

DECLARATORIA DE FALLIDO
GRUPOS Nos 1 y 2 - CONVOCATORIA ABIERTA No. 034 DE 2021

OBJETO:

GRUPO I

Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades de Asistencia Técnica En Los Departamentos De Arauca, Bolívar, Norte de Santander.

GRUPO II

Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En El Departamento De Caquetá, Municipios Belén de Los Andaquies, Curillo Y San José de Fragua.

El Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019 actuando como vocero y administrador del Fondo Colombia en Paz, y en atención a la instrucción emitida por el Comité Fiduciario del Fondo Colombia en Paz en sesión No 269 realizada el día 6 de abril de 2022 y de conformidad con lo señalado en el numeral 9.4.4 “DECLARATORIA DE FALLIDO” del Manual de Contratación del FCP y el Numeral 6.2 “DECLARATORIA DE FALLIDA” del Análisis Preliminar de la Convocatoria Abierta No. 034 de 2021 se procederá con la declaratoria de fallido del proceso de selección en las siguientes situaciones: “2. Cuando se presenten factores que impidan la selección objetiva del contratista” declara FALLIDOS los GRUPOS Nos 1 y 2 de la Convocatoria Abierta No. 034 de 2021, ya que existen causas y motivos que impiden la selección objetiva de los proponentes, relacionadas con el régimen legal y constitucional de competencia, con base en la posible manipulación de criterios en dichos grupos y el incremento artificial de las posibilidades de asignación del contrato, tal y como se procede a explicar.

HECHOS:

- a) Que, mediante la expedición del Decreto 691 de abril 27 de 2017 el Gobierno Nacional sustituyó el “Fondo para la Sostenibilidad Ambiental y Desarrollo Rural Sostenible en Zonas Afectadas por el Conflicto”, creado por el artículo 116 de la Ley 1769 de 2015 y modificado por el artículo 130 de la Ley 1815 de 2016, por el “Fondo Colombia en Paz (FCP)”, como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de Presidencia de la República, sin estructura administrativa propia, administrado por una o varias sociedades fiduciarias públicas

- b) Que, con ocasión de la finalización del plazo de ejecución del Contrato Fiduciario No. 001 de 2018, se suscribió el Contrato de Fiducia Mercantil No. 001 de 2019 el 6 de septiembre de 2019, entre EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y EL CONSORCIO FONDO COLOMBIA EN PAZ 2019, conformado por FIDUPREVISORA S.A., FIDUCOLDEX, FIDUCENTRAL S.A. y FIDUAGRARIA S.A., y cuyo objeto consiste en: “Suscribir un contrato de Fiducia Mercantil para la administración, contratación y pagos con cargo a las diferentes fuentes de recursos que se asignen al Fondo Colombia en Paz (FCP), creado como un patrimonio autónomo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 691 de 2017 y demás normatividad que lo modifique, adicione o complemente”. 3. Que en virtud de lo establecido en el acuerdo consorcial la Fiduciaria La Previsora S.A. actúa como representante legal del Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019, quien a su vez será el vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Colombia en Paz, cumpliendo a cabalidad con todas las obligaciones estipuladas en el citado Contrato de Fiducia Mercantil.
- c) El 10 de diciembre de 2021, el Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019, actuando como vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Colombia en Paz PA-FCP, publicó la Convocatoria Abierta No 034 de 2021 de acuerdo la aprobación efectuada por parte del Comité Fiduciario No. 238 del 9 de diciembre de 2021, la cual tiene las siguientes características:

PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo de ejecución del contrato será de QUINCE (15) MESES, a partir de la suscripción del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización del contrato.

PRESUPUESTO ESTIMADO: El presupuesto total equivale a **CIENTO CUARENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$143.150.883.678,00)**

- **GRUPO I** Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En Los Departamentos De Arauca, Bolívar Y Norte De Santander, Con Presupuesto De VEINTE MIL SEISCIENTOS NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$20.609.366.766,00)
- **GRUPO II** Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos

Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En El Departamentos De Caquetá, Municipios Belén De Los Andaquies, Curillo Y San José De Fragua, Con Presupuesto TRECE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$13.551.711.204,00).

- **GRUPO III** Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En El Departamentos De Caquetá, Municipios Cartagena Del Chaira, El Doncello, Puerto Rico Y San Vicente Del Caguán, Con Presupuesto De TREINTA MIL SETECIENTOS DOCE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$30.712.933.686,00)
 - **GRUPO IV** contratar un operador que ejecute los componentes de intervención del programa nacional integral de sustitución de cultivos ilícitos - PNIS para la planeación, formulación, implementación y seguimiento de seguridad alimentaria y proyectos productivos sostenibles con actividades de asistencia técnica en el departamento de Caquetá, municipios el paujil y la montaña, con presupuesto de VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$28.937.725.968,00).
 - **GRUPO V** Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En El Departamento De Córdoba, Municipio De Montelíbano, Puerto Libertador Y San José De Ure, Con Presupuesto De VEINTICUATRO MIL SETECIENTOS NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$24.709.366.823,00).
 - **GRUPO VI** Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En El Departamento De Córdoba En El Municipio De Tierras Alta, Con Presupuesto De VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$24.629.779.231,00).
- d) El 27 de enero de 2022, se realizó audiencia de cierre de la Convocatoria Abierta No. 034 de 2021, en la cual se verificó la presentación de 22 propuestas, lo cual consta en acta publicada el

día 28 de enero de 2022 en la página de Fiduprevisora y en la plataforma SECOP.

- e) El día 14 de febrero de 2022, en cumplimiento del cronograma establecido para la convocatoria, se publicó la evaluación preliminar.
- f) El día 4 de marzo de 2022 se publicó acta de suspensión de la convocatoria 034 de 2021 la cual fue levantada el día 31 de marzo de 2022.
- g) En desarrollo de la convocatoria se identificaron señales de alarma respecto de la existencia de posibles prácticas restrictivas de la competencia.
- h) En razón a las circunstancias evidenciadas se adelantó un análisis de las conductas desplegadas en el marco de la convocatoria 034 de 2021 por parte de los proponentes CONSORCIO PRODUCTIVO (integrado por Consultoría y Gestión Ambiental SAS y la Fundación Asesorías e Investigaciones Profesionales) y la UNIÓN TEMPORAL PNIS (integrado por Servicios Geológicos Integrados SAS y la Fundación Herramientas de Vida), las cuales denotan una presunta coordinación su parte en la participación en los grupos 1 y 2 de la convocatoria 034 de 2021.

FUNDAMENTO JURÍDICO

Según la reciente doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”)¹, las entidades de derecho privado están sujetas al régimen de protección de la competencia, y en ocasiones, también, a aquellos tipos especiales que aplican a las conductas de entidades de derecho público, si del conjunto de reglas (principios, manuales, regulación, etc.) a las que se encuentran sometidas, es posible derivar la aplicación de las normas de competencia.

A modo de ilustración, en varias ocasiones, la SIC ha investigado y sancionado a los oferentes que han incurrido en conductas colusorias en procesos de contratación de entidades como FONADE, entidad que administra recursos públicos y que se encuentran sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado (como es el caso de las fiduciarias públicas que componen el consorcio que administra el Fondo).

A su vez, mediante Resolución 34188 de 2018, la SIC analizó una presunta conducta de colusión desplegada en el escenario de negociación de la Bolsa Mercantil de Colombia (BMC), sociedad anónima de economía mixta, y fue enfática en señalar que estas operaciones (y por ende quienes participaban en ellas) se encontraban sometidas a reglas de libre competencia teniendo en cuenta la aplicación de los principios de eficiencia, transparencia y confidencialidad establecidos en su

¹ SIC, Resolución de Sanción No. 3150 de 2019 (Caso FONADE); SIC, Resolución de Apertura 34188 de 2018 (Caso BMC)

Manual de Funcionamiento y en la regulación que le resulta aplicable, así como lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009.²

En efecto, la SIC interpretando la regulación propia aplicable a la BMC, en la cual se establece que los sistemas de negociación de las bolsas de productos (como el ofrecido por la BMC) deben procurar la eficiencia, la transparencia, los precios eficientes, el tratamiento equitativo y la protección de los inversionistas y usuarios, señaló:

“Como se pasa a explicar, en el artículo transcrito [en el que se encuentran los principios aplicables al sistema de negociación del BMC] se encuentran reglas que bien pueden considerarse como manifestaciones de los principios de eficiencia, transparencia y confidencialidad, en el contexto que interesa a este caso, resultan determinantes para materializar los contenidos del derecho de libre competencia económica”³.

Ahora bien, en el caso concreto, como se anotó, existen unos principios establecidos en el Manual de Contratación y en las normas aplicables a los procesos de contratación adelantados por el Consorcio FCP 2019. Estos principios son el de objetividad, razonabilidad, transparencia, eficiencia, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad⁴.

Siguiendo la interpretación de la SIC, los principios establecidos en el Manual de Contratación del Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019, instrumentalizan y permiten dar aplicación al régimen de protección de la competencia.

El principio de objetividad propende por que la selección del contratista atienda a criterios objetivos que permitan garantizar la igualdad e imparcialidad en el proceso de selección, por su parte los principios de eficiencia y eficacia buscan que el contratante obtenga el mejor precio y rendimiento en la gestión contractual, así como que se ejecute la finalidad del proceso de selección. Estos mandatos prohíben la realización de conductas que riñan con el régimen de la libre competencia y que no permitan que la entidad cumpla con el objeto de la contratación al mejor precio posible. En esta medida, la aplicación del régimen de protección de la competencia es fundamental para garantizar la satisfacción de los principios aplicables a la contratación del Fondo.

Dichos principios cobrarían especial valor si se tiene en cuenta que, en el Manual de Contratación del Fondo, se encuentra prevista la aplicación directa de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción), el cual contiene la prohibición y sanción expresa de las conductas de colusión.

² Artículo 29-. Ámbito de la Ley. Adicionase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales, Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico,

³ SIC. Resolución 34188 de 2018.

⁴ Numeral 5 del Manual de Contratación del Fondo, Principios Rectores y Políticas de Buen Gobierno.

Aunado a lo anterior, es de anotar que las normas del régimen colombiano de protección de la competencia que prohíben las conductas de colusión tienen como finalidad, además de preservar la competencia en los procesos de contratación, proteger y salvaguardar la eficiente ejecución de los recursos públicos (como los del Fondo, según lo estableció la Corte Constitucional⁵). Lo anterior, teniendo en cuenta que la colusión y las prácticas anticompetitivas en procesos de contratación de naturaleza pública, o privada que comprometa recursos públicos, son una forma de desnaturalizar el proceso eficiente en la asignación de dichos recursos, aun por objeto, y con independencia de si el efecto pretendido por los infractores se produce o no.

Adicionalmente, la OCDE ha señalado que las normas de competencia deben tener como objetivo preservar los escenarios de competencia en los procesos de contratación adelantados por organizaciones sean de naturaleza pública o privada. Lo anterior, comoquiera que las conductas anticompetitivas y de colusión conllevan consecuencias económicas negativas y desincentivan la participación de compañías competidoras en los procesos de contratación.

Al respecto, la OCDE señaló:

“La colusión entre oferentes tiene lugar cuando las empresas conspiran entre sí para aumentar los precios o disminuir la calidad de bienes y servicios que son adquiridos por organizaciones públicas y privadas mediante un proceso de licitación, en lugar de que las empresas compitan auténticamente unas con otras para ganar una licitación. La colusión entre oferentes en procesos de contratación es un tipo muy específico de colusión o de actividad de cártel con consecuencias importantes y negativas económicamente.

(...)

Las instituciones públicas y privadas a menudo recurren a procesos de licitación competitiva para obtener un mayor valor por el dinero que invierten. Lo deseable en este caso es obtener precios bajos y mejores productos, pues esto se refleja en ahorro de recursos o liberación de los mismos para utilizarse en otros bienes y servicios”⁶.

De conformidad con lo anterior, el régimen de protección de la competencia resulta aplicable a las Convocatoria Públicas, adelantadas por el Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019 en su calidad de administradora del Fondo, comoquiera que:

⁵ En la sentencia C-438 de 2017, la Corte Constitucional, se pronunció sobre la constitucionalidad del Decreto Ley 691 de 2017, mediante el cual se creó el Fondo, y entre otras cosas, sostuvo que “[u]na garantía adicional para la administración y ejecución de los recursos públicos que harán parte de este fondo es la inclusión de los principios de la función pública y la contratación estatal en este modelo”. Frente a lo anterior, la Corte señaló que, los procesos de selección adelantados por el Fondo se debían someter a los principios de la contratación estatal, de la función pública y los generales de derecho

⁶ OCDE. Documento para Colombia. “Fighting Bid Rigging”. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

- (i) Según la reciente doctrina de la SIC, una entidad de derecho privado está sujeta al régimen de protección de la competencia, y aun a aquellos tipos especiales aplicables a los procesos de contratación públicos, si del conjunto de reglas (principios, manuales, regulación, etc.) a las que se encuentra sometida es posible derivar la aplicación de dichas normas de competencia;
- (ii) Las normas del régimen colombiano de protección de la competencia que prohíben las conductas de colusión tienen como finalidad además de preservar la competencia en los procesos de contratación, proteger y salvaguardar la eficiente ejecución de los recursos públicos;
- (iii) La propia OCDE ha señalado que las normas que sancionan la colusión pueden ser aplicables a procesos de contratación adelantados por organizaciones públicas o privadas; y
- (iv) El Manual de Contratación del Fondo prohíbe los actos de corrupción, entre los que se encuentra por supuesto, la colusión.

3.2 Contexto de las normas de competencia nacionales y doctrina internacional

En los procesos de contratación, la libre competencia garantiza que el oferente más adecuado para proveer un bien o servicio, en términos de precio, calidad y nivel de cumplimiento, entre otros, sea quien finalmente satisfaga la necesidad para la cual se realiza la invitación o la convocatoria pública. La reducción o eliminación de la competencia en las compras de la Entidad contratante, tiene como consecuencia el incremento de los precios de los productos adquiridos para satisfacer las necesidades que dicha Entidad tenga. Al punto, como pasa a explicarse, el régimen de protección de la competencia está compuesto por unas conductas de carácter general y otras específicas.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohíbe, de forma general, cualquier acuerdo o práctica tendiente a limitar la libre competencia o fijar precios inequitativos.⁷ Un acuerdo entre dos oferentes actuales o potenciales encaminado a disminuir o eliminar la competencia o aumentar el precio que paga la Entidad contratante, configura una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo mismo ocurrirá cuando los oferentes en un proceso de contratación simulan ser competidores, cuando en realidad solo existe un beneficiario real a través de diferentes empresas.

El Decreto 2153 de 1992, por su parte, establece un catálogo de conductas específicas que se consideran contrarias a la libre competencia. En relación con las restricciones a la libre competencia en procesos de contratación pública o privada, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, señala que son ilegales los acuerdos que: “(...) tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución

⁷ Artículo 1, Ley 155 de 1959. “Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

de concursos o fijación de términos de las propuestas”. Esta conducta abarca todos los acuerdos entre competidores para restringir o eliminar la competencia en el marco de proceso de contratación.⁸

De conformidad con lo anterior, la SIC, interpretando las normas sobre protección de la competencia, ha establecido que en el marco de un proceso de contratación pública se pueden presentar tres tipos de prácticas anticompetitivas:

1. Acuerdos entre competidores para limitar la presentación de ofertas, para no competir al interior del proceso de contratación y/o distribuir la adjudicación de contratos, por ejemplo, realizando uniones temporales entre oferentes que podrían haberse presentado individualmente a ofertar, con el objeto de obtener el pago de un mayor precio por parte de la entidad;
2. La presentación de ofertas por parte de un oferente que, siendo beneficiario real de varias empresas, las presenta como proponentes “independientes” simulando competencia entre ellas, cuando realmente las mismas pertenecen a un mismo beneficiario y hacen propuestas para incrementar la probabilidad de que una de ellas sea la adjudicataria.
3. Acuerdos entre un oferente y un funcionario de la entidad contratante para afectar la competencia en el proceso de contratación, típicamente a través del direccionamiento del contrato en favor de un contratista (por ejemplo, diseñando los términos de contratación de manera favorable para uno de los competidores, sin la participación de los demás, u otorgándole información confidencial a uno de los oferentes que le permita realizar una mejor oferta);

La SIC ha calculado con base en estudios técnicos y cifras de la OCDE, que los carteles o acuerdos anticompetitivos fijan artificialmente los precios del mercado entre el 15% y el 60% por encima de los precios de competencia, siendo el promedio del sobreprecio en un cartel el 30%⁹.

Es importante mencionar que la SIC ha identificado, que las fundaciones pueden ser utilizadas en procesos de contratación para participar en acuerdos restrictivos de la competencia junto con otros competidores¹⁰. Como se ha mencionado previamente, la Fundación Herramientas y la Fundación Asesorías fueron dos intervinientes claves en las Convocatorias No. 34 y 35, por lo cual las consideraciones de la autoridad de competencia resultan cruciales para valorar las

⁸ La SIC puede demostrar la existencia de un acuerdo entre competidores de forma directa o indirecta. Lo hace de forma directa cuando encuentra correos electrónicos u otras pruebas entre competidores en los que existe un entendimiento sobre la forma en que cada uno de ellos presentará (o no) su oferta dentro del proceso. Así, por ejemplo, un correo o mensaje de datos que demuestre que existe un entendimiento para que un oferente se ponga de acuerdo para conformar una unión temporal para sacar a competidor será prueba directa de un acuerdo anticompetitivo. Por otra parte, la SIC demuestra la existencia de un acuerdo de forma indirecta cuando, si bien no existe prueba de un entendimiento expreso entre los competidores (por ejemplo a través de un mensaje de datos en el que acuerdan presentar las mismas observaciones ante la Entidad contratante), sí existe evidencia del intercambio de información sensible entre ellos, que permite a cada competidor conocer de antemano la estrategia del otro, lo que le permitirá diseñar una estrategia para reducir la competencia.

⁹ SIC. “Por cartelización empresarial en papel higiénico y otros papeles suaves, Superindustria sanciona a 4 empresas productoras”. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/noticias/por-cartelizacion-empresarial-en-papelhigienico-y-otros-papeles-suaves-superindustria-sanciona-a-4-empresas-productoras>.

¹⁰ SIC, Informe motivado en el proceso identificado con radicado No. 12-236429.

conductas desplegadas.

En principio, se podría considerar que, dado que las fundaciones no tienen ánimo de lucro, entonces no podrían hacer parte de una actuación anticompetitiva pues no recibirían beneficios y no afectarían un mercado. Sin embargo, la SIC ha aclarado que, a pesar de que las fundaciones no reciben ninguna clase de contraprestación económica por los servicios prestados, lo cierto es que en desarrollo de su actividad pueden celebrar negocios jurídicos o participar en convocatorias públicas de contratación, lo cual sí afecta su patrimonio y puede derivar en otro tipo de beneficios.

En estos términos, se ha concluido que el ámbito de aplicación de la Ley 1340 de 2009 cubre a “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. Ahora bien, las prácticas restrictivas de la competencia, incluyendo las que se presentan en los procesos de contratación, se caracterizan por ser secretas o “clandestinas”, lo cual las hace difícil de detectar por parte de la entidad contratante y/o las autoridades competentes. No obstante, existen patrones y herramientas prácticas reconocidas por la SIC y por la OCDE para detectar conductas anticompetitivas en los procesos de contratación, las cuales serán implementados a continuación para determinar si los indicios y comportamientos de los proponentes en la Convocatoria Abierta No. 34 de 2021, adelantada por el Consorcio FCP 2019, podrían llegar a configurar una conducta anticompetitiva.

3.3 Indicios de posibles prácticas anticompetitivas en procesos de contratación

A continuación, se exponen algunos patrones o prácticas que, desde la perspectiva de la teoría de juegos, pueden indicar que los oferentes inicialmente mencionados presuntamente incurrieron en una conducta anticompetitiva.

En concreto, las señales de conducta han sido desarrollados por la OCDE y acogidos por la SIC en sus decisiones. Es de anotar, que según los precedentes de la SIC, en los casos de colusión y conductas anticompetitivas en procesos de contratación, “la prueba indiciaria juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter secreto de las mismas”¹¹.

En línea con lo señalado, a continuación, se presentan unas señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria o una práctica anticompetitiva en un proceso de contratación:

- Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.

¹¹ SIC. Resolución 3150 de 2019.

- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón. • Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma Independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

(...)

De acuerdo con lo expuesto, procedemos a presentar los elementos indiciarios detectados en el comportamiento y en las ofertas presentadas por Consorcio Productivo y la Unión Temporal PNIS en las Convocatoria Abierta No. 34.

Dichos indicios evidencian que los mencionados oferentes incurrieron en conductas anticompetitivas para simular ser rivales, con el fin de resultar adjudicatarios de varios de los Grupos de la Convocatoria No. 34 de 2021. Lo anterior, teniendo en cuenta la prohibición expresa dispuesta en el Análisis Preliminar de que un proponente no podía resultar adjudicatario en más de un grupo (región).

Al respecto, adviértase que estos proponentes se presentaron en dos grupos (regiones) de la Convocatoria No. 34 de 2021, y en otros dos grupos de la Convocatoria No. 35 de 2021. Esto quiere decir que, a pesar de posiblemente trabajar conjuntamente, el Consorcio y la Unión Temporal, podían resultar adjudicatarias en 2 grupos por cada Convocatoria. De manera hipotética, el Consorcio podría resultar adjudicatario del Grupo 1 de la Convocatoria No. 34 y del Grupo 4 de la Convocatoria No. 35. Por su parte, la Unión Temporal podría resultar adjudicataria del Grupo 2 de la Convocatoria No. 34 y del Grupo 1 de la Convocatoria No. 35.

Sin embargo, si estos dos proponentes hubieran hecho transparente su alianza y la coordinación mediante la cual participaron en las Convocatorias abiertas (y se hubieran constituido como una

sola estructura plural), tan solo habrían podido ganar en 1 grupo por Convocatoria.

Se advierte que las dinámicas posiblemente anticompetitivas y los actores involucrados en las Convocatorias Abiertas No. 34 y 35 de 2021 son iguales, lo cual denota una presunta coordinación.

(...)

Todo lo anterior demuestra que el Consorcio Productivo y la Unión Temporal PNIS presentaron exactamente la misma diagramación en sus formatos a la hora de allegar sus propuestas en las distintas convocatorias, lo cual denota una estrategia acordada. Es fundamental resaltar que los documentos antes identificados NO correspondían a formatos provistos por la Fondo. Incluso, el Fondo dispuso unos formatos estándar para allegar algunas de las certificaciones antes ilustradas, sin embargo, ambos proponentes decidieron ignorarlos y presentaron su versión propia del documento, que sospechosamente era exactamente igual a la de su competidor.

4.1.2 Pólizas de seriedad de la oferta expedidas con números consecutivos

Las pólizas de seriedad de la propuesta económica presentadas por el Consorcio Productivo y la Unión Temporal PNIS resultaron expedidas por la misma compañía de seguros (incluyendo la sucursal), en la misma fecha y con números de póliza consecutivos:

(...)

Es importante mencionar que las pólizas no solo fueron pagadas el mismo día, sino que con minutos de diferencia en el mismo establecimiento. Por ejemplo, la póliza No. 4005684, aportada por la Unión Temporal PNIS, fue pagada a las 10:13:34 del día 28 de enero de 2022 en la Sucursal 606 – Unicentro Tunja de Bancolombia. Por su parte, la póliza No. 4005683, aportada por el Consorcio Productivo, fue pagada a las 10:15:34 en la misma sucursal antes identificada. En el mismo sentido, la póliza No. 4005687 del Consorcio Productivo fue pagada a las 4:08:37 en la sucursal 606 de Bancolombia y la póliza No. 4005687 fue pagada en el mismo lugar a las 4:10:43. Por otra parte, se resalta que la póliza 4005627 del Consorcio Productivo y la póliza No 4005630 de la Unión Temporal PNIS fueron pagadas por la misma persona. Así, en los certificados de ambas transacciones emitidos por el Banco Davivienda, se logra constatar que la cédula que efectuó ambos pagos fue la C.C 17.345.951(...)

4.1.3 Similitud en el orden de presentación de los archivos

Otro elemento relevante en la presentación de las ofertas del Consorcio Productivo y de la Unión Temporal PNIS consiste en que ambos siguieron el mismo orden a la hora de organizar y presentar sus ofertas. Específicamente, en los archivos cargados a OneDrive (plataforma que se utilizó para recibir los documentos en las Convocatorias Abiertas adelantadas por el Fondo) se utilizaron

carpetas con los mismos nombres y los archivos.

4.1.4 Similitudes en las estructuras de participación en las convocatorias al utilizar empresas y fundaciones

Un elemento que caracteriza las propuestas presentadas por el Consorcio Productivo y la Unión Temporal PNIS en las Convocatoria Abierta No. 34 de 2021 es que ambas siguen una estructura de participación muy parecida.

(...)

En definitiva, se logra apreciar que los dos proponentes tienen una estructura de participación similar, ya que ambos están conformados por una sociedad de acciones simplificadas que tiene el 60% de participación y una fundación que retiene el porcentaje restante. Este elemento nuevamente da muestras de las coincidencias entre las propuestas del Consorcio Productivo y de Unión Temporal PNIS.

Es importante mencionar que el Análisis Preliminar de la Convocatoria No. 34 de 2021 no exigía que los proponentes estuvieran conformados por una entidad sin ánimo de lucro. Lo anterior profundiza la sospecha frente a la similitud en las estructuras de participación, ya que a pesar de que el Análisis Preliminar de la Convocatoria no exigía la presencia de entidades sin ánimo de lucro, tanto el Consorcio Productivo como la Unión Temporal PNIS incluyeron fundaciones y les otorgaron el mismo porcentaje de participación (40%).

4.1.5 Presentación de documentos que tienen datos de competidores

Uno de los indicios más relevantes que se encuentra en la propuesta de la Unión Temporal PNIS consiste en que presentó documentos con los datos de la representante legal de la Fundación Asesorías, un supuesto competidor que pertenece al Consorcio Productivo. Así las cosas, al examinar detalladamente la propuesta de la Unión Temporal PNIS, se encuentra que se presentan varios documentos con los datos de la señora Sandra Elena Piedrahita Gaviria y que están firmados por ella, en su condición de representante legal de la Fundación Herramientas. Entre estos documentos se encuentra la Carta de presentación de la propuesta, el acuerdo de Unión Temporal y el compromiso anticorrupción, entre otros. Es pertinente aclarar que, en todos estos documentos, se escribió correctamente el nombre de la señora Sandra Elena Piedrahita Gaviria.

No obstante, en el documento “Acreditación Mipyme” aportado por la Unión Temporal PNIS, se logra evidenciar lo siguiente:

ACREDITACIÓN MIPYME

Bogotá D.C., 27 de enero de 2022

Señores:

PATRIMONIO AUTÓNOMO FONDO COLOMBIA EN PAZ
Ciudad,

REFERENCIA: Proceso de convocatoria No. 34 de 2021. Grupo I cuyo Objeto es: " Contratar Un Operador Que Ejecute Los Componentes De Intervención Del Programa Nacional Integral De Sustitución De Cultivos Ilícitos - PNIS Para La Planeación, Formulación, Implementación Y Seguimiento De Seguridad Alimentaria Y Proyectos Productivos Sostenibles Con Actividades De Asistencia Técnica En Los Departamentos De Arauca, Bolívar, Norte De Santander"

Estimados señores:

SANDRA ELENA PIEDRAHITA GAVIRIA identificados como aparece al pie de mi firma, actuando en representación de FUNDACION HERRAMIENTAS DE VIDA, declaro bajo la gravedad de juramento que la sociedad se encuentra clasificada como: MICRO empresa de acuerdo con los criterios definidos por las normas legales vigentes.



SANDRA ELENA CALVACHE BURBANO
C.C. No. 24.395.586
REPRESENTANTE LEGAL
FUNDACION HERRAMIENTAS DE VIDA
NIT No. 900.073.148-9

Se logra evidenciar que, en este documento, se incluyó erróneamente el nombre de la representante legal ya que se escribió los apellidos "Calvache Burbano". Este error denota es indicativo de la posible existencia de una coordinación entre las estructuras plurales mencionadas, ya que la representante legal de Fundación Asesorías (un competidor que pertenece al Consorcio Productivo) se llama Nora Constanza Calvache Burbano, como se evidencia en la "Acreditación MIPYME" que fue aportada:

(...)

Las anteriores evidencias permiten inferir que la Unión Temporal PNIS copió el mismo formato presentado por el Consorcio Productivo y tan solo le cambio los nombres, sin embargo, en una desatención, olvidó ajustar los apellidos de la representante de Fundación Herramientas y mantuvo los apellidos de la representante legal de la empresa competidora. Es fundamental resaltar que no existe justificante alguno para que un participante de la Convocatorias Abiertas del Fondo conociera de antemano la propuesta de un competidor, y mucho menos que utilizara los mismos documentos

para participar en dichos procesos de contratación.

Con base en lo expuesto, los indicios y señales de advertencia frente a los proponentes Consorcio Productivo y Unión Temporal PNIS impiden que el Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019 pueda adjudicar los contratos en los grupos en los que estos presentaron oferta comoquiera que, con su comportamiento pudieron manipular los criterios objetivos de selección del adjudicatario y desnaturalizaron el escenario de competencia propio del proceso de contratación.

Al respecto, se destaca que las conductas desplegadas por estos actores son contrarias a la responsabilidad adquirida en el “Compromiso Anticorrupción” (Anexo 8), el cual prohíbe directamente la colusión.

En consideración a lo anterior, y principalmente en ejercicio del deber de diligencia que asiste al Consorcio Fondo Colombia en Paz 2019, como vocero y administrador del Fondo Colombia en Paz se declaran fallidos los grupos I y II de la convocatoria abierta 034 de 2021 y frente a las situaciones descritas las mismas serán puestas en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, para que dicha autoridad, en el marco de sus funciones, determine si se configuran prácticas que restringen la libre competencia considerando los indicios que fueron determinados al interior de la Convocatoria.

Dado en Bogotá D.C., el siete (7) de abril de 2022

**CONSORCIO FONDO COLOMBIA EN PAZ 2019
ACTUANDO COMO VOCERO Y ADMINISTRADOR DEL PA FCP**