



Alcaldía Municipal

**Ibagué**



## QUINTO INFORME DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES EXTEMPORÁNEAS PRESENTADAS A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA

### PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.

#### CONVOCATORIA No. PAF-IBAL-O-024-2016

#### OBJETO: CONTRATAR LA EJECUCIÓN CONDICIONAL EN FASES DEL PROYECTO ACUEDUCTO COMPLEMENTARIO ETAPA 1 (KM 0 - 4+700) PARA LA CIUDAD DE IBAGUÉ - TOLIMA.

De conformidad con lo establecido en los Términos de Referencia, Capítulo II “Disposiciones Generales”, Subcapítulo I “Generalidades”, numeral 1.10. “Observaciones a los Términos de Referencia y los Documentos y Estudios del Proyecto”, y en el cronograma de la presente convocatoria, los interesados podían formular observaciones a los Términos de Referencia, a los estudios del proyecto, a los anexos técnicos y cualquier otro documento relacionado con el presente proceso de selección, de manera escrita, hasta el día veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), periodo dentro del cual se presentaron observaciones por parte de los mismos, a las cuales la Entidad dio respuesta por medio del Informe de Respuesta a Observaciones a los Términos de Referencia publicado el día veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

De otro lado y teniendo en cuenta que se han presentado nuevas observaciones por fuera del plazo inicialmente concedido, la Entidad procederá a dar respuesta a las mismas a través del presente documento.

1. **INTERESADO:** Observaciones presentadas por **LUIS ALEXANDER GARZON**, comunicación enviada al correo electrónico del Grupo de Infraestructura para la Contratación de Asistencia Técnica de Findeter, el día martes veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), a las 12:22 a.m.

<b>OBSERVACIÓN</b>
<b>“(…) HECHOS</b>
<p><i>1.1. En los pliegos de condiciones, se indicó en relación a la fecha de Cierre del proceso – plazo máximo de presentación de la oferta (Sobre No. 1 y 2) y apertura de Sobre No. 1, que correspondería a el <b>28 de noviembre de 2016 a las 10:00 am.</b></i></p> <p><i>Fecha de publicación pliegos: 11 de noviembre de 2016</i></p> <p><i>1.2. En adenda No. 1, no motivada, se modifica la fecha de cierre del proceso, fijando como nueva fecha el <b>5 de diciembre de 2016 a las 10:00 am.</b></i></p>

*Fecha de publicación pliegos: 23 de noviembre de 2016*

*1.3. En adenda No. 2, no motivada, se modifica la fecha de cierre del proceso, fijando como nueva fecha el **29 de noviembre de 2016 a las 10:00 pm***

*Fecha de publicación pliegos: 24 de noviembre de 2016*

*1.4. En adenda No. 3, no motivada, se modifica la hora de cierre del proceso, fijando como nueva fecha el **29 de noviembre de 2016 a las 10:00 am***

*Fecha de publicación pliegos: 25 de noviembre de 2016.*

## **2. ANÁLISIS**

### **2.1. De la NO motivación del acto administrativo**

*Es de llamar la atención, que si bien es cierto la Entidad tiene la facultad de modificar los pliegos de condiciones a través de actos administrativos denominados ADENDA (Ley 80 de 1993<sup>1</sup>), no implica esto que esta facultad, le atribuya competencia a la administración para violar el ordenamiento jurídico, en particular, en lo referente a la falta de motivación al emitir un acto administrativo.*

*Como se puede constatar en los pliegos de condiciones, la administración de manera unilateral y violando el ordenamiento jurídico y doctrinal que enmarca la actuación de la administración<sup>2</sup>, emitió actos administrativos, lo cual lo enmarcaría dentro de las causales de nulidad. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T 204 de 2012, indico:*

*“...MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO-Contenido*

*La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, esta Corporación ha acudido al concepto de “razón suficiente” para señalar que **la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de***

<sup>1</sup> El objetivo de la ley 80 de 1993 fue establecer, precisamente, un estatuto contractual de la administración pública basado en principios, de tal forma que se permitiera la ponderación de esos mandatos de optimización y a las entidades contratantes elaborar y desarrollar procesos de selección –que con independencia al carácter reglado que se deriva del principio de planeación– fueran más ágiles y dinámicos sin caer en la excesiva reglamentación, detalle y direccionamiento. Por lo tanto, los principios de economía y de selección objetiva se articulan para garantizar dos fines esenciales de la contratación pública: i) la escogencia de la mejor propuesta para la administración, que permita satisfacer las necesidades públicas y, por ende, garantizar el interés público, y ii) la posibilidad de que los contratistas interactúen con la administración en la búsqueda de solucionar y superar los yerros formales, con miras a que no resulte infructuoso el procedimiento de selección y, por lo tanto, no se frustrase, circunstancia por la que la declaratoria de desierta se convierte en una última ratio. **Corte Constitucional, sentencia C-892 DE 2001**

<sup>2</sup> Ley 1437 de 2011 - Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

***motivar las actuaciones de la administración*** y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal...”

*Como puede evidenciarse, la iniciación de un proceso licitatorio, y de este la generación de actos administrativos que soportan el desarrollo del mismo, en el marco del principio de legalidad, le lleva implícita a la administración el cumplimiento de un ordenamiento jurídico, que no es más que el principio de legalidad, el cual con lo actuado, claramente es vulnerado, y vicia de ilegalidad el proceso de la referencia.*

## ***2.2. Violación al derecho constitucional de Igualdad, principio de Confianza legítima y buena fe<sup>3</sup> sobre los actos de la Administración***

*Es lo primero indicar, que la Entidad al modificar los tiempos de cierre de las ofertas (adenda 1), creo en cada uno de los posibles oferentes una condición particular, y a su vez, una expectativa de presentación de las ofertas, que lleva implícito a los oferentes reprogramar los tiempos de presentación de las ofertas, lo anterior, en beneficio de cada uno de los posibles oferentes.*

*Ahora, la reprogramación a través de la adenda No. 1, genero a los oferentes un mayor tiempo de consecución y organización de los soportes para el proceso licitatorios, e incluso, a oferentes que no alcanzaban a tener la documentación requerida, una expectativa de presentación al proceso licitatorio en curso, obviamente con el lleno de los requisitos que exige el proceso.*

*Sin embargo, con la adenda No. 2 y 3, la Entidad a través de actos administrativos viciados de nulidad por su falta de motivación, rompió de lleno el principio de confianza legítima y buena fe que le asiste a la administración, por generar condiciones más gravosas.*

*Con lo actuado, se configuro la violación del principio de igualdad sobre los oferentes que se presentan al proceso, ya que si bien es cierto los pliegos fueron publicados con antelación, la emisión de la adenda 1, estableció unas condiciones de presentación que definían nuevos términos del proceso de selección, y luego con la adenda 2 y 3, se impidió la presentación de ofertas a los proponentes que con el nuevo cronograma tendrían la oportunidad de participación en el proceso.*

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T 308 de 2011, estableció:*

*“... PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Contenido y alcance*

*La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que **“el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera***

<sup>3</sup> Este principio tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista. Estos efectos jurídicos de la buena fe en materia contractual son una clara consecuencia de la regla según la cual todo comportamiento contrario a la misma, en cuanto ilícito, trae implícita la obligación de pagar perjuicios. Así, por ejemplo, la negligencia, improvisación y falta de planeación de la Administración no es excusa para desconocer las obligaciones a su cargo, sobre todo cuando el contratista asume de buena fe el contrato para ejecutar.

***expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.*** " Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello..."

Concluyendo de lo anterior, que la Entidad con la emisión de la Adenda 1 género a los posibles oferentes unas expectativas de participar en el proceso licitatorio, y consecuencia de esto, se brindó un mayor término para redefinir la consecución de requisitos mínimos que permitieran participar en igualdad<sup>4</sup> de condiciones con los oferentes que posiblemente ya cumplieran con los requisitos.

### **2.3. De la violación al derecho fundamental del debido proceso**

Se indica que con lo actuado, se viola el referido principio Constitucional, ya que la emisión de un acto administrativo en contravía del ordenamiento legal y pronunciamientos jurisprudenciales (Confianza legítima), se afecta la objetividad del proceso licitatorio en curso.

### **2.4. De la violación a el principio de la Transparencia.**

Se viola este principio por desconocer la administración, que con sus actuaciones soportadas en las adendas 2 y 3, invisten de falta de **objetividad, neutralidad y claridad sobre las reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas.**

### **2.5. De la violación al principio de la libre competencia.**

En soporte del principio de confianza legítima, y las expectativas que a oferentes les genero la adenda No. 1, se llama la atención que con lo actuado la administración definió de manera unilateral condiciones restrictivas que impiden a los oferentes acceso al proceso de selección, limitando la oportunidad de competencia, atentando contra los intereses económicos del proceso licitatorio (ley 80 de 1993), dado que no se permite la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato.

<sup>4</sup> El principio de igualdad implica el derecho del particular de 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.

Por ende, este principio implica, entre otros aspectos, 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 (No. 5 artículo 30 de la Ley 80 de 1993); la prohibición de modificar los pliegos de condiciones después del cierre de la licitación, y como contrapartida que los proponentes no puedan modificar, completar, adicionar o mejorar sus propuestas (No. 8 art. 30 ídem); dar a conocer a los interesados la información relacionada con el proceso (presupuesto oficial, criterios de selección, pliego de condiciones, etc.) de manera que estén en posibilidad real de ser tenidos en cuenta por la administración; aplicar y evaluar las propuestas bajo las mismas reglas y criterios, verificando que todas las propuestas cumplan con los requisitos y condiciones establecidas en los pliegos, sin que puedan rechazarse ofertas por elementos u omisiones no sustanciales e irrelevantes, y la de culminar el proceso de selección con el respectivo acto de adjudicación del contrato ofrecido a quien haya presentado la mejor propuesta, sobre las mismas condiciones que rigieron el proceso.

### 3. PETICIÓN

*De manera respetuosa, y conforme a las disposiciones legales y jurisprudenciales previamente citadas, solicito a fin de no configurar la violación de principios fundamentales que le asisten a los oferentes interesados en el proceso, sobre todo los principios de Igualdad y debido proceso, se atienda al principio de confianza legítima que le asiste a los interesados, y en consecuencia se genere adenda que restituya a las condiciones y expectativas generadas con la adenda No. 1.*

*Ahora, de no considerar pertinente la solicitud efectuada, y en atención de lo dispuesto en la ley 1437 de 2011, solicito que la Administración, en relación de las causales contempladas en el artículo 93, Numeral primero, revoque de oficio los actos administrativos correspondientes a la Adenda No. 2 y 3, que violan pronunciamientos jurisprudenciales referidos a la confianza legítima sobre los actos de la administración, y derivado de este, la falta de motivación que llevan inmersos.*

*Solicito a FINDETER, al momento de decidir esta respetuosa solicitud, se sirva responder cada uno de los puntos expuestos, de manera motivada, de fondo y completa, conforme al ordenamiento legal; para lo cual solicito igualmente, se publique en el SECOP la presente solicitud y al momento de dar respuesta de igual forma se sirva publicar la misma”.*

#### RESPUESTA No. 1

En respuesta a la observación presentada por el interesado, la Entidad procede a pronunciarse en el siguiente sentido:

Sea lo primero señalar que el procedimiento de contratación que aplica Findeter, es de derecho privado, en atención a su naturaleza de entidad financiera (Ley 57 de 1989 y Decreto 4167 de 2011) y en consideración a lo dispuesto en los artículos 13 y 15 de Ley 1150 de 2007, no obstante, la contratación de la convocatoria que usted refiere es adelantada por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA - FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A), quien actúa como CONTRATANTE, el cual igualmente se encuentra sujeto al derecho privado, y en consecuencia, la contratación adelantada por este no se somete al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ni demás normas concordantes, como la Ley 80 de 1993 que usted refiere en su escrito.

En ese orden de ideas, bajo el régimen jurídico que rige el presente proceso de selección, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1.3 del Subcapítulo I del Capítulo II de los Términos de Referencia “REGIMEN JURIDICO APLICABLE” el presente proceso se rige por el régimen de la contratación privada contenido en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia.

Así las cosas y dado que la contratante como privado que es, no emite actos administrativos, y no le resultan aplicables a los procedimientos ni a las convocatorias de contratación adelantadas por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA – FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.) las

disposiciones por usted referidas, de modo que no es procedente acceder a sus pretensiones de aplicación de las disposiciones normativas de contratación estatal ni procede la publicación de los documentos del proceso y los actos del proceso de contratación de las convocatorias que adelante y sus diferentes documentos en el SECOP.

Ahora bien, tal y como lo establecen los Términos de Referencia que rigen la Convocatoria No. PAF-IBAL-O-024-2016, en su numeral 1.11. "ADENDAS", Subcapítulo I del Capítulo II, la entidad tiene la potestad de modificar los Términos de Referencia hasta un día hábil antes a la fecha prevista para el cierre de la Convocatoria, así:

*"1.11. ADENDAS*

*Dentro del término de publicación de la presente convocatoria, la entidad CONTRATANTE, **podrá modificar los términos de referencia a través de adendas las cuales se publicarán en la página web de FINDETER [www.findeter.gov.co](http://www.findeter.gov.co) y a través de la página web del PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA- FINDETER y deberán expedirse, a más tardar el día hábil anterior a la fecha establecida en el cronograma para el cierre de la convocatoria.***

*Así mismo, podrá expedir adendas para modificar el cronograma del proceso antes de la adjudicación del contrato.*

*Será responsabilidad exclusiva del proponente atender y tener en cuenta todas las adendas expedidas en el presente proceso de selección para la elaboración de su propuesta" /Negritas y subrayas propias/.*

La regla en cita contiene la regulación para la expedición de Adendas modificatorias a los Términos de Referencia, de modo que las expedidas en la convocatoria cumplen con dicha disposición y en ese orden de ideas, las mismas se expedieron y publicaron de conformidad con la normatividad aplicable a los procesos de contratación adelantados por la contratante.

Ahora bien, frente a este punto es preciso indicar que, tal y como se observa en la Adenda No. 1 del 23 de noviembre de 2016, la misma establece de manera clara las razones por las cuales se procedió, en un primer momento, a la modificación del cronograma:

*"(...) y toda vez que la Entidad se encuentra analizando las observaciones presentadas por los interesados a los Términos de Referencia y demás documentos anexos de la convocatoria, (...)"*

De tal manera que, el análisis adecuado de las diversas observaciones presentadas por los interesados en la Convocatoria a los Términos de Referencia y demás documentos anexos y su consecuente elaboración de respuestas, fueron el sustento para el ajuste al cronograma, y superada tal actividad, no era entonces procedente mantener la modificación realizada a la fecha de cierre.

Ahora, si bien es cierto que, tal y como lo refiere el interesado, el día 17 de noviembre de 2016 se dio apertura a la Convocatoria No. PAF-IBAL-O-024-2016 con la publicación de los Términos de Referencia, y demás documentos anexos, en la que se estableció inicialmente como fecha de cierre el día 28 de noviembre de la misma anualidad, de modo que desde el 17 de noviembre de 2016 los interesados conocían la fecha máxima para presentar ofertas, esto es, el 28 de noviembre de 2016, por ende, no es de recibo la apreciación de generación de expectativas.

Toda vez que, si bien es cierto, el día 23 de noviembre en horas de la noche se hizo necesario a través de adenda 1 modificar el cronograma para ampliar la fecha de publicación de informe de respuesta a observaciones establecida inicialmente, en la que se cambió la fecha del cierre, también lo es que, al día siguiente en horas de la mañana, esto es el 24 de noviembre de 2016, superada la causa que motivo la adenda 1 por cuanto ya se contaba con el informe de respuesta a observaciones, se profirió Adenda No. 2 a través de la cual se ajustó el cronograma al previsto inicialmente otorgando claro está un día adicional a la fecha prevista inicialmente para el cierre, por cuanto la publicación del informe de respuesta a observaciones había sido ampliado igualmente por un día, estableciendo por tanto, la fecha de cierre para el día 29 de noviembre de 2016.

En ese orden de ideas, como ya se señaló líneas arriba, la razón de la ampliación inicial de la fecha de cierre de la Convocatoria – Adenda No. 1 - se circunscribía al análisis de las observaciones presentadas y a la elaboración de las respuestas a las mismas, de modo que, se reitera, superada tal actividad el día siguiente a la fecha inicialmente prevista y ante la necesidad de la contratación a realizar, se ajustó el cronograma ampliando el cierre previsto desde la publicación de los términos ampliando ese día adicional que se había tomado la entidad para responder las observaciones.

No es por tanto, de recibo el argumento esgrimido por quien observa, encaminado a trasladar a la Entidad un actuar por fuera de los principios de Igualdad, de Confianza legítima y buena fe, así como del debido proceso, transparencia y libre concurrencia, por cuanto es de anotar que la actividad de la entidad y los procesos de contratación, se adelantan con observancia de los principios de la función pública, al igual que los preceptos constitucionales aplicables a la materia.

Así las cosas, y habiéndose expedido las adendas conforme lo regulan los términos de referencia, con tres (3) días hábiles de anterioridad a la fecha establecida en el cronograma para el cierre de la convocatoria y habiendo dado publicidad a todas las actuaciones desplegadas en el marco de la Convocatoria No. PAF-IBAL-O-024-2016, quienes en conocimiento de las condiciones de participación del presente proceso, elaboraron sus propuestas, la solicitud por usted presentada, no será acogida, y en tal medida esta es la respuesta de fondo a la misma.

El presente Informe se expide a los veintinueve (29) días del mes de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO – ASISTENCIA TÉCNICA FINDETER (FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A.).**