



Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 - www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 1 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

Bogotá D.C.

PARA: GLORIA MARGOTH CABRERA RUBIO
Jefe Oficina de Control Interno

DE: FERNANDO RAMÍREZ LAGUADO
Vicepresidente Jurídico

ASUNTO: Respuesta requerimiento memorando No. 20221020094743 - Alerta de Control Interno – Licitación Pública No. VJ-VE-APP-IPB-006-2021.

Cordial saludo,

En atención al memorando del número del asunto, por medio de la presente informamos que se dio traslado de las 4 situaciones expuestas por la Contraloría a la firma KONFIRMA S.A.S, quien es el evaluador del proceso de la Licitación Pública No VJ-VE-APP-IPB-006-2021, para su correspondiente respuesta, la cual adjuntamos al presente documento.

Por otro lado, en relación con los puntos 1 y 2 indicados en la página No. 07 del requerimiento del asunto, me permito informar lo siguiente:

1. *¿La ANI ha realizado y está realizando las evaluaciones y proyecciones financieras que sean necesarias y suficientes para constatar la real capacidad financiera de este Oferente, para el escenario posible de que éste eventualmente pueda resultar adjudicatario de las dos (2) Licitaciones Públicas VJ-VE-APP-IPB-006-2021 “... Restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique” y VJ-VE-APP-IPB-004-2021 “Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga” que actualmente están en curso, para las cuales presentó Oferta SACYR CONCESIONES COLOMBIA SAS y que la ANI ha informado que proyecta adjudicar los próximos días 4 y 5 de agosto de 2022?*

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

En primer lugar, es importante dar claridad sobre la normatividad aplicable a los procesos de selección de asociaciones público privadas. En esta línea, el artículo 12 de la Ley 1508 de 2012 establece, de forma específica para los procesos de selección de contratos bajo el esquema de



Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de
Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 - www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 2 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

asociación público privada (APP), que los factores de selección objetiva objeto de verificación por parte de las entidades son:

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

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

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

12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.”

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

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



La movilidad
es de todos

Mintransporte



Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de
Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 - www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 3 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

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

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

2. *¿La ANI ha realizado la debida verificación de los eventuales efectos reputacionales y de relacionamiento con posibles financiadores del Oferente, en razón de la reciente sanción aplicada en España a la firma matriz y 100% controlante del Oferente, por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA bajo el cargo de “alterar el sistema de licitaciones públicas para Edificaciones e Infraestructuras”?*

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

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

1. *La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6o de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación.*
2. *“Modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011.” La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o*



La movilidad
es de todos

Mintransporte



Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de
Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 – www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 4 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o

b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

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

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.

PARÁGRAFO 1o. *“modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018.” La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado.*



La movilidad
es de todos

Mintransporte



Documento firmado digitalmente



Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

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

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

PARÁGRAFO 3o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> La no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta no será subsanable y será causal de rechazo de la misma.*

PARÁGRAFO 4o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, los documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.*

PARÁGRAFO 5o. *<Parágrafo adicionado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En los procesos de contratación, las entidades estatales deberán aceptar la experiencia adquirida por los proponentes a través de la ejecución de contratos con particulares.*

A juicio de la entidad, de la lectura de la norma, es claro que la evaluación del efecto reputacional y de relacionamiento no encaja en los criterios de evaluación que ella trae y, en esa medida, llevar a cabo eventuales análisis en ese sentido sería contrario al principio de selección objetiva, en tanto no existe en el ordenamiento legal colombiano criterio alguno que permita desarrollar dichos análisis en un contexto libre de subjetividad.

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

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

“En los pliegos de condiciones

- a) *Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.*





Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de
Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 - www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 6 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: 20227030095683



Fecha: 03-08-2022

MEMORANDO

b) *<Literal CONDICIONALMENTE exequible> <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación.*

(...)

e) *Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad."*

La norma citada es clara al establecer que los pliegos de condiciones deben contener requisitos objetivos, con reglas claras, objetivas y justas para su aplicación y observancia por parte de los interesados y que aseguren la selección objetiva. Por esa razón, aquellos criterios que puedan entenderse como subjetivos, que no estén relacionados directamente con el objeto del proceso de selección o que, en suma, no sean claros y completos, no pueden incluirse dentro de las reglas de sus pliegos.

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

Esto es así, entre otras cosas, porque la entidad, al elaborar sus pliegos de condiciones, está sujeta estrictamente a las disposiciones normativas que regulan el contenido de estos.

De otro lado, si bien la controlante del oferente fue objeto una sanción en una jurisdicción diferente a la colombiana, los efectos de dicha sanción no pueden hacerse extensivos de forma automática a la sociedad controlada, ni puede asumirse que afectarán la financiación de un proyecto, ni la relación de esta con posibles financiadores o prestamistas.

Atentamente,

FERNANDO RAMÍREZ LAGUADO

Vicepresidente Jurídico



La movilidad
es de todos

Mintransporte



Documento firmado digitalmente



Agencia Nacional de
Infraestructura

Avenida Calle 24A Nro. 59-42 Torre 4 Piso 2.
PBX: 4848860 - www.ani.gov.co
Nit. 830125996-9. Código Postal ANI 110221.
Página 7 de 7

Para contestar cite:

Radicado ANI No.: **20227030095683**



Fecha: **03-08-2022**

MEMORANDO

Anexos: 1 PDF

cc:

Proyectó: Olga María Arenas / Diana Carolina Chacón – Abogadas GIT Contratación - VJ
VoBo: LUZ ELENA RUIZ CASTRO Coord GIT, RICARDO PEREZ LATORRE Coord GIT
Nro Rad Padre: 20221020094743
Nro Borrador: 20227030044507
GADF-F-010



La movilidad
es de todos

Mintransporte

Medellín, 02 de agosto de 2022

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Asunto: Respuesta a comunicación radicada con el No. 20221020094743

En atención a la solicitud de la referencia nos permitimos dar respuesta en los siguientes términos:

PRIMERA SITUACIÓN EXPUESTA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:

Respecto de la circunstancia a) según la cual *“A folio 49 (47 del impreso), en el extracto del Acta No 54 – Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S., solo está la firma del secretario y no aparece la del representante legal de esta empresa, tal cual lo establece el Artículo 21 del Decreto 222 de 1995”*

De conformidad con el numeral 4 del extracto del Acta No. 54 *Reunión Extraordinaria de la Junta Directiva de SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S* aportada por el proponente, se deja constancia que el Acta Original se encuentra debidamente firmada por el Representante Legal y el Secretario:

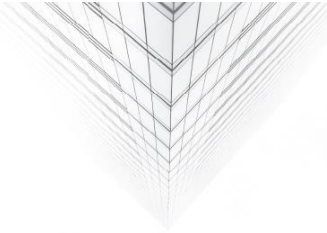
4.- ELABORACIÓN Y ASIENTO DEL ACTA

Siendo las 9:00 a.m. del día 27 de junio de 2022 y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 21 de la Ley 222 de 1995, firman la presente acta el representante legal de la sociedad y el secretario de la misma.

(Fdo.) JESÚS RODRÍGUEZ Representante Legal	(Fdo.) RAFAEL LOW Secretario
--	------------------------------------

Esta constancia fue expedida por el Secretario con firma original y bajo su responsabilidad, indicando que en el correspondiente Libro de Actas de Junta Directiva reposa dicha Acta, por lo que se traduce que el extracto aportado es fiel copia tomada de su original. Lo anterior, de acuerdo con la Guía de Elaboración de Actas de una Sociedad expedida por la Cámara de Comercio de Bogotá en la cual se indica: *“El acta o extracto del acta debe estar firmada por quienes fueron Presidente y Secretario de la reunión, o deben tener la expresa constancia que el original se encuentra firmado por ellos. Esta constancia la expedirá con firma original y bajo su responsabilidad el Secretario de la reunión, o un Representante Legal, o el revisor fiscal indicando que es fiel copia tomada de su original.”*

En ese sentido, el documento aportado es prueba suficiente de los hechos que constan en el Acta, mientras no se demuestre que existe falsedad bien sea del extracto o del Acta.



Respecto de la circunstancia b) según la cual “En dicha Acta de Junta Directiva se menciona y aparece votando un miembro de ésta que claramente no hace parte de la misma, puesto que fue removido hace más de 9 meses, según lo establece el Certificado de Existencia y Representación Legal que el propio Proponente presentó con su Oferta”

De acuerdo con el Certificado de existencia y representación de SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S, la Junta Directiva está integrada de la siguiente manera:

PRINCIPALES CARGOS		
PRIMER RENGLON	LEOPOLDO JOSE PELLON REVUELTA	
SEGUNDO REGLON	JAVIER MARTINEZ CAÑAVATE	
TERCER REGLON	RAFAEL GOMEZ DEL RIO SANZ	
SUPLENTES		
PRIMER RENGLON	PABLO MOCHON LOPEZ	Removido y deja el cargo vacante
SEGUNDO RENGLON	PABLO MOCHON LOPEZ	Removido y deja el cargo vacante
TERCER RENGLON	PABLO MOCHON LOPEZ	Removido y deja el cargo vacante

De conformidad con el Acta de Junta Directiva, se indicó que se recibieron las manifestaciones de voto de la totalidad de los miembros de la Junta Directiva, señalando como miembros los siguientes:

- LEOPOLDO JOSE PELLON REVUELTA
- PABLO MOCHON LOPEZ
- RAFAEL GOMEZ DEL RIO SANZ

Es decir, señalaron al señor PABLO MOCHON LOPEZ, quien fue removido de su cargo de acuerdo con lo registrado en el certificado de existencia y representación, sin embargo, es claro que la decisión fue adoptada con el voto de dos (2) de sus miembros.

Al respecto el Código de Comercio en su artículo 437 preceptúa:

Quórum para la deliberación y toma de decisiones de la junta directiva – convocatoria. *La junta directiva deliberará y decidirá válidamente con la presencia y los votos de la mayoría de sus miembros, salvo que se estipulare un quórum superior. La junta podrá ser convocada por ella misma, por el representante legal, por el revisor fiscal o por dos de sus miembros que actúen como principales.*

En los términos de la respuesta previamente dada al Ente de Control, es importante nuevamente advertir, que la Ani no es autoridad judicial y no le corresponde pronunciarse

sobre la validez de un Acta de Junta Directiva, en tanto se puede acudir a la acción de impugnación la cual tiene por finalidad controvertir la validez y legalidad de las decisiones de las Juntas Directivas.

De acuerdo con lo preceptuado por la Superintendencia de Sociedades, De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código de Comercio, los administradores, los revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos.

La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de inscripción.

Acorde con lo anterior, el artículo 382 del Código General del Proceso, consagra que la demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas de derecho privado, solo podrá proponerse, so pena de caducidad, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad. Si se tratare de acuerdos o actos sujetos a registro, el término se contará desde la fecha de la inscripción.

En la demanda podrá pedirse la suspensión provisional de los efectos del acto impugnado por violación de las disposiciones invocadas por el solicitante, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale.

El auto que decrete la medida es apelable en el efecto devolutivo. Por su parte, el artículo 137 de la Ley 446 de 1998, preceptúa que la impugnación de actos o decisiones de la asamblea general de accionistas o junta de socios y de junta directivas de sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades, podrán tramitarse mediante el proceso verbal sumario ante dicha Superintendencia.

Ahora bien, el artículo 20 del Código General del Proceso, prevé que los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 8. De la impugnación de actos de asamblea, junta directiva, junta de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, sin perjuicio de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales. Congruente con lo anterior, el artículo 24 ibídem, dispone que las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: 5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: (...) c) *La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del juez. PARÁGRAFO 1o. Las funciones jurisdiccionales a que se*

refiere este artículo generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos. Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio de inmediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado".

Así las cosas, la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA no es la autoridad para pronunciarse sobre la validez de un acta de Junta Directiva en tanto existen los mecanismos judiciales y administrativos para hacerlo y los legitimados para impugnar o demandar son por lo general los socios, los administradores y el revisor fiscal cuando lo haya

Respecto de la circunstancia c) según la cual *"De otra parte, en la ya citada Acta de Junta Directiva del Oferente, mediante la cual se estaría autorizando al representante legal para firmar y presentar Oferta a la ANI, se menciona que "habiendo recibido las correspondientes manifestaciones de voto de la totalidad de miembros de la Junta Directiva, conforme a lo previsto en los artículos 20 y 21 de la ley 222 de 1995..." (Negrilla y subrayado fuera de texto), lo cual es inexacto, toda vez que no votaron todos los miembros autorizados de la Junta Directiva del Oferente y además lo hizo el señor Pablo Mochón López, que no hace parte de ésta. Importante reiterar que en el Acta de Junta Directiva que presentó el Proponente con su Oferta, aparece el voto de los señores Leopoldo Pellón Revuelta, Pablo Mochón López y Rafael Gómez del Río Sanz-Hernández"*

Frente a esta situación es importante resaltar que la Resolución Primera indica lo siguiente:

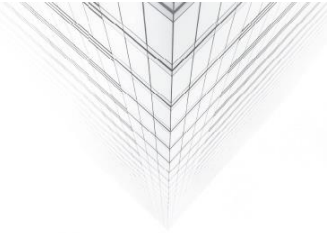
Resolución Primera

La Junta Directiva de Sacyr Concesiones Colombia S.A.S., en uso de sus facultades legales y estatutarias y con el voto unánime de sus miembros presentes

Ahora, si bien es cierto que de acuerdo con el Acta de Junta Directiva aportada, no se contó con el voto del miembro de Junta, Javier Martínez Cañavate Montero, no se puede perder de vista que la decisión fue adoptada por dos de los miembros de Junta en los precisos términos del citado artículo 437 del Código de Comercio.

Finalmente, frente a la circunstancia d) según la cual *"se evidencia que, contrario a lo certificado en el Acta de Junta Directiva que, como ya se dijo, no suscribe el Representante Legal del Proponente, el señor Javier Martínez Cañavate, que es miembro principal de dicha Junta Directiva, no manifestó su voto, tal cual lo establecen los Artículos 20 y 21 de la Ley 222 de 1995, situación ésta que fue confirmada por la ANI y su empresa evaluadora Konfirma S.A.S"* el Comité Evaluador reitera las respuestas hasta ahora expuestas.

En ese sentido, es claro para el Comité Evaluador que la Junta Directiva del proponente da cuenta de la voluntad del proponente para participar en el proceso de selección y en ella se otorgó una autorización para dicha participación y mal haríamos en apartarnos de la decisión del máximo órgano social.



En tal sentido, ponemos nuevamente en consideración de la Ani los argumentos expuestos, a fin de que se tomen las decisiones respectivas en cuanto al proceso de evaluación.

SEGUNDA SITUACIÓN EXPUESTA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En relación con los estados financieros aportados por el proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S y convertidos al mes de referencia, efectivamente se existen diferencias entre el valor presentado por el proponente a través de los Anexos 10A y 10D, el calculado efectuado por la Contraloría General de la República y el valor calculado por el Comité Evaluador. Si bien para el cálculo realizado por el Ente de Control y el Comité Evaluador se toma la información del IPC de la página del DANE, dicha diferencia obedece al sistema de aproximación y redondeo, pues la Contraloría utiliza la serie "índices-series de empalme" mientras que el Comité utiliza la serie de "variaciones porcentuales".

Respecto a la diferencia en el cálculo del proponente, la diferencia en el cálculo radica en que también utilicen la serie "índices - series de empalme", pero realizan la conversión con el acumulado del IPC del mes anterior a la fecha del cierre a los estados financieros, es decir Nov. de 2021., posiblemente por su interpretación de los pliegos del numeral 6.5.3.

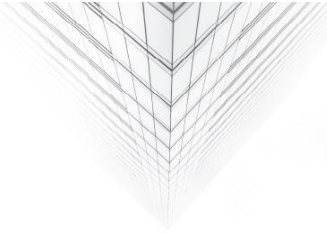
No obstante lo anterior, con la información aportada por el proponente, es viable calcular lo exigido por el Pliego de Condiciones y se advierte que las citadas diferencias, no son significativas y que en cualquiera de los 3 escenarios excede el patrimonio neto exigido en el presente proceso de selección, como se pasa a explicar a continuación:

A través de la Adenda No. 1 se modificó la sección 4.3.3(c) del Pliego de Condiciones Definitivo, el cual quedó así:

"(c) El Oferente deberá contar con un Patrimonio Neto mínimo de NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TRES MILLONES (\$937.403.000.000) de Pesos del Mes de Referencia según sus Estados Financieros, al último cierre ordinario".

Una vez verificados los requisitos en los términos del Pliego de Condiciones, por parte del Comité Evaluador se concluye que el Patrimonio Neto del Mes de la Referencia del proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S excede lo requerido por la Entidad dentro del proceso, por lo que dentro del informe preliminar publicado por la Entidad se determina que este proponente CUMPLE con los requisitos de capacidad financiera.

Acreditada por	Patrimonio Neto Proponente >	Patrimonio Neto de 1 líder >	Índice Endeudamiento < 85%	Cumple
	\$ 937.403.000.000	\$ 281.220.900.000		
SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S	\$ 1.082.126.064.630	\$ 1.082.126.064.630	13,1%	SI



Si bien la metodología empleada por la Contraloría para calcular el valor del Patrimonio Neto al mes de referencia, como ya se explicó, arroja un resultado diferente al presentado por el Proponente en sus Anexos 10 A y 10D, el requisito contenido en el Pliego de Condiciones se seguiría cumpliendo de manera satisfactoria, incluso adoptando este método para efectos de la evaluación de la Capacidad Financiera, toda vez que la cifra del patrimonio neto seguiría siendo superior a \$937.403.000.000.

En ese sentido, la situación expuesta por el Ente de Control no pone en ningún momento el riesgo el presente proceso de selección, ni afecta los resultados previamente presentados por el Comité Evaluador.

TERCERA SITUACIÓN EXPUESTA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Es importante aclarar que no es correcta la interpretación del Órgano de control, toda vez que estamos frente a dos situaciones diferentes.

En primer lugar, el Pliego de Condiciones permite que los requisitos habilitantes de experiencia en inversión y de capacidad financiera sean acreditados a través de sus matrices o sus sociedades controladas o las sociedades controladas por sus matrices en los términos del numeral 4.4.,

En el caso que no ocupa, la experiencia en Inversión NO fue acreditada como lo afirma el Ente de Control a través de una sociedad matriz, sociedad controlada o sociedad controlada por matriz del oferente o integrante del oferente, sino que lo hace a través de su participación en un contrato de concesión de un proyecto de infraestructura, motivo por el cual no es necesario verificar el cumplimiento del numeral 4.2.2, ya que no se trata de una situación de control.

Al respecto el numeral 4.4., señaló:

4.4 ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS HABILITANTES DE: (A) SOCIEDADES CONTROLADAS POR EL OFERENTE; O (B) SOCIEDADES CONTROLADAS POR LA MATRIZ DEL OFERENTE; O (C) LA MATRIZ DEL OFERENTE

4.4.1 El Oferente o sus Integrantes podrán acreditar los Requisitos Habilitantes relativos a Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión de manera directa o indirecta con (i) sus Matrices o, (ii) sus sociedades controladas o (iii) las sociedades controladas por sus Matrices. Para estos efectos, se deberá acreditar una situación de control entre el Oferente o cualquiera de sus Integrantes, según sea el caso, y sus correspondientes Matrices y/o sociedades controladas.

4.4.2 El Oferente o los Integrantes de una Estructura Plural deberá(n) acreditar la situación de control de la siguiente manera: (a) Control por Participación Accionaria: Se considerará que habrá situación de control únicamente cuando se verifique que la sociedad que se considera controlante o Matriz con respecto a la sociedad controlada

tiene más del cincuenta por ciento (50%) de su capital social, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. El Oferente deberá acreditar la situación de control en los casos previstos en el numeral 4.4.1 anterior de la siguiente manera: (...)

Cabe resaltar que el proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S., de acuerdo con los documentos aportados en la propuesta, acredita la experiencia en inversión a través de contratos celebrados por ella misma, haciendo uso de las posibilidades otorgadas por el mismo de Pliego de Condiciones, a saber:

El pliego de condiciones en su numeral 4.2.2 dispone:

" (...) Para efectos de lo previsto anteriormente, los contratos de Concesión de Proyectos de Infraestructura para la acreditación de la Experiencia en Inversión serán admisibles, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

(a) Que quien acredita la Experiencia en Inversión haya obtenido la financiación (cierre financiero) del contrato acreditado en una fecha que se encuentra comprendida desde el primero (1) de enero de 1993 y hasta antes de la Fecha de Cierre del presente Proceso.

*(b) Que quien acredite la Experiencia en **Inversión** haya sido parte del contrato de **Concesión de Proyectos de Infraestructura en el momento en que tuvo lugar la financiación (cierre financiero) del mismo. Este requisito se entenderá cumplido aún en el caso que la sociedad concesionaria que desarrolló el Proyecto de Infraestructura no haya obtenido directamente la financiación, sino que (i) lo haya hecho a través de un vehículo de propósito especial, en el cual la sociedad concesionaria que desarrolló el Proyecto de Infraestructura haya tenido una participación mínima en el capital social del veinticinco por ciento (25%) en el respectivo vehículo de propósito especial en el momento en que tuvo lugar el cierre financiero del mismo, caso en el cual se valdrá el cien por ciento (100%) de dicha experiencia en la presente Licitación Pública. En caso de no haber contado con una participación mínima del veinticinco por ciento (25%) la experiencia será tomada en cuenta a prorrata de su participación en la estructura anterior.**" (negritas ajenas al texto original)*

Para el caso del contrato aportado por el proponente para acreditar la experiencia en inversión, corresponde a un contrato ejecutado por un concesionario del cual hizo parte el proponente en los citados términos del literal b del numeral 4.2.2.

Es decir, la sociedad concesionaria Desarrollo Vial al Mar S.A.S- DEVIMAR, fue quien ejecutó el contrato de concesión No. 014 del 3 de septiembre de 2015 suscrito con la Agencia Nacional de Infraestructura, la contratista, de dicha sociedad hacía parte el proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S contando con una participación de 37,49%, esto es, su participación es superior al 25%, por lo que se le vale el 100% de dicha experiencia dentro del presente proceso de licitación.

De esta manera, es claro que en el contrato acreditado, no participó la casa matriz del proponente, sino que es una experiencia adquirida directamente por SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S y por tanto no estamos frente al supuesto de acreditación de experiencia a través de terceros.

En ese sentido, la Experiencia en Inversión acreditada mediante la participación del proponente en la Sociedad Concesionaria Desarrollo Vial al Mar S.A.S cumple con los requisitos establecidos en el Pliego de Condiciones, al igual que la experiencia acreditada frente a la sociedad concesionaria Montes de María, en la cual la participación del proponente fue del 100%.

CUARTA SITUACIÓN EXPUESTA POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

El proponente SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S no debía aportar los anexos correspondientes al Acuerdo de Garantía y Diagrama de Estructura Organizacional, ya que como se explicó en la situación anterior, el proponente no debía acreditar ninguna situación de Control, toda vez que los requisitos habilitantes no fueron acreditados a través de matriz, sociedad controlada o sociedad controlada por matriz del oferente o integrante del oferente.

Es por ello que el numeral 4.1.8 del Pliego de Condiciones, estableció:

“Acuerdo de Garantía

*El Acuerdo de Garantía (ANEXO 3) deberá ser presentado por el Oferente, o el Integrante del Oferente en caso de Estructura Plural, como parte de su Oferta, en los términos señalados en dicho Anexo, **cuando se acredite la Experiencia en Inversión y/o Capacidad Financiera a través de Matriz, sociedad controlada o sociedad controlada por la Matriz del Oferente** o Integrante del Oferente, de acuerdo con el numeral 4.4 del Pliego de Condiciones.”*

Y el numeral 4.4.2 literal b:

(iii) Si el Oferente o los Integrantes de una Estructura Plural acreditan los Requisitos Habilitantes de sociedades controladas directa o indirectamente por su Matriz, se deberán acreditar las correspondientes situaciones de control (1) de la Matriz con respecto al Oferente o los Integrantes de una Estructura Plural y (2) de la Matriz con respecto a las sociedades que acreditan los Requisitos Habilitantes correspondientes, según lo previsto anteriormente.

*(b) **En cualquiera de los casos mencionados en el literal 4.4.2(a) anterior, el Oferente o sus Integrantes deberán entregar un diagrama de la estructura organizacional que explique detalladamente la situación de control con los respectivos porcentajes de participación**, que permitan entender de manera esquemática la relación entre el Oferente o sus Integrantes y la información presentada para acreditar los Requisitos*

Habilitantes relativos a Capacidad Financiera y/o Experiencia en Inversión, siguiendo el modelo del ANEXO 8. (...)

Finalmente, respecto a las inquietudes formuladas por la Contraloría General de la Nación relacionadas con:

1. ¿La ANI ha realizado y está realizando las evaluaciones y proyecciones financieras que sean necesarias y suficientes para constatar la real capacidad financiera de este Oferente, para el escenario posible de que éste eventualmente pueda resultar adjudicatario de las dos (2) Licitaciones Públicas VJ-VE-APP-IPB-006-2021 "...Restauración de ecosistemas degradados del Canal del Dique" y VJ-VE-APP-IPB-004-2021 "Corredor Buenaventura– Loboguerrero-Buga" que actualmente están en curso, para las cuales presentó Oferta SACYR CONCESIONES COLOMBIA SAS y que la ANI ha informado que proyecta adjudicar los próximos días 4 y 5 de agosto de 2022?
2. ¿La ANI ha realizado la debida verificación de los eventuales efectos reputacionales y de relacionamiento con posibles financiadores del Oferente, en razón de la reciente sanción aplicada en España a la firma matriz y 100% controlante del Oferente, por la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA bajo el cargo de "alterar el sistema de licitaciones públicas para Edificaciones e Infraestructuras"?

El comité evaluador se abstiene de realizar un pronunciamiento toda vez que esto excede el alcance de la verificación de requisitos habilitantes y la evaluación de los factores de selección de las manifestaciones de interés y de las propuestas que se presenten a los procesos de selección, para lo que fue contratada por parte de la Entidad.

Así mismo, en los términos del clausulado del contrato No. VJ-406-2021 suscrito entre las partes, se pone de presente que los informes son puestos a disposición de la Ani para darlo a conocer al Comité de Contratación para efectos de darle tramite a las respectivas aprobaciones, por lo que en cualquier momento si la Entidad lo considera pertinente, se podrá apartar de manera motivada de las recomendaciones dadas por este Comité.

Respuesta Agencia Nacional
de Infraestructura

**COMITÉ EVALUADOR
KONFIRMA S.A.S**