FICHA TÉCNICA DE CONCILIACIÓN

SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT **No. Ficha: 955**

Tipo de Mecanismo Alternativo de Solución de Conflicto : CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Responsable de la Ficha : ANA MARIA LOPEZ CAMPOS
Fecha de fijación audiencia :
Fecha de audiencia :
Fecha Comité de Conciliación : 2020-05-21
Aplicación de política : NO

PROCESO VINCULADO

Número de proceso: 1-2020-1805
Tipo de proceso: CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL
Fecha de los hechos : 2019-12-10
Despacho Actual : PROCURADURÍA - DELEGADA PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
Procurador : PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION||

Pretensiones :

Valor Pesos :	157,245,469
Valor Oro :	0
Salarios Mínimos :	0
Valor Dólares :	0
Valor Total Indexado :	157,245,469

Conceptos de pretensión: CONCILIACIÓN - EXTRAJUDICIAL.

	ENTIDAD	APODERADO
1.	SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT	LOPEZ CAMPOS ANA MARIA

	ACTOR	DOCUMENTO	TIPO
1.	UNIOBRAS LTDA	NIT 900104795	SOLICITANTE

Histórico de Estados del Proceso

	FECHA	ESTADO	ENTIDAD	ABOGADO
1.	2020-04-13	REPARTO DEL PROCESO	SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT	LOPEZ CAMPOS ANA MARIA
2.	2020-04-13	INICIO DE PROCESO	SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT	LOPEZ CAMPOS ANA MARIA

Instancias del Proceso

	AÑO	DESPACHO	INST	No. PROCESO	FECHA	ENTIDAD
1.	2020	PROCURADURÍA - DELEGADA PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS	1	1-2020-1805	2020-04-13	SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT

No hay datos sobre la calificación

HECHOS

1. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las Resoluciones 572 de 27 de septiembre de 2019, por medio de la cual se declaró desierto el proceso de licitación pública SDHT-LP-008-2019 y 770 de 10 de diciembre de 2019, por medio de la cual se confirmó la decisión, fueron expedida con falsa motivación y desviación del poder, al incumplir lo dispuesto en: i) los parágrafos segundo y tercero del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018; y, ii) en la modificación 8 de la Adenda 3, relacionada con la forma de presentación de la oferta económica.

2. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

"PRIMERA: Que se declare que la ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ en cabeza de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT dentro del proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019 no cumplió con lo establecido en el pliego de condiciones, el Adendo No. 3 y en el Estatuto General de Contratación Pública y de esta forma decidió DECLARAR DESIERTO el proceso de selección generando la pérdida de oportunidad del proponente CONSORCIO UNIOBRAS 2020.

SEGUNDA: Que se declare el rechazo de los proponentes i) CONSORCIO ARQUE LA PERLA ORIENTAL 2019; ii) CONSTRUCCIONES MASTER Y CIA LTDA; iii) CONSTRUCTORA JEINCO SAS; iv) PROMCIVILES SAS, por haberse presentado la oferta económica en formato no válido en razón a la modificación incorporada en Adenda No. 3, y por ende se excluyan a dichos proponentes del orden de elegibilidad y ponderación de oferta económica.

TERCERA: Que se declare el rechazo al proponente denominado CONSORCIO LA PERLA ORIENTAL 2019 conforme a los pliegos de condiciones del proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019 y al Estatuto General de la Contratación Estatal, excluyendo al proponente mencionado para ser evaluado, por la no presentación del APU denominado NP 20 TENDIDO DE RED DE POLIETILENO(INCLUYE MATERIALES, CUADRILLA, EQUIPOS Y HERRAMIENTA MENOR) y NP21 PAGO POR SERVICIOS DE GASNATURAL NO REPSTADO A USUARIOS (ACTIVIDADES DE MANIOBRA Y CORTE DE SUMINISTROS).

CUARTA: Que se declare con la ponderación de las propuestas económicas hábiles que el proponente CONSORCIO UNIOBRAS 2020 es el proponente adjudicatario del proceso de selección de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019 cuyo objeto es "REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DEL PARQUE LA PERLA ORIENTAL EN EL NODO COMERCIAL DEL TERRITORIO CON OPORTUNIDAD

"CERROS NORORIENTALES".

QUINTA: Que se declare que la ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ en cabeza de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT dentro del proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019 no gozaba de sustentos jurídicos para declarar desierto el proceso de selección.

SEXTA: Declarar la NULIDAD de las resoluciones 572 de 27 de septiembre de 2019 "Por medio de la cual se declara desierto el proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019" y la resolución 770 de 10 de diciembre de 2019 "Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto a la Resolución No. 572 de 2019 por medio de la cual se declaró desierto el proceso de licitación pública SDHT-LP-008-2019" por haber sido expedida con infracción a las normas en que deberían fundarse, por haber sido expedida mediante falsa motivación y con desviación de poder.

SÉPTIMA: A título de restablecimiento de derecho, CONDENAR a la ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ en cabeza de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT a pagar la totalidad de los perjuicios que se le han ocasionado al proponente denominado CONSORCIO UNIOBRAS 2020 por la indebida declaratoria de desierta del proceso de selección correspondientes a la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS ($20.000.000) a título de daño emergente (Costos de la formulación de la Propuesta y participación en el proceso) y CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. ($137.245.469) por concepto de Pérdida de oportunidad (utilidad dejada de percibir).

OCTAVA: CONDENAR en costas ALCALDÍA DISTRITAL DE BOGOTÁ en cabeza de la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT a favor del CONSORCIO UNIOBRAS 2020".

3. DESCRIPCIÓN CLARA DE LOS PERJUICIOS

La suma de $20.000.000 a título de daño emergente por costos de la formulación de la propuesta y participación en el proceso.
La suma de $137.245.469 por la utilidad dejada de percibir.

4. RELACIÓN CLARA DE LOS HECHOS

1. El día 16 de Julio de 2019, la Secretaría Distrital del Hábitat publicó en el portal Secop II los documentos y estudios previos del proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019, cuyo objeto es: "REALIZAR LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS DEL PARQUE LA PERLA ORIENTAL EN EL NODO COMERCIAL DEL TERRITORIO CON OPORTUNIDAD "CERROS NORORIENTALES" por valor de $4.837.902.530.

2. El 1 de agosto de 2019, se dio apertura al proceso de Licitación Pública SDHT-LP-008-2019, mediante la Resolución 441 de 1 de agosto de 2019.

. El 12 de agosto de 2019, se publicó la Adenda 3, mediante la cual se hicieron modificaciones, entre ellas la número 8, respecto de las reglas del ofrecimiento económico y el formato de oferta económica, así:

"MODIFICACIÓN No. 8.
Modificar del numeral 7. CRITERIOS PARA SELECCIONAR LA OFERTA MÁS FAVORABLE, 7.1 REQUISITOS DE EVALUACIÓN, C) PROPUESTA ECONÓMICA (600 PUNTOS), REGLAS DEL OFRECIMIENTO ECONÓMICO, que quedará así:
REGLAS DEL OFRECIMIENTO ECONÓMICO.
a) Moneda: el ofrecimiento económico deberá realizarse en pesos colombianos.

b) El proponente deberá ajustar al peso los precios unitarios, bien sea por exceso o por defecto, en caso contrario, la SDHT efectuará dicho ajuste. Es decir que será aproximada al múltiplo de unidad más cercano, al peso, por exceso (de 0,50 en adelante) o por defecto (hasta 0,49). La Secretaria efectuará el correspondiente redondeo en el marco de la verificación aritmética.

c) El proponente debe diligenciar los respectivos formatos, los cuales harán parte integral de la propuesta y del contrato que llegare a celebrarse.

d) La Propuesta Económica será elaborada por el proponente, de acuerdo con los ítems relacionados en la oferta económica completa.

e) El proponente que resulte adjudicatario deberá mantener los precios relacionados en la oferta económica completa ofertada, durante toda la vigencia del contrato.

f) Para determinar el valor de la oferta, el proponente incluirá la totalidad de los costos a los que haya lugar y en los que deba incurrir para la ejecución del contrato.

g) Para efectos de la evaluación económica, la SDHT tendrá en cuenta cada uno de los formatos respectivos, incluyendo los Análisis de Precios Unitarios, los presupuestos individuales por cada CIV y la Oferta Económica General incluyendo el AIU e IVA sobre la utilidad.

h) Los APU's deberán presentarse en la propuesta para garantizar que los presupuestos presentados por cada oferente han contemplado las actividades a desarrollar durante la ejecución del contrato.

i) En caso de existir discrepancias entre lo expresado en letras y números prevalecerá lo expresado en letras.

j) Los sueldos, tarifas, jornales o costos de las actividades y los errores y omisiones en

estos serán de responsabilidad absoluta y exclusiva del proponente.

k) El valor para cada ítem, objeto de calificación, no podrá superar el valor tope establecido por la entidad de acuerdo con el análisis realizado por la entidad estructuradora de los proyectos de mejoramiento (análisis de precios unitarios APU), so pena de incurrir en causal de rechazo.

l) Los ítems que tengan como valor "pago global", deberán ser ofrecidos por el valor establecido en el formato de oferta económica, es decir que no pueden ser modificados so pena de rechazo de la oferta.

m) El valor total ofertado en la plataforma SECOP II, deberá coincidir con los descritos en la OFERTA ECONOMICA COMPLETA ofertada, so pena de incurrir en causal de rechazo.

n) El valor de la propuesta debe incluir la totalidad de los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de los servicios objeto del presente proceso de selección."

4. La modificación en el formato de oferta económica consistió en que en los casos de "precio global" se subdividieron en actividades individuales en medidas.

5. En respuesta a una observación sobre la modificación del formato de oferta económica publicada el 14 de agosto de 2019, a la 1:33 pm, la entidad manifestó que:

"La entidad aclara que de acuerdo lo establecido en la Adenda 3, modificación 8, literal l:

l) Los ítems que tengan como valor "pago global", deberán ser ofrecidos por el valor establecido en el formato de oferta económica, es decir que no pueden ser modificados so pena de rechazo de la oferta. Los valores globales a los que hace referencia esta Adenda no podrán ser modificados por el oferente en la presentación de su anexo de oferta económica. Los cuales hacen referencia a los siguientes ítems:

-PAGO POR CERTIFICACIÓN RETILAP Y OTROS

-SUMINISTRO Y REALIZACIÓN DE MANIOBRAS PARA REDES PROYECTADAS (INCLUYE CUADRILLA, MATERIALES, EQUIPOS, ACCESORIOS Y HERRAMIENTA MENOR) Y TIEMPOS DE SUSPENSIÓN.

Adicionalmente, se aclara que para la presentación de la propuesta realizada por el proponente sobre el AIU se debe tener en cuenta lo estipulado en el anexo de oferta económica, y que las condiciones referentes a la presentación del anexo de oferta económica se regirán por las reglas de ofrecimiento económico estipulados en los estudios previos y el pliego de condiciones del presente proceso."

6. Ese mismo día, la entidad publicó en Secop II que la oferta estará conformada por dos sobres. En uno debía incluir los documentos de cumplimiento habilitantes. El otro debía traer únicamente la oferta económica, sobre este documento se indicó: "Así las cosas y teniendo en cuenta que, en el proceso referido no se encuentra habilitado en plataforma, el sobre de propuesta económica para el cargue de la misma y posterior apertura en audiencia de adjudicación, solicitamos que, el archivo de propuesta económica sea cargado al sobre único en formato excel protegido (encriptado), cuya contraseña de apertura será suministrada por el proponente a la Entidad, única y exclusivamente el día de la audiencia de adjudicación, para ser abierto en la misma de manera pública".

7. El 16 de agosto de 2019, se cerró el plazo para la presentación de las ofertas de los siguientes oferentes:

1. Consorcio Bai La Perla
2. Consorcio Valher
3. Consorcio LPO 2019
4. Consorcio Cerros 2019
5. Consorcio Parque Oriental
6. Consorcio Uniobras 2020
7. Consorcio Temporal Byging SH
8. Consorcio Graico Ltda
9. Consorcio Jeinco S.A.S.
10. Consorcio Parque La Perla Oriental 2019
11. Construcciones Master & Cia Ltda
12. Promciviles S.A.S.

8. El 20 de agosto de 2019, se publicaron los informes de evaluación de requisitos habilitantes y ponderables, donde en la evaluación técnica todos resultados no habilitados.

9. Dentro del término de traslado de los informes se allegaron las observaciones y subsanaciones de las propuestas. Previo a la celebración de la audiencia de adjudicación se publicó el informe final de evaluación, donde quedaron habilitados:

Consorcio Cerros 2019 con 170 puntos
Consorcio Valher con 330 puntos
Consorcio La Perla Oriental 2019 con 290 puntos
Consorcio Parque La Perla Oriental 2019 con 400 puntos
Consorcio Uniobras 2020 con 390 puntos
Construcciones Master & Cia Ltda con 170 puntos
Construcciones Jeinco con 330 puntos
Grainco Ltda con 280 puntos
Promciviles con 400 puntos

10. La audiencia de adjudicación fue reprogramada ocho veces. En esta se recibieron los informes de verificación de los requisitos y puntuables por parte de los proponentes generando como resultado que se modificara el informe de evaluación, así todos habilitados:
Consorcio Valher
Condiciones maquinaria 120
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 0
Total 330

Consorcio La Perla Oriental 2019
Condiciones maquinaria 180
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 10
Total 400

Consorcio Parque La Perla Oriental 2019
Condiciones maquinaria 180
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 10
Total 400

Consorcio Uniobras 2020
Condiciones maquinaria 180
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 0
Total 390

Constructora Jeinco 120 110 100 0 330
Condiciones maquinaria 120
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 0
Total 330

Graico Ltda
Condiciones maquinaria 180
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 0

Total 390

Promciviles
Condiciones maquinaria 180
Plan de calidad 110
Apoyo industria nacional 100
Vinculación personas discapacidad 10
Total 400
11. La entidad le asignó al Consorcio La Perla Oriental 2019, 180 puntos en condiciones maquinaria, cuando a juicio del convocante, no cumplía con el numeral 7.7.1. del pliego de condiciones. El equipo debía ser propio, arrendado o leasing. La carta de disponibilidad la debe expedir el propietario que aparece en la tarjeta de propiedad de la máquina, adjuntando copia de la cédula si el propietario es persona natural o certificado de existencia si es persona jurídica. En ese caso, el oferente presentó una carta de disponibilidad de Discep SAS, pero no se anexó la carta de propiedad de BBVA Colombia S.A., se debía otorgar 0 puntos.
12. Ahora en cuanto a la propuesta de la oferta económica se presentó, así:

Versión 1 antes de la modificación Adenda 3:

Consorcio Parque La Perla Oriental 2019
Construcciones Master
Constructora Jeinco S.A.
Promciviles

Versión 2 después de la modificación Adenda 3:

Consorcio Valher
Consorcio La Perla Oriental 2019
Consorcio Uniobras

13. La entidad ante dicha disparidad creó un caso ante la Agencia Nacional de Contratación Colombia Compra Eficiente para dar un manejo a dicha situación, teniendo en cuenta que en la plataforma existían los dos formatos de oferta económica, razón por la que se le solicitó a dicha Agencia informar sobre lo sucedido, para lo que respondieron que:

"Señores:
SECRETARIA DISTRITAL DEL HABITAT
Ciudad
Evento: Error al remover documento en pliegos electrónicos

Debido a un error en la plataforma reportado mediante el caso número 291121 el día 2019/08/30 a las 10:30 a.m., donde informan sobre la eliminación del documento "ANEXO OFERTA ECONÓMICA LA PERLA (1).xlsx" actividad realizada por la entidad

estatal SECRETARIA DISTRITAL DEL HABITAT al publicar los pliegos definitivos en el proceso SDHT-LP-008-2019, no logró realizarse de manera correcta a través del SECOP II.

La situación técnica presentada en el proceso dejaba visible el documento a los proveedores y ciudadanos, el cual fue usado para la presentación de ofertas por alguno de los suscritos, por otra parte, la entidad estatal no evidenciaba el documento mencionado en los pliegos electrónicos desde la vista entidad estatal.
Recuerde que este documento constituye un certificado de falla particular aplicable de acuerdo con la definición de falla particular estipulada en el Protocolo de indisponibilidad que puede consultar en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/protocolo de indisponibilidad secopii.pdf

El protocolo de indisponibilidad hace parte integral de los términos y condiciones del SECOP II, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento."

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que tal situación, ajena por demás a los oferentes y a la misma entidad (SDHT), generó confusión a los proponentes y por ende fue la determinante para la utilización de diferentes formatos por los participantes.

Bajo esta circunstancia puesta de presente por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la Secretaria, en apego a lo previsto en la ley 80 de 1993 teniendo como premisa los principios de transparencia, publicidad, claridad, selección objetiva e igualdad debe permitir la participación de todos los oferentes, en la medida en que la situación que motivó la presentación de los distintos formatos no les es atribuible a los participantes en el proceso. Los principios mencionados, aparejan el deber de ser neutral y objetivo frente a las reglas y condiciones de participación y brindar el mismo tratamiento a todos los interesados, máxime si estos han actuado de buena fe.

Por otra parte, en aplicación del principio de responsabilidad, deben las entidades 10 públicas, evitar causar lesión o daño a los terceros, queriendo significar con ello que, como quiera que la entidad es quien tiene la carga de claridad en los documentos precontractuales y a que la situación que generó el error, no le es atribuible a los oferentes ni a la entidad contratante, mal se pretendería en trasladar a uno o unos de los proponentes, el efecto del error en la plataforma. No se encuentra medida para aplicar unos u otros proponentes, uno u otro formato, sin que con tal actitud se transgrediera el derecho a la igualdad y los principios antes citados, máxime cuando en el caso particular la Entidad no hice ninguna precisión sobre cuál de los dos era el formato correcto.

No puede desconocerse tampoco que el fin de los procesos de selección es lograr escoger la propuesta más favorable para la entidad y, en consecuencia, debe brindarse las garantías a los oferentes para que, en condiciones de igualdad, presenten su propuesta y así sean evaluados.

Finalmente, es oportuno indicar que la jurisprudencia ha indicado que, en ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, se encuentra la posibilidad de "elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, farea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, M.P. Alier E. Hernández Enriquez, ratificada en sentencia de 24 de julio de 2013 de la Sección Tercera. Exp. 25642.).

Así las cosas, la Entidad para satisfacer el interés público, garantizando siempre la igualdad de los oferentes y la selección objetiva, contrastando en cualquier caso el suceso de la plataforma, con las reglas para el ofrecimiento económico y las causales de rechazo contenidas en el Pliego de Condiciones, evaluó las ofertas económicas aceptando los dos formatos visibles para la presentación del ofrecimiento económico".

14. Luego de lo anterior, la entidad asignó el puntaje de la propuesta económica "en razón a que el mecanismo de evaluación de la misma correspondía a la media aritmética baja pues la TRM correspondía 3477,53 a los proponentes habilitados, así:

Consorcio Valher Calidad 330 Propuesta económica 597,93 Puntaje 927,93 Orden elegibildiad 4
Consorcio La Perla Oriental 2019 Calidad 400 Propuesta económica 594,19 Puntaje 884,19 Orden de elegibilidad 6
Consorcio parque La Perla Oriental 2019 Calidad 400 Propuesta económica 600 Puntaje 1000 Orden de elegibilidad 1
Consorcio Uniobras 2020 Calidad 390 Propuesta económica 598,19 Puntaje 988,19 Orden de elegibilidad 3
Constructora Jeinco Calidad 330 Propuesta económica 583,99 Puntaje 913,99 Orden de elegibilidad 5
Graico Calidad 390 Propuesta económica 595,65 Puntaje 875,65 Orden de elegibilidad 7
Promciviles Calidad 400 Propuesta económica 588,83 Puntaje 988,83 Orden de elegibilidad 2
15. La entidad otorgó puntaje al oferente Consorcio La Perla Oriental 2019, cuando este no presentó Análisis de Precios Unitarios APU de las actividades NP 20 tendido de red de polietileno (incluye materiales, cuadrillla, equipos y herramienta menor) y NP21 pago por servicios de gas natural no repostado a usuarios (actividades de maniobra y corte de suministros) lo cual le acarreaba el rechazo por no respetar las reglas de representación y evaluación de ofertas contenidas en la Adenda 3, literal h) sancionadas con los literales n) y p) del numeral 3.7 del pliego de condiciones.

16. Por lo anterior, el convocante señaló que el Consorcio La Perla Oriental 2019, ha debido rechazarse. Sumado a que los únicos proponentes que debía ser habilitados por ajustar su propuesta económica era el Consorcio Valher y Consorcio Uniobras. El

primero con un puntaje total de 929,80540 y el segundo con un puntaje total de 989,93511.

17. Por lo que señaló que la entidad, además de admitir a los oferentes que presentaron su propuesta económica sin el formato establecido en la Adenda 3, mediante Resolución 572 de 27 de septiembre de 2019, declarar desierto el proceso de selección alegando que el comité evaluador recomendó dicha decisión, pues: "no es posible realizar la comparación de las propuestas en el aspecto económico de manera objetiva, dejando claro que esto obedece a la falla presentada en la plataforma secop ii ajena a la entidad y a los proponentes". Decisión que fue confirmada, mediante Resolución 770 de 10 de diciembre de 2019.

ANÁLISIS Y CONCEPTO PARA CONCILIAR

1. OBJETO CONCILIABLE

Para este caso en particular, la ley ha determinado que el asunto presentado ante el Comité de Conciliación de la Secretaría Distrital del Hábitat es susceptible de ser conciliado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, en concordancia con el artículo 56 del Decreto Nacional 1818 de 1998 y el artículo 2 del Decreto 1713 de 2009, según los cuales son conciliables todos los conflictos de carácter particular y contenido económico que pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de las acciones previstas en los artículos 138, 140, 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; además de ser un requisito de procedibilidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 640 de 2001 y en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

En el literal c) del numeral 2 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, determina: "Cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso.

Por lo anterior, la Resolución 770 se expidió y notificó el 10 de diciembre de 2019, y la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó ante la Procuraduría General de la Nación el 10 de abril de 2020, es decir dentro del término de cuatro meses, conforme lo establece la norma citada.

En ese orden de ideas, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no se encuentra caducada.

3. PONDERACIÓN DE LA SITUACIÓN PROCESAL

En este caso, el convocante señala que la Secretaria Distrital del Hábitat expidió las Resoluciones 572 de 27 de septiembre de 2019 y 770 de 10 de diciembre de 2019, con falsa motivación y desviación de poder.

Lo anterior, al no tener en cuenta: i) los parágrafos primero y segundo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, mediante los cuales se estipuló que en los procesos de licitación pública para seleccionar contratistas de obra pública, la oferta estará conformada por dos sobres, un primer sobre en el cual se deberá incluir los documentos relacionados con el cumplimiento de requisitos habilitantes, así como los requisitos y documentos a los que se le asigne puntaje diferentes de la oferta económica y el segundo deberá incluir únicamente la propuesta económica, conforme a los requisitos del pliego de condiciones. Las entidades deben publicar el informe de evaluación relacionado con los documentos de los requisitos habilitantes y los requisitos que sean objeto de puntuación diferente de la oferta económica incluida en el primer sobre, dentro del plazo fijado en el pliego de condiciones; y, ii) la modificación 8 de la Adenda 3 que señaló la forma de presentación de la propuesta económica, así:

"REGLAS DEL OFRECIMIENTO:

a) Moneda: el ofrecimiento económico deberá realizarse en pesos colombianos.

b) El proponente deberá ajustar al peso los precios unitarios, bien sea por exceso o por defecto, en caso contrario, la SDHT efectuará dicho ajuste. Es decir que será aproximada al múltiplo de unidad más cercano, al peso, por exceso (de 0,50 en adelante) o por defecto (hasta 0,49). La Secretaria efectuará el correspondiente redondeo en el marco de la verificación aritmética.

c) El proponente debe diligenciar los respectivos formatos, los cuales harán parte integral de la propuesta y del contrato que llegare a celebrarse.

d) La Propuesta Económica será elaborada por el proponente, de acuerdo con los ítems relacionados en la oferta económica completa.

e) El proponente que resulte adjudicatario deberá mantener los precios relacionados en la oferta económica completa ofertada, durante toda la vigencia del contrato.

f) Para determinar el valor de la oferta, el proponente incluirá la totalidad de los costos a los que haya lugar y en los que deba incurrir para la ejecución del contrato.

g) Para efectos de la evaluación económica, la SDHT tendrá en cuenta cada uno de los formatos respectivos, incluyendo los Análisis de Precios Unitarios, los presupuestos individuales por cada CIV y la Oferta Económica General incluyendo el AIU e IVA sobre

la utilidad.

h) Los APU's deberán presentarse en la propuesta para garantizar que los presupuestos presentados por cada oferente han contemplado las actividades a desarrollar durante la ejecución del contrato.

i) En caso de existir discrepancias entre lo expresado en letras y números prevalecerá lo expresado en letras.

j) Los sueldos, tarifas, jornales o costos de las actividades y los errores y omisiones en estos serán de responsabilidad absoluta y exclusiva del proponente.

k) El valor para cada ítem, objeto de calificación, no podrá superar el valor tope establecido por la entidad de acuerdo con el análisis realizado por la entidad estructuradora de los proyectos de mejoramiento (análisis de precios unitarios APU), so pena de incurrir en causal de rechazo.

l) Los ítems que tengan como valor "pago global", deberán ser ofrecidos por el valor establecido en el formato de oferta económica, es decir que no pueden ser modificados so pena de rechazo de la oferta.

m) El valor total ofertado en la plataforma SECOP II, deberá coincidir con los descritos en la OFERTA ECONOMICA COMPLETA ofertada, so pena de incurrir en causal de rechazo.

n) El valor de la propuesta debe incluir la totalidad de los costos directos e indirectos para la completa y adecuada ejecución de los servicios objeto del presente proceso de selección."

Asimismo, señaló que no se tuvo en cuenta los literales n) y p) del numeral 3.7. del Pliego de Condiciones que señalaron como causales de rechazo:

n) Cuando se presenten propuestas parciales, excepto que se autorice en el pliego de condiciones la presentación de la parcial, la cual en todo caso debe ser integral para cada uno de los grupos.

p) Cuando no diligencie completamente las preguntas que componen la propuesta económica, así como cuando no se oferten todos los ítems.

El convocante señaló que solamente el Consorcio Valher, el Consorcio Uniobras 2020 y el Consorcio La Perla Oriental 2019, presentaron la oferta económica de acuerdo a lo estipulado en la Adenda 3, por lo que a su juicio, la licitación pública debía haberse adjudicado al consorcio Uniobras por haber obtenido el mejor puntaje. Lo anterior, por cuanto la oferta del Consorcio La Perla Oriental 2019 debía haber sido rechazada por la no presentación del APU (análisis de precios unitarios) denominado:

- NP 20 tendido de red de polietileno (incluye materiales, cuadrilla, equipos y herramienta menor)

- NP21 pago por servicios de gas natural no prestado a usuarios (actividades de maniobra y corte de suministros).

Por cuanto, en el literal h) de la modificación 8 de la Adenda 3, se estipuló que:

h) Los APU´s deberán presentarse en la propuesta para garantizar que los presupuestos presentados por cada oferente han contemplado actividades a desarrollar durante la ejecución del contrato.

En este caso, en primer lugar se debe tener en cuenta que la entidad si cumplió con lo establecido en los parágrafos segundo y tercero del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, adicionado por el artículo 1 de la Ley 1882 de 2018, de conformidad con el comunicado publicado por la entidad en el Secop II el 14 de agosto de 2019, tanto es que el mismo convocante lo señaló en el hecho séptimo de su solicitud, por lo que no habría lugar a considerar que se incumplió dicha normativa.

Ahora, con relación a la modificación 8 de la Adenda 3 lo cierto es que si fue modificada la forma de presentación de la oferta económica lo que debía ser conocido por los 7 oferentes habilitados de los cuales 4 presentaron la oferta con la versión antes de la Adenda (Consorcio Parque Perla Oriental 2019; Construcciones Master & Cia Ltda; Construcciones Jeinco S.A.S. y Promciviles) y 3 presentaron la oferta con la modificación de la Adenda 3 (Consorcio Valher; Consorcio La Perla Oriental 2019; Consorcio Uniobras).

Por lo que en principio los oferentes debían haber presentado su oferta conforme a los lineamientos señalados en dicha modificación 8 de la Adenda 3, pero conforme a las consideraciones de la Resolución 572 de 27 de septiembre de 2019, respecto de la apertura de los sobres económicos se indicó que:

"Que, evacuada las observaciones de carácter técnico, se procedió con la apertura de los sobres económicos encontrándose una situación muy particular, respecto de la forma como fueron presentados los formatos de oferta económica, situación que obligó a la suspensión de la audiencia para revisar detalladamente el origen de un error recurrente en varios de los participantes, que consistió en la utilización del formato de propuesta económica versión primera, pese al mismo haber sido modificado mediante Adenda

Que realizada la verificación en la vista pública del proceso SDHT-LP-008-2019, se determinó que se encontraban publicados y habilitados los dos formatos de propuesta económica (versión 1 y 2) sin que fuese suficientemente claro cuál de ellos debía utilizarse, ya que la Entidad había solicitado la eliminación de dicho formato de los

documentos del proceso a Colombia Compra Eficiente y extrañamente el documento siguió vigente.

Que en virtud de lo anteriormente mencionado, se solicitó a Colombia Compra Eficiente la apertura de un caso específico para la explicación y manejo de la situación acontecida en el marco del proceso y cuya respuesta fue socializada a los participantes e interesados".

En respuesta Colombia Compra Eficiente manifestó que:

"Debido a un error en la plataforma reportado mediante el caso número 291121 el día 2019/08/30 a las 10:30 a.m., donde informan sobre la eliminación del documento "ANEXO OFERTA ECONÓMICA LA PERLA (1).xlsx" actividad realizada por la entidad estatal SECRETARIA DISTRITAL DEL HABITAT al publicar los pliegos definitivos en el proceso SDHT-LP-008-2019, no logró realizarse de manera correcta a través del SECOP II.

La situación técnica presentada en el proceso dejaba visible el documento a los proveedores y ciudadanos, el cual fue usado para la presentación de ofertas por alguno de los suscritos, por otra parte, la entidad estatal no evidenciaba el documento mencionado en los pliegos electrónicos desde la vista entidad estatal.

Recuerde que este documento constituye un certicado de falla particular aplicable de acuerdo con la definición de falla particular estipulada en el Protocolo de indisponibilidad que puede consultar en el siguiente enlace: https://www.colombiacompra.Mov.co/sites/cce public/files/cce documentos/protocolo de indisponibilidad secop iLpdf

El protocolo de indisponibilidad hace parte integral de los términos y condiciones del SECOP II, por lo tanto, es de obligatorio cumplimiento."

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que tal situación, ajena por demás a los oferentes y a la misma entidad (SDHT), generó confusión a los proponentes y por ende fue la determinante para la utilización de diferentes formatos por los participantes.

Bajo esta circunstancia puesta de presente por la Agencia Nacional de Contratación Pública, la Secretaria, en apego a lo previsto en la ley 80 de 1993 teniendo como premisa los principios de transparencia, publicidad, claridad, selección objetiva e igualdad debe permitir la participación de todos los oferentes, en la medida en que la situación que motivó la presentación de los distintos formatos no les es atribuible a los participantes en el proceso. Los principios mencionados, aparejan el deber de ser neutral y objetivo frente a las reglas y condiciones de participación y brindar el mismo tratamiento a todos los interesados, máxime si estos han actuado de buena fe.

Por otra parte, en aplicación del principio de responsabilidad, las entidades públicas

deben evitar causar lesión o daño a los terceros, queriendo significar con ello que, como quiera que la entidad es quien tiene la carga de claridad en los documentos precontractuales y a que la situación que generó el error, no le es atribuible a los oferentes ni a la entidad contratante, mal se pretendería en trasladar a uno o unos de los proponentes, el efecto del error en la plataforma. No se encuentra medida para aplicar unos u otros proponentes, uno u otro formato, sin que con tal actitud se transgrediera el derecho a la igualdad y los principios antes citados, máxime cuando en el caso particular la Entidad no hice ninguna precisión sobre cuál de los dos era el formato correcto.

No puede desconocerse tampoco que el fin de los procesos de selección es lograr escoger la propuesta más favorable para la entidad y, en consecuencia, debe brindarse las garantías a los oferentes para que, en condiciones de igualdad, presenten su propuesta y así sean evaluados.

Finalmente, es oportuno indicar que la jurisprudencia ha indicado que, en ejercicio de las facultades discrecionales de la administración, se encuentra la posibilidad de "elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, farea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional" (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 13074, M.P. Alier E. Hernández Enriquez, ratificada en sentencia de 24 de julio de 2013 de la Sección Tercera. Exp. 25642.).

Así las cosas, la Entidad para satisfacer el interés público, garantizando siempre la igualdad de los oferentes y la selección objetiva, contrastando en cualquier caso el suceso de la plataforma, con las reglas para el ofrecimiento económico y las causales de rechazo contenidas en el Pliego de Condiciones, evaluó las ofertas económicas aceptando los dos formatos visibles para la presentación del ofrecimiento económico".

Lo anterior, generó que la entidad considerara que las fallas del sistema afectaban de manera directa el proceso de selección que reflejara una escogencia basada en un examen y comparación objetivo, por cuanto la versión 1 y 2 eran diferentes, por lo que en virtud del principio de selección objetiva, la entidad declaró desierta la licitación pública SDHT-LP-008-2019 al no poder hacer la comparación de las ofertas.

En este caso, se considera que si bien es cierto hubo un error en la plataforma del Secop II, en la cual la Agencia Colombia Compra Eficiente no eliminó la versión 1 (oferta económica) lo que conllevó a una confusión por parte de los oferentes quienes 4 presentaron su propuesta con la versión 1 y 3 con la versión 2, razón por la cual la entidad no pudo realizar la comparación y esto condujo a declarar desierto el proceso de licitación pública, lo cierto es que en sede judicial el juez puede considerar que los oferentes conocían la modificación 8 de la Adenda 3 y por este hecho a pesar existir dos versiones se debían acoger a la que señalaba la Adenda, y en esta medida como la

entidad tenía tres propuestas debía haberse realizado la comparación entre estas, por lo que existe una posibilidad de que declaren la nulidad de las resoluciones demandadas. Ahora, la defensa se encaminará a señalar que la misma Agencia señaló que ellos cometieron el error y en virtud de los principios de transparencia, publicidad, claridad, selección objetiva e igualdad la entidad no tenía la forma de hacer una comparación de ofertas económicas cuyo contenido era diferente, puesto que la versión 1 venía en precios globales y la versión 2 en precios unitarios.

RECOMENDACIÓN

Teniendo en cuenta que en el presente caso la declaratoria de desierto del proceso de licitación pública SDHT-008-2019 se dio con ocasión a una falla del sistema que no fue imputable a la entidad y que originó no poder realizar la comparación de las ofertas presentadas, se recomienda al Comité de Conciliación no presentar fórmula de conciliación con el convocante, conforme la aclaración señalada en numeral 3 de la ponderación de la situación procesal.