

Marzo 2 de 2016

Doctor
Gustavo Donado
CONSORCIO CDI MALAMBO

En respuesta a su consulta respecto de la decisión tomada por FINDETER en desarrollo del proceso de CONVOCATORIA No PAF-EUC-025-2015, me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Cuando por términos de referencia consagran como regla que la TRM que será tenida en cuenta para efectos de la evaluación económica será la del tercer día hábil siguiente a la publicación de la misma, necesariamente tiene que ser aquella conocida CON POSTERIORIDAD al momento en que se haya efectuado la evaluación económica de TODAS las ofertas, pues solo de esta manera se garantiza a plenitud el Principio de Transparencia consagrado en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, aplicable al caso que nos ocupa por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, así el régimen de contratación de Findeter sea el privado.

2.- Cualquier postura diferente, rompe además con el principio de igualdad que debe existir entre los oferentes, pues el hecho de evaluar una oferta, con posterioridad al conocimiento de la TRM, favorece indudablemente a este último en detrimento de los demás. En el presente caso, es irrelevante el hecho de que el resultado final no altere el orden de elegibilidad previamente establecido, pues perfectamente pudo ocurrir lo contrario, es decir, que el oferente habilitado y evaluado con posterioridad resultara en el primer lugar, situación que inmediatamente pondría en entredicho el proceso adoptado.

3.- En el momento en que la Entidad Pública expide la respectiva adenda modificando el cronograma inicialmente estipulado, debe entenderse igualmente modificada la fecha de la TRM, pues, repito, solo así se garantiza la transparencia del proceso. Indudablemente siguiendo este principio lógico y justo, fue que la misma entidad, en desarrollo de la CONVOCATORIA No. PAF-MME-024-2015 optó por utilizar una nueva TRM en un caso similar. Aquí, debo aclarar que si bien es cierto que una decisión tomada por la administración en un proceso de selección diferente, no constituye doctrina ni precedente legal, también lo es que las actuaciones de la administración deben garantizar la seguridad jurídica de los particulares y no le es dado preferir decisiones distintas y contradictorias sin argumentos de peso, sino que debe necesariamente aplicar el principio general de derecho en virtud del cual, frente a situaciones similares, deben tomarse decisiones similares.

4.- De otro lado, observamos que no es válida la afirmación de FINDETER en cuanto a que la nueva evaluación efectuada simplemente "da alcance" a la anterior, cuando en realidad se encuentra que se efectuó una NUEVA EVALUACIÓN con cambios significativos en los puntajes establecidos previamente. Caso distinto es que el resultado final no haya cambiado lo cual resulta irrelevante por las razones antes expuestas.

5.- Finalmente, encuentro que en el caso bajo examen, podríamos encontrarnos frente a una causal de nulidad del proceso, toda vez que la administración expidió una Adenda totalmente extemporánea en especial a la luz del propio numeral 22 de los términos de referencia que le sirve de fundamento para su expedición, pues el mismo consagra de manera expresa que las mismas podrán expedirse hasta antes del cierre del proceso, es decir, del plazo para presentar ofertas. Si lo pretendido por la entidad pública era sanear el procedimiento, lo ajustado a derecho hubiese sido hacer uso de la facultad contemplada en el artículo 49 de la Ley 80 de 1993, expidiendo un acto administrativo motivado y sanear el correspondiente vicio y al no hacerlo, lo pertinente sería dejar sin efecto el proceso de selección y convocar uno nuevo.

En los anteriores términos queda emitido mi concepto, el cual podrá ser ampliado, aclarado o complementado de ser necesario.

Atentamente,

Mauricio Bernal Marcucci
Abogado
C.C 195090

T.P 46.581