

PROYECTO DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR EL CONSORCIO AMD-1 A LAS RESPUESTAS DE LA ENTIDAD Y AL INFORME DE EVALUACIÓN 3, PROPUESTO POR EL COMITÉ TÉCNICO DE EVALUACIÓN

Este proyecto de respuesta solicitamos se complemente por parte de la Dirección de Gestión Contractual con argumentación jurídica y/o jurisprudencial del caso.

OBSERVACIÓN 1:

“(,,,)1. Vemos con preocupación la respuesta dada por la entidad a nuestras observaciones a otros oferentes sobre el formato de oferta económica que presentaban mal diligenciados y que deben aplicarles causal de rechazo según los pliegos de condiciones. La causal por aplicar sería la siguiente:

*f. Cuando la oferta económica sobrepase el presupuesto oficial asignado para el presente proceso de selección, cuando no se presente la propuesta económica, **o cuando el Proponente no oferte de manera completa el ANEXO 8. -OFERTA ECONÓMICA- del presente documento.***

Solicitar un ajuste de la propuesta económica en esta etapa del proceso va en contravía de los principios de transparencia y selección objetiva que rigen la contratación pública en Colombia. Por lo tanto, solicito a la Entidad ceñirse a las reglas establecidas en los pliegos de condiciones.”.

RESPUESTA A OBSERVACIÓN 1:

De acuerdo con lo indicado por el observante y revisado lo previsto en la Constitución y la ley en cuanto a los principios que rigen la contratación, así como lo previsto en los términos de referencia, se manifiesta que la Empresa no actuó en contra de los principios de transparencia y selección objetiva, y en todas las actuaciones que se deriven de la actividad contractual se dará prevalencia a lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia, los documentos contractuales y trámites se interpretarán de manera que se evite la toma de decisiones basadas en aspectos puramente accidentales o de forma.

Revisadas las causales de rechazo contenidas en los términos de referencia, se evidencia que no procede el rechazo de la propuesta; en este sentido se resalta que el Comité Evaluador, realizó una solicitud de aclaración del formato de la oferta económica presentado por el proponente **CONSORCIO BRONX DC 2021** y el **CONSORCIO BOO**, toda vez que en la propuesta radicada se presentó la oferta económica en un formato que fue modificado en la Adenda 6, lo cual se considera una modificación de un aspecto meramente formal no sustancial, como quiera que no se modifica ni mejora el valor de la oferta inicialmente presentado, sino simplemente se plasma la información en el formato que se estableció en la adenda mencionada, para el efecto.

Por lo tanto se confirma que el proponente cumplió con las condiciones descritas en los términos de referencia a saber:

1. El valor ofertado no debe superar el valor del presupuesto estimado para el proceso; verificado dicho aspecto, el valor ofertado no sobrepasó el presupuesto oficial por lo tanto cumple con tal condición.
2. La propuesta económica se encuentra registrada en debida forma en la plataforma SECOP.
3. La póliza de seriedad de la oferta respalda el monto ofertado por el proponente y cumple con los requisitos y suficiencias exigidos en los términos de referencia del proceso.
4. La carta de presentación de la propuesta del oferente cuenta con la firma del representante legal, mediante la cual se compromete a ejecutar el objeto y obligaciones establecidos en los términos de referencia del proceso y los demás anexos, así como se compromete a suscribir el contrato en caso de ser seleccionado, a cumplir con las obligaciones derivadas de éste, de la oferta que presentó, de los términos de referencia y sus anexos.

En consideración a lo anterior, el Comité de Evaluación indica que la aclaración realizada no se encuentra enmarcada en las causales de rechazo del proceso, y se evidencia el acatamiento de los principios de la contratación pública por parte de la Entidad, por los argumentos expuestos anteriormente y no procede la observación.

OBSERVACIÓN 2:

*“2. También se pone en duda la transparencia del proceso al aceptarle subsanar criterios ponderables a los oferentes CONSORCIO BBC y CONSORCIO BOO. Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pueden mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva (**Nota:** La documentación presentada por el Proponente que sirve de sustento a los factores/criterios de evaluación/ponderación/calificación contenidos en este capítulo no será susceptible de subsanación).”*

RESPUESTA A OBSERVACIÓN 2:

En primer lugar, manifestamos que no resulta de cabida la afirmación subjetiva del observante, respecto a la vulneración de los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, por las razones que se expondrán, lo cual tiene sustento constitucional y jurisprudencial y por lo tanto el Comité de evaluación en su componente técnico manifiesta que los principios de la contratación no se han visto comprometidos, ante la situación relacionada con las propuestas presentadas por los CONSORCIO BBC y CONSORCIO BOO, en la medida que no se está frente a una mejora de las propuestas, sino a una aclaración de una condición ya acreditada por los proponentes y que simplemente era objeto de verificación.

Lo anterior, atendiendo lo señalado en la jurisprudencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Radicación 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986) del 12 de noviembre de 2014, en la cual se establece sobre el particular, lo siguiente:

*“... En todo caso, se insiste en que subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que **la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe – sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo***

que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance...” (negrilla fuera del texto).

Asimismo, se reitera la postura jurídica soportada en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, que establece: *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”*, principio que fue desarrollado por la sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., de 26 de febrero de 2014, Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804), así:

“Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se irradió a lo largo y ancho del sistema jurídico, incluido el administrativo, un nuevo valor para las actuaciones judiciales y administrativas. En particular, el art. 228 estableció que en las actuaciones judiciales prevalecerá el derecho sustancial sobre el procedimental¹, y el art. 209 incorporó principios más versátiles y eficientes para el ejercicio de la función administrativa². Esto, y otros cambios propios de la gerencia de lo público –es decir, de sus entidades-, transformaron la perspectiva y la mirada del derecho, en cuanto a la aproximación a los problemas jurídicos y a su solución, y también en el abordaje de las tensiones entre los derechos y las actuaciones del Estado”¹³

Adicionalmente, dicho pronunciamiento señala que:

“(…) En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en las entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente, que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; en su lugar, había que ponderar si lo omitido “era o no necesario para la comparación de las propuestas(…)”.

Por lo anteriormente expuesto, el Comité Evaluador reitera la evaluación realizada, en la medida que las aclaraciones y los documentos aportados no modificaron ni mejoraron las propuestas presentadas, y con ello se evidencia el acatamiento de los principios de la contratación pública por parte de la Entidad, por los argumentos expuestos anteriormente.

OBSERVACIÓN 3:

“3. Respecto a la subsanación del **CONSORCIO BBC y según lo que aclaran en ANEXO 10 la experiencia específica habilitante se debe cumplir entre 3 y 5 contratos tal y como lo**

¹ Constitución Política “Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

relacionaron inicialmente en la propuesta. No tiene sentido que ahora vengan a decir que solamente tengan en cuenta los 3 primeros contratos como habilitantes y los 2 restantes como ponderales siendo que los formatos inicialmente aportados indican algo diferente (los proyectos de FONADE fueron aportados inicialmente como contratos habilitantes del Director en el respectivo formato 10 con lo cual no pueden evaluarse dentro del ANEXO 7 como ponderables).”

RESPUESTA A OBSERVACIÓN 3:

En primer lugar, es importante señalar que para el caso citado por el observante, la propuesta presentada se revisó por el Comité Evaluador de manera integral partiendo del contenido inicial de la misma, es decir, que frente a los requerimientos de aclaración solicitada de los documentos que contiene la propuesta, en manera alguna alteró el contenido de la misma, ni se mejoró la condición del proponente, ni se acreditó u otorgó una condición diferente a la inicial al momento del cierre del proceso. Por el contrario, se garantizó el derecho que le asiste al proponente de aclarar su propuesta con el fin de atender los principios de selección objetiva, igualdad y debido proceso.

En atención a lo anterior, el Comité una vez revisados los documentos aportados por el proponente CONSORCIO BBC, estableció que de los cinco (5) contratos relacionados en el anexo 10, tres (3) cumplían con el requisito habilitante y dos (2) contratos con las condiciones establecidas en el criterio de ponderación establecido en la Adenda No. 6, tal como lo discriminan en el Anexo No. 7 y como se detalla a continuación:

Anexo 10.

PROFESIONAL	NOMBRE COMPLETO	FORMACIÓN ACADÉMICA	EXPERIENCIA GENERAL	EXPERIENCIA ESPECÍFICA
DIRECTOR	CARLOS CABAL HIDALGO	1. Arquitecto Universidad Nacional. 2. Especialista en Diseño Urbano	1. Hotel del prado Barranquilla. Estudios y diseños 2. Secretaria de salud Bogotá estudios y diseños 3. Fonade colegio Santa Marta estudios y diseños 4. Fonade Pereira estudios y diseños 5. Hospital del Valle estudios y diseños	Director 29000 M2 Director M2 Director 6200 M2 Director 6600 Director 3859

Anexo 7.

Experiencia Adicional del director de la Consultoría y/o los Profesionales del Personal Mínimo Habilitante

No.	Miembro del Equipo de Trabajo	Empresa o entidad contratante	Empresa o Entidad Contratista	Identificación (número, fecha)	Objeto del Contrato	Grupo de Ocupación NSR-10 Título K	Área m2	Fecha de Terminación
1	DIRECTOR	FONADE	Carlos Cabal Hidalgo	2092480	Consultoría, para la ejecución de estudios técnicos y diseños integrales de infraestructura educativa Tipo A Ubicada en el distrito de Santa Marta	K.2.6	6200	28 de diciembre de 2009
2	DIRECTOR	FONADE	Carlos Cabal Hidalgo	2080113	Consultoría, para la ejecución de estudios técnicos y diseños integrales de una institución educativa ubicada en el predio denominado ciudadela del café en la ciudad de Pereira.	K.2.6	6600	12 de mayo de 2008

Por lo anterior y verificadas las certificaciones aportadas y atendiendo la aclaración del proponente CONSORCIO BBC se concluyó que desde la presentación de la propuesta el proponente cumple con los requisitos habilitantes y los criterios ponderables de los términos de referencia más allá que en el anexo 10 se hayan referenciado los dos contratos del anexo No. 7 que se tuvieron en cuenta para otorgar puntaje.

Ahora bien, atendiendo la transformación normativa y jurisprudencial respecto a las formas de como las entidades deben revisar, evaluar o analizar las propuestas presentadas con ocasión de los procesos contractuales que adelante para el cumplimiento de sus fines, es por ello que la administración puede permitir subsanar un requisito habilitante o puede permitir aclarar un requisito ponderable cuando aquel es meramente formal y no afecte la esencia misma del ofrecimiento.

Lo anterior se encuentra soportado en la Sentencia del CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Subsección C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., del 26 de 2014, Radicación: 13001-23-31-000-1999-00113-01 (25.804) que señala:

“De esta manera, cabe advertirle a la administración que la posibilidad de aclarar y corregir la oferta no es un derecho que tiene la entidad, sino un derecho que tiene el contratista; así que para aquéllas se trata de un deber, de una obligación, para que los oferentes logren participar con efectividad en los procesos de selección, para bien del interés general. Por tanto, si las entidades no conceden a los proponentes la oportunidad de corregir la oferta incompleta o que no se comprende –sólo en aquellos aspectos susceptibles de corregirse- violan el derecho del oferente a hacerlo, e incumplirán la obligación que les asigna la ley”-

Así las cosas, NO procede la observación, toda vez que los requisitos solicitados en los términos de referencia fueron cumplidos por el proponente, y en ningún momento se mejoró la propuesta inicialmente presentada.

OBSERVACIÓN 4:

“4. Respecto a la subsanación del CONSORCIO BBO resulta inaudito que les acepten un documento adicional para aclarar un premio ponderable siendo que los mismo no pueden mejorarse ni aclararse por ser un criterio ponderable. Adicionalmente el reconocimiento FIABCI (Federación Internacional de Profesionales Inmobiliarias) no corresponde a

ningún cuerpos colegiados o asociaciones profesionales y/o gremiales del área de la arquitectura y profesiones afines. Asimismo, el precitado reconocimiento fueron hacia la Unión Temporal TC quienes realizaron obras de restauración más no diseños por lo cual no puede ser aceptado como premio de arquitectura.”.

RESPUESTA A OBSERVACIÓN 4:

El Comité de Evaluación, solicitó aclaración al proponente respecto de la certificación del premio otorgada por FIABCI. Una vez recibida la aclaración, se verificó que efectivamente dicha certificación es de carácter nacional, y por lo tanto no se está frente a una mejora de la propuesta, sino que se está frente a una aclaración de una condición ya acreditada por el proponente y el cual fue objeto de verificación.

Sobre el particular, se reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Radicación 25000-23-26-000-1996-12809-01 (27.986) noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014) en la cual se establece, que:

“En todo caso, se insiste en que subsanar no es lo mismo que aclarar o explicar, aunque en ocasiones aquél se use como consecuencia de las explicaciones dadas. La importancia de diferenciarlos radica en que la aclaración o explicación se admite, incluso, sobre requisitos que afectan la comparación de las ofertas y/o inciden en la asignación del puntaje; se repite, siempre y cuando se trate de inconsistencias o falta de claridad, porque allí no se modifica el ofrecimiento, simplemente aclara, es decir, se trata de hacer manifiesto lo que ya existe – sólo que es contradictorio o confuso-, se busca sacar a la luz lo que parece oscuro, no de subsanar algo, pues el requisito que admite ser aclarado tiene que estar incluido en la oferta, solo que la entidad tiene dudas sobre su alcance...”.

Así las cosas, se reitera que el Comité Evaluador actuó de manera objetiva, en atención a los principios de la contratación estatal y conforme a los criterios y requisitos jurídicos y técnicos propios del proceso, por lo tanto, se mantiene la evaluación dada, asigna la valoración respectiva y por lo tanto no procede su observación.