

CONSORCIO HCM

Bogotá, 26 de Octubre de 2015

Señores
**PATRIMONIO AUTÓNOMO
FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER
FIDUCIARIA BOGOTA S.A.**
Teléfonos: 4886000
Calle 67 No. 7-37 Piso 3
Bogotá D.C. – Colombia

Referencia: Convocatoria No. **PAF-EUC-018-2015**, cuyo objeto es: “**REVISIÓN, AJUSTE Y COMPLEMENTACIÓN DE ESTUDIOS Y DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN Y PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA ETAPA 2 DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA RODRIGO LARA BONILLA - UBICADOS EN LA URBANIZACIÓN BOSQUES DE SAN LUIS EN EL MUNICIPIO DE NEIVA, DEPARTAMENTO DE HUILA**”.

Asunto: OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACION.

JORGE ENRIQUE LOPEZ BENAVIDEZ, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número 79.788.626 expedida en Bogotá, actuando en calidad de representante del **CONSORCIO HCM** proponente de la Convocatoria Nro. **PAF-EUC-018-2015**, presentó ante su despacho observaciones al informe de verificación de requisitos habilitantes de las propuestas presentadas, con el *propósito de proteger el orden jurídico en abstracto*, toda vez que en la fecha se ha advertido error consistente en que se habilitó al proponente **CONSORCIO OBRAS NEIVA 2015**, sin cumplir con los requisitos establecidos en los términos de referencia y se ubicó en primer orden de elegibilidad; *situación que conlleva a vicios sustanciales del proceso*.

A continuación se presentan ante la Entidad los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

CONSORCIO HCM

FUNDAMENTOS DE HECHO

En los términos de referencia del proceso de convocatoria en el subcapítulo III – numeral 1. Requisitos habilitantes de orden técnico - se exigió como experiencia específica del proponente:

“Acreditar su experiencia específica, mediante la presentación de certificaciones de mínimo (1) y máximo cuatro (4) contratos ejecutados y terminados en los últimos quince (15) años contados a partir de la fecha de cierre en Construcción de edificaciones institucionales, que cumpla con los siguientes requisitos:

- *Los Contratos aportados deberán sumar, en su conjunto, un valor igual o superior a 1.5 veces el valor del Presupuesto estimado, expresado en SMMLV.*

- *Uno (1) de los contratos aportados, debe ser igual o mayor al 0.70 veces el Presupuesto estimado expresado en SMMLV. Página 57 de 121*

- *Uno (1) de los contratos aportados, **deberá corresponder a un proyecto de construcción de edificaciones que de manera TAXATIVA deberán ser en CUALQUIERA DE LAS SIGUIENTES TIPOLOGÍAS: Colegios o Universidades o Escuelas y/o Centros Educativos u Hospitales o Centros de Desarrollo Infantil o Establecimientos Penitenciarios o Bibliotecas o centros de convenciones o áreas cubiertas en construcción de proyectos de vivienda (con un número igual o mayor a 150 unidades de vivienda).** Para las anteriores tipologías el área de construcción cubierta del proyecto deberá ser igual o mayor a 4.500 m².*

*“Nota 1: Se entiende por “EDIFICACIONES INSTITUCIONALES” aquellas construcciones fijas de carácter permanente y cubiertas, de uno o más pisos, de tipo Institucional públicas o privadas; **los proyectos a certificarse, de manera TAXATIVA, deberán ser en: Colegios o Universidades o Escuelas y/o Centro Educativos o Centros de Desarrollo Infantil u Hospitales o Centros de Salud o Establecimientos Penitenciarios o Bibliotecas o centros de convenciones o áreas cubiertas en construcción de proyectos de vivienda (con un número igual o mayor a 150 unidades de vivienda).** No se acepta la experiencia relacionada con contratos de Adecuación o Remodelación. Así mismo no se acepta la experiencia en construcción de bodegas ni plazas de mercado, ni polideportivo”*

CONSORCIO HCM

Revisada la propuesta del **CONSORCIO OBRAS NEIVA 2015** se constata que a folio 73 acredita el Contrato No. 1572 de 2008, cuyo objeto es la “**Construcción batallón de Infantería No. 29 Germán Ocampo Herrera**” por valor de \$7.916.156.389,40 (edificaciones) y 10.750,89 M2 de área construida cubierta. En este orden de ideas, el contrato aportado **NO CUMPLE** con los requisitos de orden técnico exigidos en los términos de referencia, toda vez que la edificación construida corresponde a un **Batallón**, edificación de uso militar que no está incluida en la lista taxativa establecida por la entidad, ni puede ser incluida en ninguna de las categorías frente a las que la Entidad limitó la presentación de la experiencia de los proponentes esto es:

- **Colegios**
- **Universidades**
- **Escuelas y/o Centros Educativos**
- **Hospitales**
- **Centros de Desarrollo Infantil**
- **Establecimientos Penitenciarios**
- **Bibliotecas o centros de convenciones o áreas cubiertas en construcción de proyectos de vivienda (con un número igual o mayor a 150 unidades de vivienda)**

Para señalar el alcance del requisito establecido en los términos de referencia, es menester acudir al significado que el diccionario de la real academia española señala para la palabra “Taxativa” el cual refiere a que “que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias; que no admite discusión”

De igual forma a folio 238, el mismo proponente presenta una certificación del contrato n° 227 -3-2011 suscrita entre el Fondo Rotatorio e la Policía y consorcio F.R. Taller Armeria (Fernando Ramirez Ingenieros Arquitectos) cuyo objeto es: “Estudios técnicos, diseños y construcción del Fuerte de Carabineros de la policía en San Agustin Huila”. Dicho contrato al igual que el anterior y bajo las mismas condiciones no cumpliría con la tipificación taxativamente solicitada por la entidad, por lo tanto no podría tenerse en cuenta para la valoración de la experiencia aportada por el proponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Lo primero que resulta propio señalar es que si bien es cierto que el régimen jurídico aplicable al proceso de convocatoria Nro. **PAF-EUC-018-2015**, es el régimen de la contratación privada, contenido en el Código Civil y el Código de Comercio, y demás normas aplicables a la materia, en conjunto con las reglas

CONSORCIO HCM

previstas de los términos de referencia, aclaraciones y documentos expedidos con ocasión del mismo, también es cierto, que dicho proceso debe sujetarse al cumplimiento de los principios de la función administrativa y de la Gestión Fiscal, consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia en materia de contratación.

Lo segundo que es pertinente resaltar es que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado los **pliego de condiciones o sus equivalentes son el marco regulatorio de los procesos de selección.** *«(...) Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, lo mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva¹. (...)»*

Dicha posición ha sido reiterada en diversas Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

“En esa perspectiva, el pliego de condiciones es el acto jurídico fundamental sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, es decir, la precontractual, por cuanto en el mismo se fija el objeto del contrato a suscribir, se identifica la causa del negocio jurídico, se determina el procedimiento o cauce a surtirse para la evaluación objetiva y técnica de las ofertas, y se indican los plazos y términos en que se ejecutará todo el proceso que culminará con la adjudicación del contrato o con la declaratoria de desierto. Por lo tanto, el pliego de condiciones concreta o materializa los principios de planeación contractual y de transparencia, comoquiera que su adecuada formulación permite o garantiza la selección objetiva del contratista de acuerdo con los parámetros de calificación correspondientes para cada tipo de procedimiento. En esa perspectiva, el pliego de condiciones constituye la ley tanto del procedimiento administrativo de selección del contratista, como del contrato a celebrar, razón por la que se traduce en un conjunto de disposiciones y cláusulas elaboradas unilateralmente por la administración, con efectos obligatorios para ésta como para los proponentes u oferentes, en aras de disciplinar el desarrollo

¹ CE SII E 6353 DE 1992

CONSORCIO HCM

y las etapas del trámite de selección, como el contrato ofrecido a los interesados en participar en la convocatoria a través de la aspiración legítima de que éste les sea adjudicado para colaborar con aquélla en la realización de un fin general, todo lo cual ha de hacerse con plenas garantías y en igualdad de condiciones para los oferentes.”²

De otra parte, el Consejo de Estado se ha pronunciado respecto a la intangibilidad de los pliegos de condiciones o sus equivalentes y al respecto ha señalado que en el pliego de condiciones o en los términos de referencia se distinguen con claridad dos grupos de normas; el primero: tiene por objeto regular el procedimiento de selección del contratista; y el segundo grupo de normas: se ocupa de fijar el contenido obligacional del contrato que habrá de suscribirse. En cuanto al primer grupo de normas del pliego de condiciones o de los términos de referencia, la Sala afirmó el criterio de “la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección.”

Se entiende entonces, que los procesos de selección están eminentemente reglados, de manera que la entidad está en la obligación de cumplir con los procedimientos fijados por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad, coligiéndose que la administración para seleccionar a sus contratistas y la oferta más favorable para sus intereses, no se encuentra en una posición de libertad absoluta pues está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes, reglamentos y manuales de contratación, inspirados en una doble finalidad: la primera asegurar la eficiencia en el cumplimiento del contrato; y segunda evitar toda sospecha de inmoralidad en la respectiva negociación, que afecta y coloque en tela de juicio el principio de transparencia.

En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público y en las Entidades que pese a estar regidas por el derecho privado deben atender los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal por prestar o administrar recursos públicos, es que la preparación, adjudicación y

² CE SIII C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia 24 de julio de 2013

CONSORCIO HCM

perfeccionamiento de los contratos es eminentemente reglada, de manera que las partes, entidad y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con la actividad contractual.

Evaluar la propuesta presentada por el **CONSORCIO OBRAS NEIVA 2015**, de forma diferente a lo establecido en los términos de referencia de la convocatoria y habilitarla para continuar participando del proceso, soslaya el principio de legalidad, de estirpe Constitucional, y que es de medular aplicación en la contratación pública, toda vez que es presupuesto de validez de la actuación contractual. Además violenta el principio de igualdad, transparencia y moralidad pública, en consideración a que se coloca en desventaja a los demás participantes de la convocatoria que sí cumplieron cabalmente con lo exigido en los términos de referencia y se ven vulnerados en sus derechos y garantías al ser desplazados por un proponente que no ha cumplido con lo exigido, generando con ello una responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo.

El Consejo de Estado ha señalado que se configura la responsabilidad precontractual o por daño in contrahendo cuando la administración o los proponentes sufren un daño antijurídico como consecuencia de una acción o omisión atribuible a la otra parte durante la etapa de la formación de la voluntad, que determina la imposibilidad de seleccionar el proponente, o la adjudicación irregular de la licitación, o la falta de perfeccionamiento del contrato, caso en el cual la administración compromete su responsabilidad civil, como también la compromete el proponente que retira su oferta o que se niega a celebrar el contrato en las condiciones propuestas y aceptadas. En el ámbito del derecho administrativo la imputación de responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual no se hace con fundamento en la culpa, ni en el riesgo ni en el enriquecimiento injusto, o la reciprocidad de prestaciones del contrato bilateral, sino en los principios de la buena fe y de legalidad. En la etapa de formación de la voluntad contractual las partes deben obrar de buena fe en la preparación del contrato, en el procedimiento de selección y en la fase de perfeccionamiento del mismo, no sólo porque así lo manda la Constitución (art. 83) sino porque es principio general que domina las relaciones jurídicas bilaterales como dan cuenta los artículos 1603 del Código Civil y 863 y 871 del C. de Comercio. Ligado a la buena fe que se deben las partes en la formación de la voluntad para la celebración del contrato está el principio de legalidad, según el cual las partes deben encauzar la formación de esa voluntad dentro de las reglas de la gestión contractual pública prescritas por la ley. Con fundamento en este principio la administración en la gestación de sus contratos debe respetar la ley en su sentido formal y material, como también todas las fuentes del ordenamiento jurídico, en particular las especiales del derecho administrativo, sus reglamentos y los pliegos

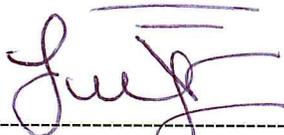
CONSORCIO HCM

de condiciones y quienes tengan interés en formalizar compromisos con ella deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación. En otras palabras, la administración para seleccionar a sus contratistas debe sujetarse a un procedimiento reglado.

Por lo anteriormente expuesto, en desarrollo de los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales que rigen la actuación contractual, especialmente los de legalidad, transparencia, moralidad administrativa y responsabilidad se solicita al comité evaluador subsanar los vicios sustanciales en los que ha incurrido dentro del proceso de convocatoria pública, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos que el comité evaluador modifique a su arbitrio las reglas establecidas en los términos de referencia, valorando y habilitando a un proponente que no cumple con los parámetros exigidos en los términos de referencia y extralimitándose en las funciones que son propias a los comités de evaluación, en razón que los mismos no pueden evaluar las propuestas presentadas en los procesos de selección por fuera de lo establecido en la Ley del proceso.

Es por ello, que se solicita rechazar la propuesta presentada por el **CONSORCIO OBRAS NEIVA 2015**, por haber incurrido en la causal de rechazo consagrada en el numeral 1.9 de los términos de referencia de "No cumplir el proponente con los requisitos habilitantes establecidos en los términos de referencia".

Atentamente,



JORGE ENRIQUE LOPEZ BENAVIDES

C.C. 79.788.626 de Bogotá.

Representante Legal **CONSORCIO HCM**