RESOLUCIÓN No. - - 0417

( )

20 MAY 2019

Por la cual resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 365 del 30 de abril de 2019 *"Por medio de la cual se declara desierto el proceso de Invitación N° 003 de 2019, cuyo objeto es "Plan Maestro De Acueducto: Acueducto Complementario Fase II A Etapa 2 Construcción Sistema Matriz de Abastecimiento de Agua Potable al Sector Sur de la ciudad de Ibagué"*

EL GERENTE GENERAL DE LA EMPRESA IBAGUEREÑA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL

En uso de sus atribuciones legales y en especial de las conferidas por los artículos 42 y 44 del Acuerdo de Junta Directiva 001 de 2014 *"Por el cual se establece el Manual de Contratación de la* ***EMPRESA IBAGUEREÑA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO "IBAL" S.A. E.S.P. OFICIAL"***, los artículos 74 y 76 de la ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes y complementarias, y

CONSIDERANDO

Que por medio de la resolución de Gerencia número 155 de 26 de febrero de 2019, se ordenó dar inicio al proceso de invitación No. 003 de 2019 para modalidad contratación cuando la cuantía supere los 2500 SMLMV, cuyo objeto es **"PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO: ACUEDUCTO COMPLEMENTARIO FASE II A ETAPA 2 CONSTRUCCION SISTEMA MATRIZ DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE AL SECTOR SUR DE LA CIUDAD DE IBAGUE".**

Que el 22 de marzo de 2019, a las 4:17 p.m. se realizó públicamente el acta de cierre y apertura de sobres del proceso de invitación No. 003 de 2019.

Que las propuestas recibidas dentro del término previsto en el cronograma de la invitación fueron remitidas al comité evaluador, quien procedió de conformidad a evaluarlas, mediante informe de evaluación preliminar de fecha 23 de abril de 2019.

Que el comité evaluador en su informe de evaluación preliminar de fecha 23 de abril de 2019, recomienda al ordenador del gasto declarar desierta la convocatoria.

Que el 25 de abril de 2019, se recibieron observaciones y subsanación de documentos, los cuales se remitieron por competencia al comité evaluador.

Que el 29 de abril de 2019, el comité evaluador da respuesta a las observaciones y emite informe de evaluación definitivo del proceso de invitación No. 003 de 2019 y en el concluye que:

- El proponente UNIÓN TEMPORAL AGUA POTABLE 2019, incurre en las causales de rechazo de contempladas en el acta de evaluación definitiva de acuerdo al pliego de condiciones.
- El CONSORCIO QSF11E2 dentro del término de traslado del acta de evaluación el oferente NO SE PRONUNCIO, e incurre en las causales de rechazo de contempladas en el acta de evaluación definitiva de acuerdo al pliego de condiciones.
- El CONSORCIO ACUEDUCTO IBAGUE 2019, incurre en las causales de rechazo de contempladas en el acta de evaluación definitiva de acuerdo al pliego de condiciones.

Que mediante informe de evaluación definitivo de fecha 29 de abril de 2019, el comité evaluador **ratifica** la recomendación al ordenador del gasto de declarar desierta la convocatoria.

Que la respuesta de observaciones y acta de evaluación definitiva del proceso fue publicada en la página web www.ibal.gov.co y en el portal SECOP www.contratos.gov.co. el día 29 de abril de 2019.

Que a través de la Resolución 365 de 30 de abril de 2019, acogiendo la recomendación dada por el comité evaluador en su informe definitivo de fecha 29 de abril de 2019, el Gerente General de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL resolvió DECLARAR DESIERTO el proceso de invitación N° 003 de 2019, cuyo objeto es *"PLAN MAESTRO DE ACUEDUCTO: ACUEDUCTO COMPLEMENTARIO FASE II A ETAPA 2 CONSTRUCCION SISTEMA MATRIZ DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE AL*

SECTOR SUR DE LA CIUDAD DE IBAGUE", en razón a que las propuestas presentadas, no cumplieron con las condiciones y requisitos exigidos por la empresa en el pliego de condiciones definitivo y en consecuencia de lo anterior se autoriza iniciar nuevamente el proceso de contratación privada conforme lo descrito en el parágrafo del artículo 16 del manual de contratación del IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL, acudiendo al trámite de la invitación a contratar de cuantía de 1.000 a 2.500 S.M.L.M.V., a partir de la publicación de los pliegos de condiciones definitivos.

Que dentro del término legal para interponer recurso de reposición en contra del acto administrativo por medio del cual se declaró desierto el proceso de selección, se recibió escrito presentado por el Sr. JORGE ORLANDO FRANCO AGUDELO, en su calidad de representante legal del oferente CONSORCIO ACUEDUCTO IBAGUE 2019, por medio del cual interpone RECURSO DE REPOSICION en contra de la resolución 365 de 30 de abril de 2019, exponiendo, entre otros, los argumentos que en acápite posterior nos permitimos enumerar y resumir en lo esencial, entendiendo que aquellos se constituyen en los motivos de disenso frente a la decisión de la administración, y sobre los cuales inmediatamente después de cada uno de ellos se expondrán los argumentos por los cuales la Gerencial General de la Empresa, entiende como improcedentes los mismos.

El recurrente solicita se tengan como pruebas:

a) La resolución 365 de 2019.
b) El acta de evaluación definitiva.
c) La certificación del contrato LICO-GAMDT-006-2011.
d) El manual de contratación del IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL.

Finalmente, dentro de su escrito contentivo del recurso de reposición, el representante legal de la estructura plural, elevó las siguientes solicitudes, principal y subsidiarias:

1) Reponer la resolución 365 de 30 de abril de 2019 por medio de la cual se declaró desierto el proceso de invitación No. 003 de 2019 y en su reemplazo proceder a adjudicar el contrato emanado de dicha invitación al oferente CONSORCIO ACUEDUCTO IBAGUE 2019,

2) Subsidiariamente ordenar la REVOCATORIA del proceso de invitación N°003 de 2019, la nulidad de la resolución 365 de 2019 y la inaplicación del parágrafo del artículo 16 del manual de contratación.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

I. OPORTUNIDAD Y SATISFACCIÓN DE REQUISITOS DEL RECURSO.

La resolución objeto de impugnación fue emitida el 30 de abril de 2019, y publicada en las plataformas de contratación el 2 de mayo de 2019, conforme el plazo ordenado por Colombia Compra Eficiente. El recurso fue interpuesto el 7 de mayo de 2019, esto es, dentro del término contenido en el artículo 76 de la ley 1437 de 2011, por lo cual se considera oportuno en su interposición; igualmente se avizora que el recurso cumple con los requisitos de que trata el artículo 77 de la misma norma, por lo cual el Despacho procederá a desatar de fondo el mismo en decisión que se contendrá en el presente acto administrativo.

II. COMPETENCIA DEL DESPACHO

Conforme lo establecido en el artículo 76 de la ley 1437 de 2011 y el Manual de Contratación, el Gerente General de la Empresa, es el servidor público competente para decidir sobre la adjudicación o declaratoria de desierto de un proceso de selección contractual, y consecuentemente, decidir el recurso de reposición que se interponga contra la última de las mencionadas decisiones.

III. DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO Y DECISIÓN.

Con el propósito de atender de manera completa los argumentos esbozados por el proponente recurrente, nos permitiremos en este acápite, condensar cada uno de los motivos de disenso que nos permitimos enumerar del 1) al 5), para, a renglón seguido, realizar las consideraciones que la Gerencia General estima como pertinentes para contestar cada una de estas ideas; así:

1) El acta de evaluación desconoce el principio de selección objetiva y de transparencia en cuanto al oferente CONSORCIO ACUEDUCTO IBAGUE

2019, ya que de la verificación de los criterios de admisión jurídicos, técnicos, financieros y económicos, esta oferta cumplía y en su criterio era la más favorable, sin embargo en la verificación de experiencia se imputa una causal de rechazo al no reconocer el documento de certificación de experiencia allegado y que corresponde al contrato LICO-GAMDT-006-2011, celebrado con el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Tulcán- Ecuador, y que según su criterio contiene todos los datos e información necesaria para validar la experiencia del consorciado CONSTRUCPIEDRA LTDA.

El Consejo de Estado ha dicho que solo excepcionalmente una vez aperturado un proceso de selección contractual éste puede resultar en una decisión de declaratoria desierta del mismo, se ha establecido que se recurre a esta excepción únicamente cuando ninguno de los proponentes que decidieron concurrir al proceso, cumplieron con la totalidad de los requisitos allí contenidos que permitieran determinar bajo el principio de selección objetiva cual hubiera sido la oferta más favorable, lo cual es consonante con el artículo 42 del manual de contratación de la empresa.

El pliego de condiciones definitivo es el documento que disciplina el procedimiento, por lo que tanto los proponentes como la entidad, entiéndanse, los evaluadores y el representante legal deben honrarlo en la toma de la decisión final y deberán sujetarse, únicamente, y de manera inexcusable al mismo, sin que sea posible apartarse de su contenido, excepto en el caso en que sea procedente la inaplicación de una de sus cláusulas por ser ineficaz de pleno derecho; sin embargo esta es una figura propia de las entidades que están sometidas en su régimen contractual al estatuto general de contratación de la administración pública ley 80 de 1993 y dicha figura está prevista en ese cuerpo normativo, en el numeral 5 inciso 2) literal f) del artículo 24 principio de transparencia *"Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados"*. En todo caso, debe decirse que, por ningún motivo con la exigencia de presentación de copia del contrato legible, que se contuvo en el pliego, se contravino el principio de transparencia.

Hechas estas precisiones, es meridianamente claro que los requisitos de habilitación establecidos en el pliego de condiciones, que fueron de índole, jurídico, financiero,

técnico y de experiencia, deberían ser superados por los oferentes para poder acceder, válida y sin condicionamiento alguno a ser sujetos de calificación de su oferta presentada.

En el requisito habilitante de experiencia específica desde el inicio en el proyecto de pliego de condiciones que se publicó, se requirió para poder acreditar dicha experiencia cuando la misma hubiera sido ejecutada con una entidad pública, que se aportara copia legible el contrato, y además de ello, acta de liquidación final y/o acta de recibo final de obra, numeral 4.4.2.

En esta instancia, no puede caber duda que el comité evaluador le dio a conocer al proponente que recurre en reposición la decisión de declaratoria de desierto del proceso, que su propuesta No se había sujetado desde el inicio a las reglas claramente establecidas en el pliego de condiciones, y que, por tal virtud, no cumplía con el requisito del pliego.

Además de ello, el comité fue preciso en indicar que ese aspecto no podía ser sujeto de subsanación, toda vez que, la experiencia específica en el proceso de selección además de establecerse como requisito de habilitación, se estableció como factor de ponderación, y como es bien sabido por todos los partícipes del sistema de compras públicas colombiano, la subsanabilidad de una oferta no está permitida para aquellos factores que sirven de comparación, como lo son los factores de calificación y/o evaluación, ni siquiera para las entidades sometidas a la ley 80 de 1993, conforme a la modificación que el artículo 5° de la ley 1882 de 2018, introdujo al parágrafo 1° del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, en concordancia con el artículo 36 del manual de contratación de la empresa. Por demás el proponente, en todo caso, tomó como decisión abstenerse oficiosamente de presentar la copia de tal contrato, pues está probado que guardó silencio frente a ese aspecto.

Recordemos que en la oportunidad que tuvieron los interesados en el proceso de selección desde su etapa de borrador de pliego de condiciones para llevar a cabo observaciones respecto al contenido del mismo y solicitar la modificaciones que estimaran necesarias, previa justificación de la necesidad de aquellas, NADA SE DIJO, con respecto a los documentos de necesario aporte para acreditar el requisito de experiencia específica, por lo que desde el inicio hasta el final del proceso, resultó

absolutamente claro, que el contrato celebrado con entidad pública debía ser objeto de presentación en copia legible, de manera impajaritable.

En ese orden de ideas, No pueden ser de recibo para la entidad las razones expuestas por el recurrente al sugerir como una práctica de discrecionalidad el haber exigido la copia del contrato, como si la misma no hubiera estado claramente establecida en el pliego de condiciones; todo lo contrario, hubiese sido un acto de discrecionalidad, sin sustento alguno, que el comité evaluador se hubiera abstenido de requerir la presencia de tal copia del contrato, pues de ser así, sí se hubiesen desconocido las reglas del pliego.

A continuación, en una sola idea argumentativa, atenderemos los motivos de disenso que hemos enumerado como el motivo número dos, y el motivo número tres; así:

2) La certificación aportada para validar la experiencia goza de presunción de legalidad y cuenta con el lleno de requisitos para su validez y no podía ser desconocido por el comité evaluador, ni tachado de no veraz o inconsistente por una simple consulta a una página web desactualizada.

3) El comité evaluador desconoció flagrantemente un documento legal y se extralimitó en sus funciones al buscar convalidar dicha certificación con otro documento, vulnerando el contenido de los tratados internacionales y las normas de Colombia Compra Eficiente, así como el contenido del pliego de condiciones según el cual solo se exigirá el apostille para validar los documentos otorgados en el exterior.

En defensa de las actuaciones del comité evaluador y de la entidad, se estima que las labores de corroboración que fueron desplegadas por los miembros del comité evaluador para verificar, contra otros documentos oficiales, publicados en una página web del gobierno del país hermano con el propósito de obtener claridad con respecto a la información que se adjuntó en la oferta, no escapa de la órbita de sus responsabilidades, ni puede considerarse configuró extralimitación en el ejercicio del rol o función que le fue asignada a los servidores públicos, por cuanto no es posible reprochar a quienes ejercen esta actividad, que la efectúen con todo cuidado para de

esta manera blindar las toma de sus decisiones, y blindar correlativamente finalmente a la entidad, en la toma de las decisión de adjudicación o de declaratoria desierta del proceso, como fue el caso que nos ocupa.

4) Considera violados los derechos del Consorcio Acueducto Ibagué 2019, que comportan la evaluación de su oferta en condiciones de objetividad y transparencia, que su propuesta debió ser adjudicataria del contrato, lo cual genera una expectativa pecuniaria y al no darse trae como consecuencia el derecho a la indemnización.

La propuesta en su integridad y con absoluta transparencia y objetividad fue objeto de evaluación, considerándose por parte del equipo interdisciplinario integrante del comité evaluador, que la misma no satisface los requisitos de experiencia exigidos a la luz del pliego de condiciones. La verificación preliminar y posterior confirmación han sido en criterio de este funcionario, validadas desde el punto de vista técnico y jurídico sin lugar a considerar violada la mera expectativa del recurrente y menos aún su derecho indemnizatorio. No puede generarse un perjuicio y consecuentemente la obligación de reparar sobre una oferta que No cumplió con los requisitos del pliego de condiciones definitivo.

Se recuerdan y se confirman las razones de inhabilitación y rechazo de la oferta del proponente que hace uso del recurso de reposición, estas fueron su No cumplimiento del requisito habilitante de experiencia específica, activándose la causal "***c) cuando no cumpla con los requisitos habilitantes exigidos en la presente invitación***", y además, la causal "***l) cuando en la propuesta se encuentre información o documentos que contengan datos no veraces y/o tergiversados, frente a lo cual, la entidad se reserva el derecho de verificar la información aportada por los oferentes y de rechazar las propuestas en las cuales se incluye información y/o soportes inconsistentes o que no correspondan a la realidad y por ende atenten contra el principio de la buena consagrados en el artículo 83 de la constitución política***", conclusión ultima a la que arribó el comité evaluador luego de agotar las precisas posibilidades que inclusive, le otorgaba esta misma causal de rechazo del pliego en el aparte inmediatamente atrás subrayado. (Negrillas y subrayado ajeno al texto de origen).

5) Finalmente solicita se declare la nulidad del acto administrativo y su revocación por vicios de legalidad del proceso de contratación, por inobservancia de los términos contenidos en el manual de contratación, en especial el contenido en el artículo 16 inciso 4, pues el termino entre la publicación del pre pliego de condiciones y la presentación de las ofertas deberá ser hasta 15 días hábiles, lo cual no ocurrió pues de postergó hasta los 59 días calendario; igualmente alude vulneración del artículo 32 del manual de contratación al publicar las 11 adendas de modificación del cronograma pues lo que debió haber hecho fue suspender el proceso, así como que se publicaron las adendas en horario no permitido.

Se hace indispensable precisar al recurrente que la técnica jurídica impide la acumulación de las solicitudes de su escrito, que por un lado pretenden la reposición de la resolución 365 de 2019 y por el otro solicita la revocatoria del proceso contractual y nulidad del procedimiento.

El control de legalidad del procedimiento adelantado en virtud de la invitación No. 003 de 2019, se realizó por el suscrito mediante la expedición de la Resolución 365 de 30 de abril de 2019, sin avizorar vicio de legalidad de impidiera culminar el proceso declarándolo desierto.

El recurrente cita vicios de legalidad del proceso de contratación por inobservancia de los términos contenidos en el manual de contratación, en especial de los artículos 16 inciso 4° y 32.

La Ordenación del gasto entiende que los plazos de duración de las convocatorias en lo que respecta al plazo para presentar ofertas, y los plazos para evaluar y responder observaciones efectuadas frente a los informes de evaluación, apuntan a que se imprima celeridad a la actuación contractual de la administración.

Sin embargo aquellos (los plazos), no pueden ser de inexorable observancia, en todos los casos, pues pueden presentarse situaciones en que la administración se vea en la necesidad de ampliar o alargar los mismos, por diferentes motivos, tales como, la satisfacción del principio de pluralidad de oferentes (materializado en el alargamiento del término de entrega de ofertas), o por necesidades que surjan sobre el contenido

del pliego de condiciones, o la labor de evaluación, tales como, aplazamientos solicitados por el comité evaluador para: a) el análisis de las observaciones presentadas por los interesados al proyecto de pliego de condiciones; b) la evaluación de las ofertas y c) la respuesta a las observaciones a la evaluación final.

Aunque las circunstancias en el inciso inmediatamente anterior descritas, forzosamente ocasionan la extensión en su plazo de la duración del proceso de selección, finalmente conllevaron a que los miembros del comité evaluador adquirieran el conocimiento suficiente y necesario que les permitiera obtener la tranquilidad para la toma de su decisión de recomendar al ordenador del gasto de la entidad adjudicar, o como es el caso que nos ocupa, declarar desierto el proceso de selección, y como no decirlo, también conllevó finalmente a que la Gerencia General, revisando los antecedentes sobre la actuación del comité evaluador, decidiera acoger la recomendación que el comité evaluador le hiciere en ese sentido.

Por demás, las adendas modificatorias de los plazos sucedieron de conformidad con el manual de contratación de la Empresa, y fueron debidamente publicadas según las directrices y orientaciones de la agencia de contratación Colombia Compra Eficiente en concordancia con los artículos 1 y 2 del Acuerdo de Junta Directiva 004 de 2015 (manual de contratación de la Empresa), sin que se crearan o aperturaran etapas no previstas en el manual de contratación, o en el documento de invitación pública (pliego de condiciones definitivo).

Por lo anterior no se evidencia causal de nulidad que vicie el proceso de contratación adelantado y por ende se entiende culminado el mismo, por el No cumplimiento por parte de ninguna de las ofertas, incluida por supuesto la del oferente que recurre en reposición, en tanto a los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, definitivo.

De acuerdo con los argumentos ampliamente expuestos, para el despacho no son de recibo los planteamientos del recurrente, por lo cual se confirmará en su integridad el contenido de la resolución 365 de 30 de abril de 2019, decisión que incluye la negación de la solicitud de revocatoria del proceso de invitación No. 003 de 2019, y de las solicitudes de nulidad de la resolución 365 de 2019 e inaplicación del parágrafo del artículo 16 del manual de contratación.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO REPONER la Resolución N° 365 de 30 de abril de 2019 y en consecuencia CONFIRMAR íntegramente su contenido.

ARTICULO SEGUNDO: Contra la presente resolución no procede ningún recurso.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

CARLOS FERNANDO GUTIERREZ GAMBOA
GERENTE GENERAL
IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL

Proyectó: Juan Manuel Aza Murcia.- Asesor Externo IBAL S.A. E.S.P. OFICIAL