



Bogotá, D. C.,

No. Radicación: 25011 Fecha: 02-03-2010 /14  
FRANZ MUTIS CABALLERO  
EMPRESAS DE ACUEDUCTO Y ALcantarillado  
DIAGONAL 32 NO 30A-51 PARQUE DEL AGUA BUCARAMANGA  
CARTAGENA  
BUCARAMANGA

Radicado No. 392282 /10  
Favor citar este número para  
Cualquier referencia

Ingeniero  
**FRANZ MUTIS CABALLERO**  
Gerente de Expansión Estratégica  
ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA E.S.P.  
Diagonal 32 No 30A - 51. Parque del Agua  
Teléfono. 6323071  
Fax. 6323303  
Bucaramanga

Referencia: Actuación Preventiva Invitación Pública No. amb-046-09.

Respetado Ingeniero Mutis:

Con ocasión al acompañamiento de carácter preventivo que esta Procuraduría Delegada está efectuando a la Invitación Pública No. amb-046-09 – Objeto: *Proyecto, construcción, suministro e instalación de equipos, operación y mantenimiento temporal de la Presa, Obras Complementarias, Aducción y By Pass a la Planta de Tratamiento Bosconia (Componente I), para el Proyecto de regulación del Río Tona - Embalse de Bucaramanga*, en virtud de las funciones consagradas en el artículo 277 de la Constitución Política y el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, de conformidad con la Resolución 017 del mismo año, comedidamente me permito hacer las siguientes observaciones y recomendaciones:

1. En el numeral 1.10 de los pliegos de condiciones se señala que el marco legal de la Invitación Pública No. amb-046-09, es la Constitución Política, las leyes de la República de Colombia y en especial las normas del derecho privado.

La empresa Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. debe respetar los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Deberá respetar el principio de igualdad, que implica el derecho del particular a participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento, por lo cual la administración no puede establecer cláusulas discriminatorias en las bases de los procesos de selección, o beneficiar



con su comportamiento a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás.

En consecuencia, en virtud de este principio, los interesados y participantes en un proceso de selección deben encontrarse en igual situación, obtener las mismas facilidades y estar en posibilidad de efectuar sus ofertas sobre las mismas bases y condiciones.

El Consejo de Estado ha sostenido sobre el particular<sup>1</sup>:

*"Por ende, este principio implica, entre otros aspectos<sup>2</sup>, que las reglas deben ser generales e impersonales en el pliego de condiciones; otorgar un plazo razonable para que los interesados puedan preparar sus propuestas y; la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, complementar, adicionar o mejorar sus propuestas (...) Subrayado fuera de texto.*

Es deber de la Administración velar por la escogencia de la propuesta más favorable, de tal manera que debe garantizar el tiempo necesario para que los oferentes puedan preparar propuestas técnicas y económicamente sustentables, que cumplan con los requerimientos de la entidad para satisfacer sus necesidades.

Se recomienda que este aspecto sea revisado oportunamente, en especial, a puede verse sesgada la participación, toda vez que los potenciales interesados no alcanzarían a preparar sus propuestas.

Adicional a lo anterior, teniendo en cuenta la dimensión del proyecto, es necesario que las empresas extranjeras cuenten con el tiempo necesario para la legalización y traducción de documentos otorgados en el extranjero, exigidos para su validez en Colombia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 480 del Código de Comercio de la República de Colombia.

2. Se solicita la justificación de la modificación del Numeral 3.4.2.1 literal A, contenido en la Adenda No. 2, en relación con los requisitos establecidos como son el de altura de la presa, el avance de colocación y la participación porcentual en el capital de la asociación ejecutora.

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera CP.. Dra. Ruth Stella Correa Palacio 3 de Diciembre de 2007.



3. Los interesados en el proceso han manifestado su preocupación, sobre si van a tener acceso a los materiales de la mina y los costos de los mismos. Por lo que se solicita adicionar la información necesaria para la elaboración de las ofertas.
4. En el numeral 1.9 del pliego de condiciones se señala la Visita Obligatoria al sitio de obra. Frente al tema se deberá recordar a la administración que la no asistencia de un interesado a la visita técnica al lugar de las obras, no compromete su capacidad para efectuar un ofrecimiento. Los riesgos de la contratación, así como su alcance técnico, económico y financiero son establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y demás documentos del proceso, en los que se determina la ubicación geográfica de los trabajos y demás aspectos relevantes del proyecto.

Dada la experticia en el tema, que se infiere poseen los interesados, éstos pueden determinar el alcance técnico de los trabajos sin acudir a la visita de obra, o efectuar la misma en un momento distinto al programado por la entidad contratante.

Tanto así que en el numeral 1.8 del pliego de condiciones, se señala que es responsabilidad del oferente la elaboración de la propuesta y que lleva implícito el conocimiento y la aceptación, por parte del proponente, de todas las condiciones conforme a las cuales se ejecutará el contrato, incluyendo las propias del sitio de trabajo.

Lo anterior significa, que atendiendo el hecho de que el proceso de selección está reglado, y determina de forma lógica y consecutiva las etapas del mismo, no tiene sentido que antes de la presentación de las propuestas, la entidad efectúe verificaciones que habiliten o inhabilten a los interesados que aún no tienen la calidad de proponentes.

Por lo expuesto se sugiere la eliminación de la obligatoriedad de la visita técnica y por tanto, la modificación en el texto del numeral 1.9

5. En el numeral 4.2.2 Contenido de la Oferta Económica de la propuesta, se especifica dentro de los conceptos las actividades relacionadas con el ajuste e implementación del Plan de Manejo Ambiental, no obstante, en el presupuesto no se encuentra como un rubro específico los gastos de ajuste o modificación de la licencia ambiental, Plan de Manejo ambiental PMA. Por lo tanto se sugiere revisar el tema y justificar las razones por las cuales estos gastos no se incluyen dentro del presupuesto.



PROCURADURÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN  
180 años

6. Algunos interesados han manifestado su preocupación frente al tema tributario, por lo tanto solicito se informe y se de claridad a los posibles oferentes sobre este tema, aspecto que afecta de manera directa la posible contratación.
7. Por otra parte, se sugiere revisar el cupo de crédito exigido dentro de los pliegos de condiciones, (verificando un flujo de caja libre proyectado, que permita establecer el verdadero requerimiento de capital) dado que el proyecto se encuentra financiado en gran proporción.
8. Es importante que la EMB aclare que significa la obligación de la gestión comercial, se sugiere delimitar la responsabilidad del contratista con relación a los predios que sean susceptibles de negociación.
9. Con el fin evitar que un proponente con el ánimo de ser adjudicatario de la licitación, presente un precio artificialmente bajo y teniendo en cuenta que es un proyecto de gran envergadura, se recomienda se revise el procedimiento en caso que se presente la situación descrita.
10. Las exigencias contenidas en el Pliego de Condiciones relativas a las garantías de seguros que deben ser aportadas por los oferentes, han sido advertidas por los interesados en ofertar debido a su alto costo. Siendo éste un requisito que posiblemente contraria el principio de libre concurrencia y que atenta contra el derecho a participar, se sugiere se revise de manera minuciosa tanto los amparos, las vigencias como el valor asegurado.

Se aconseja revisar el literal a del numeral 5.5.3 , en el cual se establece el principio de residencia como criterio de desempate. El establecimiento del mencionado principio en este tipo de contrataciones, eventualmente podría constituirse en un factor discriminatorio, lo cual denvararía también en un eventual favorecimiento a algunos proponentes, en este sentido se han pronunciado el Consejo de Estado.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Sala de Consulta y Servicio Civil, CP Ricardo Monroy, radicación 1873 del 14 de septiembre de 2001. "El factor de la residencia, enérico rigor, no tiene ninguna relación con la obra pública, hasta el punto de que se considera como situación existente con anterioridad a la misma licitación. El objetivo que persigue la medida es afectar la libre competencia entre los proponentes, otorgando a las Ilmas. locales, de entrada, una ventaja de dos puntos, independientemente del mérito de sus respectivas propuestas. La misma barrera que pretende colocar la autoridad local, automáticamente no comporta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no comparta un mayor nivel de recaudo de impuestos, superior del que se produciría en el evento de que un proponente no residiera en el municipio resultara adjudicatario de la licitación. De otro lado, no puede negarse que la construcción de la obra de suyo puede generar oportunidades de empleo en el lugar, pese a que una Ilma. exterior la lleva a cabo. Ha sido pretendido que la única forma para mejorar la hacienda municipal e incrementar el empleo, sea mediante la adopción de la medida analizada, la que por lo tanto no es indispensable. En cambio, lo que si es evidente es que se viola y restinge la igualdad de oportunidades (C.P. - art. 13) y la libre competencia (C.P. art. 303), sin que un interés superior o un bien de naturaleza constitucional se justifique" (Destaca la Sede). Así los costos no se refiere a la administración, ser afectar la igualdad del proceso licitatorio, incluyéndose aclarar que vulneran tanto discriminación y el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre los oferentes, lo cual no implica a



11. Como quiere que se tiene conocimiento de que a la fecha no han sido adquiridos la totalidad de los predios requeridos para ejecución y cumplimiento del objeto del contrato, de manera comedida se sugiere el establecimiento en el pliego de condiciones y su consecuente consagración en el clausulado contractual, de todas las consideraciones necesarias que den la claridad suficiente en cuanto a compresión y extensión del tema predial, como quiera que las menciones al tema hechas en el pliego y en el contrato consideramos resultan insuficientes para la elaboración de la oferta por parte de los proponentes, de cara a lograr la efectividad de los principios de planeación. Dentro del proceso de planeación del proyecto es de primordial importancia tener resuelto el tema de compra o expropiación administrativa de predios que se verán afectados por la intervención.

Se sugiere ajustar el cronograma del proyecto haciendo coincidir en el mismo, los tiempos de desarrollo del proyecto con la entrega de la posesión de la totalidad de los predios afectados, teniendo en cuenta que aun faltan por negociar seis (6) de los veintiséis (26) predios que se verán afectados.

12. En atención al objeto, monto e importancia del proceso, recomendamos se sirvan estudiar la posibilidad y conveniencia para el ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA E.S.P. de incluir, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato a ser suscrito la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsibles en el presente proceso contractual.

13. Se sugiere revisar si es posible incluir en la minuta del contrato a ser suscrito la consagración de una cláusula de indemnidad, que le permita librarse de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros, o que se deriven de sus actuaciones o las de sus subcontratistas o dependientes.

14. La composición accionaria del acueducto de Bucaramanga está conformada por un 75% capital municipal, 15% de la Nación y 10% de propiedad de privados.

La administración diseñar cada proceso teniendo en cuenta la localización de la ejecución del contrato y el objeto correspondiente, de modo que sin desacometer el principio de transparencia, incluya dentro del pliego de condiciones, para ser evaluados al momento de la aceptación del contratista, factores objetivos que permitan considerar como criterio de selección la experiencia, capacidad y cumplimiento (art 22.8 y 20).

PROCURADURÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN

[180 x 69]

Teniendo en cuenta lo anterior, se sugiere implementar mecanismos que impidan el enriquecimiento sin causa de los accionistas privados, teniendo en cuenta los aportes de la Nación, el Departamento y el Municipio al Proyecto.

15. En la zona a intervenir existen asentamientos de desplazados, por ello solicitamos se nos informe si se ha tenido en cuenta los principios DENG, sobre desplazamiento forzado tales como reubicación en condiciones de dignidad, seguridad y voluntariedad.
16. Se solicita se envíe a este Despacho copia de la licencia ambiental con que cuenta el proyecto.
17. Se solicita copia del documento que fija las condiciones de la operación de crédito con que se pretende financiar el proyecto, así como el procedimiento y diferentes ofrecimientos que realizó la banca para el mismo.
18. Se solicita a la empresa de ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA E.S.P. absolver las siguientes inquietudes:
  - \* ¿El área del proyecto se encuentra dentro de alguna reserva protectora, zona de páramo, reaguardo o zona de protección indígena, existencia de especies endémicas de fauna o flora, o de protección arqueológica y cultural que de alguna forma pudiera alterar ecosistemas de importancia estratégica?
  - \* ¿Existe alguna incidencia aguas arriba del sitio de presa por cuenta de actividades relacionadas con explotación minera, vertimientos industriales o aguas residuales domésticas que afecten el recurso hídrico con el cual se hará el llenado del embalse?
  - \* ¿Cuál es la relación real que existe entre el aporte del caudal de la fuente hidrálica y la capacidad de la presa, la descarga, el caudal ecológico y el actual beneficio de predios aguas abajo?
  - \* Así mismo, se advierte la importancia de tener absoluta precisión en relación con algunos aspectos técnicos como son:
    - a) Análisis hidrogeológicos,



PROCURADURÍA  
GENERAL DE LA NACIÓN

180 años

- b) Análisis geológicos de acuerdo con las fallas ecológicas existentes.
- c) Análisis detallado sobre estabilidad directa del área de la presa y sectores circundantes.

Por último es importante precisar que el acompañamiento de carácter preventivo que realiza este órgano de control al proceso que nos ocupa, no implica el aval, co administración o intervención en la gestión de las entidades señaladas. El ACUEDUCTO METROPOLITANO DE BUCARAMANGA E.S.P en ejercicio de su autonomía administrativa, es el llamado a tomar las decisiones que estime pertinentes, en acato estricto de la Ley y los principios orientadores de la contratación estatal.

Con el fin de realizar el seguimiento a la presente actuación, comedidamente le solicito informar a este Despacho sobre las determinaciones adoptadas respecto a las recomendaciones y observaciones puestas a su consideración a través del presente documento.

Atentamente:

MARIA EUGENIA CARPIO GÓMEZ  
Procuradora Delegada

Proyecto: Grupo de Trabajo Embalse de Bucaramanga  
HMG, PAG, JCA, MCR, AFL