

Bogotá, 25 de Abril de 2017.

Señores:

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

Ref.: SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA - PROCESO DE LICITACION PUBLICA No. VJ-
VAF-LP-002-2017.

PARTE SOLICITANTE: UNION TEMPORAL CUSTODIA ESPECIALIZADA – ANI-2017, representada legalmente por EDGAR GUTIERREZ SANCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.822.596 de BOGOTA, presento ante su despacho SOLICITUD DE REVOCATORIA DIRECTA del ACTO DE ADJUDICACION CONTENIDO EN LA RESOLUCIÓN NUMERO 518 DEL 25 DE ABRIL 2017 (Según lo señalado en audiencia de adjudicación Pública 25 de abril de 2017 - VJ-VAF-LP-002-2017.) y en atención al artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, conforme al artículo 93 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo causal 1 - Cuando se observe que de manera notoria se oponen a la constitución o a la ley, el cual faculta a las entidades estatales para revocar el acto administrativo de adjudicación de cualquier convocatoria pública, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. (...)

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.”

“No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la ley 80 de 1993”-

En este aparte me permito señalarle que AMPLIA jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que la revocatoria de un acto administrativo por haber sido obtenido por “medios ilegales” requiere la presencia de dolo, comportamientos torticeros y mal intencionados dirigidos a genera una decisión equivocada. (Subraya propia) Lo anterior consistente en los siguientes:

HECHOS:

1. Los conocidos y documentados por la Entidad con ocasión al proceso.
2. Presente propuesta al proceso licitatorio en el cual dentro de la evaluación no se me concedió el status de HABILITADA bajo consideraciones subjetivas y así mismo no se otorgó el puntaje del factor de calidad atendiendo a que la Entidad considera que SUBSANO, cuando lo que se requería era una aclaración por parte de mi empresa respecto al ofrecimiento.
3. Informes de evaluación y consideraciones de derecho dentro del proceso de selección.

FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURÍDICOS

1. ADJUDICACIÓN POR MEDIOS ILEGALES Y LA CORRECTA PROCEDENCIA DE LA REVOCATORIA DIRECTA

Reiterando el introito de la presente solicitud en atención al artículo 9 de la Ley 1150 de 2007, el cual faculta a las entidades estatales para revocar el acto administrativo de adjudicación de cualquier convocatoria pública, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 9o. DE LA ADJUDICACIÓN. (...)

“El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993.”

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que la revocatoria de un acto administrativo por haber sido obtenido por “medios ilegales” requiere la presencia de dolo, comportamientos torticeros y mal intencionados dirigidos a genera una decisión equivocada. (Subraya propia)

Por otro lado se decanta la procedencia de la REVOCATORIA DIRECTA Para el efecto remito el extracto de la Sentencia sintetizada por CCE (Colombia Compra Eficiente): CE SIII E 31297 DE 2014

“En efecto, el acto de apertura no sólo da inicio al proceso de selección, su principal y más importante característica es que constituye una especie de policitud que realiza la administración pública, para que los interesados, que reúnan ciertas condiciones, formulen sus ofrecimientos en los plazos y con el lleno de los requisitos previstos en los pliegos de condiciones, los cuales, a su turno, deben estar concebidos con sujeción a lo dispuesto por

la Constitución y la ley, de tal suerte que, si bien el acto de apertura del proceso de selección, al igual que la policitación (artículo 847 del C. de Co), en principio, no obliga, ni crea, ni modifica situaciones jurídicas particulares y concretas, una vez los interesados presentan sus respectivas ofertas, dentro del plazo establecido previamente en los pliegos de condiciones, se genera la legítima expectativa de que su propuesta sea considerada y, en ese momento, la oferta pública de la administración, contenida en el acto de apertura del proceso de selección, se particulariza y se convierte en irrevocable, es decir, engendra una situación individual, porque existe una aceptación expresa de ella por parte de quienes realizan sus ofrecimientos y, de esta forma, se comienza a perfilar el negocio jurídico que se proyecta celebrar, de manera que, a partir de ese momento, para revocar el acto administrativo de apertura, la administración debe agotar el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del C.C.A.; por consiguiente, debe iniciar la actuación administrativa en la forma prevista por el citado artículo 28 y debe solicitar el consentimiento de quienes presentaron formalmente sus propuestas durante el plazo de la licitación y, en caso de que éstos no accedan a la revocatoria, la entidad pública no tiene opción distinta que promover la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra su propio acto, es decir, debe ejercer la llamada acción de lesividad."

En este aparte, es claro que en la etapa preparatoria de los procesos de selección, existen fases como lo son a saber, la actuación administrativa preparatoria, orientada a seleccionar al contratista de la administración, se desarrolla en dos fases: una interna y otra externa. La primera de dichas fases es previa al procedimiento administrativo de selección y la desarrolla internamente la entidad administrativa. Comprende, entre otros aspectos, la identificación de la necesidad que requiere satisfacer la administración, la forma en que la debe suplir la necesidad, la identificación del proceso de selección apropiado, la solicitud de autorizaciones, la realización de los estudios previos, de los estudios del sector, la consulta de los precios del mercado, la elaboración del proyecto de pliego de condiciones, y la segunda fase (la externa) es la etapa precontractual propiamente dicha, que inicia con el acto administrativo de apertura del proceso de selección, que es aquel por medio del cual la administración declara o exterioriza, con fuerza vinculante, la voluntad de iniciar un procedimiento administrativo orientado a escoger a su contratista (artículo 30, numeral 1, Ley 80 de 1993).

De este modo, en la mitad de estas dos mencionadas fases se realiza la apertura del mismo o estado "convocado" en el caso de la selección abreviada, dirigida a una pluralidad de sujetos de derecho que no están "individualizados" en la medida en que se convoca públicamente a todo aquel que esté interesado y que cumpla unos requisitos mínimos, para que concurra en igualdad de condiciones a participar en el procedimiento administrativo de escogencia del contratista de la administración, con sujeción a las reglas definidas en el pliego de condiciones. (Subraya propia).

Ahora bien en el evento de la adjudicación con la expedición del consecuente acto de adjudicación se violan las normas contractuales a saber decantadas en un inapropiado ejercicio contractual.

2. VIOLACION A LAS REGLAS EN MATERIA DE CONTRATACION POR EQUIVOCO ESTABLECIMIENTO DE REQUISITOS HABILITANTES Y REQUISITOS PONDERABLES EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL

Risible y atrevido el concepto del equipo evaluador al verificar el requisito de carácter habilitante que de manera expresa el pliego de condiciones estableció

En este caso es necesario llamar la atención del ordenador del gasto y a su turno del comité que se conformó para el efecto puesto que hizo guasa del pliego de condiciones puesto que de manera EQUIVOCA y CONTRARIA A DERECHO no otorgó inicialmente el estatus de habilitado a la propuesta presentada.

Seguramente su equipo jurídico conoce CLARAMENTE que a partir de la Ley 1150 de 2007 el legislador redujo sustancialmente la discrecionalidad y la libertad de comprensión que tuvo la administración en vigencia del art. 25.15 de la Ley 80, para establecer qué o cuáles exigencias eran *necesarias* para comparar las ofertas. Con la Ley 1150 esos requisitos corresponden a los que "*asignan puntaje*"; de allí que si en un procesos de contratación un requisito no se evalúa con puntos, sus deficiencias son subsanables, es decir, el defecto, el error o incompletitud se puede corregir -!debe corregirse!-, solicitando al oferente que aporte lo que falta para que su propuesta se evalúe en igualdad de condiciones con las demás, tal como se realizó HABILITANDO la propuesta en la etapa de traslado de la verificación preliminar y con lo que ella asistió a presentar en la etapa de traslado de la evaluación.

Teniendo claro que el error fue único al no hacer la verificación del contenido del contrato y exclusivo de la entidad contratante, resulta abiertamente ilegal que para enmendarlo responsabilice al contratista por LA MEZCLA ABSURDA Y FATIDICA de elementos HABILITANTES con condicionantes NUEVOS y que por el ejercicio fatal del equipo evaluador decante en una adjudicación en demerito de mi empresa. ¡VAYA SALIDA TAN INELEGANTE! Y como si esto no fuera suficientemente espeluznante desde lo jurídico, la castiga por un error que no cometió y la coloca en una situación jurídica que no está obligada a soportar, porque el error no lo cometió ella; sino que el mismo obedece a la desidia de quien o quienes tienen a su cargo la actividad contractual de la Entidad.

Es sorprendente la manera tan gansa como la ANI interpreta la Ley y no menos alarmante y reprochable que sus errores los baldee con los más débiles o quienes no tengan una preparación en materia contractual y administrativa.

¡LOS ERRORES DE LA ADMINISTRACIÓN DEBEN SER ASUMIDOS POR ÉSTA!

Así lo señala la jurisprudencia Constitucional desde antaño:

"Los particulares no pueden asumir ni hacerse cargo de los errores de la administración cuando estos se producen como consecuencia de un descuido de sus propios funcionarios, de la desorganización interna, ni mucho menos de sus actitudes negligentes y omisivas."¹

Con base en lo anteriormente expuesto, queda plena e irrefutablemente probado que, la errónea interpretación dada al pliego en el informe "definitivo" de evaluación, se establece que el contrato 3 no es operante para verificar la experiencia del proponente por cuanto no es verificable el valor ejecutado. Si bien es cierto la certificación aportada inicialmente no contiene el valor adjudicado, acorde al NUMERAL 2.7 EXPERIENCIA DEL PROPONENTE (Pagina 34 y 35):

2.7. *"EXPERIENCIA DEL PROPONENTE: Como soporte de la información allegada por el proponente, se deberán anexar las certificaciones expedidas por las entidades respectivas, las cuales deberán contener, como mínimo, la siguiente información: Nombre de la empresa contratante Nombre del contratista. Objeto del Contrato. Si se trata de un consorcio o unión temporal, se debe señalar el nombre de sus integrantes; adicionalmente, se debe indicar el porcentaje de participación de cada uno de ellos. Calle 26 No. 59 – 51 y/o Calle 24A No. 59 – 42 - Edificio Torre 4 35 Número del contrato Fecha de suscripción (día, mes y año) y fecha de terminación (día, mes y año) Fecha de expedición de la certificación (día, mes y año) Valor del contrato y de las adiciones, si las hubo. Valor ejecutado del contrato a la fecha de expedición de la certificación Cargo y firma de quien expide la certificación. No se aceptarán copias de contratos, ni otros documentos relacionados para acreditar la experiencia solamente las certificaciones en los términos solicitados en el presente numeral. En el evento que las certificaciones no contengan la información que permita su verificación, el proponente deberá anexar a la propuesta copia del contrato o de los documentos soportes, que permitan tomar información que falte en la certificación. Cada contrato acreditado mediante certificación se analizará por separado, en caso de presentar certificaciones que incluyan contratos adicionales al principal, el valor adicional se sumará al valor del contrato, quedando ésta como una sol a certificación."*

¹ Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Magistrado Ponente. Hernando Herrera Vergara. Sentencia T- 332/94. Fecha: Julio 19 de 1994.

Puede leerse sin mayor complicación que en el evento en que las certificaciones no contengan la información que permita su verificación, el proponente deberá anexar a la propuesta copia del contrato o de los documentos soportes. En este caso en virtud de la subsanación se aportó el contrato VGH-919-2014, que al tenor de la cláusula 4 forma de pago señala:

*“CLAUSULA CUARTA; FORMA DE PAGO: El contratante pagará al contratista el valor del contrato en la forma como a continuación se **expone' A. Un pago anticipado equivalente al 50% del valor del contrato el cual equivale a MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.349.973.000> IVA INCLUIDO;** los cuales serán cancelados al contratista una vez se constituyan y aprueben las palizas de seguro que garanticen la ejecución del contrato E. Un segundo pago equivalente a la suma de CUATROCIENTOS ONCE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL PESOS (\$ 411.843.000) IVA INCLUIDO, el cual será efectuado al mes siguiente de suscrito el contrato, mediante dación en pago de un inmueble, identificado con la matrícula inmobiliaria N 200-74241, ubicado en la carrera 11 No, 6-12 de la ciudad de Neiva – Huila; El valor anterior corresponde al avalúo efectuado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi el cual fue adoptado por SOLSALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN mediante Resolución 154 de 2013 la cual puede ser consultada en la página web de la entidad www.solsalud.com.co.”*

En un simple ejercicio de lectura y tan sencillo, Señor Ordenador del Gasto y actuando bajo la clara certeza que brinda la ley, se presentó el contrato VGH-919-2014 y no menos cierto el contrato adicional No. NÚMERO 001 AL CONTRATO NÚMERO VGH 919 DE 2014 SUSCRITO ENTRE LEGAL STRATEGY S.A.S., QUIEN ACTUA EN CALIDAD DE MANDATARIA DE SOLSALUD EPS S.A. LIQUIDADA Y SIAR LTDA, PARA LA ADQUISICIÓN DE SERVICIOS PARA LA ORGANIZACIÓN, INVENTARIO, CUSTODIA Y ELABORACIÓN DE LAS TABLAS DE VALORACIÓN DOCUMENTAL DEL ARCHIVO ACUMULADO DE SOLSALUD EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN **que da cuenta EXPRESA de un valor ejecutado de acuerdo a la forma de pago y acorde a las fechas allí estimadas. De aquí no menos cierto y su equipo jurídico habrá de saber que si el contrato fue objeto de adición es porque OBVIAMENTE el contrato inicial VGH-919-2014 responde a un valor ejecutado.**

Ahora bien en este aparte llamo la atención nuevamente del ordenador del gasto señalándole que en ningún aparte del pliego se estableció un mínimo de ejecución del valor del contrato o porcentaje más allá de demostrar que se haya ejecutado.

No es acaso suficiente el instrumento jurídico CONTRATO que en su clausulado decanta la forma de pago con fechas exactas y estimativas acorde a la forma de pago, que incluso con la simple firma del contrato y la aprobación de firmas pagaba **MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.349.973.000> IVA INCLUIDO.**

¡Vaya nuevo yerro!!!, nótese señor ordenador que CONTRADICTORIO resultó ser el pliego en este aparte, cuando señala que no operarían contratos como documento probatorio y después en el mismo requisito SI lo permite. ¿No le resulta eso una contradicción? O es una lectura tan vaga que el pliego fue claro en todo su contenido?

En ese orden, *ARMÓNICAMENTE* me permito decirle que en Sentencia: CE SIII E 25642 DE 2013 se señala "El contenido mínimo de los pliegos de condiciones. «(...) i) los requisitos objetivos que están obligados a acreditar los proponentes interesados en el proceso de selección, ii) las reglas de selección objetivas, justas, claras y completas que permitan elaborar la oferta o propuesta de acuerdo con las necesidades de la entidad administrativa, inclusive es posible que dentro de los mismos se incluyan medidas de protección afirmativa para garantizar la concurrencia de ciertas personas que se encuentran en situaciones de debilidad (al respecto consultar la sentencia de constitucionalidad C-932 de 2007), iii) las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato, iv) se establecerán condiciones o exigencias razonables que puedan ser cumplidas por los proponentes, v) se determinarán reglas exentas de error, o meramente potestativas de la voluntad de la entidad pública, vi)

Por otro lado, Límites a la potestad interpretativa de los pliegos de condiciones. «(...) Ahora bien, el hecho de que la ley y la jurisprudencia hayan reconocido en cabeza de la administración estatal la facultad o potestad de interpretación de los pliegos de condiciones, ello no puede constituir una patente de corso para que las entidades elaboren pliegos ambiguos, confusos, anfibológicos, farragosos, sinuosos, inasibles u abstrusos; por el contrario, la exigencia legal consiste en que, se itera, aquéllos sean claros y precisos. (...)

Para el efecto, resulta probada la HABILITACIÓN DE LA PROPUESTA por cuenta de lo aportado en el proceso de selección sin ir más allá de lo que constituye el contrato y su lectura, lo cual claramente no hizo el comité evaluador.

3. DEFICIENTE ACTIVIDAD DE COMITÉ EVALUADOR

En cumplimiento del artículo 2.2.1.1.2.2.3., del Decreto No 1082 de 2015, las propuestas serán evaluadas por el comité que para el efecto designe la Entidad. Éste comité estará conformado por servidores públicos o por particulares, contratados para el efecto, el cual realizará su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en el pliego de condiciones.

En este entendido resulta que la Entidad o en este caso más específicamente el comité evaluador técnico y jurídico o su delegado realizan una DEFICIENTE actividad sin apego al pliego toda vez que de MODO SUBJETIVO apremia condiciones y requisitos que no están delimitados en el pliego y que por SIMPLE LÓGICA HERMENÉUTICA son de lectura por parte de la Entidad.

Como sustento JURIDICO Y FACTICO la Agencia Colombia Compra Eficiente señala de manera clara en su manual para establecer requisitos habilitantes lo siguiente

"Los requisitos habilitantes miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente y están referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia. El propósito de los requisitos habilitantes es establecer unas condiciones mínimas para los proponentes de tal manera que la Entidad Estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que están en

condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación. El proponente es quien debe presentar los documentos para acreditar los requisitos habilitantes en un Proceso de Contratación. Los requisitos habilitantes siempre se refieren a las condiciones de un oferente y nunca de la oferta.

La Entidad Estatal debe verificar si los oferentes cumplen o no los requisitos habilitantes. El cumplimiento de los requisitos habilitantes en un Proceso de Contratación no otorga puntaje alguno, excepto en el caso de la experiencia de los consultores.²

Nótese la armonía de la propuesta presentada por nuestro componente plural respecto a la presentación de los requisitos habilitantes del pliego de condiciones.

En este sentido también resulta probado y claro que la Entidad Estatal debe evaluar las ofertas de los proponentes que hayan acreditado los requisitos habilitantes. En consecuencia, la Entidad Estatal debe rechazar las ofertas de quienes no aclaren, completen o corrijan la información para acreditar los requisitos habilitantes antes de la adjudicación, o de la subasta o conformación de la lista corta, según el caso. Las Entidades Estatales no pueden señalar en los pliegos de condiciones los documentos o el tipo de información que son subsanables.

Dese como probado igual, que la persona que realiza tan siquiera la LECTURA del contrato aportado, basándose en FORMALIDADES y sin un SUSTENTO JURÍDICO pleno.

4. EQUIVOCA INTEPRETACION DE CONDICIONAMIENTO DE PROPUESTA

Resulta desgastante en este momento pero claro REITERAR, con ocasión a darle a la Entidad el apoyo jurídico para que visualice su yerro respecto a la incorrecta apreciación o valoración del FACTOR DE PONDERACIÓN. Al tenor del folio 162 que se presentó claramente así: "299-400".

Con el fin de hacer claridad en estos apartes, para desestimar cada una de las posiciones dadas por el comité evaluador en la audiencia, me permito darle estos elementos de Derecho:

INOPERANCIA DE UN CONDICIONAMIENTO DE PROPUESTA: El condicionamiento **redunda** en apartarse **SUBSTANCIALMENTE** de lo exigido en el pliego, lo cual es causal legal no solo para no otorgar un puntaje sino para su eliminación del proceso licitatorio, situación que no sucede con la propuesta de la UT. Ahora bien, la entidad en el aparte de ponderación lo UNICO que tenía que hacer era verificar la consistencia del ofrecimiento el cual como ya se ha repetido JAMAS determinó que no pudiese de la FORMA realizada por la UT, cuando claramente, 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)

² 1. Numeral 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. 2. Numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007.

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

Por otro lado, se insta igualmente a la administración a recordar que existe LÓGICA REGULADORA en el pliego de condiciones y que esa lógica reguladora acusa falta de técnica legislativa por cuanto, de algún modo es contraria al principio liberal el cual claramente han de conocer el equipo jurídico de la entidad, según el cual todo lo que no está prohibido, está permitido. Principio no solo garantizador de la libertad al hacer primar la facultad general sobre la facultad legislativa expresa, lo cual no se decantó en el pliego haciendo excepciones en cuanto a la acreditación del requisito y más cuando se está lo que se pidió, sin salirse de los costos y las líneas que vayan fuera de lo que quiere recoger la entidad con un correcto ejercicio contractual.

Para el efecto le damos a la Entidad el siguiente argumento también aplicable, de acuerdo a la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, mediante Sentencia 050012331000199800833 01 (25642), jul. 24/13, C. P. Enrique Gil Botero, 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..."

A su turno en la misma jurisprudencia se establece lo siguiente:

"puede emplear la lógica de lo razonable, la ponderación o test de proporcionalidad para solucionar las antinomias, vacíos o contradicciones en el contenido de los pliegos de condiciones". Sin embargo, la exigencia legal es que estos sean claros y precisos"

5. VIOLACION AL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

La norma es tan armónica 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.”

Una vez más resulta probada y abiertamente sustentada en derecho la situación que hoy sopesa UNIÓN TEMPORAL respecto del proceso licitatorio.

En este aparte debemos ser claros respecto a que la Entidad no puede huir del yerro JURIDICO PLENO demostrado en la evaluación del pliego de condiciones por su formulación.

Resulta entonces vano (si ha de haberlo) el intento de la entidad estatal de evadir la responsabilidad que les corresponde por entregar información equivocada, incompleta o desactualizada o por contar con estudios inadecuados, cuando los proponentes se han acogido a sus reglas.

Llamo la atención igualmente del Ordenador del Gasto por cuanto al presentar las observaciones al informe de evaluación preliminar y dada la irresponsable interpretación del comité evaluador respecto al factor ponderable, le recuerdo que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. Que como lo es el caso, dentro del proceso de licitación, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818 de 2011, puntualiza que:

“...La Corte sintetizó las reglas que previamente habían sido desarrolladas por la jurisprudencia en materia de protección del derecho fundamental de petición. Sobre el particular dijo: “a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad”

En las respuestas dadas por el Comité Evaluador de manera folclórica eluden lo señalado por 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) y no se pronuncian al respecto, únicamente tomando como sustento lo que ha bien quieren hacer conceder a mi empresa como SUBSANAR cuando no es más que una simple y llana aclaración.

Señor ordenador ¿porque no se pronuncia respecto a este fallo y que por vía de símil le entregué en debida forma como parte de mi sustento ACLARATORIO y que hablaba de un caso que tenía una errata mecanográfica en la propuesta económica la cual no es JAMAS objeto de subsane? Acaso la ANI desconoce los pronunciamientos del máximo órgano de consulta como una “documentillo” más sin peso jurídico?

En este entendido esta pequeña errata mecanográfica es fácilmente comprobable y básicamente equiparable al caso tratado por el máximo órgano de consulta, por cuanto se encuentra dentro de los valores señalados por la Entidad. No consideramos permisible que en esta ocasión la ANI 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 yo objeto de estudio por el Honorable Consejo de Estado.

Valídese pues, que dentro del proceso de contratación se dio la siguiente situación:

1. Nos hayamos DENTRO del rango último sin estar por debajo de lo decantado por la Entidad. Esto es dentro del numeral (3) de 300 a 400.
2. Ahora bien señor ordenador, si la NOTA dice que “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) las que hubiesen superado esos rangos que NADA TIENEN QUE VER CON LA PRESTACIÓN CABAL DEL SERVICIO O PUEDAN IR EN DEMERITO DE LO QUE PREVIAMENTE SE PRESENTO, también por vía de la ilógica “analogía” del Comité, también sería objeto de no otorgar el puntaje?. Como lo prueba? Como decide que este paralizaría el servicio cuando una simple aclaración era SUFICIENTE?. Cuénteme señor ordenador del gasto.
3. 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.
4. 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.

5. 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.

6. VIOLACIÓN A LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En este aparte me resulta increíble la forma en la que la administración por medio del acto administrativo de adjudicación, realizan la motivación del acto para adjudicar. Es claro que la necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto del acto administrativo sin un asidero probatorio y concreto que permita establecer que la motivación del acto deviene correctamente dentro de los preceptos de ley.

Para el efecto es básico señalar que el concepto de "motivación" es equiparable a "razón suficiente" el cual deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude la Entidad para adjudicar el proceso, sin amaños subjetivos ni formales.

Como es de conocimiento legal y jurisprudencial básico, un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal.

Es importante señalar que no siendo suficiente lo anteriormente dicho y siendo el "red carpet" legal absolutamente pisoteado de manera concreta por parte del Comité, esta "LEX QUISQUILIAE" (cuente con que ésta expresión busco expresar el significado básico de lo sucedido en el lenguaje más apropiado para ello, el latín; aquel lenguaje que dio vida a las fuentes del derecho y que para este caso en particular, me permite expresar mi profundo dolor por el irrespeto a las normas y al demerito de lo que a bien se hizo en el proceso de contratación, además del preocupante sentir respecto a los servidores que ejercen

actividades en la Entidad en demerito de los particulares), que se traducen en aquellos ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (pocas veces se ven joyas jurídicas como éstas) que en franca lid afectaron la legalidad del acto y configuraron el desvío de poder, con una presunta intención (considero) con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario.

7. ACTIVIDAD PRESUNTAMENTE DELICTUAL:

Y como es necesario cerrar con un encuadre certero y completo, al respetado ente disciplinador, de manera cortés y amable se le solicita examinar que los supuestos facticos antes señalados pueden tener un presunto elemento a saber que es conocido como PREVARICATO POR ACCIÓN, el cual referencia que incurrirá en este delito, todo funcionario que con ocasión a sus funciones produzca un acto propio de su actividad, contrario a la normatividad o los reglamentos, tipo de actividad con incidencia PENAL.

En relación con la configuración presunta del tipo penal de prevaricato por acción, la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que: (i) el delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) en cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo como cuando con aquél se vulneran igualmente bienes jurídicos de los particulares, (iii) el objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión "contrario a la ley", ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos.

8. Haciendo un ejercicio sencillo podemos visualizar los elementos presuntamente materiales de esta conducta que a saber así, es decir, que podríamos estar hablando de dicha presunta conducta presuntamente delictual.

8. PRESUNTA CULPA GRAVÍSIMA:

El Artículo 44 de la ley 734 de 2002 describe de forma armónica las clases de sanciones y a su turno en el párrafo del mismo artículo señala con profunda claridad que habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

Para dar una mayor claridad en este aspecto, me permito con sumo respeto ilustrar y dar a conocer al respetado Grupo de Control Interno Disciplinario lo descrito por el Despacho del Procurador General de la Nación Radicado: IUS-2011-124261 IUC-D-2009-787-127099 - Bogotá, D.C., 10 de noviembre de 2015:

“Si por ignorancia supina entendemos, con la definición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse», era menester precisar cuál fue aquél conocimiento específico que el investigado ignoró y a consecuencia de lo cual se produjo el hecho lesivo del medio ambiente.

De otra parte, respecto a la desatención elemental, la doctrina señala que esta modalidad se da cuando «no se realiza lo que resulta obvio, imprescindible hacer, lo que es común que otra persona hiciera», ó que la desatención consiste «en la omisión de las precauciones o cautela más elementales, o el olvido de las medidas de racional cautela aconsejadas por la previsión más elemental, que han de ser observadas en los actos ordinarios de la vida, o por una conducta de inexcusable irreflexión y ligereza».

Ahora bien, respecto de la “violación manifiesta” de reglas de obligatorio cumplimiento, la misma doctrina citada anteriormente expresa que ella resulta cuando «el deber objetivo de cuidado es reglado y el servidor público desatiende el cumplimiento de esta norma que impone ese deber». A este concepto, resultaría necesario agregar que esa desatención o incumplimiento debe ser «manifiesto», consideración inobjetable que se deriva de la misma redacción impuesta por el legislador.

Como puede verse, en aras de evitar la ambigüedad de una acusación disciplinaria, se torna imprescindible el señalamiento expreso y abundante de las razones en que se apoya el investigador para atribuir una u otra fuente de responsabilidad por culpa en la modalidad de gravísima”

PRETENSIONES

PRIMERA: REVOCAR la totalidad del acto administrativo de adjudicación No. xxx de 2017.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior, adjudicar el proceso de contratación a la UNIÓN TEMPORAL CUSTODIA ESPECIALIZADA – ANI – 2017., por cuanto cumple con los requisitos habilitantes determinados en el proceso de contratación sin menoscabo de la revisión EXHAUSTIVA de los requisitos ponderables que le dan la calidad de ADJUDICATARIA.

TERCERA: En caso de no darse el numeral Segundo de la presente solicitud, solicito se declare desierto el proceso de contratación.

CUARTA: En caso de resolución negativa a la presente solicitud de revocatoria directa y sus numerales, solicito copia a mi costo y cargo de la totalidad del expediente administrativo para fines disciplinarios y litigiosos.

PRUEBAS

Téngase a bien las siguientes pruebas aportadas por parte de la UNIÓN TEMPORAL.

1. Documentos aportados en Etapa de Subsane.
2. Propuesta UT.

NORMAS VIOLADAS

En singularidad en los artículos señalados sin limitarse a ello en materia administrativa y contractual:

1. Ley 80 de 1993
2. Decreto 1082 de 2015
3. Jurisprudencia en materia de contratación estatal en virtud del principio de responsabilidad.

NOTIFICACIONES

CALLE 90 # 15-29 OFICINA 302– EDIFICIO DIANA PH, de la ciudad de Bogotá.



EDGAR GUTIÉRREZ SANCHEZ

C.C. 79.822.596 de Bogotá

Representante Legal

UNION TEMPORAL CUSTODIA ESPECIALIZADA - ANI – 2017.

Cc: CONTROL INTERNO DISCIPLINARIO ENTIDAD
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION.