Decreto.
- 2.7. Sin embargo, este no es el caso del procedimiento de selección del Proyecto APP del Aeropuerto de San Andrés. En el presente proceso, son factores de selección que otorgan puntaje la Oferta Económica, la Oferta de Puentes de Abordaje, el Factor de Calidad por Ofrecimiento de Quioscos de Autorregistro de Pasajeros (Self Check In), el Factor de Calidad por ofrecimiento de la certificación Airport Carbon Accreditation y el puntaje por Emprendimientos y Empresas de Mujeres. **En ese sentido, es matemáticamente posible que un proponente presente una oferta económica inferior al 90% del valor máximo ofertable establecido en el pliego y, aun así, a partir de los demás criterios que otorgan puntaje, el Originador podría obtener un puntaje igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, y por disposición legal y reglamentaria tendría derecho a mejorar su oferta.**
- 2.8. La anterior situación se agrava teniendo en consideración que el numeral 7.5. del Pliego establece la metodología para la asignación de puntajes a la oferta económica, a través del sistema de fórmulas (Mediana con Valor Absoluto, Media Geométrica, Media Aritmética Baja y Menor Valor). Bajo estas fórmulas, solamente en el caso que la fórmula a aplicar sea la fórmula de menor valor, la oferta más económica obtendría el mayor puntaje en el ítem de Oferta Económica. Por ende, carece de todo sentido que, en caso de que un proponente presente una oferta económica con un valor menor al 90% del valor máximo ofertable, esta sea adjudicataria del contrato, teniendo en cuenta que no en todos los casos dicha oferta de menor valor obtendría el mayor puntaje en el procedimiento de selección.
- 2.9. Frente a lo anterior, el 1 de octubre de 2024, la ANI dio respuesta a las observaciones elevadas por el Originador sobre este punto, contestando lo siguiente:
- “No se acepta su observación, se aclara al observante que de conformidad con el pliego de condiciones en su numeral 1.3.44 se establece como oferta "Oferta. Corresponde a

la propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones”.

Es por lo anterior, que la Sección observada por el **precalificado**, indica que las Ofertas presentadas por los precalificados, incluido el Originador del Proyecto, deben cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, so pena de ser consideradas Ofertas No Hábiles, lo que acarrea como consecuencia que la misma no sea considerada por la ANI para ser evaluada conforme a los factores de escogencia.

Es por lo anterior, que el numeral 7.5.4. del Pliego de Condiciones hace refe[re]ncia al evento en que exista una sola Oferta Hábil y el Originador presente una Oferta que no se ajuste a las condiciones y requisitos establecidos (Oferta No Hábil), lo que no contraria en ninguna medida, la normatividad vigente y en específico el derecho de mejora.” (N.F.T.).

**2.10.** La respuesta de la ANI desconoce claramente el texto del Pliego de Condiciones que la misma Agencia redactó, en el cual se establece **claramente** que la Sección 7.5.4. tiene aplicación cuando solamente existe una Oferta Hábil, **distinta a la del Originador (es decir, existen dos ofertas hábiles: la del proponente y la del Originador) y la oferta del proponente tiene un valor inferior al 90% del valor máximo ofertable** (valor que corresponde a la Oferta Económica del Originador). De ser acertada la interpretación de la Agencia, la regla del 90% sería innecesaria: simplemente se adjudicaría el contrato directamente al existir un único oferente hábil.

“7.5.4. En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil, **diferente a la del Originador, y su Oferta Económica sea menor al noventa (90%) del Valor Máximo de la Oferta Económica establecido en el numeral 1.3.66 del presente Pliego de Condiciones** y además cumpla con los demás requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”.

**2.11.** En ese sentido, la Sección 7.5.4. establece una clara violación al régimen aplicable al derecho de mejora del Originador, lo cual conllevaría igualmente la nulidad del Acto Administrativo de Adjudicación del Contrato.

**(II) El régimen de mejora de la Oferta Económica es contrario al sistema de fórmulas implementado en el Pliego de Condiciones:**

**2.12.** Como señalamos en el numeral 6° de nuestro oficio del 25 de septiembre de 2024, el numeral 7.5. del Pliego de Condiciones, que regula la asignación de puntajes a la Oferta Económica, estableció un sistema de fórmulas. En el sistema de fórmulas, la asignación de puntaje a la Oferta Económica se hace con base en la utilización de una de las fórmulas señaladas en el Pliego. La fórmula a aplicar depende de la TRM del día de apertura del Sobre No.2 de la Oferta, que contiene la Oferta Económica.

**2.13.** Bajo el sistema establecido por la ANI, solamente cuando se da aplicación a la fórmula de menor valor, la oferta que obtiene el mayor puntaje en el rubro de Oferta Económica es aquella que presenta el menor precio a la entidad. En los demás casos, la asignación de puntajes se da con base en la cercanía de la oferta económica a un valor determinado en la fórmula. La Sección 7.10. del Pliego señala que, en caso de que la mejora de la oferta se de en relación a la Oferta Económica, la entidad procederá a reasignar los puntajes aplicando las fórmulas señaladas en el numeral 7.5.6., es decir,



Documento firmado digitalmente





al sistema de fórmulas descrito. Así, podría llegarse al sinsentido -al menos en cuanto a los principios que rigen la actividad contractual del Estado, particularmente el principio de economía- de que el Originador, para obtener el mayor puntaje en el rubro de Oferta Económica, deba presentar una oferta de mayor valor, para obtener una mejor puntuación a partir de la aplicación de las fórmulas.

- 2.14.** Establecido lo anterior, se observó este punto en el pliego, buscando que la ANI aclarar a los proponentes la forma en la que operaría el derecho de mejora bajo el sistema de fórmulas. Sin embargo, la ANI presentó una respuesta confusa e insatisfactoria, en los siguientes términos:

“Se aclara al observante que la Sección 7.10 del pliego de condiciones del proceso establece

“Se entenderá como Mejoramiento de la Oferta a la modificación presentada por el Originador cumpliendo los requisitos establecidos en este numeral y que se refiera exclusivamente a un cambio de cualquiera de los factores establecidos en este Pliego que otorguen puntaje, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4.1.2 de este Pliego de Condiciones sin sobrepasar los puntajes máximos que se establecen para cada factor de escogencia. En ese sentido, se entiende que el Originador Mejora la Oferta del Oferente mejor calificado, cuando la nueva Oferta del Originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la Oferta mejor calificada”. (Subrayado fuera de texto). En este sentido la mejora de la oferta corresponde a aquella que cumpliendo los requisitos establecidos en el pliego, realiza el Originador con el fin de lograr un mayor puntaje como aplicación de las fórmulas contenidas en la sección 7.5.6.”

- 2.15.** Esta interpretación de la ANI conlleva que el Originador, en ejercicio del derecho de mejora, deba, en ciertos escenarios, presentar una oferta más costosa en términos económicos a la entidad, cuando para la obtención de un mejor puntaje así se requiera, debido a la aplicación de las fórmulas de Mediana con Valor Absoluto, Media Geométrica y Media Aritmética Baja. Lo anterior es evidentemente contrario al principio de economía que rige la actividad contractual del Estado, y podría, eventualmente, viciar el Acto Administrativo de Adjudicación dentro del procedimiento de selección.

- 2.16.** La respuesta de la ANI a la observación presentada demuestra una clara desatención a la hora de estructurar el Pliego de Condiciones, al armonizar de forma equivocada y contraria a los principios que rigen la contratación estatal el derecho de mejora del Originador con las reglas de la selección abreviada y el sistema de fórmulas.

**(III) La Sección 7.10. del proyecto del Pliego de Condiciones no otorga un plazo razonable para la mejora de la oferta económica por parte del Originador, y establece un plazo contrario a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015. La entidad debe publicar el informe definitivo de evaluación antes de adjudicar el contrato:**

- 2.17.** Como señalamos en el oficio radicado el 1 de octubre de 2024, la Sección 7.10. del proyecto de Pliego de Condiciones establece que, cuando el ejercicio del derecho de mejora de la oferta del Originador de la Iniciativa Privada tenga por objeto la oferta económica, este deberá mejorar su oferta en la audiencia de Apertura del Sobre No. 2 para que esta pueda considerarse válida:

“La oferta económica deberá mejorarse respecto de la Oferta mejor calificada en la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2, para que se considere válida y dé lugar a establecer un nuevo orden de elegibilidad por parte de la Entidad.”.

- 2.18.** Esta exigencia -que el Originador deba mejorar su oferta en la Audiencia de Apertura

del Sobre No. 2- es contraria a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015, el cual señala que el Originador tendrá derecho a mejorar su oferta en el plazo establecido en el Pliego de Condiciones, el cual podrá ser de máximo diez (10) días hábiles, y el cual empezará a contarse desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas:

“3. Si como resultado de la evaluación, el Originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso de que el Originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere Jugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.”.

- 2.19.** La Sección 7.3.1. del proyecto de Pliego señala que, en la fecha de la audiencia de apertura del Sobre No. 2, la entidad evaluaría la Oferta Económica y correría traslado de esta evaluación a los proponentes para presentar observaciones en la misma audiencia. Luego, el proyecto de Pliego señala que, si el Originador desea mejorar su oferta económica, debe hacerlo en la audiencia de apertura del Sobre No. 2, mientras que, si el Originador desea mejorar cualquier otro aspecto de su propuesta distinto a la oferta económica, este deberá anunciarlo en la audiencia de apertura del Sobre No. 2, y tiene un plazo hasta el 6 de diciembre de 2024 para hacer uso del derecho de mejora.
- 2.20.** La distinción que realiza la ANI -que la mejora de la oferta económica debe hacerse en la misma audiencia, mientras que para la mejora de los demás aspectos de la oferta se tiene un plazo establecido en el Pliego- carece de todo fundamento legal y reglamentario, y desconoce directamente lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, el cual establece un plazo único, razonable y sin distinciones de ningún tipo, contado a partir de la publicación del informe de evaluación definitivo (en el cual se evalúe la oferta económica) para hacer uso del derecho a mejorar la oferta. Ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 de 2015 establecen la distinción contenida en el proyecto de Pliego respecto al mejoramiento de la oferta económica y el mejoramiento de las demás condiciones de la oferta.
- 2.21.** Además de desconocer lo establecido en el Decreto 1082 de 2015, la regla establecida en la Sección 7.10. impide materialmente el ejercicio del derecho de mejora de la oferta en cabeza del Originador. Desde un punto de vista fáctico, es imposible que el Originador pueda estructurar una mejor oferta previo a la apertura de las ofertas económicas en audiencia, pues este aún no conoce las condiciones ofertadas por los demás proponentes. En el mismo sentido, tampoco es posible que el Originador, una vez conocidas en audiencia las ofertas económicas de los demás proponentes, estructure y proponga en la misma audiencia una mejor oferta económica, toda vez que esto es un procedimiento que requiere una minuciosa revisión financiera y técnica por parte del equipo de profesionales del Originador, y se requiere un plazo razonable para estructurar una nueva oferta económica.
- 2.22.** Así, conservar la regla del proyecto del Pliego -que la mejora de la oferta económica del Originador debe realizarse en audiencia- materialmente es equivalente a establecer en el Pliego que el Originador no tendrá derecho a mejorar su oferta en relación con el componente económico, lo cual es una clara vulneración a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015, y el artículo 24 literal d) de la Ley 80 de 1993, que señala que las entidades no incluirán



Documento firmado digitalmente



*“condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.”. A la fecha, esta observación no ha sido atendida por la ANI. Sin embargo, el Originador observa con gran preocupación las respuestas de la Entidad frente a las demás observaciones presentadas respecto al derecho de mejora, en las cuales se resolvieron de forma incompleta y contraria a derecho las observaciones elevadas.*

*Asimismo, el procedimiento estructurado por la ANI **no contempla la publicación del informe de evaluación definitivo** del proceso en el cual se evalúa la oferta económica, requisito que es exigido por el Decreto 1082 de 2015 para iniciar el conteo del plazo para hacer ejercicio del derecho de mejora. (...)* (Negrillas y subrayas del solicitante)

52. A continuación, se indican las razones por las cuales la Agencia no comparte los argumentos I, II, III del solicitante:

**49.1** *Respecto de los argumentos 2.1 (i) y 2 (I) de solicitante, según el cual “La regla establecida en la Sección 7.5.4. para la adjudicación del contrato de concesión sin posibilidad de que el Originador mejore su oferta, cuando se presente una oferta hábil, diferente a la del Originador, cuya oferta económica sea menor al 90% del valor máximo de la oferta, desconoce directamente lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015”, la Agencia se permite precisar:*

El numeral 7.5.4. del pliego de condiciones publicado con el acto administrativo de apertura el día 1 de octubre de 2024, estableció:

*“7.5.4. En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil, diferente a la del Originador, y su Oferta Económica sea menor al noventa (90%) del Valor Máximo de la Oferta Económica establecido en el numeral 1.3.66 del presente Pliego de Condiciones y además cumpla con los demás requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”* (Subraya fuera de texto).

Para interpretar la disposición transcrita, se requiere acudir al numeral 1.2.1(d) del Pliego de Condiciones que incluye dentro de los criterios de interpretación que *“Las palabras que sean expresamente definidas en el numeral 1.3 siguiente, escritas en mayúscula inicial en el presente Pliego de Condiciones, deberán ser entendidas únicamente en el sentido que a las mismas se les conceda según su definición.”*

Aplicando el mencionado criterio, el Pliego de Condiciones define Oferta, Oferta Hábil y Precalificado, en el siguiente sentido:

(...)

1.3.44 *“Oferta. Corresponde a la propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.*

(...)

1.3.46 *“Oferta Hábil” Es aquella Oferta que, por cumplir con los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones, será considerada para ser evaluada por la ANI conforme a los factores de escogencia.*

(...)



Documento firmado digitalmente



1.3.54 "Precalificado". Es(son) quien(es) conforma(n) la Lista de Precalificados y el Originador."

Así mismo, el Pliego de Condiciones establece en el numeral 3.1.1. que, sin perjuicio de la verificación de los Requisitos Habilitantes realizada por la Agencia durante la Precalificación, el cumplimiento de los requisitos establecidos dará lugar a que una Oferta sea considerada como una Oferta Hábil y, como consecuencia de ello, se proceda a la evaluación de esta y que únicamente las Ofertas Hábiles serán objeto de evaluación.

En este sentido, los precalificados indistintamente de su condición de originador o no, deben cumplir con la totalidad de requisitos establecidos en el pliego de condiciones so pena de que su oferta sea declarada como oferta no hábil y por consiguiente no sea objeto de evaluación.

De tal manera, de la lectura de las definiciones y lo dispuesto en el 3.1.1, se puede concluir sin lugar a equívocos, que quienes conforman la Lista de Precalificados y el Originador - Precalificado- podrán presentar Oferta en el marco del Proceso de Selección, y, por ende, sus Ofertas serán evaluadas con base en las reglas del Pliego de Condiciones y solo serán consideradas Ofertas Hábiles cuando cumplan los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones.

Por todo lo mencionado anteriormente, es claro que el solicitante incurre en un yerro al considerar que no se pueden configurar los presupuestos establecidos en el numeral 7.5.4. del pliego de condiciones. En nada contraria la estipulación de los pliegos observada respecto del derecho de mejora toda vez que, sin el cumplimiento de los requisitos habilitantes por parte del originador, la oferta presentada no podría ser objeto de evaluación y por consiguiente no podrían cumplirse los presupuestos establecidos por la normatividad para que el originador ejerza su derecho de mejora.

Ahora bien, la Agencia mediante matriz de respuesta a observaciones publicada en la plataforma SECOP I el 1 de octubre de 2024, emitió respuesta a la observación identificada con el número 5 presentada por SP Ingenieros S.A.S, en los siguientes términos:

5	SP Ingenieros S.A.S.	<p>5. La regla establecida en la Sección 7.5.4. para la adjudicación del contrato de concesión sin posibilidad de que el originador mejore su oferta, cuando se presente una oferta hábil, diferente a la del originador, cuya oferta económica sea menor al 90% del valor máximo de la oferta, desconoce directamente lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015</p> <p>La Sección 7.5.4. del Pliego señala que, en caso de que un oferente, distinto al originador, presente una propuesta cuya oferta económica tenga un valor inferior al 90% del valor de la oferta económica del originador, se le adjudicará el contrato sin posibilidad de que el originador haga uso de su derecho a mejorar su oferta:</p> <p>"7.5.4. En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil, diferente a la del Originador, y su Oferta Económica sea menor al noventa (90%) del Valor Máximo de la Oferta Económica</p>	<p>No se acepta su observación, se aclara al observante que de conformidad con el pliego de condiciones en su numeral 1.3.44 se establece como oferta "Oferta. Corresponde a <u>la propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado</u> a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, <u>la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.</u>"</p> <p>Es por lo anterior, que la Sección observada por el precalificado, indica que las Ofertas presentadas por los precalificados, incluido el Originador del Proyecto, deben cumplir con las condiciones y requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, so pena de ser consideradas Ofertas No Hábiles, lo que acarrea como consecuencia que la misma no sea considerada por la ANI para ser evaluada conforme a los factores de escogencia.</p> <p>Es por lo anterior, que el numeral 7.5.4. del Pliego de Condiciones hace</p>
---	----------------------	---	--



Documento firmado digitalmente





Documento firmado digitalmente



establecido en el numeral 1.3.66 del presente Pliego de Condiciones y además cumpla con los demás requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”.

Esta disposición del Pliego es contraria a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015, que señala que el originador tendrá derecho a hacer ejercicio de su facultad de mejorar su oferta, siempre y cuando haya obtenido un PUNTAJE GENERAL igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada. Nótese que el Decreto 1082 de 2015 hace referencia al puntaje general de la oferta del originador, y no al puntaje de su oferta económica:

“3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso de que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere Jugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.”

La disposición establecida en el pliego sería acorde al artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015 únicamente en el caso en el que (i) el único factor a tener en cuenta para la selección del contratista fuese la oferta económica, y (ii) el mayor puntaje a la Oferta Económica se asignara a la oferta de menor valor. De ser así, si un proponente presenta una oferta por un valor inferior al 90% del valor máximo ofertable -que corresponde a la oferta económica del originador, presentada en etapa de factibilidad-matemáticamente el originador no tendría la posibilidad de mejorar su oferta, pues al ser este el único factor de selección, su oferta siempre estaría por debajo del umbral del 90% establecido en el Decreto.

Sin embargo, este no es el caso del procedimiento de selección del Proyecto APP del Aeropuerto de San Andrés. En el presente proceso, son factores de selección que otorgan

puntaje la Oferta Económica, la Oferta de Puentes de Abordaje, el Factor de Calidad por Ofrecimiento de Quioscos de Autorregistro de Pasajeros (Self Check In), el Factor de Calidad por ofrecimiento de la certificación Airport Carbon Accreditation y el puntaje por Emprendimientos y Empresas de Mujeres. En ese sentido, es matemáticamente posible que un proponente presente una oferta económica inferior al 90% del valor máximo ofertable establecido en el pliego y, aun así, a partir de los demás criterios que otorgan puntaje, el originador podría obtener un puntaje igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, y por disposición legal y reglamentaria tendría derecho a mejorar su oferta.

La anterior situación se agrava teniendo en consideración que el numeral 7.5. del Pliego establece la metodología para la asignación de puntajes a la oferta económica, a través del sistema de fórmulas (Mediana con valor absoluto, media geométrica, media aritmética baja y menor valor). Bajo estas fórmulas, solamente en el caso que la fórmula a aplicar sea la fórmula de menor valor, la oferta más económica obtendría el mayor puntaje en el ítem de Oferta Económica. Por ende, carece de todo sentido que, en caso de que un proponente presente una oferta económica con un valor menor al 90% del valor máximo

referencia al evento en que exista una sola Oferta Hábil y el Originador presente una Oferta que no se ajuste a las condiciones y requisitos establecidos (Oferta No Hábil), lo que no contraria en ninguna medida, la normatividad vigente y en específico el derecho de mejora.



Documento firmado digitalmente



oferable, esta sea adjudicataria del contrato, teniendo en cuenta que no en todos los casos dicha oferta de menor valor obtendría el mayor puntaje en el procedimiento de selección.

Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la ANI eliminar el

No obstante, el 18 de octubre de 2024 la Agencia publicó la matriz de respuestas No. 3, en la cual se da alcance a la respuesta a la observación No. 5 de la matriz de observaciones publicada el 1 de octubre de 2024, en los siguientes términos:

<p>SP Ingenieros S.A.S.</p> <p><b>ALCANCE A RESPUESTA No. 5 DE LA MATRIZ PUBLICADA EL 1 DE OCTUBRE DE 2024 EN LA PLATAFORMA SECOP I</b></p>	<p>La regla establecida en la Sección 7.5.4. para la adjudicación del contrato de concesión sin posibilidad de que el originador mejore su oferta, cuando se presente una oferta hábil, diferente a la del originador, cuya oferta económica sea menor al 90% del valor máximo de la oferta, desconoce directamente lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015</p> <p>La Sección 7.5.4. del Pliego señala que, en caso de que un oferente, distinto al originador, presente una propuesta cuya oferta económica tenga un valor inferior al 90% del valor de la oferta económica del originador, se le adjudicará el contrato sin posibilidad de que el originador haga uso de su derecho a mejorar su oferta:</p> <p>“7.5.4. En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil, diferente a la del Originador, y su Oferta Económica sea menor al noventa (90%) del Valor Máximo de la Oferta Económica establecido en el numeral 1.3.66 del presente Pliego de Condiciones y además cumpla con los demás requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”.</p> <p>Esta disposición del Pliego es contraria a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015, que señala que el originador tendrá derecho a hacer ejercicio de su facultad de mejorar su oferta, siempre y cuando haya obtenido un PUNTAJE GENERAL igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificad. Nótese que el Decreto 1082 de 2015 hace referencia al puntaje general de la oferta del originador, y no al puntaje de su oferta económica:</p> <p>“3. Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al noventa por ciento (90%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso de que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador, si a ello hubiere lugar, en l</p> <p>oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.”</p> <p>La disposición establecida en el pliego sería acorde al artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015</p>	<p>Se aclara al observante que de conformidad con el numeral 1.2.1 (d) del Pliego de Condiciones incluye dentro de los criterios de interpretación que "Las palabras que sean expresamente definidas en el numeral 1.3 siguiente, escritas en mayúscula inicial en el presente Pliego de Condiciones, deberán ser entendidas únicamente en el sentido que a las mismas se les conceda según su definición."</p> <p>Aplicando el mencionado criterio, el Pliego de Condiciones define Oferta, Oferta Hábil y Precalificado, en el siguiente sentido:</p> <p>1.3.44 "Oferta. Corresponde a la propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.</p> <p>1.3.46 "Oferta Hábil" Es aquella Oferta que, por cumplir con los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones, será considerada para ser evaluada por la ANI conforme a los factores de escogencia.</p> <p>1.3.54 "Precalificado". Es(son) quien(es) conforma(n) la Lista de Precalificados y el Originador.</p> <p>De la lectura de las definiciones se puede concluir sin lugar a equívocos, que quienes conforman la Lista de Precalificados y el Originador - Precalificado- podrán presentar Oferta en el marco del presente Proceso de Selección, y, por ende, sus Ofertas serán evaluadas con base en las reglas del Pliego de Condiciones y solo serán consideradas Ofertas Hábiles cuando cumplan los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones.</p> <p>Con la claridad dada y una vez verificado la redacción del numeral 7.5.4 del Pliego de Condiciones, la ANI modificará mediante Adenda dicho numeral con el fin de precisar su contenido.</p> <p><b>Para todos los efectos jurídicos, la presente respuesta se entenderá como la respuesta vinculante para fines de interpretar el numeral 7.5.4 del Pliego de Condiciones</b></p>
---	---	--



Documento firmado digitalmente



	<p>únicamente en el caso en el que (i) el único factor a tener en cuenta para la selección del contratista fuese la oferta económica, y (ii) el mayor puntaje a la Oferta Económica se asignara a la oferta de menor valor. De ser así, si un proponente presenta una oferta por un valor inferior al 90% del valor máximo ofertable -que corresponde a la oferta económica del originador, presentada en etapa de factibilidad- matemáticamente el originador no tendría la posibilidad de mejorar su oferta, pues al ser este el único factor de selección, su oferta siempre estaría por debajo del umbral del 90% establecido en el Decreto.</p> <p>Sin embargo, este no es el caso del procedimiento de selección del Proyecto APP del Aeropuerto de San Andrés. En el presente proceso, son factores de selección que otorgan</p> <p>puntaje la Oferta Económica, la Oferta de Puentes de Abordaje, el Factor de Calidad por Ofrecimiento de Quioscos de Autorregistro de Pasajeros (Self Check In), el Factor de Calidad por ofrecimiento de la certificación Airport Carbon Accreditation y el puntaje por Emprendimientos y Empresas de Mujeres. En ese sentido, es matemáticamente posible que un proponente presente una oferta económica inferior al 90% del valor máximo ofertable establecido en el pliego y, aun así, a partir de los demás criterios que otorgan puntaje, el originador podría obtener un puntaje igual o superior al 90% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, y por disposición legal y reglamentaria tendría derecho a mejorar su oferta.</p> <p>La anterior situación se agrava teniendo en consideración que el numeral 7.5. del Pliego establece la metodología para la asignación de puntajes a la oferta económica, a través del sistema de fórmulas (Mediana con valor absoluto, media geométrica, media aritmética baja y menor valor). Bajo estas fórmulas, solamente en el caso que la fórmula a aplicar sea la fórmula de menor valor, la oferta más económica obtendría el mayor puntaje en el ítem de Oferta Económica. Por ende, carece de todo sentido que, en caso de que un proponente presente una oferta económica con un valor menor al 90% del valor máximo ofertable, esta sea adjudicataria del contrato, teniendo en cuenta que no en todos los casos dicha oferta de menor valor obtendría el mayor puntaje en el procedimiento de selección.</p> <p>Por lo anterior, solicitamos respetuosamente a la ANI eliminar el apartado citado, toda vez que es contrario a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1.12. del Decreto 1082 de 2015.</p>	
--	--	--

En concordancia con la respuesta a la observación, la Agencia mediante Adenda No. 2 publicada en la plataforma SECOP I el 18 de octubre de 2024, modificó el numeral 7.5.4 del Pliego de Condiciones, quedando para todos los efectos con el siguiente contenido:

“(...)

**7.5.4** *En el caso en que exista sólo una (1) Oferta Hábil y su Oferta Económica cumpla con los requisitos exigidos en este Pliego de Condiciones, se procederá a Adjudicar el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación al que hubiere presentado dicha Oferta Hábil y se procederá a publicar el informe definitivo de evaluación de conformidad con el cronograma establecido en este Pliego de Condiciones.”*

Por lo anterior, en el caso de que solo haya una Oferta que reúna los requisitos exigidos en el Pliego de Condiciones y que pueda considerarse Oferta Hábil, en los términos de los numerales 1.3.44, 1.3.46 y 1.3.56 del Pliego de Condiciones, se adjudicará el Contrato al Oferente que haya presentado esta Oferta.



En consecuencia, bajo este argumento del solicitante, la Agencia no estima procedente la revocatoria directa solicitada sobre este aspecto.

**49.2 Respetto de los argumentos 2.1 (ii) y 2 (II) del solicitante, según el cual “El régimen de mejora de la Oferta Económica es contrario al sistema de fórmulas implementado en el Pliego de Condiciones”, la Agencia se permite precisar:**

En primer lugar, es de resaltar que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, establece que:

*“ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.*

*(...)*

*Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.*

*(...)*”

Así, es claro que para, aquellas materias que particularmente no se encuentren regladas en la Ley 1508 de 2012, se dará aplicabilidad a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007.

En esa medida, el numeral 1 del artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015, establece que los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada, en desarrollo del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán los señalados en el artículo 2.2.2.1.4.2. de este Decreto.

Por su parte, el artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2012 establece los factores de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública, así;

*“La entidad estatal competente, dentro del plazo previsto en el pliego de condiciones, verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en el numeral 12.1 de la Ley 1508 de 2012, para determinar cuáles de los oferentes pueden continuar en el proceso de selección. En caso de que se utilice el sistema de precalificación de que trata el presente título, la verificación de los factores de selección se realizará en dicha etapa.*

*La oferta más favorable para la entidad, será aquella que, de acuerdo con la naturaleza del contrato, represente la mejor oferta basada en la aplicación de los criterios establecidos en el numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, o en la mejor relación costo-beneficio para la entidad. La entidad estatal competente establecerá en el pliego de condiciones los criterios que utilizará para la selección.*

*El análisis para establecer la mejor relación costo-beneficio para la entidad, tendrá en cuenta lo siguiente:*

*1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta sobre el proyecto de Asociación Público Privada.*

2. Las condiciones técnicas adicionales que para la entidad estatal competente representen ventajas en la disponibilidad de la infraestructura, en el cumplimiento de Niveles de Servicio o en Estándares de Calidad.

3. Las condiciones económicas adicionales que para la entidad estatal competente, representen ventajas cuantificables en términos monetarios.

4. Los puntajes que se asignarán a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, deben permitir la comparación de las ofertas presentadas. En ese sentido, cada variable se cuantificará monetariamente, según el valor que represente el beneficio a recibir.

Para la comparación de las ofertas, la entidad estatal competente calculará la relación costo- beneficio de cada una de ellas, asignando un puntaje proporcional al valor monetario asignado a las condiciones técnicas y económicas adicionales ofrecidas.

**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 2.2.2.1.1.3 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”.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que el Decreto 1082 de 2015 establece que se aplicarán a los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada los factores de selección definidos para los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, el artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, establece igualmente la posibilidad de que las entidades públicas establezcan factores de escogencia y calificación, al indicar que:

**“FACTORES DE SELECCIÓN OBJETIVA.** En los procesos de selección que se estructuran 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:



Documento firmado digitalmente





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.” (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5 de la ley 1150 de 2007, establece:

*“DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

(...)

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, 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.”** (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior es claro que, en los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público-privada, la oferta más ventajosa<sup>14</sup>, no es necesariamente la oferta con menor valor, es de resaltar que, de acuerdo con la norma

<sup>14</sup> En los términos que se establece en el Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

citada, las Entidades pueden aplicar la ponderación de precio soportado en puntajes o fórmulas.

Por lo que no es cierto que el sistema de medias establecidas en las fórmulas del pliego de condiciones se encuentre en aplicación contraria al principio de economía del derecho de mejora de oferta, toda vez que, del principio de economía el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, establece que “1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. (...)”, para lo cual, la Agencia Nacional de Infraestructura ha utilizado las fórmulas contenidas en la sección 7.5.6 del pliego de condiciones del presente proceso, fórmulas que corresponden a las recomendadas por la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, que aunque para los proyectos de infraestructura a cargo de la ANI no son vinculantes, sí responden al cumplimiento de un mandato legal y un análisis detallado llevado a cabo por esa entidad que se ha incorporado no sólo en estos pliegos del proyecto de IP Aeropuerto de San Andrés, sino que se viene haciendo desde los inicios de las concesiones de quinta generación.

En adición a lo anterior, respecto al sistema de fórmulas se precisa que la regulación de la Sección 7.5.5 del Pliego de Condiciones buscar inicialmente cuando existen dos o más Ofertas Hábiles hacer un filtro previo a la evaluación de las Ofertas para que aquellas que se encuentren fuera de parámetros de mercado, a través de operaciones estadísticas, queden excluidas de la evaluación. Este método busca garantizar que las Ofertas evaluadas no se desvíen de los rangos razonables de mercado, es decir que dichas disposiciones actúan como un filtro estadístico, que tienen como objetivo la normalización de datos, un proceso fundamental en análisis de datos para comparar elementos que no se encuentran en la misma escala. Lo que se ha pretendido con la inclusión de estas disposiciones es hacer una comparación entre las Ofertas recibidas, eliminando los efectos de magnitud y escala que podrían sesgar los resultados cuando se intenta comparar diferentes conjuntos de datos. Esta medida estadística ayuda a ubicar cada propuesta en relación con las demás, asegurando que la propuesta seleccionada esté dentro de un marco de normalidad estadística.

La aplicación del filtro estadístico mencionado anteriormente, lo que busca es a partir de la aplicación de la Media Aritmética con Mediana, fórmula definida en los Pliegos de Condiciones, es tener inicialmente la suavización del impacto o influencia de los datos atípicos (mediana) y adicionalmente, con la media, tener una referencia a la tendencia general de los datos, que en este caso corresponden a las Ofertas recibidas.

Lo anterior responde a la necesidad objetiva para garantizar la debida ejecución del contrato teniendo en cuenta la transferencia de riesgos planteada en el Contrato y que se refleja en la Oferta Económica de los Oferentes.

Es decir, que la posibilidad de Mejora de la Oferta para el Originador establecida en la Sección 7.10 de los Pliegos de Condiciones solo aplicará en el evento en el que una vez asignados los puntajes de todos los factores de selección, la Oferta del Originador se encuentre dentro del 90% de la Oferta mejor calificada.

Por otro lado, el Decreto Ley 4170 de 2021, a través de su artículo 1, estableció la creación de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente – CCE, cuyo objetivo es desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado.



Documento firmado digitalmente





En desarrollo del objetivo mencionado y en aplicación del artículo 1 de la Ley 2022 de 2020, el cual adicionó el párrafo 7 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, se estableció en cabeza de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente – CCE la adopción de los documentos tipo, entendidos estos como las condiciones estándar de conformidad con cada modalidad de selección, la naturaleza y cuantía de los distintos contratos estatales, condiciones relacionadas con los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia.

Si bien el párrafo mencionado establece en su inciso final que serán de uso obligatorio, para todas las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, los documentos tipo para los pliegos de condiciones de los procesos de selección de obras públicas, interventoría para las obras públicas, interventoría para consultoría de estudios y diseños para obras públicas, consultoría en ingeniería para obras, el artículo 2.2.1.2.5.2. del Decreto 1082 de 2015 amplía su competencia al establecer:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.5.2. Estándares y documentos tipo. Sin perjuicio de la función permanente que el Decreto-Ley 4170 de 2011 le asigna, **Colombia Compra Eficiente debe diseñar e implementar los siguientes instrumentos estandarizados y especializados por tipo de obra, bien o servicio a contratar, así como cualquier otro manual o guía que se estime necesario o sea solicitado por los partícipes de la contratación pública:**

1. Manuales para el uso de los acuerdos marco de precios.
2. Manuales y guías para: (a) la identificación y cobertura del riesgo; (b) la determinación de la capacidad residual para los contratos de obra pública dependiendo del valor de los mismos; (c) la elaboración y actualización del plan anual de adquisiciones; y (d) el uso del clasificador de bienes y servicios.
3. Pliegos de condiciones tipo para la contratación.
4. Minutas tipo de contratos.”

Es por lo anterior, que en la actualidad Colombia Compra Eficiente tiene competencia para desarrollar pliegos tipo para cualquier modalidad o proceso de contratación y en uso de la competencia mencionada, ha implementado pliegos tipo para los siguientes procesos de contratación:

- Contratos de servicios de consultoría
- Contratos de suministro
- Contratos de interventoría
- Obra pública de contratos plan
- Infraestructura de transporte
- Licitación de obra pública
- Menor cuantía
- Mínima cuantía
- Interventoría de obra pública
- Consultoría de estudios de ingeniería
- Infraestructura de agua potable y saneamiento básico
- Infraestructura de gestión catastral con enfoque multipropósito
- Licitación de obra pública para proyectos de infraestructura social

Sin embargo, la Agencia Nacional de Infraestructura, teniendo en cuenta que los pliegos tipo representan buenas prácticas contractuales, decidió establecer las fórmulas de

evaluación de las ofertas económicas incorporadas para las licitaciones de obra pública en sus proyectos de quinta generación – 5G, teniendo claro que dichos pliegos tipo no son vinculantes para la entidad en este tipo de procesos.

Adicionalmente, mediante concepto C – 482 de 2020 con número de radicado 2202013000006632, Colombia Compra Eficiente hace un análisis de los métodos aleatorios para evaluar la oferta económica en los procedimientos de contratación a nivel nacional, para ser incorporado en los Documentos Tipo, donde indica:

*“El documento base, en el numeral 4.1.4., dispone los métodos de ponderación de la propuesta económica presentando 4 alternativas: i) mediana con valor absoluto, ii) media geométrica, iii) media aritmética baja y iv) menor valor<sup>15</sup>. La justificación de estas fórmulas para asignar puntaje a la propuesta económica, se presentan a continuación.*

***Con el fin de incrementar la participación en los procedimientos de contratación a nivel nacional, y alcanzar los demás beneficios que trae la adopción de los documentos tipo por el Gobierno Nacional, la Agencia Nacional de Contratación Pública lideró mesas técnicas para la estructuración de los documentos de licitación de obra pública de infraestructura de transporte, que contaron con la presencia del Departamento Nacional de Planeación –DNP–, el Ministerio de Transporte, la Cámara Colombiana de Infraestructura –CCI–, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI–, el Instituto Nacional de Vías –INVIAS–, el Instituto de Desarrollo Urbano –IDU– y la Sociedad Colombiana de Ingenieros –SCI–, con el objetivo de determinar la forma y contenido de los pliegos de condiciones tipo. Del trabajo de las mesas se adoptaron los criterios que quedaron consignados en los documentos tipo, desarrollados por esta entidad a través de la Resolución No. 1798 de 2019–Versión 1–, actualizados por la Resolución No. 045 de 2020–Versión 2–.***

*Frente a la estandarización de los criterios de evaluación, el artículo 1º de la Ley 1882 de 2018 dispuso que:*

*[...] Para estos procesos, el segundo sobre, que contiene la oferta económica, se mantendrá cerrado hasta la audiencia efectiva de adjudicación, momento en el cual se podrán hacer observaciones al informe de evaluación las cuales se decidirán en la misma. Durante esta audiencia se dará apertura al sobre, se evaluará la oferta económica a **través del mecanismo escogido mediante el método aleatorio que se establezca en los pliegos de condiciones**, corriendo traslado a los proponentes habilitados en la misma diligencia solo para la revisión del aspecto económico y se establecerá el orden de elegibilidad. (Negrilla fuera del texto original)*

***Los documentos tipo de licitación de obra pública de infraestructura de transporte determinan cuál es el método aleatorio para evaluar la oferta económica, con base en los resultados arrojados por las mesas técnicas. La determinación del método obedece a la realización de un estudio y simulación que tuvo en cuenta***

<sup>15</sup> Documento Base o Pliego Tipo, numeral 4.1.4.: «La Entidad seleccionará el método de ponderación de la propuesta económica de acuerdo con las siguientes alternativas:

Concepto	Método
1	Mediana con valor absoluto
2	Media geométrica
3	Media aritmética baja
4	Menor Valor

»Para determinar el método de ponderación, la Entidad tomará los centavos de la Tasa de Cambio Representativa del Mercado (TRM), certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia (en su sitio web: <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/60819>)».



**todas las fórmulas utilizadas y propuestas por la ANI, el INVIAS, el IDU y CCE<sup>16</sup>, que consistió en: i) estandarización de los nombres y notación de las variables y ii) realización de 200 simulaciones por cada una de las seis fórmulas propuestas con valores aleatorios entre 1 millón y 2 millones distribuidos uniformemente, con el fin de determinar si arrojaban puntajes dentro de los rangos establecidos en los documentos tipo, y si contaban con alguno de los siguientes factores no deseables: Discontinuidades, Valores indeterminados o Valores negativos.**

Las simulaciones arrojaron como resultado que ninguna de las fórmulas propuestas estaba caracterizada por alguno de los factores no deseables. Adicionalmente, el análisis tuvo en cuenta características para determinar el impacto de cada una de las fórmulas frente a la competencia potencial entre los oferentes. Con base en esto, la **aleatoriedad del método y la adopción del mínimo de fórmulas establecido en los documentos tipo para la evaluación responden a la necesidad de reducir el riesgo de colusión y promover la efectiva competencia en los procedimientos de obra pública, en atención a los criterios establecidos por la Superintendencia de Industria y Comercio y Colombia Compra Eficiente.**

Así, la entidad escogerá uno u otro método de ponderación, de acuerdo con la Tasa de Cambio Representativa del Mercado –TRM– del día hábil siguiente al día en que efectivamente sea la apertura del segundo sobre de la oferta, que contiene la oferta económica. La entidad debe tener en cuenta los centavos de la TRM para definir el método de ponderación, de acuerdo con los rangos del siguiente cuadro:  
(...)

Con lo anterior, se puede concluir que el método aleatorio para seleccionar la fórmula de ponderación de la oferta económica desestimula los actos de corrupción, puesto que no es posible manipular la TRM para conocer con anticipación la fórmula aplicable y poder adjudicar al proponente que la entidad desee. (...)"

En este sentido, es claro que los métodos aleatorios para evaluar la oferta económica establecidos mediante el sistema de medias responden a diferentes análisis, estudios y simulaciones de diferentes escenarios para suplir la necesidad de la Entidad, es de resaltar que actualmente hoy es utilizada por la ANI, el INVIAS, el IDU y CCE, situación que evidencia la aplicación de estas metodologías como una práctica común conocida por el mercado y por los entes de control, sobre los cuales no se ha tenido ninguna observación en procesos adelantados a la fecha.

Adicionalmente, para los proyectos de quinta generación (5G) de concesiones, las fórmulas para la asignación de puntajes de las ofertas económicas se ajustaron de conformidad con los lineamientos establecidos en los pliegos tipo, para la licitación de obra pública de infraestructura de transporte de la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente, los cuales se consideran buenas prácticas contractuales, y que indican que el método a aplicar depende de la TRM del día de la audiencia de adjudicación:

Alternativa	Rango centavos de la TRM (inclusive)	Método de estimación del puntaje
1	De ,00 a ,24	Mediana con Valor Absoluto
2	De ,25 a ,49	Media Geométrica
3	De ,50 a ,74	Media Aritmética Baja
4	De ,75 a ,99	Menor Valor

Este método aleatorio busca evitar que los oferentes se vayan a la baja con la única intención de ser adjudicatarios, logrando mayor transparencia y eficiencia en los procesos de contratación de la entidad.

<sup>16</sup> El estudio incluyó 6 fórmulas: Media aritmética alta, Media Aritmética Baja, Media Geométrica con Presupuesto Oficial, Mediana con Valor Absoluto, Mediana y Menor Valor.





Se recuerda que el principio de libre concurrencia no es de carácter absoluto sino relativo, por esta razón la Entidad puede exigir ciertos presupuestos que permitan establecer el cumplimiento de la idoneidad moral (ausencia de inhabilidades e incompatibilidades), las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del oferente y que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la administración pública.

Finalmente, respecto de la potestad que les asiste a las entidades estatales para configurar los pliegos de condiciones de sus procesos de manera autónoma, es importante mencionar en primera medida el parágrafo 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993 que establece:

*“ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN. La licitación o se efectuará conforme a las siguientes reglas: (...)*

*2o. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5o. del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.” (Subrayado fuera de texto)*

*Como se mencionó previamente, y en el mismo sentido el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, establece a su vez que:*

*ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes tendrán en cuenta los siguientes criterios: (...) (Subrayado fuera de texto).*

De conformidad con lo dispuesto en las normas mencionadas, en lo que respecta a la configuración de los pliegos de condiciones, la entidad estatal contratante, como directora del contrato y plena conocedora de las necesidades que pretende satisfacer, goza de autonomía para diseñar y configurar las condiciones contractuales, así como para establecer los requisitos, procedimientos y exigencias que los interesados deben cumplir para participar en el respectivo proceso de selección.

Así las cosas, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI - en ejercicio de su libertad de configurar pliegos de condiciones, es autónoma en la selección de metodologías o formulación para la asignación de puntajes, los cuales se verán reflejados en los eventuales procesos de selección, de acuerdo con las condiciones de los proyectos y la naturaleza de los contratos a suscribir, siempre garantizado el principio de selección objetiva, el debido proceso, la transparencia, concurrencia, la pluralidad de oferentes y sujeto al catálogo de reglas y principios constitucionales que rigen la función pública y sobre todo aquellos contenidos en el estatuto general de contratación estatal.

Por lo anterior, no es cierto lo indicado por el originador, con respecto a que *“La respuesta de la ANI a la observación presentada demuestra una clara desatención a la hora de estructurar el Pliego de Condiciones, al armonizar de forma equivocada y contraria a los principios que rigen la contratación estatal el derecho de mejora del Originador con las reglas de la selección abreviada y el sistema de fórmulas”.*

**49.3 Respecto de los argumentos 2.1(iii) y 2 (III) del solicitante, según el cual “La Sección 7.10. del proyecto del Pliego de Condiciones no otorga un**

**plazo razonable para la mejora de la oferta económica por parte del Originador, y establece un plazo contrario a lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.12. del Decreto 1082 de 2015. La entidad debe publicar el informe definitivo de evaluación antes de adjudicar el contrato”, la Agencia se permite precisar:**

Es necesario en primera medida mencionar que, en consideración a que este argumento corresponde al contenido señalado en el numeral 36 respecto a la Sección A. **El derecho de mejora es un pilar fundamental en materia de Asociaciones Público – Privadas de Iniciativa Privada que no requieran el desembolso de recursos públicos**, se reiteran las consideraciones expuestas por la Agencia en el considerando 50 del presente acto administrativo, conforme a las cuales no se considera procedente la solicitud de revocatoria por este aspecto, en cuanto los pliegos de condiciones del proceso atienden al plazo fijado por la normatividad respecto al plazo para ejercer el derecho de mejora de la oferta, consagrado en el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, el cual está establecido en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, y respecto del cual la Agencia otorga en su cronograma el plazo máximo, esto es, diez (10) días hábiles, situación que fue aclarada en la Adenda No. 2 del proceso de selección.

Como se evidencia del contenido del numeral 7.3.7 del Pliego de Condiciones, la Agencia previo a la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2, publica el Informe de Evaluación Definitivo respecto de los requisitos contenidos en el Sobre No.1 de la Oferta. Dicho informe podrá ser ajustado en desarrollo de la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 en virtud de las respuestas y réplicas presentadas en los términos de los numerales 7.3.8 y 7.6.6(a). Producto de este Informe de Evaluación Definitivo se determinan las Ofertas Hábiles.

De las Ofertas Hábiles, se procede la asignación de puntaje por el único criterio Ponderable contenido en el Sobre No. 2 de la Oferta, esto es, la Oferta Económica, aplicando lo dispuesto en el numeral 7.5 del Pliego de Condiciones. Sobre este aspecto, se precisa que el numeral 7.1.10 dispone que “(...) **se entenderá que la Oferta Económica del Originador, serán las condiciones de carácter económico y financiero que fueron presentadas en la etapa de factibilidad. En consecuencia, el Originador no deberá presentar Oferta Económica como parte de su Oferta dentro del presente Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía.**” (Negrilla fuera de texto).

Una vez evaluada la Oferta Económica y asignado puntaje por este criterio ponderable, se corre el traslado de la misma a los Oferentes para que presenten observaciones y contra observaciones en el mismo acto público. Contestadas las observaciones presentadas frente a la evaluación de la Oferta Económica y sobre la reducción de puntaje si procede conforme el numeral 7.7 del Pliego de Condiciones, el Comité en la Audiencia de Apertura de Sobre No. 2 procederá a establecer el Orden de Elegibilidad en la Audiencia de Apertura Sobre No. 2, conforme lo establece el numeral 7.6.6(f) del Pliego de Condiciones, puesto que ya se encuentra consolidado el Informe de Evaluación Definitivo de los requisitos y criterios ponderables de los Sobres 1 y 2 en desarrollo del acto público.

Es sobre este consolidado que el Comité Evaluador procede a verificar la procedencia de la Mejora de la Oferta, puesto que nótese que ya se ha cerrado la oportunidad para presentar observaciones y réplicas respecto sobre la evaluación de todos los requisitos y criterios de ponderación y los resultados emitidos en desarrollo de esta etapa del acto público son definitivos y fueron de conocimiento público de todos los Precalificados, de tal manera, que no hay lugar a más traslado conforme la ley y las reglas del Pliego de Condiciones, salvo en el caso que proceda la Mejora de la Oferta y el Originador haga uso de su derecho de Mejoramiento de la Oferta.

En consecuencia, en este sentido también se desestiman los argumentos del actor para acceder a la revocatoria directa del acto administrativo.



Documento firmado digitalmente





**C. La presentación de la Garantía de Seriedad de la Oferta y el Cupo de Crédito Específico no son exigibles al Originador hasta la presentación de la mejora de la Oferta.**

53. Sobre este argumento, indica el solicitante:

(...)

3.1. *Sin perjuicio de lo anterior, en el Pliego de Condiciones elaborado por la ANI también se presentaron graves violaciones en relación al régimen de ofertas en materia de Asociaciones Público – Privadas de Iniciativa Privada. Preliminarmente, recordemos que el Código de Comercio define a la oferta de negocio jurídico en los siguientes términos:*

*“Artículo 845. <Oferta Elementos Esenciales>. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.”*

3.2. *El Capítulo III del Libro IV del Código de Comercio señala que los principios esenciales de la oferta de negocio jurídico es que esta es irrevocable e inmodificable, una vez presentada a la contraparte negociadora. En el marco de las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada, la oferta del Originador se compone del proyecto presentado por este, desarrollado y aprobado en etapa de prefactibilidad y factibilidad por la Entidad contratante, la cual incluye todos los aspectos técnicos, financieros y jurídicos del proyecto de interés público propuesto.*

3.3. *Mencionado lo anterior, al analizar el procedimiento de estructuración de proyectos APP -IP y selección abreviada de menor cuantía con precalificación establecido en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015, el Originador del proyecto APP – IP debe presentar oferta **únicamente en dos momentos: el primero, durante la etapa de estructuración, en la cual la oferta se consolida con la radicación y aprobación del proyecto en etapa de factibilidad, y el segundo, al momento de hacer ejercicio del derecho a mejorar la oferta.***

3.4. *En ese sentido, debido a que el Originador ya presentó su oferta al estructurar el Proyecto, es improcedente exigirle a éste requisitos para garantizar la seriedad de sus ofrecimientos - garantía de seriedad de la oferta- y que demuestren su solvencia económica -Cupo de Crédito Específico-. Sobre el primero, recordemos que la garantía de seriedad de la oferta, regulada en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y en los artículos 2.2.1.2.3.1.6. y 2.2.1.2.3.1.9. del Decreto 1082 de 2015, es aquella que se otorga para garantizar la “seriedad de los **ofrecimientos hechos**” y “cubrir la sanción derivada del incumplimiento **de la oferta**”. El Cupo de Crédito Específico, por su parte, cumple la función de garantizar la solvencia económica de la oferta.*

3.5. *Así, la exigencia de estos requisitos es innecesaria y contraria a la lógica de las normas que regulan estas figuras. El Originador ya presentó su propuesta de forma completa y esta fue aprobada por la ANI, demostrando además su solvencia económica y financiera. Sobre lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado que las entidades estatales tienen expresamente prohibido exigir requisitos meramente formales, inocuos, superfluos o innecesarios dentro de sus procedimientos de selección:*

*“Con este propósito los pliegos de condiciones están llamados a establecer los requisitos de participación de los oferentes y los criterios o factores de evaluación o calificación de sus ofertas; unos y otros, deben llevar como única impronta el fin*

*general perseguido con la contratación propuesta (...) lo cual excluye, de suyo, que factores formales o superfluos deban tener una connotación sustancial para la escogencia de la oferta más favorable a los intereses de la entidad y, por lo mismo, gozar del patrocinio o tutela legal.*

(...)

*Por esta razón, los criterios de selección de la propuesta en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la ejecución del objeto perseguido con la contratación, deben ser útiles, indispensables y determinantes para el propósito de comparar los aspectos sustanciales de los ofrecimientos, en forma tal que se pueda escoger entre ellos el que resulte más favorable.” (N.F.T.).*

*Estos requisitos, bajo esta lógica, solamente deben ser exigidos al Originador cuando este haga ejercicio del derecho de mejora de la oferta, toda vez que en este momento será en el cual pueda entenderse que el proponente presentó una nueva oferta económica. (...).” (Negritas y subrayas del solicitante)*

54. La Agencia no comparte los argumentos del solicitante, conforme las siguientes consideraciones:

Tal como se indicó en el considerando 50 de este acto administrativo, el pliego de condiciones define Oferta, Oferta Hábil y Precalificado, en el siguiente sentido:

- 1.3.44 "Oferta. Corresponde a la propuesta de carácter irrevocable presentada por un Precalificado a fin de participar en el Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, la cual debe ajustarse a las condiciones y requisitos establecidos en el presente Pliego de Condiciones.
- 1.3.47 Oferta Hábil" Es aquella Oferta que, por cumplir con los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones, será considerada para ser evaluada por la ANI conforme a los factores de escogencia.
- 1.3.55 "Precalificado". Es(son) quien(es) conforma(n) la Lista de Precalificados y el Originador.

En este orden de ideas, el numeral 7.4 en concordancia con el numeral 3.1.1 del pliego de condiciones, que indica que "(...) **Sólo las Ofertas Hábiles** serán objeto de evaluación. La ANI verificará de manera preliminar la documentación para establecer que contenga la información requerida prevista en el presente Pliego y el puntaje solamente se asignará a aquellas Ofertas Hábiles."

De la lectura de las definiciones se puede concluir sin lugar a equívocos, que quienes conforman la Lista de Precalificados y el Originador - Precalificado- podrán presentar Oferta en el marco del presente Proceso de Selección, y, por ende, sus Ofertas serán evaluadas con base en las reglas del Pliego de Condiciones y solo serán consideradas Ofertas Hábiles cuando cumplan los Requisitos Habilitantes y demás condiciones previstas en el Documento de Invitación y el presente Pliego de Condiciones.

Es claro entonces, que, aunque el Originador presentó en etapa de estructuración de la factibilidad del Proyecto, los documentos y requisitos de la iniciativa privada, ello no puede llevar a la conclusión errónea de que el Originador no deba presentar Oferta en el marco del Proceso de Selección. Esta interpretación implicaría entre otras cosas que el Originador no debe acreditar los criterios ponderables diferentes de la Oferta Económica, sobre los cuales la ley y el Pliego de Condiciones le permiten formular el Mejoramiento de la Oferta, tales como la Oferta de Puentes de Abordaje del numeral 4.32, la acreditación del Apoyo a la Industria Nacional y Reciprocidad del numeral 4.4, el Factor de Calidad del numeral 4.5 y la



Documento firmado digitalmente





Acreditación de Calidad De Emprendimiento o empresa de mujeres del numeral 4.6, así como los factores de desempate del numeral 7.9.

Ahora bien, el Pliego de Condiciones en su numeral 3.7.10, sólo exime al Originador de presentar Oferta Económica, al indicar:

**“7.1.10 De acuerdo con lo establecido en la respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad a la propuesta de Asociación Público Privada de iniciativa privada para el proyecto denominado: “Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andres” mediante Radicado ANI No. 20247020073601 de 01 de marzo de 2024 y aceptado por el Originador mediante comunicado de radicado 20244090298662 de 8 de marzo de 2024, se entenderá que la Oferta Económica del Originador, serán las condiciones de carácter económico y financiero que fueron presentadas en la etapa de factibilidad. En consecuencia, el Originador no deberá presentar Oferta Económica como parte de su Oferta dentro del presente Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía.” (Negrilla fuera del texto)**

Adicionalmente, se hace necesario indicar que la Agencia a través del oficio con radicado ANI No. 20247020073601 de fecha del 01 de marzo de 2024 dio respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad a la propuesta de Asociación Público-Privada de iniciativa privada para el proyecto denominado: “Iniciativa Privada Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés”.

Dentro del oficio mencionado, se estableció respecto del cupo de crédito específico que:

**“2.5. Presentación del cupo de crédito específico**

*La Agencia, con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera del Originador se mantenga al momento del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, si a ello hubiere lugar, exigirá al Originador dentro del proceso de selección acreditar un cupo de crédito específico de acuerdo con las siguientes condiciones:*

*a) Una certificación de aprobación de cupo de crédito específico, en las siguientes condiciones: (i) por una cuantía no inferior a DIECISÉIS MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES (\$16.139.000.000) de Pesos del Mes de Referencia (ii) debe ser presentada de conformidad con el Anexo denominado “Anexo Cupo de Crédito”, remitido adjunto con la presente comunicación, (iii) por una vigencia no inferior a un año y medio contado a partir de la fecha que indique la Agencia en caso en que ningún tercero manifieste interés, o, contado desde plazo máximo previsto para la presentación de ofertas indicados en el Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación, (iv) suscrita por un representante legal de un Banco Aceptable o el líder de un grupo de Bancos Aceptables, y (v) otorgada a cualquier miembro de la Estructura Plural o al Oferente individual. Máximo podrá aportarse un (1) cupo de crédito por miembro de estructura plural con fecha de expedición no mayor a 60 Días Hábiles antes del plazo establecido por la Agencia en la invitación a manifestar interés o en el pliego de condiciones, según sea el caso, los cuales serán publicados en el SECOP. En caso de no adjuntar el cupo de crédito exigido, los efectos serán los establecidos en la Invitación a Manifestar Interés o en el Pliego de Condiciones, según el caso. (...).” (Subrayado fuera de texto)*

(...)

*“b) El Plazo de presentación de las certificaciones del cupo de crédito específico, se rige por:*

*(i) En caso de no presentarse terceros interesados, una vez finalizada la audiencia, la Agencia indicará al Originador el plazo en que deberá radicar en la entidad la certificación*



*del cupo de crédito específico de que trata el presente numeral, el cual no será mayor a un (1) mes después de finalizada esta audiencia; o,*

*(ii) Si se presentan terceros, la certificación del cupo de crédito específico deberá presentarse en el plazo máximo previsto para la presentación de ofertas indicados en el Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación.*

*En caso de no presentarse cupo de crédito específico en los momentos antes señalados, según el caso, la iniciativa privada será rechazada.* (Subrayado fuera de texto)

También se estableció sobre la garantía de seriedad lo siguiente:

#### *“2.4. Presentación de Garantía de Seriedad de la Oferta*

*Para garantizar la seriedad de la presentación de la Oferta en un eventual proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación y la firma del contrato ante una eventual contratación directa, y de conformidad con el Artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el Decreto 438 del 2021, el Originador deberá presentar una garantía por el monto equivalente al cero punto cinco por ciento (0.5%) del Capex señalado en el numeral 2.2 del presente documento, el cual corresponde a MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES (\$1.740.000.000) de Pesos del Mes de Referencia.*

*Los tipos de garantía aceptables por la Agencia serán aquellos que estén de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto 1082 de 2015. La garantía podrá ser presentada bajo la forma de: i) contrato de seguro contenido en una póliza, ii) garantía bancaria a primer requerimiento, iii) patrimonio autónomo, iv) fiducia mercantil en garantía, v) depósito de dinero en garantía, y vi) en general cualquier medio autorizado por la ley.*

*En lo aplicable, la garantía del originador, a excepción de su monto, deberá reunir todos los requisitos para la garantía de terceros que manifiesten interés, los cuales se encuentran en el numeral 4.13 del documento de Invitación a Participar publicado en el SECOP.*

*En caso de no presentarse terceros interesados, el Originador deberá radicar en la entidad la Garantía de Seriedad de la Oferta de que trata el presente numeral, en el término que indique la Agencia a la finalización de la audiencia de cierre de invitación a terceros, en todo caso dicho plazo no podrá ser mayor a veinte (20) días calendario contado desde esta fecha.*

*Si se presentan terceros, la Garantía deberá presentarse en los plazos indicados en el Pliego de Condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación. En caso de no presentarse la Garantía de Seriedad en los momentos antes señalados, según el caso, la propuesta del Originador será rechazada.* (Subrayado fuera de texto)

En línea con lo anterior, es necesario precisar que el Originador a través de comunicación de radicado ANI No. 20244090298662 de 8 de marzo de 2024 aceptó en su integridad los términos y condiciones de la aprobación de la factibilidad de la iniciativa privada presentada emitida por la Agencia, por lo que aceptó la presentación del cupo de crédito específico y la garantía de seriedad de la oferta bajo las condiciones establecidas en dicho documento. En este sentido, no es acorde con el principio de buena fe que el Originador pretenda desconocer posteriormente, una conducta jurídica anterior materializada en etapa de factibilidad de la iniciativa privada, con contenido relevante y eficaz, en la medida que su aceptación dio lugar al cumplimiento de los requisitos para dar inicio del Proceso de Selección.



Frente al alcance que debe darse a la aplicación del principio de buena fe y los actos propios, el Consejo de Estado ha entendido lo siguiente:

*“De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia. **Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual** o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su cocontratante, **en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.**”<sup>17</sup> (Resaltado fuera del texto original).*

En consecuencia, ahora no puede pretender el Originador que en etapa de selección, la Agencia lo exima del cumplimiento de requisitos y condiciones, que fueron clara y expresamente informadas en el documento de aprobación del Proyecto en etapa de factibilidad y que fueron expresa y voluntariamente aceptadas; situación que al entender de la Agencia, transgrede el principio general de la buena fe precontractual, el cual le impone a los contratantes el deber de comportarse lealmente en su conducta contractual, y ajustar el comportamiento propio al arquetipo de conducta social reclamado por la ética vigente.

Por lo anterior, el Originador debe asumir sus propios actos voluntarios, ya que la decisión de aceptar las condiciones de la ANI para dar viabilidad al Proyecto en etapa de factibilidad, traducida en una manifestación de su voluntad, contiene una decisión con relevancia jurídica, tal como se desprende de los fundamentos de derecho de las consideraciones anteriores, por lo que no le es dable a la parte solicitante desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de su propia decisión.

Por lo cual, teniendo en cuenta que la etapa de Precalificación se presentaron manifestaciones de interés, que hoy conforman la Lista de Precalificados en el marco del Proceso de Selección, el Originador debe entregar con su Oferta el Cupo de Crédito Específico y la Garantía de Seriedad de la Oferta en los plazos indicados en el numeral 8.6 del Pliego de Condiciones, esto es, hasta la fecha de cierre del Proceso de Selección conforme lo indica su numeral 8.6.

**D. Los requisitos del pliego no son claros, lo cual desconoce el principio de transparencia establecido en la Ley 80 de 1993**

55. Sobre este argumento, indica el solicitante:

“(…)

4.1 Sin perjuicio de lo anterior, en el Pliego de Condiciones no son claras las condiciones en las cuales los proponentes debe presentar el Cupo de Crédito Específico. Como señalamos en el numeral 2º de nuestro oficio del 25 de septiembre de 2024, el numeral 3.11.1 (a)(iii) y 3.11.1 (a)(iv) del proyecto de Pliego de Condiciones, que se refieren al cupo de crédito específico, no son claros en su redacción. El subnumeral (a) (iii) establece que el cupo de crédito específico debe ser otorgado con “un plazo de vigencia

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sentencia 55855 del veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017). CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

no inferior a un año y medio contado a partir del Cierre de la presente Selección Abreviada de Menor Cuantía, y/o hasta que se realicen los Giros de Equity de que trata la Sección 4.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, previsto para los (18) meses de ejecución del mismo”.

4.2 Por otro lado, el numeral 3.11.1. (a)(iv) del Pliego establece lo siguiente: “Para efectos de lo previsto en la Sección 19.6 del Contrato Parte General una vez agotada la vigencia del Cupo de Crédito y/o hasta que se realicen los Giros de Equity indicados en la Sección 4.7 de la Parte Especial correspondientes a la Fase de Preconstrucción, **no será exigible** al Concesionario dicho requisito”. Para el Originador no es claro a que requisito se está haciendo referencia como requisito no exigible.

4.3 Frente a lo anterior, la ANI señaló en el documento de respuesta a observaciones lo siguiente:

“Se aclara al observante que la sección 3.11.1 (a) (iii) es clara en establecer que la fecha de inicio para la primera opción disyuntiva el plazo es a partir de la fecha de cierre de la selección abreviada de menor cuantía con precalificación. La segunda parte de la disyunción el plazo comienza a partir de la fecha de inicio del contrato de conformidad el Contrato Parte Especial sección 4.7”

4.4 La respuesta de la ANI es insuficiente y confusa, así, además de exigir un requisito innecesario al Originador -la entrega de una Garantía de Seriedad de la Oferta y un Cupo de Crédito Específico, pese a que la oferta del Originador **ya fue presentada, aprobada** y se realizó una verificación de la solvencia financiera y económica del Originador-, las condiciones de presentación de estos documentos no son claras, lo cual podría derivar, eventualmente, en un rechazo de las ofertas presentadas por no ajustarse al contenido del Pliego. Sobre lo anterior, el numeral 5º, literal (b) del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala lo siguiente:

“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 las declaratorias de desierto 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.

(...)

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o **términos de referencia** y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.” (N.F.T.).

4.5 Para la ANI, era sumamente sencillo indicar, dentro de su respuesta a las observaciones elevadas, cuál era la vigencia específica del Cupo de Crédito que debían presentar los proponentes dentro del procedimiento de selección. Sin embargo, la ANI optó por una respuesta que no permite a los proponentes conocer de forma clara las condiciones en las cuales deben presentarse las ofertas, vulnerando directamente los principios de transparencia y publicidad que rigen este tipo de actuaciones. (...) (Negrillas y subrayas del solicitante)

56. La Agencia no comparte los argumentos del solicitante, conforme las siguientes consideraciones:



En primera instancia, se reitera que la Agencia a través del oficio con radicado ANI No. 20247020073601 de fecha del 01 de marzo de 2024 dio respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad a la propuesta de Asociación Público-Privada de iniciativa privada para el proyecto denominado: "Iniciativa Privada Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés", en la cual se estableció al originador las condiciones respecto del cupo de crédito específico, en el numeral 2.5 de dicho comunicado, en el cual se aclara que:

*"La Agencia, con el fin de corroborar y verificar que la capacidad financiera del Originador se mantenga al momento del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, si a ello hubiere lugar, exigirá al Originador dentro del proceso de selección acreditar un cupo de crédito específico (...)"*

Así mismo, se establece el monto, vigencia, condiciones de presentación, fechas de expedición (no mayor a 60 Días Hábiles antes del plazo establecido por la Agencia en la invitación a manifestar interés o en el pliego de condiciones, según sea el caso, los cuales serán publicados en el SECOP. En caso de no adjuntar el cupo de crédito exigido, los efectos serán los establecidos en la Invitación a Manifestar Interés o en el Pliego de Condiciones, según el caso) y plazos para la presentación del cupo de crédito específico, siendo: i) En caso de no presentarse terceros interesados, una vez finalizada la audiencia, la Agencia indicará al Originador el plazo en que deberá radicar en la entidad la certificación del cupo de crédito específico de que trata el presente numeral, el cual no será mayor a un (1) mes después de finalizada esta audiencia; o, ii) Si se presentan terceros, la certificación del cupo de crédito específico deberá presentarse en el plazo máximo previsto para la presentación de ofertas indicados en el Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación.

También se dejó claro en dicho documento, que "En caso de no presentarse cupo de crédito específico en los momentos antes señalados, según el caso, la iniciativa privada será rechazada."

Las condiciones y exigencia del cupo de crédito específico para el proceso requeridos por la ANI e informados al originador, fueron ACEPTADOS por este último a través de comunicación del 8 de marzo de 2024.

Ahora bien, y de conformidad con la respuesta emitida por la ANI en la matriz de respuesta a observaciones publicada en SECOP y según lo establecido en el pliego de condiciones en el numeral 3.11.1 (a)(iii), se indica al originador que el cupo de crédito específico a presentar por los oferentes del proceso debe contar con vigencia de un año y medio, o, dieciocho (18) meses contados a partir del Cierre de la presente Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación.

Es de precisar que, para el adjudicatario del proceso o futuro concesionario, el cupo de crédito debe contar con vigencia hasta que se realicen los Giros de Equity de que trata la Sección 4.7 de la Parte Especial del Contrato de Concesión, previstos para los primeros dieciocho (18) meses de ejecución del mismo.

Es por ello que el Pliego de Condiciones en el numeral 3.11.1, en el literal (d) aclara que:

*"Quienes no hayan resultado Adjudicatarios podrán revocar el Cupo de Crédito Específico luego de la Adjudicación bajo las siguientes condiciones:*

*(i) Quienes quedaren en segundo lugar podrán revocar el Cupo de Crédito Específico únicamente después del perfeccionamiento del Contrato de Concesión con el respectivo Adjudicatario.*

*(ii) Los demás Oferentes distintos del Adjudicatario y de quienes quedaren en segundo lugar,*



*podrán revocar el Cupo de Crédito Específico una vez sea publicada la resolución de Adjudicación.”*

Adicionalmente, y en línea con lo informado en el oficio con radicado ANI No. 20247020073601 de fecha del 01 de marzo de 2024 con el cual se dio respuesta a la evaluación en Etapa de Factibilidad, el pliego de condiciones del presente proceso establece que:

*“En el caso del Originador en su calidad de Oferente no allegue el Cupo de Crédito Específico, en las condiciones establecidas en este numeral, su Oferta será rechazada por no cumplir los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones (...)”* (Subrayado fuera del texto)

Por otra parte, con respecto al numeral 3.11.1. (a)(iv) del Pliego de Condiciones, cabe mencionar que en la Adenda No. 2 y No. 3 del proceso en cuestión, se realizó una precisión con respecto a la sección del contrato parte general indicada en este literal, correspondiente a:

*“(iv) Para efectos de lo previsto en la Sección 19.6 20.6 del Contrato Parte General una vez agotada la vigencia del Cupo de Crédito y/o hasta que se realicen los Giros de Equity indicados en la Sección 4.7 de la Parte Especial correspondientes a la Fase de Preconstrucción, no será exigible al cesionario dicho requisito.”.*

La citada sección 20.6 hace referencia a las condiciones de Cesión del contrato:

*“(a) Cesión del Contrato. Salvo autorización previa expresa y escrita de la ANI, el Concesionario no podrá ceder el Contrato total o parcialmente. Para efectos de la autorización, la ANI tendrá en cuenta que las garantías del Contrato no se disminuyan con ocasión de la cesión, y que se dé cumplimiento por parte del cesionario de: (i) todos los Requisitos Habilitantes establecidos en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad o la Invitación a Precalificar y que fueron evaluados por la ANI, durante la Precalificación o el Proceso de Selección, para considerar hábil al cedente y (ii) la obligación de información establecida en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012 y las demás establecidas en la Ley Aplicable.*

*(b) Cesión de accionistas del Concesionario.*

- (i) Durante la Etapa Preoperativa y durante el primer año de iniciada la Etapa de Operación y Mantenimiento, los accionistas del Concesionario que hayan sido Líderes o, que sin serlo, hayan acreditado Capacidad Financiera (según estos términos se definen en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, Invitación a Terceros o en el Proceso de Selección, según corresponda) deberán permanecer como accionistas del Concesionario, y mantener al menos, i) su porcentaje de participación original (acreditado en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, Manifestación de Interés o en la Oferta, según corresponda) cuando el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, Manifestación de Interés o en la Oferta, según corresponda haya sido presentada por un Oferente Plural, y se trate de un no Líder que haya acreditado Capacidad Financiera, ii) al menos el veinticinco por ciento (25%) del accionariado cuando el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, Manifestación de Interés o en la Oferta, según corresponda haya sido presentada por un Oferente Plural, y se trate de un Líder, o iii) el veinticinco por ciento (25%) del accionariado cuando la Oferta haya sido presentada por un Oferente Individual.*
- (ii) Lo anterior, salvo que la ANI autorice el cambio de accionista, autorización que en todo caso se dará cuando:*
  - (1) El cesionario cumpla con todos los Requisitos Habilitantes establecidos en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad o en los Requisitos Habilitantes establecidos*



Documento firmado digitalmente



- en la Invitación a Terceros o en el Proceso de Selección según corresponda y que fueron evaluados por la ANI, para considerar hábil al cedente,
- (2) Las garantías del Contrato no se disminuyan con ocasión de la cesión,
  - (3) Los cesionarios cumplan con la obligación de información establecida en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012 y las demás establecidas en la Ley Aplicable,
  - (4) En caso en que el cedente sea el Líder que acreditó y obtuvo el puntaje adicional por el factor de ponderación de trabajadores en condición de discapacidad en el Proceso de Selección, la vinculación de personal en condición de discapacidad sea acreditada y cumplida por el cesionario o cualquiera de los miembros del Concesionario o por el personal del Concesionario de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Pliego de Condiciones o, en su defecto, de acuerdo con la normativa vigente y aplicable a la materia al momento de la solicitud de autorización de cesión, y
  - (5) Permanezca por lo menos uno de los Líderes que participaron en la Iniciativa Privada en la Etapa de Factibilidad, en la Manifestación de Interés o en la Oferta o en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, según corresponda, con un mínimo del 25% de participación.

*Sin perjuicio de lo anterior, si se ha obtenido el Cierre Financiero en los términos establecidos en la Sección 3.10(a) de esta Parte General, se permitirá el retiro del Líder siempre que la nueva composición accionaria cuente con al menos un accionista que como mínimo acredite el 25% de participación y que cumpla con los Requisitos Habilitantes establecidos en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, la Invitación a Terceros o el Pliego de Condiciones, que fueron evaluados por la ANI, durante la etapa de factibilidad o el Proceso de Selección para considerar hábil al Líder cedente, para lo cual, la ANI tendrá en cuenta los Requisitos Habilitantes de la Invitación a Precalificar, que podrán ser acreditados con base en información disponible al último periodo contable. Este accionista dentro de la composición accionaria será considerado como nuevo Líder.*

- (iii) *A partir del vencimiento del primer año de la Etapa de Operación y Mantenimiento, y hasta la terminación del Contrato, los accionistas del Concesionario que hayan sido Líderes o, que sin serlo, hayan acreditado Capacidad Financiera (según estos términos se definen en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, en la Invitación a Terceros o en el Proceso de Selección según corresponda) deberán permanecer como accionistas del Concesionario, salvo que la ANI autorice el cambio de accionista, autorización que en todo caso se dará cuando las garantías del Contrato no se disminuyan con ocasión de la cesión, y previa verificación del cumplimiento por parte del cesionario de: (A) Los Requisitos Habilitantes establecidos en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, en la Invitación a Terceros o en el Proceso de Selección, según corresponda y que le fueron evaluados por la ANI, para considerar hábil al cedente –salvo por el requisito de experiencia en inversión (como el mismo se define en el Acuerdo en Etapa de Factibilidad, Invitación a Terceros o en el Proceso de Selección según corresponda), cuyo cumplimiento no será necesario para que proceda la cesión–, y (B) La obligación de información establecida en el artículo 23 de la Ley 1508 de 2012 y las demás establecidas en la Ley Aplicable. Adicionalmente para efectos de que la ANI autorice el cambio de accionista, en caso en que el cedente sea el Líder que acreditó y obtuvo el puntaje adicional por el factor de ponderación de trabajadores en condición de discapacidad en el Proceso de Selección, la vinculación de personal en condición de discapacidad deberá ser acreditada y cumplida por el cesionario o cualquiera de los miembros del Concesionario o por el personal del Concesionario de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el Pliego de Condiciones o, en su defecto, de acuerdo con la normativa vigente y aplicable a la materia al momento de la solicitud de autorización de cesión. (...)" (Subrayado fuera del texto)*



De acuerdo con lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI- cumple con lo establecido en el artículo 24 y 30 de la Ley 80 de 1993, del principio de transparencia y las reglas para la estructura de los procedimientos de selección, en especial lo pertinente a reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole y aseguren una escogencia objetiva.

**E. El Pliego de Condiciones debe ser revocado por la ANI, en virtud del artículo 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, y proceder con su reestructuración. Alternativamente, la ANI tiene la posibilidad de suspender el proceso y reestructurarlo, o ampliar el plazo del mismo y reestructurarlo.**

57. Sobre este argumento, indica el solicitante:

(...)

5.1 *El artículo 93 del CPACA establece que las autoridades públicas **deberán** revocar los actos administrativos que sean contrarios a la Constitución o a la Ley, de oficio o por solicitud de parte:*

*“**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.” (N.F.T.).***

5.2 *En ese sentido, ante las múltiples violaciones a la Ley aplicable constatadas en los numerales anteriores del presente documento -particularmente frente al derecho de mejora consagrado en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015- es procedente la revocatoria del Pliego de Condiciones, el cual, como ha señalado el Consejo de Estado, es un acto administrativo de carácter general<sup>2</sup>. **Por ende, bajo el presente oficio, se solicita formalmente la revocatoria del Pliego de Condiciones, en los términos del artículo 93 del CPACA.***

5.3 *Alternativamente, la ANI, en virtud de su calidad de directora y responsable del procedimiento de selección, **puede ordenar la suspensión** del procedimiento de selección, con la intención <sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 25 de octubre de 2019. Radicado: 25000-23-26-000-2007-00677- 01(39945). M.P. María Adriana Marín de corregir las irregularidades señaladas en el presente escrito. Así lo ha señalado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en concepto No. 4201714000002326 del 16 de marzo de 2018:*

*“Las Entidades Estatales en su calidad de directoras y responsables del Proceso de Contratación pueden adoptar las medidas que consideren oportunas para garantizar una selección objetiva, dentro de las cuales se encuentra la suspensión de la etapa de selección del Proceso de Contratación. La normativa del Sistema de Compra Pública no contempla un límite en el tiempo para la suspensión de los Procesos de Contratación.”*

5.4 *En conclusión, la ANI, en procura del cumplimiento de las finalidades de la contratación estatal y la observancia del principio de legalidad, deberá hacer uso de las herramientas que le otorga el ordenamiento jurídico, bien sea la revocatoria o suspensión y modificación del Pliego de Condiciones Definitivo, para sanear los vicios señalados en el presente documento. (...)* (Negritas y subrayas del solicitante)



58. La Agencia en punto a la solicitud de revocatoria del pliego de condiciones, se permite indicar que:

Ha dicho el Consejo de Estado<sup>18</sup> que, de manera general, la revocación directa constituye un medio de control administrativo que ejercen las autoridades públicas respecto de sus propios actos y que les permite volver a decidir sobre asuntos ya decididos en procura de corregir, en forma directa o a petición de parte, las actuaciones lesivas de la constitucionalidad, de la legalidad, del interés público o de los derechos fundamentales.

Así mismo, la Corte Constitucional<sup>19</sup> sobre este mecanismo precisó:

*“La revocación directa es la prerrogativa que tiene la administración para enmendar, en forma directa o a petición de parte, sus actuaciones contrarias a la ley o a la Constitución, que atenten contra el interés público o social o que generen agravio injustificado a alguna persona. Y es una prerrogativa en tanto que la administración puede extinguir sus propios actos por las causales previstas en la ley y está facultada para hacerlo en cualquier momento, incluso cuando el acto administrativo ya ha sido demandado ante lo contencioso administrativo; pero, también es una obligación que forzosamente debe asumir en los eventos en que, motu proprio, constatare la ocurrencia de una de las causales señaladas.*

*Si así fuere, la administración tiene el deber de revocar el acto lesivo de la constitucionalidad o legalidad o atentatorio del interés público o social o que causa agravio injustificado a una persona.” Esta disposición encuentra su sustento normativo en el hecho de que Colombia es un Estado Social de Derecho, según las voces del artículo primero de la Carta Política, lo cual significa que las actuaciones del Estado deben estar enmarcadas dentro de un ordenamiento jurídico y sentido social previamente definidos, que establecen los raseros con los cuales se medirán todas sus actuaciones.”*

Este mecanismo encuentra su desarrollo legal en los artículos 93 y siguientes de la Ley 1437 de 2011- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en punto a la contratación estatal, el párrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993 contempla la viabilidad de revocar los actos administrativo contractuales, en los siguientes términos:

**“PARÁGRAFO.** *Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.”*

El actor como petición principal solicita la revocatoria del pliego de condiciones definitivo del proceso de selección, por lo cual, se hace necesario definir la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, con el fin de establecer la procedencia de la revocatoria.

El Consejo de Estado en relación con el Pliego de Condiciones ha indicado que este es *“(…) el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes<sup>20</sup>(…) y (…) que constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los*

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 26 de noviembre de 2014, expediente 1998-01093 y Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 31 de mayo de 2012, expediente 2004-01511.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-3524 de 7 de octubre de 1992, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 12344, Consejero Daniel Suárez Hernández.



*proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes”.*<sup>21</sup>

Conforme lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha distinguido en los Pliegos de Condiciones dos tipos de normas: las que regulan el procedimiento de selección y las que delimitan el contenido y alcance del contrato:

*“El pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse. En cuanto hace al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, que es justamente el que ocupa, en este juicio, la atención del Consejo de Estado, la Sala afirmó en la última providencia citada (sentencia de 29 de enero de 2004) el criterio que hoy reitera: que “la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.”*<sup>22</sup>

Sobre la naturaleza jurídica del Pliego de Condiciones el Consejo de Estado ha decantado desde 2006<sup>23</sup> que se trata de un “(...) acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general<sup>24</sup> y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo”<sup>25</sup>.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado:

*“(...) el pliego de condiciones, según la normatividad actualmente vigente en Colombia, no es un reglamento ya que, por definición, este es un acto de carácter general, que tiene vocación de permanencia en el tiempo -en tanto no se agota con su aplicación- y se expide en ejercicio de la función administrativa.*

*“Un pliego de condiciones no podría ser un reglamento administrativo porque carece de vocación de permanencia en el tiempo. Por el contrario, está destinado a surtir efectos en un sólo proceso de contratación, al cabo del cual pierde su vigencia. El reglamento, en cambio, admite que sea aplicado sucesivamente, sin que su utilización lo agote o extinga.*

*“Resta, pues, considerar el pliego de condiciones como “acto administrativo”, naturaleza que, a juicio de la Sala, ostenta parcialmente el pliego. Sin embargo, el pliego conserva su carácter de acto administrativo hasta antes de la celebración del contrato; se trata de un acto administrativo de singulares características, pues, siendo de carácter general [Porque tiene la capacidad de aplicarse a un número indeterminado de personas], puede ser, sin embargo, de trámite o definitivo, según sus destinatarios [Porque no culmina el procedimiento contractual, sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo]; pero igualmente tiene vocación para convertirse en “cláusula contractual”, caso en el cual deja de ser un acto administrativo general, para mudar su naturaleza.*

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C, sentencia de 24 de julio de 2014, expediente 25642, consejero Enrique Gil Botero.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 10779, consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, M.P. Alier Hernández Enríquez.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia de 19 de julio de 2010, expediente 33795, consejera Ruth Stella Correa Palacio

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, subsección C, sentencia de 24 de julio de 2014, expediente 25642, consejero Enrique Gil Botero.



*“En este sentido, se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección-, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos, en muchas de sus estipulaciones esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección.”<sup>26</sup>*

En consideración a la naturaleza del Pliego de Condiciones como acto general de naturaleza mixta como quedó sentado, al tenor del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 y del párrafo del artículo 68 de la Ley 80 de 1993, fuerza predicar el atributo de revocabilidad de dicho acto. Sin perjuicio de lo anterior, para la Agencia no es viable jurídicamente predicar la revocatoria directa del Pliego de Condiciones sin la revocatoria directa del acto administrativo por el cual se ordena la apertura del proceso, puesto que este es el acto que da inicio al proceso de selección propiamente dicho, y el pliego de condiciones tiene singulares características en tanto no inicia como tampoco termina el procedimiento contractual sino que forma parte de las actuaciones necesarias para impulsarlo y una vez adjudicado el proceso se transforma en parte del contrato.<sup>27</sup>

De otra parte, la Agencia en desarrollo de la potestad otorgada por el artículo 2.2.1.1.2.2.1 del Decreto 1082 de 2015 expidió las Adendas modificatorias 2 y 3 al Pliego de Condiciones, con el fin de dar mayor claridad a los Precalificados en relación con el Cupo de Crédito Específico (numeral 3.11.1(iv) y Anexo 9), el factor de ponderación de Oferta de Puentes de Abordaje (numeral 4.3), la evaluación de la oferta económica cuando solo hay un Oferente Hábil (numeral 7.5.4), el desarrollo de la Audiencia de Apertura del Sobre No. 2 (numeral 7.6), el Mejoramiento de la Oferta por parte del Originador (numeral 7.10), las causales de rechazo (numeral 8.5.1(j) y el plazo para suscripción del Contrato de Concesión (8.3.1), algunos de los cuales fueron observados por el actor y que fueron debidamente contestados por la Agencia en la etapa procedimental correspondiente.

Ahora bien, el actor aduce como causal de revocatoria la dispuesta en el numeral 1 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011, que reza: *“Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.”*, fundando su solicitud en las presuntas múltiples violaciones a la ley que afectan en su criterio el derecho de mejora consagrado en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015. Argumentos que fueron controvertidos cada uno por parte de la Agencia, encontrando que las disposiciones del Pliego de Condiciones configurado por la ANI dentro del proceso de selección VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024 que tiene por objeto *“Seleccionar la Oferta más favorable para la Adjudicación de un (1) Contrato de Concesión bajo el esquema de APP, cuyo objeto es: La financiación, elaboración de estudios y diseños, reconstrucción, adecuación, administración, operación, mantenimiento, explotación comercial, modernización y reversión tanto del Lado Aire como del Lado Tierra del Aeropuerto “GUSTAVO ROJAS PINILLA”, ubicado en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.”*, plasma y permiten al Originador su derecho al mejoramiento de la Oferta en los términos de la ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015. En consecuencia, no encuentra esta Agencia vulneración ni oposición alguna del contenido del pliego de condiciones con la Constitución y la Ley, que motiven la revocatoria directa de dicho acto administrativo.

**F. Consecuencias de la adjudicación del contrato estatal desconociendo la normatividad aplicable – responsabilidad patrimonial, penal y disciplinaria.**

**59.** Sobre este argumento, indica el solicitante:

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, Consejero Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente 18059, Consejero Alier E. Hernández Enríquez.



“(...)

6.1 En caso de que los funcionarios de la ANI decidan no revocar el Pliego de Condiciones Definitivo o suspender el proceso de selección con el fin de reestructurar el Pliego, y procedan con la adjudicación del Contrato de Concesión bajo las condiciones de selección actuales, **los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía con precalificación serán sujetos de responsabilidad patrimonial, penal y disciplinaria.**

**(I) Responsabilidad Penal – Celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales:**

6.2 El artículo 410 del Código Penal establece el tipo penal de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales, en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 410. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.”**

6.3 La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 19 de diciembre del 2000, señaló que, dentro del concepto de requisitos legales esenciales, se encuentran los principios rectores de la contratación administrativa, establecidos en los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 209 de la Constitución, entre otras disposiciones:

*“Ahora bien, a través del segundo cargo por violación directa de la ley sustancial, el censor acusa que el Tribunal incurrió en un yerro trascendente al señalar que eran requisitos esenciales del contrato 001 de 2002 los principios generales de la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, en particular los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A este respecto, la Corte reitera, como de tiempo atrás lo ha fijado, que los requisitos legales esenciales de los contratos estatales (...) no son solamente aquellos genéricos que describe el artículo 1502 del Código Civil, sino que debe acudir a la reglamentación de la contratación administrativa, de allí que también deben tenerse como requisitos legales esenciales los principios generales que orientan la contratación administrativa<sup>37</sup>”.*

6.4 En ese sentido, dadas las graves violaciones a los principios de legalidad, economía y moralidad administrativa, entre otros, evidenciadas en el Pliego de Condiciones Definitivo, los servidores encargados del procedimiento de selección y adjudicación del contrato, de continuar con el proceso bajo las condiciones actuales, podrían incurrir en el citado delito.

**(II) Responsabilidad Patrimonial – Acción de Repetición:**

6.5 Paralelamente, la indebida adjudicación del contrato estatal es susceptible de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Como lo ha señalado el Consejo de Estado, si se declara la nulidad del acto de adjudicación, la ANI estará obligada a indemnizar todos los perjuicios ocasionados al proponente demandante:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, cuando se deja de adjudicar un proceso de selección, se causa un daño a quien debió ser favorecido y que la*

**valoración de ese daño corresponde, en principio, a la utilidad que esperaba obtener por la ejecución del contrato que no fue adjudicado (...).<sup>4</sup>” (N.F.T.).**

6.6 Así, de adjudicarse el contrato de concesión bajo las condiciones de selección actuales, la ANI podría verse obligada a indemnizar los perjuicios sufridos por el proponente demandante, con un agravante: el artículo 90 de la Constitución consagra la acción de repetición, por medio de la cual, cuando el Estado está obligado a pagar una condena judicial derivada del actuar doloso o gravemente culposo de alguno de sus funcionarios, éste podrá demandar en repetición a dicho funcionario, por el monto de la condena a pagar<sup>5</sup>.

6.7 En ese sentido, de prosperar las pretensiones de reparación del proponente demandante, la ANI podrá repetir contra el patrimonio personal de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento de selección. **Recordemos que el Contrato APP tiene un valor estimado de seiscientos sesenta y cuatro mil seiscientos seis millones novecientos setenta y cinco mil setecientos treinta y dos pesos (\$664.606.975.732), por lo que las indemnizaciones derivadas de una indebida adjudicación tendrían igualmente una cuantía considerable.**

**(III) Responsabilidad Disciplinaria por la comisión de delitos y el desconocimiento de los principios en materia de contratación estatal:**

6.8 Finalmente, los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento de selección, de continuarse en las actuales condiciones, serían sujetos de sanción disciplinaria, a partir de las faltas gravísimas consagradas en los artículos 54 y 65 del Código General Disciplinario:

**“CAPITULO I FALTAS GRAVISIMAS**

(...)

**ARTÍCULO 54. Faltas relacionadas con la Contratación Pública.**

(...)

3. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.”

(...)

**ARTÍCULO 65. Faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal.** Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de el.”.

6.9 Así, los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento de selección podrían ser responsables disciplinarios, tanto por el desconocimiento de los principios que rigen la actividad contractual del Estado, como por la comisión del delito de celebración de contratos sin el cumplimiento de los requisitos legales. La sanción por la comisión de una falta disciplinaria gravísima y de forma dolosa es la destitución e inhabilidad para el funcionario por un periodo de entre diez (10) a veinte (20) años:

**“ARTÍCULO 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias.** El disciplinable está sometido a las siguientes sanciones:

Destitución e inhabilidad general de diez (10) a veinte (20) años para las faltas gravísimas dolosas.”.

6.10 En conclusión, los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento de selección, de desatender las múltiples irregularidades en el procedimiento de selección



Documento firmado digitalmente



enunciadas en el presente documento, serán responsables penal, patrimonial y disciplinariamente. **Finalmente, se advierte que el Originador adelantará todas las actuaciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar sus derechos dentro del procedimiento de selección, o perseguir la indemnización de todos los perjuicios que le causen la ANI o sus funcionarios. (...)** (Negrillas del solicitante)

60. En relación con este aspecto, la Agencia considera que se trata de una afirmación subjetiva del solicitante, toda vez que si bien, las normas transcritas por el solicitante, como son el artículo 90 de la Constitución, el artículo 410 del Código Penal y los artículos 54 y 65 del Código General Disciplinario, regulan aspectos relacionados con la responsabilidad de los funcionarios públicos en los ámbitos penal, patrimonial y disciplinario, para imponer la sanción, esta debe pasar por el trámite o procedimiento correspondiente adelantado por el funcionario competente según corresponda en respecto de las garantías y derechos constitucionales de audiencia, información, defensa y debido proceso como ejes principales. Por lo cual, no se comparten las afirmaciones del solicitante tendientes a asegurar a priori la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el proceso. En este sentido, la Agencia no realizará análisis de la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el Proceso de Selección considerando que no es la oportunidad como tampoco el mecanismo legal para ello.

Igualmente, frente a la advertencia del solicitante contenida en el numeral 6.10 del escrito de solicitud, según la cual: **“Finalmente, se advierte que el Originador adelantará todas las actuaciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar sus derechos dentro del procedimiento de selección, o perseguir la indemnización de todos los perjuicios que le causen la ANI o sus funcionarios. (...)**”, esta entidad se manifiesta respetuosa del ejercicio de los mecanismos que la Ley contemple para el ejercicio de los derechos por parte del actor.

De tal manera, en relación con este argumento, no se acoge la solicitud de revocatoria directa en tanto no se constituye como una causal o fundamento para la declaratoria directa en los términos del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011.

## VI. CONCLUSIÓN

61. Una vez verificada la causal prevista en el numeral 1 del artículo 93 de la Ley 1437 de 2011 invocada para la procedencia de la solicitud de revocatoria directa y efectuada la revisión integral de las disposiciones del pliego de condiciones cuya revocatoria se solicita, la Agencia no encuentra fundamento para acceder a las peticiones, toda vez que no se advierte ninguna situación o hecho que permita considerar que el pliego de condiciones vulnera flagrantemente la Constitución o la Ley y que se encuentra garantizado el derecho de Mejora de la Oferta por parte del Originador, siendo claro que la causal invocada no se configura y, en consecuencia, no hay lugar a revocar el pliego de condiciones acusado.
62. En tal sentido, se procederá a resolver las peticiones del solicitante en el siguiente sentido:
- Se procederá a rechazar por improcedente la solicitud de la revocatoria del pliego de condiciones del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024.
  - Se procederá a rechazar la solicitud subsidiaria de suspensión y, frente a la modificación del Pliego de Condiciones Definitivo, si bien no procede al momento de resolver la solicitud de revocatoria se precisa que, mediante Adenda 2 y 3 se incluyeron las aclaraciones pertinentes al Pliego de Condiciones.
  - Se accederá a la petición de información sobre los funcionarios intervinientes en el proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, la cual se dará en la oportunidad establecida en la ley 1755 de 2015, respetando en todo caso, la confidencialidad y reserva sobre información



Documento firmado digitalmente





Documento firmado digitalmente



personal o sensible en los términos de la Ley 1581 de 2012 y la Ley 1712 de 2014 y sus Decreto reglamentarios.

De conformidad con lo expuesto,

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO:** Rechazar por improcedente la solicitud de revocatoria directa del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, presentada por Andrés Saldarriaga Pérez, en su calidad de Representante Legal de la sociedad SP INGENIEROS S.A.S., mediante escrito del 9 de octubre de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Rechazar por improcedente la solicitud de suspensión y modificación del Pliego de Condiciones del Proceso de Selección Abreviada de Menor Cuantía con Precalificación No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, presentada por Andrés Saldarriaga Pérez, en su calidad de Representante Legal de SP INGENIEROS S.A.S., mediante escrito del 9 de octubre de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO TERCERO:** Acceder a la petición de información los funcionarios asociados con el procedimiento de selección No. VJ-VE-APP-IPV-001-2024/VJ-VE-APP-IPV-SA-001-2024, presentada mediante escrito de 9 de octubre de 2024 presentada por Andrés Saldarriaga Pérez, en su calidad de Representante Legal de SP INGENIEROS S.A.S., en la oportunidad establecida en la ley 1755 de 2015 y respetando en todo caso, la confidencialidad y reserva sobre información personal o sensible en los términos de la Ley 1581 de 2012 y la Ley 1712 de 2014 y sus Decreto reglamentarios.

**ARTÍCULO CUARTO:** Notificar el contenido de la presente resolución al representante legal de la de la sociedad SP INGENIEROS S.A.S., en los términos del artículo 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**ARTÍCULO QUINTO:** Publicar el presente acto administrativo en el Sistema Electrónico de Contratación Pública SECOP I y en la página web de la Agencia.

**ARTÍCULO SEXTO:** El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición y contra este no proceden recursos, de conformidad con el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 05-11-2024

**LUIS EDUARDO ACOSTA MEDINA**  
Vicepresidente de Estructuración

Proyectó: Mireya Uribe Motta - Experto GIT Asesoría Legal en Estructuración – VJ  
Nicolás Quitian – Abogado Asesor - GIT Asesoría Legal en Estructuración – VJ

Revisó: Luz Elena Ruiz Castro – Coordinadora Asesoría Legal en Estructuración – VJ  
Jackeline Torres Ángel – Gerente Financiero – VE  
Alex Samuel Wihiler Bautista – Gerente Aeroportuario – VE



Documento firmado digitalmente



Revisó: María Carolina Zúñiga – Asesora – VJ  
Isabel Cristina Vargas Sinisterra – Asesora – VE

Vo.Bo.: Oscar Gustavo Calderón Medina- Vicepresidente Jurídico (E)

VoBo: PAOLA LILIANA ECHEVERRIA LEON, ALEX SAMUEL WIHILER BAUTISTA G.AERO (E), JACKELINE TORRES ANGEL, LUIS NICOLAS QUITIAN RODRIGUEZ, LUZ ELENA RUIZ CASTRO Coord GIT, MARIA CAROLINA ZUNIGA HERNANDEZ, MIREYA URIBE MOTTA, OSCAR GUSTAVO CALDERON MEDINA VICE (E), ISABEL CRISTINA VARGAS SINISTERRA