

Bogotá, Distrito Capital, 1 de julio de 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES
Rad No. 2010-409-015399-2
Fecha: 08/07/2010 12:42:32->101
OEM: PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA AUTOPIST
Anexos: SIN



Señores
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES-
Subgerencia de Estructuración y Adjudicación,
Edificio Ministerio de Transporte
Avenida El Dorado CAN, Tercer Piso, Bogotá D.C., Colombia
Fax: (+ 57 1) 3240800
estructuracion@inco.gov.co
ocervantes@inco.gov.co
aortegon@inco.gov.co
Con copia a: info@proyectorutadelsol.org
Ciudad

Referencia. Licitación Pública No. SEA-LP-001-2010 que tiene por objeto "Seleccionar la propuesta más favorable para la adjudicación de un (1) contrato de concesión, cuyo objeto será el otorgamiento al concesionario de una concesión para que realice, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector comprendido entre San Roque- Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar- Valledupar, denominado sector 3 del proyecto Vial Ruta del Sol"

Asunto: Plazo subsanar.

Respetados Señores:

Dando alcance al informe preliminar de evaluación publicado el 30 de junio del presente año, a las 10:04 pm., y atendiendo a lo señalado en el numeral 2.1.1 del Pliego de Condiciones en el cual se establece el cronograma del proceso, nos permitimos solicitar precisión respecto al plazo de subsanación con que contamos los proponentes de conformidad con el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007 y 10 del Decreto 2474 de 2008, entendido este hasta la adjudicación (parágrafo 1º artículo 5º Ley 1150 de 2007¹), teniendo en cuenta

¹ Artículo 5.- *De la selección objetiva.* Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

"(...)

adicionalmente que los documentos observados por la entidad a la oferta presentada por la Promesa de Sociedad Futura Autopista del Sol SAS.

Por otra parte como fundamentos normativos de lo requerido en el párrafo anterior, nos permitimos señalar recordar que la expresión contenida en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones..." fue suspendida mediante auto del 27 de mayo de 2009, expediente 36.054, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Establece el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 que:

Artículo 10. Reglas de subsanabilidad. En todo proceso de selección de contratistas primará lo sustancial sobre lo formal. En consecuencia no podrá rechazarse una propuesta por la ausencia de requisitos o la falta de documentos que verifiquen las condiciones del proponente o soporten el contenido de la oferta, y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y en el presente decreto.

Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior. El texto subrayado fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado mediante Auto fechado 27 de mayo de 2009, Rad. 2009-00101-00(36.054).

El Consejo de Estado en el auto que ordenó la suspensión del artículo en cita precisó la evidente disparidad que existe entre lo establecido en el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007 y lo reglamentado mediante el artículo 10 citado, lo cual permitía vislumbrar y un posible exceso en el ejercicio de la función reglamentaria, y atendiendo a la importancia y naturaleza del principio de selección objetiva (reglado por estas dos normas) ordena la suspensión provisional de la expresión "...o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los Pliegos de Condiciones...". En la comentada decisión el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó:

"(...) 1.1. Violación al párrafo 1 del art. 5 de la ley 1.150 de 2007, por parte de la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...", contenida en el art. 10 del decreto 2474 de 2008.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PROPUESTA DE SOCIEDAD FUTURA, AUTOPROTECCIÓN DEL GOBIERNO.

1.1.1. *Consideraciones del actor.* Afirma que el párrafo 1 del art. 5 de la ley 1.150 de 2007 permite que "... hasta la adjudicación del contrato respectivo..." se subsanen los requisitos que no son esenciales para confrontar las ofertas presentadas en un proceso de selección de contratistas.

Por tanto, cuando el art. 10 del decreto 2474 de 2008 dispone que esos requisitos podrán subsanarse, únicamente, "... hasta el momento en que la entidad lo establezca...", restringe los límites consagrados en la ley. Además -agrega-, la norma atribuye a las entidades públicas la facultad de regular dicho tópico en los pliegos de condiciones, extralimitándose así el reglamento, pues ese aspecto fue regulado en la ley. En palabras del actor:

"El Art. 10 en lo pertinente, en cuanto que, al permitir que la administración determine en los pliegos de condiciones los términos para subsanar las ofertas en sus aspectos no necesarios para su comparación, se excede la facultad reglamentaria y se violenta sin mayor elucubración el párrafo 1 del art 5 de la ley 1150 de 2.008 que claramente establece el término para subsanar hasta el momento antes de la adjudicación." -fl. 28-

1.1.2. *Consideraciones de la Sala.* La comparación que hace el actor entre el párrafo 1 del artículo 5 de la ley 1.150 de 2007 con el art. 10 del decreto reglamentario supone un análisis bastante sencillo que la Sala aborda de la siguiente manera.

La norma legal citada regula uno de los principios fundamentales de la contratación estatal: la selección objetiva, aspecto que por su importancia también fue tratado por la ley 80 de 1993⁸, de manera que la nueva ley, por ocuparse del tema expresamente, derogó el artículo 29 de la anterior.

En efecto, la ley 1.150 introdujo cambios no sólo importantes y novedosos, sino que trazó un nuevo rumbo en esta materia, pues al paso que la ley 80 de 1993 permitía a las entidades estatales definir, con amplísima libertad, como se podían evaluar las ofertas, la nueva norma impuso directrices bastante estereotipadas, que redundan en una disminución de la libertad, en manos de la administración, para establecer la forma como se pueden o deben evaluar las propuestas.

En tal sentido, estableció una serie de criterios para la evaluación, tales como: i) factores como la experiencia y la capacidad financiera, jurídica y de organización de los proponentes no se pueden evaluar con puntos, sino con el criterio de admisión/rechazo; no obstante, y como excepción, tratándose del contrato de consultoría exigió que se valoren, primordialmente, los aspectos técnicos de la oferta y la experiencia, y ii) dispuso que los certificados de gestión de calidad no se pueden solicitar a los proponentes, ni como requisito habilitante para participar en los procesos de selección, ni se pueden evaluar con puntos⁹.

Ahora, las preocupaciones e intención del legislador no se agotaron en redefinir un nuevo sistema de evaluación de ofertas, conservando, no obstante, el principio de la selección objetiva, sino que abordó un problema crítico de los procesos de selección, como son los aspectos subsanables e insubsanables de la ofertas, para decir, en el párrafo 1 del art. 5, con más claridad que las normas anteriores, que:

"Parágrafo 1. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización." (Negritas fuera de texto)

Esta norma, obsérvese, definió un aspecto de la problemática de la subsanabilidad e insubsanabilidad de las ofertas, que preocupa ahora a la parte actora: el momento o tiempo en el cual se pueden subsanar las ofertas.

Es así como, el actor afirma en la demanda, y en la solicitud de suspensión provisional, que la ley permite que los requisitos subsanables de una oferta "... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación...", al paso que el decreto reglamentario dispone, en el inciso segundo del artículo 10, que:

"Tales requisitos o documentos podrán ser requeridos por la entidad en condiciones de igualdad para todos los proponentes hasta la adjudicación, o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones, sin que tal previsión haga nugatorio el principio contemplado en el inciso anterior."

La Sala considera que, efectivamente, el reglamento regula de manera diferente un tema bien definido por el legislador, como es la oportunidad que tiene la administración para solicitar de los oferentes los documentos y requisitos necesarios para evaluar las ofertas.

No se requiere hacer un esfuerzo hermenéutico complejo para observar, con facilidad, que al paso que la ley permite que se soliciten estos requisitos hasta el momento previo a la adjudicación –salvo cuando se utilice la subasta, en cuyo caso la ley señala que la posibilidad de subsanar la oferta debe realizarse antes de que ella se realice-, el inciso segundo del art. 10 demandado dispone que los documentos y requisitos se pueden solicitar "... hasta la adjudicación o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones..."

Esta disposición limita temporalmente la posibilidad de que se subsanen las deficiencias de las ofertas, señalando que los pliegos pueden anticipar dicho momento, aspecto que no se ajusta a la ley, porque ella establece que de ser necesario subsanar las ofertas la entidad puede solicitarlo hasta el momento de la adjudicación, de manera que no es necesario hacer mayores reflexiones para advertir que la ley y el reglamento no dicen lo mismo, y por eso la Sala suspenderá la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones..." contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008. De esta manera la norma reglamentaria queda expresando lo que señala la ley sobre el tema.

"(...)

CP

d

RESUELVE

"(...)

Cuarto. Suspéndase la expresión "... o hasta el momento en que la entidad lo establezca en los pliegos de condiciones...", contenida en el inciso segundo del artículo 10 del decreto 2474 de 2008.

"(...)". (Subrayado y Destacado)

En consecuencia, es claro que la norma invocada por la entidad contratante para imponer un término perentorio, esta parcialmente excluida del sistema jurídico y no puede ser aplicada toda vez que fue objeto de suspensión provisional, mientras se toma una decisión respecto de la procedencia de la declaratoria de nulidad.

En el mismo auto citado anteriormente el Consejo de Estado retoma sus consideraciones respecto de los efectos de la medida cautelar conocida como suspensión provisional. A saber señala el Consejo:

"(...)

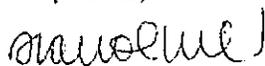
A partir de esta norma [haciendo referencia al artículo 152 del Código Contencioso Administrativo] se puede afirmar que la suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con su decreto, se suspende el atributo de la fuerza ejecutoria de que goza el acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que se pueden conculcar con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.

"(...)". (Subrayado y Destacado)

Por tanto, es claro que la expresión contenida en el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 que sirve de sustento a la entidad para imponer un término perentorio según lo establecido en el numeral 5.5.3 del Pliego de Condiciones, perdió temporalmente el atributo de la fuerza ejecutoria que goza hasta tanto se tome una decisión respecto de su nulidad. Lo anterior impone concluir que todos los documentos y condiciones de acreditación subsanables podrán ser aportados hasta la adjudicación del proceso.

Con fundamento en lo expuesto, reiteramos, se solicita a la entidad, comedidamente, precisar que el plazo para subsanar se extiende hasta antes de la adjudicación del contrato de concesión objeto del presente proceso.

Cordialmente,



DIANA PATRICIA GIL LÓPEZ
Representante Legal
PROPONENTE PSF AUTOPISTA DEL SOL S.A.S

