

Santiago de Cali, Octubre 15 de 2015.

(10-1000/2015)

Señores

MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN MEDIO AMBIENTE “DAGMA”

María del Mar Mozo Muriel

Directora

Diego Fernando Campo Díaz

Asesor

Equipo Evaluador

Wilson Parra Plaza – Evaluación Jurídica.

Sandra Lorena Franco – Evaluación Técnica.

Ovidio Antonio Jiménez Rivera - Evaluación Financiera.

La Ciudad



No. 2015-41330-011015-2

Asunto: RECURSO DE REPOSICION

ALCALDÍA DE SANTIAGO DE CALI

Fecha Radicado 19/10/2015 11:43:54

Usuario Radicador ADMINISTRATIVO15.DAGMA
Destino DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE GESTIÓN MEDIO AMBIENTE (EMP) CONSORCIO RESTAURACIÓN ECOLÓGICA 2015
Visite Nuestra Pagina - <http://www.cali.gov.co>

Santiago de Cali (Valle del Cauca) Cam Torre Alcaldía, Línea 195



2015413300110152

Ref: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACION CONTRA EL ACTA DE AUDIENCIA DE ADJUDICACION Y LA RESOLUCION No: 4133.0.21.633 del 21 de Septiembre de 2015. Proceso de LICITACION PUBLICA No. 4133.0.32.022.2015 “Implementar estrategias para la restauración ecológica en predios públicos para adelantar acciones de restauración activa y pasiva y barreras cortafuego en la cuenca hidrográfica de los ríos Cali, Meléndez y Pance, con el fin de recuperar la funcionalidad ecosistémica del área, garantizando la conservación del recurso hídrico de manera que se propicie una oferta ambiental importante para la fauna asociada y los habitantes aledaños. Del mismo modo, mitigando tensionantes de ocupación de desarrollo incompleto y de vulnerabilidad a incendios forestales. Asimismo, el DAGMA pretende realizar el mantenimiento de la restauración ecológica activa y pasiva y las barreras cortafuego de los predios públicos La Yolanda, El Danubio, La Carolina, Piedra Grande, Lomas de Quintero, Arbolito, La Cajita y Yanaconas; que permita garantizar la sobrevivencia y crecimiento de las coberturas vegetales establecidas propiciando la conservación de la oferta de bienes y servicios ecosistémicos del municipio de Santiago de Cali –Valle del Cauca, en el marco de los proyectos: “IMPLEMENTACIÓN DE ESTRATEGIAS PARA CONSERVACION DE ECOSISTEMAS EN CUENCAS ABASTECEDORAS DE AGUA - ARTICULO 111 LEY 99/93 SANTIAGO DE CALI” con ficha BP 21043802 y “RESTAURACION DE ECOSISTEMAS DE BOSQUES DE CUENCAS HIDROGRAFICAS DEL MUNICIPIO SANTIAGO DE CALI”, con ficha BP No. 21043784.”

ANDRES FELIPE ASTUDILLO, mayor de edad y vecino de Santiago de Cali, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 94.504.763 de Cali - Valle, en mi calidad de Representante Legal del CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015, y estando dentro del término de Ley, comedidamente interpongo recurso de REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACION contra el ACTA DE AUDIENCIA DE ADJUDICACION y la RESOLUCION No. 4133.0.21.633 del 21 de Septiembre de 2015. “POR MEDIO DE LA CUAL SE PROFIERE EL ACTO DE DECLARATORIA DESIERTA DE LA LICITACION PUBLICA No. 4133.0.32.022.2015”, con el fin de que se MODIFIQUE O REVOQUE la misma, por ser contraria a la Ley y en su lugar se ADJUDIQUE el mencionado proceso al Consorcio que represento, por encontrarse su oferta acorde a lo expresado en la Constitución Política, en el Referente Jurisprudencial, en la Ley y en los Pliegos de Condiciones, y ser evaluada – calificada como la mejor.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

De conformidad con los **Artículos 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011**, Sustento el recurso y expreso los motivos de inconformidad, de la siguiente manera:

La resolución recurrida es **ILEGAL** porque se funda en planteamientos apartados de la realidad, resultando contraria a la misma lo planteado en su resuelve, más concretamente en el artículo

primero, ya que el mismo carece de sustentación y solo se limita a indicar la **declaratoria desierta por no cumplimiento de requisitos habilitantes**, cuando los mismos fueron subsanados en tiempo por el consorcio que represento y no fueron tenidos en cuenta por la Dirección, su Asesor y el equipo evaluador del presente proceso de selección, queriendo decir lo anterior, que el Acto Administrativo de Declaratoria Desierta es ilegal por cuanto carece de sustentación tal como lo indican las normas en materia contractual. Ahora bien, el Acta de Adjudicación de la misma fecha, se limita únicamente a hacer un resumen de nuestras argumentaciones y sustentaciones, sin pronunciarse de fondo frente a las mismas y leyendo un aparte de una Sentencia del Consejo de Estado, la que es utilizada por fuera del contexto real expresado en la misma.

La interpretación dada por la entidad y todo su equipo asesor y técnico, es en primera instancia contraria a la **JURISPRUDENCIA** y a la **CONSTITUCION NACIONAL arts. 2, 29 y 58**, tal como lo expresa el **CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejero ponente (E): MAURICIO FAJARDO GOMEZ - Bogotá D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010) - Radicación número: 25000-23-31-000-1993-09448-01(16432)**, cuando expresa:

“...La Administración **no está facultada** para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas contratantes **no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista**. Contrario sensu, **cuando alguna de las causales de declaratoria de desierta no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato...**”
(Lo subrayado es nuestro).

Frente a la declaratoria de desierta, debemos seguir indicando, que la Jurisprudencia de la SALA DEL CONSEJO DE ESTADO ha establecido con claridad lo siguiente:

“...Los procedimientos administrativos de licitación están llamados, en principio, **a culminar normalmente con el acto de adjudicación** al participante que hizo la mejor propuesta; no obstante, de manera **excepcional**, pueden presentarse hechos que impiden la selección objetiva del contratista. (Se subraya).

Al respecto la Sala precisa que no todos los hechos impositivos conducen a la declaratoria de desierta de una licitación, toda vez que resulta necesario que los mismos estén concebidos dentro de las causales que al efecto dispuso el legislador.

Así lo ha precisado la Sala en anteriores oportunidades:

“(...) La facultad de adjudicar la licitación o no adjudicarla, que se reserva la Administración, entonces, debe entenderse en el sentido de que, eventualmente, el proceso de selección adelantado podría culminar sin la escogencia de un contratista, a pesar de constituir ésta su

objeto esencial, pero ello sólo sucedería excepcionalmente, en los eventos expresa y taxativamente previstos por la norma."¹ (Se subraya).

La Administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que **a las entidades públicas contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista o por otras causas.**

Contrario sensu, cuando alguna de las causales de declaratoria de desierta no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato. Al respecto dijo la Sala:

*"(...) la decisión sobre adjudicación de un contrato administrativo no es propiamente discrecional..., sino reglada, vale decir, ajustada a una serie de factores tanto objetivos como personales o subjetivos que deben pesar razonablemente en toda la selección y que tendrán que estar fundados en elementos de convicción que obren dentro del expediente."*²

Postura que reiteró en la sentencia 15.235 proferida el 24 de junio de 2004:

"La regla de la adjudicación compulsoria³ obliga a la administración pública siempre a escoger el contratista que haya presentado la propuesta más favorable."⁴

Aparecen como infringidos en el presente procedimiento de selección los artículos 23, 24, 25 y 26 de la ley 80 de 1993 que ordenan que las actuaciones de quienes intervienen se desarrollen con arreglo al **principio de transparencia** (desarrollo del principio de imparcialidad de la función administrativa, arts. 209 Constitucional), por cuya virtud en los pliegos de condiciones se definirán **ab initio** las reglas objetivas, justas claras y completas que aseguren una escogencia objetiva y **eviten la declaratoria de desierta de la licitación** (lit. b num. 5 del art. 24 ley 80 de 1993) o del proceso de selección; con sujeción **a los principios de economía y publicidad** (art. 209 C. N.), de conformidad con los cuales en los pliegos de condiciones **ab initio** se establecerán los procedimientos para asegurar la selección objetiva (num. 1 del art. 5 ibídem) en tanto los pliegos deben elaborarse con la debida antelación a la apertura del procedimiento (num. 12 art. 5º ibíd.) **y por lo mismo la declaratoria de desierta únicamente procede por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva** (num. 18 art. 5º ibíd.) **las cuales en el presente caso no existen ya que haciendo uso de los principios de selección y de las normas que rigen los procedimientos, dentro**

¹ Sentencia No. 13.683 del 7 de diciembre de 2004, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Actor: FABIO E. ESPEJO MEJIA Y OTROS

² Sentencia 3335 del 20 de junio de 1983 citada en la sentencia 13.683 de 2004, ya referida.

³ La adjudicación compulsoria es el derecho que le asiste al licitante que ha formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento administrativo concluya con un acto de adjudicación a su favor. En otras palabras, la obligación de la administración de concluir la licitación con la adjudicación al licitante triunfador, a menos que no se den las condiciones exigidas en los pliegos y la administración recurra a la declaratoria de desierta de la licitación. La idea general es que la administración concluya el proceso licitatorio que inició, con el acto que le ponga fin, bien a través de la adjudicación o la declaración de desierta, motivando razonadamente tal decisión (art. 24.7 ley 80 de 1993).

⁴ Sentencia 15.235 del 10 de diciembre de 2004. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Actor: SOCIEDAD GEOMINAS S.A.

de las cuales se encuentran los Referentes Jurisprudenciales, es totalmente viable adjudicar a la mejor propuesta; que en este caso es la del **CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015**, por cuanto se ajusta a los requerimientos de los pliegos, una vez sean tenidas en cuenta las subsanaciones realizadas en tiempo, es decir cumple con los requisitos técnicos, **contrario a lo manifestado en el acto administrativo** por los representantes del **DAGMA**, siendo necesario proceder a adjudicar en acato al **principio de responsabilidad** por cuya virtud las actuaciones de los funcionarios y colaboradores, deben ajustarse a los referentes jurisprudenciales, a la Ley y a los pliegos de condiciones, sin manifestaciones confusas y ambiguas que utilizan apartes de una sentencia, queriendo darle un sentido contrario al expresado por la misma, convirtiéndose en decisiones de carácter subjetivo (art. 26 ley 80 de 1993); acorde con los postulados generales que rigen la **función administrativa**, y en especial la **función administrativa contractual** (art. 3 ley 80 1993), resultando igualmente comprometidos los **principios de igualdad** (arts. 13 y 209 C.N.), **publicidad** (arts. 209 C. N.), **imparcialidad, economía y transparencia** (art. 209 C. N.).

Cabría analizar el caso bajo varios aspectos:

La selección del contratista.

Como se ha indicado en las normas que rigen la materia, la misma está sometida a los principios de transparencia, selección objetiva e igualdad, en virtud de los cuales surgen, entre otras, la obligación de someter a todos los oferentes y sus propuestas **a las mismas reglas del pliego de condiciones y de la normatividad contractual en especial los referentes jurisprudenciales**. Así se ha precisado por parte de la jurisprudencia en abundantes providencias, como en la sentencia proferida por la **CORTE CONSTITUCIONAL – C-588 DE 2012**:

*“...las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el **Consejo de Estado**, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional -en todos los casos, como guardián de la Constitución-, **tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia**, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica -CP, artículos 13 y 83...”*

Se tiene por tanto que los principios de transparencia, igualdad y de selección objetiva, a que está sometida la escogencia del contratista, se desarrollan mediante la sujeción de la licitación pública a la ley, los referentes jurisprudenciales y al pliego de condiciones...”

Recordemos que las Altas Cortes nos han llevado a demostrar en estos casos lo siguiente:

i) Que el acto por medio del cual se le negó el presunto derecho es contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista.

ii) Que el actor hizo la mejor propuesta, conforme lo ha precisado la Sala en reiteradas ocasiones, al señalar que quien pretenda *“ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, adquiere si quiere sacar adelante sus pretensiones doble compromiso procesal: El primero, tendiente a la alegación de la normatividad infringida; y el segundo relacionado con la demostración de los supuestos fácticos para establecer que la propuesta hecha era la mejor desde el punto de vista del servicio público para la administración. En otros términos, no le basta al actor alegar y poner en*

evidencia la ilegalidad del acto, sino que tiene que demostrar, por los medios probatorios adecuados, que su propuesta fue la mejor y más conveniente para la administración."⁵(Se subraya ahora).

En consecuencia, en el presente caso se encuentran demostrados los dos preceptos así:

Acto contrario al ordenamiento que rige la selección del contratista.- Basado en las Jurisprudencias antes citadas, es claro, que la administración no debió declarar desierta la Licitación Pública por cuanto "... los Pliegos de Condiciones son la fuente de Derechos y Obligaciones, al igual que las normas y precedentes jurisprudenciales..." en el presente proceso y "...el elemento para la interpretación frente a situaciones es precisamente el referente jurisprudencial que le da un alcance a la norma, aclarándola en el sentido de indicar que lo que no otorga puntaje es susceptible de subsanación..."

Debo expresar con respecto a la respuesta dada por la entidad, que esta es errada y se aparta de la posición segunda, o solución correcta, establecida por la Ley 1150 de 2007, modificatoria de la Ley 80 de 1993, la cual, al ser aclarada por la Jurisprudencia expresó lo siguiente:

"...sí es posible completar, adicionar o modificar y mejorar las ofertas pero en los aspectos que permite el artículo 25. 15 y no en los aspectos que prohíbe.

Para la Sala **la segunda solución es la correcta.** Porque si el artículo 30.8 se aísla para leerlo, significaría que si falta por ejemplo una copia de la propuesta entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. **De admitir este entendimiento surgiría de un lado una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable entre los artículos 25. 15 y 30.7 con el artículo 30.8; y del otro lado si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas se debe optar por ese entendimiento..."**

Ese **artículo 30 numeral 8, ya fue objeto de aclaración** y frente a él ya fijó un **precedente** el **CONSEJO DE ESTADO**, consistente en: "...El nuevo criterio derogó el inciso segundo del artículo 25. 15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó en esencia, lo que aquél decía, pero la explicó, añadiendo un texto que la aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: **"todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación..."**".

Es decir para la oferta objeto de análisis, los requisitos que no otorgan puntaje y que fueron subsanados en tiempo deben ser considerados por la administración **DAGMA**, pues así lo indica el precedente jurisprudencial, pues como ya lo vimos la facultad de declarar desierta no es discrecional sino reglada, debiendo procederse a adjudicar si así lo indica la norma que para el caso analizado equivale a la Ley 80 de 1993, aclarada por el referente jurisprudencial en el tema de los requisitos objeto de subsanación de una propuesta.

Para demostrarle lo anterior, me permito citar la **SENTENCIA C-539 DE 2011 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**, la cual al respecto indica:

"...PRECEDENTE JUDICIAL DICTADO POR LAS ALTAS CORTES-Obligación de las autoridades públicas.

⁵ Sentencia del 19 de septiembre de 1994. Expediente 8071. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo. Actor CONSORCIO JOSE VICENTE TORRES Y RICARDO ORTIGOZA GONZDIURNAS DE LUNES A VIERNES SIN FESTIVO, PUERTA CALLEALEZ.

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política...”

“...En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina administrativa y constitucional, la jurisprudencia de estas Cortes ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por las Cortes tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de las Cortes constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho...”

Para desvirtuar esta postura, alejada del precedente Jurisprudencial, me permito indicarle lo siguiente:

Concretamente, en 1993, con la expedición de la Ley 80, en materia contractual, se incorporó esta filosofía a la normativa de los negocios jurídicos del Estado. De manera declarada, en franca oposición a la cultura jurídica formalista que antes aplicaba la administración pública a los procesos de selección de contratistas, que sacrificaron las ofertas so pretexto de hacer prevalecer una legalidad insulsa -no la legalidad sustancial y protectora de los derechos y las garantías-, **la nueva normativa incorporó un valor diferente, incluso bajo la forma de principio del derecho contractual, que debía invertir o reversar la lógica que regía los procesos de contratación.** 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. Finalmente, tres normas, que se deben armonizar, expresaron la moderna filosofía:

i) El numeral 15 del artículo 25, centro de gravedad de la nueva lógica de los procesos de selección, que contiene el principio de la economía, dispuso que:

"15. Las autoridades no exigirán sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimientos de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

"La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos."

*Al amparo de esta disposición, la principal de las normas que se refieren al tema, las entidades públicas **ya no podían rechazar ofertas por aspectos puramente formales, en palabras de la ley:** por requisitos "no necesarios para la comparación de 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. (..)

Así las cosas, el requisito que interesa al **DAGMA**, cual es, que el proponente garantice el equipo de trabajo, el cual vuelvo y repito no otorga puntaje, está siendo presentado en nuestra propuesta, con el fin de garantizar de manera exitosa el desarrollo de las actividades que comportan el objeto contractual. Es decir **SE CUMPLE** mediante los documentos aportados y subsanados en la propuesta, pues denotan su disponibilidad e idoneidad y garantizan que de resultar adjudicatario podrán ejecutar cabalmente el contrato que se llegare a suscribir.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, solicito se proceda a corregir el Informe de Evaluación y señalar que el equipo ofrecido **CUMPLE** con lo solicitado en el Pliego de Condiciones de la **LICITACION PUBLICA 4133.0.32.022-2015**, para lo cual deberá **REPONERSE LA DECISIÓN** asumida en dicho acto administrativo, Adjudicándole a la propuesta que cumpla con los requisitos establecidos en los pliegos.

Recordemos que la subsanación de requisitos habilitantes es hasta antes de la adjudicación del Contrato.

Con el fin, que se **REPONGA EL ACTO ADMINISTRATIVO**, le solicito sea habilitada la propuesta presentada por el **CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015**, y con lo hasta aquí expuesto, reitero que el Consorcio garantizó el cumplimiento y ejecución del contrato que se llegare a celebrar en caso de resultar adjudicatario, por lo cual, se aportó el equipo de trabajo con todos los requisitos exigidos, ya que el mismo, hace parte de los requisitos habilitantes, por ende, no es evaluable, es decir, son subsanables, tal como lo indica la Constitución, la Ley, La jurisprudencia, el precedente jurisprudencial y el código que exige el cumplimiento de dicho precedente jurisprudencial.

"...Para la Sala la segunda solución es la correcta. Porque si el **artículo 30.8** se aísla para leerlo significaría que si falta por ejemplo una copia de la propuesta entonces no se podía pedirla al oferente para que subsanara el requisito, porque al aportarla necesariamente completaría o adicionaría lo que no estaba. De admitir este entendimiento surgiría de un lado una contradicción lógica grave, profunda e irreconciliable entre los **artículos 25. 15 y 30.7 con el artículo 30.8**; y del otro lado si las reglas hermenéuticas permiten entender todas las normas en su propio contexto conservando la filosofía que inspiró el cambio de la regulación sobre la subsanabilidad de ofertas se debe optar por ese entendimiento.

Además el artículo 25. 15 contiene un principio general del derecho administrativo -el principio de economía-. **Mientras que el artículo 30.8** contiene una regla específica de aplicación en la licitación, así que el orden en que se interpretan y la coherencia que hay que hallar entre ellos indica que la regla debe entenderse conforme al principio, pues éste inspira su alcance e indica la mejor forma de aplicarlo.

En conclusión, pese a que la aceptación de la nueva filosofía de la evaluación de las ofertas no fue fácil, por la fuerte tradición que se arraigó en las entrañas de la administración, los operadores del derecho administrativo contractual entendieron, finalmente que no cualquier omisión en que incurriera el proponente justificaba el rechazo automático de la oferta; **en su lugar, había que ponderar si lo omitido "era o no necesario para la comparación de las propuestas"**.

La Ley 1150 de 2007 -catorce años después, reasumió el tema, para aclararlo más, darle el orden "definitivo" y también algo de previsibilidad, en todo caso con la intención de conservar y profundizar

la solución anti formalista que introdujo la Ley 80, es decir, para asegurar más y mejor la solución sustancialista a los problemas de incompletitud de las ofertas. La nueva norma dispuso, en el **artículo 5º, parágrafo** que:

"ART. 5º-De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

{ . . .).

"PAR. 1º-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". (Negritas fuera de texto)

El nuevo criterio derogó el inciso segundo del artículo 25. 15, y lo reemplazó por esta otra disposición, que conservó en esencia, lo que aquél decía, pero la explicó, añadiendo un texto que la aclara, para garantizar que su entendimiento fuera generalizado y uniforme. Por esto declaró que los requisitos o documentos no necesarios para la comparación de las propuestas son: **"todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación... "**

En adelante, el criterio de diferenciación entre los requisitos subsanables y no subsanables de una oferta incompleta dejó de ser, en abstracto, **"aquello que sea o no necesario para la comparación de las ofertas"**; y pasó a ser todavía parte de eso, pero bajo un entendimiento más concreto, menos abstracto o indeterminado: ahora son subsanables **"...todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje"**, los que **"... podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación ."**

Por lo expuesto, resulta evidente que la posición que argumenta la entidad a través del comité evaluador ya fue desarraigada de las entrañas de la administración, pues los operadores ya entendieron que **"...no cualquier omisión justifica el rechazo de las ofertas, y que los requisitos que no afecten la asignación de puntaje podrán ser subsanados..."**, es por ello, que solicito a la Entidad contratante el estudio de la documentación que fue aportada para la subsanación, para verificar y validar el cumplimiento irrestricto de los requisitos previstos en el pliego de condiciones por parte de **CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015**, procediendo a corregir su error, **REPONIENDO EL ACTO ADMINISTRATIVO** objeto de examen y en su lugar **ADJUDICANDOLE**, al **CONSORCIO** que cumple con lo expresado en los pliegos, en la Ley y en el precedente Jurisprudencial.

En conclusión emerge con suficiente claridad para el presente proceso acorde a la Ley, al precedente Jurisprudencial, a los pliegos de condiciones, la obligación legal de Adjudicar o aceptar la oferta o firmar contrato con el **CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015**, pues está visto que a contrario de lo manifestado por **"el comité evaluador"** al revisar nuevamente las propuestas y los documentos de subsanación de requisitos habilitantes, como lo manifestó el propio **DAGMA**, cumple con los requisitos técnicos exigidos.

Frente a lo anterior, recordemos nuevamente lo que ha sostenido el **CONSEJO DE ESTADO**.

"...La Administración no está facultada para declarar desierta una licitación cuando las razones que invoca están por fuera de la ley, lo cual también permite afirmar que a las entidades públicas

contratantes no les asiste competencia legal para declarar desierta una licitación con el objeto de salvar o enmendar un error cometido por ellas mismas en la planeación del procedimiento de selección del contratista. Contrario sensu, cuando alguna de las causales de declaratoria de desierta no está configurada, la Administración debe proceder a la adjudicación del contrato..."

(Lo subrayado es nuestro).

Así las cosas, deberá **Modificarse o Revocarse** el Acto Administrativo, y en su defecto adjudicarse, aceptarse oferta o firmarse contrato con el **CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015** por cumplimiento de requisitos técnicos y ajuste total a los pliegos de condiciones, a la Ley y al precedente Jurisprudencial.

Pretender sustentar una decisión de **DECLARATORIA DESIERTA**, en un aparte de una Jurisprudencia, que tiene un sustento diferente, va en contra de la Ley y del precedente jurisprudencial, pues de la lectura de la Sentencia que recoge el aparte citado, encontramos con claridad que el mismo hace referencia a la Oportunidad y tiempo para subsanar, aclarar o explicar la oferta que tiene el proponente, y no a lo expresado por la entidad frente a la imposibilidad de subsanar requisitos que no otorgan puntaje.

Amén de lo anterior, es claro que el consorcio cumplió con los requisitos, pues las experiencias de lo subsanado existían al momento de presentación de la oferta, es decir no son condiciones que se cumplen con posterioridad, pues dichas experiencias existían, motivo por el cual, no es posible citar dicho aparte para **declarar desierto** el proceso, puesto que el mismo, no se ajusta al caso objeto de análisis.

En caso de que la manifestación sea contraria podría incurrirse en una presunta celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales, prevaricato por omisión y presunto favorecimiento de un tercero, por lo que los invito de manera respetuosa a analizar con detenimiento los sustentos de mi recurso.

Doctora Mozo Muriel, Asesor y Equipo Evaluador, los invito a que en respeto del precedente creado por ustedes en anteriores casos, como lo es, la **LP. 4133.0.32.094-2014**, donde la entidad si permitió **SUBSANAR REQUISITOS**, completando la propuesta con la Póliza y asumiendo el precedente jurisprudencial, adopte igual posición y permita la subsanación acorde a lo expresado en el precedente jurisprudencial tantas veces citado.

Ahora bien, frente a las denuncias instauradas en mi documento de fecha 21 de Septiembre de 2015, le solicito se me entregue copia de los radicados mediante los cuales se compulso copia de dicha situación a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría y a la Contraloría, pues es deber suyo dada la denuncia enviar los mismos a dichos órganos de control, ya que de ello no ocurrir entablaré la Acción de Tutela en garantía de nuestros derechos Constitucionales.

PRUEBAS

Los motivos de mi inconformidad se encuentran sustentados en los anteriores puntos, igualmente requiero se tengan como pruebas las siguientes:

- Las sentencias que ya son Jurisprudencia, citadas en las consideraciones del presente recurso.
- Los Pliegos de Condiciones, Los Estudios Previos, El Anexo Técnico, las subsanaciones.
- La Resolución objeto del recurso, el Acta de Audiencia.

- Las propuestas presentadas por las firmas participantes.

Dichas pruebas solicitadas en la oportunidad legal, deben ser tenidas en cuenta, ya que las mismas hacen parte de los antecedentes del presente proceso.

Como conclusión, desde el punto de vista jurídico, no resulta admisible – la posición subjetiva adoptada para de manera ilegal **DECLARAR DESIERTO** un proceso de selección.

Una vez revisada la totalidad de las pruebas antes descritas y mis sustentos legales, reitero de manera respetuosa mi solicitud de **MODIFICAR O REVOCAR** la resolución recurrida por fundarse en sustentos apartados de la realidad y de la legalidad y en su defecto **ADJUDICAR EL PROCESO DE LICITACION PUBLICA No. 4133.0.32.022.2015 “Implementar estrategias para la restauración ecológica en predios públicos para adelantar acciones de restauración activa y pasiva y barreras cortafuego en la cuenca hidrográfica de los ríos Cali, Meléndez y Pance, con el fin de recuperar la funcionalidad ecosistémica del área, garantizando la conservación del recurso hídrico de manera que se propicie una oferta ambiental importante para la fauna asociada y los habitantes aledaños. Del mismo modo, mitigando tensionantes de ocupación de desarrollo incompleto y de vulnerabilidad a incendios forestales. Asimismo, el DAGMA pretende realizar el mantenimiento de la restauración ecológica activa y pasiva y las barreras cortafuego de los predios públicos La Yolanda, El Danubio, La Carolina, Piedra Grande, Lomas de Quintero, Arbolito, La Cajita y Yanacónas; que permita garantizar la sobrevivencia y crecimiento de las coberturas vegetales establecidas propiciando la conservación de la oferta de bienes y servicios ecosistémicos del municipio de Santiago de Cali –Valle del Cauca, al CONSORCIO RESTAURACION ECOLOGICA 2015, por encontrarse su propuesta ajustada a los pliegos de condiciones, a la Ley y al Precedente Jurisprudencial.**

Se trata de restablecer el derecho a la legalidad del Consorcio que represento, el cual, ha sido quebrantado con el acto administrativo recurrido.

DIRECCION DE NOTIFICACION

Las recibiré en la Carrera 37 No. 6-52 Barrio el Templete de Santiago de Cali, Telf. 5541112 Cali – 318-5175867.

Atentamente,



ANDRES FELIPE ASTUDILLO
C.C. No. 94.504.763 de Cali – Valle.
Representante Legal Consorcio Restauración Ecológica 2015.
Proponente.

c.c. Contraloría General de la Republica
Procuraduría General de la Republica
Fiscalía General de la Nación
Anticorrupción
Archivo.