

Bogotá, 20 de Abril de 2017.

Señores:

Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Calle 24a N° 59-42 Edificio Torre 4, Segundo Piso
Grupo de Contratación.

Ref.: **OBSERVACION PROCESO DE LICITACION PUBLICA No. VJ-VAF-LP-002-2017.**

Teniendo en cuenta los requisitos de carácter HABILITANTE oportunamente evaluados por la ANI, no menos cierto es que la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación y que llegue a ostentar la calidad de HABILITADA.

En este aparte es importante rescatar que las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, tal como nos ocupa en el proceso de licitación de la ANI, además de señalar que pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación, lo anterior decantado por la Circular Externa No. 13 de 13 de junio de 2014 de la Agencia Colombia Compra Eficiente, realizando la respetuosa salvedad de aún cuando puede considerarse una observación extemporánea, conduce de forma clara a una evaluación en concreto derecho, con ocasión a la aplicación de los principios de legalidad y selección objetiva además de que todo tipo de observación computa la idea de ser un derecho de petición que la Entidad está en obligatoriedad de responder.

En este estadio resulta procedente señalar que si bien es cierto, a mi empresa no se le otorgó el status de HABILITADA respecto a las falencias o inconsistencias que verificó el Comité evaluador en la etapa preliminar y que fueron subsanadas en debida forma de acuerdo al informe de evaluación preliminar publicado y que contenía los elementos concretos a sustentar, lo anterior no es óbice para desmeritar el ofrecimiento realizado respecto a los factores de calidad y de índole de ponderación en el proceso de selección. Para el efecto, refiero ante ustedes bajo supuestos facticos y de derecho las siguientes consideraciones:

Pocas veces se ven evaluaciones que contengan una difusa u ostensible confusión ó daño a los propósitos propios de un proponente y de la Entidad misma al verificar un determinado elemento de carácter PONDERABLE que se PRESENTÓ con ocasión a la propuesta y de manera oportuna.

Téngase en cuenta lo siguiente de forma respetuosa:

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

La norma es tan holista y clara que el sumun propio del estatuto general de la contratación – Ley 80 de 1993 señala que:

“ARTICULO 26. DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD. En virtud de este principio:

3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

Respecto a este aparte, resultaría entonces vano (si ha de haberlo) el intento de la entidad estatal de evadir la responsabilidad que les corresponde por entregar información que no se preste a INTERPRETACION, cuando los proponentes se han acogido a sus reglas.

Caso puntual, el factor que acoge el numeral 3.2. FACTOR DE CALIDAD (Formato 3), el cual, señala al tenor del pliego de condiciones una NOTA que expresamente recoge: “Se le asignaran CERO (0) a las propuestas que oferten condiciones o especificaciones por debajo de lo establecido como Factor Calidad” (LA Subraya es nuestra)

DEFINICION	PUNTAJE
El proponente que ofrezca sin costo adicional como valor agregado el traslado y bodegaje de los siguientes planos adicionales:	_____
(1) De 100 a 200	100 PUNTOS
(2) De 201 a 300	150 PUNTOS
(3) De 301 a 400	300 PUNTOS
TOTAL	300 PUNTOS

Como es debido, recurro con absoluto respeto, para efectos de obtener el puntaje máximo, al siguiente ejercicio:

En este aparte la Entidad, en la nota estimativa del factor a ponderar CLARAMENTE establece que no otorgará el puntaje a las propuestas por debajo

de lo establecido. Al tenor de la propuesta presentada por mi empresa a folio 162 y acorde al formato suministrado por la Entidad se da un estimativo de 300 a 400 de planos adicionales a los solicitados por la ANI.

Considerando en Derecho que sin requerir de un ejercicio hermenéutico jurídico RIGUROSO ni mucho menos de una interpretación tan amplia como lo permitía el pliego al establecer estas 2 situaciones – INTERPRETACIÓN EN AMPLITUD Y PRIMACÍA DE LO SUSTANCIAL SOBRE LO FORMAL aún así sin dilucidar o patinar en sustentos gastados como la selección objetiva, teniendo en cuenta que:

1. Nos hayamos DENTRO del rango último sin estar por debajo de lo decantado por la Entidad. Esto es dentro del numeral (3) de 301 a 400.
2. En este aparte es importante señalar lo establecido en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia 050012331000199800833 01 (25642), jul. 24/13, C. P. Enrique Gil Botero, donde resulta viable la interpretación del pliego de condiciones, como acto jurídico sobre el cual gira toda la etapa de selección del contratista, siempre que exista un vacío, laguna o contradicción que pueda ser subsanado con una lectura conforme a LOS PRINCIPIOS APLICABLES a la contratación estatal.
3. De lo anterior inicialmente se colige la aplicación de la máxima en Derecho Administrativo conocida como el principio *IN DUBIO PRO ACTIONE* el cual señala que en caso de duda, ésta debe resolverse atendiendo a la interpretación más favorable al derecho de acción, es decir, al derecho del interesado.
4. Concomitante con lo anterior, igualmente y aún más fuerte, el principio de la PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE EL FORMAL, que está consagrado en nuestra constitución nacional en el artículo 228, el cual contempla que en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. No sobra señalar que este principio, busca que las formalidades no impidan el logro de los objetivos del derecho sustancial, y siempre que el derecho sustancial se pueda cumplir a cabalidad, el incumplimiento o inobservancia de alguna formalidad, no debe ser causal para que el derecho sustancial no surta efecto. Aquí cabe establecer que es claro entonces que en la forma presentada ni fue alternativa ni tampoco es constitutiva de desviaciones o excepciones por cuanto, la oferta no contiene variación en la posibilidad técnica para la ejecución del objeto contractual, ni ofrece variación no esencial en el objeto y que claramente no son condicionamientos para la adjudicación ya que SUSTANCIALMENTE acogen el pliego de condiciones.

En este aparte es claro como ARMONICAMENTE dentro de lo decantado por el más alto órgano de consulta en materia administrativa y en específico en materia Contractual como lo es el Consejo de Estado en la Sección Tercera le avoca a la Entidad la aplicabilidad de los principios aplicables a la contratación estatal y le asiste la tarea de cumplirlos incluso con valor constitucional.

Igualmente, dentro del contexto antes descrito y en la vía propia que el derecho en su sano y correcto devenir CONCRETAMENTE señala, resulta de pleno derecho señalar que no toda desviación del pliego conduce al rechazo de los ofrecimientos, ni siquiera si la entidad estableció que ese apartamiento sería causal para hacerlo, pues los pliegos de condiciones no pueden transgredir lo prescrito en la ley y deben interpretarse de conformidad con ella; por tanto, una contravención formal –que se explica con la ayuda de otros documentos de la misma oferta o sin ejercicios hermenéuticos- no autoriza el rechazo de una propuesta o de un ofrecimiento claramente realizado, pues el artículo 25.15 de la Ley 80 lo prohíbe de forma tajante.

En este caso se llama la atención de la Entidad respecto a que deberá demostrar FACTICAMENTE que el ofrecimiento afecta la prestación del servicio o puede llegar a paralizarla, teniendo en cuenta que la delimitación de los factores fue para efectos de asignar un puntaje más no para la prestación del servicio, puesto que claramente dentro de los ofrecimientos adicionales, no se está transgrediendo las delimitaciones en las cifras y la numeración, encontrándose en dentro del rango por ella establecida ni siento una alternativa o un condicionamiento tal como lo señala Sentencia: CE SIII E 12962 DE 2000 14-09-2000

Anótese a lo anterior, (Por si fuera poco lo antes demostrado y colaborando con la Entidad para un mejor ejercicio) y en el rigor que en derecho el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “B” Consejera Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo - Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015) señaló:

“Es entendible que dentro del proceso de selección se imponga el respeto de ciertas convenciones mínimas para la comprensión entre todas las partes que intervienen en él. Pero, se reitera, esa finalidad no puede convertirse en un obstáculo insalvable para que errores mecanográficos se conviertan tozudamente en causales de rechazo de las propuestas. Efectivamente, en el caso sometido a estudio de la Sala se observa que un análisis de la propuesta llevaba sin mayores esfuerzos a concluir que se trató de un error mecanográfico.” (Subraya nuestra)

“Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la Ley: por requisitos “no necesarios para la comparación de propuestas”. La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es “necesario para la comparación de propuestas”, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla (se destaca).”

En este entendido esta pequeña errata mecanográfica es fácilmente comprobable y básicamente equiparable al caso tratado por el máximo órgano de consulta con base en las siguientes consideraciones, reitero:

1. Se encuentra dentro de los rangos señalados por la Entidad.

Razón por la cual consideramos que no puede ser una salida tan inelegante por parte de ANI, como Entidad tan respetable y concreta en su actuar, en esta ocasión yerre y desestime ni tampoco llegue a privilegiar un error formal sobre lo sustancial quedando a merced de la acción de controversias contractuales que le puede devenir si no tiene en cuenta el símil jurisprudencial y objeto de estudio por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta que el ofrecimiento se realizó aun cuando los factores de ponderación no son SUBSANABLES, no menos cierto resulta que son objeto de aclaración y de la estimación jurisprudencial aquí descrita.

Por lo anterior solicitamos de manera respetuosa, otorgar los 300 puntos objeto del proceso y acordes dentro del proceso de selección.

Atentamente,

EDGAR GUTIERREZ SANCHEZ
Representante Legal
UNION TEMPORAL CUSTODIA ESPECIALIZADA - ANI – 2017.

*Original Firmado