

Bogotá, D.C., 9 de noviembre de 2017

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Vicepresidencia Jurídica

Gerencia de Contratación

Avenida Calle 26 # 59 – 51

Torre 4

Asunto: *Subsanación del Formulario N. 4 No. VJ-VE-CM-006-2017*

ANDREA RAMIREZ VELANDIA, identificada como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de Representante Suplente de la UNIÓN TEMPORAL ESTRUCTURACIÓN GOC -ETA- PROFIT-AFH (en adelante, “la Unión Temporal”), solicito respetuosamente:

1. Como pretensión principal, que la ANI tenga como experiencia acreditada por la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. – tanto el contrato aportado como Experiencia General en el Formulario 4, como el contrato aportado como Experiencia Específica en el Formulario 5, para todos los efectos de la acreditación de los requisitos del numeral 5.4.6 del Pliego, con fundamento en las consideraciones de hecho y de derecho que se expusieron en la comunicación enviada por correo electrónico el día 7 de noviembre al correo vjvecm0062017@ani.gov.co (y que se adjunta nuevamente a esta comunicación;
2. Como pretensión subsidiaria a la anterior, que se adicione el Contrato cuyo objeto es “ESTUDIOS FASE III PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL INTERCAMBIADOR VERSALLES – PROYECTO CRUCE DE LA CORDILLERA CENTRAL, al formulario 4 y se excluya el Contrato cuyo objeto es la “CONSULTORIA Y ASISTENCIA PARA LA REDACCION DEL PROYECTO DE CONSTRUCCION DE LA OBRA AUTOVIA DEL CANTABRICO A8 TRAMO VILLALBA TOUZAS”, con fundamento en las siguientes consideraciones:
 - a. En el informe de evaluación publicado el día de 8 de noviembre de 2017, la Entidad manifestó que aceptaba la incorporación del Contrato 083 de 2013 cuyo objeto es “ESTUDIOS Y DISEÑOS DE DETALLE A NIVEL FASE III DE LA VIA YATI-LA BODEGA DEL K6+700 AL K9+000, CODIGO 7802, EN EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR” ***“teniendo en cuenta que estamos en presencia de un requisito habilitante. Así mismo, efectuada la verificación técnica de dicho contrato, se encuentra que el mismo cumple con los requisitos establecidos para la experiencia general y en ese sentido, mantiene el estado de habilitado en la experiencia general”***.
 - b. Sin embargo, la Entidad no aceptó la postura de la Unión Temporal respecto de la forma como se debía calcular la experiencia “acreditada” y manifestó que con *“dicho contrato el integrante NO CUMPLE con el 25% de la experiencia general cuantificable solicitada en el pliego de condiciones”*
 - c. A renglón seguido señaló expresamente que el criterio de desempate se entendería cumplido ***“si el proponente hubiese solicitado a la entidad tener en cuenta en adición a los contratos ya relacionados en su propuesta para la experiencia general, el contrato 083 de 2013 suscrito con el FONDO DE ADAPTACIÓN a efectos de que su valor sumara y permitiese al integrante cumplir con el 25% de la experiencia general cuantificable solicitada en el pliego de condiciones.”***

- d. La legislación colombiana, el Consejo de Estado, así como la propia Entidad, han señalado que es susceptible de subsanación todas aquellos requisitos habilitantes hasta la audiencia de adjudicación. Veamos:

- Ley 1150 de 2007: “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 (...)

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”. (Destacado fuera de texto)

De la disposición transcrita en precedencia es claro, entonces, que la facultad de los proponentes para subsanar los requisitos o documentos presentados en sus ofertas es la regla general dentro de cualquier proceso de selección que adelante el Estado y que, las entidades estatales sólo podrán rechazar aquellas ofertas cuando el yerro contenido impida la comparación objetiva de las propuestas.

- Al respecto, la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado emitió los conceptos 1927 de noviembre 6 de 20083 y 1992 de mayo 10 de 2010, en los cuales señaló que

“[l]as disposiciones transcritas tienen como propósito materializar un principio general de primacía de lo sustancial sobre lo formal, adoptando medidas de saneamiento del proceso de selección tendientes a que los meros defectos formales, que no afecten sustancialmente la oferta, referidos a la documentación o instrumentalización de la misma, priven a la administración de considerar una oferta por causa de tales falencias.

De esta manera, la primacía de lo sustancial sobre lo formal se enmarca bajo la siguiente premisa: no podrán rechazarse las propuestas por ausencia de requisitos o falta de documentos que verifiquen las condiciones habilitantes del proponente, o soporten elementos del contenido de la oferta no necesarios para la comparación de las propuestas y que no constituyan los factores de escogencia establecidos por la entidad en el pliego de condiciones, los cuales serán subsanables a petición de la entidad licitante, respetando la transparencia e igualdad de todos los participantes.”(Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este mismo sentido, recientemente, el Consejo de Estado, al estudiar la facultad desarrollada por el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, según la cual los proponentes podrán subsanar los requisitos formales o documentos de sus ofertas que no son necesarios para la asignación de puntaje, manifestó que:

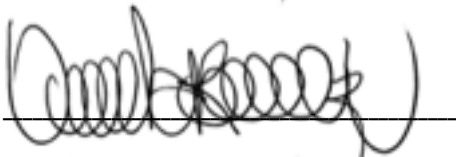
“En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, “aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas”; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables “(...) todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación

*de puntaje”, los que “(...) **podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación.**” (Destacado fuera de texto).*

Nótese que la disposición legal en comento (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) señala que todos los requisitos que no afecten la asignación de puntaje pueden ser subsanados **hasta la adjudicación.**

- e. En razón de lo anterior se presenta nuevamente ajustado el Formulario numero 4 con 2 contratos aportados por ETA, los cuales ya fueron revisados por la Entidad y fueron declarados como admisibles a efectos de cumplir con la experiencia general habilitante y a su vez, de esta forma, se cumple con el requisito del 25% de experiencia solicitado en el numeral 5.4-6, y se excluye el contrato cuyo objeto es “CONSULTORIA Y ASISTENCIA PARA LA REDACCION DEL PROYECTO DE CONSTRUCCION DE LA OBRA AUTOVIA DEL CANTABRICO A8 TRAMO VILLALBA TOUZAS” de GOCSA.

Atentamente,



ANDREA RAMIREZ VELANDIA
C.C. No. 52.435.743 de Bogotá
Representante legal suplente
UNIÓN TEMPORAL ESTRUCTURACIÓN GOC-ETA-PROFIT-AFH

ANEXO 1 - COMUNICACIÓN ENVIADA EL 7 DE NOVIEMBRE

Bogotá, D.C., 7 de noviembre de 2017

Señores

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Vicepresidencia Jurídica

Gerencia de Contratación

Avenida Calle 26 # 59 – 51

Torre 4

***Asunto:** Algunos aspectos legales relacionados con el Proceso
No. VJ-VE-CM-006-2017*

ÁLVARO ENRIQUE GÓMEZ RODRÍGUEZ, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en mi calidad de Representante Principal de la UNIÓN TEMPORAL ESTRUCTURACIÓN GOC -ETA- PROFIT-AFH (en adelante, “la Unión Temporal”), me dirijo respetuosamente a Ustedes con el propósito de formular algunas solicitudes, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente y en el Pliego de Condiciones, según los elementos de hecho y de derecho que más adelante pongo de presente.

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.1. De la Aplicación de la Nota 2 del numeral 5.4.5 del Pliego de Condiciones

En el Informe de Evaluación Preliminar publicado el 24 de octubre de 2017 en el marco del Proceso de Selección No. VJ-VE-CM-006-2017, la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante, la “ANI” o la “Entidad Contratante”) realizó una observación a la propuesta presentada por la Unión Temporal, indicando que la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. –, miembro de la referida unión, no cumple con los requisitos previstos en el numeral 5.4.6 del Pliego en relación con los Criterios de Desempate del presente proceso de selección.

Como fundamento de la observación citada, la Entidad Contratante manifiesta que dicho ente social no aportó el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada por la Unión Temporal. Para llegar a este aserto la ANI calcula tal porcentaje únicamente teniendo en consideración el contrato aportado por concepto de experiencia general, sin tener en cuenta el contrato aportado a manera de experiencia específica.

En relación con el prenotado requisito del numeral 5.4.6, la Nota 2 del numeral 5.4.5 (la cual fue objeto de modificación en la Adenda No. 1) del Pliego, señala lo siguiente:

*“Para efectos de los criterios de desempate previstos en los numerales 5 y 6, en cuanto el integrante de que se trata en cada caso debe aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de **la experiencia acreditada** en la oferta, el mencionado porcentaje se calculará respecto del valor total de la **experiencia general cuantificable solicitada en el pliego de condiciones**.*

Es cuantificable la experiencia general habilitante y los contratos solicitados como experiencia específica”. (Destacado fuera del texto original).

Nótese que la disposición transcrita trae dos expresiones diferentes: una, llamada experiencia acreditada y, otra, llamada experiencia solicitada. La primera hace alusión a la experiencia presentada por el proponente en su oferta que comprende tanto la experiencia general habilitante como los contratos solicitados como experiencia específica; la segunda, a la requerida por el Pliego de Condiciones y solo contempla la experiencia general.

Es decir, de conformidad con lo señalado en el Pliego de Condiciones, el 25% de la experiencia acreditada se cuantifica con **la experiencia general habilitante y los contratos solicitados como experiencia específica**, mientras que la experiencia solicitada se cuantifica con el 25% la experiencia general requerida en el Pliego, esto es, sobre el 200% del valor del presupuesto oficial. Esto es así, por cuanto:

- a. La expresión “experiencia **acreditada** en la oferta” hace alusión tanto la experiencia general como a la específica, ya que donde el legislador (en este caso la administración como convocante del concurso público) no hace diferenciación, no le es dable al intérprete hacer distinción alguna;
- b. La eliminación de la experiencia específica como referente hecha mediante la adenda 1 no tuvo vocación de modificar la forma como se calcularía el 25% de la experiencia **acreditada**; al contrario, la adenda solo cambió la forma de cuantificar el 25% la experiencia **solicitada** en el Pliego de Condiciones, esto es, cuantificando el porcentaje exclusivamente con base en la experiencia general;
- c. Como si fuera poco lo anterior, el Pliego de Condiciones, que no fue modificado mediante la adenda señalada, expresamente permite que a efectos de obtener el 25% de la experiencia acreditada el proponente debería tener en cuenta tanto la experiencia general habilitante **como los contratos solicitados como experiencia específica**.

Así, **de la literalidad** de la disposición transcrita, el veinticinco por ciento (25%) de la experiencia acreditada se debe calcular tomando como base las referidas experiencias cuantificables, esto es, la experiencia general habilitante y la experiencia específica, y para cuantificar la experiencia solicitada, solo se debe tener en cuenta únicamente la experiencia general. Una interpretación en contrario del texto transcrito supondría la inaplicación del Pliego de Condiciones y, por ende, la vulneración de los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, tal como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de las Entidades Públicas se apartan de su propio Pliego de Condiciones. Al respecto, bástenos citar el siguiente pronunciamiento:

“La ley 80 de 1993, al prever las reglas de la licitación, dispone que en la elaboración de los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia se detallarán, entre otros, especialmente los aspectos relativos a la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección. En 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. De ahí que en la estructura de los procedimientos de selección ocupe un lugar especial la elaboración, con la debida antelación, de los pliegos de condiciones de acuerdo con el numeral 12 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, en armonía con el numeral 2° del artículo 30 ibídem, a más de lo prescrito por el numeral 5° del artículo 24 de la misma ley, texto legal que prevé la denominada carga de claridad y precisión que debe observar la entidad licitante, tanto al señalar los requisitos mínimos como al determinar los factores de selección, respecto de los cuales además se impone que sean objetivos y razonables, porque se trata de los criterios que deberá tener en cuenta para evaluar las ofertas y seleccionar entre ellas la más conveniente, así como de la forma en que serán ponderados. Los pliegos juegan, pues, un rol fundamental en la fase previa de formación del contrato, al punto de constituir la ley de la licitación, al ser el marco regulatorio de todo el procedimiento de selección, o lo que es igual, de la etapa precontractual, comoquiera que definen los criterios de selección del contratista, con arreglo a los cuales habrá de adelantarse la correspondiente evaluación de las distintas ofertas y, dentro de ellos, obviamente debe aludirse al precio. Por manera que, en principio, como lo ha dicho la Sala, las reglas que se establecen en ellos no puedan ser modificadas o alteradas caprichosa, inconsulta o arbitrariamente por la entidad licitante, en razón a que cualquier alteración posterior tanto de las reglas que rigen el procedimiento de selección, como del texto del contrato comportaría una abierta trasgresión del derecho a la igualdad de los licitantes, lo

mismo que de los principios de transparencia y selección objetiva”¹

Sin perjuicio de lo señalado en precedencia, es decir, de lo claro y contundente que resulta la literalidad del Pliego de Condiciones al permitir cuantificar el 25% de la experiencia acreditada tanto con la experiencia general como con la específica, si en gracia de discusión se admitiera que el texto es confuso, la Entidad Estatal debe hacer prevalecer **la finalidad perseguida** con la aludida disposición, esto es, cumplir con el requisito exigido en el Decreto 1510 de 2010, artículo 33, en virtud del cual las entidades públicas deben preferir a quien, habiendo acreditado la vinculación de más de un 10% de personal discapacitado dentro de su nómina, haya aportado al menos el 25% de la experiencia acreditada en la oferta. Así lo señala expresamente la norma:

*“Artículo 33: (...) Preferir la propuesta presentada por el oferente que acredite en las condiciones establecidas en la ley que por lo menos el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad a la que se refiere la Ley 361 de 1997. Si la oferta es presentada por un Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura, el integrante del oferente que acredite que el diez por ciento (10%) de su nómina está en condición de discapacidad en los términos del presente numeral, debe tener una participación de por lo menos el veinticinco por ciento (25%) en el Consorcio, Unión Temporal o promesa de sociedad futura y aportar mínimo el veinticinco por ciento (25%) de la **experiencia acreditada en la oferta.**”*

Por último, es preciso señalar que de conformidad con lo manifestado por el máximo tribunal administrativo, el Pliego de Condiciones no puede ser interpretado en contra del administrado, pues al ser la Entidad Pública la parte fuerte de la relación precontractual, tiene la **carga de claridad** y el deber de soportar las consecuencias que se deriven de los pasajes oscuros:

*“(...)Para la Sala, esa ambigüedad manejada por la entidad en la elaboración de los pliegos de condiciones y del contrato suscrito con el ingeniero Eraso Burbano, es un defecto que, sin lugar a dudas, no puede ser esgrimido ni utilizado en contra de sus derechos, como reiteradamente lo ha sostenido la Sección, toda vez que la Administración es la encargada de efectuar la planeación que precede a la apertura de los procesos de contratación y en consecuencia, no sólo le corresponde realizar los estudios, análisis y cálculos previos que se requieran, sino también la elaboración del respectivo pliego de condiciones y del futuro contrato. **Sobre ella pesa una carga de corrección, claridad y precisión en la elaboración y redacción de tales documentos de contratación, que se traduce en el deber de soportar las***

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Bogotá D. C., ocho (8) de junio de dos mil seis (2006). Radicación número: 76001-23-31-000-1996-02716-01(15005). Actor: JAIRO MARTIN VARGAS DIAZ. Demandado: GOBERNADOR DEL VALLE DEL CAUCA

consecuencias que se deriven de la buena o mala confección de los mismos, de manera que los pasajes oscuros, confusos, incompletos y ambiguos que se encuentren en ellos, deben ser interpretados en su contra, precisamente por haber sido quien los elaboró y quien falló en esa tarea.”²

En consecuencia, en el caso *sub-examine*, la ANI debe tener en cuenta como experiencia aportada por la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. –, miembro de la Unión Temporal, tanto el contrato aportado en el Formulario No. 4 a título de experiencia general, como el contrato aportado en el Formulario No. 5 a título de experiencia específica. De proceder la ANI como corresponde, resulta evidente que la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. – cumple con los requisitos establecidos en el numeral 5.4.6, por cuanto su aporte sería de 5.297,07 SMLMV, valor significativamente superior a los 3.728 SMLMV requeridos para acreditar el cumplimiento del requisito previsto para el Módulo No.1.

En síntesis:

- (i) El Pliego consagra una disposición expresa y, por tanto vinculante para la Entidad Contratante, que señala que la experiencia específica es experiencia cuantificable;
- (ii) La sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. –, miembro de la Unión Temporal, aportó un contrato que cumple a cabalidad con los requisitos previstos en el numeral 5.2 del Pliego a efectos de acreditar experiencia específica.
- (iii) La Entidad Contratante debe tener en cuenta, para efectos de calcular el cumplimiento del requisito del numeral 5.4.6, los dos contratos aportados por la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. –, tanto a título de experiencia general como a título de experiencia específica.
- (iv) Lo contrario implicaría un desconocimiento flagrante del Pliego de Condiciones -Nota 2 del numeral 5.4.5-, en detrimento de los derechos de la Unión Temporal.

1.2. El principio de igualdad que rige el Proceso de Selección Número VJ-VE-CM-006-2017

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011), Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07742-01(15666)

1.2.1. Antecedentes Fácticos

En el Informe de Evaluación Preliminar correspondiente al proceso de selección No. VJ-VE-CM-006-2017 la ANI también realizó algunas observaciones a la propuesta presentada por la Unión Temporal 2017 (en lo sucesivo, el “Proponente No. 1.”), en relación con la acreditación de la experiencia general.

En el documento antes mencionado la ANI señaló que el contrato aportado por Estructuras en Finanzas S.A., integrante del Proponente No. 1, no cumple con los requisitos establecidos en el numeral 4.13 del Pliego en el sentido de que dicho contrato no corresponde a un proyecto de infraestructura vial. En ese sentido, la ANI requirió al Proponente No. 1 para “*acreditar con los contratos que cumplan el literal b) Área Financiera del numeral 4.13. EXPERIENCIA GENERAL (...)*” y en la tabla denominada Evaluación Consolidada Puntaje y Desempate señaló que el Proponente No. 1 tenía PENDIENTE la acreditación de la experiencia general.

En atención a lo anterior, el Proponente No. 1 allegó los certificados y documentación necesaria para acreditar la experiencia solicitada en el Informe de Evaluación Preliminar, a través del Proyecto de Concesión Vial denominado ZONA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA – ZMB.

1.2.2. Del Principio de Igualdad en los Procesos de Selección

El presente proceso de selección debe ceñirse a los mandatos consagrados en la Constitución Política, en especial al Principio de Igualdad previsto en el artículo décimo tercero (13º) de la misma, según el cual “*todas las personas (...) recibirán la misma protección y trato de las autoridades*”.

El comentado principio se encuentra contemplado a nivel legal en el artículo tercero (3º) de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), cuerpo normativo que aplica al presente proceso de selección y a cuyo tenor: “*las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento*”.

El Principio de Igualdad también ha sido objeto de estudio por parte del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo respecto de los procesos de selección de las entidades públicas. Sobre el particular, ha sostenido el Consejo de Estado que todos los participantes en el desarrollo de un proceso público de selección gozan del derecho a recibir el mismo trato y de ejercer las mismas prerrogativas. En palabras de dicho cuerpo judicial:

“Dentro de una contratación pública, la convocante no puede variar las condiciones para un solo proponente, ni aceptar que uno de los participantes tenga oportunidad prevalente para mejorar la postura en orden a obtener el

contrato, habida cuenta que se deben respetar los derechos de todos los competidores”³.

Así las cosas, el Principio de Igualdad, en lo atinente a los procesos de selección, **se erige como un mandato en cabeza de la Administración que consiste en darle el mismo trato y las mismas oportunidades a todos los participantes o proponentes, durante las diferentes etapas del proceso aludido.** Por lo demás, el incumplimiento del prenotado mandato puede acarrear consecuencias negativas para la Administración. Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció manifestando lo siguiente:

*“Finalmente, la efectividad del principio de igualdad **“depende de un trato igualitario a todos los oferentes tanto en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, como en la calificación de sus ofertas y, por supuesto, en la selección de aquella que resulte más favorable para los intereses de la administración”.** Al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e **igualdad**, entre otros, con el objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. **Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez. (...) Así las cosas, las anteriores constataciones evidencian que el Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, adelantó un procedimiento sin el lleno de los requisitos exigidos para su validez, con directa violación de los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva establecidos en la Ley 80 de 1993. Este hecho configura la nulidad absoluta de los contratos SH-A-017-94, SH-A-019-94 y SH-A-025-94”⁴** (Destacado fuera del texto original).*

La negativa por parte de la Administración de dar aplicación al Principio de Igualdad no se traduce entonces, únicamente, en la nulidad absoluta del contrato producto del proceso de selección, pues tal y como lo estableció la Sección Tercera del Consejo de Estado, por medio de la Sentencia del 31 de enero de 2011, las consecuencias y responsabilidades en que incurren los responsables de los contratos en que no se garantice el cumplimiento de los principios de la contratación estatal (entre ellos, se reitera, el Principio de Igualdad) son mucho más amplias, a saber:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Bogotá, D.C. diez (10) de febrero de 2016.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. M.P. Olga Melida Valle de la Hoz Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011).

“Ahora, antes de pasar a definir las restituciones mutuas resultantes de la declaración de la nulidad absoluta, esta Sub Sección encuentra indispensable insistir en la obligatoriedad de los principios que inspiran la contratación estatal, por cuanto prácticas como las realizadas por los funcionarios del Departamento de Cundinamarca, Secretaría de Hacienda, que se constataron en el caso sub lite, en ningún caso pueden ser permitidas. En consecuencia, se compulsarán copias tanto a la Procuraduría General de la Nación como a la Fiscalía General de la Nación para que estudien la viabilidad jurídica de adelantar las investigaciones disciplinarias y penales por las infracciones en las que pudieron haber incurrido dichos funcionarios, si las acciones procedentes no se encuentran ya caducadas”⁵ (Destacado fuera del texto original).

En este sentido, cuando la entidad contratante no garantiza condiciones iguales para todos los participantes se cumple el supuesto fáctico necesario para que el contrato producto del proceso de selección adelantado sea declarado nulo absolutamente, sin perjuicio de las demás responsabilidades de orden disciplinario y penal en que incurrir los encargados de respetar el mismo, con ocasión de la omisión de los principios de la función pública y de la contratación estatal a los que se encuentran sujetos.

1.2.3. De la aplicación del Principio de Igualdad en el caso *sub-examine*

Como se señaló anteriormente, en el Informe de Evaluación la Entidad Contratante señaló que la experiencia general requerida por el numeral 4.13 del Pliego no fue acreditada correctamente por parte del Proponente No. 1 y, por tanto, determinó que estaba **pendiente** su acreditación. En atención a dicha observación, el Proponente No. 1 aportó un contrato diferente al aportado inicialmente en aras de cumplir con el requisito destacado, dando cumplimiento al requerimiento de la Entidad Contratante.

Así las cosas, la Entidad Contratante le brindó al Proponente No. 1 la posibilidad de acreditar su experiencia general a través de la incorporación de un nuevo contrato a su propuesta, aún con posterioridad al cierre del término para presentar propuestas, el cual, de conformidad con lo establecido en el numeral 2.5 del Pliego, venció el 18 de octubre de 2017 a las 10:00 a.m. Esta situación constituye un espacio adicional otorgado por la Entidad Contratante a un único proponente, es decir, al Proponente No.1, durante el desarrollo del proceso de selección No. VJ-VE-CM-006-2017, para que este último aportara una nueva experiencia.

En este orden de ideas, si se hace un análisis del Informe de Evaluación se evidencia que la Entidad Contratante, responsable del desarrollo del proceso de selección de la referencia, no le brindó la oportunidad de aportar nuevas experiencias a los demás

⁵ Ídem.

proponentes como sí lo hizo con el Proponente No. 1. Esta situación se constituye como una conducta contraria al Principio de Igualdad, en la medida en que vulnera los derechos de los demás proponentes, quienes no tuvieron oportunidad de aportar nuevas experiencias, tal como sí pudo hacerlo el Proponente No. 1.

Por lo tanto, la ANI no le está dando el mismo trato a todos los Proponentes que actualmente hacen parte del proceso de selección, vulnerando así el Derecho Constitucional a la Igualdad, el precedente judicial uniforme del Consejo de Estado anteriormente citado (relacionado con la nulidad absoluta del Contrato Estatal celebrado con violación al Principio de Igualdad) y, en general, el marco jurídico que regula la Contratación Estatal y el ejercicio de la Función Pública.

Con ocasión de la vulneración del Principio de Igualdad y de los derechos fundamentales correlativos en cabeza de los demás proponentes, pueden derivarse para la ANI y sus respectivos funcionarios, las siguientes consecuencias: (i) la nulidad absoluta del contrato suscrito entre la ANI y el Proponente Adjudicatario y; (ii) una eventual responsabilidad disciplinaria o penal de los funcionarios que estuvieron a cargo del desarrollo del presente proceso de selección y que desconocieron en forma flagrante el Principio de Igualdad.

Para evitar las consecuencias negativas mencionadas, la ANI debe conceder a todos los proponentes del proceso No. VJ-VE-CM-006-2017 un trato igualitario, esto es, otorgarles los mismos derechos, oportunidades y posibilidades de realizar actuaciones equiparables en el marco del proceso de selección del cual hacen parte, en iguales condiciones y proporciones que el Proponente No. 1, con miras a dar cabal cumplimiento y aplicación al Principio de Igualdad dentro del proceso de selección señalado.

En síntesis:

- (i) La ANI está obligada a garantizar la aplicación de los principios de la contratación estatal y de la función pública en el desarrollo del proceso de Selección No. VJ-VE-CM-006-2017;
- (ii) La Entidad Contratante le brindó la oportunidad al Proponente No. 1 de presentar un nuevo contrato al proceso de selección, aún después del cierre del término para presentar propuestas;
- (iii) Los demás proponentes no han tenido la oportunidad de presentar nueva documentación en el marco del proceso de la referencia;
- (iv) El hecho de concederle la oportunidad de presentar nueva documentación a un único proponente se constituye como una vulneración al Principio de

Igualdad que debe regir la contratación estatal y, por tanto, el presente proceso de selección ;

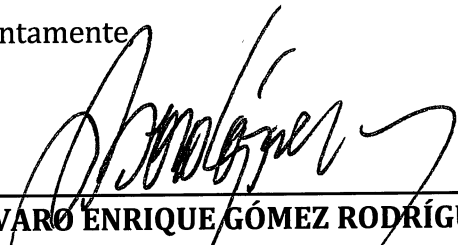
- (v) La Entidad Contratante debe entonces brindarle a la Unión Temporal, la oportunidad de realizar actuaciones equivalentes a la presentación de una nueva experiencia, en los mismos términos y condiciones que al Proponente No.1.

II. PETICIONES

Respetosamente y de conformidad con lo expresado en acápites anteriores me permito realizar las siguientes peticiones:

- 2.1. Que la ANI tenga como experiencia acreditada por la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. – tanto el contrato aportado como Experiencia General en el Formulario 4, como el contrato aportado como Experiencia Específica en el Formulario 5, para todos los efectos de la acreditación de los requisitos del numeral 5.4.6 del Pliego.
- 2.2. Que, como consecuencia de lo anterior, la ANI declare que la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. – cumple a cabalidad con el requisito establecido en el numeral 5.4.6 para efectos del Módulo No.1.
- 2.3. Que la ANI dando cabal cumplimiento y aplicación al Principio de Igualdad, le conceda a todos los proponentes la posibilidad de aportar experiencia en los mismos términos y condiciones en los que se lo permitió al Proponente No. 1.
- 2.4. Que la ANI tenga en cuenta el Contrato 083 de 2013 para la acreditación de la experiencia General de la sociedad Estudios Técnicos y Asesorías S.A. – ETA S.A. –, del cual nos permitimos adjuntar la correspondiente certificación y documentación.

Atentamente



ÁLVARO ENRIQUE GÓMEZ RODRÍGUEZ
C.C.
Representante Principal
UNIÓN TEMPORAL ESTRUCTURACIÓN GOC-ETA-PROFIT-AFH

ANEXO 2 – FORMATO 4

Nombre del Proponente: UNION TEMPORAL ESTRUCTURACION GOC - ETA - PROFIT - AFT
Proponente Lider: GOC Sucursal Colombia

Objeto y/o Acatarse del contrato	Fecha de Inicio del Contrato	Fecha de Terminación del Contrato	% de participación del Líder en la estructura póliza anterior	País en el que se celebró el contrato	Entidad Contratante	Valor del contrato (P)	Valor del contrato en SMMLV	Folio de Referencia dentro de la Propuesta	Número de Radicación del Contrato en el RUPP
CONSULTORIA Y ASISTENCIA PARA LA REDACCIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE PLATIFICACIÓN DEL TRAMO 1 MONOPRACION - MONTERREY Y SAN JOAQUÍN VICTORIA BILBOZAN SERRAVALLO	18/11/2003	17/12/2004	50% ESPAÑA		INGENIERA DE PROYECTOS Y OBRAS ALPE	4.179.721.56.65	11.675.20		1

11.

[illegible]

377

Miembro del proponente que aprueba el contrato	Objeto y alcance del contrato	Fecha de inicio del contrato	Fecha de Terminación del Contrato	% de participación del miembro su líder del proponente en la estructura plant anterior	País en el que se celebró el contrato	Valor del contrato (Mileado \$)	Valor del contrato en SMMLV (Mileado \$)	Entidad Contratante	Folio de Referencia dentro de la Propuesta	Numero de Relación en el RUP
1 AFH CONSULTORES ASCOMONOS S.C	Asesoría especializada en materia técnica, legal y económica financiera, durante las etapas de preparación de los proyectos de concurso para el otorgamiento de una concesión y el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones derivadas del título de concesión, en el marco del concurso de licitación de la concesión de explotación y mantenimiento del Peaje del Centro Modernización de activos Chetumal-Coleman, Alimónico - Mamario, Llanero de Quetzaro y San Martín Tenelecán, Tuxtla, Nueva Intendencia Atzapa - Atzapa, Nuevo Amaten, Nuevo Amaten - Atzapa, Libramiento de Tixtla Indio Verde - Santa Clara, La Verita - Colón Milán - Tenelecán - Chetumal	04/09/2008	05/05/2013	33.3%	MEXICO	\$ 4,367,687,587.95	7489,18025	SECRETARIA DE COMERCIO Y TRANSPORTE		5
2 PROFIT BANCA DE INVERSION S.A.S	Regular los términos y condiciones bajo las cuales el contratador se obliga a ejecutar para la AGENCIA la construcción especializada que reduce el estado de conservación de la infraestructura vial, en el marco de la Ley 1437 de 2010, en el marco de la Ley 1712 de 2014, legal para entregar en Condonación los Ataqueques de Ernesto Cortissoz, Barranquilla, El Eden - Armero, Barru Salas Vargas - Nueva Guillermo León Valencia Payan y Santa Rosa - Cango, las cuales la AGENCIA pagara al Contratador la Contratación otorgada por el Contratador y aceptada por la AGENCIA durante el Concurso de Menores Adecos Constante en una suma Global de \$	21/12/2012	14/03/2015	30.00%	COLOMBIA	\$ 780,687,324.96	1,211.91	ANI		2

13,081,1

Identificación 79.885.522

Identification 79.835.522

Identification 79.835.522