

República de Colombia

**Ministerio de Transporte
Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil
Municipio de Medellín
Gobernación de Antioquia**



Concesión para la Administración, Operación, Explotación Comercial, Adecuación, Modernización, Construcción y Mantenimiento de los Aeropuertos José María Córdova de Rionegro, Olaya Herrera de Medellín, Los Garzones de Montería, El Caraño de Quibdó, Antonio Roldán Betancourt de Carepa y Las Brujas de Corozal

**Respuestas a las preguntas y comentarios formulados a los Pliegos de Condiciones durante la semana del 8 de enero al 11 de enero de 2008
(Vergel y Castellanos S.A.)**

Enero 16 de 2008

Comunicación VYC-601-2008

En cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general que se persigue con en adelantamiento del presente proceso de selección, comprendemos que la entidad haya tomado ciertas decisiones que han implicado modificaciones sustanciales al pliego de condiciones que reglan el procedimiento de contratación, en especial respecto de los requisitos financieros, la forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, la inversión en el proyecto, entre otros, dentro de las facultades y prerrogativas que le confiere a la entidad la Constitución y la Ley.

Sin embargo, dichas modificaciones no pueden ser realizadas de forma arbitraria, inconsulta o en contravía de los principios de la contratación pública, ni mucho menos en detrimento de los derechos de los particulares, por lo que acudimos a la AEROCIVIL para que, en consideración de aquellos principios generales que se aplican en materia contractual y con el fin de hacer efectivo el interés general, se prorrogue el proceso de selección o este sea suspendido durante un tiempo prudencial que le permita a los proponentes adecuar los ofrecimientos que se encuentran en elaboración a las nuevas condiciones incorporadas, con el fin único de garantizar la satisfacción del mencionado interés general, y la presentación de una propuesta que realmente se adecue a los requerimientos de la entidad, puesto que, de no acogerse tal solicitud nos encontraríamos ante una violación abierta a las normas constitucionales y legales aplicables, en especial de aquellas que establecen los principios aplicables a esta materia, como son el de transparencia, selección objetiva, responsabilidad, economía, igualdad, libertad y sujeción al Pliego de Condiciones, como lo veremos a continuación.

Efectividad de los principios de sujeción al Pliego de Condiciones, respeto de su naturaleza y carácter vinculante. Libre concurrencia, igualdad de oferentes.

Es precisamente atendiendo a los límites mencionados anteriormente, y a los cuales se encuentra sujeta la administración en ejercicio de sus facultades de dirección y control de la contratación, que se ha determinado la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones al punto que, jurisprudencialmente, se han considerado como la ley de las partes que intervienen en el proceso correspondiente, con carácter pleno vinculante y obligatorio para éstas, lo que impone a la entidad pública contratante que observe rigurosamente la denominada carga de claridad y precisión, que aparece debidamente establecida en el numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, entre otras disposiciones.

Sobre dicha naturaleza vinculante del Pliego de Condiciones encontramos, entre otros pronunciamientos, el siguiente:

“Es por esta razón que, la elaboración del contenido de los pliegos, impone que la entidad licitante, observe rigurosamente la denominada carga de claridad y precisión.

“(…)

“Y que debe observarse la carga de claridad y precisión en la facción de los pliegos de condiciones lo exige la naturaleza jurídica de los mismos que, sabido se tiene, despliegan un efecto vinculante y normativo para los participantes dentro del proceso de selección, como que las exigencias y requisitos en ellos contenidas, constituyen los criterios con arreglo a los cuales habrán de valorarse las correspondientes ofertas, sin que sea permitido a la entidad licitante, modificar inconsulta y arbitrariamente las exigencias en ellos dispuestas, so pena de viciar con dicho proceder el procedimiento de selección.

“(…)

Está sujeta a observar no solo la carga de claridad y precisión arriba mencionada, amén de la legalidad, **sino de la misma manera a adecuar su conducta en un todo a los dictados del principio de la buena fe, que adquiere relieve de particular importancia, en esta etapa prenegocial, no pudiendo la entidad licitante, so pretexto de la facultad de facción unilateral de los pliegos de condiciones, introducir en ellos, contenidos negociales, que se desatiendan el principio de igualdad o se materialicen en disposiciones predispuestas que puedan calificarse como abusivas, vejatorias o Leonidas**”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 3 de mayo de 1999) (Subrayado)

En igual sentido encontramos el fallo del 3 de febrero de 2000, en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“Para la Sala tal como lo señala la doctrina, la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones o términos de referencia que elabora la administración pública para la contratación de sus obras, bienes o servicios, está claramente definida en tanto son el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato, al punto que este documento regula el contrato estatal en su integridad, estableciendo una perspectiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista particular (...) De ahí el acierto de que se tenga como la ‘ley del contrato’.

“(…)

Dada la trascendencia de los pliegos de condiciones en la actividad contractual, la normatividad en materia pasada y presente, enfatiza que todo proceso de contratación debe tener previamente unas condiciones claras, expresas y concretas que recojan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas a que hayan de acomodarse la preparación de las propuestas y el desarrollo del contrato.

“(…)”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2000) (Subrayado)

Adicionalmente a esta limitante del ejercicio de las facultades de dirección y control en cabeza de la entidad pública contratante, también se encuentra el límite que impone los derechos de los administrados, incluyendo dentro de tal afirmación aquellos interesados en participar en el proceso de contratación correspondiente¹, de allí que se aplique en ésta materia principios como el de libertad e igualdad en la concurrencia de los oferentes, principios que tienen relación de medio a fin para la efectividad de aquellos de expresa configuración legislativa, como son los principios de transparencia y el de selección objetiva.

Sin embargo, sin encontrar las razones jurídicas o fácticas que justifiquen la posición asumida por la AEROVICIL, ante la negativa a acceder a la reiterada solicitud por parte de un número significativo de los interesados en participar en el proceso de selección de la referencia, con el fin de ampliar o suspender el proceso de selección en tanto se han realizado modificaciones sustanciales al Pliego de Condiciones a través de continuos Adendos, especialmente los Adendos No. 4 y 5, con muy poco tiempo para considerar los mismos e integrar a la elaboración de las propuestas los cambios incorporados al Pliego, puesto que las modificaciones, que en su mayoría tienen que ver con las especificaciones técnicas y la acreditación de los requisitos técnicos y de experiencia, han incorporado cambios de tal relevancia que inclusive la estructura financiera del proyecto debe ser reconsiderada, y en cuanto a los medios para acreditar los requisitos técnicos y de experiencia se esta haciendo nugatorio el principio y derecho a la libre concurrencia de proponente y en condiciones de igualdad, si tenemos en cuenta que la modificación realizada a través del Adendo No 05 implica una regla prácticamente de imposible cumplimiento para aquellos proponentes o integrantes de un proponente plural, personas naturales o jurídicas extranjeras, sin que exista, como se exige constitucionalmente (artículo 13 Constitución Política) una justificación para el trato diferente aplicando el debido juicio de proporcionalidad, pues la aplicación de ésta norma, que genera un trato diferente entre aquellos que se encuentran en igualdad de condiciones, no se encuentra justificada por un fin o principio de mayor jerarquía.

En relación con los principios de igualdad y libertad de concurrencia, entre otros fallos encontramos la sentencia de 19 de julio del 2001 a través de la cual se precisó:

¹ Artículo 26 Ley 80 de 1993.- Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:

1. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y **a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato.**

“(…)”. (Subrayado)

“Son por tanto elementos fundamentales del proceso licitatorio: **la libre concurrencia, la igualdad de los oferentes y la sujeción estricta al pliego de condiciones**².

La libre concurrencia permite el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del *llamado* a licitar. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.

La igualdad de los licitadores, presupuesto fundamental que garantiza la selección objetiva y desarrolla el principio de transparencia que orienta la contratación estatal, se traduce en la identidad de oportunidades dispuesta para los sujetos interesados en contratar con la Administración.

Y la sujeción estricta al pliego de condiciones es un principio fundamental del proceso licitatorio, que desarrolla la objetividad connatural a este procedimiento, en consideración a que el pliego es fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración y de los proponentes.

En efecto, el pliego de condiciones está definido como el reglamento que disciplina el procedimiento licitatorio de selección del contratista y delimita el contenido y alcance del contrato.

Es un documento que establece una preceptiva jurídica de obligatorio cumplimiento para la administración y el contratista, no sólo en la etapa precontractual sino también en la de ejecución y en la fase final del contrato.³

Si el proceso licitatorio resulta fundamental para la efectividad del principio de transparencia y del deber de selección objetiva del contratista, el pliego determina, desde el comienzo, las condiciones claras, expresas y concretas que revelan las especificaciones jurídicas, técnicas y económicas, a que se someterá el correspondiente contrato.

Los pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato; son la fuente de derechos y obligaciones de las partes y elemento fundamental para su interpretación e integración, pues contienen

² Para Dromi, son principios jurídicos esenciales de la licitación los dos primeros (Licitación Pública, pág. 134); para Enrique Sayagués Laso, son elementos fundamentales los dos últimos (Tratado de Derecho Administrativo, tomo I. Montevideo 1963; pág. 553.).

³ Así lo ha precisado la Sala en abundantes providencias, entre otras, las sentencias 10399 del 3 de febrero de 2000 y 12344 del 3 de mayo de 1999.

la voluntad de la administración a la que se someten los proponentes durante la licitación y el oferente favorecido durante el mismo lapso y, más allá, durante la vida del contrato.

“(…)

Como quedó señalado a propósito de la consagración legal del principio de transparencia y del deber de selección objetiva, la Administración esta obligada constitucional (art. 13 C.P.) y legalmente (art. 24, 29 y 30 ley 80 de 1993) a garantizar el derecho a la igualdad de los oferentes o competidores.

Por virtud de esta garantía, todos los sujetos interesados en el proceso de licitación han de estar en idénticas condiciones, y gozar de las mismas oportunidades, lo cual se logra, según la doctrina, cuando concurren los siguientes aspectos:

1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores.

2) *Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración.*

“(…)”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001) (Subrayado)

Es de tal importancia los principios de libre concurrencia, igualdad de los oferentes y sujeción al Pliego de Condiciones, que la doctrina se ha pronunciado sobre dicho tema dando relevancia a la obligatoriedad a cargo de la administración pública en su calidad de contratante de hacerlos efectivos.

Así encontramos que en palabras de Dromi, el pliego de condiciones es:

“El conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co - contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).”⁴

En cuanto al principio de igualdad, el tratadista Roberto Dromi, citando a Fiorini y Mata, precisa que el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes, cuales son:

“1) Consideración de su oferta en competencia con la de los demás

⁴ Roberto Dromi, “La licitación Pública”, Editorial Astrea; Tercera impresión, página 194.

concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) **cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección de co - contratante**; 4) **inalterabilidad de los pliegos de condiciones**; 5) respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) **acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación**; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior.

Como vemos, **la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.**⁵

En relación con la igualdad entre los oferentes, Marienhoff precisó:

“La licitación debe respetar el principio de que todos los licitadores u oferentes se hallen en pie de ‘igualdad’. Tal exigencia constituye una noción racional que fluye de la propia esencia y razón de ser de la licitación, siendo insito a ella.

Para lograr su finalidad, la licitación debe reunir ese carácter de ‘igualdad’, pues ésta excluye o dificulta la posibilidad de una colusión o connivencia entre algún licitador y oferente y la Administración Pública que desvirtúen el fundamento ético sobre el cual descansa la licitación y que, junto con los requisitos de ‘conurrencia’ y ‘publicidad’, permite lograr que el contrato se realice con quien ofrezca mejores perspectivas para el interés público.

La referida ‘igualdad’ exige que, desde un principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”⁶

No es claro que una vez la entidad ha introducido modificaciones al Pliego y a las reglas contenidas en éste, de tal relevancia que inclusive podrían conllevar a una indebida utilización de las reglas de evaluación establecidas, como lo veremos más adelante, no acceda, en procura de la efectividad de los principios, deberes y derechos constitucionales aplicables en materia contractual, conforme al argumento que hemos

⁵ Roberto Dromi, “La licitación Pública”, Editorial Astrea; Tercera impresión, página 137.

⁶ Miguel S. Marienhoff; Tratado de Derecho Administrativo; tomo III A; tercera edición actualizada; Buenos Aires, 1992; págs. 203 y 204.

expuesto, a la solicitud de ampliar el plazo en seis (6) días hábiles de conformidad con lo establecido en el inciso 2º numeral 4º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el cual, legalmente es admisible puesto que se suma a la primera ampliación realizada, o de ser necesario, teniendo en cuenta que las modificaciones han incorporado cambios relevantes y sustanciales a las especificaciones y reglas de carácter técnico, suspender el proceso por un término prudencial que les permita a los proponentes, en cumplimiento de lo establecido en el literal b) del numeral 5º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, presentar ofrecimientos objetivos, claros y completos que conduzcan al cumplimiento efectivo de los fines estatales perseguidos con el presente proceso de contratación, más aún si tenemos en cuenta que es evidente que los requerimientos técnicos que ha impuesto la entidad, de conformidad con la realidad del sector, solo pueden ser cumplidos con la concurrencia de un oferente o integrante de un proponente plural extranjero.

Con fundamento en los argumentos que han sido expuestos, con el fin único y exclusivo de hacer efectivos los fines estatales, el interés general perseguido con el presente proceso de contratación, los principios y reglas aplicables en ésta materia, especialmente las que han sido expuestas y aquella contenida en el numeral 2º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, en virtud del cual las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de los requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias, es que se solicita a la AEROCIVIL la ampliación o suspensión del proceso en los términos expuestos anteriormente, teniendo en cuenta que, como quedo expuesto, con las modificaciones sustanciales que se han realizado al Pliego de Condiciones y la fecha de cierre como está establecida no se podrán alcanzar el fin estatal último perseguido pues, como lo impone la realidad, el proceso no va a contar con la participación de todos aquellos proponentes que ofrezcan la posibilidad convenientes que se adecuen a los intereses de la administración pública y que le permitan escoger, con objetividad, entre un amplio abanico de propuestas, la que mas convenga, así como, se verían completamente ineficaces los principios establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, en tanto establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, función administrativa que tiene entre sus mecanismos el de la contratación estatal, la cual, por ende, se encuentra también al servicio del interés general, persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines, tal como lo preceptúa el artículo 3º de la Ley 80 de 1993.

La Aerocivil no acepta la solicitud de ampliar el plazo de la licitación ni de decretar su suspensión.

De conformidad con el artículo 30, numeral 5 de la ley 80 de 1993, las entidades estatales pueden prorrogar del plazo de la licitación por un término no mayor a la mitad del inicialmente fijado. Cabe resaltar que, en el caso que nos ocupa, la Aerocivil dio apertura a la licitación el día 17 de octubre de 2007 y su cierre inicial estaba previsto para el 17 de diciembre de 2007. Mediante Adendo No. 2, la Aerocivil modificó el plazo de la licitación hasta por el término máximo permitido por la ley,

disponiendo así su cierre para el día 17 de enero de 2008, resultado de prorrogar en un 50% el plazo inicial, acatando así la disposición legal antes mencionada. De lo anteriormente explicado, resulta que la entidad estatal no tiene ya la posibilidad legal de adicionar o ampliar nuevamente el plazo de la licitación.

En cuanto a la suspensión, ésta debe considerarse ciertamente como excepcional y para aquellos eventos en los que se identifique una anormalidad en el buen desarrollo del proceso licitatorio que sea necesario corregir. En consecuencia, si el proceso se desarrolla en cumplimiento de los principios de libre concurrencia, transparencia, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados de la Ley 80 de 1993, y de aquellos otros que rigen la función administrativa, no existiría una justificación para la suspensión. Para la Aerocivil es claro que el presente proceso licitatorio se ha desarrollado de conformidad con la Ley 80 de 1993 y con los principios que la rigen y, por consiguiente, no se encuentra una justificación legal o fáctica para que la entidad pueda proceder a decretar la suspensión del proceso.

La Aerocivil no ha introducido modificaciones al pliego de condiciones que hayan, de cualquier forma, implicado modificaciones sustanciales a las reglas que regulan el proceso licitatorio. No lo ha hecho tratándose de los requisitos financieros exigidos, los que no se han modificado desde el inicio mismo del proceso, ni lo ha hecho sobre la forma de acreditar el cumplimiento de los requisitos técnicos y de experiencia, la que se ha conservado igual desde el inicio, ni lo ha hecho respecto de los montos de inversión requeridos por el proyecto.

La Aerocivil manifiesta que, en contra de lo que afirma el solicitante, no existe en el pliego de condiciones una regla de imposible cumplimiento y además es enfática en afirmar que, durante todo el proceso, ha garantizado a todos los adquirentes del pliego la libre concurrencia y la igualdad sin incurrir en discriminaciones de ningún tipo.

La Aerocivil no comparte la afirmación del solicitante en el sentido que el pliego de condiciones y las reglas contenidas en éste podrían conllevar a una indebida utilización de las reglas de evaluación establecidas. La carga de la claridad y precisión, a la que se ha referido el Consejo de Estado, ha sido observada plenamente por la entidad en este proceso licitatorio para lo cual se han incluido en el pliego de condiciones reglas que aseguran a todos y cada uno de los proponentes una selección transparentes, objetiva y sin distorsiones de cualquier tipo.