DOCUMENTO ADJUNTO - RESPUESTA OBSERVACIONES

LICITACIÓN PÚBLICA VJ-VE-APP-IPB-001-2020

NUEVA MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA

PREPARADO POR

MAYO DE 2021

OBSERVACION PRESENTADA POR SACYR CONCESIONES COLOMBIA S.A.S AL INFORME DE EVALUACIÓN

Atendiendo la observación presentada por el proponente, se da respuesta en los siguientes términos:

1. En lo relacionado con la no obligación del revisor fiscal de suscribir el Anexo 17 A, debe tenerse en cuenta El Decreto 392 de 2018, el cual establece:

"Articulo 2.2.1.2.4.2.6. Puntaje adicional para proponentes con trabajadores con discapacidad. En los procesos de licitaciones públicas y concursos de méritos, para incentivar el sistema de preferencias a favor de las personas con discapacidad, las entidades estatales deberán otorgar el uno por ciento (1%) del total de los puntos establecidos en el pliego de condiciones, a los proponentes que acrediten la vinculación de trabajadores con discapacidad en su planta de personal, de acuerdo con los siguientes requisitos: 1. La persona natural, el representante legal de la persona jurídica o el revisor fiscal, según corresponda. certificará el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente o sus integrantes a la fecha de cierre del proceso de selección. 2. Acreditar el número mínimo de personas con discapacidad en su planta de personal, de conformidad con lo señalado en el certificado expedido por el Ministerio de Trabajo, el cual deberá estar vigente a la fecha de cierre del proceso de selección. Verificados los anteriores requisitos, se asignará el1 %, a quienes acrediten el número mínimo de trabajadores con discapacidad, señalados a continuación (…)

Parágrafo. Para efectos de lo señalado en el presente artículo. si la oferta es presentada por un consorcio, unión temporal o promesa de sociedad futura, se tendrá en cuenta la planta de personal del integrante del proponente plural que aporte como mínimo el cuarenta por ciento (40%) de la experiencia requerida para la respectiva contratación (…)"

De conformidad con lo dispuesto en la norma transcrita, cuyo requisito se encuentra contenido en el pliego de condiciones, resulta claro que se debían cumplir tres supuestos para obtener el puntaje correspondiente a la acreditación de personal en condición con discapacidad, estos son (i) Aportar certificación emitida por el revisor fiscal o proponente, según corresponda (Anexo 17 A) (ii) certificado expedido por el Ministerio de Trabajo y (iii) tratándose de estructuras plurales, aportar mínimo el 40% de la experiencia, por parte del integrante de la estructura plural que pretenda acreditar el requisito.

En lo relacionado con el primer supuesto factico establecido en la norma, resulta inequívoco afirmar que la expresión "según corresponda" hace referencia a aquellas personas jurídicas obligadas a tener revisor fiscal, por expresa disposición legal, teniendo en cuenta que el numeral 9 del artículo 207 del código de comercio establece dentro de las funciones de los revisores fiscales, "*9) Cumplir las demás atribuciones* ***que le señalen las leyes*** *o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios".* (Negrilla fuera de texto).

En concordancia con lo manifestado y toda vez que el Decreto 392 de 2018 hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, siendo una norma de orden publico de obligatorio cumplimiento, no existe razón para que se considere que esta función no hace parte de las obligaciones del revisor fiscal al no encontrarse de manera expresa en el artículo 207 del Código de Comercio, toda vez que como se indicó, el numeral 9 es remisorio de cualquier otra norma legal que contemple esta atribución al revisor fiscal.

Corolario de lo expuesto, Colombia Compra Eficiente, en respuesta a consulta, con radicado número 2201913000007603, del 11 de octubre de 2019, señaló:

"(…) *Similar consideración se predica respecto de la certificación de la que habla el artículo*

2.2.1.2.4.2.6 del Decreto 1082 de 2015, adicionado por el artículo 1° de Decreto 392 de 2018, en la que para obtener el 1% adicional de los puntos por personal con discapacidad, se requiere que el representante legal o el revisor fiscal, según corresponda, certifique el número total de trabajadores vinculados a la planta de personal del proponente[1]. En este caso, si el certificado no tiene la firma del revisor fiscal, estando el proponente obligado a contar con uno, el certificado tampoco puede ser tenido en cuenta por carecer de los requisitos que le impone la norma (…)".

De conformidad con lo expuesto, no es de recibo el argumento del proponente relacionado con la no obligatoriedad del revisor fiscal de suscribir el certificado, en los términos indicados.

2. Como primera petición subsidiara, el proponte solicita a la Entidad tener en cuenta el anexo 17 A, aportado dentro del término de traslado del informe de evaluación, el cual se encuentra suscrito por el revisor fiscal, bajo la figura de la "aclaración de la oferta".

Al respecto resulta necesario verificar si el documento aportado por el proponente corresponde a la tipología del subsane o de la aclaración de las ofertas, de conformidad con la clasificación realizada por el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que el requisito contenido en el Anexo 17 A corresponde a un criterio de evaluación, el cual otorga puntaje en los términos señalados en la ley y en el pliego de condiciones.

En este sentido se ha pronunciado el máximo Tribunal Administrativo, indicando:

" (…) *Una norma que debe armonizarse con el artículo 30.6 de la Ley 80 de 1993 es el artículo 30.7 aquí Se trata de un caso especial de adecuación de la oferta al pliego de condiciones; y más que una forma de subsanabilidad es una posibilidad diferente: la oportunidad de aclarar o explicar lo que contiene la propuesta, solo que es discutible la interpretación o conformidad con el pliego. Conforme al art. 30.7 las entidades deben garantizar el derecho que tienen los oferentes de aclarar los aspectos confusos de sus propuestas, facultad que le permitirá a la entidad definir su adecuación o no al pliego.* ***Esta figura constituye una oportunidad propia del proceso de evaluación de las ofertas -que se diferencia de la subsanabilidad -, pues no parte del supuesto de la ausencia de requisitos de la oferta –los que hay que subsanar-, sino de la presencia de inconsistencias o falta de claridad en la oferta, así que el requisito que el pliego exige aparentemente lo cumple la propuesta, pero la entidad duda si efectivamente es así. En otras palabras, no se trata de la "ausencia de requisitos o falta de documentos"*** *-a que se refiere el artículo 25.15 de la Ley 80, y que reitera el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1150- ; sino de la posibilidad de aclarar o explicar lo que existe en la propuesta, por lo que hay que diferenciar el régimen jurídico de subsanabilidad de las ofertas, del régimen de las aclaraciones o explicaciones de las mismas, pues son actuaciones con significado distinto, incluso se apoyan en disposiciones diferentes de la Ley 80: i) la subsanabilidad en el art. 25.15 original, hoy en el parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y ii) las aclaraciones y explicaciones en el art. 30.7 de la Ley 80*"[2](…). (Negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta los parámetros establecidos por el Consejo de Estado, en lo relacionado con las aclaración y subsanes de las ofertas, resulta evidente que el primer grupo corresponde a aquellos requisitos que fueron presentados dentro del proceso de selección, pero respecto de los cuales surgen dudas para la Entidad, el segundo grupo corresponde a aquellos documentos

[2] Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986)

que no fueron presentados, pero que al hacer parte de los requisitos habilitantes, podrán ser aportados hasta antes de la adjudicación. Al respecto es necesario precisar que si bien, la Ley 1882 de 2018 modificó el plazo para allegar documentos, limitándolo solo al termino de traslado, esto no implicó que se hubiera cambiado la naturaleza de los requisitos habilitantes y de los criterios de evaluación, conservándose la identidad de las dos figuras.

Corolario de lo señalado y analizando el caso concreto, forzoso resulta concluir que el Anexo 17 A, aportado por el proponente dentro del termino del traslado, suscrito por la persona facultada por la ley, esto es, por el revisor fiscal, se configura dentro del proceso de selección como un nuevo documento, pues para la Entidad no existía asomo de duda respecto del contenido del Anexo presentado junto con la oferta, por el contrario, lo que da lugar a que no se otorgue el puntaje correspondiente es el hecho de no haberse cumplido el supuesto factico establecido en el Decreto 392 de 2018, resultando necesario por parte del proponente presentar un nuevo documento dentro del término de traslado, no para aclarar dudas, sino para acreditar en sí mismo uno de los requisitos contenidos en la norma citada, incurriendo así el proponente en la figura de la subsanación, la cual no está permitida para los criterios puntuables de la oferta sino solo para los requisitos habilitantes.

En este sentido, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado:

"*La Ley 1150 de 2007 –catorce años después- reasumió el tema, para aclararlo más, arle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar la solución anti-formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el art. 5, parágrafo 1, que: (…) El nuevo criterio derogó el inciso segundo del art. 25.15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó, en esencia, lo que aquél decía, pero lo explicó, añadiendo un texto que lo aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: "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…".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." NOTA DE RELATORIA: Al respecto consultar sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 25804"*[3]

De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del Anexo 17 A, no es de recibo el argumento esbozado por el proponente, toda vez que el certificado aportado dentro del termino de traslado no se configura como una aclaración sino como un subsane, circunstancia que no se encuentra permitida por la ley tratándose de requisitos objeto de evaluación.

3. Como segunda petición subsidiaria, el proponente solicita a la Entidad que sea tenido en cuenta el Anexo 17 A, suscrito por el revisor fiscal y aportado dentro del termino de traslado, bajo la figura del subsane, argumentando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo

[3] Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Noviembre doce (12) de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-1996-12809-01(27986)

5 de la ley 1150 de 2007, en todo proceso de selección debe primar lo sustancial sobre lo formal.

Al respecto, es necesario traer a colación lo dispuesto en el parágrafo primero del articulo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, en el que se establece:

"***PARÁGRAFO 1o.*** *<Parágrafo modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> 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, deberán ser solicitados por las entidades estatales y deberán ser entregados por los proponentes hasta el término de traslado del informe de evaluación que corresponda a cada modalidad de selección****, salvo lo dispuesto para el proceso de Mínima cuantía y para el proceso de selección a través del sistema de subasta. Serán rechazadas las ofertas de aquellos proponentes que no suministren la información y la documentación solicitada por la entidad estatal hasta el plazo anteriormente señalado*". (Negrilla fuera de texto).

De la norma transcrita se advierte la obligación que le asiste a las entidades del estado de solicitar a los proponentes todos los documentos y requisitos para subsanar sus ofertas respecto de los criterios habilitantes, realizando una excepción expresa de la aplicación de esta figura en relación con los factores de evaluación.

En este sentido, el argumento presentado por el proponente resultaría valido, solo si el Anexo 17 A correspondiera a la acreditación de un requisito habilitante, cuya omisión conllevara al rechazo de la oferta, pero por el contrario, y como se indicó en el numeral precedente, la consecuencia de la no presentación del Anexo 17 A es no otorgar el puntaje relacionado con la acreditación de personal en condición de discapacidad, circunstancia que resulta insubsanable de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y con lo dispuesto en el precepto normativo trascrito.

Bajo esta premisa, resulta claro que no se esta dando una indebida aplicación del parágrafo 1 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 5 de la Ley 1882 de 2018, pues este regula un supuesto factico diferente al alegado por el proponente, en este sentido no se acoge la observación presentada.

Elaborado por: COMITÉ EVALUADOR KONFIRMA S.A.S.
Aprobado por : AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI