



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA

SERVICIOS DE SALUD DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN

NIT 829.001.846-6

CODIGO PRESTADOR 68-081-00707

OFICIO-GER-336-15

Barrancabermeja, 26 de agosto de 2015

Señor
CESAR AUGUSTO CAMARGO
Representante Legal
Consortio Obras El Danubio
Calle 32 N° 9-45 Barrio Centro
Correo electrónico: pautte@hotmail.com
Cartagena, Bolívar

Asunto: Respuesta Derecho De Petición, radicado 1068 del 18 de agosto de 2.015.

Respetado Señor:

Teniendo en cuenta que su observación se surtió extemporáneamente, de acuerdo al plazo para la presentación de observaciones establecido en el pliego de condiciones, la Entidad le dará trámite de derecho de petición. Se recuerda al peticionario que los plazos establecidos para el agotamiento de las etapas de una convocatoria pública, son términos son preclusivos y perentorios. Lo anterior, partiendo de lo establecido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, principio que rige igualmente dentro de las Convocatorias públicas que surte la ESE BARRANCABERMEJA. El mentado principio reza: "(...)"

Artículo 25º. Del Principio de Economía. En virtud de este principio:

1o. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.(...)" Subrayado y negrilla fuera del texto original.

Reitera el peticionario sobre la no procedencia de la certificación aportada por la UNIÓN TEMPORAL DANUBIO en tanto no corresponde en su sentir a lo requerido por la Entidad. Frente a esta reiteración la Entidad procede a responder en los mismos términos que en la respuesta otorgada al derecho de petición radicado bajo el No. 1054 del 18 de agosto de 2015.

Ahora bien, sobre el hecho que el Ingeniero SMITH RICARDO VILLAFANE certificado por la UNIÓN TEMPORAL DANUBIO como director de Obra en las Obras realizadas en el Contrato suscrito con la ESE HOSPITAL YOPAL no ejerció tales labores en tanto existen actas de comités suscritas por un Director de obra distinto, se requirió una aclaración al mencionado oferente, quien manifestó lo siguiente:

" (...) Pretende el peticionario, que, con posterioridad al cierre del proceso, a la evaluación e incluso de la adjudicación del contrato, se modifique una regla del pliego de condiciones, en el sentido de modificar la regla contenida en el pliego sobre la forma de acreditar la experiencia del Director de Obra, agregándole que la misma será verificada con otros documentos no constitutivos de las certificaciones emitidas por el respectivo contratante, tales como actas de reuniones de comités de obras, cartas, comunicaciones varias u otro tipo de documentos no expresamente contemplados en el pliego de condiciones. La pretendida modificación debió haberse hecho en la oportunidad procesal fijada por la entidad, el Manual de Contratación de la entidad y el Estatuto General de Contratación Pública en Colombia, esto es en la instancia procesal señalada para la expedición y publicación de adendas.

El medio de prueba (actas de las reuniones de obra, comunicaciones varias, etc.) pretendido por el peticionario para acreditar la experiencia del Director De Obra no se encuentra señalado en el pliego de



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA

SERVICIOS DE SALUD DEL PRIMER NIVEL DE ATENCION

NIT 829.001.846-6

CODIGO PRESTADOR 68-081-00707

condiciones, siendo improcedente que el Comité Evaluador y/o el ordenador del gasto lo apliquen, ni siquiera si aún estuviéramos en el periodo de evaluación (ya fenecido), sin apartarse de la literalidad del pliego de condiciones, el cual, como es de conocimiento público, constituye la ley que rige el proceso de selección.

Sobre la intangibilidad del pliego de condiciones y la imposibilidad del Comité Evaluador de aplicar medios de prueba no contemplados en él, remítase a la normatividad y jurisprudencia vigente que se señalará a continuación: (negrita y subrayado propios)

Artículo 1082 del 2015: "Artículo 2.2.1.1.2.2.3. Comité evaluador. La Entidad Estatal puede designar un comité evaluador conformado por servidores públicos o por particulares contratados para el efecto para evaluar las ofertas y las manifestaciones de interés para cada Proceso de Contratación por licitación, selección abreviada y concurso de méritos. El comité evaluador debe realizar su labor de manera objetiva, ciñéndose exclusivamente a las reglas contenidas en los pliegos de condiciones. El carácter asesor del comité no lo exime de la responsabilidad del ejercicio de la labor encomendada."

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado enfáticamente que el Pliego de Condiciones se trata de un acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación:

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00787-01(16209)

"Es decir que se da la oportunidad a la Administración, una vez abierta la licitación, de corregir el pliego de condiciones, en el evento en que el mismo contenga disposiciones confusas, ambiguas, poco claras, etc., cuando así lo hayan advertido y solicitado los mismos participantes, debiendo la entidad hacer tales correcciones o aclaraciones, mediante la expedición de adendos, que no son más que actos suscritos por el funcionario competente, que deben ser entregados a todos los participantes en el proceso de selección, para que se enteren de esas correcciones o aclaraciones; esto significa que la modificación del pliego de condiciones en esa etapa del proceso de selección, no puede producirse de cualquier manera, sino mediante el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, y para los efectos en ella contemplados.

La Sala siempre ha considerado una condición clara e indiscutible de los procesos de selección de contratistas, la intangibilidad del pliego de condiciones; así lo reiteró en reciente providencia, en la cual sostuvo¹¹:

...

Así las cosas, y una vez fijados los criterios de selección y sus mecanismos de ponderación ellos no sólo vinculan a los participantes, sino a la propia entidad estatal, quien viene así a autorregular, entre otros aspectos, su actividad de estudio y evaluación de las propuestas para determinar aquella que sea más favorable para los fines de la contratación que persigue en determinado proceso, lo cual excluye, de suyo, cualquier discrecionalidad en la aplicación o no de los mismos o en la asignación de los puntajes y las fórmulas o en la manera o forma que para este efecto ella misma consagró, conducta que pugna con el deber de selección objetiva de que trata el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

De manera que, luego que el pliego de condiciones ha tenido la publicidad correspondiente y transcurrido los plazos establecidos para realizar alguna modificación o adición, el cual precluye una vez presentadas las propuestas, no le es dable a la administración apartarse de lo que ella misma consignó en él para realizar el estudio y calificación de las propuestas e ir más allá de lo expresamente regulado a este respecto, o inventarse reglas, maneras o fórmulas de calificar que atiendan supuestos no contemplados inicialmente, para luego imponerlas en la etapa de evaluación a los participantes en el mismo, pues ello se contrapone a los principios y normas de la contratación estatal y constituye una irregularidad o vicio que puede afectar la legalidad del proceso.



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA

SERVICIOS DE SALUD DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN

NIT 829.001.846-6

CODIGO PRESTADOR 68-081-00707

Vale decir, para no atentar y debilitar los principios y derechos al debido proceso administrativo y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 de la C.P.), así como los de planeación, transparencia, igualdad, publicidad, responsabilidad y el deber de selección objetiva de que trata la Ley 80 de 1993 (artículos 24 No. 5, 25 No. 1, y 2, 26 y 29), en los procesos de selección de la contratación estatal está vedado cualquier cambio sobre la marcha a las reglas de juego previamente establecidas en la ley del mismo, o sea en el pliego de condiciones, y una vez precluida la etapa respectiva de precisión, aclaración, adición o modificación de los mismos, de manera unilateral, subrepticia y oculta, que tome por sorpresa a los participantes y genere incertidumbre en la etapa de evaluación y estudio del mérito de la mejor propuesta. Con ello, a la postre, se compromete la legalidad del proceso precontractual y la adjudicación o declaratoria de desierta de la licitación o concurso, según el caso, siempre y cuando constituya una irregularidad que incida sustancialmente en la selección objetiva de la mejor propuesta, esto es, en la escogencia de la oferta más favorable a la entidad de conformidad con la totalidad de los criterios que rigen el proceso correspondiente y en atención a lo preceptuado por el artículo 29 de la Ley 80 de 1993.

En suma, si la facultad y autonomía que tienen las entidades estatales en la confección y elaboración de los pliegos de condiciones y términos de referencia se encuentra limitada por los principios y normas de la Ley 80 de 1993, con mayor razón dentro del proceso de selección la actividad de evaluación y calificación se encuentra limitada y sujeta a lo que en desarrollo de ésta se haya incluido en los pliegos de condiciones como norma reguladora del proceso de selección, de donde emanan los derechos y obligaciones de la administración y de los participantes en él".(...)"

Y más adelante cita lo siguiente:

"(...) Esta solicitud, siguiendo el estilo que ha utilizado el peticionario en sus tres escritos de fechas 13-08-2015, 18-08-2015 y 19-08-2015, mezcla deliberadamente las reglas objetivas del pliego que rigieron el proceso de selección, con agregados y consideraciones subjetivas de lo que a su juicio, debió contener el pliego de condiciones del proceso contractual ya fenecido, como si se trataran de una misma cosa. Me explico: la solicitud de que la entidad requiera a la UNIÓN TEMPORAL OME FRIO Y CALOR "copia del contrato laboral del ingeniero Villafañe" pretenden imponer, por vía de interpretación, una regla no contenida en el pliego de condiciones, esto es que para acreditar la experiencia del director de obra fuera necesario que la referida experiencia se haya causado dentro de un contrato laboral suscrito con el contratante, siendo que lo que exigió literalmente el pliego de condiciones fue que la experiencia se acreditara "mediante certificaciones emitidas por la entidad contratante".

La tesis jurídica de que la acreditación de experiencia del director de obra se encontrara circunscrita a un contrato laboral constituye un apartamiento del pliego de condiciones, que pretende además hacer incurrir en error al ordenador del gasto de la E.S.E BARRANCABERMEJA, desconociendo que existen otros mecanismos jurídicos contemplados en la normatividad civil y comercial para la vinculación de un profesional con una empresa, consorcio o unión temporal: contrato civil de prestación de servicios, contrato de mandato, contrato de representación, sociedad de hecho y no solamente el contrato laboral señalado tácitamente por el peticionario como única vinculación válida con un profesional director de obra, lo que constituye una interpretación parcializada del pliego de condiciones que pretendió infructuosamente imponer el peticionario: ¿En qué capítulo, numeral, literal o inciso del pliego de condiciones se establece que la vinculación del contratante con un profesional director de obra debía ser mediante contrato laboral?

Ni el pliego de condiciones del proceso de la referencia (E.S.E BARRANCABERMEJA) ni el Pliego de Condiciones del Hospital de Yopal ni el contrato de obra suscrito entre el hospital de Yopal con la UNION EMPORAL OME FRO Y CALOR exigía que la vinculación con los directores de obra fuera exclusivamente laboral. Por lo anterior, es improcedente la alegación elevada por el peticionario, por tratarse de una solicitud de una prueba extemporánea e inconducente, tendiente a probar o desvirtuar el cumplimiento de una regla (vinculación laboral) no contenida en el pliego de condiciones. (...)"

Finalizando con lo siguiente: " (...) Aunado a lo anterior, debe tener en cuenta el peticionario, que en la ejecución de un proyecto, y dada la complejidad del mismo, pueden nombrarse y trabajar coordinadamente dos Directores de Obra, como efectivamente sucedió en la ejecución del Contrato derivado del Proceso de



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA

SERVICIOS DE SALUD DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN

NIT 829.001.846-6

CODIGO PRESTADOR 68-081-00707

Selección por Convocatoria Publica N° CP-001-2011, cuyo objeto consistió en la "EJECUCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS Y TERMINADOS DE LOS SISTEMAS DE AIRE ACONDICIONADO Y SISTEMA DE CALDERAS DE LAS INSTALACIONES DEL NUEVO HOSPITAL DE YOPAL – SEGÚN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO N° FDS- 0191-010 DE 2.010", según consta en la certificación emitida por el Representante Legal de la UNION TEMPORAL OME FRÍO Y CALOR, en la que se acredita:

- 1. Que dada la complejidad técnica del proyecto de "EJECUCIÓN DE OBRAS COMPLEMENTARIAS Y TERMINADOS DE LOS SISTEMAS DE AIRE ACONDICIONADO Y SISTEMA DE CALDERAS DE LAS INSTALACIONES DEL NUEVO HOSPITAL DE YOPAL – SEGÚN CONVENIO INTERADMINISTRATIVO N° FDS- 0191-010 DE 2.010", el cual incluía un considerable componente de obra civil y un igualmente considerable componente de instalación de aires acondicionados y calderas, se designaron dos Directores de Obra (y varios ingenieros residentes): Un Director General de Obra, Ingeniero Civil, al cual se le asignó previamente la ejecución del componente de obra civil, y un Director de Obra mecánica, ingeniero mecánico o eléctrico, especializado en sistemas de aire acondicionado, denominado igualmente Director de Instalación, al cual se le asignó previamente la ejecución del componente de instalación de los aires y calderas.*
- 2. Que las funciones del Director General de Obra, al cual se le asignó previamente la ejecución del componente de obra civil, eran diferentes un Director de Obra mecánica, denominado igualmente Director de Instalación.*
- 3. Que la vinculación entre la UNION TEMPORAL OME FRÍO Y CALOR con el Ingeniero Civil SMITH RICARDO VILLAFANE fue de carácter civil enmarcado en un contrato de prestación de servicios, no constitutivo de vínculo laboral.*
- 4. Que la certificación sobre la experiencia en el proyecto del Director General de Obra, Ingeniero Civil SMITH RICARDO VILLAFANE, fue otorgado por la persona competente para emitir la respectiva certificación de experiencia, dada su calidad de Representante Legal del contratista UNION TEMPORAL OME FRÍO Y CALOR.*
- 5. Que las certificaciones de la experiencia del recurso humano utilizado en el proyecto le competen a la respectiva UNION TEMPORAL FRÍO Y CALOR en su calidad de contratista de la entidad, y no a la entidad estatal beneficiaria de la obra.*
- 6. Que el hecho de que en algún o algunos documentos propios de la ejecución del contrato no figuren la totalidad del personal empleado en la obra, ni figure incluso el representante legal de la UNION TEMPORAL, no significa que esos documentos no fueran válidos, dado que la entidad HOSPITAL DE YOPAL no incluyó en la minuta del contrato esa formalidad como una obligación del contratista. El hecho de que la entidad los aceptara así como han sido suscritos se acredita con la liquidación bilateral del contrato.*

De lo anterior concluimos que, dada la complejidad de un proyecto, la empresa responsable de su ejecución, puede designar un director de proyecto, varios directores de obra –uno encargado de la parte administrativa y otro(s) de la parte técnica–, un residente para cada especialidad, un hidráulico, uno de estructura, etcétera, y así para cada una de las especialidades, siendo improcedente que un particular pretenda interferir en la organización y esquemas administrativos propios de otra empresa, bajo el impensable argumento de que un proyecto debe tener sólo un director de obra, sólo un residente, sólo un topógrafo, etcétera. Se reitera, la estructuración del proyecto y la organización administrativa y del recurso humano para dar cumplimiento al mismo, es del resorte interno de cada empresa, y no es objeto de regulación legal.

Los pliegos de condiciones, en particular los relacionados con interventorías, pueden fijar unos mínimos de personal a emplear en el proyecto, pero no pueden fijar unos máximos, como lo pretende hacer ver el peticionario, pues ésta es una decisión que es de la autonomía propia de la empresa, unión temporal o consorcio ejecutor del proyecto.



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO BARRANCABERMEJA

SERVICIOS DE SALUD DEL PRIMER NIVEL DE ATENCION

NIT 829.001.846-6

CODIGO PRESTADOR 68-081-00707

Dicho sea de paso, el Contrato de Obra suscrito entre el HOSPITAL DE YOPAL y la UNION TEMPORAL OME FRIO Y CALOR, no señaló que el Contratista tuviera que presentar sólo un Director de Obra, ni que en caso de que existieran más de un Director de Obra, cada uno de estos tuvieran que ser aprobados por la entidad estatal, ni señaló que las comunicaciones propias y cotidianas de los pormenores de la ejecución del contrato fueran suscritas por todo el personal empleado en la obra, como pretende hacerlo ver el peticionario.(...)"

Considera los miembros del comité evaluador de orden técnico que las explicaciones rendidas por el oferente UNIÓN TEMPORAL DANUBIO son satisfactorias, sin que exista a la fecha ningún documento o información que válidamente desvirtué la información aportada por quien certifica al profesional SMITH RICARDO VILLAFANE como Director de Obra, la cual se encuentra cobijado bajo el principio de rango constitucional de la Buena Fe.

Atentamente,

CARLOS ALBERTO SANMIGUEL EVAN
Gerente

Proyectó: Angélica Martínez Rojas y Ligia Viviana Gómez Hernández, Abogadas Asesoras Externas

Revisó: Douglas Alfonso Sanabria, Contratista Prestación de Servicios