

**INFORME DE REPUESTAS A OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE.**

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA  
BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA**

**PROGRAMA: CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ**

**CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021**

**OBJETO:** CONTRATAR “LA CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C.”.

En atención a las observaciones presentadas por los proponentes, frente al INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE publicado el 10 de junio de 2021, se procede a dar respuesta a través del presente documento, en los siguientes términos:

**De:** Ricardo Escobar A. <[rescobar@ingeconopp.com](mailto:rescobar@ingeconopp.com)>

**Enviado:** jueves, 10 de junio de 2021 10:21 p. m.

**Para:** CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ <[SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co](mailto:SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co)>;

CORRESPONDENCIA FINDETER <[correspondencia@findeter.gov.co](mailto:correspondencia@findeter.gov.co)>

**Cc:** [o.hernandez@contecsa-sas.com](mailto:o.hernandez@contecsa-sas.com) <[o.hernandez@contecsa-sas.com](mailto:o.hernandez@contecsa-sas.com)>

**Asunto:** OBSERVACIONES AL INFORME DE EVALUACION ECONÓMICA - CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021- CONSORCIO CANTON NORTE BOGOTA 2021

**Observación 1**

Cordial Saludo

De la manera más respetuosa posible y en aras a que no sean vulnerados los principios de debido proceso, artículo 29 de la constitución política de 1991, el derecho de contradicción y defensa, queremos llamar la atención del comité evaluador en lo referente al informe de evaluación en su numeral 5.3 *El PROPONENTE No. 1 CONSORCIO CANTÓN NORTE BOGOTÁ 2021 incurre en la CAUSAL DE RECHAZO No. 1.37.22 señalada en los términos de referencia, que establece: “Cuando la propuesta económica presentada para el proyecto y sus etapas, luego de las correcciones aritméticas, sea inferior a los valores mínimos o superior a los valores máximos establecidos en los presentes términos de referencia para la respectiva propuesta económica o etapa”. Lo anterior teniendo en cuenta que el proponente presenta 6 ítems por debajo del precio unitario mínimo y 1 ítem por encima del precio unitario máximo establecido en el anexo 6 - presupuesto estimado de la convocatoria, el cual hace parte integral de los términos de referencia.*

No es cierto que el proponente que represento, CONSORCIO CANTON NORTE BOGOTA 2021, haya incurrido en la causal señalada, pues NO EXISTE ningún numeral en los TERMINOS DE REFERENCIA en el cual se señale, que los precios unitarios permitidos se encuentren dentro de un rango de valores; lo que si se encuentra definido en dichos términos, son los valores máximos y mínimos de del presupuesto total, tal y como lo señala el numeral, **1.4.3 VALORES MÁXIMOS Y MÍNIMOS DE LA PROPUESTA ECONÓMICA**” que a su tenor reza:

A continuación, se resumen los valores correspondientes al valor mínimo y al valor máximo para el proyecto, según el presupuesto estimado, dentro de los cuales se debe presentar la oferta económica.

DESCRIPCIÓN	VALOR MÍNIMO	VALOR MÁXIMO
CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C	\$ 22.636.556.846,00 M/CTE	\$ 25.151.729.622,00 M/CTE

El valor mínimo establecido corresponde a un porcentaje máximo de descuento que podría ofrecer el contratista para la ejecución de las obras garantizando estándares de calidad y cumpliendo con las condiciones mínimas establecidas dentro de los documentos de la convocatoria, por lo que la oferta económica no podrá ser inferior al valor mínimo ni mayor al valor máximo, so pena de rechazo de la misma.

La propuesta económica del proponente deberá realizarse definiendo los costos unitarios para las diferentes actividades descritas en el presupuesto estimado, los cuales deben ser consecuentes con lo registrado en los planos de diseños y especificaciones técnicas del proyecto, sin que se supere el valor del presupuesto estimado para la presente convocatoria.

Para la presente convocatoria, se debe tener en cuenta:

Tope máximo del A.I.U.: **25,36%**

Tope Máximo de la Administración para suministros: **11,69%**

Tal y como se evidencia, no existe nada que indique que los precios unitarios se encuentren dentro de un rango de valores permitidos. Además, los términos de referencia como las respuestas dadas por la Entidad señalan expresamente que los ítems, son de precios de referencia, por lo tanto no son vinculantes y los únicos límites que hay que respetar son los del presupuesto oficial en su totalidad.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que la causal de rechazo señalada, no regula un rechazo por ítem, sino por el valor total de propuesta la propuesta económica, adicional a lo anterior, las causales de rechazo deben ser **expresas y recorreerse** en una integridad lo cual no pasa en el hecho en concreto, sino que el intérprete acude a una extensión no regulada en las causales, ni términos, ni respuestas.

Si bien el proceso ha tenido anomalías, es menester aclarar, que una cosa es retrotraer en igualdad de condiciones y otra cosa es que rechacen nuestra oferta sin fundamentos jurídicos ni fácticos, para querer que no gane el que debió ganar desde el inicio, por tal razón evidenciamos falencias insubsanables que deben dar como consecuencia la nulidad de lo actuado o que se cancele la convocatoria del proceso o en últimas que se nos valide la propuesta económica, teniendo en cuenta que nuestra oferta presento un porcentaje de descuento del 3.4% y que el mismo se encuentra dentro del rango de descuento permitido por la Entidad.

Finalmente debemos advertir y llamar la atención de la Entidad frente a las múltiples evidencias de irregularidades administrativas respecto del proceso que nos ocupa, encontrando entre otras que un proceso llamado a terminar en 20 días, lleva más de dos meses debido a todas las observaciones elevadas por los oferentes, sobre lo cual se puede concluir que es un proceso llamado a no prosperar y por ende la Entidad en su sabiduría debe declararlo desierto, de esta manera no seguirá cometiendo errores e induciendo a quienes participamos en él a seguir cometiendo equívocos insuperables por una mala conducción del mismo.

### Respuesta:

En atención a la observación realizada frente al resultado de su propuesta en la evaluación económica, se señala lo siguiente:

- La causal de rechazo 1.37.22 establecida en los términos de referencia indica lo siguiente: *“1.37.22 Cuando la propuesta económica presentada para el proyecto y sus etapas, luego de las correcciones aritméticas, sea inferior a los valores mínimos o superior a los valores máximos establecidos en los presentes términos de referencia para la respectiva propuesta económica o etapa”.*

- Adicionalmente se encuentra que en el documento de respuestas a observaciones a los términos de referencia publicado el día 6 de mayo de 2021, frente a las observaciones realizadas al presupuesto se emitió la siguiente respuesta:

*“Se aclara al interesado que el presupuesto estimado se estructuró teniendo en cuenta los precios actuales de materiales, mano de obra y equipos, los cuales son aceptados con la presentación de la propuesta tal como se indica en los términos de referencia numeral 1.1.2.1. ACTIVIDADES Y PRODUCTOS A DESARROLLAR: “(...) El CONTRATISTA deberá Ejecutar las obras según lo dispuesto en el anexo No 1, así como la normatividad municipal, departamental y nacional que rigen el tipo de obras a ejecutar(...)”.*

*Adicionalmente, dentro de los términos de referencia se especificaron valores máximos y mínimos para cada uno de los valores unitarios que varían entre el 90% y 110%, los cuales son una referencia para que el proponente calcule el costo de sus precios teniendo en cuenta dicho rango. Sin embargo, el valor total de la propuesta económica no podrá superar los mínimos y máximos del presupuesto estimado dentro de la convocatoria(...)”.*

Visto lo anterior, la Entidad procede a analizar la observación teniendo en cuenta, particularmente, la respuesta emitida en su oportunidad respecto de las observaciones formuladas frente al presupuesto, concluyendo lo siguiente:

En el documento de respuesta a observaciones, el cual ostenta una naturaleza vinculante para las partes en el proceso de selección, frente a las observaciones realizadas al presupuesto de la convocatoria, la Entidad manifestó de manera textual lo siguiente *“Adicionalmente, dentro de los términos de referencia se especificaron valores máximos y mínimos para cada uno de los valores unitarios que varían entre el 90% y 110%, los cuales son una referencia para que el proponente calcule el costo de sus precios teniendo en cuenta dicho rango. Sin embargo, el valor total de la propuesta económica no podrá superar los mínimos y máximos del presupuesto estimado dentro de la convocatoria”.* De lo anterior, se advierte que la Entidad, en la oportunidad debida no precisó de manera clara y expresa que los límites mínimos y máximos también aplicaban para los precios unitarios que fueran ofertados por los proponentes en su propuesta económica. Así las cosas a partir de esta respuesta se podría llegar a inferir por parte de los proponentes que los mínimos y máximos eran solo predicables del presupuesto oficial de la convocatoria, pudiendo entonces manejar los precios unitarios como valores de referencia.

Por lo anteriormente señalado, atendiendo la carga que ostenta la Entidad respecto de la obligatoriedad de dar respuesta a las observaciones que formulen los proponentes a los términos de referencia, las cuales deben ser claras y objetivas, su observación es aceptada y se procede a realizar la evaluación económica de la propuesta por usted presentada.

En cuanto a su solicitud de declarar desierta la convocatoria, se informa que ésta no procede como quiera que la Entidad ha adoptado todas las medidas necesarias para salvaguardar los principios de selección objetiva, transparencia y demás principios de la función administrativa, dando prevalencia a la finalidad que se persigue con el proceso de selección, la cual es la contratación las obras.

**De:** Licitaciones <[licitaciones@grupoingecol.com](mailto:licitaciones@grupoingecol.com)>

**Enviado:** viernes, 11 de junio de 2021 2:59 p. m.

**Para:** CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ <[SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co](mailto:SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co)>

**Asunto:** Observaciones Informe Evaluación Económica CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021

**Observación**

Asunto: OBSERVACIONES Y SOLICITUD DE REVOCATORIA "ACTA POR MEDIO DE LA CUAL SE SANEA EL PROCEDIMIENTO DENTRO DEL PROCESO DE CONVOCATORIA PÚBLICA No. PAF-SCJ-O-029-2021, CUYO OBJETO ES "LA CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C., PROFERIDA EL OCHO (08) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Respetados señores:

Por medio de la presente, **JOHAN RICARDO PULIDO OCAMPO** identificado con C.C. 80.803.524 en calidad de Representante Legal de **CONSORCIO PATRIA 806**, encontrándome dentro del plazo establecido para presentar observaciones al informe de evaluación económica y asignación de puntaje (orden de elegibilidad), me permito solicitar a la entidad se corrija la evaluación económica realizada por el comité evaluador tanto al Tope máximo del AIU (25,36%) como al Tope Máximo de la Administración para suministros (11,69%).

El **CONSORCIO PATRIA 806**, realizó la verificación de los mencionados tope máximos encontrando que el **CONSORCIO SAN MIGUEL** y **CONSORCIO UNION NORTE**, superaron los tope máximos establecidos por **FINDETER**, razón por la cual se deben evaluar como **NO CUMPLE** económicamente ya que adicionalmente incurrir en la causal de rechazo estipulada en los términos :**"1.37.22 Cuando la propuesta económica presentada para el proyecto y sus etapas, luego de las correcciones aritméticas, sea inferior a los valores mínimos o superior a los valores máximos establecidos en los presentes términos de referencia para la respectiva propuesta económica o etapa"**.

De acuerdo con lo anterior nos permitimos presentar a continuación la evaluación económica correcta realizada para justificar lo mencionado anteriormente tomando como base los valores de las ofertas económicas **CORREGIDAS** por **FINDETER**.

**AIU costo directo corregido al CONSORCIO SAN MIGUEL:**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.839.823.028,00	
	AIU CORREGIDO		AIU OFERTADO
AIU	25,36%		25,36%
ADMINISTRACION	17,36%	\$ 3.096.993.278,00	17,36%
IMPREVISTOS	3,00%	\$ 535.194.691,00	3,00%
UTILIDAD	5,00%	\$ 891.991.151,00	5,00%
I.V.A. 10% sobre UTILIDAD	19,00%	\$ 169.478.319,00	19,00%
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.533.480.467,00</b>	

Para efectos de lo anterior después de tomar los valores de cada uno de los rubros anteriormente corregidos para el proceso cabe notar lo siguiente:

$$A = \$3.096.993.278 / \$17.839.823.028 = 17,3600000019014\%$$

$$I = \$535.194.691 / \$17.839.823.028 = 3,0000000008969\%$$

$$U = \$891.991.151 / \$17.839.823.028 = 4,9999999977578\%$$

Es decir que al realizar la sumatoria de cada uno de estos rubros:

**Total, AIU= 25,3600000005566% (NO CUMPLE) supera el valor tope de la entidad que corresponde a 25,36%**

De lo anterior concluimos que el **CONSORCIO SAN MIGUEL** superó el tope del AIU de los costos directos establecidos por la entidad, por lo tanto, la oferta de calificarse como **RECHAZADA**.

**AIU costo directo corregido al CONSORCIO UNION NORTE:**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.826.822.747,00	
	<b>AIU CORREGIDO</b>		<b>AIU OFERTADO</b>
AIU	25,36%		25,36%
ADMINISTRACION	28,26%	\$ 3.611.714.289,00	28,26%
IMPREVISTOS	0,50%	\$ 17.826.823,00	0,50%
UTILIDAD	5,00%	\$ 891.341.137,00	5,00%
I.V.A. 10% sobre UTILIDAD	19,00%	\$ 169.354.816,00	19,00%
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.517.699.812,00</b>	

Igualmente, para dicha propuesta, después de tomar los valores de cada uno de los rubros anteriormente corregidos para el proceso cabe notar lo siguiente:

$$A = \$3.611.714.289 / \$17.826.822.747 = 20,260000002568\%$$

$$I = \$17.826.823 / \$17.826.822.747 = 0,100000001419\%$$

$$U = \$891.341.137 / \$17.826.822.747 = 4,999999998037\%$$

**Total, AIU= 25,3600000020239% (NO CUMPLE) supera el valor tope de la entidad que corresponde a 25,36%**

**Administración para suministros presentado por UNION NORTE:**

Para el caso de este proponente se evidencio lo siguiente, respecto al valor tope de la Administración de los suministros:

COSTO DIRECTO SUMINISTRO DE EQUIPOS RED DE SEGURIDAD Y CONTROL, CABLEADO ESTRUCTURADO (INCLUIDO IVA)		\$ 1.845.003.095,00	
	<b>ADMINISTRACION CORREGIDA</b>		<b>ADMINISTRACION OFERTADA</b>
ADMINISTRACION	11,69%	\$ 215.680.862,00	11,69%

De lo anterior, Si se toma el valor de la (A) con su respectiva corrección aritmética, cabe notar lo siguiente:

$$A = \$215.680.862 / \$1.845.003.095 = 11,690000001054\% \text{ (NO CUMPLE) supera el valor tope de la entidad que corresponde a 11,69\%}$$

De lo anterior concluimos que el **CONSORCIO UNION NORTE** superó el tope del AIU de los costos directos y la Administración para suministros establecidos por la entidad, por lo tanto, la oferta de calificarse como **RECHAZADA**.

Cordialmente,



**JOHAN RICARDO PULIDO OCAMPO**  
C.C. 80.803.524  
**R. L. CONSORCIO PATRIA 806**

**Respuesta**

La Entidad da respuesta en los siguientes términos:

1. Como primera medida es importante aclarar que los proponentes deben presentar el ofrecimiento en el formato de propuesta económica establecido dentro de los términos de referencia donde se relacionan cada uno de los componentes a cotizar.
2. Durante el ejercicio de la evaluación económica, la entidad debe dar aplicación a lo señalado en los subnumerales 1 y 5 del numeral 3.1.1. INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD) de los términos de referencia, en los que se establece:

*"(...) Una vez surtida la audiencia de apertura del sobre No. 2, la Entidad procederá a realizar la revisión de las propuestas durante el término establecido en el cronograma del proceso, de la siguiente manera:*

1. En caso que cualquier valor de la oferta económica de algún proponente se presente con decimales, la entidad procederá a ajustar el valor redondeándolo al peso, cuando la fracción decimal del peso sea igual o superior a cinco lo aproximará por exceso al peso y cuando la fracción decimal del peso sea inferior a cinco lo aproximará por defecto al peso (...)"

"(...) 5. Se realizará la verificación y corrección de las operaciones aritméticas de las propuestas.

Nota 1: Se entiende por error aritmético aquel que surge de un cálculo meramente aritmético cuando la operación ha sido erróneamente realizada. En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen (...)"

Por lo anterior, **para efectos de la revisión del AIU, se toma el valor expresado en porcentaje indicado en la oferta en PDF**, para verificar o ajustar, en caso de ser necesario, la operación aritmética realizada entre el costo directo ofrecido en la propuesta por el porcentaje de administración, imprevistos y utilidad según corresponda.

3. Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la Entidad realizó la evaluación de las propuestas económicas de los proponentes habilitados, encontrando que para el CONSORCIO SAN MIGUEL, se le realizó ajuste por redondeo a los valores totales de los ítems ofertados. Igualmente, se realizó ajuste por redondeo y corrección aritmética al valor de la administración, al valor de los imprevistos, al valor de la utilidad y al valor del IVA sobre la utilidad, teniendo en cuenta los porcentajes (%) de AIU ofrecidos por el proponente de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del numeral precitado: "(...)En consecuencia, su corrección debe contraerse a efectuar adecuadamente la operación aritmética erróneamente realizada, **sin llegar a modificar o alterar los factores o elementos que la componen**"(...) (negrilla y subrayado fuera del texto), tal como se evidencia a continuación:

• **Ofertado**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.839.823.011,77
ADMINISTRACION	17,36%	\$ 3.096.993.274,84
IMPREVISTOS	3%	\$ 535.194.690,35
UTILIDAD	5%	\$ 891.991.150,59
I.V.A. 19% sobre UTILIDAD	19%	\$ 169.478.318,61
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.533.480.446,17</b>

• **Evaluación**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.839.823.028,00	
	<b>AIU CORREGIDO</b>		<b>AIU OFERTADO</b>
AIU	25,36%		25,36%
ADMINISTRACION	17,36%	\$ 3.096.993.278,00	17,36%
IMPREVISTOS	3,00%	\$ 535.194.691,00	3,00%
UTILIDAD	5,00%	\$ 891.991.151,00	5,00%
I.V.A. 19% sobre UTILIDAD	19,00%	\$ 169.478.319,00	19,00%
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.533.480.467,00</b>	

Como se puede evidenciar la entidad realizó ajustes por redondeo y correcciones aritméticas a los valores del AIU y del IVA sobre la utilidad, teniendo en cuenta que dentro de la propuesta económica aportada se indica claramente los porcentajes ofertados de Administración (17,36%), Imprevistos (3%) y Utilidad (5%), lo que da como resultado un AIU de 25,36%.

Por lo tanto, no es procedente su observación toda vez que el observante está realizando operaciones aritméticas contrarias a lo establecido en los términos de referencia, en donde toma los valores ajustados y corregidos por la Entidad de los componentes del AIU y los divide por el costo directo de la obra.

4. Para el caso del CONSORCIO UNIÓN NORTE no fue necesario realizar ajuste por redondeo o corrección aritmética, toda vez que los porcentajes y valores indicados dentro de la oferta, se encontraban redondeados y correspondían a lo requerido dentro de los términos de referencia. Como se puede verificar a continuación:

• **Ofertado**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.826.822.747,00
ADMINISTRACION	20,26%	\$ 3.611.714.289,00
IMPREVISTOS	0,10%	\$ 17.826.823,00
UTILIDAD	5,00%	\$ 891.341.137,00
L.V.A. 19% sobre UTILIDAD	19,00%	\$ 169.354.816,00
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.517.059.812,00</b>

• **Evaluación**

TOTAL COSTOS DIRECTOS		\$17.826.822.747,00	
	<b>AIU CORREGIDO</b>		<b>AIU OFERTADO</b>
AIU	25,36%		25,36%
ADMINISTRACION	20,26%	\$ 3.611.714.289,00	20,26%
IMPREVISTOS	0,10%	\$ 17.826.823,00	0,10%
UTILIDAD	5,00%	\$ 891.341.137,00	5,00%
L.V.A. 19% sobre UTILIDAD	19,00%	\$ 169.354.816,00	19,00%
<b>COSTO TOTAL OBRA</b>		<b>\$ 22.517.059.812,00</b>	

Como se puede evidenciar la sumatoria de la Administración (20,26%), Imprevistos (0,10%) y utilidad (5,00%), da como resultado 25,36% por lo cual no se requirió corrección alguna.

En cuanto a la observación realizada ofrecimiento de Administración para suministros presentada por el CONSORCIO UNIÓN NORTE, se aclara que no fue necesario realizar ajuste por redondeo o corrección aritmética, toda vez que el porcentaje y valor indicado dentro de la oferta, se encontraba redondeado y correspondían a lo requerido dentro de los términos de referencia. Como se puede verificar a continuación:

• **Ofertado**

COSTO DIRECTO SUMINISTRO DE EQUIPOS RED DE SEGURIDAD Y CONTROL, CABLEADO ESTRUCTURADO (INCLUIDO IVA)		\$ 1.845.003.095,00
ADMINISTRACION	11,69%	\$ 215.680.862,00
TOTAL SUMINISTRO DE EQUIPOS RED DE SEGURIDAD Y CONTROL, CABLEADO ESTRUCTURADO (INCLUIDO IVA)		\$ 2.060.683.957,00
<b>COSTO TOTAL OBRAS MAS SUMINISTRO DE EQUIPOS</b>		<b>\$ 24.577.743.769,00</b>

• **Evaluación**

COSTO DIRECTO SUMINISTRO DE EQUIPOS RED DE SEGURIDAD Y CONTROL, CABLEADO ESTRUCTURADO (INCLUIDO IVA)		\$ 1.845.003.095,00	
	<b>ADMINISTRACION CORREGIDA</b>		<b>ADMINISTRACION OFERTADA</b>
ADMINISTRACION	11,69%	\$ 215.680.862,00	11,69%
TOTAL SUMINISTRO DE EQUIPOS RED DE SEGURIDAD Y CONTROL, CABLEADO ESTRUCTURADO (INCLUIDO IVA)		\$ 2.060.683.957,00	

Como se puede evidenciar la Administración para suministros es de 11,69%, valor que es igual al establecido para suministros dentro de los términos de referencia.

Igualmente, no es procedente su observación toda vez que el observante está realizando operaciones aritméticas contrarias a lo establecido en los términos de referencia, en donde toma valores de los componentes del AIU para el presupuesto de obra y el valor de la administración para el presupuesto de suministro y los divide entre el correspondiente costo directo.

Conforme a lo anteriormente expuesto, la Entidad mantiene la evaluación económica realizada a los proponentes CONSORCIO SAN MIGUEL y CONSORCIO UNIÓN NORTE, la cual fue publicada el día 10 de junio de 2021.

**De:** LICITACIONES DUVANA <[licitaciones@duvana.com.co](mailto:licitaciones@duvana.com.co)>

**Enviado:** viernes, 11 de junio de 2021 4:34 p. m.

**Para:** CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ <[SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co](mailto:SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co)>;

CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ <[SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co](mailto:SCJconstruccionbrigadaXIII@findeter.gov.co)>

**Cc:** 'LICITACIONES DUVANA' <[licitaciones@duvana.com.co](mailto:licitaciones@duvana.com.co)>

**Asunto:** Proceso de contratación No. PAF-SCJ-O-029-2021. OBSERVACIONES AL INFORME CONSORCIO UNION NORTE.

## Observación

**LUZ BETTY RODRIGUEZ ALVAREZ**, mayor de edad, identificada con C.C. 52.079.968 de Bogotá D.C., actuando en calidad de Representante Legal de la forma asociativa **CONSORCIO UNION NORTE**, PROPONENTE dentro del proceso de selección CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021. Cuyo objeto es "LA CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C.", por medio del presente y en la oportunidad prevista para ello, se dirige a su Entidad, con el objetivo de realizar observaciones al documento denominado "INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA PROGRAMA: CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021", de fecha diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021), con el demostrar que la entidad no puede realizarle al proponente No. 5 CONSORCIO CANTON NORTE los descuentos de los diez (10) puntos a su oferta económica y con ello de salvaguardar los derechos que como proponentes nos asisten, en especial, en cuanto hace al ejercicio efectivo y con estricto apego a nuestro fundamental derecho al DEBIDO PROCESO, a la DEFENSA y a la CONTRADICCIÓN, en los siguientes términos a saber:

### I. OBSERVACIONES:

El "INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA PROGRAMA: CONSTRUCCIÓN COMANDO BRIGADA XIII SCJ CONVOCATORIA No. PAF-SCJ-O-029-2021", de fecha diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021), en el numeral 5. INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE, indico lo siguiente:

*"5.4. Se efectuaron los siguientes descuentos conforme a lo establecido en los términos de referencia, sub numeral 10. EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES, del numeral*

*3.1.1. INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD), en la que se establece "La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanción, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista".*

**PROponente No 5 - CONSORCIO UNIÓN NORTE:** De acuerdo con lo informado por Fidupervisora S.A., respecto del integrante del proponente plural MIROAL INGENIERÍA S.A.S se señala: "68573-028-2018 (PAF-TIC-PS-001-2018), el contratista CONSORCIO WEB Y MÓVILES 2018 fue sancionado con la suma de \$ 13.720.000 como IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, así mismo, se aprobó la terminación anticipada del Contrato decisión que fue adoptada por el Comité Fiduciario No 33 del 25 de febrero de 2019; decisión que fue RATIFICADA mediante Comité Fiduciario No 36 del 26 de marzo de 2019". **Descuento de 10 puntos."**

En los términos de referencia para contratar "LA CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C.", preferidos por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA, y que es **LEY PARA LAS PARTES**, se estableció en SUBCAPÍTULO III -EVALUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS PROPUESTAS, específicamente en el punto 10. EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES, textualmente lo siguiente:



Una vez realizada la ponderación económica de las propuestas habilitadas con el método que correspondió asignándoles puntajes, se procederá a realizar la evaluación de este criterio, así: La entidad tendrá en cuenta las cláusulas penales de apremio, multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, terminación unilateral o caducidad, impuestas o declaradas en los contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista.

La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanción, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista.

(...)

**Las personas naturales o jurídicas que obren como proponentes en el presente proceso de contratación en forma individual o conjunta (Uniones temporales o consorcios) que se encuentren inscritas en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial de la Cámara de Comercio, DEBERÁN aportar el certificado de este registro. En el evento de no aportar dicho documento, la Entidad realizará la consulta en la página web del Registro Único Empresarial y Social (RUES) A EFECTOS DE VERIFICAR LAS SANCIONES QUE ESTÉN REGISTRADAS DE CADA PROPONENTE.**

Pues bien, al verificar lo evaluado por la entidad encontramos que la misma no se ajusta a lo pactado en los términos de referencia para contratar "LA CONSTRUCCIÓN DEL COMANDO DE LA BRIGADA XIII DEL EJÉRCITO, UBICADO EN EL CANTÓN NORTE DE BOGOTÁ D.C.", proferidos por el PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA y que como se ha dicho **LEY PARA LAS PARTES**, toda vez que, al verificar tanto el **REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES DEL REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL DE LA CÁMARA DE COMERCIO y el REGISTRO ÚNICO EMPRESARIAL Y SOCIAL (RUES)**, aportados por la forma asociativa **CONSORCIO UNION NORTE**, se puede evidenciar sin lugar a dudar que la sociedad consorciada de la forma asociativa **MIROAL INGENIERIA SAS**, identificada con NIT. No. 830053973 - 1 NO REGISTRA ninguna IMPOSICIÓN DE MULTAS o SANCIONES, tal y como se puede observar de la siguiente manera:

The screenshot shows the RUES website interface. The main header includes navigation links: "Consulta Beneficio a Empresarios", "Guía de Usuario", "Cámaras de Comercio", and "¿Qué es el RUES?". A red "Acceso privado" button is visible in the top right. The left sidebar contains a menu with items like "Inicio", "Beneficios", "Estado de su Trámite", "Cámaras de Comercio", "Formularios CAE", "Búsqueda Inmóvil de Beneficio", and "Beneficio". The main content area displays the profile for "MIROAL INGENIERIA S.A.S." with a "Regresar" button. Below the company name, it states: "La siguiente información es reportada por la cámara de comercio y es de tipo informativo". The profile includes: "Sigla", "Cámara de comercio: BOGOTA", and "Identificación: NIT 830053973 - 1". A section titled "Registro Mercantil" contains a table with the following data:

Numero de Matricula	915680
Último Año Renovado	2021
Fecha de Renovación	20210329
Fecha de Matricula	19990205
Fecha de Vigencia	Indefinida

On the right side of the profile, there are two red buttons: "Compartir Certificado" and "Representantes Legales". Below these, a section titled "Actividades Económicas" lists two activities: "4312 Construcción de edificios no residenciales" and "4290 Construcción de otras obras de".

Y mucho menos registra **MULTAS** o **SANCIONES** en el RUP, tal y como se puede verificar de la pagina 266 a la pagina 272 del RUP de la sociedad y que nuevamente se aporta a la entidad, sin desconocer que el mismo ya se había remitido con la propuesta, y que además es un documento público.

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que los en términos de referencia que son **LEY PARA LAS PARTES**, se estipuló que la forma que tenía la ENTIDAD para verificar las sanciones de los proponentes, sería a través del RUP y del RUES, tanto de las personas naturales o jurídicas que se presentarían en forma individual o conjunta, tenemos que, para el caso de la sociedad **MIROAL INGENIERIA SAS**, identificada con NIT. No. 830053973 – 1, integrante de la forma asociativa **CONSORCIO UNION NORTE**, dicha sociedad, **NO REPORTA NINGUNA SANCION O MULTA**, tal como quedó **debidamente PROBADO Y DEMOSTRADO** con el presente documento, de tal forma que, no es procedente NINGUN DESCUENTO a la oferta económica del **CONSORCIO UNION NORTE**.

Por ser pertinente, recuérdese que los términos de referencia del proceso de selección constituyen la **LEY QUE RIGE EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN**, puesto que contiene las reglas a las cuales debe sujetarse tanto los proponentes como la misma Entidad interesada en contratar durante el trámite de la licitación, **SIN QUE SEA PERMITIDO A LA ENTIDAD LICITANTE MODIFICAR ARBITRARIAMENTE LAS EXIGENCIAS EN ELLOS DISPUESTAS. SO PENA DE VICIAR CON DICHO PROCEDER EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.**

Sobre el efecto vinculante del pliego de condiciones, el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se ha pronunciado en diferentes ocasiones jurisprudencia que aplica en totalidad al presente caso al **TRATARSE DE RECURSOS PÚBLICOS**, que hoy es vigente y se encuentra en vigor:

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C, en sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013), radicación número: 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), cuyo consejero ponente, fue el Dr. ENRIQUE GIL BOTERO, señalo, entre otras, lo siguiente:

**"El efecto vinculante del pliego de condiciones ha sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala en repetidas oportunidades, en este sentido, en sentencia de 3 de mayo de 1999, expediente 12344, sostuvo:**

**"...Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, SIN QUE SEA PERMITIDO A LA ENTIDAD LICITANTE, MODIFICAR INCONSULTA Y ARBITRARIAMENTE LAS EXIGENCIAS EN ELLOS DISPUESTAS, SO PENA DE VICIAR CON DICHO PROCEDER EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.**

**"(...)**

**"En últimas, se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los participantes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación.<sup>1</sup>**

**"En sentencia posterior, ratificó el carácter vinculante del pliego de condiciones. A continuación, se transcriben los apartes pertinentes:**

**"...y como ya lo ha dicho la Sala, los pliegos de condiciones o términos de referencia son, de un lado, la ley del futuro contrato que quedará por lo tanto enmarcado por las estipulaciones que se anuncian desde el mismo proceso licitatorio y deberá interpretarse y ejecutarse con apego a las mismas; y de otro lado, esos pliegos son también la ley que rige el mismo procedimiento de selección, puesto que contienen las reglas a las cuales deben sujetarse durante el trámite de la licitación o concurso tanto los proponentes como la misma entidad interesada en contratar"<sup>2</sup>**

**"Y en sentencia de 8 de junio de 2006, se pronunció en los siguientes términos:<sup>3</sup>**

**"[E]n tal virtud, en los pliegos de condiciones se consignan un conjunto de reglas para definir el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el contenido y alcances del contrato, sus contenidos son de obligatorio cumplimiento tanto para la Administración como para los oferentes (licitantes y futuros contratistas), dentro del marco de la licitación, entendida ésta como un procedimiento de formación del contrato mediante la cual la entidad formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable."**

**"La jurisprudencia reseñada evidencia con total claridad, que el pliego de condiciones al constituir la ley del contrato, se erige como el marco de referencia dentro del cual deberán actuar, tanto la Administración como los particulares interesados en contratar, en la etapa precontractual y durante la ejecución del contrato; así que, las reglas en él contenidas, son de obligatorio cumplimiento, tal carácter vinculante, impide a la entidad pública modificarlas, con lo cual se busca garantizar que, en el procedimiento de la licitación o el concurso, la selección del contratista se efectúe de manera objetiva, como resultado de la exigencia en el cumplimiento de los requisitos, como en la estricta aplicación de los criterios de selección adoptados en el pliego y su respectiva ponderación. El desconocimiento de tales reglas compromete la validez de los actos expedidos por la entidad pública y también su responsabilidad."<sup>4</sup>**

**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 desierta.**

(...) 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 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.<sup>6</sup>

En ese orden de ideas, **el pliego contiene dos tipos de preceptos que vale la pena identificar: i) los de regulación del procedimiento administrativo de selección del contratista, que garantizan los postulados de transparencia, de igualdad, de economía y de selección objetiva, ya que en ellos es preciso que se identifique y describa de manera clara la necesidad pública que se requiere satisfacer, esto es, el objeto del contrato a suscribir, así como los parámetros de calificación o evaluación que serán tenidos en cuenta para la valoración de las ofertas presentadas, los cuales deben ser precisos, claros, justos y objetivos, sin que se permita introducir factores subjetivos por parte de la administración contratante, así como las etapas y los plazos en que se adelantará el respectivo proceso, y ii) los propios del negocio jurídico, es decir, aquellos que se imbricarán o insertarán al texto del contrato estatal para hacer parte integral del mismo, en los que se destacarán el objeto, plazo, precio, cláusulas exorbitantes (en caso de que sean procedentes), etc.**

Como se aprecia, el pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, **TODO SU CONTENIDO ES OBLIGATORIO PARA LAS PARTES, AL GRADO TAL QUE SUS DISPOSICIONES PREVALECEAN SOBRE EL CLAUSULADO DEL CONTRATO UNA VEZ**

**SUSCRITO EL MISMO. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último**<sup>6</sup>.

Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

**"Tal obligatoriedad del pliego le ha merecido el calificativo de "ley de la licitación" y "ley del contrato", en cuanto que sus disposiciones si bien regulan la etapa de formación del contrato cuando se cumple el procedimiento de selección objetiva del contratista, lo cierto es que sus efectos trascienden después de la celebración del contrato, para regular las relaciones entre las partes, fuente de derechos y de obligaciones y permanece aún para la etapa final, al momento de su liquidación.**

Por lo tanto, en el proceso de selección del contratista existe una fuerte regulación que restringe de manera sustancial el poder discrecional de la administración pública, toda vez que en la etapa precontractual se está frente a **procedimientos rígidos y altamente reglados que impiden decisiones sujetas a la discrecionalidad.**

**En ese sentido, considera esta Sala que en el procedimiento de selección del contratista no puede operar la discrecionalidad administrativa –positiva o material y negativa o formal–<sup>8</sup> en**

<sup>6</sup> Al respecto, esta Sala ha puntualizado: "La Sala ha considerado que el pliego es la ley del contrato y, que frente a una contradicción entre el pliego y el contrato, habrá de prevalecer aquél; el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero 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. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes. Por tanto, no es procedente modificar ilimitadamente el pliego, mediante la celebración de un contrato que contenga cláusulas ajenas a las previstas en aquél, porque ello comporta una vulneración de las facultades y derechos generados en favor de los sujetos que participan en el procedimiento de selección del contratista: oferentes y entidad. Dicho en otras palabras, la regla general es que adjudicatario y entidad se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, incluso respecto del contenido del contrato que han de celebrar, porque el mismo rige no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también los elementos del contrato que ha de celebrarse. Sin embargo, es posible que, con posterioridad a la adjudicación del contrato, se presenten situaciones sobrevinientes, que hagan necesaria la modificación de las cláusulas del contrato, definidas en el pliego. En estos eventos las partes podrían modificar el contenido del contrato, predeterminado en el pliego, siempre que se pruebe la existencia del hecho o acto sobreviniente, que el mismo no sea imputable a las partes y que la modificación no resulte violatoria de los principios que rigen la licitación, ni los derechos generados en favor de la entidad y el adjudicatario." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, exp. 10779, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

<sup>7</sup> "Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado "la ley del contrato" por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación" (Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196).

<sup>7</sup> “Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina con todo acierto, lo ha denominado “**la ley del contrato**” por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación” (Dromi, José Roberto, La Licitación Pública, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002 página 196).

<sup>8</sup> “Las definiciones materiales o positivas de discrecionalidad parten de considerar que la figura en cuestión opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley. Para este tipo de concepciones de la discrecionalidad administrativa, ésta surge como autorización que se confiere —expresa o implícitamente— a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos e intereses comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando «elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional». En este sentido, la definición más difundida de la discrecionalidad administrativa, por relación al interés público o general, es la de Giannini, para quien la discrecionalidad no es otra cosa que la valoración o apreciación que la Administración realiza de dicho interés público, valoración que se traduce en una dialéctica entre los intereses implicados en el caso bajo examen, a ser realizada por el órgano competente de la siguiente manera: dicho órgano se encuentra jurídicamente obligado a actuar en pro de la consecución de un «interés primario» —el interés general— que, de ordinario, le viene señalado por el ordenamiento. Durante el transcurso de su actuación el órgano administrativo deberá, asimismo, ponderar o comparar qué «intereses secundarios» —públicos o privados— merecen ser tenidos en cuenta o precisan ser sacrificados para la satisfacción del «interés primario». Por su parte, las catalogadas como definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad ponen el acento no ya en el objeto de la misma —esto es, como se veía, la apreciación o integración del interés público en el caso concreto—, sino en la forma en que se configura, entendiéndose como un espacio o ámbito de decisión no regulado o regulado solo de forma parcial por el ordenamiento, ámbito de decisión que el legislador, por tanto, ha decidido otorgar a la Administración. Se trata, entonces, de una serie de definiciones que concentran la discrecionalidad en la existencia de un margen de decisión que la norma habilitante de la facultad administrativa confiere al órgano que la actúa, por la vía de dejar un espacio vacío que habrá de ser rellenado por éste recurriendo a la utilización de criterios no siempre explicitados por el Derecho. Entran aquí en juego todas las teorías de acuerdo con las cuales las fórmulas empleadas por la legislación son claves para

**ninguna de sus manifestaciones, ya que se trata de un trámite regulado que impide que la administración introduzca criterios sustanciales o formales que puedan incidir en la escogencia del contratista según los criterios de valoración previamente establecidos.** En otros términos, en la actividad precontractual es el fruto del principio de planeación<sup>9</sup>, postulado que hace exigible que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite precontractual sean de carácter motivado, con apoyo en los parámetros y directrices fijadas en el pliego de condiciones.

*Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993<sup>10</sup>. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias<sup>11</sup>.*

*En esa perspectiva, es preciso distinguir la potestad discrecional de la administración de la actividad de contenido reglado. En la etapa precontractual es evidente que el deber de planeación y la sujeción al contenido del pliego de condiciones hace nugatoria toda posibilidad de discrecionalidad por parte de la administración, en los términos del artículo 36 del C.C.A., ya que toda decisión general o particular requerirá de una motivación ajustada a los actos administrativos precontractuales, entre ellos al pliego de condiciones. En otros términos, la facultad de interpretar el pliego no puede asimilarse a una decisión discrecional, ya que, se insiste, en los términos en que la ley 80 de 1993 integró un plexo nomoárquico de derecho general, público y privado, la orientación que se quiso imprimirle por parte del legislador era vincular fuertemente a las entidades públicas en los procesos de selección a las reglas por ellas mismas definidas en los respectivos concursos, sin que se pueda atentar o contravenir los actos propios (venire contra factum proprium).*

establecer la existencia o no de facultades administrativas discrecionales (la utilización de expresiones como «podrá», por ejemplo), al igual que la densidad de la programación que la norma habilitante de la facultad efectúa del ámbito de actividad administrativa que regula. Este tipo de definiciones formales o negativas de la discrecionalidad son más frecuentes en la doctrina que las materiales antes mencionadas. Estas definiciones “formales” o “negativas” de la discrecionalidad administrativa son, por lo demás, las habituales en la jurisprudencia nacional, en la que es frecuente definir la discrecionalidad negativamente o contrastándola con las facultades administrativas configuradas de manera reglada. La relativa libertad decisional en que la discrecionalidad consiste, entonces, se deriva de la débil vinculación positiva que la legislación efectúa del ámbito de actividad administrativa de que se trate. Tal es el criterio que permite que un acto sea clasificado como discrecional, es decir, dictado en virtud de la competencia que las normas legales hayan otorgado al agente público dejándole en libertad de escoger el sentido y la oportunidad en que ha de ejercerla.” Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

<sup>9</sup> “Como actuación administrativa, debe estar sustentada o soportada en los estudios previos y con fundamento en el deber de planeación. Corresponde a un proceso de participación de los particulares tendente a que se cumplan los fines de la contratación estatal y a la salvaguarda de los principios que orientan el deber de selección objetiva.

“Consonante con la marcada protección a los derechos de los particulares y a la interdicción de la arbitrariedad de la administración, como elemento de equilibrio frente a sus potestades, se resalta la importancia de la motivación de los actos de la administración como elemento de validez de los actos y del proceso.” GONZÁLEZ López, Edgar “El pliego de condiciones en la contratación estatal – La reforma en la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 55.

<sup>10</sup> En este punto, la ley 80 de 1993, se acerca en mayor medida a una teoría del derecho de índole *neoiusnaturalista*, de manera concreta, a la contenida en los lineamientos trazados por el profesor Ronald Dworkin, al aceptar la posibilidad de que los jueces acudan a principios y valores para la determinar la interpretación normativa. Por el contrario, la posición de reconocer autonomía o discrecionalidad al operador jurídico para fijar la exégesis de las disposiciones legales, administrativas o contractuales, es una postura típica del positivismo analítico del también profesor H.L.A. Hart, cuando reconoce que en los vacíos jurídicos o en los casos difíciles la solución debe provenir de la discrecionalidad del respectivo operador normativo.

<sup>11</sup> Artículo 25.- *Del Principio de Economía*. En virtud de este principio:

“(…) 2o. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.”

*En otros términos, las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, constituyen el marco general de la contratación pública, bases sobre las cuales se debe desarrollar el procedimiento de selección del contratista, para lo cual es imperativo que se surtan los correspondientes estudios previos que soporten la elaboración del pliego de condiciones, en atención a la necesidad que se va a satisfacer (objeto del contrato) y el respeto irrestricto al interés público. Luego, una vez elaborado el pliego de condiciones, la administración pública queda sometida a un proceso eminentemente reglado que impide que se adopten decisiones discrecionales –al margen que atiendan al interés público o general– ya que siempre será imperativo que la administración –inclusive cuando interprete el pliego– sustente y motive las razones por las cuales adopta una decisión, para lo cual se apoyará en los conceptos técnicos y jurídicos contenidos en el pliego de condiciones.” (Mayúsculas, subrayas y negrillas fuera del texto).*

Así mismo, téngase en cuenta lo señalado en la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C. dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-01243-01(54480), la cual advirtió lo siguiente:

**"(...) 3. Naturaleza vinculante de los pliegos de condiciones.**

Ya en anteriores oportunidades esta subsección había señalado al respecto que:

"Los pliegos de condiciones se instituyen como uno de los principales instrumentos que desarrollan y permiten la efectividad no solamente del principio de planeación en la etapa previa a la celebración del contrato, sino también de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, pues en éste se incorporan las reglas claras, completas y objetivas que van a regir no sólo el proceso de selección del contratista, sino que también determinan el contenido del futuro negocio jurídico que se va a celebrar<sup>12</sup>.

Así las cosas los pliegos de condiciones ostentan una doble naturaleza jurídica, pues de una parte y previamente a la adjudicación del contrato, se constituye en un acto administrativo de carácter general que rige el proceso de selección del contratista y sus reglas son de obligatorio cumplimiento para la administración y para los oferentes o posibles interesados que acudan a éste y, de otra parte, una vez celebrado el contrato se convierte en el marco jurídico o conjunto de reglas que determina el contenido y alcance del negocio jurídico a celebrarlo<sup>13</sup>.

De ésta forma, el pliego de condiciones se erige como uno de los conjuntos normativos que rige las licitaciones públicas y por consiguiente las entidades estatales y los proponentes participantes quedan sometidos imperativamente a él, de forma tal que desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende cualquier acto administrativo o actuación de los oferentes o contratistas o de la administración que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad.

En efecto, como desarrollo, entre otros, del principio de transparencia se impone que la escogencia de los contratistas esté precedida de un conjunto de reglas que rijan todo el proceso de selección y adjudicación, así como todo lo atinente al contrato que se proyecta celebrar, de tal suerte que queden definidos de antemano y de manera clara y objetiva todos los aspectos jurídicos, técnicos, económicos y financieros del negocio jurídico cuya celebración se persigue, conjunto de reglas este que se contiene precisamente en el pliego de condiciones y por consiguiente este se constituye en una regulación que cobija imperativamente a todo el iter contractual<sup>14</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter vinculante de los pliegos de condiciones dentro del proceso de selección, es evidente que para que los proponentes u oferentes se vean favorecidos con la selección de sus propuestas deben dar estricto cumplimiento a las reglas y requisitos allí previstos, so

pena de que al no cumplirlos la entidad se vea obligada a rechazar o eliminar las ofertas presentadas<sup>15</sup>.

Ahora, atendiendo a la naturaleza del pliego de condiciones como acto jurídico fundamental en el cual se establecen las reglas claras y objetivas que rigen no sólo el procedimiento de selección del contratista, sino también el negocio jurídico que se proyecta celebrar, **LA INTERPRETACIÓN QUE SE REALICE DEL MISMO ES DE CARÁCTER RESTRICTIVO Y NO PUEDE DAR LUGAR A QUE A TRAVÉS DE SU EJERCICIO SE LE EXIJA A LOS PROPONENTES EL CUMPLIMIENTO DE TRÁMITES O REQUISITOS ADICIONALES A LOS EXPRESAMENTE ESTABLECIDOS.**

Así lo dispone el numeral 2º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 cuando establece que la interpretación que se realice de los pliegos **de condiciones no puede dar lugar a que se le exija a los proponentes el cumplimiento de trámites o requisitos adicionales o diferentes a los expresamente previstos allí.**

De esta forma, se entiende que en la interpretación de los pliegos de condiciones **no hay lugar a la discrecionalidad administrativa, pues la administración sólo puede hacer uso de ese mecanismo ante la existencia de vacíos o contradicciones en las reglas allí contenidas y de la forma que resulte más favorable para el procedimiento de selección del contratista.**" (Mayúsculas, subrayas y negrillas fuera del texto).

Aspecto que también fue estudiado con amplitud, en la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00249-01(33361), providencia que estableció:

"30. El pliego de condiciones es un acto prenegocial que contiene un conjunto de cláusulas predisuestas y con efectos obligatorios, elaboradas unilateralmente por la administración para disciplinar el desarrollo y las etapas del proceso de selección y el contrato ofrecido a los interesados en participar en el mismo con la aspiración legítima de que les sea adjudicado para colaborar en la realización del fin general perseguido, todo lo cual, como se indicó, ha de hacerse con plenas garantías para los oferentes, con sujeción a los principios de libertad de concurrencia, igualdad, buena fe, transparencia, economía, responsabilidad, planeación, selección objetiva, moralidad, celeridad, eficacia, eficiencia, imparcialidad, publicidad y contradicción, entre otros y las reglas jurídicas de la contratación pública, de conformidad con la Constitución Política y la ley.

31. Se trata de un acto administrativo general que recoge las reglas jurídicas, técnicas, económicas y financieras exigidas a los aspirantes a contratar, los criterios de selección del contratista y los derechos y obligaciones de las partes del contrato, que deberán ser acatadas durante el proceso de formación de la voluntad contractual y en la ejecución del futuro negocio jurídico estatal. De ahí que el pliego de condiciones constituye la ley del proceso de la Licitación Pública y del contrato a celebrar con ocasión a él, toda vez que contiene la voluntad unilateral de la administración a la que se someten por adhesión los proponentes y el contratista que resulte favorecido, carácter vinculante y obligatorio del mismo que implica, por regla general, que una vez cerrada la licitación sean inalterables o inmodificables, con el fin de garantizar la libre concurrencia y la igualdad de los oferentes<sup>16</sup>.

32. Ahora, en el proceso de Licitación Pública la evaluación, estudio, calificación, rechazo o descalificación de las ofertas no es una decisión discrecional de la administración, toda vez que está sujeta a lo consagrado en el pliego de condiciones y la ley. En efecto, la administración, so pena de que se incurra en un vicio de nulidad en el acto de la adjudicación o de declaratoria de desierta del mismo y por ende, en responsabilidad, está obligada a respetar la totalidad de los principios que lo rigen y los criterios de selección establecidos en el pliego de condiciones, los cuales debe analizar y evaluar con el fin de determinar y elegir en forma motivada el ofrecimiento más favorable, según lo previsto en el artículo 29 -original- de la Ley 80 de 1993.

33. Esto significa que, a la administración en el procedimiento de Licitación Pública regulado por la ley, no le es jurídicamente permitido separarse de los criterios o factores de escogencia consagrados en el pliego de condiciones, ni desconocer su contenido ni la forma de ponderarlos y por lo mismo, se encuentra obligada a elegir aquella oferta que se ajusta a todos y cada uno de los puntos exigidos y a adjudicar al proponente que supera a los demás. Pero al mismo tiempo, los particulares se encuentran también forzados a que sus propuestas u ofertas cumplan con los requisitos y elementos previstos para que puedan ser objeto de estudio y comparación objetiva respecto de sus competidores, debiendo demostrar, con posterioridad, que se trata de la opción más favorable técnica, jurídica y económicamente para que puedan ser seleccionadas de manera definitiva."

Al respecto y para dar soporte a nuestra solicitud, respetuosamente recordamos FINDETER que sobre la imposibilidad para la Entidad contratante de apartarse de lo precisamente reglado en los términos de referencia, concepto legal al cual acudimos para soportar nuestra solicitud, se encuentra expresamente consagrada en la Ley 1474 de 2011, el Estatuto Anticorrupción, quien en su artículo 88 a la letra ordena:

*"Artículo 88. Factores de selección y procedimientos diferenciales para la adquisición de los bienes y servicios a contratar. Modifíquese el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 en el siguiente sentido:*

**La oferta más favorable será aquella que teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.** En los contratos de obra pública el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios o deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello." (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Y por ser pertinente, recuérdese que en tratándose de empresas estatales contratantes, con independencia del régimen jurídico de la formación del contrato, su conducta en el proceso de selección debe estar ajustada a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209, tal y como lo dispone el artículo 13 de la Ley 1150, el cual señala lo siguiente:

**"ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal." (Subraya, negrilla y cursiva fuera del texto original)

Precisamente el artículo 209 de la Constitución Política, establece que la función administrativa esta al servicio de los intereses generales y deberá desarrollarse con fundamento en el principio de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En todo caso, debe recordarse y reiterarse, que en cuanto hace a la supuesta sanción del "proponente plural MIROAL INGENIERÍA S.A.S se señala: "68573-028-2018 (PAF-TIC-PS-001-2018), el contratista CONSORCIO WEB Y MÓVILES 2018 fue sancionado con la suma de \$ 13.720.000 como IMPOSICIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL, así mismo, se aprobó la terminación anticipada del Contrato decisión que fue adoptada por el Comité Fiduciario No 33 del 25 de febrero de 2019; decisión que fue RATIFICADA mediante Comité Fiduciario No 36 del 26 de marzo de 2019". que en los contratos regidos por el DERECHO PRIVADO, la CONTRATANTE, **NO TIENEN CAPACIDAD LEGAL ALGUNA PARA EMITIR ACTOS ADMINISTRATIVOS**, sino actos meramente contractuales que como tales y manifestaciones suyas, si bien merecen respeto y consideración, **PER SE NO RESULTAN VINCULANTES PARA EL CONTRATO NI MUCHO MENOS DE OBLIGATORIO Y FORZOSO ACATAMIENTO LEGAL PARA EL CONTRATISTA NI PARA SU ASEGURADORA**, pues como se ha dicho, tales actos sólo corresponden a manifestaciones unilaterales de una de las partes del contrato, pero que **NO GOZAN DE LA**



**PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD** de que trata el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 y que por tanto, NO TIENEN APLICACIÓN LEGAL FORZOSA.

Acerca del hecho de que, en desarrollo de contratos regidos por el DERECHO PRIVADO, el Contratante **NO EMITE ACTOS ADMINISTRATIVOS**, tal y como lo hemos indicado, vale traer a colación la **SENTENCIA DE UNIFICACION DEL HONORABLE CONSEJO DE ESTADO**, que sobre el particular y de forma DEFINITIVA sobre esta posible discusión dispuso en SENTENCIA DE UNIFICACIÓN:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero Ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA, Bogotá D.C., 3 de septiembre de 2020, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00131-01 (42003)

*"59. Esta Sala acogerá la última postura y, como sustento, estima oportuno precisar que, en virtud del principio constitucional de legalidad, NINGÚN SUJETO PUEDE PROFERIR ACTOS ADMINISTRATIVOS SIN QUE EXISTA UNA HABILITACIÓN LEGAL CLARA E INEQUÍVOCA. De lo contrario, se constataría una evidente manifestación del poder público al margen del ordenamiento jurídico, LO QUE SUPONDRÍA UN QUEBRANTAMIENTO A LA ESENCIA DEL ESTADO DE DERECHO.*

(...)

61. Los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los "contratos" y para los "actos" de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales.

62. Tal y como se indicó, esta postura ha sido aplicada en época reciente por esta Sección. Cabe citar, en primer lugar, la Sentencia de la Subsección B, de 19 de junio de 2019 (exp. 39800) que, además de acoger esta tesis, expuso reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que la secundan (se transcribe):

*"102. Que el régimen aplicable al caso en estudio, para los actos y los contratos, sea el derecho privado, conlleva importantes consecuencias, siendo la más obvia, natural y significativa (aunque muchas veces olvidada), el que, en efecto, los actos se rijan por ese derecho, y no por el derecho público. La anterior conclusión, que se erige como una de las consecuencias más evidentes, en ocasiones inadvertida, en todo caso no ha sido ajena a los pronunciamientos de esta Corporación; por el contrario, ya desde la citada providencia S-701 de 23 de septiembre de 1997, se señaló que 'los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios son, por regla general, actos privados (32), salvo los enunciados en el antecitado inc. 1 del art. 154, que serán materialmente actos administrativos'.*

103. En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en providencias más recientes. Precisamente, la Corporación, en Sentencia de 20 de febrero de 2017, señaló (se transcribe):

*"[...] aunque el contrato establezca la posibilidad de ejercer de manera unilateral algunas de las facultades allí otorgadas o, incluso, prevea la posibilidad de hacerlas efectivas directamente, bien sea mediante la compensación u otros mecanismos legales, ello no conlleva la concesión de un poder anormal para la entidad contratante, quien en el ejercicio de sus derechos convencionales está obligada a observar las formas contractuales so pena de incurrir en un incumplimiento del contrato, que a su turno conllevará la indemnización de los perjuicios causados al contratista.*

Bajo este escenario, debe igualmente anotarse que LOS ACTOS EMITIDOS POR LA ENTIDAD CONTRATANTE, con fundamento en las facultades otorgadas por el pacto negocial, cuyo régimen corresponde al derecho privado, esto es, a la autonomía negocial particular, CONFIGURAN UN MERO ACTO CONTRACTUAL QUE NO ADMINISTRATIVO".

104. En oportunidad más próxima, en igual sentido, se concluyó (se transcribe):

"[...] si lo que ocurre en un determinado asunto es que en un contrato del Estado que se rige por normas de derecho privado las partes convienen la facultad de la administración para darlo por terminado unilateralmente, de imponer multas u ordenar su liquidación ante los incumplimientos en los que incurra el contratista, y en la ejecución del contrato la entidad contratante decide darlo por terminado anticipadamente y ordenar su liquidación mediante unos actos, **es evidente que en ésta hipótesis estos se constituyen en actos contractuales, más no administrativos**".

(...)

106. Debe retomarse y dársele valor real al mensaje del legislador de 1994, esto es, **debe tomarse en serio el régimen jurídico aplicable**. Si ello es así, una de las primeras consecuencias necesarias viene dada por evidenciar que, actos como los expedidos por la EAAy en los que se terminó el contrato, **NO SON, EN REALIDAD, ACTOS ADMINISTRATIVOS, EN OTRAS PALABRAS, NO SON ACTUACIONES QUE CONCRETEN UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL PODER**". (Mayúsculas, subrayas y negritas fuera del texto).

Y es que como se ha repetido y reiterado en diferentes ocasiones, con base en el principio de la **IGUALDAD ABSOLUTA DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE DERECHO PRIVADO**, ninguna de ellas puede arrogarse el privilegio de multar o hacer efectivas la cláusula penal directamente a la otra por supuestos incumplimientos de sus prestaciones, por el contrario, la imposición unilateral de multas y cláusulas penales requiere de HABILITACIÓN **LEGAL** EXPRESA y como los PATRIMONIOS AUTÓNOMO, no cuenta con la misma, cualquier imposición unilateral de multa o cláusula penal, RESULTA POR COMPLETO CONTRARIA A DERECHO, pues únicamente el JUEZ DEL CONTRATO es quien está facultado, para ello, según lo alegado y probado en curso de un proceso judicial, determinar si se justifican los supuestos fácticos y jurídicos para la imposición de una multa o para hacer efectiva la cláusula penal.

Situación, también ya fue zanjada por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el HONORABLE CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020) Radicación número: 05001-23-31-000-2007-02467 01 (46589), quien indicó lo siguiente:

**"(...) LA JURISPRUDENCIA HA SEÑALADO DE TIEMPO ATRÁS Y EN FORMA REITERADA QUE, EN LOS CONTRATOS REGIDOS POR EL DERECHO PRIVADO, EL PACTO DE MULTAS NO PUEDE DAR LUGAR A QUE LA ADMINISTRACIÓN SE ABROGUE LA FACULTAD DE APLICARLAS UNILATERALMENTE, SIN ACUDIR AL JUEZ DEL CONTRATO.**

Al respecto, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1994, el Consejo de Estado señaló:

Conforme al principio general de la contratación, de la libertad y la autonomía privada consagrada en el Art. 1602 del C. Civil, cuando estipula que: 'Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales', resulta posible que en el contrato de derecho privado se faculte a una de las partes para imponer multas a la otra, tendiente a procurar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones a su cargo o para sancionar el incumplimiento de las mismas. Pero también es razonable que tal atribución negocial debe ser expresa, precisa, clara y limitada a los casos allí señalados, a la vez que los apremios o sanciones no sean desproporcionados, de tal suerte que se tomen irrazonables o inequitativos dentro del contexto general del negocio. **CON BASE EN EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD ABSOLUTA DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO, NINGUNA DE ELLAS PUEDE ARROGARSE EL PRIVILEGIO DE MULTAR DIRECTAMENTE A LA OTRA POR SUPUESTOS O REALES INCUMPLIMIENTOS DE SUS PRESTACIONES DEBIDAS, DADO QUE NO SE PUEDE SER JUEZ Y PARTE A LA VEZ EN DICHA ACTIVIDAD NEGOCIAL. LE CORRESPONDE POR CONSIGUIENTE AL JUEZ DEL CONTRATO, DE ACUERDO CON LO ALEGADO Y PROBADO, DETERMINAR SI SE**

**DAN LOS SUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS QUE JUSTIFIQUEN LA IMPOSICIÓN DE LA REFERIDA MULTA.**

De igual manera, en pronunciamiento posterior, precisó la jurisprudencia:

(...)  
**POR TANTO, PARA ESTA CORPORACIÓN, ES CLARO QUE LA IMPOSICIÓN UNILATERAL DE MULTAS REQUIERE HABILITACIÓN LEGAL EXPRESA Y, AL NO CONTAR CON ESTA, SU IMPOSICIÓN UNILATERAL RESULTA CONTRARIA A DERECHO.**

(...)  
**SIENDO ELLO ASÍ, MAL PUEDE SEÑALARSE QUE EN LOS CONTRATOS REGULADOS EXCLUSIVAMENTE POR EL DERECHO PRIVADO, EN LOS QUE LAS PARTES OBRAN EN IGUALDAD DE CONDICIONES, LA ADMINISTRACIÓN EJERZA FACULTADES QUE LA LEY NO LE HA OTORGADO, PARA IMPONER MULTAS DE MANERA UNILATERAL, AUNQUE SE HAYAN PACTADO EN EL CONTRATO: PUES AUNQUE TAL ACUERDO SEA VÁLIDO, SU APLICACIÓN DEBE IR DE LA MANO CON LA DECISIÓN DEL JUEZ DEL CONTRATO, EN LOS TÉRMINOS ANTERIORMENTE SEÑALADOS.** (Mayúsculas, subraya y negrilla fuera del texto original).


Conforme a todo lo expuesto, teniendo en cuenta nuestros argumentos de hecho, derecho y jurisprudenciales sobre la materia, respetuosamente solicitamos lo siguiente:

**II. PETICIÓN.**

Así las cosas, como resulta incontrovertible que la oferta del **CONSORCIO UNION NORTE** se han emitido en un todo conforme a la Ley y las propias reglas fijadas por la propia **PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA** y con el a **FINDETER** – NO PROCEDE DE FORMA ALGUNA EL DESCUENTO DE DIEZ (10) PUNTOS A LA PROPUESTA ECONOMICA de la forma asociativa **CONSORCIO UNION NORTE**, de tal forma que solicitamos respetuosamente a la entidad, proceda a corregir el INFORME DE EVALUACION ECONOMICA Y ASIGNACION DE PUNTAJE, sin efectuar el descuento de los diez (10) puntos a la oferta económica de la forma asociativa **CONSORCIO UNION NORTE**, toda vez que no se cumplen con los supuestos facticos para que el mismo proceda y conforme a lo anterior, realice nuevamente la evaluación de las propuestas emitiendo un nuevo ORDEN DE ELEGIBILIDAD.

Desde ya advertimos al **PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA**, y con el a **FINDETER**, que si la entidad, insiste en su actuar contrario a los términos y condiciones del proceso de selección y por ende contrario a derecho, y al ser la oferta que mas le conviene a la entidad, procederemos con las acciones legales y judiciales respectivas, por la privación injusta al derecho a ser adjudicatario y la solicitud de reconocimiento de perjuicios a la haya lugar por esta situación, al margen de poner en conocimiento de estos hechos a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, así como a la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN**, por la posible y presunta comisión de tipos penales y faltas disciplinarias.

Cordialmente



**LUZ BETTY RODRIGUEZ ALVAREZ,**  
C.C. 52.079.968 de Bogotá D.C.  
Representante legal del **CONSORCIO UNION NORTE**

**Respuesta**

En atención a su observación se aclara lo siguiente:

Es preciso indicar que de conformidad con lo establecido en el numeral 1.3 del CAPITULO 2, Subcapítulo I de los Términos de Referencia “**RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE**”: El proceso de selección está sometido a la legislación y jurisdicción colombiana y se rige por la normativa de la contratación contenida en el Código Civil, el Código de Comercio y demás normas aplicables a la materia. Por lo tanto, los términos de referencia, y en general los documentos que se profieren en el proceso, se sujetan a estas normas de derecho privado.

Por lo anterior, los requisitos exigidos a los proponentes en los términos de referencia se establecieron teniendo en cuenta diferentes aspectos tales como los riesgos del proceso de contratación, el valor del contrato objeto de la convocatoria, el análisis del sector económico respectivo y las necesidades que pretende satisfacer la entidad, entre otros; de esta manera la entidad establece requisitos acordes con la naturaleza del objeto y las especificaciones técnicas del mismo, que le permitirán escoger la oferta que resulte ser la más favorable.

Tal como usted señala, los términos de referencia que son ley para las partes, establecen de manera clara en el subnumeral 10 EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES del numeral 3.1.1. INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD) lo siguiente:

*“(...) La entidad descontará **DIEZ (10) puntos** al proponente por la aplicación de CADA **cláusula penal de apremio, multa, o sanción**, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista.*

*(...)*

*Para el caso de uniones temporales y consorcios este descuento se efectuará por CADA **cláusula penal de apremio, multa, o sanciones**; o declaración de incumplimiento, terminación unilateral o caducidad del contratista (Proponente dentro del presente proceso), impuesta o declarada a cada integrante (...).”*

Así mismo, la minuta del contrato publicada como anexo el día de apertura de la convocatoria y que hace parte integral de los mismos señala:

**“CLÁUSULA VIGESIMOTERCERA. - APREMIO:** Con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones del presente contrato, se acuerda entre las partes que mediante la firma del presente contrato, **EL CONTRATISTA faculta a EL CONTRATANTE a hacer efectiva la cláusula de apremio, por retraso en la ejecución total o parcial de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato, así como por la ejecución de manera inadecuada, de forma diferente a como fue pactado o a las normas técnicas que apliquen**. El apremio corresponderá hasta por un valor equivalente al cero punto uno por ciento (0.1%) del valor del contrato, o proporcional a las obligaciones incumplidas, según el caso, por cada día de retraso, sin que se supere el diez por ciento (10%) del valor total del contrato y en todo caso dentro de los términos establecidos en el artículo 867 del Código de Comercio. Si se generan apremios que superen dicho valor, el Contratante, podrá dar por terminado anticipadamente el Contrato, ordenar su liquidación y hacer efectiva la Cláusula Penal.

Así mismo, dado que EL CONTRATISTA deberá mantener durante la ejecución del contrato EL PERSONAL MÍNIMO REQUERIDO, descrito en el estudio previo, los términos de referencia y demás documentos de la Convocatoria, por cada profesional o técnico propuesto que no cumpla con las especificaciones y dedicaciones mínimas requeridas o que no esté laborando o realizando actividades, se faculta a EL CONTRATANTE a exigir a EL CONTRATISTA la suma de veinte (20) salarios mínimos diarios legales vigentes (SMLV) por cada día calendario que no se cuente con ese personal. Para el efecto, debe contarse con el requerimiento que sobre el particular efectúe el supervisor, de acuerdo con el informe del interventor. Realizados tres (3) requerimientos a EL CONTRATISTA, el supervisor solicitará a EL CONTRATANTE el inicio de un proceso de incumplimiento parcial del contrato.

**PARÁGRAFO:** Los apremios que se causen en virtud de lo dispuesto en esta cláusula se harán efectivos, sin perjuicio de la indemnización de perjuicios a que haya lugar pues buscan conminar al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil.

**CLÁUSULA VIGESIMOCUARTA. - CLÁUSULA PENAL:** Con la firma del presente contrato, se acuerda entre las partes que EL CONTRATISTA faculta a EL CONTRATANTE a exigir a EL CONTRATISTA a título de pena, la suma equivalente al veinte (20%) del valor total del contrato, en caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA. La pena aquí estipulada no constituye una tasación anticipada de perjuicios, por lo que EL CONTRATANTE podrá exigir a EL CONTRATISTA la indemnización total de los perjuicios causados.

*La cláusula penal pactada se causará por el solo hecho del incumplimiento y no requerirá de reconvención judicial previa”.*

Cabe resaltar que el proponente en la carta de presentación de la propuesta, tal como consta a folio 3 de la misma declaró: *“(...) 9. Que leí cuidadosamente los Términos de Referencia de esta convocatoria, sus causales de rechazo y declaratoria de desierta, y elaboré mi propuesta ajustada a los mismos. Por tanto, conocí y tuve las oportunidades establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis*

*inquietudes. 10. Que conozco, acepto y cumpliré las obligaciones contenidas los Términos de Referencia, estudios previos, sus anexos y el contrato que aplica para esta convocatoria(...)*”.

Con lo anterior, se dejó constancia por parte del proponente sobre el conocimiento y cumplimiento tanto de los términos de referencia así como de los anexos del mismo, en los cuales se hace claridad en cuanto a que el Contratante (**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA**), está facultado podrá hacer efectiva la cláusula de apremio y cláusula penal en caso de incumplimiento del contratista y que la entidad realizará descuento sobre el puntaje obtenido en la evaluación económica por cada cláusula de apremio, multa o sanción impuesta dentro de los 3 años anteriores al cierre de la convocatoria.

En este punto, resulta pertinente manifestar que dentro del término establecido para realizar observaciones a los términos de referencia y sus anexos, no se recibieron observaciones por parte de ningún interesado sobre los descuentos establecidos en el numeral 3.1.1. INFORME DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y ASIGNACIÓN DE PUNTAJE (ORDEN DE ELEGIBILIDAD), subnumeral 10 EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES, así como tampoco, respecto de la minuta en la cual establece la facultad del Contratante para hacer efectivas las cláusulas de apremio y penal.

Ahora, si bien los términos de referencia establecen que la entidad para efectos de la verificación y evaluación del factor cumplimiento contratos anteriores, revisará el certificado de inscripción en el Registro Único de Proponentes del Registro Único Empresarial o realizará la consulta en la página web del Registro Único Empresarial y Social (RUES) a efectos de verificar la imposición de sanciones por parte de las entidades obligadas a reportar dichas novedades ante el RUES, ésta es solo una de las fuentes de consulta ya que, de otro lado, tal como se establece en los términos de referencia, en el subnumeral 10 EVALUACIÓN FACTOR CUMPLIMIENTO CONTRATOS ANTERIORES del numeral 3.1.1., “Una vez realizada la ponderación económica de las propuestas habilitadas con el método que correspondió asignándoles puntajes, se procederá a realizar la evaluación de este criterio, así: **La entidad tendrá en cuenta las cláusulas penales de apremio, multas, sanciones, declaratorias de incumplimiento, terminación unilateral o caducidad, impuestas o declaradas en los contratos en los cuales el proponente haya ostentado la calidad de contratista.**”

*La entidad descontará DIEZ (10) puntos al proponente por la aplicación de CADA cláusula penal de apremio, multa, o sanción, impuesta dentro de los TRES (3) años anteriores al cierre del presente proceso de contratación, en contratos en los cuales éste haya ostentado la calidad de contratista(...)*”, se consultará la información proporcionada por las Fiduciarias en calidad de voceras y administradoras de los Patrimonios Autónomos constituidos por Findeter, en la cual se registra la aplicación de las cláusulas de apremio y cláusulas penales a los contratistas.

Cabe resaltar, como es de su conocimiento, que el proponente CONSORCIO UNIÓN NORTE se encuentra conformado por las sociedades DUVANA S.A.S. con NIT. 900751909-6 y MIROAL INGENIERIA S.A.S con Nit. 830053973-1 y que al integrante MIROAL INGENIERIA S.A.S como integrante del CONSORCIO WEB Y MOVILES 2018 se le hizo efectiva la cláusula penal pactada en el contrato 68573-028-2018 en el cual ostentó la calidad de contratista, tal como consta en el acta de Comité Fiduciario No. 33 del 25 de febrero de 2019 del convenio interadministrativo 1232 FINDETER – FONTIC como puede verse a continuación:

**4. DECISIÓN DEL COMITÉ**

A continuación, se relaciona la decisión del este Comité al punto tratado:

<p><b>2.</b> Solicitud de aprobación de terminación anticipada del contrato de la línea de Masificación número 68573-028-2018 (convocatoria PAF-TIC-PS-001-2018) por incumplimiento total de las obligaciones derivadas del mismo y aplicación de cláusula penal por incumplimiento, al contratista Consorcio Web y Móviles 2018.</p> <p>Con fundamento en el <b>ANÁLISIS DEL COMITÉ FIDUCIARIO</b> indica:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li><b>1.</b> Dar por terminado el contrato Contrato 68573-028-2019, de conformidad con el procedimiento dispuesto en la <b>CLAUSULA DECIMA SÉPTIMA - PROCEDIMIENTO PARA TERMINAR EL CONTRATO POR PROCEDER LA CONDICIÓN RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO</b></li> <li><b>2.</b> De Conformidad con la Cláusula Vigésima Primera del contrato 68573-028-2019 aprobar la <b>IMPOSICIÓN DE LA CLAUSULA PENAL</b> tasada por la Interventoría en la suma de <b>TRECE MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$13.720.000,00).</b></li> <li><b>3. NOTIFICAR</b> a la aseguradora <b>SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A</b> como aseguradora del contrato en virtud de la <b>Póliza de Cumplimiento a favor de particulares No. 2126027-8</b> expedida en Bogotá D.C. el 15 de junio de 2018.</li> </ol>	<p><b>APROBADO</b></p>
---	------------------------

Decisión que a la fecha se encuentra ratificada según consta en acta de Comité Fiduciario No. 36 del 26 de marzo de 2019:

**5. DECISIÓN DEL COMITÉ**

A continuación, se relaciona la decisión del este Comité al punto tratado:

<p><b>2.</b> Ratificación de terminación anticipada del contrato de la línea de Masificación número 68573-028-2018 por incumplimiento total de las obligaciones derivadas del mismo y aplicación de cláusula penal por incumplimiento, al contratista Consorcio Web y Móviles 2018.</p>	<p><b>APROBADO</b></p>
---	------------------------

Por lo expuesto, su observación no es procedente, como quiera que el descuento realizado al puntaje obtenido en la evaluación económica de su propuesta, se efectuó con base en las reglas claras y objetivas establecidas en los términos de referencia, previamente dadas a conocer a lo proponentes y las cuales son de obligatorio cumplimiento para las partes dentro del proceso de selección.

Para constancia, se expide el 15 de junio de 2021

**PATRIMONIO AUTÓNOMO FINDETER - COMANDO BRIGADA  
BBVA ASSET MANAGEMENT S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA**