

JSG-

Armenia, mayo 07 de 2014

Ingeniero
PEDRO EMILIO PEREZ

asunto: Respuesta observaciones proceso de selección invitación pública "CONSTRUCCIÓN COLECTOR ZANJON HONDO, TRAMO III SECTOR INSTITUCION EDUCATIVA LA NORMAL BARRIO LAS AMÉRICAS HASTA LA URBANIZACIÓN LOS ANDES DEL MUNICIPIO DE ARMENIA "

Por medio de la presente y en atención a su solicitud nos permitimos responder las observaciones realizadas por usted a los proyectos de términos de referencia de la siguiente manera

Observación del proponente:

1.0 acorde a lo dispuesto en el numeral 2.5 "VISITA AL SITIO DE EJECUCION DE LAS OBRAS" nos permitimos solicitar a la entidad modificar el siguiente párrafo "*En caso de personas jurídicas podrá asistir su representante legal. Cuando se trate de consorcios o uniones temporales deberán asistir todos los miembros del CONSORCIO o LA UNIÓN TEMPORAL, al momento de presentación de la oferta deberán coincidir íntegramente los integrantes del consorcio o la unión temporal con los relacionados en la visita.*"

Lo anterior debido a que resulta poco practico, excluyente y anticonstitucional que el representante legal o los integrantes del consorcio no puedan delegar su representación, puesto que dicho requisito resulta excluyente vulnerando así el principio constitucional de igualdad ya que para ser representante legal de una empresa constructora no necesariamente se tiene que ser ingeniero civil o Ingeniero Sanitario, se entiende así que ¿aquellas empresas constructoras cuyo objeto social u actividad comercial sea a fin al objeto del contrato y cuyo representante legal no posea el titulo solicitado por la entidad será excluido por esta simple razón?

De conocimiento público es que de igual forma la visita técnica no constituye un factor determinante en la calidad o idoneidad para restringir la participación de un oferente a un proceso de selección cualquiera tanto así que el Honorable Consejo de Estado y la misma procuraduría se han pronunciado al respecto sobre este tema.

Se cita pronunciamiento de la Procuraduría respecto a la visita técnica (Procuraduría General de la Nación con radicado IUS-1540-2010 del 25 de enero de 2011:

“Se deberá recordar a la Administración que la no asistencia de un interesado a la visita técnica al lugar de las obras, no compromete su capacidad para efectuar un ofrecimiento. Los riesgos de la contratación, así como su alcance técnico, económico y financiero son establecidos por la entidad en el pliego de condiciones y demás documentos del proceso, en los que se determina la ubicación geográfica de los trabajos y demás aspectos relevantes del proceso. Dada la experticia en el tema de los interesados, los mismos pueden determinar el alcance técnico de los trabajos sin acudir a la visita de obra, o efectuar la misma en un momento distinto al programado por la entidad contratante. (...) Por lo expuesto, este Despacho considera que no puede ser obligatoria la visita técnica”.

En consecuencia se considera que no puede tener el carácter de obligatoriedad ni ser indelegable la asistencia a la visita de obra

Respuesta:

La entidad ve viable modificar el párrafo solicitado por cuanto no ve necesario que asistan todos los integrantes el consorcio y/o unión temporal a la visita, por lo anterior hará la respectiva modificación en los términos de referencia definitivos.

Observación del proponente:

2.0 Según lo descrito en el numeral 4.2.1 “EXPERIENCIA GENERAL” solicitamos a la entidad no imponer condiciones que restrinjan la libre concurrencia y suprimir el requisito de experiencia general para personas jurídicas y naturales puesto que dicho requisito resulta excluyente.

Es necesario hacer notar a la entidad, el carácter irrelevante de esta exigencia dentro de un proceso de selección ya que la misma debe orientarse hacia la plena capacidad jurídica que deben tener los posibles oferentes y no direccionarla a la exigencia de un requisito ligado al tiempo de constitución de la persona jurídica, o el tiempo contado a partir de la fecha en que obtuvo el título o el grado o se expidió la matrícula profesional de la persona natural, dado que esto no es mas que, una calificación ligada simplemente a un elemento temporal, que no demuestra ningún hecho que acredite la experiencia efectiva de los proponentes.

Al respecto nos permitimos citar concepto del consejo de estado: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 21 de septiembre de 2000, Expediente 1286 y concepto del 18 de septiembre de 1987, Expediente 143

La capacidad puede revestir dos formas: i) capacidad jurídica o de goce: que hace referencia a la idoneidad que tienen todas las personas para ser titulares de derechos. Es un atributo propio de las personas (art. 14 de la C.P.), pues todas la tienen por el sólo

hecho de serlo; y ii) capacidad de ejercicio o de obrar o legal (inciso final art. 1502 C.C.), que se refiere a la aptitud de ejercer por sí mismo sus derechos sin requerir de la autorización de otra persona, y no es atributo propio de la persona, porque hay personas que son incapaces, es decir, sujetos que no pueden ejercer sus derechos por sí mismos. **La capacidad legal o de ejercicio es la que interesa para el estudio del cargo, esto es, aquella que consiste en la aptitud jurídica para poderse obligar válidamente una persona por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra, de conformidad con el ordenamiento jurídico.** La ley presume la capacidad de las personas naturales, salvo cuando ella misma las tenga como incapaces; de todos modos es claro que para que las personas naturales puedan suscribir contratos estatales se requiere su mayoría de edad (Ley 27 de 1977), pues de lo contrario tendrían que actuar a través de otro; la capacidad de las personas jurídicas (art. 633 C.C.) está relacionada con su objeto social, y tratándose de sociedades comerciales su capacidad está circunscrita al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto, en virtud del principio de especialidad consagrado en la legislación mercantil (art. 99 C.Co.) En materia de contratación estatal, el artículo 6 de la Ley 80 de 1993, a propósito de la capacidad prescribe que: (i) “[p]ueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes”; (ii) “[t]ambién podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales”; y (iii) “[l]as personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más”. Esta norma se aplica en consonancia con el artículo 8 ibídem y demás normas concordantes que establecen restricciones en la contratación estatal para la celebración de los contratos como son las inhabilidades e incompatibilidades, (...) Así mismo, la Ley 80 de 1993 (art. 7) consagró las figuras de los consorcios y las uniones temporales a las que se les permite proponer, celebrar y ejecutar contratos, tal y como se menciona en el artículo 6 ibídem. De otra parte, la capacidad legal o de ejercicio, como elemento esencial para la validez del contrato, vale decir, la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, en las relaciones negociales del Estado, por lo que respecta a la entidad estatal contratante, suele manejarse bajo la noción de “competencia”, expresión nítida del principio de legalidad (arts. 6, 121, 122 y 123 C.P.). (...) En suma, para la celebración de los contratos estatales es necesaria no solo la existencia de los sujetos o partes, particular y entidad pública, sino que éstas tengan capacidad de ejercicio, lo que equivale a decir que sean aptas para ejercer por sí mismas sus derechos y contraer obligaciones, sin autorización de otras.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA - ARTICULO 14 / CODIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTICULO 1502 - INCISO FINAL / CODIGO CIVIL COLOMBIANO - ARTICULO 1503 / LEY 27 DE 1977 / CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO - ARTICULO 99 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 6 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 7 /

Si bien, es de nuestro conocimiento, que como entidad, las EMPRESAS PUBLICAS DE ARMENIA cuenta con manual de contratación propio, el art 13 de la ley 1150 de 2007 enmarca los principios generales que deben aplicar las entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública y que no son otros que los principios orientadores de la función administrativa y de la gestión fiscal en los que se enmarcan la selección objetiva, economía, debido proceso y la libre competencia, los cuales la entidad

debe acatar a cabalidad para el proceso de la referencia así como los principios jurisprudenciales reconocidos por el Consejo de Estado.

PRINCIPIO DE LA LIBRE CONCURRENCIA: -Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15235.

“La libre concurrencia, conlleva entonces, a la no discriminación para el acceso en la participación dentro del proceso de selección, a la vez que posibilita la competencia y oposición entre los interesados en la contratación.

*Consecuencia de este principio es el **deber de abstención para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección**, por lo que resulta inadmisibles la inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas limitativas que no se encuentren autorizadas por la Constitución y la Ley, puesto que ellas impiden la mas amplia oportunidad de concurrencia y atentan contra los intereses económicos de la entidad contratante, en razón a que no permiten la consecución de las ventajas económicas que la libre competencia del mercado puede aparejar en la celebración del contrato...”*

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 24715 dic. 3 de 2007, Magistrado Ponente. Ruth Stella Correa Palacio.

*“En este de ideas, se concluye que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina el principio de libre concurrencia **consiste en la igualdad de oportunidades de acceso a la participación en un proceso de selección contractual (C.N. art. 13) y a la oposición y competencia en el mismo de quienes tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración**, en el marco de las prerrogativas de la libertad de empresa regulada en la Constitución Política, destinada a promover y estimular el mercado competitivo (C.N. arts. 333 y 334)”*

Por otra parte el mismo Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto en cuanto a la exigencia y calificación del criterio de experiencia general o probable:

CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA-SUBSECCION B-Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO-Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil doce (2012) -Radicación número: 17001-23-31-000-1997-08034-01(20688)-Actor: CONSORCIO HENAO-RODRÍGUEZ-Demandado: MUNICIPIO DE LA DORADA

Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho (asuntos contractuales)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de enero de 2001, proferida por la Sala de Descongestión de los Tribunales Administrativos de Antioquia, Caldas y Chocó...

... La fecha de constitución de la sociedad tomada del certificado de existencia y representación legal o del certificado del registro de proponentes, expedidos por la Cámara de Comercio, en el caso de personas jurídicas, o de la expedición del diploma o del acta de grado o de la tarjeta profesional para el caso de las personas naturales, si bien marca la pauta legal para ejercer la actividad social o la respectiva profesión, esta circunstancia en sí misma no acredita la experiencia de las personas que aspiren a contratar con el Estado, es decir, el conocimiento adquirido a través del tiempo por el ejercicio del objeto de la sociedad o de una profesión, según se trate.

... En síntesis, la estipulación referida es una regla que no cumple las características de objetividad y razonabilidad exigidas, como se expuso, lo cual la torna ineficaz de pleno derecho, a la luz de lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993^[1].

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a la entidad eliminar la restricción del párrafo cuarto, quinto y sexto del numeral 4.12.1 Experiencia General que cita:

EL PROPONENTE PERSONA NATURAL DEBERÁ ACREDITAR UNA EXPERIENCIA GENERAL, COMO INGENIERO CIVIL, INGENIERO SANITARIO, DE AL MENOS DIEZ (10) AÑOS DESDE LA EXPEDICIÓN DE SU MATRICULA PROFESIONAL, CONTADOS A LA FECHA DE CIERRE DE LA PRESENTE INVITACIÓN.

PARA EL CASO DE LAS PERSONAS JURIDICAS DEBERÁN ACREDITAR UNA EXISTENCIA DE AL MENOS (05) AÑOS ANTERIORES A LA FECHA DE CIERRE DE LA PRESENTE INVITACIÓN, pero su representante o el socio que abala la oferta deberá contar con 10 años de la expedición de su matrícula profesional conforme al párrafo anterior.

CADA UNO DE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO O LA UNIÓN TEMPORAL, DEBERÁ ACREDITAR LA TOTALIDAD DE LA EXPERIENCIA SEÑALADA EN LOS DOS PUNTOS INMEDIATAMENTE ANTERIORES. NO SERÁ VALIDA LA SUMATORIA DE LA EXPERIENCIA GENERAL DE LOS MIEMBROS DEL CONSORCIO O UNIÓN TEMPORAL

Respuesta:

No se acepta la observación presentada, ya que se considera la experiencia como elemento importante dentro de la ejecución de cualquier obra pública, razón por la cual sus calidades (experiencia, capacidad e idoneidad), deben ser acordes y suficientes para la magnitud y valor de las actividades que serán ejecutadas, estamos seguros que este factor le aportará calidad y cumplimiento a las obras objeto del proceso de selección.

Este requisito no restringe de manera alguna ni la libre concurrencia, ni le resta de manera alguna pluralidad de oferentes, toda vez que desde la publicación de proyecto de pliego de condiciones y durante la etapa de publicación del pliego definitivo, los interesados pueden solicitar y obtener las certificaciones exigidas, así como pueden revisar sus archivos con el fin de acreditar las condiciones de su experiencia y presentar en tiempo la documentación indicada en los términos de referencia.

Observación del proponente:

Solicitamos a la entidad no se hagan exigencias absurdas de experiencia que lo único que hacen es facilitar el direccionamiento malintencionado y subjetivo del proceso, lo anterior, observando que se hacen solicitudes de experiencia de ítems que carecen de peso dentro de las obras que se pretenden realizar y que pocos contratistas las pueden tener como son el

- Corte y retiro de guadua mayor o igual a 200m2
- Gaviones en geomalla mayor o igual a 200m2
- Trincho en guadua en una cantidad mayor o igual a 100ml

Ítems que dentro de las actividades a desarrollar pesan menos del 1% sobre el valor total del contrato

Por lo tanto solicitamos a la entidad limitar la experiencia solicitada a excavaciones, rellenos y tuberías que son los ítems principales a desarrollar en el contrato que se derive del presente proceso.

Respuesta:

La experiencia específica solicitada por la entidad en los proyectos de términos de referencia, es acorde y proporcional en todo sentido al objeto del contrato a ejecutar, tiene como finalidad que el futuro contratista halla realizado obras de similar envergadura y objeto (colectores de aguas residuales). Con la finalidad de ampliar aun más la participación en el presente proceso precontractual, la Entidad ve viable modificar algunos ítems, situación que se verá reflejada en los términos de referencia definitivos.

Observación del proponente:

Acorde a lo estipulado en el numeral 4.6 “ CLASIFICACION EN EL REGISTRO UNICO DE PROPONENTES”

Solicitamos a la entidad no restringir la participación mediante exigencia se solicita a la entidad modificar la codificación requerida ya que la misma hace referencia al suministro de tubos plásticos y de caucho, requerimiento caprichoso que lo único que logran abrir una ventana a la posibilidad de atentar contra la transparencia del proceso, vulnerar el principio libre concurrencia y no garantiza a la entidad la pluralidad de oferentes, ya que dicho requerimiento es excluyente y limita la participación a unos pocos, pudiéndose prestar dicha situación para un direccionamiento subjetivo que favorezca a unos pocos proponentes que simplemente cumplan con tan caprichoso requisito donde la acreditación de estos no ofrece un valor agregado a las condiciones de calidad ofertadas

ni demuestra desde el punto de vista técnico y/o jurídico la idoneidad de un oferente respecto a otro que cuente con la experiencia suficiente para garantizar los objetivos de la entidad en el presente proceso. como se mencionó anteriormente, tal exigencia resulta nociva a la concurrencia del mismo

Respuesta:

Con el objeto de ampliar aun más la participación, la Entidad ve viable incluir nuevas clasificaciones en el Registro Único de Proponentes, situación que se verá reflejada en los términos de referencia definitivos.

Atentamente,

JAVIER ROA RESTREPO

Director Jurídico y secretario General de EPA ESP