


## INFORME DE SUPERVISIÓN FINAL

<b>CONTRATO No. OTFNT-043 de 2016</b>													
<b>INFORME FINAL</b>													
<b>IDENTIFICACION</b>													
<b>OBJETO:</b> ELABORAR CON TODOS LOS RECURSOS JURÍDICOS DISPONIBLES CONCEPTO JURÍDICO EN RAZÓN DE LA HABILITACIÓN O RECHAZO DE UN PROPONENTE DENTRO DE LA INVITACIÓN ABIERTA A PRESENTAR PROPUESTAS FNT-096-2015.													
<b>CONTRATISTA:</b> ESGUERRA ASESORES JURIDICOS S.A. NIT. 900.007.251-9													
<b>VALOR TOTAL:</b> \$7.540.000 incluido IVA													
<b>VALOR INICIAL:</b> \$7.540.000 incluido IVA   <b>Adición:</b> N/A													
<b>VIGENCIA:</b> Quince (15) días a partir de la suscripción de la OT.													
<b>FECHA DE INICIO:</b> 19 de abril de 2016													
<b>FECHA DE VENCIMIENTO:</b> 4 de Mayo de 2016													
<b>SUPERVISOR (ES):</b> Paola Alejandra Santos Villanueva – Directora Jurídica FONTUR													
<b>INFORME AVANCE</b>													
<b>ESTADO ACTUAL:</b> En ejecución: <input type="checkbox"/> Suspendido: <input type="checkbox"/> Terminado <input checked="" type="checkbox"/>													
<b>ACCIONES DESARROLLADAS:</b> Entregó a la Dirección Jurídica de FONTUR concepto jurídico, argumentó y sustentó con todos los recursos jurídicos disponibles la habilitación o rechazo de un proponente dentro de la invitación abierta a presentar propuestas FNT-096-2015.													
<b>RECOMENDACIONES</b>													
<i>Se recomienda realizar el pago total correspondiente por valor de <b>SIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$7.540.000) incluido IVA</b></i>													
<b>RESUMEN FINANCIERO</b>													
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 70%;">Valor Inicial del Contrato</td> <td style="text-align: right;">\$7.540.000</td> </tr> <tr> <td>Adición</td> <td style="text-align: right;">\$0</td> </tr> <tr> <td>Valor Total del Contrato</td> <td style="text-align: right;">\$7.540.000</td> </tr> <tr> <td>Valor Pagado</td> <td style="text-align: right;">\$0</td> </tr> <tr> <td>Valor Pendiente de Pago</td> <td style="text-align: right;">\$7.540.000</td> </tr> <tr> <td>Valor Autorizado de Pago</td> <td style="text-align: right;">\$7.540.000</td> </tr> </table>		Valor Inicial del Contrato	\$7.540.000	Adición	\$0	Valor Total del Contrato	\$7.540.000	Valor Pagado	\$0	Valor Pendiente de Pago	\$7.540.000	Valor Autorizado de Pago	\$7.540.000
Valor Inicial del Contrato	\$7.540.000												
Adición	\$0												
Valor Total del Contrato	\$7.540.000												
Valor Pagado	\$0												
Valor Pendiente de Pago	\$7.540.000												
Valor Autorizado de Pago	\$7.540.000												
 Firma del Supervisor													
Nombre completo y Cargo del Supervisor <b>PAOLA ALEJANDRA SANTOS VILLANUEVA</b> Directora Jurídica FONTUR	Ciudad y fecha de elaboración  Bogotá, octubre 4 de 2016												



Bogotá D.C., 22 de abril de 2016

Doctor  
**EDUARDO OSORIO LOZANO**  
Gerente General  
**Fondo Nacional de Turismo - FONTUR**  
Ciudad

Apreciado doctor Lozano:

En atención a su solicitud, hemos examinado si debe o no habilitarse al proponente UT VALLE DEL PACÍFICO 2016 dentro del proceso de selección que se inició con la *Invitación Abierta a Presentar Propuestas No. FNT - 096 de 2015* (en adelante la "Invitación Abierta"), con ocasión de las inconsistencias encontradas en algunos de los documentos con los cuales dicho proponente pretendió acreditar su Experiencia General.

Luego de haber examinado la información que nos fue suministrada, es nuestra opinión que FONTUR debe volver a verificar los requisitos habilitantes de todas las propuestas y evaluar nuevamente aquellas que resulta habilitadas, y, en el evento de encontrar, respecto de una o más de las propuestas, que faltan documentos de los exigidos en la Invitación Abierta o que los entregados son "*inexactos o contradictorios*", proceder a anotarlos en el nuevo Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes y Evaluación dando así la oportunidad a los proponentes de subsanar tales deficiencias.

Estas conclusiones se basan en los hechos y en los análisis que vienen a continuación:

### **1. Ámbito normativo aplicable**

El alcance de la verificación de los documentos con los cuales los proponentes acreditan cumplir con los requisitos habilitantes está definido por las normas previstas bajo el Título III de la Invitación Abierta y las demás que resulten concordantes de ese documento, así como por las previstas por el Manual de Contratación de FONTUR vigente para la época en que inicio el proceso de selección, principalmente.

Preliminarmente, cabe hacer notar que el régimen jurídico aplicable a los procesos de contratación que adelanta el FONTUR es el del derecho privado, según lo dispone expresamente el artículo 40 de la Ley 1450 de 2011, que modificó la Ley 300 de 1996.

Lo anterior, sin embargo, debe armonizarse con algunas normas generales y propias de la contratación pública, por el solo hecho de que los recursos con los que se va a ejecutar el contrato son públicos.

Por ende, además de las normas de derecho privado arriba mencionadas, a procesos de selección como el presente le son aplicables las normas constitucionales y legales sobre inhabilidades e incompatibilidades, así como los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, los de selección objetiva y responsabilidad previstos en la Ley 80, según quedó establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, a cuyo tenor:

*“Artículo 13. – Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal” (subrayado mío).*

Al respecto, de manera ilustrativa, vale la pena traer a colación lo anotado por el abogado Gonzalo Suárez Beltrán:

*“En cuanto a lo primero, ello sin duda implica que esta clase de entidades deberá contar con normas internas de contratación que velen porque en su actividad contractual se respete la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Todo ello conduce, entre otras consecuencias, a que la selección de los contratista sea objetiva, aunque no se encuentre atada a las formas de selección del Estatuto General de Contratación...”<sup>1</sup>*

De acuerdo con lo anterior, la actividad contractual de FONTUR se encuentra delimitada, en principio, por lo previsto en su Manual de Contratación, del cual cabe destacar las siguientes reglas:

#### *“5. PRINCIPIOS Y POLITICAS APLICABLES A LA CONTRATACIÓN*

*Los facultados para aprobar inversiones y proyectos, Representantes Legales, apoderados, funcionarios del ADMINISTRADOR, proponentes de proyectos, oferentes de bienes y servicios, contratistas y en general todos los intervinientes en los procesos contractuales del FONDO DE PROMOCION TURISTICA, en sus actuaciones serán responsables del cumplimiento de los principios que se señalan a continuación y de los que trata el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia:*

*“5.1. BUENA FE: en la celebración y en la ejecución de los contratos las partes actuarán lealmente, de manera que en el proceso de selección ninguna de las partes incurra en error sobre el contrato o sobre el proceso por causa de la otra y*

---

<sup>1</sup> Suárez Beltrán, Gonzalo, “La nueva contratación pública en Colombia”, Legis, Bogotá, 2008.

*que en la ejecución del mismo cada una de ellas pueda obtener la finalidad prevista al momento de iniciar el proceso contractual.*

*"5.2. CALIDAD: es deber de quienes intervienen en el proceso de contratación controlar y asegurar la calidad de todos los procesos que la componen, exigiendo las mejores condiciones técnicas a los contratistas y el desarrollo de acciones para satisfacer las necesidades y expectativas de los usuarios internos y externos del ADMINISTRADOR.*

*"5.3. ECONOMIA: los recursos destinados para la contratación deben ser administrados con sano criterio de austeridad en medios, tiempo y costos. Los intervinientes en los procesos contractuales responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas e indemnizarán los daños que se causen por razón de ellas;*

*"5.4. EFICACIA: todos los intervinientes en los procesos de contratación adoptarán las medidas necesarias para que tales procesos logren su finalidad, previniendo todos los factores que atenten contra la ejecución del desarrollo normal del proceso contractual;*

*"5.5. PLANEACION: al trámite contractual antecederá una debida planeación, con el fin de contribuir en forma eficiente al cumplimiento de los objetivos trazados por los planes, programas y proyectos aprobados por el Comité Directivo del Fondo de Promoción Turística y/o por las instrucciones impartidas por el Viceministro de Turismo. La Planeación tiene por objeto evaluar todos los elementos y variables de un proceso de contratación, definiendo claramente su objetivo, los recursos aplicables, sus elementos técnicos, el plazo de ejecución, la supervisión, el seguimiento del contrato y, en general, todas las actividades necesarias para que el mismo cumpla con su finalidad.*

*"5.6. TRANSPARENCIA: los Grupos de Evaluación de las ofertas y/o la subdirección jurídica, según sea el caso, seleccionarán de manera objetiva las mejores propuestas, velando porque todos los oferentes se encuentren en condiciones de igualdad y reciban un tratamiento semejante. Los vinculados al proceso contractual dispondrán de lo necesario para que, dentro del mismo, se deje evidencia documental de las decisiones y de las actuaciones que ocurran en este.*

*"5.7. SELECCION OBJETIVA: es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable al ADMINISTRADOR y a los fines que el busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.*

Ahora bien, la Invitación Abierta viene a complementar las normas del Manual de Contratación, y define claramente no sólo el contenido del negocio jurídico a suscribir, sino las reglas de procedimiento para seleccionar la mejor oferta. Dichas normas son de obligatoria observancia tanto para la entidad como para los proponentes.

Naturalmente, son las reglas de la Invitación Abierta aquellas que mejor definen el alcance de los parámetros de conducta de los proponentes y de la entidad contratante.

Por ende, en su interpretación deberá atenderse a lo que ellas dispongan en consonancia con lo dispuesto por el Manual de Contratación.

## **2. La Selección Objetiva**

La importancia del principio de Selección Objetiva se configura no sólo a partir del fin inherente a la Invitación Abierta —escoger la oferta más favorable— sino por los demás principios y las demás reglas que se integran en su contenido.

De esta forma, podemos resaltar el principio de planeación y el principio de igualdad como aquellos que cobran mayor relevancia en punto de alcanzar el desarrollo de un proceso de selección que satisfaga una conducta realmente objetiva por parte de la entidad contratante.

Por ende, si la entidad ha cumplido con una definición previa de aquellos criterios que razonablemente se encaminan a encontrar la oferta más favorable y, además, ofrece condiciones de juego iguales para todos aquellos que participan del proceso sin ajustar su conducta a factores subjetivos, se conseguirá suscribir un contrato en los términos más convenientes para sus intereses.

Para complementar la definición de Selección Objetiva del Manual de Contratación de FONTUR y dotarlo de más contenido, puede acudirse a lo que ha señalado el Consejo de Estado:

*“[L]a oferta que sea seleccionada deberá ser aquella que haya obtenido la más alta calificación como resultado de ponderar los factores o criterios de selección establecidos en los documentos de la licitación, concurso o contratación directa; en consecuencia, la escogencia de un ofrecimiento que no haya logrado la máxima puntuación, obedecería a criterios diferentes a los plasmados en los documentos que rigieron la selección, lo cual viciaría de nulidad tanto el acto de adjudicación como el contrato celebrado bajo estas condiciones, en razón de haberse desconocido el principio de selección objetiva.*

*“Este principio no puede concebirse como algo independiente de los principios de transparencia, publicidad, igualdad, imparcialidad y buena fe, que son de la esencia de la contratación estatal, en la medida en que, el principio de selección objetiva se sirve de aquellos para cumplir su finalidad.*

*“En efecto, en los pliegos de condiciones se establecen las reglas de juego que deben servir de fundamento para la selección del contratista y la futura contratación; en consecuencia, tales documentos deben contener reglas claras, objetivas e imparciales para que los interesados participen en igualdad de*

*condiciones, así como deben contener los criterios de selección y la ponderación precisa, detallada y completa de los mismos, con sujeción a lo cual debe realizarse la evaluación comparativa de las ofertas”.<sup>2</sup>*

Así, para materializar el principio de Selección Objetiva no pueden perderse de vista los términos de la Invitación Abierta, pues constituyen la hoja de ruta de los proponentes para conocer cuáles son los requisitos y exigencias de ese proceso en particular y así estructurar su respectiva propuesta. Exigir más allá de lo establecido en la Invitación Abierta constituiría una pérdida de objetividad en el desarrollo del proceso de selección.

La Invitación Abierta contiene pues los criterios del FONTUR bajo los cuales entiende conseguir un contratista que realice las “*obras de acabados acústicos, instalaciones eléctricas y de aire acondicionado*”, de la manera que mejor convenga para ese caso particular y en las condiciones definidas específicamente para conseguir la obra que ha planeado con anterioridad.

### **3. La habilitación técnica de la Invitación Abierta**

En punto de la habilitación técnica de la UT VALLE DEL PACÍFICO 2016, es preciso un análisis normativo de la Invitación Abierta para determinar cuáles son aquellos requisitos que se debían acreditar por parte de los proponentes. Dicen así los apartes pertinentes:

*“3.4.1. Verificación de los requisitos técnicos y capacidad técnica establecidos como habilitantes.*

*“Se efectuará un análisis del contenido de las propuestas calificadas como habilitadas desde el punto de vista jurídico y financiero, con el fin de verificar si cumple con los requerimientos técnicos habilitantes. La verificación de estos requisitos no otorgará puntaje sobre la propuesta técnica presentada.*

*“Los documentos que se solicitan en este numeral son verificables y como tales constituyen un requisito habilitante para la participación en este proceso de contratación. En este punto la verificación es de CUMPLE o NO CUMPLE...”*

[...]

#### **3.4.3 EXPERIENCIA GENERAL HABILITANTE DEL PROPONENTE**

*“Los oferentes deben acreditar la experiencia en máximo dos (2) contratos ejecutados y terminados, de manera previa al cierre y entrega de propuestas, cuyos objetos o alcance correspondan a CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES EN EDIFICACIONES y que la sumatoria de los valores ejecutados en los contratos aportados, expresados en SMMLV a la fecha de terminación de la ejecución, deberá*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de agosto de 2007, Expediente 15324.

*ser igual o superior al 80% del presupuesto oficial en SMMLV, y que dentro de sus actividades contemple lo siguiente:*

*1. UNO DE LOS CONTRATOS DEBERÁ EVIDENCIAR ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN DE ACABADOS ACÚSTICOS Y/O TRATAMIENTO O AISLAMIENTO ACÚSTICO EN MUROS Y PISOS*

*2. UNO DE LOS CONTRATOS DEBERÁ EVIDENCIAR ACTIVIDADES DE INSTALACIÓN DE SISTEMAS DE AIRE ACONDICIONADO.*

*“Nota 1: La experiencia deberá ser acreditada mediante COPIA DEL CONTRATO(S) ACOMPAÑADOS DE ACTA DE TERMINACIÓN O ACTA DE RECIBO FINAL O ACTA DE LIQUIDACIÓN, donde conste la ejecución del contrato y se evidencie las actividades solicitadas. Uno (sic) contrato podrá acreditar las dos (2) condiciones solicitadas...*

[...]

*“Nota 4: Como mínimo uno (1) de los integrantes del consorcio o unión temporal, deberá tener una participación igual o superior al 30%...*

[...]

*“FONTUR se reserva el derecho de verificar o no la información presentada. En caso de que la verificación de como resultado que los documentos presentados en la propuesta son inexactos o contradictorios, se tomarán como no presentados y el oferente será descalificado (no habilitado) y su propuesta no será tenida en cuenta; independiente de las acciones legales que FONTUR decida tomar.*

*“3.5. Requisitos que deben cumplir los contratos con los cuales se acredite la experiencia*

*“3.5.1. Presentación*

*Los contratos se deben presentar en copia legible. FONTUR se reserva el derecho de solicitar la verificación del original.*

*“3.5.2. Contenido*

*Cada contrato deberá contener la siguiente información:*

- Nombre de la entidad o persona contratante.*
- Nombre y número de documento de identidad del contratista.*
- Número, fecha y objeto del contrato.*
- Valor ejecutado.*
- Fecha de iniciación del contrato.*
- Plazo de ejecución del contrato o fecha de terminación.*
- Datos de contacto para verificación.*



- Debe ser suscrita por el representante legal del contratante o por la persona autorizada por este.
- En caso que el contrato sea expedido para un consorcio o unión temporal, en los mismos debe identificarse el porcentaje de participación de cada uno de sus integrantes.
- Copia de las adiciones, otrosíes que indiquen en cada uno de ellos sus objetos, plazos y valor.

*"Nota: No se aceptan auto certificaciones.*

*"En caso de que el contrato acompañado del acta de terminación, o acta de recibo final, o acta de liquidación, que aporte, no cumplan con lo exigido en los numerales anteriores, se considerara el criterio respectivo como "No Habilitante" o No Cumple. FONTUR se reserva el derecho de verificar la información presentada, si los contratos y demás documentos aportadas por el proponente no se pudieran verificar en su contenido, aún con la entrega de documentos subsanables, la misma no será tenida en cuenta" (subrayado mío).*

La acreditación de experiencia para habilitar a un proponente a fin de participar en el proceso de selección, se satisface materialmente en este caso concreto con seis elementos:

- a. Que la experiencia exigida puede acreditarse mediante dos contratos, como máximo.
- b. Que los contratos con los cuales se pretende acreditar la experiencia hayan terminado antes del cierre y entrega de propuestas de la Invitación Abierta.
- c. Que el objeto de los contratos correspondan a "CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES EN EDIFICACIONES".
- d. Que la sumatoria de los valores de los contratos ejecutados sea igual o superior al 80% del presupuesto oficial expresado en SMMLV.
- e. Que las actividades de (i) instalación de acabados acústicos y/o tratamiento o aislamiento acústico en muros y pisos, e (ii) instalación de sistemas de aire acondicionado, estén contempladas en de uno o dos de los contratos.
- f. Que la copia del contrato venga acompañada del acta de terminación, del acta de recibo final o del acta de liquidación.

De acuerdo con lo anterior, las notas que se adicionan al numeral 3.4.3 de la Invitación Abierta, establecen la forma en la cual deben entregarse los documentos en los cuales se encuentra consignada la información requerida sobre los puntos arriba expuestos. Dichas notas, inclusive, informan cuál es el contenido mínimo de los documentos requerido por FONTUR.

A la luz del principio de selección objetiva, las reglas del proceso de selección deben ser tan claras que no quede espacio para que la voluntad de la entidad contratante incida en ellas, en la definición del objeto del contrato, ni en el desarrollo propio del procedimiento respectivo.

Pero si bien se trata de un sistema de reglas coherentes entre sí y encaminadas a conseguir la selección objetiva del contratista, la posibilidad de la entidad contratante de adoptar decisiones discrecionales y por fuera de esas reglas, podría tener lugar sólo para favorecer el buen desenlace del proceso de selección. Al respecto dijo el Consejo de Estado en materia de contratación estatal:

*“Por lo tanto, es posible que la administración pública tenga que resolver cuestiones que le plantean los proponentes a lo largo del proceso de selección, decisiones que deberán estar fundamentadas en el contenido de los pliegos y ajustarse a los principios de la ley 80 de 1993. De allí que, la posible existencia de una discrecionalidad administrativa queda reducida a que la administración pueda interpretar el pliego de condiciones a efectos de que las exigencias formales no hagan nugatoria la eficiencia del procedimiento y, por lo tanto, se impida la escogencia de la mejor propuesta; lo anterior, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 25 de la ley 80 de 1993, precepto que en relación con el principio de economía, avala la posibilidad de que los pliegos sean objeto de hermenéutica administrativa, con la finalidad de que no se condene al procedimiento a la declaratoria de desierta o a decisiones inhibitorias”<sup>3</sup>*

Es aquí donde cobra relevancia la decisión que el FONTUR adopte en relación con los documentos de UT VALLE DEL PACÍFICO 2016. En efecto, nos encontramos frente a la diferencia entre requisitos subsanables y requisitos no subsanables que tantas discusiones ha planteado para la doctrina y la jurisprudencia, y que finalmente vino a ser resuelta por parte del Legislador según quedó establecido en el parágrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2011, a saber:

*“**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” (subrayado mío).*

En este caso concreto, la habilitación técnica de la Invitación Abierta encuadra dentro de la categoría de requisitos subjetivos “relacionados con la persona del proponente, sus condiciones y su idoneidad”<sup>4</sup> y que se distinguen de aquellos simplemente formales los

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de julio de 2013, Rad. 26.642

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 14 de marzo de 2013, Rad. 24.059.

cuales son, por definición, subsanables. Pero no debe perderse de vista que aquellos requisitos subjetivos se refieren a los seis elementos que arriba se enunciaron, cuya acreditación permitiría concluir que el proponente ha satisfecho los requisitos técnicos de la oferta.

De modo que entender la diferencia entre unos y otros excluye la posibilidad de rechazar un ofrecimiento a partir del incumplimiento de un requisito insustancial o que, en todo caso, no es indispensable para la comparación de las propuestas.

Esa es la nueva perspectiva que se introdujo a la contratación de las entidades públicas con la Constitución de 1991, y a la cual se refiere el Consejo de Estado así:

*“En virtud de ese nuevo pensamiento rector de los procedimientos administrativos, en adelante las ofertas no podrían desestimarse por irregularidades, insuficiencias o incumplimientos frívolos y triviales, en relación con las exigencias que hiciera el ordenamiento jurídico y sobre todo el pliego de condiciones para cada proceso de contratación”.<sup>5</sup>*

En el sentido del pronunciamiento recién citado se abre paso la tarea que tiene la entidad contratante para determinar si debe o no desestimar una oferta por el incumplimiento de un requisito no indispensable que no agregue valor a la comparación entre las propuestas:

*“La nueva filosofía del derecho constitucional, recibida ahora como filosofía del derecho contractual, dispuso con total claridad que las ofertas incompletas -por falta de requisitos o documentos- no se rechazarán automáticamente por cualquier tipo de deficiencia; es necesario que la entidad estatal pondere la decisión alrededor de un concepto jurídico indeterminado, que la conducirá a la decisión correcta: le corresponde valorar si lo que falta es ‘necesario para la comparación de propuestas’, si concluye que es indispensable debe rechazarla, pero si no lo es debe concederle al proponente la oportunidad de subsanarla, para luego admitirla y evaluarla”.<sup>6</sup>*

Y, finalmente, en punto de posibles documentos no claros de las ofertas, el Consejo de Estado hizo hincapié en la carga de la entidad contratante de esclarecerlos solicitando las aclaraciones necesarias al proponente:

*“De conformidad con esta norma, para evitar el rechazo in limine de las ofertas, las entidades estatales tienen la carga de buscar claridad a los aspectos dudosos que surjan durante la evaluación de las ofertas. Por tanto, si no comprende algo, si existe contradicción, si un requisito fue omitido, etc., la entidad solicitará “a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables”, comportamiento que realiza el principio de economía vertido en el art. 25.15, de*

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de febrero de 2014, Rad. 25.804

<sup>6</sup> *Ibidem*.

*manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare”.<sup>7</sup>*

Lo que se ha dicho hasta aquí permite concluir que, al menos a partir de una mirada normativa, las discordancias que se pudieran presentar en relación con la fecha de terminación de uno de los contratos con los cuales el proponente pretendió acreditar la su experiencia debieron haber sido resueltas a través de una adecuada interacción entre la entidad contratante y el proponente.

Concretamente, dichas aclaraciones debieron haber tenido por objeto llevar al convencimiento de la entidad si (i) el contrato con el cual se pretendía acreditar la experiencia, efectivamente había terminado antes del cierre y entrega de propuestas de la Invitación Abierta; y (ii) si la sumatoria de los valores ejecutados de los contratos con los cuales se pretendía acreditar la experiencia era igual o superior al 80% del presupuesto oficial expresado en SMMLV.

#### **4. La situación de UT VALLE DEL PACÍFICO 2016**

El 2 de marzo el FONTUR publicó el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes y Preliminar de Evaluación, en el cual concluyó que el proponente UT VALLE DEL PACÍFICO 2016 cumplía las exigencias de la Invitación Abierta en punto de la experiencia.

El 9 de marzo el FONTUR publicó el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes y Final de Evaluación, en el cual se apartó de su postura anterior, y concluyó que el proponente UT VALLE DEL PACÍFICO 2016 no cumplía las exigencias de la Invitación Abierta en punto de la experiencia, porque se advirtieron *“diferencias en el valor ejecutado y la fecha de terminación del contrato entre la certificación expedida por SRC Ingenieros Civiles S A acerca del contrato No. CCPB-016-2012...en el folio 131 y el acta de terminación de obra del CCPB-016-2012 en el folio 143.”*

El 10 de marzo la UT VALLE DEL PACÍFICO 2016 presentó observaciones frente al Informe Final de Evaluación, indicando, por una parte, que *“las inconsistencias presentadas en la información presentada que bajo ningún aspecto implican materialidad desde el punto de vista de lo que la regla de proceso (sic) requería se (sic) acreditara”,* y, por otra parte, que *“estas inconsistencias se derivan de que la certificación contenida a folio 131 de la propuesta, corresponde a la experiencia de DISMEC S.A. obtenida en la ejecución de varios contratos desarrollados en el marco del proyecto ‘Centro Comercial Parque Caracolí’, dentro de los cuales se encuentra el Contrato de Obra No CCPB-016-2012 cuyo valor corresponde a \$4.663.250.037.00, tal como consta en el acta de terminación de obra del mismo allegada con la propuesta”.*

El 10 de marzo el FONTUR decidió suspender el proceso de selección para resolver las observaciones presentadas por varios de los proponentes.

---

<sup>7</sup> *Ibídem.*

El 17 de marzo el FONTUR le remitió una nota a SRC Ingenieros Civiles S.A., con el propósito de buscar claridad acerca de si el contrato CCPB-016-2012 se refiere a una obra nueva o a trabajos de adecuación, mantenimiento o restauración, de su valor y de sus fecha de inicio y finalización.

Esa nota se quedó sin respuesta.

El 5 de abril el FONTUR publicó un “ACTA ACLARATORIA DE PROCEDIMIENTO”, en la cual consta que decidió reiniciar el proceso y dejar sin efecto los dos informes anteriores.

Ese mismo día el FONTUR publicó el Informe de Verificación de Requisitos Habilitantes y Preliminar de Evaluación – Aclaración, en la cual concluyó que únicamente el CONSORCIO SV PERAZZA estaba habilitado para ser evaluado.

En relación a la propuesta de UT VALLE DEL PACÍFICO 2016, en dicho informe el FONTUR concluyó lo siguiente:

*“El comité evaluador procedió a verificar nuevamente los documentos aportados para validar experiencia y se pudo encontrar que la información allegada por el proponente presenta las siguientes inconsistencias:*

*“VALOR DEL CONTRATO: se indica como valor del contrato en la certificación presentada a folio 131 \$5.824.736.617, por su parte el contrato aportado a folio 132 indica como valor la suma de \$4.707.238.295 y en acta de terminación aportada a folio 143 se indica como valor de contrato la suma de \$4.663.250.037.*

*“FECHA DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO: En certificación a folio 131 se indica como fecha de terminación Julio 30 de 2013 y el (sic) en el acta de terminación de obra en el folio 143, se indica como fecha de terminación dice (sic) 15 de julio de 2013, finalmente en otrosí No. 1 a folio 140 se indica como fecha de terminación el 28 de febrero de 2013.”*

El 7 de abril el proponente UT VALLE DEL PACÍFICO 2016 formuló sus observaciones, adjuntando una nueva certificación expedida por SRC Ingeniero Civiles, en la cual se hace claridad acerca del valor ejecutado del contrato CCPB-016-2012 de \$4.663.250.037 —que incluyó este proponente en su oferta para efectos de la evaluación—, el cual, sumado al de los otros contratos que aparecen en la certificación, arroja el valor total de \$5.824.736.617 que aparece también en la certificación que está a folio 131.

En nuestra opinión:

- Este proponente allegó con su propuesta copia de dos contratos, uno relativo a instalaciones acústicas, celebrado por Construcciones Acústicas SAS con la Pontificia Universidad Javeriana, junto con su acta de entrega y recibo final —que no ha generado inquietud alguna—, y otro relativo a construcción de sistemas de aire

acondicionado y ventilación mecánica, celebrado por Dismec S.A. con SRC Ingenieros Civiles, junto con el acta de terminación, tal y como se exige en el numeral 3.4.3 de la Invitación Abierta.

- El valor de los dos contratos es superior al *superior al 80% del presupuesto oficial en SMMLV*, tal y como se exige en el numeral 3.4.3 de la Invitación Abierta.
- La diferencia advertida por el FONTUR respecto del valor del contrato CCPB-016-2012 quedó suficientemente aclarada con las explicaciones y la nueva certificación allegada por el proponente.
- La diferencia respecto de la duración del contrato, específicamente la que se evidenciaba al confrontar la certificación de folio 131 y el acta de terminación, también quedó suficientemente aclarada con las explicaciones y la nueva certificación allegada por el proponente.
- La diferencia respecto también de la duración del contrato, pero esta vez la que se evidencia al confrontar el otrosí No. 1 y el acta de terminación, no fue aclarada por el proponente.

Específicamente, el proponente no allegó con su propuesta copia *“de las adiciones, otrosíes”* que den cuenta de las extensiones adicionales del plazo de duración del contrato que las partes han debido convenir para llevarlo del 28 de febrero, que aparece en el otrosí No. 1 allegado con la propuesta, al 15 de julio, que aparece en el acta de terminación de obra también allegada con la propuesta.

Incumplió pues el proponente lo indicado en el último apartado del numeral 3.5.2 de la Invitación Abierta.

No está el FONTUR ante la situación de que *“los documentos presentados en la propuesta son inexactos o contradictorios”*, de manera que *“se tomarán como no presentados y el oferente será descalificado (no habilitado) y su propuesta no será tenida en cuenta; independiente de las acciones legales que FONTUR decida tomar”*.

- En vista de que el 5 de abril el FONTUR decidió dejar sin efecto los dos informes de evaluación publicados los días 2 y 9 de marzo, le corresponde ahora volver a verificar los requisitos habilitantes y evaluar las propuestas que resultan habilitadas, como si el proceso de selección estuviese comenzando nuevamente.

Cabe hacer notar que la decisión de dejar sin efecto los dos informes lleva a que todas las actuaciones cumplidas hasta antes del 5 de abril ya no han de considerarse más.

- Por ende, nada impide que el FONTUR, en el evento de advertir ahora la falta de los otrosíes u otros documentos que den cuenta de la extensión del plazo del contrato

CCPB-016-2012 entre el 28 de febrero y el 15 de julio de 2013, proceda ahora a solicitárselos en la forma en la que lo hizo en oportunidades anteriores.

En efecto, en los términos del párrafo primero del artículo 5° de la Ley 1150, “[I]a 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” (subrayado mío).

- Cabe anotar que el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Invitación Abierta debe hacerse con copias de los documentos pertinentes, no con meras certificaciones de terceros.

En los anteriores términos espero haber cumplido cabalmente con su amable encargo, pero por supuesto estoy listo a ampliar o profundizar este concepto, si usted llegare a estimarlo del caso.

Cordialmente,



FELIPE PIQUERO VILLEGAS

