



LEIDER MENDEZ VARGAS
INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

Rad: L.M. - 011 – 2020

Popayán, 10 de noviembre de 2020

Señores
INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA
Popayán – Cauca

INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA

10 NOV 2020 1526

FIRMA
Pesa y Longa.
70:303 949.
8 folios

Asunto: Observación # 1 a la evaluación de requisitos técnicos.

REFERENCIA: Invitación Abierta No. **INVITACIÓN ABIERTA No. 007 DE 2020**
OBJETO: EL CONTRATISTA SE OBLIGA PARA CON LA INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA A REALIZAR LAS REPARACIONES LOCATIVAS POR EL SISTEMA DE PRECIOS UNITARIOS FIJOS SIN FORMULA DE REAJUSTES, PARA LA EJECUCIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE MANTENIMIENTO DE LA PLANTA FÍSICA, NO ESTRUCTURALES DE LOS EDIFICIOS QUE COMPONEN EL ÁREA CONSTRUIDA DE LA INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA, UBICADO EN LA CALLE 4 NO. 1E-40 DE LA CIUDAD DE POPAYÁN, PRIMERA FASE

LEIDER MENDEZ VARGAS, presento observación # 1 a la evaluación de requisitos técnicos, en los siguientes términos:

1.- Manifiesta la entidad que mi propuesta incurre en la causal de rechazo consagrada en el numeral 4.3.1:

3. Se revisó la propuesta del proponente LEIDER MENDEZ VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.306.012 de Popayán (Cauca) y se evidencia que incurre en causal de rechazo consagrada en el numeral 4.3.1 PERSONAL MÍNIMO QUE DEBE OFRECER EL PROPONENTE, así:

(...)

Si alguno de los integrantes del equipo de trabajo no cumple con los requisitos mínimos, la propuesta será rechazada y por lo tanto no será evaluada en su propuesta económica.

(...)

Para empezar, el anterior texto: *“Si alguno de los integrantes del equipo de trabajo no cumple con los requisitos mínimos, la propuesta será rechazada y por lo tanto no será evaluada en su propuesta económica”*, se encuentra en el numeral **4.3.2.1** que contiene el siguiente personal:

- Residente de obra

Página 1



LEIDER MENDEZ VARGAS
INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

- Maestro de obra
- Asesor en seguridad y salud en el trabajo

Toda vez que el citado rechazo se encuentra en el numeral **4.3.2.1**, pasa a desglosarse el mismo, y se encuentra que contiene las siguientes reglas:

- Establece que el personal ofertado, debe acreditar las condiciones que se especifican a continuación y cuya verificación se realizará por la ILC con base en los soportes documentales de los profesionales propuestos.
- Se establece un cuadro en los que se discrimina que se requerirá 1 Residente de obra, 1 Maestro de obra y 1 Asesor en seguridad y salud en el trabajo.
- Se establece el cargo, profesión, tiempo de experiencia, estudios adicionales y porcentaje de dedicación del residente, maestro y asesor en seguridad y salud en el trabajo.
- Que los años de experiencia serán contados a partir de la matrícula profesional expedida por el COPNIA o la Autoridad que regule cada profesión del residente, maestro y asesor en seguridad y salud en el trabajo.
- Cada miembro del equipo mínimo de trabajo para acreditarse como profesional deberá aportar la correspondiente fotocopia de la tarjeta, todas las certificaciones serán verificadas por el equipo evaluador.
- Que los proponentes interesados deberán presentar los siguientes documentos:
 - a) Copia de la hoja de vida firmada
 - b) Certificaciones de experiencia laboral
 - c) Copia de la cédula de ciudadanía
 - d) Fotocopia legible de la matrícula o tarjeta profesional vigente
 - e) Original del certificado de vigencia de la matrícula o tarjeta profesional
 - f) Copia diploma y/o acta de grado o certificados de obtención del título de estudios de postgrado.
- Establece una consecuencia de no cumplir con los requisitos mínimos así: “Si alguno de los integrantes del equipo de trabajo no cumple con los requisitos mínimos, la propuesta será rechazada y por lo tanto no será evaluada en su propuesta económica.”
- En el último párrafo justifica todo el contenido del numeral, esto es: la exigencia del residente, maestro y profesional en seguridad y salud en el trabajo, los requisitos en cuanto a profesión, experiencia, estudios, tiempo de dedicación, documentos que se deben aportar y la consecuencia del rechazo en el evento de no cumplir los requisitos mínimos, indicando que la entidad requiere estos perfiles de profesionales para certificar la buena ejecución del objeto a realizar dentro de sus instalaciones, dado que su experiencia es parte fundamental e idónea garantizando la buena ejecución del contrato.

Página 2



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

Así las cosas, en el numeral 4.3.2.1 se fijaron tanto los requisitos que deben cumplir el residente, maestro y profesional en seguridad y salud en el trabajo, los documentos a aportar y la consecuencia del rechazo en caso de no cumplir con los requisitos mínimos.

Por tratarse de una consecuencia de rechazo, no puede la entidad ampliar esta causal del numeral 4.3.2.1 que contiene el residente de obra, maestro de obra y profesional en seguridad a las dos cuadrillas contenidas en el 4.3.2.2.

2.- En el numeral 4.3.2.2. lo único que establece la entidad es:

- La presentación como mínimo dos (2) cuadrillas con dos (2) oficiales y ocho (8) ayudantes, con experiencia laboral mínima de dos (2) años, cada uno, y certificados en trabajos similares o relacionados con el objeto del contrato que se pretende llevar a cabo.
- Se establece que las certificaciones de experiencia laboral expedidas por entidad pública o privada o persona natural contratante, en la que se indique que realizó labores como oficial o ayudante en obras de construcción y/o reparación y/o mantenimiento y/o adecuación y/o ampliaciones de edificaciones similares al objeto del presente proceso, las cuales contendrán: Nombre, dirección y teléfono del contratante, tipo de ejecución o labores realizadas y plazo de duración.

Como arriba se dijo, no se contempló en numeral 4.3.2.2 el rechazo por no cumplir las cuadrillas las condiciones mínimas.

3.- Manifiesta la entidad que:

En razón a que no presentó documentación relacionada con el personal mínimo correspondiente a Dos (2) Cuadrillas (2 oficiales y 8 ayudantes) y basado en el concepto del Consejo de Estado quien define lo siguiente:

(...)

Las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.

En este sentido, no es posible que el proponente que no ofreció la totalidad de los integrantes del equipo mínimo de trabajo pueda subsanar su oferta incluyendo el personal faltante, aunque no otorgue puntaje, ya que estaría mejorando su oferta, pues se trataría de hacer un ofrecimiento que se omitió al momento de proponer, pretendiendo subsanar lo que no existe.

(...)

Referencia Normativa y Jurisprudencial

- Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral 6.
- Ley 1150 de 2007, artículo 5.
- Colombia Compra Eficiente, Circular Externa No. 13 del 13 de Junio de 2014.
- https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/cece_circulares/20140613/circular13.pdf
- Consejo de Estado, Sección III, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, fecha: 29 de julio de 2015, radicación: 40660

Página 3



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

Teniendo en cuenta que la entidad hace referencias normativas y jurisprudenciales, pasa a examinarse cada una:

- ❖ Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral 6:

Contiene "**ARTÍCULO 30. DE LA ESTRUCTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN.**"

"6o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o **o términos de referencia**. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación."

Esta norma consagra la estructura de los procedimientos, y la posibilidad de presentación de alternativas sólo cuando no impliquen condicionamientos para la adjudicación, y no hace referencia al rechazo ni subsanación de ofertas.

- ❖ Ley 1150 de 2007, artículo 5:

"ARTÍCULO 5o. DE LA SELECCIÓN OBJETIVA.

...En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores.
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. (Subraya y negrilla fuera del texto)

Esta norma consagra, que todos los requisitos de la propuesta que no otorguen puntaje, son subsanables, y por lo tanto deberán ser solicitados por las entidades estatales, por lo tanto se establece un derecho de subsanación en cabeza de los oferentes.

- ❖ Circular Externa 13 del 13 de junio de 2014 Colombia Compra Eficiente:



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCIÓN Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

B. Subsanabilidad de requisitos e informe de evaluación

Si en un Proceso de Contratación hay oferentes que no acreditaron con la presentación de la oferta requisitos que no afectan la asignación de puntaje, la Entidad Estatal en el informe de evaluación debe indicarlo y advertir que la oferta correspondiente no será evaluada hasta que el oferente acredite tales requisitos. El oferente puede subsanar tales requisitos en cualquier momento antes de la adjudicación o de la subasta.

Si el oferente subsana y acredita tales requisitos oportunamente, la Entidad Estatal debe actualizar el informe de evaluación y publicarlo en el SECOP incluyendo en la evaluación la oferta objeto de subsanación⁵. Las Entidades Estatales también deben dar a conocer el nuevo informe de evaluación en la audiencia de adjudicación si hay lugar a esta audiencia, y pueden recibir las observaciones pertinentes hasta la adjudicación.

Colombia Compra Eficiente reitera que los requisitos que no afectan la asignación de puntaje deben ser solicitados por la entidad.

- ❖ Consejo de Estado, Sección III, Subsección C. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, fecha: 29 de julio de 2015, radicación: 40660

En esta Sentencia el Consejo de Estado trata la subsanabilidad y sus fundamentos constitucionales, indicando que con la expedición de la Constitución Política de 1991 se estableció la necesidad de dejar de lado el excesivo rigorismo y formalismo previsto en la anterior normatividad en materia de contratación estatal, dando paso a la exigencia de la prevalencia del derecho sustancial:

*“Es así como, se abrió paso a la posibilidad de que en materia de contratación estatal hubiese lugar a la subsanabilidad de las ofertas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209, del cual emana la idea según la cual existe **prevalencia del derecho sustancial sobre el formal**, rompiendo de esta manera con la legalidad formal y fundando el ejercicio administrativo en principios. (subrayado y negrillas fuera de texto).*

En la sentencia que cita la entidad como fundamento para rechazar mi oferta, por el contrario lo que señala el Consejo de Estado es que **todo requisito que no otorgue puntaje es subsanable**:

*Ahora bien, con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció un nuevo criterio de subsanabilidad que se encuentra consagrado en el artículo 5 parágrafo 1, el cual establece que: “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...**” (subrayado y negrillas fuera de texto)*

*A partir de este momento, **el criterio para diferenciar los requisitos subsanables de los que no lo son**, dejó de ser tan abstracto y empezó a ser determinado, **circunscribiéndose a aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje**, caso en cual pueden ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación del proceso de selección. (subrayado y negrillas fuera de texto).*



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

Así pues, podrían subsanarse requisitos tales como la falta del certificado de existencia y representación legal, el RUP, la firma de la oferta, el certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad y la autorización al representante legal por parte de la junta directiva de contratar por determinada cuantía. Más no, omisiones tales como el precio de un ítem, el plazo de ejecución de contrato (si se evalúa), etc., por cuanto estos requisitos otorgan puntaje a la propuesta del oferente. (subrayado y negrillas fuera de texto).

En conclusión, hoy rige el criterio legal de la Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007, en virtud del cual, un defecto subsanable es el que no asigne puntaje al oferente y es corregible dentro del plazo que la entidad otorgue al oferente, para enmendar el defecto observado durante la evaluación de las ofertas – usualmente indicado en los pliegos de condiciones.”

El Consejo de Estado, también señaló que a la entidad en la configuración de los pliegos de condiciones está vedada la posibilidad de establecer causales de rechazo diferentes a las establecidas en la ley:

“De manera pues, que si bien la entidad goza de libertad configurativa a la hora de crear el pliego condiciones, también es cierto, que le está vedada la posibilidad de establecer causales de rechazo de los proponentes diferentes a las establecidas en la ley, como por ejemplo señalar que la no presentación del RUP constituye per se, un factor de rechazo de la propuesta. Igualmente, está completamente proscrita la posibilidad de consagrar inhabilidades o incompatibilidades no establecidas en la Constitución o en la Ley; actuar así, significaría para la entidad inmiscuirse en un terreno prohibido por la Carta Política y por la normatividad vigente en materia contractual.

Al respecto, en la sentencia advierte que es aplicable la figura de ineficacia de pleno derecho a aquellas reglas que vulneran las normas y principios en la construcción de los pliegos de condiciones:

“El desconocimiento de sus preceptos implica la transgresión de una normatividad vinculante y por ende, cualquier acto administrativo que lo viole queda maculado con el vicio de nulidad. Así lo ha referido la doctrina al afirmar que “el desconocimiento de las reglas de construcción de los pliegos o términos de referencia tiene expresa sanción en el inciso final del artículo 24.5 de la Ley 80 de 1993, a través de la figura de la ineficacia de pleno derecho, que prácticamente hace inaplicables las cláusulas de los pliegos, términos de referencia, o integralmente todos ellos, cuando se violen las reglas que hemos explicado en este capítulo; se trata de una sanción que debe ser impuesta, directamente, por los responsables de la contratación, sin necesidad de intervención de autoridad jurisdiccional alguna.”

Así las cosas, de la sentencia que cita la entidad, queda claro que a partir de la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, todos aquellos requisitos que no otorguen puntaje pueden ser subsanados, garantizando así el derecho de defensa de los proponentes.

Como se explicó en los numerales 1 y 2 de este documento, como subsanación por medio del Oficio Rad: L.M. - 09 – 2020 se aportó dos (2) cuadrillas con dos (2) oficiales y ocho (8) ayudantes conforme a lo previsto en el numeral 4.3.2.2, los cuales no otorgan puntaje y en consecuencia son subsanables.

Ahora bien, específicamente, sobre el texto:

Página 6



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

(...)

Las carencias no son susceptibles de subsanar, pues lo que no se tiene no se puede corregir.

Este extracto fue tomado por la entidad de manera aislada en el informe técnico, sin embargo no puede leerse sin relación con los demás argumentos del Consejo de Estado, esta frase pertenece a la Sentencia Consejo de Estado de fecha 12 de noviembre de 2014. C.P: Carlos Alberto Zambrano. Exp: 29.855 en que se hizo especial referencia a la posibilidad de subsanar los requisitos habilitantes por parte del proponente, y en esa oportunidad declaro la nulidad solicitada:

“La actividad contractual del Estado encarna propiamente el ejercicio una función administrativa que está concebida como instrumento para cumplir las más altas finalidades del Estado, entre ellas, la promoción de la prosperidad general (artículo 2 de la Constitución), a través de la satisfacción o la prestación eficiente y continua de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y deberes consagrados en el texto constitucional (ibídem, en armonía con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993); por consiguiente, se debe desarrollar: (i) con estricta observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho, entre ellos, los de legalidad, de igualdad, del debido proceso y de la buena fe y (ii) con sujeción a los postulados que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), a los principios generales del derecho y a los del derecho administrativo y, específicamente, a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, tal como dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993.

*Esta última parte de la norma fue adicionada por el parágrafo 1º del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, para señalar que “... **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 ...**” (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

*Por tal razón, la jurisprudencia de esta Corporación afirmó recientemente que, a la luz de esta última disposición (Ley 1150 de 2007), “... **la falta de certificado de existencia y representación legal, del RUP, de la firma de la oferta, de un certificado de experiencia, la copia de la oferta, la ausencia y errores en la garantía de seriedad, de autorización al representante legal por parte de la junta directiva, etc. ...**” (subraya fuera del texto), por vía de ejemplo, son subsanables, porque **no otorgan puntaje**. (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En cambio, si se trata de la ausencia de un requisito o de un documento que incide en la asignación de puntaje, por ejemplo, la falta de cotización de un ítem, la falta de acreditación de un factor técnico objeto de evaluación, la falta de acreditación de las condiciones técnicas del bien ofrecido, etc., ello no es subsanable, porque inciden en la calificación de los factores ponderables.

Admitir lo contrario implicaría que los proponentes pudieran mejorar sus ofertas, en sacrificio de los principios de igualdad, de transparencia, de economía y del deber de selección objetiva que, como se dijo párrafos atrás, inspiran la actividad contractual del Estado.

Con lo expuesto, se reitera que sólo la falta de los requisitos que otorgan puntaje dan lugar al rechazo de la oferta, pues admitir subsanar requisitos que asignan puntaje es lo que configura una mejora de la oferta. Lo contrario sucede con los requisitos que no otorgan puntaje, estos son subsanables y se configura en cabeza del oferente este derecho, de lo contrario se viola su derecho al debido proceso.



LEIDER MENDEZ VARGAS

INGENIERO CIVIL
CONSTRUCCION Y CONSULTORIA
UNIVERSIDAD DEL CAUCA

Ahora bien más adelante explica y diferencia entre **cumplir** los requisitos y de otra parte **probarlos**.

En este punto, hay que diferenciar entre lo que significa cumplir los requisitos habilitantes y probar o acreditar que los mismos se cumplen: lo que se puede subsanar o sanear es la prueba de las condiciones habilitantes, pero no el requisito como tal, porque resultaría materialmente imposible tratar de subsanar algo que no existe. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por ejemplo, si un oferente no goza de capacidad jurídica (referida a la capacidad legal específicamente), porque es incapaz absoluto o relativo, no hay forma de que pueda participar en el proceso de selección y tampoco es posible de que pueda subsanar esa carencia, pues, por más que quiera, no puede convertirse en capaz por su sola voluntad. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

“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 manera que la entidad no puede rechazar de plano la propuesta sin solicitar previamente que se aclare.” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada por la entidad, solicito se califique mi propuesta en cuanto a los requisitos técnicos como cumple.

Atentamente,

LEIDER MENDEZ VARGAS

C.C. No. 10'.306.012 de Popayán

Proponente

Documento en 8 Folios.